

Правни факултет
Универзитета у Нишу

**ТЕМАТСКИ ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

**„ЗАШТИТА ЉУДСКИХ И МАЊИНСКИХ ПРАВА
У ЕВРОПСКОМ ПРАВНОМ ПРОСТОРУ”**

Књига једанаеста

Ниш, 2022.

**ТЕМАТСКИ ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

**„ЗАШТИТА ЉУДСКИХ И МАЊИНСКИХ ПРАВА У
ЕВРОПСКОМ ПРАВНОМ ПРОСТОРУ”**

Књига једанаеста

Издавач

Правни факултет Универзитета у Нишу

За издавача

Проф. др Небојша Раичевић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Небојша Раичевић

Рецензенти

Проф. др Љубица Николић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
Проф. др Мирослав Лазић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
Проф. др Срђан Голубовић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
Проф. др Небојша Ранђеловић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
Проф. др Дејан Вучетић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
Проф. др Душица Миладиновић-Стефановић, ванредни професор Правног факултета у Нишу

Технички уредник

Владимир Благојевић

Превод резимеа

Гордана Игњатовић

Штампа

Графика Галеб д.о.о. Ниш

Тираж

100

ISBN: 978-86-7148-295-0

Зборник радова је настао као резултат финансирања од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС према уговору евиденциони број 451-03-68/2022-14/200120.

САДРЖАЈ

Реч уредника	5
Невена Петрушић, ПОСТУПАК У ПРАВНИМ СТВАРИМА КОЈЕ СЕ ТИЧУ ПОРОДИЧНОГ ДОМА И ПРЕДМЕТА ДОМАЋИНСТВА У ПРАВУ НЕМАЧКЕ	7
Драган Јовашевић, ФИНАНСИРАЊЕ ТЕРОРИЗМА У ПРАВУ СРБИЈЕ И МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ	29
Миомира Костић, ЗЛОЧИН БЕЗ ЖРТВЕ: НОРМАТИВНА ВИКТИМОЛОГИЈА	51
Саша Кнежевић, Марко Трајковић, ПРАВНА ДЕЛОТВОРНОСТ И ЈЕДНАКЕ МОГУЋНОСТИ СТРАНАКА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ	71
Срђан Голубовић, Марко Димитријевић, THE TENDENCY OF HYBRIDIZATION OF INTERNATIONAL MONETARY LAW	87
Предраг Цветковић, УГОВОР КАО МРЕЖНА СТРУКТУРА: КОРАК КА ПРИБЛИЖАВАЊУ НОРМЕ И ПРОГРАМСКОГ КОДА.....	105
Марина Димитријевић, ПРАВА ПОРЕСКИХ ОБВЕЗНИКА КАО ОДРАЗ ПРЕОБРАЖАЈА СИСТЕМА ДРУШТВЕНИХ ВРЕДНОСТИ	123
Марија Игњатовић, ЗАШТИТА ПРАВА ПУТНИКА (КОРИСНИКА) ПОМОРСКОГ ПОДУХВАТА У РИМСКОМ ПРАВУ	139
Александар Ђорђевић, КУПОПРОДАЈА РОБОВА У ДРЕВНОРУСКОМ СЛОВЕНСКОМ ПРАВУ	153
Михајло Цветковић, ПОТРОШАЧКО ПРАВО НА ПОПРАВКУ	165

Милош Прица, ЕКСПРОПРИЈАЦИЈА КАО ПРАВНИ ИНСТИТУТ	187
Милица Вучковић, ГРАЂАНСКОПРАВНА ЗАШТИТА ОД ИМИСИЈА И ЈАВНО ПРАВО	209
Бојана Арсенијевић, ОДГОВОРНОСТ ЗА ДЕЛИКТЕ ИЗВРШЕНЕ ПОСРЕДСТВОМ ИНТЕРНЕТА	223

РЕЧ УРЕДНИКА

Поштовани читаоци,

пред Вама је нова књига тематског зборника радова који Правни факултет Универзитета у Нишу публикује као резултат истраживања финансираног од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије. Првих осам књига финансирано је у оквиру вишегодишњег пројекта „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору”, а наредна два зборника (на којима није била назначена тема) финансирана су на основу годишњих уговора Министарства са Правним факултетом у Нишу. Овогодишњи зборник такође је финансиран на основу годишњег уговора о реализацији и финансирању научноистраживачког рада закљученог између Министарства просвете, науке и технолошког развоја и Факултета (бр. 451-03-68/2022-14/200120) и на њему ће стајати тема ранијег пројекта јер овогодишњи зборник, као и претходна два, фактички представља наставак истраживања те теме, тако да ће он бити означен као једанаеста књига те едиције.

Зборник радова пред Вама садржи тринаест ауторских или коауторских радова наставника и сарадника Правног факултета Универзитета у Нишу који су ангажовани као истраживачи у оквиру Факултета као научноистраживачке институције. Радови у Зборнику су из различитих области права: грађанског права (4 рада), кривичног права и криминологије (3 рада), историје и римског права (2 рада), финансијског и монетарног права (2 рада), управног права (1 рад) и међународног трговинског права (1 рад). Радови су посвећени како традиционалним институтима, тако и модерним правним проблемима. У чланцима се, у већој или мањој мери, анализира стање људских права у различитим областима домаћег права и указује на мере за њихово побољшање. Треба истаћи да је у радовима, између осталих, коришћен и компаративни правни метод, што ће бити од користи у процесу усклађивања нашег права са међународним и европским стандардима заштите људских права. Аутори су разматрали теоријске аспекте појединих правних проблема, али су дужну пажњу посветили и практичним импликацијама, што додатно доприноси квалитету овог зборника.

Посебну захвалност дугујемо свим рецензентима радова који су својим ангажовањем дали значајан допринос објављивању ове научне публикације.

Ниш, децембар 2022. године

Главни и одговорни уредник

Проф. др Небојша Раичевић

ПОСТУПАК У ПРАВНИМ СТВАРИМА КОЈЕ СЕ ТИЧУ ПОРОДИЧНОГ ДОМА И ПРЕДМЕТА ДОМАЋИНСТВА У ПРАВУ НЕМАЧКЕ

Апстракт: Предмет рада је поступак у правним стварима које се тичу породичног дома и предмета домаћинства, регулисан немачким Законом о поступку у породичним и ванпарничним стварима из 2008. године. Овим законом Немачка је реформисала своје судско породично процесно право у настојању да обезбеди делотворну и ефикасну правну заштиту, у складу са савременим правозащитним стандардима. У првом делу рада размотрене су заједничке карактеристике и начела поступака у породичним стварима док је у другом делу рада описан и анализиран поступак намењен уређивању начина коришћења породичног дома и предмета домаћинства након раздвајања односно развода брака. У закључним рама трањима представљени су кључни налази нормативне анализе правила којима је овај поступак обликован.

Кључне речи: ванпарнични поступак, породична кућа, покућство.

1. Уводне напомене

Усвајањем Закона о поступку у породичним и ванпарничним стварима (ФамФГ) из 2008. године², Немачка је темељно реформисала своје целокупно ванпарнично процесно право, са циљем да кодификује све ванпарничне поступке и ову област цивилне процедуре усклади са

¹nevena.petrusic@gmail.com

² Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit од 17. децембра 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587), а у међувремену је претрпео неколико измена и допуна, од којих је последња од 31. октобра 2022 (BGBl. I S. 1966). Текст је доступан на <https://www.gesetze-im-internet.de/famfg/FamFG.pdf> (приступ 04.10. 2022).

начелима правне државе³ и стандардима правичног суђења, утврђеним чл. 6. Европске конвенције за заштиту људских права и слобода⁴ и Основним законом Немачке.⁵ Одредбама ФамФГ целовито је регулисан начин поступања у свим правним стварима за које је законодавац прописао да се имају решавати применом ванпарничног поступка, чиме је немачко ванпарнично процесно право добило јединствен нормативни извор.

Као и ранији *Законом о стварима добровољне судске надлежности* из 1898. године,⁶ и ФамФГ регулише начин поступања у разноврсним и хетерогеним грађанскоправним стварима. Кључне одлике новог ванпарничног процесног права Немачке јесу већа флексибилност у неформалност у поступању, оријентисаност на помоћ, наглашена заједничка одговорност суда и странака у прикупљању процесног материјала, као и широке могућности за мирно решавање спорова.⁷ Одредбама ФамФГ регулисани су бројни поступци у породичним стварима,⁸

³ Неусклађеност ванпарничне процедуре са начелима правне државе и стандардима правичног суђења последица је чињенице да се ранији *Законом о стварима добровољне судске надлежности* из 1898. (ФГГ), који је, уз бројне новеле, важио пуних 110 година, примењивао за решавање неконтенциозних и контенциозних ванпарничних ствари, што је наметало потребу да у прилагођавању поступка судови сами формулишу правила. Тако широка дискрециона овлашћења суда у домену цивилне процедуре неспојива су, међутим, са начелима правне државе, која у европским правним порецима искључују могућност да судска пракса буде извор права. Видети шире: Aleksandra Maganić, Nužnost reforme hrvatskog izvanparničnog prava, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2006, V. 27, br. 1, str. 465-497.

⁴ *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 1950. (приступ 4. 10 2022).

⁵ Ова два кључна циља наведена су и у образложењу ФамФГ. Видети: *Gesetzentwurf, Entwurfeines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG)*, str. 161. <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/063/1606308.pdf> (приступ 4. 10. 2022).

⁶ О историјском развоју немачког ванпарничног процесног права, детаљно: Theodor Keidel, *FamFG, Familienverfahren Freiwillige Gerichtsbarkeit, Kommentar*, C.H. Beck Verlag, Nördlingen, 2014, str. 2-5.

⁷ Битне промене огледају се у дефинисању појма странке, односно учесника, бољој операционализацији начела саслушања странака, детаљном регулисању привремених мера и судских налога, noveliranom систему правних лекова, као и у детаљном регулисању трошкова поступка и спровођења судских одлука. Видети шире: Nevena Petrušić, *Postupci u porodičnim stvarima u savremenom vanparničnom procesnom pravu Nemačke, Pravni život: tematski broj. Pravo i društveni imperativ*. Beograd: Udruženje pravника Srbije, 2016, br. 11, tom 3, str. 667-685.

⁸ Заједничка и посебна правила о поступцима у породичним стварима чине скоро

који заједно чине специфичан тип ванпарничних поступака јер их карактеришу извесна заједничка обележја. Законодавац је предвидео примену ванпарничног поступка за решавање свих брачних и породичноправних ствари, укључујући и оне које су традиционално решаване у парници. Такав нормативни приступ резултат је оцене законодавца да ванпарнични поступак због своје флексибилности и неформалности, пружа веће могућности за пружање брзе и ефикасне заштите у кризним и конфликтним породичним ситуацијама, која истовремено задовољава и стандарде правичног суђења.⁹ Крајњи исход таквог опредељења јесу многобројни и разноврсни ванпарнични поступци чија су правила систематизована у посебну целину под заједничким називом „Поступци у породичним стварима” (*Verfahren in Familiensachen*). Један од поступака из домена породичних односа јесте и поступак у правним стварима које се тичу породичног дома и предмета домаћинства (*Verfahren in Ehenwohnungs- und Haushaltssachen*), којем је посвећен овај рад.

Основни циљ рада је да се овај поступак опише и анализира како би се оценило да ли онако како је пројектован задовољава савремене правозаштитне постулате. На избор теме рада утицао је значај самог поступка с аспекта спречавања ескалације породичних конфликта. Наиме, пракса показује да конфликти међу раздвојеним/разведеним супружницима око коришћења породичног дома и предмета домаћинства, у условима поремећених партнерских односа, често „окидач” за најтеже видове насиља. Упркос томе, у законодавству Србије не постоји адекватан процесни механизам који би обезбедио брзо и ефикасно уређивање односа међу супружницима у погледу коришћења стамбеног простора и предмета домаћинства након престанка заједнице живота, тако да често остају у истом стамбеном простору, што је посебно опасно када постоји историја насиља у породици. Имајући у виду најављену реформу домаћег породичног и ванпарничног процесног права, корисно је размотрити решења за која се определио немачки законодавац, нарочито имајући у виду да је процесно право Немачке било узор и инспирација у обликовању многих института домаћег грађанског процесног права.

половину свих посебних правила садржаних у ФамФГ. Ова правила су садржана у 169 параграфа, док је свим осталим посебним поступцима посвећено 216 параграфа, што је и један од разлога због којих и сам закон носи назив „Закон о поступцима у породичним и ванпарничним стварима”.

⁹ Видети образложење ФамФГ: *Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG)*, стр. 164.

Ради целовитог сагледавања поступка у правним стварима које се тичу породичног дома и предмета домаћинства, у првом делу рада презентована су заједничка обележја поступака у породичним стварима, док су у другом делу анализирана специфична организациона и функционална правила поступка у стварима које се тичу породичног дома и предмета домаћинства, којима је он обликован као посебан ванпарнични поступак.

2. Поступци у породичним стварима – карактеристике и начела

Поступци у породичним стварима су посебна група ванпарничних поступака намењених решавању правних ствари из домена породичних односа. Ову групу поступака чине поступци за решавање неконвенциозних правних ствари, које чине „језгро” ванпарничне процедуре¹⁰, али и поступци у којима се решавају конвенциозне правне ствари.

Одредбама ФамФг регулисано је 13 посебних поступака у породичним стварима. Сваки од ових поступака регулисан је прописивањем специфичних правила, али се у свима примењују и заједничка правила која важе за све поступке у породичним стварима (пар. 111-270). Поред тога, примењују се и општа ванпарнична процесна правила (пар. 1-110), а у појединим процесним ситуацијама и правила ЗПО¹¹, на чију примену законодавац упућује.¹²

Заједничким правилима о поступцима у породичним стварима уређено је заступање, употреба средстава напада и одбране, одлучивање и дејства одлука, одређивање привремених мера и привођење, као и извр-

¹⁰ Реч је о ванпарничним поступцима који се примењују кад постоји потреба за заштитом личности или имовинских интереса лица којима је потребно нарочито старање друштвене заједнице. По схватању проф. Марковића, та „потреба за старањем” која се у немачкој терминологији означава изразом „Fursorgebedurfnis”, представља „централну тачку читаве проблематике ванпарничног поступка”; она је, уствари, аналогон „правозаштитне потребе на подручју парничног правосуђа” (Milivoje Marković, *Mogućnost vanparnične delatnosti u stvarima sa elementom inostranosti*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 1972, str. 89). Videti: Nevena Petrušić, *Beleške uz studiju prof. dr. Milivoja Markovića „Mogućnost vanparnične delatnosti u stvarima sa elementom inostranosti”* U: Zbornik radova „Život i delo prof. dr. Milivoja Č. Markovića (1908-1986)” Niš, Pravni fakultet, Katedra za građanskopravne nauke, 1995.

¹¹ Zivilprozessordnung, у верзији од 5.12.2005. са последњом изменом од 7.11.2022 (BGBl. I S. 2363) <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/ZPO.pdf> (приступ 1. 10. 2022).

¹² Примена ЗПО у ванпарничном поступку није регулисана на општи начин, путем клаузуле о сходној примени ЗПО, већ је законодавац, у циљу обезбеђивања пуне транспарентности поступка, упутио на примену одговарајућих правила ЗПО у оквиру одредби којима је конкретан ванпарнични поступак регулисан.

шење судских одлука. Закон прави јасну дистинкцију између контенциозних и неконтенциозних породичних ствари и уређује посебан процесни режим за њихово решавање. У чл. 111. ФамФГ таксативно су одређене правне ствари које спадају у групу „породичних ствари“ (Familiensachen)¹³, док су у члану 112. ФамФГ издвојене контенциозне правне ствари - „Породични спорови“ (Familienstreitsachen)¹⁴.

Анализа правила о поступцима у породичним стварима показује да су законска решења заснована на савременом концепту права детета, те да је принцип најбољег интереса детета¹⁵ на адекватан начин операционализован. У тексту ФамФГ законодавац на његову његову примену упућује чак 12 пута. Знатно је ојчан процесни положаја детета, у складу са стандардима правосуђа по мери детета (Child-friendly justice)¹⁶, тако

¹³ У породичне ствари спадају: 1) брачне ствари, 2) ствари које се тичу односа детета и родитеља, 3) ствари које се тичу порекла, 4) ствари које се тичу усвојења, 5) ствари које се тичу заједничког стана супружника и домаћинства, 6) ствари које се тичу заштите од насиља, 7) ствари које се тичу изједначења пензијских права супружника, 8) ствари које се тичу издржавања, 9) ствари које се тичу имовинско-правних односа супружника, 10) остале породичне ствари, и 11) ствари које се тичу животног партнерства (параграф 111. ФамФГ).

¹⁴ У групу контенциозних правних ствари спадају ствари које се тичу законске обавезе издржавања по основу сродства, брака и животног партнерства, ствари које се односе на законску обавезу издржавања заједничког малолетног детета животних партнера, на потраживања у вези са имовинским правима супружника и животних партнера, као и поједине друге правне ствари које се тичу породичних односа и животног партнерства (пар 112. у вези са параграф 231 ст. 1. ФамФГ). О садржини и природи ових спорова, видети: Theodor Keidel, *op. cit.*, стр. 1201-1203.

¹⁵ Најбољи интерес детета је трослојни концепт јер се јавља као суштинско право детета, као интерпретативни принцип и правило поступка. Видети: Committee on the Rights of the Children, General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, par. 1) http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf (приступ 24. 10. 2022). Одредбе ФамФГ операционализују све аспекте најбољег интереса детета: као право детета, као критеријум на основу кога суд процењује садржину споразума родитеља или сам одлучује, као правило поступка, с обзиром да је законом уређен начин процене и утврђивања најбољег интереса детета. Шире: Вељко Влашкивић, Начело најбољег интереса детета у породичном праву, докторска дисертација, Крагујевац, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 2014.

¹⁶ Концепт правосуђа прилагођеног деци операционализован је Смерницама о правосуђу прилагођеном деци (Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice) од 17. новембра 2010. Доступно на: <https://rm.coe.int/16804b2cf3> (приступ 17. 10. 2022). Видети детаљно: Nevena Petrušić, N. Child-friendly legal aid in civil court proceedings: International standards and the circumstances in the Republic of Serbia, у: *Facta universitatis. Series Law and Politics*, Ниш, Univerzitet u Nišu, Vol. 14, no. 3(2016), стр. 395-407.

што је детету старијем од 14 година призната ванпарнична способност¹⁷, а суду наложено да дете старије од 14 година лично саслуша¹⁸, као и дете млађег узраста, ако су склоности, везаност за родитеље или воља детета значајни за одлучивање.¹⁹ Детету старијем од 14 године признато је право на лично изјављивање жалбе против одлуке²⁰, која му мора бити саопштена²¹. Да би се обезбедило ефективно учешће детета у поступку, прописана је могућност да се именује „особа за подршку” (Verfahrensbeistand), која презентује најбољи интерес детета и детету пружа помоћ и подршку.²²

Очигледан је напор законодавца да обезбеди адекватне грађанско-правне инструменте за спречавање и заштиту од широко распрострањеног насиља у породици, чије су жртве најчешће жене и деца.²³ Одредбама ФамФГ регулисан је посебан ванпарнични поступак у правним стварима заштите од насиља (Verfahren in Gewaltschutzsachen)²⁴, а прописана је дужност суда да и у другим поступцима у породичним стварима испитује и узме у обзир околности које су везане за историју насиља у породици.

Поступци у породичним стварима засновани су на начелу диспозитивности, с тим што поједине адхезионе поступке суд може покренути и по службеној дужности.²⁵ Начело официјелности посебно долази до изражаја у погледу одређивања привремених мера ради заштите права и интереса детета.

¹⁷ Параграф 6. ст. 1. т. 3. ФамФГ.

¹⁸ Параграф 159. ФамФГ.

¹⁹ Параграф 159. ст. 2. и 4. ФамФГ.

²⁰ Параграф 60. ФамФГ.

²¹ Параграф 164. ФамФГ.

²² Параграф 158. ФамФГ. О томе, детаљније: Petrušić, N. Postupci u porodičnim stvarima u savremenom vanparničnom procesnom pravu Nemačke, *Pravni život*, 2016, br. 11, том 3 (2016), str. 680.

²³ Видети: Report submitted by Germany pursuant to Article 68, paragraph 1 of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Baseline Report). Доступно на: <https://rm.coe.int/state-report-from-germany/pdfa/16809f59c6> (приступ 10.10.2022).

²⁴ Параграф 210-2016а ФамФГ.

²⁵ Ако је суд овлашћен да покрене поступак по службеној дужности, овлашћен је и да одређује привремене мере заштите, што је законом изричито прописано (пар. 41. ФамФГ).

У погледу прикупљања процесног материјала важи истражно начело²⁶, при чему је посебно апострофирана дужност странака да активно учествују и сарађују,²⁷ што укључује и дужност истинитог и благовременог изношења свих релевантних чињеница²⁸, обавезу странака да на захтев суда изнесу процесни материјал, допуне своје наводе и изјасне о питањима која је потребно разјаснити.

У поступцима је доминантно начело саслушања учесника, којима је суд дужан да пружи могућност да се изјасне о изнетим чињеницама, предлозима и захтевима других учесника странке, што подразумева заказивање расправног рочишта.²⁹ Као и у свим другим поступцима у породичним стварима, јавност је искључена, што је општа норма прописана Законом о уређењу судова.³⁰

Суд може сваком учеснику наложити да лично дође на рочиште ради саслушања³¹ ако оцени да је то целисходно за разјашњење чињеничног стања.³² Према изричитом законском правилу³³, ако на једном рочишту треба лично да буде саслушано више учесника, саслушање једног учесника треба да се одржи у одсуству другог учесника уколико је то неопходно ради заштите учесника кога треба саслушати или због других разлога. Постоји, такође, и могућност да суд учесника саслуша и путем аудио и видео преноса³⁴, када се сходно примењује пар. 128а ЗПО.

У поступцима у породичним стварима доминантно је начело ефикасности, које је на конкретизовано прописивањем рокова, али и на многе друге начине. Ово начело подупире и начело временске и садржинске

²⁶ Пар. 26. ФамФГ. У појединим поступцима истражно начело трпи ограничења. Наиме, у поступцима у којима се одлучује о понишатају и разводу брака и оспоравању очинства суд може самоиницијативно утврђивати само оне чињенице које иду у прилог очувању брака (пар. 127. ст. 2), односно „опстанку“ очинства (пар. 177. ст. 1).

²⁷ Пар. 27. ст. 1. ФамФГ. Обавеза странака да сарађују и снесу одговорност за ефективност поступка постоји и у парничном поступку и прописана је у пар. 282. ЗПО, као једно од начела овог поступка.

²⁸ Параграф 27. ст. 2. ФамФГ.

²⁹ Параграф 155. ст. 2. ФамФГ.

³⁰ Видети пар. 170. Закона о уређењу судова (Gerichtsverfassungsgesetz) од 9. 5. 1975. (BGBl. I S. 1077), последњи пут измењен 07. 07. 2021. године (BGBl. I S. 2363). Доступно на: <https://www.gesetze-im-internet.de/gvg/GVG.pdf> (приступ 10.10.2022).

³¹ Ванпарнично способном учеснику мора бити упућен лични позив, а ако има пуномоћника, овај мора бити обавештен о позиву (пар. 33. ст. 2. ФамФГ).

³² Параграф 33. ст. 1. ФамФГ.

³³ Параграф 33. ст. 1. ФамФГ.

³⁴ Параграф 32. ст. 3. ФамФГ.

концентрације, за чију су имплементацију прописана бројна правила, као што су правила о спајању бракоразводног поступка и поступака у којима се уређују постразводни односи супружника³⁵, правила о поступању у случајевима неоправданог изостанка странака са рочишта, о одбацавању неблаговремених радњи³⁶, правило о уступању правне ствари суду пред којим тече неки други поступак³⁷ и др.

Поступци у породичним стварима у целини су засновани на начелу тзв. отвореног правосуђења³⁸, које је, поред осталог, конкретизовано и изричитим правилом о дужности суда да странкама саопшти свој правни став ако је он различит од правних ставова учесника, уколико на њему жели да заснује своју одлуку.³⁹

Једно од најважнијих начела поступака у породичним стварима јесте начело заштите лица којима је потребна нарочита заштита, а то су деца, лица под старатељством и лица која треба збринути због специфичних околности у којима се налазе.

У поступцима у породичним стварима важи начело слободне оцене доказа, а само доказивање је по правилу неформално⁴⁰. Поступци су засновани су на начелима усмености и непосредности. У погледу управљања поступком, доминантна је улога суда, који се стара да се поступак целисходно и несметано развија. Важи и начело утврђивања истине јер је суд дужан да утврди стање ствари и, по правилу, није везан предлозима учесника.

Једна од заједничких карактеристика поступака у породичним стварима огледа се у томе што су оријентисани ка мирном, вансудском решавању породичних сукоба и спорова. Сам суд је дужан да подстиче мирно решавање сукоба међу учесницима, осим у поступку за заштиту од насиља⁴¹, укључујући и могућност да упути странке на покушај пријатељског договора код за то одређеног судије-медијатора.⁴²

³⁵ Параграф 137. ФамФГ.

³⁶ Параграф 115. ФамФГ.

³⁷ Параграф 233. ФамФГ.

³⁸ О овом концепту, детаљно: Siniša Triva, Esej o otvorenom pravosuđu, u: Siniša Triva, Velimir Belajec, Mihajlo Dika, Novo parnično procesno pravo, Zagreb, Informator, 1977.

³⁹ Параграф 28. ст. 1. ФамФГ.

⁴⁰ У појединим поступцима изводи се формално доказивање, какав је случај са поступцима у стварима порекла (пар. 177. ФамФГ).

⁴¹ Параграф 36а ФамФГ.

⁴² Параграф 36. ФамФГ.

У циљу имплементације стандарда правичног суђења прописано је низ правила. Тако је, на пример, суд овлашћен да странци постави адвоката у поступцима у којима је обавезно адвокатско заступање⁴³. У циљу изједначавања могућности за приступ правди, регулисани су услови за ослобођење од претходног сношења трошкова поступка, и то како трошкова у првостепеном поступку, тако и трошкова подношења жалбе.

3. Поступак у правним стварима које се тичу коришења породичног дома и предмета домаћинства

Као и други поступци у породичним стварима, и поступак у правним стварима које се тичу коришења породичног дома и предмета домаћинства регулисан је прописивањем посебних правила (пар. 200-209 ФамФГ), с тим што се примењују општа ванпарнична процесна правила, заједничка правила која важе за све поступке у породичним стварима, као и поједина правила општег парничног поступка.

Поступак се може водити као самостални поступак или као један од адхезионих поступака у оквиру јединственог поступка у којем суд свеобухватно одлучује о разводу брака и последицама развода (*Verfahren in Scheidungssachen und Folgesachen*).⁴⁴ Суд је, међутим овлашћен да, на захтев једног супружника, раздвоји поступак у којем се одлучује о коришћењу породичног дома и предмета домаћинства од поступка за развод брака, ако оцени да би расправљање и одлучивање у јединственом поступку, због дугог трајања поступка за развод брака, изазвало негативне последице.⁴⁵

⁴³ Према пар. 114. ФамФГ, учеснике мора да заступа адвокат у правним стварима које се тичу брака и последица престанка брака које се решавају пред породичним судовима и вишим судовима држава.

⁴⁴ Посебна процесна правила која суд примењује када јединствено одлучује о разводу и последицама развода садржана су у пар. 133-150. ФамФГ. Према пар. 137 ФамФГ, оквиру овог поступка може се одлучити о изједначавању пензијских права супружника, о коришћењу породичног дома и предмета домаћинства, као о ствари које се тичу имовинско-правних односа супружник, издржавању супружника и њихове заједничке деце, изузев о издржавању деце које се остварује у поједностављеном поступку за издржавању малолетних лица (Шире о овом поступку: Невена Петрушић Поједностављени поступак за издржавање малолетне деце у процесном праву Немачке, у: Пројекат „Усклађивање права Србије са правом ЕУ“: зборник радова. Књ. 6 / [главни и одговорни уредник Саша Кнежевић, Душица Миладиновић-Стефановић]. Ниш : Правни факултет, 2019. стр. 23-44).

⁴⁵ Арг. пар. 140. ст. 1. тач. 5. ФамФГ.

3.1. Поље примене

Поље примене поступка у правним стварима које се тичу породичног дома и предмета домаћинства⁴⁶ регулисано је казуистички, тако што су у чл. 200. ФамФГ наведене одредбе Грађанског законика Немачке⁴⁷ којима су регулисани услови за коришћење породичног дома и/или предмета домаћинства након престанка заједнице живота супружника услед раздвајања или развода.

Сагласно чл. 200. ФамФГ, у категорију правних ствари које се тичу породичног дома спадају правне ствари у којима се одлучује: 1) о захтеву супружника који живи одвојено или је изразио жељу да живи одвојено да му се додели искључиво право коришћења породичног дома или дела породичног дома;⁴⁸ 2) о захтеву супружника да му се након развода брака додели на искључиво коришћење породични дом у погледу којег су други или оба супружника власници или титулари права станавања, односно закупа.⁴⁹ У круг правних ствари које се тичу предмета домаћинства спадају правне ствари у којима се одлучује: 1) о захтеву супружника који је напустио заједничко домаћинство да му се предају предмети домаћинства који су његово власништво и/или да му се дозволи коришћење оних предмета домаћинства у власништву другог супружника које су му потребне за одржавање одвојеног домаћинства;⁵⁰ 2) о захтеву супружника да му се приликом расподеле предмета домаћинства одређени предмети домаћинства уступе на искључиво коришћење.⁵¹

По циљу и предмету одлучивања правне ствари које се тичу коришћења породичног дома и предмета домаћинства после раздвајања, односно,

⁴⁶ Појам „породични дом” односи се на просторије које су супружници користили или су користили као стамбени смештај или који су према околностима били намењене таквом коришћењу. Предмети домаћинства. Под изразом „предмети домаћинства” подразумевају се покретне ствари које се користе у свакодневном заједничком животу супружника и њихове деце. Н. Boden in: *Anwaltkommentar BGB, Band 4 Familienrecht*, Bonn: DAV, 2005, § 1361b No. 3. наведено према: Dieter Martiny, Nina Dethloff, *Property relationship between spouses*, National report: Germany. 2008. str. 8. i 9. Доступно на: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Germany-Property.pdf> (приступ 15.10.2022).

⁴⁷ *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* од 18.08.1896, са последњим изменама од 07. 11. 2022 (BGBl. I S. 1982). Доступно на: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf> (приступ 10.10.2022).

⁴⁸ Параграф 1361б БГБ.

⁴⁹ Параграф 1568а БГБ.

⁵⁰ Одељак 1361а.

⁵¹ Параграф 1568б БГБ.

развода супружника потпуно се разликују од правних ствари које се односе на уређивање имовинско-правних односа супружника у погледу брачне имовине. Како ће ови односи бити уређени, зависи од имовинског режима за који су се супружници определили, а то могу бити: законски имовински режим „заједница стечене добити“ (*Zugevinngemeinschaft*), (пар. 1363 БГБ), режим “раздвојене имовине” (*Gutertrennung*) (§ 1414 БГБ) и француско-немачки имовински режим „изабрана заједница стечене добити“ (*Vahl-Zugevinngemeinschaft*), установљен 2010. године.⁵² (§ 1415 БГБ). Законски режим „заједница стечене добити” примењује се ако супружници нису брачним уговором изабрали неки други режим, уз могућност да га брачним уговором преобликују.⁵³ Ове правне ствари решавају се по правилима другог ванпарничног поступка – поступка у стварима које се тичу имовинско-правних односа супружника (*Verfahren in Güterrechtssachen*).⁵⁴

3.2. Надлежност

За решавање правних ствари које се тичу коришћења породичног дома и предмета домаћинства стварно је надлежан породични суд. У судском систему Немачке функцију породичног суда врше специјализо-

⁵² Овај режим је резултат споразума Француске и Немачке, који је осмишљен да избегне потенцијалне проблеме у имовинскоправним односима између француских и немачких држављана због разлика у режимима брачне својине. Ако се супружници одлуче за ову врсту имовинског режима, њихова имовина ће остати одвојена током брака, као у случају немачке заједнице режима стечене добити. Тек на крају имовинског режима изједначава се повећање вредности имовине пара између два супружника. Шире, видети: Hannelore Thijs, *The Franco-German Common Optional Matrimonial Property Regime: A Guide for Future European Harmonization*, *European Review of Private Law*, Volume 29, Issue 3 (2021) pp. 489 – 516. О имовинским односима супружника у француском праву, детаљно: Nevena Petrušić, *Брачни имовински режим у француском праву*, у: *Грађанска кодификација: зборник радова*. Sv. 1 (ур. Radmila Kovačević-Kuštrimović). Niš, Правни факултет, Centar za publikacije, 2002, str. 209-224.

⁵³ Све до 2001. године слобода супружника да брачним уговором регулишу имовинских односа била је неограничена. Савезни суд Немачке је, међутим, поставио ограничења заузевши став да брачни уговор не може угрозити правилну примену закона. Ако су супружници били у неједнаким преговарачким позицијама (на пример, због трудноће жене) или је уговор производи једностране и неоправдане терета за једну страну, такав уговор није правно ваљан. Видети: Daniela Kreidler-Pleus, *Anwaltskanzlei Kreidler-Pleus und Kollegen, Family law in Germany: overview*. Доступно на: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-575-0676?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-575-0676?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)) (приступ 01. 10. 2022).

⁵⁴ Овај поступак је регулисан одредбама пар. 261-268. ФамФГ.

вана одељења окружног суда.⁵⁵ Месна надлежност суда регулисана је тако што је успостављен ранг искључиве месне надлежности према одређеним критеријумима.

Пре свега, месна надлежност зависи од тога да ли је у току или је раније вођен поступак у брачној ствари.⁵⁶ Ако јесте, онда је искључиво месно надлежан суд који је у првом степену решава или је решавао брачну ствар⁵⁷ (тзв. атракциона надлежност). За случај да је након покретања поступка који се односи на породични дом или предмете домаћинства пред другим месно надлежним судом покренут поступак за решавање брачне ствари покренут, суд по службеној дужности уступа правну ствар суду пред којим се води поступак у брачној ствари.⁵⁸ Уступањем правне ствари поступак који се односи на коришћење породичног дома, односно предмета домаћинства, који је вођен као самостални поступак, надаље се води придружено уз поступак у брачној ствари, као адхезиони поступак. Ова правила доприносе временској и садржинској концентрацији и у функцији су остваривања начела ефикасности и економичности.

Уколико није у току, нити да је раније вођен поступак у брачној ствари, за одлучивање о правној ствари која се односи на породични дом месно је надлежан суд на чијем се подручју стамбени простор налази.⁵⁹ Када се поступак односи само на предмете домаћинства, месно је надлежан суд на чијем подручју противник предлагача има пребивалиште, а у недостатку пребивалишта, суд на чијем подручју он има боравиште.⁶⁰

3.3. Покретање поступка

У складу са начелом диспозиције, поступак се покреће предлогом једног од супружника. У погледу садржине предлога као иницијалне радње важе општа и посебна ванпарнична процесна процесна правила. Сагласно општим правилима, у предлогу треба навести чињенице и доказна средства којима се захтев образлаже, као и податке о

⁵⁵ Параграф 23a Gerichtsverfassungsgesetz od 9. 5.1975. (BGBl. I S. 1077), poslednji put izmenjena 7. 7. 2021. godine (BGBl. I S. 2363). <https://www.gesetze-im-internet.de/gvg/BjNR005130950.html> (приступ 10. 10. 2022).

⁵⁶ У овом поступку одлучује се о разводу брака, понишењу брака и утврђивању (не) постојања брака (чл. 121. ФамФГ).

⁵⁷ Параграф 201. ст. 1. тач. 1. ФамФГ.

⁵⁸ Параграф 202. ФамФГ.

⁵⁹ Параграф 201. ст. 1. тач. 2. ФамФГ.

⁶⁰ Параграф 201. ст. 1. тач. 3. и 4. ФамФГ.

томе која лица потенцијално могу бити учесници. Поред стога, у предлогу треба навести податак о томе да ли је подношењу предлога претходио покушај медијације или неког другог поступка за вансудског решавања сукоба, као и изјаву о томе, да ли таквом поступку противурече одређени разлози.⁶¹ Посебним правилима прописано је да предлог којим се покреће поступак који се тиче предмета домаћинства треба да садржи податак о предметима чије се додељивање тражи, уз приложени списак свих предмета домаћинства који садржи њихов тачан опис.⁶² Када је реч о предлогу који се тиче породичног дома, он треба да садржи и податак о томе да ли деца живе у домаћинству супружника.⁶³

3.4. Учесници у поступку

У поступку учествују странке, предлагач и противник предлагача, али могу учествовати и нека трећа лица, односно органи.

Када је предмет поступка додељивање породичног дома на коришћење једном супружнику, а ради се о непокретности која се користи по основу станарског права, односно уговора о закупу, у поступку могу да учествују станодавац, односно закуподавац. За случај да су у погледу непокретности један или оба супружника у одређеном односу са трећим лицима, и ова лица се могу јавити као учесници.⁶⁴ Ова правила обезбеђују могућност активног учешћа трећих лица у циљу заштите њихових легитимних права и интереса, будући да судска одлука уноси промене у погледу права и обавеза супружника у вези са коришћењем стамбеног простора који је у целини или делимично у власништву трећих лица.

Ако у породичном домаћинству супружника живе малолетна деца, у поступку у којем се одлучује о коришћењу породичног дома учествује представник Службе за младе (*Jugendamt*).⁶⁵ Суд је дужан да саслуша представника Службе за младе, као и да Служби достави одлуку, на коју она може изјавити жалбу.⁶⁶

⁶¹ Параграф 23. ст. 1. Фам.ФГ.

⁶² Параграф 203. ст. 2. ФамФГ.

⁶³ Параграф 203. ст. 3. ФамФГ.

⁶⁴ Параграф 203. ст. 1. ФамФГ.

⁶⁵ Служба за младе је основни носилац друштвене бриге о деци и младима и представља посебну организациону јединицу у оквиру општинских управа. Правни оквир њеног рада постављен је Законом о социјалној заштити – *Sozialgesetzbuch* од 11.12.1975. (BGBl. I S. 3015), са последњим изменама од 20. 08. 2021 (BGBl. I S. 3932). Доступно на: https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_1/SGB_1.pdf (приступ 14. 10. 2022).

⁶⁶ Параграф 205. ст. 1. и 2. ФамФГ.

3.5. Ток и садржина поступка

У циљу формирања подлоге за одлуку, суд заказује расправно рочиште и саслушава странке и друге учеснике. По налогу суда, супружници су дужни да лично присуствују рочишту.⁶⁷ У циљу остваривања ефикасности у поступању, одлагање расправе на рочишту допуштено је само изузетно.

Садржина поступка зависи од тога које ће чињенице у поступку утврђују, имајући у виду предмет поступка и материјалноправне норме на основу којих се правна ствар решава. Тако, на пример, ако се у поступку одлучује о додељивању на коришћење породичног дома или дела породичног дома у случају раздвајања супружника, суд треба за утврди чињенице које се тичу испуњавања законских услова под којима се једном супружнику може доделити коришћење породичног дома, који су регулисани одредбама пар. 1316. БГБ. Сагласно овим одредбама, суд испитује какве су стамбене прилике оба супружника и утврђује шта је у конкретном случају најбољи интерес детета, имајући у виду начин вршења родитељског права. Поред тога, да би формирао правилну подлогу за одлуку, суд испитује какви су лични односи супружника и да ли постоји историја породичног насиља, с обзиром на то да је одредбом БГБ прописано да се у случају постојања насиља у породици супружнику може доделити на коришћење цео стамбени простор, а не његов део јер постоји ризик да ће живот „под истим кровом” довести до понављања насиља.⁶⁸ Ако је супружник истакао захтев да се, за случај да суд другом супружнику додели на коришћење цео стамбени простор, том супружнику наложи плаћање правичне накнаде на име коришћења,⁶⁹ суд треба да утврди чињенице које су од значаја за одређивање висине правичне накнаде.

Ако су супружници породични дом користили по основу закупа, суд утврђује стање ствари у погледу услова за пренос право закупа на супружника који је тражио додељивање породичног дома на искључиво коришћење. То подразумева дужност суда да испита да ли закуподавац на то пристаје, који су његови оправдани интереси у погледу трајања закупа, висине закупнине и сл.⁷⁰

У поступку у којем се одлучује о уступању предмета домаћинства на

⁶⁷ Параграф 207. ФамФГ.

⁶⁸ Параграф 13616 ст. 3. БГБ.

⁶⁹ Параграф 13616 ст. 3. БГБ. О извођењу доказа у ванпарничном поступку Немачке, детаљно: Keidel, Т. *op. cit.* стр. 406-438.

⁷⁰ Параграф 1568а ст. 4.и 5. БГБ.

коришћење после раздвајања супружника, суд треба да утврди чињенице на основу којих ће одлучити о расподели предмета заједничког домаћинства. Ако је један супружник тражио да му се се одређени предмети доделе на коришћење, суд је дужан да испита да ли су ти предмети неопходни за одржавање његовог одвојеног домаћинства, као и околности које су од значаја за одређивање разумне накнаде коју за коришћење тих предмета супружник треба да треба да плаћа другом супружнику.⁷¹

У погледу прикупљања процесног материјала важе општа ванпарнична процесна правила. Суд одређује начин и обим извиђања, а чињенице утврђује путем неформалног доказивања. Када се у поступку одлучује о додељивању предмета домаћинства, суд је овлашћен да сваком супружнику наложи да наведе предмете домаћинства чије додељивање тражи, да поднесе или допуни списак свих предмета домаћинства укључујући њихов тачан опис, да се изјасни о одређеним околностима, допуни податке које је навео или да се изјасни о наводима другог учесника, као и да поднесе одређене признанице (рачуне).⁷² За предузимање ових радњи суд оставља примерен рок, а за случај прекорачења рока, суд узима у обзир чињенице које су накнадно изнете само ако се тиме не одуговлачи поступак или ако је супружник оправдао кашњење.⁷³

Истинитост чињеница суд може утврдити и путем формалног доказивања, при чему је дужан да учесницима омогући да се изјасне о резултатима доказивања.⁷⁴

У случају смрти супружника, суд дефинитивно обуставља поступак јер је његово даље вођење беспредметно, што је законом изричито прописано.⁷⁵

3.6. Правна природа, садржина и дејство одлуке

Одлука коју суд доноси у поступку који се тиче коришћења породичног дома и предмета домаћинства има комплексну садржину. Она је по својој природи конститутивна јер уноси промене у погледу дотадашњег режима коришћења породичног дома, односно предмета домаћинства. Међутим, да би се нови режим фактички успоставио, суд, према околно-

⁷¹ Параграф 1361а ст. 1. и 3. БГБ.

⁷² Параграф 206. ст.1. ФамФГ.

⁷³ Параграф 206. ст. 2. ФамФГ.

⁷⁴ Параграф 30. ФамФГ.

⁷⁵ Параграф 208. ФамФГ.

стима конкретног случаја, налаже предузимање одговарајућих радњи, што подразумева да одлука има и кондементорне елементе.

Налози суда односе се на предузимање радњи од стране самих супружника, које су усмерене на спровођење одлуке, али и налози који се тичу будућег понашања супружника који су у функцији превенције нових спорова. Тако, на пример, у случају додељивања целог или дела породичног дома на коришћење једном супружнику, суд може другом супружнику наложити да се убудуће суздржава од понашања које отежава или спречава остваривање права коришћења.⁷⁶ У појединим случајевима предузимање одређених радњи може бити наложено и трећим лицима, која су била учесници у поступку, као што је налог закуподавцу да са супружником коме је породични дом додељен на коришћење закључи уговор о закупу под одређеним условима и др.

Одлука по правилу производи дејство од тренутка правноснажности. Међутим, када је реч о одлукама које се тичу коришћења породичног дома у случају раздвајања супружника (чл. 200. ст. 1. тач. 1 ФамФГ), одлука производи дејство од тренутка доношења, што суд констатује својом одлуком. Суд је такође овлашћен да одреди да се одлука може принудно извршити и пре него што се достави противнику предлагача.⁷⁷ Овим правилима обезбеђује се континуитет у коришћењу стамбеног простора супружнику коме је стамбени простор додељен, што је посебно значајно када у њему живе деца.

4. Закључне напомене

Усвајањем ФамФГ из 2008. године Немачка је реформисала своје целокупно ванпарнично процесно право и прилагодила га потребама савременог друштва и савременим правозаштитним постулатима. Ступањем на снагу овог закона зона ванпарничне делатности знатно је проширена јер се све брачне и породичне ствари решавају у ванпарничном поступку. Поступци у овим правним стварима регулисани су као посебан тип ванпарничних поступака за која важе бројна заједничка правила прилагођена специфичној природи ових правних ствари, које одликује комплексност и потреба за брзином у поступању. Такав нормативни приступ представља снажан корак у развоју немачког судског породичног процесног права, као посебне гране грађанског процесног права.

⁷⁶Параграф 1361б ст. 3. БГБ.

⁷⁷Параграф 209. ФамФГ.

Један од 13 поступака у породичним стварима јесте поступак који се тиче породичног дома и предмета домаћинства. Предмет овог поступка је уређивање начина на који ће супружници користити породични дом, односно предмете домаћинства након раздрвајања, односно развода брака. У поступку се примењују општа ванпарнична процесна правила, заједничка правила о поступцима у породичним стварима, као и специфична процесна правила која су прилагођена циљу и предмету поступка.

Нормативна анализа чији су резултати у раду представљени показује да је законодавац успео да креира адекватан процесни инструмент за уређивање егзистенцијално важних питања у ситуацијама када супружници, због поремећених односа, нису у стању да споразумно уреде своје односе у вези са коришћењем стамбеног простора и предмета домаћинства у којем су раније заједно живели. Поступање суда и учесника регулисано је детаљно, али је отворен и широк простор за прилагођавање поступка околностима конкретног случаја. Посебан значај имају правила која обезбеђују да приликом одлучивања суд узме у обзир најбоље интересе детета и води рачуна о личним односима супружника, укључујући и историју породичног насиља.

Резиме

Усвајањем Закона о поступку у породичним и ванпарничним стварима (ФамФГ) из 2008. године Немачка је темељно реформисала своје ванпарнично процесно право. Законом је зона ванпарничне делатности проширена на све поступке у брачним и породичним стварима, за чије је решавање прописано 13 ванпарничних поступака које одликује флексибилност, неформалност у поступању, оријентисаност на помоћ, наглашена заједничка одговорност суда и странака у прикупљању процесног материјала, као и широке могућности за мирно решавање спорова.

Један од поступака у породичноправним стварима јесте поступак у правним стварима које се тичу породичног дома и предмета домаћинства. Предмет поступка је уређивање начина коришћења породичног дома и предмета домаћинства након раздвајања, односно, развода брака супружника у ситуацијама када се супружници о томе не могу споразумети. Поступак је заснован на начелу диспозиције, а у погледу прикупљања процесног материјала доминира истражно начело. Поступак је двостраначки, али се у поступку као учесници могу јавити и трећа лица, на чију правну сферу одлука суда утиче. Поступак је нормативно уобличен тако да обезбеђује брзо и ефикасно поступање, што

је од посебног значаја с аспекта спречавања ескалације сукоба међу супружницима. Наглашено је и ваљано процесно операционализовано начело најбољег интереса детета. Суд има широка овлашћења у издавању налога странкама и другим учесницима да предузимањем одговарајућих радњи омогуће да новосупостављени режим коришћења породичног дома и предмета домаћинства буде спроведен.

Литература

Aleksandra Maganić, Nužnost reforme hrvatskog izvanparničnog prava, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2006, V. 27, br. 1, str. 465-497.

Daniela Kreidler-Pleus, *Anwaltskanzlei Kreidler-Pleus und Kollegen, Family law in Germany: overview*. Доступно на: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-575-0676?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-575-0676?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)) (приступ 01. 10. 2022).

Dieter Martiny, Nina Dethloff, *Property relationship between spouses*, National report: Germany. 2008. <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Germany-Property.pdf> (приступ 15.10.2022).

Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG). Доступно на: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/063/1606308.pdf> (приступ 4. 10. 2022).

Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice, 2010. Доступно на: <https://rm.coe.int/16804b2cf3> (приступ 17. 10. 2022).

Hannelore Thijs, The Franco-German Common Optional Matrimonial Property Regime: A Guide for Future European Harmonization, *European Review of Private Law*, Volume 29, Issue 3 (2021), pp. 489 – 516.

Milivoje Marković, Могућност ванпарничне делатности у стварима са елементом иностраности, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 1972. str. 83-100.

Nevena Petrušić, Postupci u porodičnim stvarima u savremenom vanparničnom procesnom pravu Nemačke, *Pravni život: tematski broj. Pravo i društveni imperativ*. Beograd: Udruženje pravnika Srbije, 2016, br. 11, tom 3, str. 667-685.

Nevena Petrušić, Брачни имовински режим у француском праву, у: *Građanska kodifikacija: zbornik radova*. Sv. 1 (ur. Radmila Kovačević-Kuštrimović). Niš, Pravni fakultet, Centar za publikacije, 2002, str. 209-224.

Nevena Petrušić, *Beleške uz studiju prof. dr. Milivoja Markovića "Mogućnost vanparnične delatnosti u stvarima sa elementom inostranosti"* U: Zbornik radova "Život i delo prof. dr Milivoja Č. Markovića (1908-1986) Niš, Pravni fakultet, Katedra za građanskopravne nauke, 1995.

Nevena Petrušić, *Child-friendly legal aid in civil court proceedings: International standards and the circumstances in the Republic of Serbia*, у: *Facta universitatis*. Series Law and Politics, Ниш, Univerzitet u Nišu, Vol. 14, no. 3(2016), стр. 395-407.

Report submitted by Germany pursuant to Article 68, paragraph 1 of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Baseline Report). Доступно на: <https://rm.coe.int/state-report-from-germany/pdfa/16809f59c6> (приступ 10.10.2022).

Siniša Triva, Velimir Belajec, Mihajlo Dika, *Novo parnično procesno pravo*, zbirka radova Zagreb, Informator, 1977.

Theodor Keidel, FamFG, Familienverfahren Freiwillige Gerichbarkeit, Kommentar, C.H. Beck Verlag, Nördlingen, 2014, стр. 2-5.

Вељко Влашковић, *Начело најбољег интереса детета у породичном праву*, докторска дисертација, Крагујевац, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 2014.

Прописи

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738, BGBl. I S. 1982, BGBl. I S. 1982). Доступно на: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf> (приступ 10.10.2022).

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950. (приступ 4. 10 2022).

Committee on the Rights of the Children, General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, par. 1) http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf (приступ 24. 10. 2022).

Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit од 17. децембра 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587, (BGBl. I S. 1966). <https://www.gesetze-im-internet.de/famfg/FamFG.pdf> (приступ 04.10. 2022).

Gerichtsverfassungsgesetz (BGBl. I S. 2363). Доступно на: <https://www.gesetze-im-internet.de/gvg/GVG.pdf> (приступ 10.10.2022).

Gerichtsverfassungsgesetz od 9. 5.1975. (BGBl. I S. 1077, BGBl. I S. 2363). <https://www.gesetze-im-internet.de/gvg/BJNR005130950.html> (приступ 10. 10. 2022).

Sozialgesetzbuch (BGBl. I S. 3015, BGBl. I S. 3932). Доступно на: https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_1/SGB_1.pdf (приступ 14. 10. 2022).

Zivilprozessordnung, у верзији од 5.12.2005. BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781, BGBl. I S. 1982). Доступно на: <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/ZPO.pdf> (приступ 1. 10. 2022).

Prof. Nevena Petrušić, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

PROCEDURE IN LEGAL MATTERS CONCERNING THE FAMILY HOME AND HOUSEHOLD ITEMS

Summary

By adopting the 2008 Act on Proceedings in Family Matters and Non-contentious Jurisdiction Matters (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit-FamFG), Germany thoroughly reformed its non-contentious procedure law. The FamFG Act has extended the scope of non-contentious activity to all proceedings in matrimonial and family matters, for the resolution of which the legislator prescribed 13 non-contentious proceedings. The common features of these proceedings are flexibility, their informal nature, assistance-driven approach, enhanced joint responsibility of the court and the parties in collecting procedural material, and a wide range of opportunities for peaceful settlement of disputes.

One of the proceedings in family law matters is the proceeding in legal matters concerning the family home and household items. The subject matter of the proceeding is the regulation of the use of the family home and household items after the separation or divorce of the spouses in situations where the spouses cannot agree on these issues. The proceeding is based on the disposition principle, while the process of gathering procedural material is based on the investigative principle. One of the primary principles in this proceeding is the principle of efficiency, which is specified in a large number of rules. The proceeding generally involves two parties, but other persons may also appear as participants in the proceeding in case their legal sphere is affected by the court decision. The normative framework of the proceeding is aimed at ensuring a quick and efficient action, which is particularly important for preventing the escalation of conflict between the spouses. The proceeding also incorporates adequate instruments ensuring the application of the principle of the best interest of the child. The court has broad authorities in terms of issuing orders to the parties and other participants in the proceeding to take appropriate actions, aimed at ensuring the smooth implementation of the newly established regime concerning the use of the family home and/or household items.

Keywords: *non-contentious procedure, family home, household items.*

ФИНАНСИРАЊЕ ТЕРОРИЗМА У ПРАВУ СРБИЈЕ И МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ²

Апстракт: Последњих деценија међународна заједница је забележила бројне примере различитих облика или видова испољавања тероризма, на копну, мору или у ваздуху са различитим циљевима и проузрокованим последицама. Стога је не само на међународном нивоу, већ и у националним законодавствима успостављен ефикасан систем спречавања, односно сузбијања ових облика противправних понашања. Као један од специфичних средстава у том циљу јавља се систем кривичне одговорности и кажњивости који је заснован на међународном стандардима. Наиме, различити облици испољавања терористичких активности појединаца или група су предвиђени као кривична дела са строгим казнама за њихове учиниоце. У оквиру ових кривичних дела се издваја кривично дело финансирање тероризма чиме се уклањају извори који доводе до појаве или ширења појединих терористичких активности. О појму и карактеристикама финансирања тероризма у међународном праву и праву Србије говори овај рад.

Кључне речи: тероризам, финансирање, међународни стандарди, кривично дело, одговорност.

1. Увод

Тероризам представља тешко кривично дело са бројним и далекосежним последицама по међународну безбедност, али и безбедност сваке поједине државе, те међународним правом заштићене друштвене вредности. То је негативна, међународна, али и кривичноправна појава, те безбедносни проблем. Зато се у међународном, али и националном кри-

¹jovas@prafak.ni.ac.rs

²Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС према уговору број 451-03-68/2022-14/200120.

вичном праву тероризам квалификује као тешко кривично дело, које је забрањено строгим казнама, као и другим кривичним санкцијама. Логично је да се и припремање тероризма кроз стварање или организовање терористичких група, подстицање на вршење терористичког акта, односно кроз финансирање тероризма, због високо испољене друштвене опасности и тежине проузрокованих последица квалификује као кривично дело, како у међународном, тако и у националном кривичном праву.

Уочавајући опасност од оваквих противправних понашања појединаца и група, па чак и правних лица (колективитета) међународна заједница је успоставила систем универзалних и регионалних стандарда који треба да омогуће законито, ефикасно, квалитетно и благовремено супротстављање финансирању тероризма кроз прибављање, прикупљање или обезбеђивање, непосредно или посредно, на било који начин новца (домаћег и страног), имовине, као и других финансијских средстава (вредносних папира, чекова и сл.). У том смислу се по свом значају, дејству и примени нарочито издвајају два међународна документа. То су:³

- а) Међународна конвенција ОУН о сузбијању финансирања тероризма (1999.) и
- б) Конвенција Савета Европе о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стечених криминалом и о финансирању тероризма (2005.).

Ови међународни документи, поред утврђивања у чему се састоје обележја и карактеристике кривичног дела финансирање тероризма, успостављају обавезе за поједине државе - њихове потписнице да предвиде и друге мере као што су финансијске истраге, одузимање или конфискација имовине и других средстава и сл.⁴ На основу њиховог прихватања Република Србија је у свом новелираном кривичном законодавству почетком трећег миленијума предвидела кривично дело финансирање тероризма. Ово је дело систематизовано у групи кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом (глава тридесет четврта) Кривичног законика.⁵

³ S. Softić, *Međunarodno pravo i terorizam*, Sarajevo, 2005. godine, str.178-193.

⁴ К. Сандић, *Финансирање тероризма путем прања новца*, Београд, 2011. године, стр.89-95.

⁵ Службени гласник Републике Србије бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

2. Финансирање тероризма у универзалним међународним документима

Активности које су усмерене на спречавање или сузбијање тероризма уопште или појединих његових облика/видова испољавања одвијају се на два нивоа. То су: а) међународни ниво у оквиру Организације Уједињених нација, односно у оквиру Савета Европе и б) национални ниво - у правном систему појединих држава. Међународни документи успостављају систем стандарда како би се унификовала, стандардизовала поједина кривичноправна решења у системима појединих држава.

У оквиру универзалне међународне организације - Организације Уједињених нација у области сузбијања кривичних дела тероризма и њима сличних недозвољених понашања, где свакако спада финансирање тероризма, у систему међународних докумената⁶ се по свом значају истиче Међународна конвенција о сузбијању финансирања тероризма из децембра 1999. године (Њујорк). Ова Конвенција је донета са великим очекивањима, посебно имајући у виду сврху и принципе Повеље ОУН о одржавању међународног мира и безбедности и унапређивању добросуседства и пријатељских односа и сарадње међу државама будући да је исказана велика забринутост због ескалације терористичких аката широм света у свим њиховим видовима или облицима испољавања.⁷

Финансирање различитих облика/видова испољавања кривичних дела тероризма изазива озбиљну забринутост међународне заједнице у целини. Зато је Организација Уједињених нација констатовала да заступљеност и озбиљност међународног тероризма зависи у великој мери од финансијских средстава које терористи могу да прибаве, те употребе за припремање или извођење различитих врста терористичких дела.⁸ Међународна заједница је, наиме, утврдила хитну потребу да се ојача међународна сарадња међу државама у примени ефикасних мера: а) за спречавање финансирања тероризма и б) за сузбијање тероризма путем кривичног гоњења и кажњавања његових учинилаца.⁹

Средства којима се финансира тероризам (члан 1.Конвенције) представљају средства сваке врсте, било материјална или нематеријална, покретна или непокретна, ма како стечена, и правне документе или

⁶ D. Jovašević, V. Ikanović, *Međunarodno krivično pravo*, Banja Luka, 2015. godine, str.109-114.

⁷ H. Satzger, *International and European criminal law*, Munchen, 2018. godine, str.198-212.

⁸ N. Stanković, *Terorizam i finansiranje terorizma*, Brčko, 2014. godine, str. 78-81.

⁹ A. Ramić, *Terorizam i njegovo finansiranje u svijetu i u Bosni i Hercegovini*, Tešanj, 2019. godine, str. 110-126.

инструменте у било ком облику, укључујући електронске или дигиталне, којима се доказује својина или интерес у односу на таква средства, укључујући, али не ограничавајући се на банкарске кредите, чекове за путовања, новчане упутнице, акције, хартије од вредности, обвезнице, менице и акредитиве. „Приход” обухвата сва средства која потичу од или су прибављена, непосредно или посредно, чињењем кривичних дела.

Конвенција (члан 2.) такође дефинише „финансирање тероризма” као кривично дело¹⁰ којим лице на било који начин, непосредно или посредно, незаконито и намерно, обезбеди или прикупи средства са намером да се она употребе или знајући да ће она бити употребљена, у целини или делимично, ради чињења:¹¹ а) неког дела које представља кривично дело тероризма или б) било ког другог дела чији је циљ да изазове смрт или тежу телесну повреду цивила или било ког другог лица које не учествује активно у непријатељствима у ситуацији оружаног сукоба, када је сврха таквог дела, по његовој природи или контексту, да застраши становништво, или да примора неку владу или неку међународну организацију да изврши или да се уздржи од извршења неког дела.

Кривична одговорност и кажњивост за финансирање тероризма се утврђује у још два случаја. То су:¹² а) покушај извршења (умишљајно започињање радње извршења без наступања последице) кривичног дела финансирање тероризма и б) саучесништво. У оба случаја постоји свршено кривично дело, без обзира да ли је у конкретном случају проузрокована кривичноправно релевантна последица или не. Саучесништво као самостално кривично дело се јавља као: а) подстрекавање – када лице умишљајно организује или директно нареди чињење кривичног дела финансирања тероризма и б) помагање - када лице умишљајно доприноси, омогућава или олакшава чињење једног или више кривичних дела финансирања тероризма од стране групе лица која делују са заједничком намером. Такав допринос је намерно учињен: 1) у циљу унапређивања криминалне активности или криминалне намере групе, где таква активност или намера укључују чињење овог кривичног дела и 2) са знањем за намеру групе да учини кривично дело финансирања тероризма.

¹⁰ Н. Ђорђевић, Међународни тероризам, Београд, 1986. године, стр. 117-126.

¹¹ М. Бошковић, А. Бошковић, Корупција – прање новца – финансирање тероризма – криминалистички и кривичноправни аспекти, Бања Лука, 2011. године, стр. 189-201.

¹² Д. Вучићевић, Међународни тероризам, Београд, 2002.г одине, стр.76-86.

Поред одговорности физичких лица за кривично дело финансирање тероризма, Конвенција (члан 5.) обавезује државе потписнице да у свом националном законодавству предвиде истовремену и паралелну кривичну одговорност, поред физичког лица, и за правна лица, под условом: а) да је оно смештено на њеној територији или организовано по њеним законима и б) да је кривично дело учинило његово физичко лице које је одговорно за управљање или руковођење управо таквим правним лицем. Одговорност правног лица у том случају не зависи од кривичне одговорности физичког „одговорног” лица које је непосредно учинило кривично дело.¹³ Овај облик одговорности (члан 7. Конвенције) за кривично дело финансирања тероризма постоји ако је: а) кривично дело учињено на територији домаће државе, б) кривично дело учињено на броду који плови под заставом те државе или у авиону регистрованом по законима те државе у време чињења кривичног дела и ц) кривично дело учинио држављанин те државе.

Ова се кривична одговорност може проширити и ако је кривично дело усмерено или је имало за последицу чињење кривичног дела финансирања тероризма:¹⁴ а) на територији или против држављанина те државе, б) против државног или владиног објекта те државе у иностранству, укључујући дипломатске или конзуларне просторије те државе и ц) које је учињено у покушају да се држава присили да учини или да се уздржи од чињења неке радње, односно ако је кривично дело учињено: а) од стране лица без држављанства које има пребивалиште на територији те државе и б) у ваздухоплову који контролише влада те државе.

3. Финансирање тероризма у документима Савета Европе

Конвенција Савета Европе о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стечених криминалом и о финансирању тероризма из маја 2005. године (Варшава)¹⁵ полази од чињенице да борба против тешких облика криминала (где свакако спадају и кривична дела тероризма), која представљају у све већој мери међународни проблем, захтева примену модерних и делотворних метода у међународним размерама. У основи ове кривичне политике се налази веровање да се један од њених метода састоји у лишавању криминалаца прихода стечених кроз разне врсте криминала, посебно прихода који је намењен у циљу вршења кри-

¹³ С. Јанковић, Међународне конвенције из области кривичног права, Београд, 2003. године, стр. 108-111.

¹⁴ Ј. Маšалић, *Međunarodni terorizam*, Tuzla, 2006. godine, str. 118-125.

¹⁵ В. Павишић, *Kazneno pravo Vijeća Evrope*, Zagreb, 2006. godine, str. 354-357.

вичних дела тероризма.¹⁶

Ова Конвенција (члан 1.) дефинише следеће појмове као што су¹⁷: а) „приход” означава сваку економску корист, проистеклу или стечену, непосредно или посредно, од кривичних дела. Она се може састојати од било које имовине, б) „имовина” обухвата имовину сваког описа, материјалну или нематеријалну, покретну или непокретну, и правне документе или инструменте којима се доказује својина или интерес у односу на такву имовину, в) „средства” означава сваку имовину која се користи или се планира да се користи на било који начин, у целини или делимично, за извршење једног или више кривичних дела, г) “конфискација” означава казну или меру коју изриче суд по спроведеном поступку у вези са једним или више кривичних дела, којом се правноснажно одузима имовина и д) „предикатна кривична дела” означава свако кривично дело путем кога је стечен приход који може постати предмет кривичног дела прања новца.

Основни је циљ Конвенције (члан 2.) одређен као усвајање мера, средстава и поступака који треба да спрече, предупреду активности усмерене на финансирање тероризма. То треба да омогући да се уђе у траг, идентификује, замрзне, заплени и конфискује имовина, законитог или незаконитог порекла, која је искоришћена или намењена да буде коришћена, у целини или делимично, за финансирање тероризма, или приходе стечене кроз то кривично дело, и да у том циљу обезбеди најширу могућу сарадњу између појединих држава.¹⁸ Међу овим мерама се нарочито истичу мере конфискације средства и приходе или имовину чија вредност одговара тим приходима или опраној имовини (члан 3.).

Члан 9. Конвенције утврђује стандарде за поједина национална законодавства у правцу инкриминације кривичног дела прања новца.¹⁹ Тако се ово дело састоји у умишљајном предузимању следећих радњи као што су:²⁰ а) конверзија или трансфер имовине, уз знање да та имовина представља приход од кривичног дела, у сврху сакривања или прикривања незаконитог порекла имовине или помагање било ком лицу које

¹⁶ R. Esser, *Europaisches und international strafrecht*, Heidelberg, 2013. godine, str. 391-402.

¹⁷ V.Đ. Degan, B. Pavišić, V. Beširović *Međunarodno i transnacionalno krivično pravo*, Beograd, 2011. godine, str. 109-116.

¹⁸ Т. Лукић, *Посебности кривичног поступка за организовани криминал, тероризам и корупцију*, Нови Сад, 2008. године, стр. 151-165.

¹⁹ J.F. Gayraud, D. Senat, *Terorizam*, Zagreb, 2008. godine, str.1 19-121.

²⁰ D. Korošec. D. Zagorec, M. Ambrož, *Mednarodno kazensko pravo – praktikum*, Ljubljana, 2006. godine, стр. 92-104.

је умешано у извршење кривичног дела у стицају да избегне законске последице својих радњи, б) сакривање или прикривање праве природе, извора, локације, располагања, кретања, имовинских права или права власништва над имовином, уз знање да та имовина представља приход стечен од кривичног дела, у зависности од уставних начела и основних поставки њеног правног система, в) стицање, поседовање или коришћење имовине, уз знање, у тренутку примања те имовине, да она представља приход стечен кривичним делом и г) учествовање, удруживање или завера у циљу извршења, покушаји извршења и помагање, подстицање, олакшавање и помагање саветима извршења било ког кривичног дела из Конвенције.²¹

Поред физичких лица (појединаца или група) за ово кривично дело могу да одговарају и правна лица (члан 10. Конвенције) ако његову радњу извршења предузме физичко лице ради њихове користи, а то физичко лице делује или појединачно или као део неког органа правног лица, који има руководећу позицију у правном лицу, на основу:²² а) права да заступа правно лице, б) овлашћења да доноси одлуке у име правног лица, в) овлашћења да врши контролу унутар правног лица и г) учешћа таквих физичких лица у својству саучесника или онога ко је подстакао на извршење наведених кривичних дела.²³ Такође се правно лице сматра кривично одговорним за ово дело када одсуство надзора или контроле од стране неког од наведених физичких лица њему подређено физичко лице омогући извршење кривичног дела прања новца, али које је извршено у корист тог правног лица. Поред тога, кривична одговорност је проширена на лица која подстичу на извршење или су саучесници у извршењу кривичног дела прања новца.²⁴

4. Сузбијање финансирања тероризма у праву Србије

Спречавањем и сузбијањем финансирања тероризма²⁵ у Републици Србији се, поред Кривичног законика, бави и Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма.²⁶ Он прописује радње и мере које се

²¹ С.С. Harmon, Ž. Filippi, P. Wilkinson, Terorizam danas, Zagreb, 2002. godine, str. 189-293.

²² Б. Чејовић, Међународно кривично право, Општи и посебни део, Београд, 2006. године, стр. 213-226.

²³ V. Arizanović, Uvod u studije terorizma, Sarajevo, 2012. godine, str. 189-197.

²⁴ В. Павишић, Т. Бубаловић, Међународно казнено право, Ријека, 2013. године, стр. 109-112.

²⁵ Р. Соколовић, Тероризам, надзор комуникација и људска права, Београд, 2012. године, стр. 191-213.

²⁶ Службени гласник Републике Србије бр. 113/2017, 91/2019 и 153/2020.

предузимају ради спречавања и откривања прања новца и финансирања тероризма.

Финансирањем тероризма се, у смислу члана 2, став 3. овог закона, сматра обезбеђивање или прикупљање имовине или покушај њеног обезбеђивања или прикупљања, у намери да се користи или са знањем да може бити коришћена, у целисти или делимично: а) за извршење терористичког акта, б) од стране терориста и в) од стране терористичких организација. Поред тога, под финансирањем тероризма сматрају се такође и радње саучесништва у ужем смислу (као што су подстрекавање и помагање) у обезбеђивању и прикупљању имовине, без обзира да ли је терористички акт извршен и да ли је таква имовина уопште коришћена за извршење терористичког акта или није. Поред оваквог појамног одређења финансирања тероризма, његову дефиницију даје и Кривични законик у одредби члана 393. (глава тридесет четврта).

Но, овај је закон отишао и корак даље, па је тако одредио следеће појмове као што су: а) терористички акт, б) терориста и в) терористичка организација.

Терористички акт представља дело које је утврђено споразумима наведеним у анексу уз Међународну конвенцију о сузбијању финансирања тероризма, као и било које друго дело чији је циљ да изазове смрт или тежу телесну повреду цивила или било ког другог лица које не учествује активно у непријатељствима у случају оружаног сукоба, када је сврха таквог дела, по његовој природи или сплету околности повезаних са тим делом, да застраши становништво, или да примора неку владу или неку међународну организацију да учини или да се уздржи од чињења неког дела.

На сличан начин терориста је одређен као лице које само или са другим лицима са умишљајем: а) покуша или учини терористички акт на било који начин, непосредно или посредно, б) подстрекава и помаже у извршењу терористичког акта и в) располаже сазнањем о намери групе терориста да изврши терористички акт, допринесе извршењу или помогне групи настављање вршења терористичког акта са заједничком сврхом.

Коначно, терористичком организацијом се сматра група терориста која: а) покуша или учини терористички акт на било који начин, непосредно или посредно, б) подстрекава и помаже у извршењу терористичког акта и в) располаже сазнањем о намери групе терориста да изврши терористички акт, допринесе извршењу или помогне групи настављање вршења терористичког акта са заједничком сврхом.

Члан 3. Закона о спречавању прања новца и финансирања тероризма

експлицитно одређује објекат напада код кривичног дела финансирања тероризма. Тако имовина обухвата ствари, новац, права, дигиталну имовину, хартије од вредности и друге исправе у било ком облику, којима се може утврдити право својине и друга права. Новац обухвата, како готов новац (домаћи и страни), тако и средства на рачунима (динарска и девизна), као и електронски новац. Као физички преносива средства плаћања сматрају се готов новац, чекови, менице и друга физички преносива средства плаћања, платива на доносиоца.

Темељ свих делатности надлежних органа у спречавању или сузбијању финансирања тероризма представља Стратегија за борбу против прања новца и финансирања тероризма за период 2020-2024.године. Ову стратегију је Влада Републике Србије донела у фебруару 2020.године. У њеној се основи налази схватање да финансирање тероризма у смислу употребе средстава ради пружања подршке извршењу аката тероризма и терористичким групама представља неизоставан део терористичке активности на глобалном нивоу, чиме се угрожава мир и напредак. Стога је логично и оправдано да је Република Србија посвећена изградњи делотворног система борбе против прања новца и финансирања тероризма кроз примену система мера које предвиђа Радна група за финансијску акцију (ФАТФ) као међудржавно тело које на међународном нивоу поставља стандарде у овој области.

Прва национална стратегија из ове области у Србији је донета у периоду 2008-2013.године са циљем да се ефикасно успостави сложени и свеобухватан систем за борбу против прања новца и финансирања тероризма. Потом следи друга национална стратегија (која је донета децембра 2014.године) и која је представљала само логичан наставак претходне са циљем унапређења делотворности система у овој области. Трећа (садашња) стратегија за борбу против прања новца и финансирања тероризма за период 2020-2024.године има за циљ да разради систем за борбу против прања новца и финансирања тероризма у Републици Србији ради успешног суочавања са ризицима утврђеним 2018.године у Процени ризика од прања новца и Процени ризика од финансирања тероризма и ради усвајања мера које ће бити у складу са стандардима ФАТФ и које ће успешно доприносити постављеним циљевима у борби против прања новца и финансирања тероризма.

5. Финансирање тероризма као кривично дело

5.1. Објект кривичног дела

На бази напред наведених међународних стандарда Кривични законик Србије утврђује основе система кривичне одговорности и кажњиво-

сти за кривично дело које се назива: „Финансирање тероризма“²⁷. Ово је дело предвиђено у глави тридесетчетвртој под називом: „Кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом“ чиме су инкриминисане припремне радње које омогућавају, олакшавају или доприносе, односно које стварају услове или претпоставке за извршење неког од законом таксативно набројаних кривичних дела тероризма.

Високо испољена опасност и тежина предузимања радњи набављања (долажења у posed, у државину) средстава за извршење кривичних дела тероризма доводи до ове самосталне инкриминације²⁸. Она представља кажњиву претходну (припремну) фазу намењену за извршење одређених међународних кривичних дела, односно дела тероризма²⁹. У основи ове инкриминације се налази општеприхваћено схватање да без обезбеђења значајних финансијских средстава (у целости или делимично) терористичке активности или деловање терористичких група или појединаца уопште не би било могуће или пак не би било ефикасно.

Два су објекта овог кривичног дела. То су:

- а) објект заштите – 1) уставно уређење и безбедност Србије, 2) међународна безбедност, 3) безбедност јавног саобраћаја (ваздушног, поморског и др.), 4) основне слободе и права човека и
- б) објект напада - средства за извршење кривичних дела тероризма (став 2.). То су сва средства, материјална или нематеријална, покретна или непокретна, без обзира на начин стицања и форму документа или исправе, укључујући електронску или дигиталну, којима се доказује својина или интерес у односу на та средства, укључујући банкарске кредите, путне чекове, новчане налоге, хартије од вредности, акредитиве и друга средства³⁰.

5.2. Елементи кривичног дела

Кривично дело: „Финансирање тероризма“³¹ (члан 393. КЗ) се састоји у непосредном или посредном обезбеђењу или прикупљању средстава

²⁷ Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore, Cetinje, 2004. godine, str. 1074-1075.

²⁸ K. Turković et al., Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2013. godine, str. 149.

²⁹ B. Petrović, D. Jovašević, Međunarodno krivično pravo, Sarajevo, 2010. godine, str. 205-206.

³⁰ Ђ. Ђорђевић, Кривично право, Посебни део, Београд, 2014. године, стр. 268.

³¹ Ђ. Ђорђевић, Д. Коларић, Кривично право, Посебни део, Београд, 2021. године, стр. 298-300.

с циљем да се она користе или са знањем да ће се користити у потпуности или делимично за финансирање вршења следећих кривичних дела: а) отмица (члан 134.), б) неовлашћено прибављање и угрожавање безбедности нуклеарним материјама (члан 287.), в) угрожавање саобраћаја опасном радњом и опасним средством (члан 290.), г) угрожавање безбедности ваздушног саобраћаја (члан 291.), д) угрожавање безбедности ваздушног или поморског саобраћаја или непокретне платформе (члан 292.), ђ) отмица ваздухоплова, брода и другог превозног средства (члан 293.), е) тероризам (члан 391.), ж) јавно подстицање на извршење терористичких дела (члан 391а.), з) врбовање и обучавање за вршење терористичких дела (члан 391б.), и) употреба смртоносне направе (члан 391в.), ј) уништење и оштећење нуклеарног објекта (члан 391г.) и к) угрожавање лица под међународном заштитом (члан 392.) или за финансирање организација које за циљ имају вршење тих дела или припадника тих организација или лица које за циљ има вршење тих дела.³²

Ово кривично дело чине следећи конститутивни елементи. То су:³³

а) радњу извршења чине две алтернативно прописане делатности. То су:³⁴ 1) обезбеђење - омогућавање, олакшавање прибављања (долажења у посед) предмета другом лицу и 2) прикупљање – теретно или доброчином (безтеретно) прибављање, набављање, долажење у посед предмета. Ово дело је свршено самим моментом предузимања законом наведених делатности, макар су оне учињене и једнократно. У случају када би прикупљена средства у овом циљу заиста и била употребљена за извршење неког од кривичних дела којима претходи, тада би постојало помагање као облик саучесништва,

б) радња извршења се предузима на два алтернативно наведена начина. То су: 1) непосредно (директно) и 2) посредно (индиректно, посредством или преко другог лица,

в) радња извршења се предузима са одређеним циљем – са циљем да се ова средства (у целости или делимично) користе (употребе) или са знањем (свешћу) да ће се користити (употребити) у потпуности (целини, целости) или делимично за финансирање.³⁵ Овај

³² М. Simović, V. Simović, *Krivično pravo Brčko distrikta BiH, Posebni deo, Laktaši*, 2021. godine, str. 45-46.

³³ Д. Јовашевић, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 2017. године, стр. 367.

³⁴ М. Ђорђевић, Ђ. Ђорђевић, *Кривично право*, Београд, 2020. године, стр. 232.

³⁵ D. Jovašević, Lj. Mitrović, V.I kanović, *Krivično pravo Republike Srpske, Posebni deo*,

циљ треба да мотивише учиниоца управо на предузимање радње извршења, зато он постоји управо у време извршења дела, без обзира да ли је овај циљ у конкретном случају заиста и остварен:

1) вршења неког од законом таксативно наведених следећих кривичних дела. Ту спадају:³⁶ отмица; неовлашћено прибављање и угрожавање безбедности нуклеарним материјама; угрожавање саобраћаја опасном радњом и опасним средством; угрожавање безбедности ваздушног саобраћаја; угрожавање безбедности ваздушног или поморског саобраћаја или непокретне платформе; отмица ваздухоплова, брода и другог превозног средства; тероризам; јавно подстицање на извршење терористичких дела; врбовање и обучавање за вршење терористичких дела; употреба смртоносне направе; уништење и оштећење нуклеарног објекта и угрожавање лица под међународном заштитом,

2) организација које за циљ имају вршење таквих кривичних дела или припадника тих организација или

3) лица које за циљ има вршење наведених кривичних дела.

Извршилац овог кривичног дела може бити свако физичко лице. У погледу кривице потребан је умишљај, односно директан умишљај (који дефинише циљ учиниоца) са којим предузима радњу извршења – обезбеђења или прикупљања средстава за извршење неког од законом таксативно наведених кривичних дела, иако тако одређени циљ уопште није остварен.

За ово кривично дело је прописана казна затвора у трајању од једне до десет година. Уз казну се обавезно изриче мера безбедности одузимања предмета³⁷ (став 3.) - прикупљених средстава која су намењена за извршење извршење кривичног дела финансирања тероризма – одузимање материјалних или нематеријалних, покретних или непокретних средстава, без обзира на начин њиховог стицања и форму документа или исправе, укључујући електронску или дигиталну, којима се доказује својина или интерес у односу на та средства, укључујући банкарске кредите, путне чекове, новчане налоге, хартије од вредности, акредитиве и друга средства.

Banja Luka, 2017.godine, str.221-222.

³⁶ B. Petrović, D. Jovašević, Krivično pravo 2, Posebni deo, Sarajevo, 2005. godine, str. 70-71.

³⁷ D. Jovašević, Lj. Mitrović, V. Ikanović, Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske, Banja Luka, 2021. godine, str. 607-611.

6. Финансирање тероризма у кривичном законодавству држава региона

Кривично дело финансирања тероризма познају сва кривична законодавства у државама у региону, али под различитим називима, са различитим карактеристикама, садржајем и обележјима бића, те различито прописаним казнама. Зато ћемо у наставку рада анализирати ове специфичности при законском дефинисању овог кривичног дела у односу на правна решења у Србији.

Тако ово кривично дело под називом: „Финансирање тероризма“ познају: члан 98. КЗ Хрватске,³⁸ члан 109. КЗ Словеније,³⁹ члан 394в. КЗ Северне Македоније⁴⁰ и члан 449. КЗ Црне Горе⁴¹. Ово кривично дело носи назив: „Финансирање терористичких активности“ у члану 202. КЗ Босне и Херцеговине,⁴² члану 202.КЗ Федерације БИХ⁴³ и члану 300. КЗ Републике Српске,⁴⁴ док члан 199 КЗ Брчко дистрикта БИХ⁴⁵ ово дело назива: „Финансирање терористичких делатности“.

Објекат напада код овог кривичног дела поједина кривична законодавства одређују на различите начине. Тако се као објекат напада код дела финансирања тероризма јављају:

- а) средства (без њиховог ближег одређења у чему се састоје) – Хрватска,
- б) новац или имовина - Словенија,
- в) новац или друга имовина - Северна Македонија и

³⁸ Narodne novine Republike Hrvatske br. 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017, 118/2018, 126/2019 i 84/2021.

³⁹ Uradni list Republike Slovenije br. 55/2008, 66/2008, 39/2009, 91/2011, 55/2014, 6/2016, 38/2016, 27/2017 i 23/2020, 91/2020, 95/2021 i 186/2021.

⁴⁰ Службен весник на Република Македонија бр. 37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/2011, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 827/2013, 14/2014, 27/2014, 28/2014, 28/2014, 41/2014, 115/2014 i 132/2014, 160/2014, 199/2014, 196/2015, 226/2015, 169/2016, 97/2017, 170/2017 i 248/2018.

⁴¹ Službeni list Republike Crne Gore br. 70/2003, 13/2004, 47/2006, 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011, 40/2013, 56/2013, 42/2015, 58/2015, 44/2017, 49/2018 i 3/2020.

⁴² Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br.3/2003, 32/2003, 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 32/2007, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018 i 46/2021.

⁴³ Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine br. 36/2003, 37/2003, 21/2004, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014 i 75/2017.

⁴⁴ Службени гласник Републике Српске бр. 64/2017, 104/2018, 15/2021 i 89/2021.

⁴⁵ Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine br. 19/2020.

г) новац, имовина или средства – Република Српска.

На нешто прецизнији описни начин објекат напада одређују следећа кривична законодавства:

- а) Црне Горе - сва средства, материјална или нематеријална, покретна или непокретна, без обзира на начин стицања и форми документа или исправе, укључујући електронску или дигиталну, којима се доказује својина или интерес у односу на та средства, укључујући банкарске кредите, путне чекове, новчане налоге, хартије од вриједности, акредитиве и друга средства и
- б) Босне и Херцеговине, Федерације БИХ и Брчко дистрикта БИХ - средства сваке врсте, било да се састоје у стварима или правима, било материјална или нематеријална, покретна или непокретна, без обзира на то како су стечена, те правни документи или инструменти у сваком облику, укључујући и електронске или дигиталне, који доказују власништво или право власништва над имовином, укључујући али не ограничавајући се на банкарске кредите, путничке чекове, банкарске чекове, новчане налоге, уделе, хартије од вредности, обвезнице, менице и кредитна писма.

Радњу извршења кривичног дела финансирања тероризма поједина кривична законодавства у региону одређују на следеће начине. Тако се као радња извршења јављају следеће делатности чињења:

- а) давање или прикупљање – Хрватска, Федерација БИХ и Брчко дистрикт БИХ,
- б) обезбеђење или прикупљање – Словенија и Црна Гора и
- в) давање, обезбеђење или прикупљање – Северна Македонија, Босна и Херцеговина и Република Српска.

Радња извршења, без обзира да ли се састоји из две или три законом прописане делатности, се предузима на различите начине, с тим што их КЗ Словеније изричито не наводи. То су следећи начини извршења дела као што су:

- а) изравно (директно) или неизравно (индиректно, посредно) – Хрватска,
- б) на било који начин директно или индиректно – Северна Македонија, Босна и Херцеговина, Федерација БИХ, Брчко дистрикт БИХ и Република Српска и
- в) било који начин – Црна Гора.

Радња извршења кривичног дела финансирања тероризма се предузима на законом изричито наведене начине и са одређеним циљем (сврхом). Тај је циљ или сврха одређен на различите начине, зависно од решења у појединим кривичним законодавствима, при чему се на овај начин обезбеђена (прибављена, прикупљена или давана) средства, у целисти (потпуности) или делимично користе, употребљавају за следеће намене (циљ, сврху):

а) Хрватска, Словенија, Црна Гора, Босна и Херцеговина - у сврху (у циљу) чињења или доприноса у чињењу једног или више казних дела: тероризам; јавно подстицање на тероризам; врбовање за тероризам; обука за тероризам; путовање у сврху тероризма и терористичко удружење или чињења једног или више казних дела: отмица; уништење или оштећење јавних направа; злоупотреба радиоактивних материја; напад на ваздухоплов, брод или непокретну платформу; угрожавање саобраћаја опасном радњом или средством; убиство лица под међународном заштитом; отмица лица под међународном заштитом; напад на лице под међународном заштитом и претња лицу под међународном заштитом или другог казненог дела којем је циљ проузроковање смрти или тешке телесне повреде цивила или другог лица која није активно укључено у оружани сукоб, ако је сврха тако учињеног дела да се застраши становништво или присили нека држава или међународна организација да нешто учини или не учини, или са циљем да се средства користе или знајући да ће се користити од стране терориста или терористичког удружења (групе или злочиначког удружења),

б) Северна Македонија - са намером да се употребе за кривично дело: отмице ваздухоплова или брода; угрожавање безбедности ваздушног саобраћаја; терористичко угрожавање уставног поретка и безбедности; терористичка организација; тероризам; злочин против човечности; међународни тероризам; узимање талаца или другог терористичког акта или било којег другог кривичног дела учињеног са намером да се нанесе смрт или тешка телесна повреда грађанима или другим лицима која нису укључена у сукоб или оружани сукоб по међународном праву са намером да се створи осећај несигурности или страха међу грађанима или да се принуди држава или међународна организација да изврши или да се уздржи од извршења одређених радњи или са намером да се искористе од стране терористичке групе или терористичке организације,

в) Федерација БИХ, Брчко дистрикт БИХ - с циљем учињења кривичног дела: узимање талаца и тероризам или другог кривичног дела које може проузроковати смрт или тежу телесну повреду цивилног лица или лица које активно не учествује у непријатељствима у оружаном сукобу, кад је сврха таквог дела, по његовој природи или околности, застрашивање становништва или присиљавање органа власти у Федерацији БИХ или Брчко дистрилту БИХ да што учини или не учини, без обзира на то да ли су терористичке активности извршене и да ли су средства коришћена за извршавање терористичких активности, или с циљем да се средства употребе у било коју сврху од терористичких организација или појединачних терориста и

г) Република Српска (БИХ) - у намери да се средства користе или знајући да ће се користити или да ће бити употријебљена за вршење једног или више кривичних дела теоризма (из Главе двадесеттреће) и кривичних дела: оштећење или уништење јавних уређаја; оштећење брана и водопривредних објеката или неког другог дела које може проузроковати смрт или тежу телесну повреду цивилног лица или лица које активно не учествује у непријатељствима у оружаном сукобу, ако је такво дело управљено на застрашивање грађана или присиљавање органа власти у Републици Српској да изврши или не изврши неку радњу или у намери коришћења или знајући да ће бити искориштена на било који начин од стране терориста или терористичке организације.

Учиниолац кривичног дела финансирања тероризма по правилу може бити било које физичко лице, домаће или инострано, без икаквих посебних личних својстава (Хрватска, Словенија, Црна Гора, Босна и Херцеговина, Федерација БИХ и Брчко дистрикт БИХ).

Но, поједина кривична законодавства, поред оваквог решења, прописују да се као учинилац овог дела може јавити и: а) службено или одговорно лице – *delicta propria*) и б) правно лице.

Такво специфично решење својства учиниоца код овог кривичног дела предвиђа КЗ Северне Македоније:

а) службено, одговорно лице у банци или другој финансијској установи или лице које обавља послове од јавног интереса које је законом овлашћено да предузима мере и радње ради спречавања финансирања тероризма и

б) службено или одговорно лице које неовлашћено открије

клијенту или непозваном лицу податке у вези са поступком испитивања сумњивих трансакција или применом других мера и радње да спречи финансирање тероризма.

Слично решење прописује и КЗ Републике Српске према коме се као учинилац кривичног дела финансирања тероризма може јавити:

а) службено или одговорно лице у банци или другој финансијског институцији или лице које врши послове од јавног интереса које је овлашћено за предузимање мера или радњи за спречавање финансирања тероризма и

б) службено или одговорно лице које неовлаштено открије клијенту или непозваном лицу податке који се односе на поступак испитивања сумњивих трансакција или других мера или радњи које се предузимају за спречавање финансирања тероризма.

Коначно, у регионалном кривичном законодавству се јавља и могућност извршења овог кривичног дела од стране правног лица. Такво је решење предвиђено у законодавству: а) Северне Македоније (које се кажњава новчаном казном) и б) Републике Српске (у ком случају је прописана новчана казна и мера престанка правног лица).

Кривично дело финансирање тероризма се у свим посматраним кривичним законодавствима држава региона у погледу облика кривице учиниоца врше умишљајем који се, будући да се у његовој основи налази остварење одређеног законом прописаног циља (сврхе, намере), јавља у облику директног умишљаја.

Но, поједина законодавства ипак дозвољавају постојање нехата као блажег облика кривице (невољног извршења дела) на страни учиниоца овог дела. Тако КЗ Северне Македоније предвиђа извршење дела од стране лица које је, иако није знало за могућност настанка штетне последице услед предузете радње извршења, према околностима и према свом личном својству, било дужно и могло је знати за ту могућност (свесни нехат). Слично решење познаје и КЗ Републике Српске када дозвољава извршење овог дела из нехата (који укључује и свесни и несвесни нехат). У оба ова случаја блажи облик кривице учиниоца доводи до блаже правне квалификације учињеног кривичног дела (привилеговани или лакши облик дела), за који је прописано блаже кажњавање.

За кривично дело финансирање тероризма посматрана кривична законодавства држава региона прописују различите казне за физичко лице као учиниоца. То су: а) казна затвора у трајању од једне до десет година

- Хрватска, Словенија, Црна Гора, Федерација БИХ и Брчко дистрикт БИХ, б) казна затвора најмање осам година - Северна Македонија и Република Српска и в) казна затвора најмање три године – Босна и Херцеговина.

7. Закључак

У сузбијању кривичних дела тероризма (и других законом таксативно набројаних кривичних дела) као негативних кривичноправних појава и безбедносних проблема у међународној заједници и у националном кривичном законодавству примењују се различите мере, средства и поступци од стране надлежних државних органа. У том систему мера посебан значај и улогу имају кривичне санкције (казне). Њиховом применом се остварују циљеви генералне, односно специјалне превенције према учиниоцима кривичних дела тероризма, односно сродних кривичних дела. Међу овим кривичним делима се на специфичан начин издваја кривично дело финансирање тероризма којом су инкриминисане припремне радње, односно претходни стадијум за извршење различитих облика, односно видова испољавања кривичних дела тероризма.

Ово се кривично дело састоји, према законским решењима у Кривичном законнику (члан 393.), састоји у непосредном или посредном обезбеђењу или прикупљању средстава с циљем да се она користе или са знањем да ће се користити у потпуности или делимично за финансирање вршења следећих кривичних дела: а) отмица (члан 134.), б) неовлашћено прибављање и угрожавање безбедности нуклеарним материјама (члан 287), в) угрожавање саобраћаја опасном радњом и опасним средством (члан 290.), г) угрожавање безбедности ваздушног саобраћаја (члан 291.), д) угрожавање безбедности ваздушног или поморског саобраћаја или непокретне платформе (члан 292.), ђ) отмица ваздухоплова, брода и другог превозног средства (члан 293.), е) тероризам (члан 391.), ж) јавно подстицање на извршење терористичких дела (члан 391а.), з) врбовање и обучавање за вршење терористичких дела (члан 391б.), и) употреба смртоносне направе (члан 391в.), ј) уништење и оштећење нуклеарног објекта (члан 391г.) и к) угрожавање лица под међународном заштитом (члан 392.) или за финансирање организација које за циљ имају вршење тих дела или припадника тих организација или лица које за циљ има вршење тих дела. На сличан начин, са идентичним обележјима бића (садржином, карактеристикама) ово кривично дело познају и друга кривична законодавства држава у региону.

Но, појам финансирања тероризма у Србији даје још један законски текст. То је Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма. Према овом решењу (члан 2, став 3.) као финансирање тероризма се сматра обезбеђивање или прикупљање имовине или покушај њеног обезбеђивања или прикупљања, у намери да се користи или са знањем да може бити коришћена, у целости или делимично: а) за извршење терористичког акта, б) од стране терориста и в) од стране терористичких организација. Поред тога, под финансирањем тероризма сматрају се такође и радње саучесништва у ужем смислу (подстрекавање и помагање) у обезбеђивању и прикупљању имовине, без обзира да ли је терористички акт уопште извршен (односно покушан) и да ли је таква имовина уопште коришћена за извршење терористичког акта или није.

Конечно, појам финансирања тероризма одређује још један правно-политички акт у Србији. То је Стратегија за борбу против прања новца и финансирања тероризма за период 2020-2024.године. Она дефинише финансирање тероризма као употребу средстава ради пружања подршке извршењу аката тероризма и терористичким групама, што представља неизоставан део терористичке активности на глобалном нивоу, чиме се угрожава мир и напредак.

За ово се кривично дело у кривичном законодавству физичком лицу као учиниоцу изричу строге казне затвора (у трајању до десет година), уз обавезно изрицање мере безбедности одузимања прибављених средстава или имовине.

У основи оваквог законског инкриминсања финансирања тероризма се налазе релевантни универзални и регионални међународни документи: а) Међународна конвенција ОУН о сузбијању финансирања тероризма и б) Конвенција Савета Европе о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стечених криминалом и о финансирању тероризма.

Литература

Arizanović, V., Uvod u studije terorizma, Sarajevo, 2012.

Бошковић, М., Бошковић, А., Корупција – прање новца – финансирање тероризма – криминалистички и кривичноправни аспекти, Бања Лука, 2011.

Вучићевић, Д., Међународни тероризам, Београд, 2002.

Gayraud, J.F., Senat, D., Terorizam, Zagreb, 2008.

Degan, V.Đ., Pavišić, B., Beširović, V., Međunarodno i transnacionalno krivično

pravo, Beograd, 2011.

Ђорђевић, Ђ., Кривично право, Посебни део, Београд, 2014.

Ђорђевић, Ђ., Коларић, Д., Кривично право, Посебни део, Београд, 2021.

Ђорђевић, М., Ђорђевић, Ђ., Кривично право, Београд, 2020.

Ђорђевић, Н., Међународни тероризам, Београд, 1986.

Esser, R., Europaisches und international strafecht, Heidelberg, 2013.

Јанковић, С., Међународне конвенције из области кривичног права, Београд, 2003.

Јовашевић, Д., Икановић, В., Међународно кривично право, Бања Лука, 2015.

Јовашевић, Д., Кривично право, Посебни део, Београд, 2017.

Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V., Krivično pravo Republike Srpske, Posebni deo, Banja Luka, 2017.

Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V., Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske, Banja Luka, 2021.

Korošec, D., Zagorec, D., Ambrož, M., Mednarodno kazensko pravo – praktikum, Ljubljana, 2006.

Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V., Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore, Cetinje, 2004.

Лукић, Т., Посебности кривичног поступка за организовани криминал, тероризам и корупцију, Нови Сад, 2008.

Маšалић, Ј., Међународни тероризам, Tuzla, 2006.

Narodne novine Republike Hrvatske br. 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017, 118/2018, 126/2019 i 84/2021.

Pavišić, B., Kazneno pravo Vijeća Evrope, Zagreb, 2006.

Pavišić, B., Bubalović, T., Међународно казнено право, Rijeka, 2013.

Petrović, B., Jovašević, D., Krivično pravo 2, Posebni deo, Sarajevo, 2005.

Petrović, B., Jovašević, D., Међународно кривично право, Sarajevo, 2010.

Ramić, A., Terorizam i njegovo finansiranje u svijetu i u Bosni i Hercegovini, Tešanj, 2019.

Сандић, К., Финансирање тероризма путем прања новца, Београд, 2011.

Satzger, H. International and European criminal law, Munchen, 2018.

Simović, M., Simović, V., Krivično pravo Brčko distrikta BiH, Posebni deo, Laktaši, 2021.

Службен весник на Република Македонија бр. 37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/2011, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 827/2013, 14/2014, 27/2014, 28/2014, 28/2014, 41/2014, 115/2014 и 132/2014, 160/2014, 199/2014, 196/2015, 226/2015, 169/2016, 97/2017, 170/2017 и 248/2018.

Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine br. 36/2003, 37/2003, 21/2004, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014 и 75/2017.

Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br.3/2003, 32/2003, 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 32/2007, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018 и 46/2021.

Службени гласник Републике Србије бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

Службени гласник Републике Србије бр. 113/2017, 91/2019 и 153/2020.

Службени гласник Републике Српске бр. 64/2017, 104/2018, 15/2021 и 89/2021.

Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine br.19/2020.

Službeni list Republike Crne Gore br. 70/2003, 13/2004, 47/2006, 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011, 40/2013, 56/2013, 42/2015, 58/2015, 44/2017, 49/2018 и 3/2020.

Соколовић, Р., Тероризам, надзор комуникација и људска права, Београд, 2012.

Софтић, С., Међународно право и тероризам, Сарајево, 2005.

Stanković, N., Terorizam i finansiranje terorizma, Brčko, 2014.

Turković, K., et al., Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2013.

Uradni list Republike Slovenije br. 55/2008, 66/2008, 39/2009, 91/2011, 55/2014, 6/2016, 38/2016, 27/2017 и 23/2020, 91/2020, 95/2021 и 186/2021.

Harmon, C.C., Filippi, Ž., Wilkinson, P., Terorizam danas, Zagreb, 2002.

Чејовић, Б., Међународно кривично право, Општи и посебни део, Београд, 2006.

Prof. Dragan Jovašević, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

FINANCING TERRORISM IN SERBIAN LAW AND INTERNATIONAL STANDARDS

Summary

In recent decades, the international community has noted numerous examples of various forms or manifestations of terrorism, on the mainland, at sea or in the air, which had different goals and consequences. In response, an effective prevention system has been instituted both at the international level and in national legislations, aimed at suppressing these forms of illegal conduct. One of the specific instruments established to that effect is the system of criminal liability and punishment which is based on international standards. In these standards, various forms or manifestations of terrorist activities of individuals or groups are envisaged as criminal acts with severe punishments for their perpetrators. One of the most prominent criminal offenses is the criminal act of financing terrorism, which aims to remove the financial sources leading to the emergence or spread of certain terrorist activities. This paper discusses the concept and characteristics of financing terrorism in international law and Serbian legislation.

Keywords: *terrorism, financing, international standards, crime, responsibility.*

ЗЛОЧИН БЕЗ ЖРТВЕ²

НОРМАТИВНА ВИКТИМОЛОГИЈА

Апстракт: У раду, ауторка наглашава значај виктимологије као поддисциплина криминологије, која се бави питањима виктимизације, виктимогенезе и резилијентности. Осим изучавања жртава кривичних дела и других кажњивих радњи, у виктимологији се развила и либерална струја, којом су обухваћене не само жртве уличног криминалитета, већ и питања жртава мање видљивих облика криминалитета, попут криминалитета белог оковратника и структуралног криминалитета. Ауторка у раду наглашава питање резилијентности. У литератури је заступљено схватање да свако носи у себи капацитет за резилијентност. Међутим, појединац се мора наћи у одређеним ситуацијама које ће претходити томе да једна особа буде у стању да развије резилијентност, па је због тога свакоме неопходна извесна подршка.

Кључне речи: виктимологија, развој, пенална, резилијентност.

1. Увод

Виктимологија се посматра као поддисциплина криминологије, у коју су укључене различите групе људи и интереса које заступају. То је област у којој се воде многобројне дебате и анализе и која окупља заједно интелектуалце, активисте невладиних организација и законописце, па

¹kosticm@prafak.ni.ac.rs

²Овај рад, с нагласком на резилијентности у виктимологији, изложен је у целости у дискусионом блоку на тему „Одговор система у време великих друштвених криза и пролонгираног стреса”, на Међународном стручном скупу: 27. ОКТОБАРСКИ СУСРЕТИ У СОЦИЈАЛНОЈ ЗАШТИТИ НА ТЕМУ: ДРУШТВЕНЕ КРИЗЕ, ПРИЛАГОЂАВАЊЕ, РАЗВОЈ. Одлуком Коморе социјалне заштите бр. 55075-2049/2022 скуп је категорисан као Међународна конференција.

у тој „узаврелој мешавини“ настају бројне тензије.³ Неки аутори примећују да је виктимологија „специфична и респектабилна академска научна дисциплина. Нова грана науке о жртви, али са транспарентним и осебујним дијапазоном, свеобухватним и интердисциплинарним истраживачким поступком“.⁴ Или, „виктимологија је, најједноставније речено, знаност о жртви“, како тврди Шепаровић.⁵ Ипак, без обзира на централно усмерење ка изучавању личности жртве, свим њеним активностима у интеракцији у механизму страдања (виктимизацији),⁶ дакле феноменолошким и етиолошким обележјима одређене личности и процеса њеног страдања, намеће се и потреба изучавања колективних и апстрактних жртава, затим масовних жртава при кршењу норми међународног хуманитарног права или жртава извесних облика девијантности, попут проституције или наркоманије, на пример.

Осим тога, неки од истакнутих виктимолога, попут Андзенге (Andzenge), саму виктимизацију одређују као „представу“, начин на који себе сагледава појединац као жртва или групе особа као жртве, дакле вид субјективне перцепције, помоћу кога се остварује значајан утицај на ниво њихове виктимизације. Међутим, аутор наглашава да је важна и субјективна представа осталих актера у процесу виктимизације, која такође утиче на обликовање искуства и касније понашање жртава. Број „осталих“ је велики: пријатељи, рођаци, посматрачи, грађани, односно сви они који имају сазнања о виктимизацији, затим организације које исказују изван професионални интерес (државни органи или невладине организације), као и сами починиоци. Они сви, понаособ, уносе своју „субјективну“ перцепцију у „објективни“ догађај. Представа/перцепција заузима централно место у виктимолошком начину размишљања, истраживања и интервенције онда када се процес виктимизације изучава у склопу друштвеног конфликта. Циљ је да се током терапије измене представе/перцепције код жртава, као и њихов емоционални одговор на то, што је, у ствари, главно одредиште напретка у опоравку жртава.⁷ Зато сам термин „виктимизација“ почиње, сам по

³ Видети: Sandra Walklate, *Imagining the Victim of Crime*, McGrawHill, Open University Press 2007., стр. 29-30.

⁴ Видети, на пример: Алија Рамљак, Миодраг Симовић, *Виктимологија*, Паневропски универзитет АпеироН, Факултет правних наука Бања Лука, Бања Лука 2006., стр. 3.

⁵ Видети: Звонимир Шепаровић, *Виктимологија - студије о жртвама*, Информатор, Загреб 1998., стр. 5.

⁶ Алија Рамљак, Миодраг Симовић, loc. cit.

⁷ Илустративни пример за то налази се у недавном истраживању насељеника Јевреја у појасу Газе, током њихове принудне евакуације од стране израелских власти. Наиме, тврдња о важности перцепције коју имају жртве у овом се случају односи на развој

себи, да добија један негативни ниво сагледавања. Особе које су учествовале у процесу виктимизације одбијају тај ниво и више нагињу употреби термина који наглашавају њихову могућност да савладају сопствене патње.⁸ Пример да употреба различитих термина има суштинско, а не формално значење, јесте у називу Јевреја који су преживели холокауст за време Другог светског рата. У почетку они су називани „спашени од холокауста” („Holocaust Rescued”), што је значило да су остали живи захваљујући напорима других. У скорије време, многи желе да буду названи „преживели холокауст” („Holocaust Survivors”), зато што тај нови термин указује на промену статуса, од пасивних жртава ка активним даваоцима отпора, који су преживели захваљујући сопственим напорима.⁹

Бен-Дејвид (Ben-David) је 2000. године представио „виктимологију жртве” („Victim’s Victimology”), као нову оријентацију, засновану на потреби вршења виктимолошких истраживања и праксе. Ова оријентација је усмерена на представе жртава и указује на значај научне методологије која ће се примењивати у односу на исказане потребе и интересе самих жртава и представља пример промене, у којој самоспознаја потреба жртава постаје примарни фокус, а не њихова права, како то намеће друштво. Јасно је да поступак „давања гласа”¹⁰ потребама жртава не искључује давање гласа и правима жртава, тако да претходно додаје нову димензију потоњем.

Стара парадигма, која у први план ставља права жртава, може да се посматра као израз чисте моралности у односу на онога ко је жртва, док нова парадигма у први план истиче старање о моралности. Старање о томе обухвата не само заштиту права и интереса жртава, већ и стварање могућности које ће ићи у сусрет њиховим потребама. Садашња теорија у виктимологији изражава ову парадигму, истичући како област усмерену на акцију, тако и област академског и научног интересовања. Главна акција усмерена је на трансформацију представе/перцепције на било ком нивоу, од индивидуе до институције, ка културолошком и социјалном одређењу.

виктимизације и промена које су настале у представи како код жртава тако и код агресора, а све у контексту изведене евакуације. Одговор је био у колективном певању евакуисаних и у реакцијама које је то певање произвело. Видети: *Trends and Issues in Victimology* (ed. by Natti Ronel, K. Jaishankar and Moshe Bensimon), Cambridge Scholars Publishing, 2008., стр. 3-4. <http://www.c-s-p.org/Flyers/978-1-4438-0069-3-sample.pdf>, приступ: 5.11.2009.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ *Trends and Issues in Victimology*, op. cit., стр. 4.

Затим, у виктимолошким радовима новијег датума јасно се истиче да „ми обмањујемо себе ако мислимо да је понашање корпорација иреле-вантно, чак и у односу на уско одређење криминалитета. На много начина, лоше поступање корпорација се чини са много више предумишљаја него већина од учињеног уличног криминалитета, који ми уобичајено прихватамо као злочиначко поступање и као виктимизацију”.¹¹

Осим тога, у виктимологији се развила и либерална струја, којом су обухваћене не само жртве уличног криминалитета, већ и питања жртва мање видљивих облика криминалитета, попут криминалитета белог оковратника и структуралног криминалитета.¹²

Зато Мирс (Miers) примећује да „виктимологија има превише гласова да би дозволила било какву кохерентност у начину свог саопштеног разумевања света”,¹³ док Рок (Rock) запажа њену „католичку” природу.¹⁴ Указујући чак и на шире концепте унутар дисциплине, Фата (Fattah), канадски виктимолог, инсистира на раздвајање онога што он назива „хуманистичком виктимологијом” од „научне виктимологије”.¹⁵ Наиме, чинећи ову разлику, Фата у први план ставља полазишта која проистичу из упоређивања тврдњи о виктимизираниости које су дате од стране оних који припадају покретима за заштиту жртва, с једне стране и оних чија су схватања о виктимизираниости више непристрасна, академска, односно више научне природе, с друге стране. Потреба за оваквим раздвајањем настала је у време када је овај виктимолог писао „изузетно прикладно”, дајући снажне конзервативне политичке тонове, удружене са многим схватањима проистеклим из покрета за права жртва у Северној Америци и њиховој способности да задобију пажњу државе. Међутим, тај потпури активизма и политичког утицаја на страни „гласа жртва” је нешто што се јавило и у развијеним земљама Западне Европе,

¹¹ Ellias Robert, „Paradigms and Paradoxes of Victimology”, <http://www.aic.gov.au/publications/proceedings/27/elias.pdf>, приступ: 24.4.2009.

¹² Затим, радикално-критички правац утицао је на даље ширење предмета виктимологије, па се као предмет интересовања, осим жртва криминалитета, јављају и жртве других облика људског страдања, услед: загађења човекове околине, повреда и оштећења здравља на раду, бруталности полиције, дискриминативних институција и радњи других носилаца моћи и привилегија. Видети опширније: Константиновић-Вилић, С., Николић-Ристановић, В., Костић, М., *Криминологија*, Пеликан-ПРИНТ, Ниш, 2009., стр. 461-462.

¹³ Sandra Walklate, loc. cit.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

Енглеској и Велсу, на пример, упркос релативно неутралном положају покрета за подршку жртвама у овим земљама.¹⁶ Све до раних деведесетих година 20. века расли су како број и шароликост схватања група и индивидуа који су се залагали за права жртва у тим земљама тако и процес политичког концентрисања интереса жртва.¹⁷

Стога је у развоју виктимологије могуће идентификовати више различитих праваца, чија предметна и временска одређења варирају у зависности од приступа појединих виктимолога.¹⁸

2. Развој виктимолошког концепта – пенална виктимологија

Ипак, сагласност постоји о почецима виктимолошког приступа у криминологији, који несумњиво припадају: Хентигу (von Hentig), Вертаму (Wertham), као и Менделсону (Mendelsohn). Године 1941. Хентиг је објавио чланак под називом: „Запажања о интеракцији између учиниоца и жртве” („Remarks on the Interaction of Perpetrator and Victim”), а касније, 1948. године и књигу из криминологије *Криминалац и његова жртва* (*The Criminal and His Victim*), у којој је једно поглавље посветио жртви злочина. Хентиг је третирао жртву као учесника/учесницу у злочину. Жртве је класификовао према природи њиховог учешћа у криминалном догађају. Тада је истакао да проучавање улоге жртве може да доведе до боље превенције злочина.¹⁹

Године 1947. Менделсон је изложио свој чланак на француском језику, на конгресу у Букурешту, у коме је употребио кованицу „виктимологија”. Слично Хентигу, Менделсон је своју пажњу усмерио на улогу жртва у процесу „стрмоглављивања/превагнућа” у криминалитет насиља, путем провокација, на пример.²⁰ Зато је за Менделсона понашање жртве морало бити узето у обзир као околност која је ублажавала кажњавање учиниоца. Управо стога, најважнији ниво политичке

¹⁶ Овакав исход најбоље илуструје теоријску и научну тврдњу да је тешкоћа око одређивања појма неке научне дисциплине повезана са одређењем садржаја њеног предмета, методама које се користе приликом проучавања тог предмета, различитим идеолошким концепцијама и приступима истраживача/истраживачица. Видети, на пример: Слободанка Константиновић-Вилић, Весна Николић-Ристановић, *Криминологија*, Центар за публикације правног факултета у Нишу, Ниш, 2003., стр. 18.

¹⁷ Sandra Walklate, loc. cit.

¹⁸ Видети опширније: Константиновић-Вилић, С., Николић-Ристановић, В., Костић, М., op. cit., стр. 461.

¹⁹ Видети: Jan J.M. van Dijk, „Introducing Victimology”, стр. 1. <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=77963>, приступ: 4.11.2009.

²⁰ Ibid.

критике усмерен против пеналне виктимологије био је у томе да је овај потправац виктимологије стварао аргументе за окривљавање жртава због њихове судбине. Посматрано из историјске перспективе, Менделсон је 1956. године, када је у својим првим радовима усмерио пажњу на учешће жртве у злочину, исказао намеру за пружање одбране учиниоцима, тако што би се део кривице за страдање пребацио на жртву. У његовим каснијим виктимолошким радовима, као и код других аутора, учешће жртве у злочину је анализирано тако да се објасни динамика криминалног понашања, без икакве намере да жртва буде та која томе доприноси.²¹

Менделсон је, приликом развијања израженијег легалистичког приступа у типологији жртава (за разлику од Хентига), у својим каснијим идејама, изменио свој концепт „кривице жртве” у концепт „стрмоглављивања/превагнућа жртве”. Почев од тада, концепти стила живота и „стрмоглављивања/превагнућа жртве” створили су суштину, срж у највећем делу традиционалног виктимолошког приступа и на најбољи начин илуструју оно што Мирс (Miers, 1989) назива позитивистичком виктимологијом. Сама позитивистичка виктимологија подразумева „идентификацију фактора који доприносе ненасумичном обрасцу виктимизације, фокусирање на насилне интерперсоналне злочине, као и настојање да се идентификују жртве које можда доприносе својој сопственој виктимизацији”.²² Груписање сличних схватања, под једним називом позитивистичка виктимологија, одговара ономе што је Воклејтова 1989. године идентификовала као „конвенционалну виктимологију”, а Кармен 1990. године као „конзервативну виктимологију”.²³

Под тим схватањима уобичајено се као криминалитет подразумева све оно што обухвата „нормалан”, обичан криминалитет, који се одвија „јавно”, као, на пример, крађе или улични криминалитет. Дакле, то је криминалитет свакодневног живота који занемарује приватну сферу нечијег дома, као и унутрашњу сферу пословних корпорација. То је такво схватање криминалитета које је спојено са конзервативним приступом у политици и о коме се расправљало у првим назнакама друштвених покрета који су се бавили питањима жртава. Овакав приступ био је карактеристичан и у иницијалним истраживањима криминалне виктимизације, а о томе је Кармен писао: „Конзервативци унутар виктимологије и покрета за права жртава виде кривичноправни систем

²¹ Jan J.M. van Dijk, *op. cit.*, стр. 2-3.

²² Видети: Sandra Walklate, *op. cit.*, стр. 31-32.

²³ *Ibid.*

као гарант ретрибутивне правде – пружајући жртви сатисфакцију кроз сазнање да ће учиниоци бити кажњени за своје злочине”.²⁴

Но, ипак, сагледавање уличног криминалитета (феноменолошко-етиолошки), као и његове виктимолошке конотације, немогуће је отпочети без разматрања контекста односа социјалне и ретрибутивне правде и јављања сиромаштва, као криминогеног фактора, које на тај однос утиче.

Са становишта односа између друштвене правде и кривичног правосуђа могу се поставити извесна питања: код друштвене правде – о томе шта је неопходно да једно друштво буде праведно конституисано; код кривичног правосуђа – о основама праведног кажњавања.²⁵ Оно што иде у прилог друштвеној правди обично обухвата претпоставку да друштво може бити праведно само онда ако је предузело кораке којима је осигурана праведна расподела (редистрибуција) у располагању друштвеним богатством, а ако нема једнакости у располагању, онда бар неопходност задовољавања основних потреба²⁶ чланова тога друштва. С друге стране, у прилог кривичном правосуђу наводи се претпоставка да кажњавање може бити праведно само ако је засновано на јасним ретрибутивним принципима.²⁷

Редистрибутивни концепт друштвене правде и ретрибутивни концепт

²⁴ Walklate, S., op. cit., стр. 32. и 36.

²⁵ Видети чланак о значају концепта ресторативне правде за постизање равнотеже интереса жртве, друштвене заједнице и делинквента: Костић, М., „Успостављање стандарда за ресторативну правду”, *Темид*, Београд, бр. 1, година 10, март 2007., стр. 5-14.

²⁶ Постоје различити критеријуми за класификацију потреба. У литератури се наводе многобројне поделе – на опште и специфичне потребе, сталне и променљиве, незаменљиве и заменљиве, одложиве и неодложиве, природне, физичке и луксузне, стварне и замишљене и др. Нарочити значај има подела према начину на који се потребе задовољавају. Тако се могу разликовати: личне (када их човек задовољава као индивидуа и одлучује о врсти, приоритету, начину и времену задовољавања); заједничке (које се изражавају у кругу интересената и чине синтезу, а не механички збир личних потреба) и опште друштвене потребе (које се задовољавају у целом друштву и под истим условима за све чланове друштвене заједнице). Наведено према: Костић, М. „Потребе, социјалне разлике и криминалитет”, Зборник са научног скупа: *Узроци и последице социјалне диференцијације у нашем друштву данас*, Приштина, 1997., стр. 223-229.

²⁷ Виллиам Ц. Хеффернан, Јохн Клеиниг: „Интродуцтион”, у: *From Social Justice to Criminal Justice, Poverty and Administration of Criminal Law*, (ed. by William C. Heffernan, John Kleinig), 2000, Philpsohy, стр. 1-24. <http://books.google.com/books?isbn=0195129857...> приступ: 7.7.09. Такође видети поставке учења класичне школе кривичног права: Константиновић-Вилић, С., Николић-Ристановић, В., Костић, М., op. cit., стр. 266-267.

кривичног правосуђа чине два основна и често повезана полазишта њихове условљености. Једна је веза емпиријске, а друга нормативне природе.

Емпиријска заснованост је у томе што је извесна форма редистрибутивне правде есенцијална за смањење обима криминалитета у напредним индустријским друштвима. Неједнакост у расподели прихода непосредно утиче на ниво криминалитета. Другим речима, што је већи диспаритет богатства између виших и нижих друштвених слојева у једној заједници, то је већа стопа криминалитета. Чак, тај обим може бити и виши у оним друштвима у којима је већа заступљеност оног дела становништва из нижих друштвених слојева који живе испод неопходног минимума прихода за задовољење основних потреба за егзистенцију.

Нормативна заснованост је у томе да су законом прописане кривичне санкције, приликом изрицања и деловања, мањкаве и то онда када се изричу оним особама којима друштвена правда није ни била доступна пре учињеног кривичног дела, па отуда тврдња да је „ретрибутивна правда могућа само у контексту редистрибутивне социјалне правде”.²⁸

Оваква и слична њима теоријска размимоилажења имала су утицај на даљи развој виктимолошког приступа. Значајан тренутак за развој виктимологије била је 1968. година, када је Скефер (Schafer) објавио књигу *Жртва и њен криминалац: студија о функционалној одговорности* (*The Victim and His Criminal: A Study into Functional Responsibility*). У самом наслову, у коме се парафразира назив Хентигове књиге, жртва је „у сржи ове монографије”.²⁹ Скефер представља виктимологију као независну студију о односу и интеракцији између учиниоца и жртве пре, за време и после злочина.

Као додатно објашњење о „стрмоглављивању/превагнућу” жртве у догађаје који су резултирали криминалним актом, налази се и разматрање обавезе учиниоца да чини добро, тиме што ће обештетити жртву, што, такође, даље спада у предмет интересовања виктимологије. Ово схватање предмета развио је и холандски виктимолог Нагел (Nagel) у својим радовима о „виктимолошкој мисли” у криминологији. Као и други „који крче пут” у овој области, Нагел се залаже за интеракционистичку виктимологију. Он је првенствено био заинтересован да објасни однос између учиниоца и жртве после извршења преступа. По Нагеловом мишљењу, кривичноправни систем треба да стреми задовољењу потребе да учиниоц испашта за своје поступке, као и да жртва има

²⁸ Ibid.

²⁹ Jan J.M. van Dijk, op. cit., стр. 2.

потребу за ретрибуцијом, којој је придодата и потреба за помирењем.³⁰

Фата, према схватањима које је изнео у својој књизи *Да ли је жртва та коју треба кривити? (Is the Victim to Blame?)* из 1971. године, такође спада у прву генерацију оних који припадају правцу пеналне виктимологије.

Сви ови аутори, чији су пионирски радови утицали на конституисање виктимологије, били су правници кривичари и/или криминолози. Њихово поље интересовања била је жртва, као кључна фигура у друштвеним процесима који су резултирали ка или произишли из кривичног дела. Напори за проучавање улоге жртве, као особе која је „превагнула” у вршењу злочина, наставили су се и у емпиријским истраживањима Волфганга (Wolfgang) 1958. године, као и у Амировим (Amir) истраживањима силовања. Кључна тачка њихових учења је у жртви и њеном „стрмоглављивању” или превагнућу у вршењу злочина, као један неутралан, нелегалитички приступ, за који се сматрало да ће објаснити испољавање криминалног акта.

Интересовање ових првих виктимолога наставља да утиче на формирање једне од главних струја која се наставља и унутар данашње виктимологије. Ова струја названа је пенална виктимологија, у односу на оно што се назива општа виктимологија. За следбенике пеналне виктимологије област интересовања је дефинисана кривичним правом: виктимологија је наука о жртвама недозвољених понашања која су инкриминисана одредбама кривичног права. Истраживања у области овог виктимолошког правца повезују податке који се односе на узроке злочина са оним подацима који се односе на улогу жртве у настанку злочина. Пенална виктимологија тражи динамичко, узајамно деловање између жртве и учиниоца. Сасвим подесан, алтернативни назив за ову струју био би интеракционистичка виктимологија.

3. Каснији развој виктимолошких схватања

Други, главни правац виктимологије обично се назива општа виктимологија („general victimology”). Као и пеналну виктимологију и овај правац је први експлицитно објаснио Менделсон. Године 1956, у једном од својих послератних радова, Менделсон је представио своје опште учење о ономе што је тада назвао „виктимитет” („victimity”),³¹ који треба

³⁰ Ibid.

³¹ У новијим приступима изучавању ресторативне правде и виктимологије неки аутори излажу значење извесних термина, који ипак нису у уобичајеној употреби у радовима из виктимологије на домаћем језику. Тако, термин „виктимитет” („victimity”) означава сва заједничка обележја жртава; „виктималан” („victimal”) значи да особа

умањити превентивном активношћу и пружањем помоћи жртвама. У каснијим радовима, Менделсон је предлагао установљавање клиника за жртве, у којима би се пружала помоћ жртвама, заснована на посебној личној, друштвеној и културолошкој теорији рехабилитације.³²

Тиме је Менделсоново интересовање скренуто са злочина и са превенције злочина, на превенцију и олакшавање виктимитета, у најширем смислу. Менделсон је веровао да у субјекте проучавања треба да се укључе не само жртве злочина и злоупотребе моћи, већ и жртве несрећних случајева, природних катастрофа и „других Божјих дела”.³³ Он се залагао за развој опште виктимологије, као дисциплине на сопственим основама, независне од криминологије и кривичног права, која ће помоћи државама да минимализује људско страдање. Овакав став проистекао је, свакако, и из Менделсоновог личног искуства жртве кршења основних људских права, током Другог светског рата.

Иако Менделсон никада није био укључен у установљавање конкретних олакшица за жртве, он ипак може бити сматран духовним оцем онога што се сада назива „покрет за жртве”, који се и у развијеним и у мање развијеним земљама света развија од седамдесетих година прошлога века. Као видљива последица тог покрета, у многим земљама, одредбе којима се регулише кривични поступак измењене су тако да обезбеђују бољи положај жртвама злочина. Виктимолози су постали заступници жртава, са виктимологијом трансформисаном тако да је

поседује карактер жртве; „виктимогенично” („victimogenic”) оно што ствара/формира жртве; и „виктимогенеза” („victimogenesis”) оно што означава порекло или узрок виктимизације. Видети: Dr. John Dussich, *Keynote speech for the 12th Annual Restorative Justice Conference in Fresno Oct 20 '06*, <http://peace.fresno.edu/rjp/docs/2006Dussich.doc>, приступ: 9.11.2009. У радовима руских виктимолога се истиче да је виктимитет кључни концепт виктимологије у Совјетском Савезу (цитирани рад је објављен 1991, прим.а.). Овај термин означава две перспективе. Једну, која посматра виктимитет као скуп личних карактеристика које утичу на његов/њен ризик да постане жртва криминалне виктимизације. Друга перспектива посматра виктимитет као пут који резултира у злочин. Посматрањем „виктимитетних” карактеристика, могу се уочити: социо-психолошке личне карактеристике; затим, оне које одређују социјалне улоге и функције; потом, био-психолошке карактеристике (узраст и пол), као и оне које су одраз патолошког стања особе (психичко или соматско обољење). Емпиријска истраживања „виктимитета”, као резултанте злочина, обухватају радове Франка (Frank, 1972) који је вршио проучавање убистава под отежавајућим околностима. J. Gilinskij, L. Ivanov, „Victimology in the SSSR (Union of Soviet Socialist Republics): Theoretical approach and Empirical Research” (*From Victims and Criminal Justice*, P 160-178, 1991, Gunther Kaiser, Helmut Kury, et al., eds. -- See NCJ-132477) <http://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=132483> приступ: 9.11.2009.

³² Jan J.M. van Dijk, op. cit., стр. 3.

³³ Ibid.

од виктимологије дела постала виктимологија делања. Паралелно са овако сагледаном глобалном променом, клиничка испитивања, која укључују жртве злочина и несрећа, проширила су се током последњих двадесетак година. Кључни сегмент на том истраживачком пољу је како треба помоћи особама под трауматским стресом или како последице пострауматског стреса треба превенирати или лечити. Без обзира што су криминолози, правници кривичари и социјални психолози дали важан допринос овом конкретном научном сазнању, ипак, сматра Ван Дијк да су већину „посла на овом пољу одрадили или одрађују психијатри и клинички психолози”.³⁴

Досег ове врсте истраживања није ограничен само према жртвама криминалитета. Тачна природа озбиљних животних догађаја који изазивају трауматски стрес је од мале важности. Зато пажњу треба усмерити на третман и превенцију или ублажавање штетних последица.³⁵ Поремећаји пострауматског стреса су такође опажени и код жртава акциденталних догађаја, као и код природних катастрофа или саобраћајних несрећа.

Зато је Менделсон цео овај правац у виктимологији назвао општа виктимологија. Из изложеног схватања је јасно да се овај правац разликује не само по свом одређењу области којом се бави виктимологија, већ и по исказаном фокусу усмереном на помоћ или третман, пре него на анализу генезе виктимизације. Слоган који би одговарао овом правцу виктимологије био би да „виктимологија не треба да тежи да тумачи жртве, већ да им помаже. Зато би један алтернативни назив гласио ‘виктимологија оријентисана на помоћ’”.³⁶

Општа виктимологија је привукла и политичку критику. Као аргумент се износи то да особе које је задесила нека минорна тешкоћа такође тврде да су жртве, па се тиме занемарује лична одговорност. САД су држава за коју се тврди да представља „културу негодовања”. У том контексту, спомиње се и „терапеутска култура” и „индустрија виктимизације”. Ипак, узимајући у обзир сву озбиљност виктимизације, као предмета виктимолошке расправе, овај критички став, сам по себи као изолована расправа, нема значаја. Међутим, критички став према могућим претеривањима „примењене виктимологије”, како Ван Дијк примећује, мора да буде поздрављен добродошлицом.³⁷

³⁴ Ibid.

³⁵ Многа истраживања су усмерена на питања преживљавања Холокауста и других пступака чињених током Другог светског рата и на најбоље методе којима ће се помоћи жртвама у њиховом пресликаном понашању. Видети: Ibid.

³⁶ Jan J.M. van Dijk, op. cit., стр. 5.

³⁷ Ibid.

У многим државама, општа виктимологија је институционално повезана са заступањем жртава и приступом одређеним службама у развијеним земљама света. Студије о критичкој евалуацији, урађене од стране независних истраживача, су од виталног значаја за побољшање рада тих служби. Виктимолози, заступници пеналне перспективе, обично не деле „разметљивост” при пружању професионалне помоћи жртвама, постављајући „природна” питања која се односе на теоријску заснованост и ефикасност пружене помоћи. Они такође могу помоћи да се одржи равнотежа код давања преувеличаних тврдњи о статусу жртве, од стране посебно заинтересованих група.

На крају свог критичког става, Ван Дијк примећује да је у неким клиничким истраживањима жртва злочина, занемарена криминална природа жртвиних проблема. Уместо тога, пажња је усмерена на клиничке симптоме пацијента. Правници кривичари некада радо прихватају медицински приступ жртвама. Ако се питања жртва злочина могу успешно пребацити на професије које пружају лечење, онда се кривичноправни систем „не треба тиме да замара и може окупирати себе искључиво односом између државе и учиниоца”.³⁸ У том случају не постоје никакви политички притисци да се промени постојећи кривични поступак. И зато, Ван Дијк наглашава још једном улогу пеналних виктимолога и њихову сарадњу са феминистички оријентисаним виктимолозима/виктимолошкињама, у пружању потпоре против таквих професионалних коалиција које не поступају у најбољем интересу жртве.

Уопште, на ову тему, а и по ширем одређењу, многи криминолози изнели су и друге критичке ставове. Тако, Креси (Cressey) даје прилично строг критички став 1992. године, о виктимологији уопште, а и односу према жртвама: „Виктимологија је... неакадемски програм под којим се арбитарно окупио мишмаш идеја, интереса, идеолошких ставова и истраживачких метода... (и) карактерише је неусаглашеност између две подједнако пожељне оријентације према људској патњи – хуманистичка и научна... (Међутим), хуманистички приступ тежи да буде осуђен зато што се сматра више пропагандом, а мање науком, а научни тежи да буде осуђен зато што није довољно усмерен на друштвену акцију. Боље би можда било да се свака од поставки виктимолога искључи, ако је одељена од друге и ако формира заједништво изван сенке виктимолошког кишобрана”.³⁹

³⁸ Ibid.

³⁹ Видети: Robert Elias, „Paradigms and Paradoxes of Victimology”, стр. 9. <http://www.aic.gov.au/publications/proceedings/27/elias.pdf>, приступ 24.4.2009. године

У ствари, Кресово мишљење је оштро исказан став сличан ономе који износи Ван Дијк на рачун опште виктимологије и клиничком приступу жртви. Наиме, тумачећи Кресијеву огорченост, Елија (Elias) даље објашњава да је овакав Кресијев приступ проистекао из пренаглашеног виктимолошког става од стране заступника жртава, чији „жар“ за промовисањем политике у корист жртве „утиче на нашу способност да спроведемо објективно научно истраживање”.⁴⁰

Кресијева размишљања нашла су свог одјека код Фате, који истиче да је виктимологија превише залутала из теорије и науке и „постала сувише идеолошки, активистички и политички усмерена. Заступници жртава су некада тако заокупљени сликањем јаросне слике да искривљују злочин, његов удар, његову учесталост и његове жртве”.⁴¹ Фата износи једну илустрацију која се односи на опасност „мисионарског жара”, често практикованог од стране заступника жртава: „крсташки рат” против злостављања деце често је водио ка лажним оптужбама; презумпцији кривице, пренагљеном одвајању детета и непотребном страху и сумњама међу родитељима, онима који професионално брину о деци и самом децом. Заступници жртава такође ризикују стигматизацију жртава, као беспомоћних бића, обезбеђујући неоправдан посебан третман за њих, узимајући у обзир да у било ком друштву жртве треба да имају право на помоћ.

Слично мишљењу Кресија и Фате, свој критички став износи и Хардинг (Harding), наглашавајући да је политизовање виктимологије „изопачило” кривично правосуђе, са кобним последицама по оба приступа. Покрет за права жртава, наглашава Хардинг, промовисао је права селективно – за одређене жртве, као и неоправдану претпоставку да су права жртава важнија у односу на права или вредности у целом друштву. Тиме се овековечује лажна нулта борба између интереса жртава и интереса учинилаца, која промовише неефикасну, конзервативну криминалну политику.⁴²

4. О резилијентности у виктимологији

Независно од академских расправа, могућност да се постане жртва злочина је свакодневно постојећа у животу било које особе. Чињеница, непобитно и неспорно прихваћена, је да се жртве претрпљеног криминалног акта сусрећу са новим изазовом – а то је претрпљени страх

⁴⁰ Robert Elias, *op. cit.*, стр. 12.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

и реакције на њега. „Њихов се свет окренуо наопако и они се морају борити са тим најбоље што умеју”.⁴³ Неке су жртве у тој мери трауматизоване да могу да добију персоналне и менталне здравствене тешкоће, које даље ометају њихову дневну егзистенцију. Међутим, многе од жртава ипак успевају да „издрже олују”, без тражења професионалне помоћи или чак избегавају да изазову било какву пажњу служби за помоћ жртвама. За те особе се сматра да могу да среде своје сопствене изворе снаге и поново изграде своје животе. Професионалци, који се баве жртвама злочина, обично се сусрећу са жртвама онда када су оне у великој мери изнурене претрпљеном виктимизацијом. Зато се и развило схватање да су све жртве трауматизоване. У ствари, за жртве злочина се сматра да могу да искажу различите нивое резилијентности и широки спектар реакција, позитивно и негативно савладавање тешкоћа, као и способности да се крене напред.⁴⁴

У радовима из области психологије, деведесетих година прошлога века, развио се нови правац из резултата истраживања појединачних разлика у осетљивости на стрес. Правац „на-здравље-оријентисан” заснива се на уверењу стручњака да „људска врста поседује урођени капацитет за превазилажење неповољних животних околности и ситуација”, односно резилијентност.⁴⁵ Ова тврдња поткрепљује се самом биолошком, физичком грађом људског тела, односно у мишићном и скелетном систему.⁴⁶

Појединци са капацитетом за резилијентност су у ствари такве особе које поседују изванредан склоп постулата или ставова о себи који утиче на њихове поступке и вештине које развијају. С друге стране, ти поступци, као и умешност којом располажу, утичу на склоп постулата и ставова, па постоји један непрекидни интерактивни и динамични процес између њих.⁴⁷

⁴³ James K. Hill, „Victimization, Resilience and Meaning-Making: Moving Forward in Strength”, *Victims of Crime Research Digest, Issue No. 2*, Department of Justice Canada, http://www.justice.gc.ca/eng/pi/rs/rep-rap/rd-rr/rd09_2-rr09_2/p1.html, приступ: 9.11.2009.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Сама реч резилијентност се може одредити на више начина, као на пример: способност да се „одскочи” уназад у оквир, позицију или способност обнављања снаге, духа, хумора и то брзо, полетно. Сама психолошка снага је способност човека да успешно савладава психолошке стресове и недаће модерног друштва. Видети: *Psychology of new hope and faith*, <http://www.occult-advances.org/nc-spi-new-hope-faith.shtml>, приступ: 26.5.2009.

⁴⁶ Резилијентност физичких особина појединца огледа се у способности самоизлечења људског тела (поломљене кости, повреде мишића и сл., који се сами могу обновити).

⁴⁷ Видети: Robert Brooks, Sam Goldstein: *The Power of Resilience*, p. 3, <http://books>.

У литератури је заступљено схватање да свако носи у себи капацитет за резилијентност. Међутим, појединац се мора наћи у одређеним ситуацијама које ће претходити томе да једна особа буде у стању да развије резилијентност, па је због тога свакоме неопходна извесна подршка.⁴⁸ Односно, у неким научним круговима, заступљено је схватање да се резилијентност односи само на неке појединце који су већ превладали извесне стресове или недаће. Ипак, то је концепт који треба проширити тако да постане примарни фокус у личном животу сваке особе, без обзира да ли је та особа имала искуство са неприликама већих размера. Ово из разлога што сваки појединац иначе доживљава неки ниво стресних и изазовних ситуација у свакодневном животу.⁴⁹

Резилијентни склоп нечије личности састоји се, у ствари, од више чинилаца, као што су: осећање контроле над својим животом; умеће како оснажити нечију издржљивост на стрес; постојање емпатије; показивање способности за комуникацију и друге међуљудске способности; поседовање истинских вештина за решавање проблема и доношење одлука; постављање реалних циљева и очекивања; учење, како из успеха, тако и из неуспеха; поступање као корисног члана друштвене заједнице; живљење одговорног живота, заснованог на озбиљним вредностима; осећање посебности када се помаже другима да се осећају добро, и сл.⁵⁰

Ипак, данашњој обимној литератури о резилијентности претходила су сазнања и истраживања које је спровела психолошкиња Еми Вернер (Werner), па се она и сматра утемељивачицом идеје о резилијентности⁵¹ у развојној психологији. Она се често назива „мајком резилијентности“, због својих иницијалних и базичних истраживања у овој области. Вернер је спровела тридесетогодишње истраживање становника острва Кауаи. Узорак је обухватио 505 испитаника који су рођени 1955. године. Половина броја деце, чији су родитељи били радници на плантажама

[google.com/books?id=IFevbnWr5MAC&printsec=frontcover&dq=Resilience#PPP1,M1](https://www.google.com/books?id=IFevbnWr5MAC&printsec=frontcover&dq=Resilience#PPP1,M1), приступ: 26.5.2009.

⁴⁸ Видети: *Psychology of new hope and faith*, loc. cit.

⁴⁹ Robert Brooks, Sam Goldstein: *The Power of Resilience*, loc. cit.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Истраживања резилијентности показују како се појединци успешно развијају упркос ризику за менталне болести и неповољним животним условима; и демонстрирају да чиниоци који се често називају факторима ризика - не представљају поуздане предикторе психопатологије. Видети опширније: Зотовић, М., „Стрес и последице стреса: приказ трансакционистичког теоријског модела”, *Психологија*, 2002, Vol. 35 (1-2), 3-23, www.doiserbia.nbs.bg.ac.yu/.../ft.aspx?id=0048-57050201003Z, приступ: 21.1.2009.

шећерне трске, били су рођени у сиромаштву. Пошто је индустрија шећера пропала током наредних тешких година, то је скоро сигурно значило да ће та деца и даље живети у сиромаштву. Испитаници су одрастали у окружењу испуњеним страхом, злостављањем и алкохолизмом. Вернер сматра да, уколико се пође од теоријског концепта жртве у циљу прогнозирања будућег живота испитиване деце, се може извести једноставан закључак да ће та деца до своје двадесете године живота одредити своју будућност, тако да наставе да живе животом испуњеним криминалом, алкохолизмом, незапосленošћу и незнањем. Међутим, резултати истраживања су показали да једна трећина те деце није запала у описану ситуацију. У ствари, сви су били добри ђаци и отпочели успешне каријере, а себе су описивали као „компетентне одрасле особе”.⁵²

Сличан пример постоји и у истраживању које је спровео Џон Дефреин (John DeFrain) и његови сарадници. Они су испитивали групу од четрдесет одраслих особа које су током детињства биле злостављане. Истраживачи су као циљ поставили да утврде да ли те одрасле особе носе у себи било какве ожиљке из детињства. Свако од испитаника је потврдио да носи у себи ожиљке свог детињства. Резултати испитивања су даље показали да 11% испитаника доживљава себе као особе које једва преживљавају, док је 83% испитанка изјавило да је превазишло искуства из свог детињства и да су изградили бољи живот за себе. Ипак, 57% свих испитаника је потврдило да нема са ким да разговара.⁵³

Резултати наведених истраживања само су илустрација о значају који учење о резилијентности има за жртве злочина. Казаре-Левисон (Casarez-Levison), на пример, развила је једноставан модел како се људи померају из положаја члана опште популације ка положају жртве, а одатле ка томе да стекну назив „преживели”. Она је указала на то да се људи померају из стања које је претходило вршењу злочина (превиктимизација) ка кривичном делу (виктимизација), а одатле према иницијалном савладавању и прилагођавању (транзиција) и коначно, ка настављању даље свог живота (резолуција). Модел је чак и поједностављен, тиме што је пажња усмерена на психолошку снагу коју је особа могла да искаже пре и за време кривичног догађаја, као и на ону снагу која је још видљивија, пошто се особа суочава са злочиним и креће напред.⁵⁴

⁵² Видети: *Psychology of new hope and faith*, loc. cit.

⁵³ Видети: *ibid.*

⁵⁴ James K. Hill, loc. cit.

Петерсон и Селигмен (Peterson, Seligman) су идентификовали карактерне особине отпорности и способности, које су заједничке различитим културолошким поставкама. Листа садржи следеће карактерне особине отпорности, које су издвојене на основу човекових способности: мудрост и знање: креативност, радозналост, отворени дух, љубав или учење љубави и перспективност; одважност: смелост, упорност, исправност и виталност; хуманост: љубав, љубазност и социјална интелигенција; праведност: грађански дух, неустрашивост и способност да се буде вођа; трезвеност: опрост/милосрђе, скромност/пристојност, обазривост и самоконтрола; трансцедентност: уважавање лепоте, захвалности, наде, хумора и духовитости.⁵⁵

Сигурно је једно, да суочавање са стањем криминалне виктимизације и успешно савладавање учешћа у кривичноправном систему или суочавање са оптужбама на суду (окривљавање жртве, на пример, *прим.а.*) захтева поседовање многих од побројаних карактерних особина. У ствари, може се изнети тврдња да професионалци, који се у свом свакодневном раду сусрећу са жртвама злочина пружајући им помоћ, проводе већи део времена изграђујући и/или подупирући многе од ових особина код жртава. Из клиничке перспективе, лакше је развити ове особине код особа које их већ поседују, него покушавати са развијањем нових, које особа пре није поседовала, нарочито током стресног периода.⁵⁶

Питања везана за објашњење резилијентности у виктимолошком приступу немогуће је окончати једним ставом, закључком или приступом.

Ипак, неки аутори, попут Хила, истичу да би било корисно за оне који професионално раде са жртвама да прихвате позитиван приступ савладавању препрека и свест о постојању резилијентности, што заједно представља главне чиниоце у способности жртава да схвате значење онога што им се догодило и крену даље са својим животом. Ова суштина снаге може бити идентификована и развијена чак и код најизнуренијих жртава злочина. Подстицање жртава на ту снагу и потпомагање раста позитивног надвладавања траума, утиче на жртве да брже развију свест о томе шта им се стварно догодило.⁵⁷

Ова кратка разматрања о виктимологији и из виктимологије треба само да подсети да се траума и бол из криминалне виктимизације морају поднети са снагом духа и достојанствено. Све оне који су доживели да буду жртве треба, ипак, подсећати и на те околности.

⁵⁵ Видети: *ibid.*

⁵⁶ Видети: *ibid.*

⁵⁷ Видети: *ibid.*

Резиме

У раду, у склопу *Уводних разматрања*, истиче се стара парадигма, која у први план ставља права жртава, док нова парадигма у први план истиче старање о моралности. Садашња теорија у виктимологији изражава ову парадигму, истичући како област усмерену на акцију, тако и област академског и научног интересовања. У другом делу рада, под називом *Развој виктимолошког концепта – пенална виктимологија*, ауторка описује развој пеналне виктимологије. За следбенике пеналне виктимологије област интересовања је дефинисана кривичним правом: виктимологија је наука о жртвама недозвољених понашања која су инкриминисана одредбама кривичног права. Истраживања у области овог виктимолошког правца повезују податке који се односе на узроке злочина са оним подацима који се односе на улогу жртве у настанку злочина. Сасвим подесан, алтернативни назив за ову струју био би интеракционистичка виктимологија. Трећи део рада, под називом *Каснији развој виктимологије*, обухвата објашењења о општој виктимологији. У многим државама, општа виктимологија је институционално повезана са заступањем жртава и приступом одређеним службама у развијеним земљама света. У четвртом, закључном делу рада *О резилијентности у виктимологији* истиче се схватање да свако носи у себи капацитет за резилијентност. Међутим, појединац се мора наћи у одређеним ситуацијама које ће претходити томе да једна особа буде у стању да развије резилијентност, па је због тога свакоме неопходна извесна подршка. Ова кратка разматрања о виктимологији и из виктимологије треба само да подсети да се траума и бол из криминалне виктимизације морају поднети са снагом духа и достојанствено. Све оне који су доживели да буду жртве треба, ипак, подсећати и на те околности.

Литература

Brooks, Robert, Sam Goldstein: *The Power of Resilience*, p. 3., <http://books.google.com/books?id=IFevbnWr5MAC&printsec=frontcover&dq=Resilience#PPP1,M1> pristup: 26.5.2009.

Ellias Robert, „Paradigms and Paradoxes of Victimology“, <http://www.aic.gov.au/publications/proceedings/27/elias.pdf>, pristup: 24.4.2009.

Dussich, John. Keynote speech for the 12th Annual Restorative Justice Conference in Fresno Oct 20 '06, <http://peace.fresno.edu/rjp/docs/2006Dussich.doc>, pristup: 9.11.2009.

Gilinskij, J., Ivanov, L. „Victimology in the SSSR (Union of Soviet Socialist Republics): Theoretical approach and Empirical Research“ (From Victims

and Criminal Justice, P 160-178, 1991, Gunther Kaiser, Helmut Kury, et al., eds. -- See NCJ-132477), <http://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=132483> pristup: 9.11.2009.

Hill, James K. „Victimization, Resilience and Meaning-Making: Moving Forward in Strength“, Victims of Crime Research Digest, Issue No. 2, Department of Justice Canada, http://www.justice.gc.ca/eng/pi/rs/rep-rap/rd-rr/rd09_2-rr09_2/p1.html, pristup: 9.11.2009.

Heffernan, William C., John Kleinig: „Introduction“, u: From Social Justice to Criminal Justice, Poverty and Administration of Criminal Law, (ed. by William C. Heffernan, John Kleinig), 2000, Philopsohy, str. 1-24., <http://books.google.com/books?isbn=0195129857...> pristup: 7.7.09.

Jan J.M. van Dijk, „Introducing Victimology“, <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=77963>, pristup: 4.11.2009.

Konstantinović-Vilić, S., Nikolić-Ristanović, V., Kostić, M. (2009). Kriminologija, Pelikan-PRINT, Niš.

Konstantinović-Vilić, S., Nikolić-Ristanović, V. (2003). Kriminologija, Centar za publikacije pravnog fakulteta u Nišu.

Kostić, M., „Uspostavljanje standarda za restorativnu pravdu“, Temida, Beograd, br. 1, godina 10, mart 2007., str. 5-14.

Kostić, M. „Potrebe, socijalne razlike i kriminalitet“, Zbornik sa naučnog skupa: Uzroci i posledice socijalne diferencijacije u našem društvu danas, Priština, 1997., str. 223-229.,

Psychology of new hope and faith, <http://www.occult-advances.org/nc-spi-new-hope-faith.shtml>, pristup: 26.5.2009.

Ramljak, A., Simović, M. (2006). Viktimologija, Panevropski univerzitet ApeiroN, Fakultet pravnih nauka Banja Luka, Banja Luka.

Šeparović, Z. (1988). Viktimologija - studije o žrtvama, Informator, Zagreb.

Trends and Issues in Victimology (ed. by Natti Ronel, K. Jaishankar and Moshe Bensimon) (2008). Cambridge Scholars Publishing, 2008., <http://www.c-s-p.org/Flyers/978-1-4438-0069-3-sample.pdf>, pristup: 5.11.2009.

Zotović, M., „Stres i posledice stresa: prikaz transakcionističkog teorijskog modela“, Psihologija, 2002, Vol. 35 (1-2), 3-23, www.doiserbia.nbs.bg.ac.yu/.../ft.aspx?id=0048-57050201003Z, pristup: 21.1.2009.

Walklate, S. (2007). Imagining the Victim of Crime, McGrawHill, Open University Press.

Prof. Miomira Kostić, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

**VICTIMLESS CRIME:
NORMATIVE DEVELOPMENT OF VICTIMOLOGY**

Summary

In this paper, the author discusses the importance of victimology as a subdiscipline of criminology, which deals with issues of victimization, victimogenesis and resilience. The introductory considerations point to the traditional paradigm primarily focusing on the victimogenesis and victims' rights, as compared to the current victimological theory which embodies a new paradigm focusing on victims' needs (moral considerations and care). In the current in victimological theory, the new paradigm is depicted as an area of academic and scholarly interest and an action-oriented field. The second part of the paper examines the concept and development of penal victimology. The area of interest of the proponents of penal victimology is defined by criminal law; thus, victimology is the science of victims of illegal conduct that is incriminated in criminal law provisions. Research in penal victimology connects the data related to the causes of the committed crime with the data related to the role of the victim in criminogenesis. This strand in penal victimology was quite appropriately designated as interactionist victimology. The third part of the paper elaborates on the subsequent development of victimology, embodied in the conceptual framework of general victimology. In many states, general victimology is institutionally linked to victim representation and access to certain services in developed countries. The fourth part of the paper focuses on resilience in victimology. The capacity for resilience is present in every single individual but, in order to develop resilience, an individual has to be exposed to certain situations that reinforce one's resilience and resolve to stand for oneself. In that context, everyone needs some support. These brief considerations of trends in victimology should serve as a reminder that the trauma and pain of criminal victimization must be endured with stamina and dignity. In particular, the capacity for resilience is of highest relevance to all those who have ever had the experience of being victims of crime.

Keywords: victimology, normative development, penal victimology, resilience.

Др Саша Кнежевић,¹

Редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

Др Марко Трајковић,²

Редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

UDK: 343.12

ПРАВНА ДЕЛОТВОРНОСТ И ЈЕДНАКЕ МОГУЋНОСТИ СТРАНАКА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ³

Апстракт: Једнакост се као друштвена и правна вредност појављује најјасније у теорији кривичног права и самом кривичном поступку, јер се на тај начин гарантује једнакост људског достојанства свих као и правна сигурност. Наравно, апсолутна једнакост је ипак идеал који сваки друштвени поредак жели да достигне, а кривично процесно право кроз разне институте настоји да је обезбеди. Током развоја друштва равноправност се различито схватала и као таква била предмет различитих напора да се изгради једно савршеније друштво. У тим настојањима посебну пажњу су привлачили напори теорије кривичног права, посебно у домену примене једнакости у кривичном поступку, јер је ту равноправност преко потребна. Развијајући равноправан положај страна у кривичној ствари, теорија кривичног права унела је у примену права и установу привилегије здруживања. Ово настојање да се оствари једнакост саокривљених указује на чињеницу да су сви институти кривично-правне материје испуњени аксиолошким садржајем и посебно вредношћу равноправности која извире из једнаког достојанства свих. Ово је нужда јер правни систем који укључује систем кривичног права неће моћи да пледира на дуготрајност уколико његове институте неће испуњавати равноправност.

Кључне речи: право, једнакост, равноправност, људско достојанство, делотворност, саокривљени, привилегија здруживања.

¹ knez@prafak.ni.ac.rs

² trajkovicmarko@yahoo.com

³ Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО, евиденциони број 451-03-68/2022-14/200120.

1. Увод

Универзални захтев за поштовањем свачијег достојанства посебно долази до изражаја у материји кривичног права, где се поставља захтев за обезбеђивањем механизма једнакости оружија, којим се опет и штити достојанство. Што у практичној сфери примене права значи подједнаке могућности за остваривање својих процесних интереса. Људско достојанство и једнакост баш и захтевају једнак положај свих без обзира на различита својства њихових личности.

Правни системи настоје да обезбеде једнаке стандарде за саокривљене у кривичном поступку, опет на основу њиховог једнаког природног стања и уважавања урођеног достојанства. Тиме једнакост у уживању пунине свог достојанства постаје у статусу саокривљених у истој кривичној ствари *ratio legis* установе привилегија здруживања (повластица повезаности - *beneficium cohaesionis*).

Правни систем који пледира на дуготрајност мора да се заснива, односно његова обавезујућа снага мора долазити из његовог аксиолошког садржаја. У ситуацији одлучивања о основаности оптужбе, потребно је да се обезбеде оптималне институционалне претпоставке за сучељавање двају супротстављених теза-оптужбе и одбране, односно мора се обезбедити једнакост „шанси“ за остварење достојанства па и у случају окривљеног.

Сваки „разговор“ о институционалним оквирима кривично процесних странака почива на процесној равноправности, која извире сама по себи из једнакости људског достојанства. Кривично процесно право прихватајући вредност правне делотворности коју доводи у директну везу са равноправношћу а која извире из једнаког достојанства, омогућава доношење решења о спајању кривичног поступка.

На тај начин прихватајући идеју правне делотворности долазимо до конекситета кривичних ствари, који заправо постоји када је више лица извршило једно кривично дело (објективни конекситет), у случају да је једно лице извршило више кривичних дела (субјективни конекситет), или када је више лица извршио више кривичних дела (мешовити конекситет).

Да би се остварила правна вредност делотворности води се јединствени кривични поступак који полази од претпоставке апсолутне једнакости и равноправности у остваривању људског достојанства, што се види у обезбеђивању подједнаког третмана свих лица са процесним субјективитетом. Ова се кохезија правних вредности остварује уста-

новом *beneficium cohaesionis* (привилегија здруживања). На овај начин се још једном указује на неодвојивост сфере вредности од сфере примене права.

2. Равноправност, достојанство и делотворност као претходно питање

Делотворност праве норме, правног система па самим тим и читавог правног поретка јесте чиста практична правна вредност, која са своје стране указује на потребу да се правна норма примени у релативно кратком времену „по настанку случаја на који правна норма има да се примени”.⁴ Јасно је да на овај начин може бити повређена правна вредност попут правде, али ће право некада истаћи као примарни захтев своју ефикасну примену. Из овакве поставке ствари се рађају антиномије у правном поретку, које изгледају неизбежне.

Овај захтев за правном делотворношћу доводимо у везу са једнакошћу достојанства свих. Формула људског достојанства налази се у доброј вољи да се други види као сврха, а не као средство, што нас наводи на следећи Кантов закључак – да се достојанство налази у човеку, под условом да је способан за морал. А законодавство мора да уважава људско достојанство, односно „безусловну, неупоредиву вредност”, за коју Кант захтева поштовање.⁵ Што је посебно истакнуто као захтев у материји кривичног права и процесним радњама где се ова вредност посебно може повредити.

У Кантовом „царству сврхе”, све има или нема неку цену.⁶ Оно што има цену је такво да се на његово место може поставити нешто друго, као његов еквивалент. Напротив, оно што је узвишеније од сваке цене, оно што не допушта никакав еквивалент, то је људско достојанство. Ово и говори о потреби да се достојанство схвати као вредност која се заснива на апсолутној равноправности. Као такво, оно говори о достигнутом нивоу примене других вредности. Из тог разлога појам *dignitas*, који се некада везивао за аристократију, данас се везује за појам људског достојанства, које припада свима. Тако се и материја процесног права прилагођавала идеји равноправности. Оно постаје и мерило деловања друштва у различитим сферама. Из тог разлога се враћамо Канту и његовом ставу да људско достојанство нема релативну вредност, јер

⁴ Г. Вукадиновић, Д. М. Митровић, М. С. Трајковић, *Увод у право*, Досије, Београд, 2012, 295.

⁵ И. Кант, *Заснивање метафизике морала*, БИГЗ, Београд, 1981, 84.

⁶ *Ibid.*, 82.

је основни услов и сврха по себи, и носи унутрашњу вредност правног поретка.

Достојанство и равноправност повезани су у свом развоју, те су из тог разлога људска права осмишљена тако да потврде идеју достојанства и равноправности. Дакле, без идеје о људском достојанству није могуће одржати веровање у људска права, што нам кривично процесно право потврђује. Из тог разлога равноправно достојанство представља вредност коју ваља поштовати и намеће обрасце понашања, како самог носиоца достојанства према себи, тако и према другима, сходно принципу једнакости. Ипак, човек је због својих слабости или прилика у којима живи, као и понашања других није често у могућности да равноправно оствари достојанство.

У начелу, налазимо људско достојанство равномерно распоређено, јер су сви људи рођени једнаки, те самим тим и равноправни. Али иако, начелно, сви имају исто достојанство, оно у стварном животу не може да се оствари у потпуности за све. За то остварење недостају материјални и други друштвени услови.⁷ Сходно томе, људи имају поред природног, односно урођеног достојанства, и друштвено, које није једнако за све, те има и оних са више и оних са мање достојанства, те је историја процесног права то потврдила.

Људско достојанство као вредност мора да призна сваки правни поредак, чиме ће оно постати и правна вредност, односно оно остаје друштвена вредност, али таквог карактера да је сада право остварује. Међутим, право није најпогодније средство за остварење људског достојанства, посебно због принуде којом располаже. Тако се достојанство вређа често на тако истанчан начин, да се не може санкционисати правом, јер поступци којима се вређа нису тако груби да би могли бити схваћени као прекршаји, а и тешко их је доказати. Тако остаје да се правом могу санкционисати само најгрубљи поступци против људског достојанства. Мада, и само право веома често представља средство за повреду достојанства.

Из тог разлога можемо закључити да, ако су „споразуми без мача само речи”,⁸ онда су то људска права без уважавања људског достојанства. Међутим, и сам појам људског достојанства носи у себи поље нејасноће, које опет доводи у питање његово остварење.

⁷ О томе детаљније у: Р. Лукић, *Систем филозофије права*, Савремена администрација, 1992, 228, 404. и 477.

⁸ Т. Хобс, *Левијатан*, Градина, Ниш, 1991, 176.

Ако сви људи уживају једнако достојанство, онда су сви људи и равноправни. То значи да је једнакост, односно равноправност услов развоја правног поретка, упркос бројним неједнакостима и потчињености одређених група људи.

Поред „природне или физичке“ неједнакости, које успоставља природа, можемо говорити, према Русоу, и о „моралној или политичкој неједнакости“, која зависи од неког споразума и чини да повлашћени уживају „различите повластице“.⁹ Из ове поставке и можемо градити привилегију здруживања. Говоримо о привилегији не као о категорији повлашћених, већ о категорији која почива на претпостављеној равноправности у свакој ствари.

Оставићемо по страни овом приликом питање природне неједнакости и „дивљег човека“, а обратићемо пажњу на ону неједнакост која постоји у „цивилизованом свету“, а до које смо дошли на следећи начин: „Први који се, ограђујући неко земљиште, усудио рећи: *Ово је моје*, и наишао на довољно глупе људе да у то повјерују, био је истински оснивач цивилизованог друштва“.¹⁰ Изгледа да смо једноставно само одбацили идеју да добра равноправно припадају свима. „Закон власништва и неједнакости“¹¹ уништио је човекову природну слободу, и тако су стварани нови оков за слабе, јер „правници који су донијели тешку пресуду да се дјете неке робиње рађа као роб одлучили су, другим рјечима, да се човјек не рађа као човјек“.¹²

Већ се овде види узрок неједнакости; то је наше виђење других као неједнаких, односно да се неједнаки разликују и по рођењу и по каснијем друштвеном статусу, попут ситуације резервисаних места на одређеним догађајима за оне који су по неком критеријуму виђени као виша класа. Наравно, постоји и одбијање потчињених да се побуне и њихово прихватање све већих окова неједнакости, зарад имагинарног мира у којем их класа на власти третира „попут стоке“.¹³ Ово унутар једног друштва доводи до раста грађанске неједнакости и неравноправности која није заобишла ни демократска друштва, мада су се она трудила да развију институте, посебно у материји кривично процесног права, којима су гарантовали равноправност.

⁹ Ž. Ž. Ruso, *Rasprava o porijeklu i osnovama nejednakosti među ljudima*, Školska knjiga, Zagreb, 1978, 29.

¹⁰ Ibid., 51.

¹¹ Ibid., 60.

¹² Ibid., 65.

¹³ Ibid., 67.

Развој друштва какво ми знамо доводи до тога да се може закључити да неједнакости у природном стању нема, она настаје онда када „расте и јача с развитком наших способности и с напретком људског духа, те коначно постаје трајна и законита с успостављањем власништва и закона”.¹⁴ Тако је морална неједнакост ојачана позитивним правом и његовим поретком. Та неједнакост се у одређеним приликама ипак мора оправдати, јер никоме неће бити прихватљиво да дете „заповеда старцу, глупан води паметног”.¹⁵

Дакле, наша потреба да будемо признати као виши, лепши, паметнији, води ка грађанској неједнакости, која није зависна од одређеног историјског периода, одређене државе, облика владавине, осим у крајњем деспотизму, у којем имамо једног који влада, а сви смо ми једнаки у покорности. То је време у којем сви појединци поново постају једнаки, јер „више нису ништа” и као такви све извршавају.¹⁶

Овако се може једнакост успротивити миру. Овде можемо правити разлику између мира господара, које Русо упоређује са гладним вуковима, који су, једном окусивши људско месо, заборавили на сваку другу храну, и мира робова, јер према Тациту, оно што миром називају господари само је ропство најбеднијих.¹⁷ Из тог разлога Русо сматра да су претња неједнакости амбиција, мржња, завист, „прикривена жеља да се окористи на штету ближњег, а све уз „маску наклоности” и „мрачне склоности” ка повећању богатства.¹⁸ Из овог разлога је и уведена установа здруживања, иако на први поглед изгледа да се мотиви за њено прихватање налазе само у потреби за делотворношћу.

Заправо, разлози се налазе у потреби за равноправности свих који су укључени у правни систем, у овом случају оних који се нађу у статусу саокривљених. Као такви они се налазе под претпоставком равноправности у свему па и у положају саокривљених који потом омогућава примену установе здруживања.

Дакле, установа здруживања је везана за аксиолошки садржај правног поретка, јер омогућава извођење вредности делотворности и равноправности у достојанству.

¹⁴ Ž. Ž. Ruso, *Rasprava o porijeklu i osnovama nejednakosti među ljudima*, 71.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid., 69.

¹⁷ У оригиналу: *miserrimam servitutem pacem appellant*. Наведно у: Ž. Ž. Ruso, *Rasprava o porijeklu i osnovama nejednakosti među ljudima*, 63.

¹⁸ Ibid., 58.

3. Примена вредности равноправности у установи привилегије здруживања

Већ је наглашено да је равноправност у достојанству претпоставка сваког правног поретка те је као такво и основа онемогућавања различитог поступања са окривљенима у истој кривичној ствари.

Право које проистиче из ове установе проширује се по законом предвиђеним условима, и проширује ефекте успешно реализованог права на изјављивање правних средстава, и на друге саокривљене у истој кривичној ствари, иако они *нису изјавили* правна средства, или их нису изјавили у том *правцу*, па, чак, иако уопште *нису процесно легитимисани* за изјављивање одређеног правног лека (случај код жалбе против пресуде другостепеног суда).

Међутим, како је већ речено са једнакошћу ствари неће ићи увек без постојања одређених услова неопходних за реализацију равноправности. Тако је и овде, односно неопходно је да се испуне одређени услови, попут тога да се против саокривљених, који су обухваћени истом пресудом, *води јединствени кривични поступак*. Извршена кривична дела не морају бити иста или истородна. За вођење јединственог кривичног поступка довољно је да између кривичних дела постоји међусобна веза и да постоје исти докази (чл. 30. ст. 2. ЗКП-а). Најчешћи случај вођења јединственог кривичног поступка у пракси представља последицу извршења кривичних дела у саучесништву, при чему се дешава да, осим основног дела, поједини саучесници одговарају и за неко друго кривично дело.

Код одређене групе теоретичара кривичног права постоји схватање да је неопходно за примену ове установе да саокривљени буду обухваћени *истом оптужницом*, док други сматрају да то није потребно.¹⁹ Како правда није увек уједначавајућа тако се и овде може догодити да обухваћеност истом пресудом, као услов за примену установе *beneficium cohaesionis*, може у судској пракси довести до неправедних ситуација. Заправо, ако пре изрицања пресуде буде донета одлука о раздвајању кривичног поступка против неког од саокривљених, разлози због којих је донета повољнија другостепена пресуда против осталих саокривљених неће се моћи применити и на саокривљеног против кога је поступак раздвојен. У противном, да поступак против једног од окривљених није раздвојен, применом установе *beneficium cohaesionis*, донела би се одлука и у његову корист, чиме се показује савршеност вредности

¹⁹ Види : Др М. Стефановић - Златић, Повластице окривљеног у кривичном поступку, Београд, 1978, 134.

правде и равноправности по себи, али и проблем њихове примене, што опет не умањује саму вредност.

Вредност правне сигурности говори у прилог ове установе, јер привилегија здруживања важи уколико су саоптужени обухваћени једном пресудом. У практичном смислу правна сигурност се овде појављује као немогућност проширивања ефеката успешно реализованог правног лека једног од саоптуженог на друге ако је против осталих саоптужених раздвојен поступак, који је окончан доношењем више посебних пресуда. Опет наглашавамо да вредности јесу дате, а не задате те је нама остављена слобода њиховог прихватања и одбијања, заједно са последицама таквих поступака.

Овде се то може приказати кроз следећи пример, уколико је један од саоптужених закључио споразум о признању кривичног дела са јавним тужилаштвом, раздвојиће се поступак против њега, и тиме нестаје законска претпоставка за екстензивно дејство правног лека. Опет, ваљан свршетак правног лека једног од саоптужених имаће утицај на остале саоптужене против којих је до краја вођен јединствени кривични поступак. Што значи да се примена вредности равноправности овде своји на једнак положај, односно на апсолутну равноправност оних који се нађу у истоврсној ситуацији. Ово се потврђује кроз ситуацију када погодности прозашле из постигнутог споразума немају утицаја на процесну позицију саоптужених који нису постигли страначку нагодбу.

Како је већ код Густава Радбруха наглашено, нема правног система без антиномија у њему, и нема установе које једнозначно може важити а да при том не нарушава неке друге. Када би било обрнуто, говорили би о савршеном правном поретку. Тако је применом ове установе нарушено начело релативне правноснажности. Ово из једноставног разлога јер се применом привилегије здруживања може доћи и до преиначења пресуде и у односу на окривљеног који уопште није изјавио правни лек, или га није изјавио у том смеру. Тиме се вредност правне сигурности ставља у други план, и то до те мере да је небитно да ли је започето извршење непобијаног дела пресуде, чак и ако је пресуда потпуно извршена. Овим се наглашава принцип правде и једнаких „шанси” који добијају примат у односу на правну сигурност.

Низ је околности које условљавају примену ове установе или њену не примену, јер се она неће по једнозначно применити, чиме се опет наглашава да се овде равноправност неће по самом аутоматизму достићи. Тако је други услов за примену привилегије здруживања то да одлука у корист окривљеног буде последица *успеха правног средства* неког од

саокривљених. Из тог разлога можемо рећи да ако одлука суда правног лека, донесена на основу допуштене и благовремене жалбе једног од саокривљених, буде у корист тог саокривљеног, али не представља резултат успеха жалбе у корист окривљеног, већ је последица утврђеног постојања апсолутних недостатака пресуде о којима суд води рачуна *ex officio*, повољна одлука у корист осталих саокривљених није резултат примене установе *beneficium cohaesionis*, већ непосредне примене чл. 380. Законика о кривичном поступку. Нелогично је да се одлука којом се отклањају повреде закона, и у односу на саокривљене, доноси применом повластице повезаности, када се исти циљ остварује непосредном применом императивне законске норме.

Даљом разрадом ове установе долазимо до закључка да се користи од ње примењују независно од основа побијања пресуде садржаног у жалби окривљеног који је иницирао побијање пресуде. Дакле, проширено дејство жалбе и на остале саокривљене могуће је ако је жалба изјављена због свих законом прописаних чињеничних и правних недостатака побијане пресуде.

Потребно је сада поставити и питање екстензивног тумачења ове установе, те примене користи од таквог тумачења, јер када је реч о битним повредама одредаба кривичног поступка, поставља се питање да ли се ефекти уважавања жалбе изјављене због „противречних разлога у погледу одлучних чињеница” могу проширити и на саоптуженог који се није жалио. Позитивно право Србије ову повреду сматра релативно битном.

Овде можемо приметити „шири захват” ове установе, јер може се сматрати да привилегија здруживања налаже да је потребно испитати и ваљаност разлога на којима се темељи пресуда против саокривљеног који није изјавио жалбу, или није је изјавио због ове битне повреде одредаба кривичног поступка.

Тако се, уважавајући потребу правног поретка за остварењем равноправности, примена привилегије здруживања објективно проширује дејство изјављене жалбе због повреда кривичног закона или због погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања и на саокривљене који нису изјавили жалбу или нису навели ове основе побијања, без обзира што суд начелно није дужан да по службеној дужности преиспитује постојање ових недостатака. Показује се као позитивно настојање правног поретка да овом установом обухвати највећи могући број саокривљених сходно поставци о једнаким „шансама” једнаких. Тако је најшири захват примене ове установе у проширивању

позитивног ефеката жалбе због неправилне одлуке о казни и о другим кривичним санкцијама и на друге саокривљене. притом, свакако да је могућа примена оних околности утврђених у корист жалиоца који нису стриктно везани за његова лична својства.

Ова установа својом применом говори у прилог потребе да се друштвене, моралне и правне вредности уподобе стварности и као такве примене. Изазови са којима се сусреће читав правосудни систем приликом примене ове установе неће зауставити њену примену.

Тако се као још једно од питања поставља да ли је примена погодности придруживања могућа једино ако је изјављена жалба у *корист окривљеног*. Законска одредба чл. 454. Законика о кривичном поступку Србије предвиђа проширено дејство „било чије жалбе”.

Виспреност у примени ове установе наводи нас на закључак о потреби примене права разумом, о чему говоре Аристотел и потом Тома Аквински. Те се може видети и став теорије кривичног права који је директно везан за саму примену права, да се ова привилегија има применити и у односу на саокривљене, који правни лек нису изјавили из истих разлога као окривљени, у чију је корист донета одлука суда правног лека.

Поље примене се само по себи даље проширује те тако повољна одлука по жалби окривљеног, применом повластице повезаности, доноси се и у односу на саокривљене који су изјавили жалбе, које су одлуком суда правног лека одбачене као недозвољене или неблаговремене. Привилегија здруживања примењује се и у односу на саокривљеног чија је жалба одбијена као неоснована, под условом да жалбу није изјавио из истих разлога као окривљени, у чију корист је донета одлука суда правног лека.

Из наведеног можемо приметити да је потреба за применом ове установе, а у циљу остваривања делотворности и равноправности таквог карактера да дозвољава најширу примену привилегије здруживања.

Код примене установе *beneficium cohaesionis*, неопходно је да су разлози за доношење одлуке у корист једног саокривљеног *од користи* и за саокривљене који нису изјавили правни лек, или их нису изјавили у том *правцу*. Притом је ирелевантно по ком основу за побијање пресуде је донета повољна одлука по жалби једног од саокривљених. Оно што краси ову установу је да се применом екстензивног тумачења и екстензивним дејством изјављене може донети повољнија одлука у корист саокривљених који нису изјавили правни лек или приговор против оптужнице, или их нису изјавили у том правцу. Дакле, оно што чини

основу ове установе јесу и делотворност и равноправност али и солидарност у најширем смислу речи којом се иде у корист саокривљених који имају таква својства која их не искључују својим карактером од других саокривљених, попут својства малолетника.²⁰

Доследност у примени ове установе а у циљу остварења равноправности, и одбацивања вредносно неутралног става, који је изложен често у позитивистичким теоријам види се у свестраној заштити свих а која је састоји у пледирању за примену повластице повезаности и у ситуацијама када је сам окривљени, одустанком од жалбе којом је побијао чињенично стање и одлуку о кривичним санкцијама (дакле по основама којима суверено располаже), онемогућио примену ове установе.

Примена ове установе, односно њена не примена директно је супротна и представља повреду права на правични поступак, став је Европског суда и уставних судова. Такав је став заузет на основу чл. 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Што постаје као нека врста праксе да се ти судови више везују у својим актима за правно-филозофска и аксиолошка промишљања друштвене стварности.

Тако је Европски суд је, прихватајући наводе апликанта, утврдио повреду одредбе чл. 6 Европске конвенције, насталу поступањем Врховног суда Хрватске. Наиме, првостепени жупанијски суд је, уважавајући пресуду Европског суда за људска права, допустио понављање кривичног поступка и у односу на саоптужене који нису поднели захтев за понављање кривичног поступка, чиме је уважена привилегија здруживања. Међутим, Врховни суд Републике Хрватске је на основу жалбе јавног тужиоца, и одлучио је да се кривични поступак не може поновити и у корист саоптужених. Образложење суда највише домаће инстанце било је да Европски суд у конкретном случају није утврдио повреду Европске конвенције и у односу на саоптужене.²¹ Иначе, у хрватском праву један од основа за обнову кривичног поступка је повреда људског права утврђена пресудом Европског суда за људска права (чл. 502. ст. 2. ЗКП-а).

4. Закључак

Иако ова установа изазива низ спорних питања те се као таква изазива следеће „Што је више граница, то је више граничних случајева, што је више граничних случајева, то је више спорних питања, што је

²⁰ Види: В. Ђурђић, Кривично процесно право-ток кривичног поступка, Ниш, 1998, 195.

²¹ Пресуда Врховног суда Хрватске бр. I Кж-763/13. од 5. 03. 2014 и 24. 10. 2014. године

више спорних питања, то је више правне несигурности”,²² ипак она је у највећој могућој мери прихваћена као „позив” на равноправност и хуманитет.

Неопходно је изградити у правном систему низ правних установа које ће „вући” ка хуманитету, јер „Бити личност значи бити самосврха. Дакле, човек је личност не стога што је телесно-духовно живо биће, већ стога што представља самосврху”.²³ Није посебно чудно што су више судске инстанце биле место где се оваплодила ова установа, јер се увек као оборива претпоставка наметао став да тамо „седе” ученији правници а „Само образован човек може уистину бити ваљан правник”.²⁴

Чак се слободно може рећи да је ова установа ближа идеји природног права и вредности правде него вредности правне сигурности. Разлог за овакву тврдњу налазимо у ставу да применом установе *beneficium cohaesionis* (заслугом окривљеног који је изјавио жалбу), непобијани део пресуде, као и сама пресуда против окривљеног који није изјавио жалбу, бивају преиспитани, што за последицу може имати доношење повољније одлуке за окривљеног, иако није изјавио жалбу.

Зашто се овако на неки начин иде у правцу користи саокривљеног? Разлог опет налазимо у поставци да „Правнички сталез мора себе” доживети „као велику лигу људских права изнад свих странака, јединственог у гневу побуњеног осећаја против сваке повреде права, ко год да ју је учинио, за кога год, против кога год, не због оштећеног, него због самог оштећеног права чије му је свештенство поверено”.²⁵

Оживотворењем повластице повезаности, дакле, суспендују се два правила кривичног поступка; везаност суда правног лека да, поводом изјављене жалбе, испитује само побијани део пресуде (*tantum devolutum iudicium appellatum*) и везаност вишег суда за основе по којима се пресуда побија (*ne iudex ultra petita partium*). Дакле, на овај начин се путем ове привилегије право више окреће правди и једнакости но правној сигурности, јер Радбрух заузима став да судија, и ту посебно наглашава кривичар, те „будућности неће више суштински бити примењивач права за кога је закон смерница, него, у оквиру широко повучених граница судијског дискреционог оцењивања, социјални службеник – социјални дијагностичар и социјални терапеут – далеко сроднији човеку управе неголи цивилном судији”.²⁶

²² Г. Радбрух, *Правни и други афоризми*, Досије, Београд, 2007, 13.

²³ *Ibid.*, 27.

²⁴ *Ibid.*, 40.

²⁵ *Ibid.*, 41.

²⁶ Г. Радбрух, *Правни и други афоризми*, 42.

Из тог разлога се и даје предност остваривања установе *beneficium cohaesionis* над уважавањем тзв. релативне правноснажности пресуде, без обзира на то да ли се оправдавала претпостављањем правичности процесним прописима, последицом *favor defensionis*-а, тежњом за спречавање очите неправичности, или нужношћу да се онемогући неједнак третман појединих саокривљених у јединственом кривичном поступку, одсликава значај ове установе. Због тога треба поздравити настојање законодавца, да остваривање појединих процесних законитости, подреди потпунијој заштити права окривљеног.

С тим што морамо нагласити иако изгледа супротно, правна сигурност као вредност није угрожена овим институтом јер овде не постоји неизвесност на страни саокривљених, мада додуше може постојати неизвесност на страни друштва. Те тако долазимо до сукоба, о којем говори Радбрух, између индивидуалистичког и наиндивидуалистичког схватања вредности. Код индивидуалистичког схватања вредности колективитета служе вредностима личности, те би овде и могли да нађемо место ове привилегије здруживања, док код наиндивидуалистичког схватања вредности личности служе вредностима колективитета.²⁷

Када говоримо о правној сигурности она код индивидуалистичког схватања применом ове установе није угрожена јер се иде у корист саокривљеног, те тако правоснажно окончан кривични поступак иако бива донекле нарушен неће угрозити самог саокривљеног, већ може угрозити заједницу.

Апсолутна сигурност је недостижни идеал, тако да нам остаје само релативна сигурност; она људима дарује предвидљивост, односно ради се о потреби за „спознајом будуће ситуације”,²⁸ чиме исказујемо друштвену потребу „предвидљивости или прорачунљивости”²⁹, коју право ваља да оствари. И можда је баш добро на овим основама тражити сврсисходност ове установе.

Издвајају се три равни правне сигурности и то: временска, „која је изражена у захтеву за стабилност правних прописа у времену”, потом садржинска, која је везана за „стабилност садржаја који регулишу друштвене односе утврђивањем апстрактних и конкретних правних овлашћења и обавеза” и на крају, друштвена, „према којој је правно регулисање усмерено на све будуће истоврсне односе унутар заједнице”.³⁰

²⁷ Г. Радбрух, *Филозофија права*, НОЛИТ, Београд, 1980, 75.

²⁸ N. Visković, *Pojam prava*, Logos, Split, 1981, 141.

²⁹ N. Visković, *Pojam prava*, Logos, Split, 1981, 141.

³⁰ E. Pusić, *Društvena regulacija*, Zagreb, 1989, 208. и даље. Наведено према: Г.

Оно што правна сигурност подразумева јесте остварење одређених права у „реалном” времену. У овој последњој равни такође тражимо основ постојања ове установе, јер она због делотворности и равноправности жели да истоврсне статусе реши на идентичан начин.

Нама је неопходна „извесност права”³¹, али не по цену стварања незаконитости. Тако је неопходно да се успостави могућа равнотежа између захтева за правдом и захтева за правном сигурношћу. Извесност права је неопходност, исто онолико колико је то правда, јер до правде се не може доћи кроз одсуство сигурности, а без сигурности је немогућ опстанак правног поретка. Овакав захтев остварује се и кроз већу слободу у стварању и примени права.

Дакле, ваља наставити са „еманципацијом судије од закона”, али пресуда мора да буде „предвидљива” и „објективна”, те самим тим „лишена афеката” и никако резултат неког „опсенара”, већ мора бити производ „[с]пецијалисте чињеничног стања”.³² Ово захтева велики степен мудрости, јер „тамо где је мудрост – ту је и правда”.³³ То је тешко остварити, али није немогуће, односно то захтева одређена „усмерена овлашћења судова”³⁴, кроз која ће се постићи равнотежа између правде и правне сигурности. Овим се „не пориче да судови могу да праве грешке у праву”.³⁵ У пракси се ово своди на питање правде и обезбеђивања „довољне” извесности субјектима кривичног поступка, где они неће бити изложени негативним аспектима „недовољне” правне сигурности.

Литература

А. Фојхербах, Однос филозофије и емпирије према позитивној правној науци, Досије, Београд, 2008.

В. Ђурђић, Кривично процесно право - ток кривичног поступка, Ниш, 1998.

Г. Вукадиновић, Д. М. Митровић, М. С. Трајковић, Увод у право, Досије, Београд, 2012.

Вукадиновић, Д. М. Митровић, М. С. Трајковић, *Увод у право*, 292.

³¹ А. Фојхербах, *Однос филозофије и емпирије према позитивној правној науци*, Досије, Београд, 2008, 11.

³² Х. Канторович, *Борба за правну науку*, Досије, Београд, 2006, 33-38.

³³ Ibid., 39.

³⁴ Ц. Раз, *Етика у јавном домену, ЦИД*, Подгорица, 2005, 266.

³⁵ Ibid., 267.

- Г. Радбрух, Филозофија права, НОЛИТ, Београд, 1980.
- Г. Радбрух, Правни и други афоризми, Досије, Београд, 2007.
- Е. Pusić, Društvena regulacija, Zagreb, 1989.
- Ž. Ž. Ruso, Rasprava o porijeklu i osnovama nejednakosti među ljudima, Školska knjiga, Zagreb, 1978.
- И. Кант, Заснивање метафизике морала, БИГЗ, Београд, 1981.
- М. Стефановић - Златић, Повластице окриљеног у кривичном поступку, Београд, 1978.
- Н. Visković, Pojam prava, Logos, Split, 1981.
- Пресуда Врховног суда Хрватске бр. I Кж-763/13. од 5. 03. 2014 и 24. 10. 2014. године
- Р. Лукић, Систем филозофије права, Савремена администрација, 1992.
- Т. Хобс, Левијатан, Градина, Ниш, 1991.
- Х. Канторович, Борба за правну науку, Досије, Београд, 2006.
- Џ. Раз, Етика у јавном домену, ЦИД, Подгорица, 2005.

Prof. Saša Knežević, LL.D.,

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Prof. Marko Trajković, LL.D.,

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

LEGAL EFFECTIVENESS AND EQUAL OPPORTUNITIES FOR PARTIES IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

*Equality as a social and legal value is clearly present both in the criminal law theory and in criminal procedure as a guarantee of equal opportunities, human dignity, and legal certainty. Needless to say, absolute equality is an ideal which every society aspires to attain, while criminal procedure law strives to ensure this value through various institutes. In the course of societal development, equality was construed in different ways. Thus, it was the subject matter of diverse efforts to build a more perfect society. In those aspirations, special consideration was given to the efforts of criminal law theory, particularly in the domain of applying the equality of arms in criminal procedure, where equality has been most needed at all times. By developing the equal position of parties in criminal law, the criminal law theory introduced the privilege of joinder (*beneficium cohaesionis*) as a criminal law institute. Article 454 of the Criminal Procedure Code entitles the co-defendant to equal benefits stemming from the legal remedy granted to the defendant in appeal proceedings. This effort to achieve the equality of co-defendants in criminal proceedings points to the fact that all criminal law institutes are imbued with axiological content, whereby equality as a value-based principle derives from the equal dignity for all. It is necessary because any legal system whose legal framework comprises the criminal law system would not be able to plead longevity and permanence unless its institutes are permeated with equality.*

Keywords: *criminal law, equality, impartiality, human dignity, effectiveness, co-defendants, privilege of joinder (*beneficium cohaesionis*).*

Prof. Srđan Golubović¹, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

UDK: 339.732.4

Prof. Marko Dimitrijević², LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

THE TENDENCY OF HYBRIDIZATION OF INTERNATIONAL MONETARY LAW³

Abstract: *This paper provides an overview of the causes, features, and consequences of the tendency of hybridization of international monetary law. In this context, the first part of the paper indicates the need to study the subject matter of international monetary law and the structure of the international monetary order, as well as the current techniques in the legal regulation of international monetary relations, in order to preserve monetary stability and the proper implementation of monetary sovereignty in practice. Subsequently, the paper focuses on the tendency of hybridization of international monetary law, arising as a result of the hybrid nature of monetary norms which have become more complex, flexible, and dynamic in the international environment. In the implementation of monetary cooperation and the preservation of monetary credibility, the International Monetary Fund, the World Bank, and the European Central Bank (as the main subjects of international monetary law) must cooperate both mutually and with other financial and economic organizations that indirectly influence the course, track and dynamics of the external effects of the principle of *lex monetae* in monetary transactions.*

Keywords: *international monetary law, monetary order, monetary stability, *lex monetae*, IMF.*

¹ golub@prafak.ni.ac.rs

² markod1985@prafak.ni.ac.rs

³ Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС на основу Уговора о финансирању НИО, евиденциони број: 451-03-68/2022-14/200120.

1. Introduction

The basic reason for studying the science of international monetary law is reflected in the need for the legal regulation of international monetary relations that changes the scope of the components of monetary sovereignty. In this sense, Cohen (1977) states that in modern circumstances states must establish, regulate and manage international monetary relations in a way that is concurrently compatible both with the hegemony of national monetary goals and the preservation of international monetary stability.⁴ This does not mean that the international monetary order is “benevolent” to all national monetary interests. It is clear that due to the conceptual disagreement between national and international monetary policy programs, the legislator often has to make a trade-off, but the limitation of the choice of measures in determining monetary targets is replaced by the legal force of the international monetary instrument, which is characterized by a wider field of application, measures of financial and monetary support, as well as expedient monetary cooperation.

We must certainly point out that the forms, structure, and contracting techniques of international monetary returns that are formalized by concluding international agreements (bilateral, multilateral, or in the form of conventions) have changed significantly in the period since the classical gold standard ceased to be valid. The dynamics in the regulation of specific/law-and-economics relations are accompanied by a change in the consciousness of legal entities, for which reason the process of finding a compromise can be quite complicated and thwarted by the inexorable legal argumentation of monetary entities which appears in all “issues of state money” as an issue of special importance for life and the survival of a nation. Namely, the interests of states in establishing legal regulation over international monetary relations cannot be unilaterally reduced to economic or political interests because there is a whole series of other (non-economic) factors that determine their actual manifestation in practice, such as geographic, cultural, ideological, and even affective factors. At this point, we must raise the question whether principles and customary rules (i.e. the common practice that was created by the international monetary order) can have primacy over legal rules in the regulation of international monetary relations. It is obvious that in the absence of a legal rule that would be applied to a specific national problem (issue) from international monetary relations, a specific principle or a customary rule will have subsidiary application, although in most cases the absence of a specific legal rule also means the absence of a principle (even when the principle of freedom of contract is involved) (Gold, 1984: 36-37).

⁴For more, see: Cohen, 1977: 1-19.

The very concept of the international monetary system today is primarily defined in a legal sense. The term was first used as part of the General Agreements to Borrow (GAB), which were an integral part of the IMF Founding Agreement (the Articles of **Agreement of the International Monetary Fund, 1944**). As such, the term has been used in legal affairs since 5 January 1962, when a loan agreement was concluded between the IMF and ten borrowers (eight of which were leading member states and the remaining two were the central banks of member states); more precisely, the term became fully operative after the deferral clause entered into force on 24 October 1962. The term itself gained far greater legal significance when it was incorporated into the Second Amendment of the IMF Articles of Agreement (1976), although it was not explicitly mentioned anywhere in the text of the IMF Founding Agreement. Most commonly, this term includes relations between countries that are members of the IMF, which oversees the management of the entire international monetary system. As a leading theoretician of IMF law, Gold (1984) believes that one should be careful in reducing the term exclusively to its normative elements because such an approach does not leave enough room for the application of a principle that would unite all elements (including the non-normative ones) of international relations in a universal way (Gold, 1984: 36-37). The problem of equating the concept of the international monetary system with its normative elements is also reflected in the fact that these elements are variable, i.e. that their content and meaning can be interpreted differently over time. At the same time, some new elements may appear that must be taken into account, or there may be a need to remove certain elements from the definition of the concept.

2. New tendencies in the legal regulation of international monetary relations

The mortgage crisis that broke out in the USA in 2008 and later spread to the rest of the world in the form of a global economic and financial crisis greatly influenced the change in traditional postulates of both national and international monetary law (D'Arista, 2009).⁵ Until the first consequences of this global crisis, developments in the sphere of balance of payments difficulties, observed at the global level, did not initiate any serious demands for radical monetary reforms. According to the commonly established point of view, it was believed that after a period of economic and financial decline, the international monetary system would regain its disturbed balance; however, in the case of the Euro crisis, it did not happen. It shows that there are no "invisible automatic stabilizers" within the international monetary system

⁵ For more, see: D'Arista, 2009: 633-652.

that will restore the disturbed balance, but it is still necessary to implement a serious legal reform in this area.

To overcome the problems that arose in the monetary legislation of almost all countries in the world, and especially in the area of EU monetary law, the (international?) monetary legislator began to rely more on the application of the norms of secondary legislation, which at the same time meant not only filling the legal gaps in the primary law norms but also the relativization of the reach of *ius cogens* monetary norms. The reason for such conduct was the long delay of the primary mechanisms for correcting the macroeconomic consequences, which was intended to be corrected by new legal solutions, the true nature of which was quite debatable and contested by many leading scholars of monetary law. For this reason, we believe that the current development of international monetary law can be viewed may be observed from two different perspectives: 1) the spatial one, which includes the institutes and principles of modern international monetary law that was valid until the outbreak of the global financial crisis in 2008, and 2) the temporal one, which is immanent in the provisions of the postmodernist international monetary law which began to develop with models of new economic management in the EMU embodied in the provisions of the European Semester, the Agreement on the European Stabilization Mechanism, the Agreement on Stabilization, Coordination and Management in the Economic and Monetary Union (Fiscal Contract), the Agreement on the unique supervisory and remedial mechanism that created a partial European banking union, and efforts towards the creation of a fiscal union to round off the EMU concept in a comprehensive way.

In this sense, the advocacy on new arrangements and institutional reforms of the IMF and the World is aimed at creating an efficient and sustainable legal framework for financial supervision. Indeed, if we carefully look at the events in international monetary relations in the last decade, we can notice a new wave of international monetary legal thought, which is richer, more intense and more complex than all past events on the monetary scene so far. The new tendencies are characterized by the primacy of soft law over hard law, new competencies of international judicial instances to resolve monetary and fiscal disputes, new powers of central banks, the evolution of the concept of monetary sovereignty, and making a clear distinction between the competences of international monetary law subjects in the European and the global context. All of the above was accompanied by serious reforms of national monetary regulations and financial standards that make up the global financial architecture, whose pillars are now strengthened to maintain monetary and general financial stability as a global public good.

3. On the tendency of hybridization of contemporary international monetary law

International monetary relations cannot be viewed in isolation from other international relations of economic nature, where the conditions of globalization of financial flows, international financial and international investment relations are of particular importance. Namely, the provisions of the international monetary system gain their full meaning and significance only if we look at them at the level of the global financial and economic system. Hence, we draw attention to the high degree of synthetic-dialectical connection of international monetary law with the norms of international financial law and international economic law.

International financial law includes a set of rules that regulate the liberalization of international economic flows and financial services, and the achievement of certain goals by justifying the regulatory intervention in the financial system through international cooperation. International financial law defined in this way (as international monetary law) is a branch of public law; as such, it does not include procedural financial law rules defined by international agreements, (nor does it include EU financial law, which has a regional character). The subjects of international financial law are all those institutions that participate in the creation and application of rules that have an effect on other states in the field of public finances, regardless of whether these rules have a legally binding character or not (Gorstos, 2012: 109-110).

The connection between international monetary and international financial law is most noticeable in the field of creation and application of international financial regulation, without which reliable, transparent, and predictable monetary transactions would be hardly possible. In relevant literature, the term financial system usually incorporates the monetary system, which indicates the closeness of these branches of law. This is precisely why the importance of monetary rules is present in all branches of international financial law: international banking law, international capital market law, international insurance law, the law of international financial conglomerates, the law of international payments and settlement systems, international consumer law of financial services, and the law preventing the use of the financial system for the commission of economic crimes. International financial regulation entails the normative intervention of the state in the economic activities of companies and individuals, including both the standards of international financial organizations and the standards of self-regulatory bodies in the financial trade. The purpose of such legislation is to prevent (or minimize) the risk of insolvency that exists with bank loans, market risks of investments, and systemic risks that generate social costs in the economic system

due to the unsuccessful operations of financial intermediaries (banks, insurance companies, institutional investors, and others). It means that international financial regulation has the function of supporting healthy and harmonized public finances, while concurrently enhancing economic development through general financial development. Since monetary finance (in addition to corporate finance) is an integral element of public finance, it is clear that the monetary operations of the state and other public law collectivities must be harmonized with the logic of international financial standards.

Viewed in a broader context, monetary conduct entails the way monetary sovereignty is implemented in practice (e.g., determining a fixed or fluctuating exchange rate, imposing foreign exchange controls in regulating monetary relations with other countries, etc.) (Weber, Arner, 2014: 391-392). The mode of exercising monetary sovereignty in practice is determined by the principles of international law, which in terms of their nature can be customary or contractual. Contractual principles have their basis in the Vienna Convention on contractual obligations (1980)⁶, whose relevance in the field of monetary obligations has been confirmed in numerous interstate contracts. On the other hand, the common rules of good monetary and financial management imply the application of the legal standard of “the duty of fair and equal treatment”, which is more an expression of good faith in the implementation of interstate contractual obligations than an imperative legal rule. Nevertheless, the contracting parties’ awareness of the application of this principle, which has been reiterated in a large number of concluded contracts, gives it a binding force; it is the best example of the so-called legalization of soft law in the area of monetary obligations, where contracts have not reached a level of development that would simultaneously imply exclusion from changes in the general principles of international law.

The rules that generate the structure of good monetary management in practice are aimed at promoting international monetary cooperation, the stability of the exchange rate, the creation of a multilateral payment system, and the elimination of risks and restrictions in the system of foreign exchange payments. The rules themselves are also in the function of correct interpretation of material provisions of international monetary agreements, but these rules should not be equated with legal rules in the classical sense. Such rules are very often formulated under the guise of coordination, and they refer to cooperation and consultation with other international monetary and finan-

⁶ UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Vienna, 1980; available at UN (2010): UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, UN New York, 2010 https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf

cial organizations or countries in the sphere of international monetary payments. In this context, the obligation of countries to consult with the IMF (Art. 4 par. 3 of the Agreement) is prescribed when determining the objectives of the foreign exchange policy. The connection between international monetary and financial law is also evident in the field of entities that create financial policies. Thus, the IMF is primarily a monetary institution but, at the same time, it occupies a central place in the international financial architecture, which includes a set of all rules, guidelines, and similar arrangements in the establishment of international financial relations which are created by various institutions simultaneously in charge of their further development, implementation, and supervision of their implementation (Giovanoli, 2000: 9-10).

These legal rules aim to prevent the spillover effects of systemic crises from one area to another, and to offer a concrete solution for newly emerging consequences. We still cannot speak about the existence of a global financial authority, understood as an entity responsible for the establishment and application of internationally harmonized financial business rules on the global market, but we can certainly recognize the features of the new financial architecture which, unlike the classic (Bretton Woods) monetary management system, is characterized by a high degree of decentralization, exchange of information (as regulated by interstate agreements) and implementation at the national level. Unlike the old one, the new system was created in conditions where there is no intensive, non-inflationary economic growth and relative stability of the foreign exchange and financial markets, which was the case with the Bretton Woods system. Thus, the new system brings into play the action of new entities, such as the Basel Committee on Banking Supervision, the Committee on Payments and Settlements, the International Organization for Commission Bonds, the G22 Group, and the Financial Stability Forum. The institutions whose jurisdiction covers a wider region, such as the Committee for International Accounting Standards based in London and the Association for International Swaps and Financial Derivatives based in New York, make a great contribution to the decentralized system.

The debt crisis (2008) provided an opportunity for national and international economic policymakers to overcome the traditional postulates of state versus market regulation of economic relations by restructuring the global financial architecture at the international and supranational levels (Manger-Nestler, 2011: 165). Restructuring implied new powers of the IMF and the UN Economic and Social Committee, but also the strengthening of the role of international financial organizations outside the field of action of the United Nations, especially the G20 Group, the Forum for Financial Stability, and the Bank for International Settlements.

In practice, the influence of various information groups operating outside the UN legal framework is much greater than expected considering their name and the nature of their decisions. In monetary relations, there is a particularly significant influence of the G7(8) Group, which was founded in 1970 on the initiative of the French and German finance ministers. At the beginning, the group gathered representatives from the most developed countries, such as Germany, France, Canada, Italy, Japan, the United States, Great Britain, and Russia joined them in 1998. The G8 work takes place at international ministerial meetings which are regularly held once a year. After the bankruptcy of the Barings Bank (1995), the G8 embarked on intensive cooperation with the IMF, the World Bank, and the WTO. The first result of their work was the adoption of the Report on Strengthening the Architecture of the Global Financial System in 1998. Regardless of the indisputable importance of this Report, it should be noted that it remained of a general type, without a concrete implementation plan in the member states until the outbreak of the debt crisis. The G20 group was formed at the summit in Cologne in 1999; it brought together the representatives of the central banks of 19 of the most developed countries, which resembles a mechanism for official dialogues within the Bretton Woods system. Seen from the aspect of international law, the quality of legal actions proposed and taken by these groups may not be quite definitive because such groups, as a rule, are not organized in a way that is characteristic of international organizations and they do not have the status of a legal entity.

The Financial Stability Board (FSB)⁷, established in 2009, is the successor of the previous Financial Stabilization Forum established by the G7 in 1999) in response to the 1997 Asian financial crisis. The FSB headquarters are in Washington D.C., but in 2013 it also established a small secretariat in Basel, Switzerland. The FSB is composed of representatives of central banks, ministers of finance, and financial supervisors of almost a thousand countries, including representatives of international financial and economic institutions such as the IMF and the Bank for International Settlements. Developing countries are not represented in the FSB Forum. The Board members strive to create conditions for credible action and gathering of national authorities responsible for financial actions in the most important financial centers, cross-sector organizations, and action of financial auditors by applying modern financial standards, disseminating good practice and bringing together central bank experts in the field of market infrastructure and action (FSB, 2022a)

⁷ Financial Stability Board (2022a), History of the FSB; <https://www.fsb.org/about/history-of-the-fsb/>

Interestingly, the FSB Forum does not have a strict organizational structure, nor does it concrete strictly defined rules of conduct for its members, but its influence in the sphere of international financial and monetary law is very broad. Just like the G7 (8), the Forum does not even have the status of a legal entity. However, the significant activity of the FSB resulted in the adoption of “The Compendium of Standards”, which includes various economic and financial standards classified into 12 groups: monetary and financial transparency, fiscal transparency, data dissemination, banking supervision, bond regulation, insurance supervision, deposit insurance, and crisis response, insolvency, corporate governance, accounting and auditing, payments, clearing, settlement, and market integrity. (FSB, 2022b).⁸ The list of standards is non-exhaustive, and it is prone to change. Still, they are legally significant because they represent the basis for the recognition and application of Key Standards for the Sound Financial System, which include minimum requirements for good business practices and whose implementation is monitored by the IMF. The effects of international financial regulation of monetary relations can have a primary or secondary character, depending on the type of international monetary payments, but it is certain that without their knowledge one cannot imagine the legal regulation of monetary discourse. It confirms the thesis about the hybridization of international monetary law but it also shows that in the last decade the field of study of international monetary and financial relations has been systematized in individual studies, textbooks and monographs (Zimmerman, 2013: 37).

In the comparative legal literature, the international strategy for developing financial stability is described as a system of international financial standards characterized by the presence of an international consensus on the key elements of harmonized financial management and a regulatory body composed of representatives of the participating countries, the presence of harmonized principles and good practices developed by international groups of technocratic authorities in the *de lege artis* manner (the Basel Committee and the Joint Forum of Financial Conglomerates have made a great contribution in this regard), the use of methods of market discipline and market access that provide incentives for the adoption of financial standards and the promotion of multilateral institutions in that process (with the IMF as the central institution).

The connection between international monetary law and international financial law is conditioned by the existence of numerous monetary and fiscal

⁸ FSB (2022b). The Compendium of Standards, <https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/about-the-compedium-of-standards/>, https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/about-the-compedium-of-standards/key_standards/

disputes. International financial transactions are particularly susceptible to intervention by various courts, primarily due to the nature of the products on the financial market, the processes that take place there, the public law interests, and the views of jurisprudence. Products that are the subject matter of financial contracts (such as: swaps, credit lines, etc.) cross the borders of several different jurisdictions, and a specific payment system and contractual items that have characteristics of tangible and intangible assets require a special degree of caution in both judicial and administrative proceedings (Sebastianutti, 2009: 162).

Taking into account the fact that the international monetary system is one of the most developed subsystems of the international economic system when analyzing international monetary rules, it is necessary to point out to its correlations with international economic law. The international exchange of goods and services and business operations, as a rule, entails the use of currencies from at least two different monetary jurisdictions. Hence, the distinguished Dutch economic law theorist Herdegen rightly points out that “international monetary law is woven into the very core of international economic rights” (Herdegen, 2016: 4-5). The IMF Founding Agreement stipulates that functional and free world trade first requires the creation of a stable international monetary system. This is particularly noticeable in cases where states’ deliberate devaluation of the national currency causes distorting effects that affect international business and are further reflected in the diversion of business in favor of one’s exports. The choice of the exchange rate regime can be a significant determinant in the search for contractual partners of international economic agreements, pre-contracts, as well as the final form of the contract. In this sense, the national monetary legislator follows the IMF classification of the exchange rate regimes and opts for the one that best suits the circumstances of the domestic economy (IMF, 2004).⁹

As noted by a large number of theorists of monetary law, the connection between these legal disciplines is primarily reflected in the influence of market forces on the strengthening of international monetary law. Namely, although the IMF has the authority to impose monetary transaction rules, the market applies those rules voluntarily whereas individual countries encourage the application of the rules of their choice (Simmons, 2000: 819-820). At this point, it is useful to note that the definition and imposition of these rule is a matter of juridical and technical nature, but its implementation is a matter of factual nature, where the subject voluntarily decides to act, based on one’s

⁹ For more, see: IMF (2004). *Classification of Exchange Rate Arrangements and Monetary Policy Frameworks*, Washington D. C., 2004, pp. 1-11.; available at <https://www.imf.org/external/np/mfd/er/2004/eng/0604.htm>

own belief in the usefulness, expediency and justification (in this case, concrete measures determined by the monetary norm). Our position is that the market course of action in which the subjects adopt and apply the monetary rule due to the expected market effect is far more credible, but sometimes insufficient due to the subjects' unscrupulousness or a lack of knowledge of the market logic, which is why the market must act in conjunction with the imposed legal instruments which are accompanied by prescribed sanctions. This means that the influence of external factors on the implementation of monetary rules can be formal and informal. The informal influence is that which is exerted in the composition of market forces and relations, especially in conditions of competition between different national jurisdictions. The formal influence is exerted by enacting legislative acts on the IMF Agreement and its annexes which are published in national official journals. The informal influence becomes particularly noticeable in countries' competition to attract foreign capital, where the optimal mix of measures and fine-tuning of fiscal and monetary policy actions creates an optimal market environment for foreign direct investment. Certainly, the decision to invest foreign capital is determined by numerous legal, economic and political factors; in addition to issues of exchange rates and tax incentives, foreign investors are particularly interested in the possibility of protecting the rights of foreign citizens, solving the corruption problem, market freedoms, etc. In fact, the exchange rate regulation regime is also determined according to these factors, taking into account that foreign capital is a significant additional source of financing public expenditures in developing countries.

It is a fact that, when carrying out their economic reforms, states follow the logic of the principle of emulation; so, they shape their economic systems based on the systems of developed economies and on the market principles that have a universal character. At the same time, credit (currency) clauses are a mandatory element of international trade agreements because a large number of international economic relations encroach on the area of the state's monetary operations. This is further enhanced by the tendency of hybridization of monetary law, which becomes visible during the formation of legal regimes for international current and capital transactions through the so-called three pillars of international economic law: a) the connection of international trade with certain capital and payment flows; b) the emergence of the upcoming (but mandatory) framework for promoting the liberalization and protection of money transfers from international funds which come from the Eurozone (with specific reference to the importance of the OECD Codes on capital liberalization and the economic pressure arising from the Eurocurrency market) as well as the introduction of special clauses on fund transfers in bilateral international agreements as a significant substantive

source of international monetary law; and c) the balance of payments' derogations in order to create an optimal regime (with specific reference to the importance of institutional and procedural cooperation between the IMF and the WTO established by Article XV of the IMF Founding Agreement, the legal role and importance of their consultations, where the IMF certainly has a leading role, but not self-sufficient). The connection between extraterritorial national monetary rules and international monetary rules is evident in all components of the balance of payments, but it is most obvious in the case of the capital balance and the balance of financial indebtedness, where solutions in monetary policy become authoritative in establishing and regulating international economic relations. Viner (1950) noted that it ultimately leads to the trade creation or trade diversion.

The connection between international monetary law and international economic law is also reflected in the monetary implications of the import and export of goods, services, and capital, which is particularly noticeable in the example of the EU single market. Zimmermann points out that "the Euro currency has characteristics of both private and international money, due to which it is justified to talk about the establishment of monetary and financial *lex mercatoria*" (Zimmerman, 2013: 81-83). Thus, a distinction is made in the literature between the general *lex mercatoria* and the financial (special) *lex mercatoria* (Vardi, 2011)¹⁰. Understood in its traditional sense, this principle is immanent in the general principles that exist in international trade agreements, but it is also very often applied in the settlement of arbitration disputes. In the field of global financial flows, it includes financial standards which have their source in the provisions of soft legislation, which must be taken into account by the contracting parties when concluding a specific international economic agreement (Golubović, 2010: 25). The contractual clauses of these agreements have their monetary reflection, which can best be seen in the example of clearing payments, where the contracting parties are required to conclude clearing agreement and open collective accounts in their central banks. Considering that foreign exchange clauses are an important element of international economic contracts, the legal effects of changing the exchange rate regime occupy an important place in the science of international monetary law; they became especially relevant at the end of the 1990s with the complete displacement of the fixed exchange rate regime (Gold, 1990: 29-30).

The use of a fluctuating exchange rate means better adaptation to changes in the foreign exchange market but, at the same time, it entails uncertainty for the contracting parties of an international trade agreement regarding

¹⁰ For more, see: Vardi, 2011: 160-163

costs, income, and the impact of changed circumstances on the purpose of the contract. The existence of an independent monetary system, as a direct emanation of economic sovereignty, brings about two potential problems in international business transactions: foreign exchange controls and trade sanctions. The issue of foreign exchange controls primarily refers to the system of open restrictions on money transfers to and for the benefit of residents of the domestic monetary jurisdiction located in another country, which are aimed at protecting the country's financial resources. Sanctions imposed on specific countries also have a significant effect on international trade but, unlike foreign exchange controls which have a protective function, sanctions have a repressive character (Dimitrijević, 2018: 39-47).¹¹

The connection is especially prominent in the area of public debt management policy (primarily in the part of public debt restructuring), which was made by public entities, but also the debt entered by private entities when it is necessary for the sake of stabilizing the domestic economy (Tams, Shill, Hofmann, Asteriti, 2017: 14-17).¹² Special cases are related to international investment agreements where the state has a larger share in the ownership structure of commercial (private) banks, which in theory is known as semi-public debt. The national monetary legislation regulates the permissibility and methods of such restructuring in different ways, which can be a significant signal for international business in terms of the legal degree of protection of foreign creditors' claims. In addition, the connection between the principles of international economic law and international monetary law is conditioned by the characteristics of economic law, which is increasingly viewed as a special economic good. Economic law is the only branch of law that puts the criterion of economic efficiency in a direct relationship with the criterion of legality (Taboroši, Jovanić, 2012: 44). Giving priority to specific rules of economic law is motivated by the efforts of the contracting states to achieve the desired yield, i.e. to increase the national income per capita. Therefore, economic law as a specific economic good can be viewed as a "public good with secondary effects derived from the localization of business activities around the world" (Messen, Bungenberg, Puttler, 2009: 4-5). In the field of business finance, economic law fulfills a dual function; it is perceived as a rule but also as an instrument for developing and strengthening competitive relations. These relations include not only mutual competition of foreign investors but also inter-jurisdictional competition as a segment of the wider systemic competition. An important segment of such competition is the competition of monetary systems that strive to attract foreign direct

¹¹ For more see, Dimitrijević, 2018: 39-47.

¹² For more, see: Tams, Shill, Hofmann, Asteriti, 2017: 4-17.

investments with adequate measures and instruments; in combination with fiscal policy instruments, the competition directly affects both the marginal and the average volume, structuring, and degree of efficiency of investments. Nevertheless, it is important that domestic economic policymakers do not engage in unfair tax competition in such conditions, given that such bad tax reputation is quite difficult to rectify and change in practice.

4. Concluding remarks

The fact is that the international monetary system, which is subject matter of regulation of international monetary law norms, cannot be reduced to a simple sum of national monetary systems, or the national monetary regulations of states participating in international monetary relations, because it is a kind of legal institute characterized by supranational rules, supranational entities and global legal-economic consequences. Consequently, we believe that there is a relationship of complementarity between the international and national monetary systems because a well-ordered and established national system also implies a functional supranational system. This means that the national legislator must make greater efforts in searching for and creating optimal monetary rules, the effects of which will spill over to the international monetary, financial, trade and economic environment. When it is not possible, the international environment must impose its own rules on “weak” national monetary authorities and, thus, establish a balance. The conclusion is that the logic of both systems is the same but their imminent manifestations are different, which is very useful because the shortcomings of a weak national monetary system can be replaced by the authoritative and credible action of the international monetary system which has become hybrid in current financial and economic flows.

References

Cohen, B.J. (1977). *Organising the World's Money*, Basic Books, New York, 1977, pp. 1-19.

D'Arista, J. (2009). The Evolving International Monetary System, *Cambridge Journal of Economics* 33, 2009, pp. 633-652.

Dimitrijević, M. (2018). *Institucije međunarodnog monetarnog prava* (International Monetary Law Institutions), Centar za publikacije, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, 2018, str. 39-47.

Giovanoli, M. (2000). A New Architecture for Global Financial Market: Legal Aspects of International Financial Standard Setting, in *International Mon-*

etary Law: The Issues for the New Millennium (ed. by M. Givanoli), Oxford University Press, New York, 2000, pp. 9-10.

Gold, J. (1984). Public International Law in the International Monetary System, *SouthWestern Law Journal* 799, 1984, pp. 36-37.

Gold, J.(1990). Legal Effects of Fluctuating Exchange Rates, International Monetary Fund, Washington D.C., 1990, pp. 29-30.

Golubović, S. (2010). *Osnovi poslovnih i bankarskih finansija* (Fundamentals of Business and Banking Finances), Centar za publikacije, Pravni fakultet u Nišu, 2010, str. 25.

Gorstos, Ch. (2012). *Fundamentals of Public International Financial Law: International Banking System within the System of Public International Financial Law*, Nomos, 2012, pp. 109-110.

Herdegen, M. (2016). *Principles of International Economic Law*, Oxford University Press, London, 2016, pp. 4-5.

Manger-Nestler, C. (2011). Impacts of International Law on the Restructuring of the Global Financial System, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* (eds. A. Von Bogdandy, R. Wolfrum), Vol. 15, 2011, p. 165.

Messen, K. M., Bungenberg M., Puttler A. (2009). *Economic Law as Economic Good, Its Rule Function and Tool Function in Competition of the System*, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2009, pp.4-5

Sebastianutti, P. (2009). What is Thing Called International Financial Law – Part 2, *Law and Financial Market Review* 155, 2009, p. 162

Simmons, B. (2000). International Law and State Behavior: Commitment and Compliance in International Monetary Affairs, *American Political Science Review* 94, No. 4, 2000,(p.819-820).

Taboroši, S., Jovanić T. (2012). *Ekonomsko pravo* (Economic Law), Centar za izdavaštvo Pravnog fakulteta u Univerzitetu u Beogradu, 2012, str. 44.

Tams, Ch.J., Shill S. W., Hofmann R., Asteriti A.(2017). International Investment Law and Global Financial Architecture, *Frankfurt Investment and Economic Law Series*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK & Northampton USA, 2017, pp. 14-17.

Vardi, N. (2011). *The Integration of European Financial Markets: The Regulation of International Monetary Obligations*, Routledge-Cavendish, Taylor and Francis Group, London & New York, 2011, pp. 160-163.

Viner, J. (1950). *The Customs Union Issue*, Carnegie Endowment for Interna-

tional Peace, New York, 1950.

Weber, R.H., Arner, D.W. (2014). Toward a New Decision for International Financial Regulation”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 29, Iss. 2, 2014, pp. 391-392.

Zimmerman, C.D. (2013). *A Contemporary Concept of Monetary Sovereignty*, Oxford University Press, 2013, p. 37.

Online sources

FSB-Financial Stability Board (2022). History of the Financial Stability Board. <https://www.fsb.org/about/>; <https://www.fsb.org/about/history-of-the-fsb/>; The Compendium of Standards, <https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/about-the-compendium-of-standards/>, https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/about-the-compendium-of-standards/key_standards/

International Monetary Fund- IMF(2004). Classification of Exchange Rate Arrangements and Monetary Policy Frameworks, IMF, Washington D. C., 2004, pp. 1-11, available at <https://www.imf.org/external/np/mfd/er/2004/eng/0604.htm>

Др Срђан Голубовић,

Редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

Др Марко Димитријевић,

Ванредни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

О ТЕНДЕНЦИЈИ ХИБРИДИЗАЦИЈЕ МЕЂУНАРОДНОГ МОНЕТАРНОГ ПРАВА

Резиме

*Предмет анализе у раду јесте сагледавање узрока, обележја и последица тенденције хибридизације међународног монетарног права. У том контексту, у првом делу рада се указује на потребу изучавања предмета међународног монетарног права и структуру међународног монетарног поретка, као и актуелне технике у правном регулисању међународних монетарних односа у циљу очувања монетарне стабилности и правилне имплементације монетарног суверенитета у пракси. У наставку рада, предмет пажње јесте тенденција хибридизације међународног монетарног права која је настала као резултат хибридне природе монетарних норми које у међународном окружењу постају сложеније, флексибилније и динамичније, јер у реализацији монетарне сарадање и очувања монетарног кредибилитета, ММФ, Светска банка и Европска централна банака (као главни субјекти међународног монетарног права) морају међусобно сарађивати са другим финансијским и економским организацијама које посредно утичу на правац, смер и динамику екстерних ефеката принципа *lex monetae* у монетарном пословању. Чињеница је да се међународни монетарни систем који је предмет регулисања норми међународног монетарног права не може свести на прост збир националних монетарних система (тј. њихових националних монетарних регулатива), држава учесница у међународним монетарним односима, јер је реч о својеврсном правном институту кога карактеришу наднационална правила, наднационални субјекти и глобалне правно-економске последице.*

Кључне речи: међународно монетарно право, монетарни поредак, монетарна стабилност, *lex monetae*, Међународни монетарни фонд.

УГОВОР КАО МРЕЖНА СТРУКТУРА: КОРАК КА ПРИБЛИЖАВАЊУ НОРМЕ И ПРОГРАМСКОГ КОДА²

Апстракт: Предмет рада је могућност да уговор буде представљен као мрежна структура чиме би се везе између уговорних одредби и интеракције са уговором као целином учиниле видљивим и мерљивим. У крајњем, ова метода би требало да омогући да се садржина и односи уговорних одредби у већој мери учине разумљивим за програмере и тиме допринесе унапређењу процеса претварања правне норме у програмски код. Описани процес олакшан је постојањем сличности структуре правног закључивања са логиком компјутерских програма. У излагању се користи интеракција између уговорних одредби као основна јединица анализе: уговорне одредбе сагледане су као чворови уговора као мрежне структуре. Наведене интеракције сагледане су кроз критеријуме грануларности, интензитета, форме, степена, учесталости, степена повезаности, суштинског значаја, кластеризације, динамике и модуларности.

Кључне речи: уговор, мрежна структура, модуларност, право и програмирање.

1. Увод

Програмирање правних правила је процес претварања правне норме у неки од програмских језика.³ Оптимална методологија претварања

¹peri@prafak.ni.ac.rs

²Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС према уговору евиденциони број 451-03-68/2022-14/200120

³Програмирање, поред познавања програмског језика у питању, укључује примену логике, коришћење математике и друге методе које иду изван простог учења програмског језика. Међуфаза овог процеса је алгоритмирање: израз подразумева превођење уговора у формат који је разумљив за програмере који се баве претварањем

норме у програмски код је да се обезбеди да текстуалне формулације буду преведене у форму разумљиву програмерима. Коначни циљ претварања норме у рачунарски програм је да норма у писаној форми и програмски код имају исто значење: верзија правне норме у форми кода требало би да се сматра аутентичном и са правном снагом једнаком оној коју има верзија у писаном тексту. Функционална једнакост текста и програмског кода назива се изоморфизам.⁴

Проблеми интегрисања права у код су вишеслојни.

Прво, програмери по правилу немају правничко знање.

Друго, разликује се динамика анализе програмера и правника. Програмер примењује *a priori* знање о програмским језицима и алгоритмима: ово је знање објективизирано програмским језиком независним од искуства. Синтакса и семантика програмских језика су стриктни и не дозвољавају флексибилност формулација. Правна норма се, пак, примењује уз *a posteriori* знање (коришћење искуства, емпиријске доказе и резултате опсервација).

Чак и у присуству горе наведеног, правно програмирање као интегрисање перспектива права и програмирања како би се обезбедили заједнички обрасци функционисања правног и програмских језика, могуће је из два разлога.

Прво, заједнички именитељ правног и програмског језика јесте структура закључивања: и један и други језик базирани су на правилима чијом применом се долази до одређених ставова чији настанак може да

правне норме у код. Начелно се разликују три приступа алгоритмирању: коришћење правила формалне логике, коришћење “дијаграма тока” и псеудокода. Видети више у: Предраг Цветковић, Уговор као алгоритам: уводна разматрања, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 92, 2021, 15-34.

⁴Заступници изједначавања програмског кода и права описану чињеницу узимају као аргумент за ново разумевање појма правне регулативе: оно је могуће искорак изван традиционалних схватања права и његових елемената. Носилац новог разумевања правног регулисања је “нови” регулатор: програмски код. Видети: Lawrence Lessig, *Code: Version 2.0*, Basic Books 2006, 5. Пример утицаја горе наведеног става на схватање правне норме је увођење појма дигиспруденције у вокабулар права. Дигиспруденција је појам који дефинише услове нормативности програмског кода. Нормативни значај (и легитимност) кода требало би да се осигура већ у моменту настанка правне норме: то значи да би правници у фази дефинисања садржине правног правила требало да као полазну претпоставку имају да ће то правило бити предмет дигитализације, алгоритмирања и кодирања. Горе наведено је последица функционисања правне норме у дигиталном окружењу. Видети: Lawrence Edward Diver, *Digisprudence: the affordance of legitimacy in code-as-law*, University of Edinburgh, 2019, doctoral thesis, 304. <https://era.ed.ac.uk/bitstream/handle/1842/36567/Diver2019.pdf?sequence=1>, 21. 02. 2021.

се образложи и реконструише. Програмски језик прати стриктна правила програмирања; језик правног текста (правне прозе), пак, заснован је на језичким принципима природног језика у функцији формулисања правног правила.

Друго, сличност правног правила и програмирања је што процес настанка и норме и кода има дефинисану структуру и правила контроле. Програмер, као и правник, процесуира одређене податке поступајући у складу са задатим правилима структуре и формата.⁵

Један од начина на који се уговор може конвертовати у формат читљив за програмере је сагледавање уговора као мрежне структуре и анализа њених карактеристика (даље и: мапирање уговора као мрежне структуре). Описани поступак могућ је кроз метод утврђивања корелације између уговорних одредби и извршења уговора. Мапирање је базирано на претпоставци да не доприносе сви елементи уговора његовој комплексности: утицај одређене уговорне одредбе на услов уговора условљена је степеном интеракције са другим нормама и уговором као целином. Сагледавање уговора као мрежне структуре доприноси препознавању и мерљивости наведених интеракција.

2. Уговор као мрежна структура („мапирање” уговора)

Уговор има карактеристике мреже: услови уговора функционишу као део целине, улазе у интеракцију са том целином и са другим елемен-

⁵ Има и других сличности које могу да се примете, попут примене принципа модуларности, композиционалности и екстензибилности. **Модуларност** подразумева да је систем подељен у подсистеме (модуле) који су повезани међусобно на начин који у одређеним околностима омогућава њихово одвајање и коришћење у другим системима (програмима). О модуларности видети више *инфра* у тач. 3. 7. **Композиционалност** је принцип који значење сложеног израза дефинише кроз значење елемената који га чине и правилима који дефинишу њихову везу: *ex ante* је могуће одредити све елементе једног израза, њихов однос, значење и резултат (норму коју ови елементи творе). На другом полу композиционалности је принцип контекстуалности: контекст је оквир који „окожује” чињенично стање у питању и релевантан је за интерпретацију. Пример контекстуалности у праву је коришћење стандарда, (нпр. стандард разумног лица): о садржини стандарда надлежна тела одлучују *ex post facto* према околностима конкретног случаја. Садашњи ниво развоја вештачке интелигенције (па самим тим и њена примена на правни дискурс) заснован је на принципу композиционалности; стога је упитно да ли вештачка интелигенција и програмирање могу да се примене на правне норме који носе контекст као извор интерпретације. **Екстензибилност** је начело које омогућава да се рачунарском програму додају нове функционалности или могућности. Овај принцип екстензибилности је аналоган могућности анексирања уговора односно новелирања закона.

тима уговора. Кључни делови уговора се јављају као фактор који опредељује друге, повезане уговорне одредбе (нпр. избор меродавног права опредељује решење одређених правних питања).

Структура уговора функционише као мрежа у којој су услови уговора чворови мреже између којих постоји веза с одређеним квалитетом и карактеристикама. Уговор је комплексан систем: то значи да га чини већи број елемената су у међусобној интеракцији која није линеарна: уговор не одговара увек линеарно на унос и измену (за разлику од линеарног односа где постоји константна пропорционалност између уноса и резултата тог уноса). Разлог нелинеарног односа је постојање интеракције између услова уговора: од степена ове интеракције зависи и ефекат нелинеарности.⁶

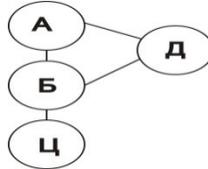
Мапирање уговора претпоставља активности које су по свом циљу сличне припреми документа за претварање у програмски код: рашлањивање уговора на кључне (конститутивне) услове (одредбе; чворове у контексту уговора као мреже); утврђивање међусобне интеракције ових услова и њихове интеракције са уговором као целином. Тиме се обезбеђује увид у уговор као систем права, обавеза и одговорности, односно идентификују: релативни значај који одредбе имају за извршење уговора као целине; одредбе чије измене ремете уговорну равнотежу коју је успостављена уговором; различити интензитети тог ремећења; оптимални начини одржавања уговорне равнотеже у контексту околности трансакције. Циљ описаног приступа је да се ефекат модификације на уговорну структуру учини видљивим и мерљивим, чиме се смањује вероватноћа негативних и ненамераваних последица уговорне измене, те смањују трошкови припреме и испуњења уговора. Тиме се омогућава да се питање ризика модификације које је у традиционалном смислу предмет правне анализе и интуиције, спроведе на процедурално дефинисан, мерљив и контролисан начин: резултат такве анализе могуће је превести у контекст аутоматизације и рачунарске обраде, односно у крајњем у програмски код.

2.1. Дефинисање услова уговора

Први корак у конструисању уговорне мапе је идентификација услова уговора садржаних у његовим одредбама. Услови уговора имају улогу

⁶ Комплексни системи су они који представљају више него што је прост збир њихових елемената. Уговори су пример оваквих система. Супротан приступ је уговорни редукционизам који уговор своди на анализу сваке одредбе појединачно, без узимања у обзир шире слике уговора. О праву и комплексним адаптивним системима видети у: *Predrag Cvetkovic, Law as a Complex Adaptive System: path Toward Self-Sustainability of Legal Framework. Collection Papers Fac. L. Nis, 84/2019, str. 63; John B. Ruhle, Daniel Martin Katz, Measuring, monitoring, and managing legal complexity". Iowa L. Rev. 101 /2015, стр. 191.*

чворова (е. *nodes*) на мапи. Уколико постоје четири услова уговора (А, Б, Ц, и Д) мрежа ће имати четири чвора А, Б, Ц, и Д (дијаграм 1).



Дијаграм 1.

Свођење уговора на основне (конститутивне) услове (одредбе) најефикасније је помоћу структуралног приступа. Структуралним приступом уговор се рашчлањује на елементе коришћењем постојеће поделе текста уговора у систематизацији његове садржине (нпр. подела на делове, одељке, чланове, ставове, алинеје и слично): уколико уговор има 10 делова онда може да се подели у десет чворова—један за сваки део.

Креатори уговорне мапе би требало да дефинишу степен грануларности услова уговора.⁷ Ово се може илустровати следећим примером структурирања уговорних одредби:

- Делови 1. и 2.
 - Одељци Дела 1:
 - 1. 1.
 - 1. 2.
 - Одељци дела 2:
 - 2. 1,
 - 2. 2.
 - 2. 3.
 - Одељак 2. 3:
 - два члана: 2. 3. 1. и 2. 3. 2.

Степен грануларности нивоа уговора „Делови” је 2: овај део има укључена 2 чвора: Део 1. и Део 2.

Степен грануларности нивоа уговора „Одељци” је 7: овај ниво укључује

⁷ Грануларност је назив за степен у коме се систем може поделити на различите саставне елементе.

2 чвора на нивоу Делова, али и 5 чворова на нивоу Одељка: 2 одељка Дела 1 (1.1., 1.2) и три одељка Дела 2 (2.1, 2.2, 2.3.).

Ниво „Чланови” има степен грануларности 9: поред 2 чвора нивоа „Делови” и 5 чворова нивоа „Одељак” обухваћени су и чланови 2.3.1 и 2.3.2. (два чвора са нивоа „Чланови”)

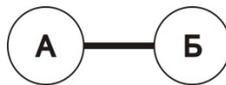
Екстремно високи степен грануларности је да се свака одредба уговора (или чак фраза) третира као посебан услов уговора. Као такав је неефикасан: мапирање уговора са високим степеном грануларности временски је, економски и програмерски захтевно на начин који га чини нерационалним.

2.2. Интеракције услова уговора

Након идентификације услова уговора који су подобни да буду чворови и повезани у мапу, следећи корак је анализа интеракција између уговорних одредби.

Интеракције се јављају у форми веза (линкова) услова уговора: ове везе су означене у оквиру мреже/мапе уговорних услова. На примеру уговора датог у дијаграму 1, закључује се следеће: уговорна одредба А је у интеракцији са одредбама Б и Ц; одредба Б са одредбама А, Ц и Д; одредба Ц са одредбама А и Б; одредба Д са одредбом Б.

Интеракције чворова у мрежи могу да буду усмерене или неусмерене. Неусмерена интеракција представља везу између чворова која има правац, али нема смер.⁸ Неусмерена интеракција дефинисана је линијом између чворова (дијаграм 2).

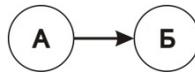


Дијаграм 2

Усмерена интеракција, пак, представља конекцију између чворова при чему постоји смер у коме се одвија интеракција између уговорних услова (дијаграм 3). Пример усмерене интеракције је уговор о зајму. Трансфер средстава од субјекта А до субјекта Б се разликује од трансфера новца од субјекта Б до субјекта А. Исти су чворови (субјекти), али је смер везе различит: ова разлика условљава различито време транс-

⁸Пример неусмерене правне интеракције је брачни однос. Уколико је особа А у браку са особом Б, онда је по дефиницији особа Б у браку са особом А.

фера, формат зајма-да ли се враћа одједном или у партијама, обрачун камате у смеру трансфера од зајмопримца ка зајмодавцу и слично.



Дијаграм 3

2.3. Интензитет интеракције услова уговора

Интеракције између између чворова могу да буду са интензитетом или без њега.

Интеракција без интензитета представља конекцију између чворова која се извршава и након тога престаје. Пример интеракције без интензитета у контексту уговорних одредби је уговор о куповини који се једнократно извршава: дакле, тај је уговор или извршен или није. Са друге стране, интеракција са интензитетом је уговор који се извршава у више итерација (уговори са сукцесивним извршавањем): интензитет интеракције расте са бројем испорука којима се сукцесивно извршава уговор.

2.4. Форма интеракције услова уговора

Постоје три примарне форме интеракције између уговорних одредби у смислу сагледавања уговора као мрежне структуре и његовог мапирања.

Прва интеракција је хијерархијска. Уговори обично имају хијерархијску структуру: на пример, постоје делови, постоје одељци, уговорне одредбе-чланови, ставови, тачке. Хијерархијска интеракција је системски однос између услова уговора и услова који су хијерархијски изнад и испод тог услова.

Други тип интеракције је интеракција кроз међусобна упућивања (е. *Cross reference*). Уговор често користи изричита упућивања између различитих уговорних одредби. Интеракција је усмерена јер упућивање има смер (од одредбе која упућује ка одредби ка којој се упућује). Веза је по правилу без интензитета (конкретна уговорна одредба само једном упућују на другу конкретну уговорну одредбу).

Трећи тип интеракције је интеракција кроз дефиницију. Уговори често користе дефиницију кључног појма или фразе који се користе у другим уговорним одредбама. На пример, појам “уговорна страна” користи се и у другим одредбама уговора. Као што је случај са интеракцијама кроз

упућивање, веза кроз дефиниције се репрезентује у мрежи било као усмерена неинтензивна веза или као усмерена интензивна веза. Веза је усмерена јер дефиниција има свој смер: фраза или реч су дефинисани у једној одредби и користе се у другој, али не и обрнуто. Веза је неинтензивна уколико се успоставља само једном. Алтернативно, веза може да буде са интензитетом уколико постоји већи број интеракција између уговорне одредбе са дефинисаним термином и уговорне одредбе која на тај термин упућује: на пример, уколико одређена одредба користи појам „уговорна страна” више пута једном, интензитет везе је већи од 1, односно његова нумеричка вредност једнака је броју упућивања.

3. Анализа интеракција уговора као мрежне структуре

Сагледавање уговора као мрежне структуре омогућава његову анализу у циљу приказивања односа његових норми као и односа тих норми и уговора као целине на мерљив и верификабилан начин.⁹ Најважнији елементи анализе уговора као мрежне структуре јесу: степен интеракције, учесталост интеракције уговорних услова, повезаност, суштински значај (е. *Centrality*), груписање (кластеризација), модуларност и динамика.

3.1. Степен интеракције

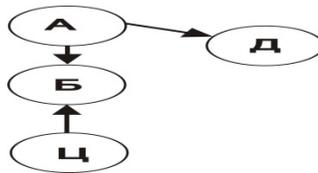
Степен интеракције услова уговора посматраног као “мрежна” структура је број веза које воде ка уговорној одредби у питању (чвору): степен конкретног уговорног услова је број интеракција које тај услов има са другим уговорним одредбама. На примеру уговора презентованог као мрежна структура у дијаграму 1, уговорна одредба А има степен 2 (интеракција са уговорним одредбама Б и Ц); уговорна одредба Б степен 3 (интеракција са уговорним одредбама А, Ц и Д); уговорна одредба Ц степен 2 (интеракција са уговорним одредбама А и Б), а уговорна одредба Д степен 1 (интеракција са уговорном одредбом Д). Што је виши степен одређене уговорне одредбе (чвора), виши је интензитет њене интеракције са уговором као целином.

Могуће је да се израчуна просечан степен интеракције свих чворова у мрежи: у овом случају, просечан степен интеракције уговорних одредби је 2: $(2 + 3 + 3 + 2) : 4 = 2$.¹⁰

⁹ У контексту уговора, овај приступ претпоставља разумевање интеракција уговорних одредби (чворова).

¹⁰ Заједно са просечним степеном интеракције може да се дефинише степен степена расподеле веза (дистрибуције веза) унутар уговора као мрежне структуре. Степен

Када се ради о уговорним одредбама чије су интеракције усмерене, степен интеракције може да буде развијен на два типа: “од чвора”- (*e. out degree*) и “ка чвору” (*e. in degree*).¹¹ У првом случају, степен интеракције “од чвора” одређен је бројем интеракција које иду у смеру од уговорне одредбе чији се интензитет интеракције одређује ка другим уговорним одредбама (чворовима). У другом случају степен интеракције уговорне одредбе је број интеракција које иду од у смеру других уговорних одредби ка уговорној одредби чији се степен интеракције мери. Описана разлика илустроваће се примером уговора као мрежне структуре у дијаграму 4:



Дијаграм 4.

У овом случају:

услов А има степен „ка чвору” 0 а степен „од чвора” 2;

услов Б има степен интеракције „ка чвору” 2 и степен интеракције „од чвора” 0;

услов Ц има степен интеракције „ка чвору” 1 и степен интеракције од чвора 0;

услов Д има степен интеракције ка чвору 0 и од чвора 1.

Степен интеракције услова уговора је прецизна мера значаја уговорне одредбе Услов уговора са највишим степеном интеракције је кључни

дистрибуције обезбеђује информацију у којој мери се везе између услова уговора (чворова) (не)уједначено јављају у појединим уговорним одредбама. Реалне мреже попут авио саобраћаја и интернета по правилу имају неуједначени степен дистрибуције: највећи број интеракција (веза) јавља се код мањег броја чворова. Већи број чворова има мало интеракција (веза). Ово је релевантно и за анализе правних информација у форми мрежне структуре: наиме, у једном од истраживања мреже цитирања у одлукама правосудних органа у Сједињеним Америчким Државама, 0.025% свих случајева било је предмет у 80% од свих цитата. Thomas A Smith, *The Web of the Law*, San Diego L. Rev. 44/2007, стр. 346.

¹¹ Видети: Adam B. Badawi, Giuseppe Dari-Mattiacci. “Reference networks and civil codes.” see Livermore & Rockmore (2019), стр. 348.

уговорни услов: реч је о уговорној одредби на коју се позива или на коју упућује највећи број других уговорних услова. У горе наведеном случају (дијаграм 4), тај услов је Б: на њега упућују две одредбе (А и Д).¹² У коначном, од садржине норме Б зависи садржина норми А и Д, а не обротно. *Ceteris paribus*, модификација или измена кључног услова уговора имаће системски ефекат на остатак уговора: погрешна интерпретација/неизвршење услова Б утицаће на уговор у целини више него погрешна интерпретација/неизвршење услова уговора Д. Уговор са вишим степеном интеракције “од чвора” биће у већој мери подложен утицају измене других услова уговора: у датом примеру, услов уговора А је више подложен променама других уговорних одредби него услови Б, Ц и Д (степен интеракције “од чвора” услова А је највиши-2: његово извршење зависи од две уговорне одредбе).

3.2. Учесталост (густина) интеракције уговорних одредби

Учесталост (густина) мреже је однос између укупног броја интеракција између уговорних одредби (чворова) у контексту уговора као мрежне структуре, са једне, и броја свих могућих веза између услова уговора, са друге стране: ради се дакле о односу броја постојећих интеракција са укупним бројем свих могућих интеракција између уговорних одредби. Карактеристика учесталости веза биће дата коришћењем структуре уговора из дијаграма 1.

Степен учесталости горе наведеног уговора је $2/3$ с обзиром да постоје 4 стварне интеракције (А-Ц, А-Б, Б-Д и Б-Ц) и 6 могућих интеракција (две интеракције којих нема у овом примеру су А-Д и Ц-Д). Најнижи степен учесталости је 0 (уколико између уговорних одредби нема интеракција). Највиши степен учесталости је 1: овај степен постоји уколико је свака одредба уговора у вези са сваком другом уговорном одредбом (то би у горе наведеном примеру био случај да су успостављене две преостале могуће везе између уговорних одредби-А-Ц и Ц-Д). Питање учесталости уговора сагледаног као мрежна структура је индикација нивоа његове комплексности: некада кратки уговори са великим бројем веза и међусобних интеракција могу да буду комплекснији (са вишим степеном учесталости) него што су то уговори који користе дескриптивне одредбе без коришћења упућивања и уз изостанак интеракција уговор-

¹²Уговорни услов А такође има има степен 2, с тим што се ради о степену “од чвора”: то значи да је у контексту хијерархијске интеракције, услов “Б” изнад услова “А”: за потребе сагледавања уговора као мрежне структуре, уговорна одредба Б на коју упућују и од које зависи тумачење и примена уговорних одредби А и Д је хијерархијски изнад тих услова.

них услова. Степен учесталости уговора стога има предност као мера за комплексност уговора у односу на друге критеријуме (нпр. број речи и словних знакова).

3.3. Степен повезаности уговорних одредби

Степен повезаности одређује интензитет кохезије уговора као мрежне структуре: мери се бројем тзв. компоненти које чине уговор. Компонента је подгрупа услова уговора (чворова) која се групише на основу следећег критеријума: потребно је да сваки услов уговора (чвор) који чини компоненту буде повезан са макар једним условом уговора који припада тој истој компоненти. Између компоненти које чине један уговор нема повезаности. Степен повезаности биће илустрован анализом примера уговора из дијаграма 1 (састављеног од уговорних одредби А, Б, Ц и Д).

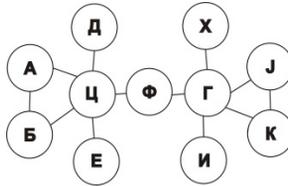
Мањи број компоненти имплицира виши степен кохерентности уговора: уговор са једном компонентом има највиши степен кохезије. На другом полу континуума (мањи степен кохерентности) је уговор код кога је сваки услов уговора (чвор) истовремено и компонента. Идентификовање компоненти је корисно за анализу ефекта повезаности и интеракција на кохерентност уговора: интеракција чије уклањање повећава број компоненти (и тиме смањује повезаност, односно кохерентност) је посебно важна. У наведеном примеру уговора (дијаграм 1), интеракција између Б и Д је таква веза: њеним уклањањем број компоненти се повећава са 1 на 2 (где Д остаје као самостална, трећа компонента). Интеракција између, нпр. Б и Ц то није: њеним уклањањем не повећава се број компоненти (број компоненти остаје 2). Исто важи и за услове уговора: постоје услови уговора чије уклањање повећава број компоненти и смањује кохезију. У контексту горе наведеног примера, такав је услов Б: његовим уклањањем повећава се број компоненти са две на 3. Како је услов Б једини такав услов у горе наведеном примеру, он је кључан за очување кохезије уговорних одредби (чворова).

3.4. Суштински значај (e. Centrality) уговорних одредби¹³

Индикација важности уговорне одредбе за уговор као целину јесте и критеријум „суштинског значаја”. Овај критеријум обезбеђује мерљивост значаја уговорног услова за уговор као мрежну структуру. Наведени значај мери се кроз одређивање „удаљености” између два чвора.

¹³ Енглески термин *Centrality* је преведен као „суштински значај”. Овај превод је ближи српском језику.

Удаљеност као критеријум мерљивог значаја уговорне одредбе за уговор у целини је најкраћа удаљеност између два чвора. Пример мерења суштинског значаја је уговор чији су елементи дати у дијаграму 5.



Дијаграм 5

У наведеном примеру, размак између А и Ј је четири степена (потребно је да се прођу услови Ц, Ф, Г да би се дошло до услова Ј). Мерење суштинског значаја има још два модалитета.

Први је мерење значаја базираног на просечној удаљености уговорне одредбе од осталих услова уговора (е. *Closness centrality*).

Други је значај базиран на улози односне одредбе за повезивање уговорних одредби (е. *Betweenness centrality*).

Прва варијанта одређивања значаја (мерење базирано на просечној удаљености одређене одредбе од осталих уговорних одредби-чворова; е. *Closness centrality*) полази од претпоставке да ниска просечна удаљеност значи и виши значај уговорне одредбе: у горе наведеном примеру, услови уговора Ц и Г имају ниску просечну удаљеност од осталих одредби, што значи да имају виши степен значаја за уговор у целини: ниски просечни значај имплицира да је интеракција других услова уговора са одредбама Ц и Г виша по степену у поређењу са осталим уговорним условима.

Друга варијанта одређивања суштинског значаја (е. *Betweenness centrality*) полази од претпоставке да значај уговорне одредбе расте у мери у којој расте њена улога за повезивање уговорних одредби. У горе наведеном примеру, одредба Ф има највиши значај повезивања уговорних одредби јер је једина веза између уговорних одредби на левој и уговорних одредби на десној страни мапе уговора. Уз то, њеним елиминасањем повећао би се број компоненти, чиме би се смањио ниво кохерентности уговора.¹⁴

¹⁴ О кохерентности и компонентама уговора као мрежне структуре видети излагање *supra* тач. 3. 3.

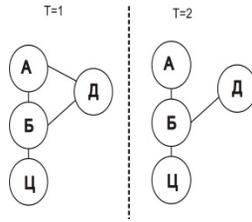
3.5. Груписање (кластеризација)

Интензитет груписања уговорних одредби (чворова уговора као мрежне структуре) полази од степена повезаности тих одредби са суседним уговорним одредбама (чворовима.). Кластеризација испитује вероватноћу да суседи једног чвора буду такође суседи један према другом. Две уговорне одредбе су суседне уколико између њих постоји веза. Интензитет груписања (кластеризације) се мери кроз однос (коэффициент) броја постојећих веза између суседа једног услова уговора (чвора) и могућег броја веза између ових чворова. Интензитет кластеризације илустроваће се примером уговора који је повезан на начин како је то дато у дијаграму 1.

У овом уговор, услов (чвор) Б има три суседна чвора: А, Ц и Д. Коэффициент кластеризације услова Б је $1/3$ јер постоји једна стварна веза између суседа чвора Б (веза између А и Ц) док изостају две везе која су могућа: између Ц и Д и између А и Д. Дакле, од три могуће везе суседних чворова одредбе/чвора Б постоји само једна. Високи коофицијент кластеризације уговорне одредбе је индикација да се ради о одредби која је блиска групи уско повезаних уговорних услова (неретко и у форми компоненте): таква одредба има виши степен значаја за уговор у односу на одредбу која има нижи степен кластеризације. Као и код интензитета интеракције, и у случају кластеризације могуће је израчунавање просечног коэффицијента груписања. У примеру из дијаграма 1, просечан степен кластеризације је 0,58; укупан збир кофицијенат кластеризације за А је 1, за Б је 1, за Б је $1/3$, за Ц је 1 и за Д је 0: $(1+1/3+1+0)/4 = 0.58$. Максимални коэффициент кластеризације је 1: то би био случај када би све суседне одредбе једног чвора (уговорног услова) биле међусобно повезане.

3.6. Динамика

Динамика је карактеристика свих мрежних структура: у одређеним околностима (промена правног оквира уговора, промена у начину судске интерпретације уговорне норме), критеријум динамике промене интеракција уговорних услова релевантна је и за уговор који функционише као таква структура. Динамика уговора може да буде презентована на следећи начин (т је ознака за време, а 1 и 2 су ознака за промене у вредности и карактеристикама уговора у два временска периода):



Дијаграм 6

Као што се може видети у дијаграму 6, интеракција између уговорних услова (чворова) А и Ц је нестала између тренутка у времену $t=1$ и времена $t=2$. У контексту уговора као мрежне структуре, тиме је представљена промена уговора током временског периода: сама динамика промене је средство за идентификовање измена базираних у случају промена правног оквира или судске интерпретације уговора на начин који се разликује од оног оквира или оне судске интерпретације коју су уговарачи имали у виду приликом закључења (у временској тачки 1). Динамичка анализа уговора као мрежне структуре омогућава да се детектују временске тачке у којима је наступила еволуција структуре уговора: ове промене могу да буду претворене у алгоритамску форму на начин да постану део уговора као програмског кода.

3.7. Модуларност као елемент анализе уговора као мрежне структуре

Теорија модуларности потиче из кибернетике. Временом је постала централни принцип дизајна рачунарских система.¹⁵

Модуларност доприноси да се ефикасно управља сложеносту комплексних система. Присуство интеракција чини да промена једног елемента (чвора) система изазива каскадне промене у целом систему. Модуларност омогућава да се сложени системи разложе на једноставне компоненте са јасним и мерљивим везама: тиме се спречава да мрежна структура постане неуправљив конгломерат међусобних интеракција. Сложеност постаје управљива прекидањем протока информација унутар система чиме се одређени делови тог система (модули) чине мање зависним од других његових делова: само одређене врсте информација могу се пренети из модула у модул, смањујући значај онога што се дешава у другим модулима.¹⁶

¹⁵ Видети: Carlis Y. Baldwin, Kim B. Clark and Kim B. Clark, *Design rules: The power of modularity*. Vol. 1. MIT press, 2000.

¹⁶ Херберт Симон, добитник Нобелове награде за економију и пионир у проучавању сложених система, илустровао је предности модуларног дизајна примером о разлици о

У контексту уговора, модуларни приступ је присутан у пракси израде текста споразума: уговори се често састоје од модула којима се одређују сегменти уговорног односа (гаранције, права и обавезе, одговорности, решавање спорова). Свођење уговора на модуле може да поједностави трансакције тиме што их уређује споразумима којима је лакше управљати због њихове модуларности. Тиме се смањују трансакциони трошкови настанка уговора Модуларни услови и групе услова које чине један модул могу да се користе за ограничење тока информација између различитих сегмената уговора, ограничавајући тиме његову комплексност.¹⁷ Модуларност уговора се најчешће обезбеђује кроз стандардизоване одредбе.¹⁸

Модуларност смањује сложеност тако што: јача интензитет интеракција и међузависности елемената унутар једног модула и ограничава интензитет везе између тог и других модула. Тиме се везе између модула чине једноставним и видљивим: уз то, сваки модул може да буде предмет посебног усавршавања и побољшања (важи једнако за процес настанка уговора као и за процес настанка рачунарског програма).

успешности два произвођача сатова. Реч је о сатовима који су сложени производи са око 1000 делова и за којима постоји тражња на тржишту. Часовничар А успева да одговори на све већи број поруџбина тако што конструише сатове од подсклопова (модула) при чему сваки подсклоп има десет елемената: дакле, постоји десет подсклопова (модула) са 100 делова; сваки од ових десет подсклопова ссе и сам састоји од десет модула са по десет делова. Тиме часовничар А обезбеђује да, када мора да прекине посао склапања сата, има очувану структуру већег дела претходног рада: склопљени сат се не распада у потпуности, већ само основни (најмањи) подсклоп (модул) који има десет делова. Остали, претходно склопљени модули, остају део сата и он губи само мали део свог рада. Са друге стране, часовничар Б прекида посао у случају сваке нове поруџбине: његов сат није састављен од модулираних сегмената, већ од делова који се распадају у целини када се посао прекине. Сваки пут када прекине склапање, часовничар мора да крене на склапање из почетка. Видети: *Herbert A.. Simon, The sciences of the artificial*, https://monoskop.org/images/9/9c/Simon_Herbert_A_The_Sciences_of_the_Artificial_3rd_ed.pdf, 01. 11. 2022. стр. 189-190.

¹⁷ Видети: *Jane M. Radin, „Boilerplate Today: The Rise of Modularity and the Waning of Consent”, Mich. L. Rev., 2005, 104, стр. 1223.*

¹⁸ Видети: *Henry E. Smith, Modularity in contracts: boilerplate and information flow. Mich. L. Rev. 104 (2005). стр. 1175.* У литератури су идентификовани ризици модуларности: интертекстуализам (значање уговора учињено мање сигурним због интеракције са другим условима истог уговора); модуларна дисторзија (е. *modular drift*: ради се о ситуацији када уговорна одредба као модул буде коришћена као правни трансплантат из једног у други уговор, при чему се контексти тих уговора разликују); прикривени узрочници погрешне интерпретације (е. *latent triggers*; ради се о појму који означава повећање ризика погрешне интерпретације због интеракције између интерпретација различитих услова). Видети: *Tal Kastner, Systemic Risk of Contract. BYU L. Rev. 47 (2021): стр. 469-498.*

Модуларност уговор чини једноставнијим за конвертовање у програмски код. Наиме, модуларност је карактеристика која има примере у развоју рачунарских програма (као и хардверских решења). Модуларност уговора доприноси вишем нивоу читљивости текста уговорних клаузула за програмере чињеницом да модуларни приступ из текста уговора може да се пренесе у програмски код. У случају да програмирање текста постане сложено, модули уговора могу да се користе као модули у контексту програмског кода.

Типичан пример модуларности је клаузула о решавању спорова која делује без обзира на валидност уговора.¹⁹ Исто важи и за коришћење дефиниција: оне функционишу као модули јер садрже значење термина који се понављају тако да се измене дефиниције могу извршити без измене других уговорних одредби. Као и у компјутерском програму, други делови уговора их могу „позвати” без потребе да се ствари сваки пут прецизирају (што би повлачило ризик од грешке у тумачењу).

4. Закључак

Сагледавање уговора као мрежне структуре омогућава ефикасно структурирање уговора, његове могуће интерпретације и предвиђање исхода његове примене тиме што се идентификују одредбе које су значајне за извршење уговорних обавеза. Описано је од посебног значаја у процесу дефинисања уговорних одредби, било кроз преговоре, било кроз припрему нацрта уговорног текста. Неретко се постојећи и већ примењивани уговори (уговори као модели) мењају да би се уподобили новим условима (структурално сличне) трансакције: идентификовати уговорне одредбе ранијих сличних уговора чије измене ремете уговорну равнотежу, одредити интензитете тог ремећења и обезбедити да се та равнотежа одржи у светлу околности нове трансакције која тражи уговорно регулисање, потенцијално је од значаја за уговараче. Горе наведено могуће је тиме што мапе уговора обезбеђују видљивост интеракција међусобних услова уговора и дају информације о карактеру тих интеракција (усмерене, неусмерене, учесталост, динамика, модуларност, кластеризација, суштински значај). Уговор као мрежна структура може да се представи визуелно на начин који јасно представља ефекат модификације на уговорну структуру, чиме се смањује вероватноћа негативних и ненамераваних последица уговорне измене. Уговор се на тај начин чини отпорним на спољашње околности попут неочекиване или неадекватне интерпретације од стране суда

¹⁹ Видети: *Ilijana Todorović, A Closer Look at the Doctrine of Separability in Arbitration. IUS Law Journal 1.1 (2022).*

или арбитраже. Описани процес у форми уговора као мрежне структуре представља корак ка претварању уговора у код пре свега тиме што обим, интензитет и карактеристике интеракције уговорних одредби чини видљивим и мерљивим кроз нумеричке критеријуме, чинећи их тиме подобним за претварање у програмски код.

Литература

Badawi, Adam B., Dari-Mattiacci. Giuseppe, "Reference networks and civil codes". see Livermore & Rockmore 2019, 339-365

Baldwin, Carlis Y., Clark Kim B. Design rules: The power of modularity. Vol. 1. MIT press, 2000.

Kastner, Tai, Systemic Risk of Contract. BYU L. Rev. 47 (2021), 469-498.

Lawrence Edward Diver, Digisprudence: the affordance of legitimacy in code-as-law,. University of Edinburgh, 2019, doctoral thesis,. <https://era.ed.ac.uk/bitstream/handle/1842/36567/Diver2019.pdf?sequence=1>, 21. 02. 2021.

Lessig, Lawrence, Code: Version 2.0 , Basic Books 2006.

Radin, Jane M., „Boilerplate Today: The Rise of Modularity and the Waning of Consent”, Mich. L. Rev., 104/2005, 1223.

Ruhle John B; Katz, Daniel Martin, Measuring, monitoring, and managing legal complexity”. Iowa L. Rev. 101 /2015, 191.

Simon Herbert A.. The sciences of the artificial; https://monoskop.org/images/9/9c/Simon_Herbert_A_The_Sciences_of_the_Artificial_3rd_ed.pdf, 01. 11. 2022.

Smith, Thomas A, The Web of the Law, San Diego L. Rev. 44/2007, 309.

Smith, Henry E. Modularity in contracts: boilerplate and information flow. Mich. L. Rev. 104 (2005). 1175.

Todorović, Ilijana, A Closer Look at the Doctrine of Separability in Arbitration. IUS Law Journal 1.1 (2022).

Cvetkovic, Predrag, Law as a Complex Adaptive System: path Toward Self-Sustainability of Legal Framework. Collection Papers Fac. L. Nis, 84/2019, 63-75;

Цветковић, Предраг, Уговор као алгоритам: уводна разматрања, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 92, 2021, 15-34.

Prof. Predrag N. Cvetković, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University in Nis

**CONTRACT AS A NETWORK STRUCTURE: A STEP TOWARDS THE
CONVERGENCE OF LEGAL NORMS AND THE PROGRAM CODE**

Summary

The paper examines the possibility of presenting a contract as a network structure, which would make the connections between the contractual provisions and the interaction with the contract as a whole visible, measurable and verifiable. Ultimately, this approach should enable the content and relations envisaged in contractual provisions to be more comprehensible for programmers, which would further contribute to improving the process of converting legal norms into the programming code. The described process is facilitated by the similarity of the structure of legal reasoning and the logic of computer programs. The considerations in this paper rests on the interaction between the contractual provisions as the basic unit of analysis, where the contractual provisions are viewed as contract nodes of network structures. The aforesaid interactions are observed through the criteria of granularity, intensity, form, degree, density, degree of connection, centrality, clustering, dynamics, and modularity.

Keywords: *contract, network structure, modularity, law and programming.*

ПРАВА ПОРЕСКИХ ОБВЕЗНИКА КАО ОДРАЗ ПРЕОБРАЖАЈА СИСТЕМА ДРУШТВЕНИХ ВРЕДНОСТИ²

Апстракт: Предмет разматрања у раду тиче се права пореских обвезника у савременим пореским системима, посматраних кроз призму прихваћеног система друштвених вредности. Ретроспективни поглед на ова права потврђује да су се она кроз време постепено развијала одражавајући својеврсне преображаје вредносних оријентира у сфери друштвеног живота. Дух неког народа, његов културни ниво и његова друштвена структура уписују се константно у пореску историју представљајући, на изврстан начин, сведочанство историје света. Аутор у раду износи промишљања о положају пореских обвезника у пореском поступку са циљем идентификовања његових основних одлика, које би требало да буду у функцији достизања планираних и жељених ефеката опорезивања.

Кључне речи: порези, опорезивање, порески органи, порески обвезници, права пореских обвезника, друштвени развој, систем друштвених вредности.

1. Увод

Пореским органима се, у циљу реализације субјективног пореског права државе, признају одговарајућа овлашћења и одређују дужности које треба да им омогуће остваривање јавних финансијских интереса и оживотворење пореских потраживања државе, укомпованих у порескоправни однос.³ Околност да је држава порески поверилац и да одређује правила поступања у пореској сфери непосредно се одражава

¹ marina@prafak.ni.ac.rs

² Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС према уговору евиденциони број 451-03-68/2022-14/200120.

³ Dejan Popović, *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za izdavaštvo, Beograd, 2008, 87.

и на положај пореских органа у порескоправном односу. У овом односу њихов положај је супериорнији у односу на положај пореских обвезника. Међутим, у савременим кризним временима, када се држава налази у озбиљним финансијским тешкоћама, нарочито је потребно изградити коректан однос пореских органа са пореским обвезницима. Наведено ће се несумњиво манифестовати и спремношћу пореских органа да доследно поштују прописима прокламована права обвезника пореза. Поступци рада пореских органа треба да буду осмишљени тако да адекватно повезују променљиву стварност и захтеве глобалне тржишне економије са циљевима демократских система. Неспорно, од пореских органа се очекује да имају адекватно развијен „осећај” за одлике и потребе окружења у коме примењују порезе.

Опорезивање, по природи ствари, јесте област коју одликује потенцијал за евентуални „сукоб” јавног интереса и интереса пореских обвезника па је, стога, целовито и прецизно прописивање правила понашања пореских органа и пореских обвезника од великог значаја. У складу са захтевима модерног доба, порески органи су дужни да унапређују модалитете свог поступања како би могли да остваре планиране пореске циљеве у новим и комплекснијим околностима и, неизоставно, без угрожавања обвезникових пореских права. Објективност, квалитет и ефикасност у раду пореских органа ће резултирати постојањем поверења пореских обвезника у администрирање пореским системом. Неспорно, порески органи у односу са пореским обвезницима треба да имају и власт ауторитета а не искључиво и само ауторитет власти. Истовремено је, у структури пореске администрације, посматраној у целини, важно постојање свести о потреби „уважавања” а не „владања” над популацијом пореских обвезника.

Легалност, као и легитимитет (оправданост) поступања пореских органа,⁴ одговорност за резултате рада и усмереност на комплексна питања опорезивања повезана са друштвеним развојем,⁵ отвореност у раду, способност за доношење квалитетних пореских одлука, поштовање и заштита права пореских обвезника доприносе у постојећим условима јачању владавине права, политику опорезивања чине транспарентнијом, а пореске обвезнике активнијим и важнијим субјектима у једном друштву.⁶

⁴ Стеван Лилић (у сарадњи са Катарином Голубовић), *Европско управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за издаваштво, Београд, 2011, 118.

⁵ *Principles of Good Tax Administration (Practice Note)*, Prepared by the OECD Committee of Fiscal Affairs Forum on Strategic Management, Centre for Tax Policy and Administration, OECD, 21 September 2001, 3-4.

⁶ Goran Loje, *Dobro upravljanje*, *Pravo i porezi*, RRiF, Zagreb, br. 3/2009, 47.

2. Ретроспективни поглед на права пореских обвезника

Права пореских обвезника представљају атрактивни сегмент људских права у савременом добу. Њихово потпуно и доследно поштовање од стране пореских органа битно детерминише успешност функционисања опорезивања.

Историја права пореских обвезника је, међутим, врло особена. С тим у вези, интересантно је указати да су порези, у старом и средњем веку, имали приватни а не јавни карактер. Они су били приватно право владара пошто је све било у његовом власништву и под његовим влашћу. Уз то, у овом периоду, порези нису имали карактер опште обавезе будући да су оптерећивали само категорије поробљеног и зависног становништва. Примена првих примитивних пореских облика, што за данашњи свет може изгледати запањујуће, имала је карактер насиља човека над човеком и била је својеврсна државна операција којом је владар присиљавао своје поданике на сношење терета који произилази из вођења јавних послова.⁷ Систем прихода робовласничке државе карактерише одсуство било каквих прецизних одредби о времену убирања и извору прикупљања прихода, као и о контроли и сврси трошења убраних прихода.⁸

Извор (корене) права пореских обвезника можемо наћи тек у 13. веку када се и јављају порези у правом смислу те речи. У том периоду у развијеним земљама континенталне Европе долази до ограничавања финансијске самовоље владара од стране сталешких скупштина. Из овог периода, тачније из 1215. године, је и епохални документ Велика повеља о слободама (*Magna Carta Libertatum*) од када у Енглеској отпочиње процес ограничења власти монарха и демократизације јавних финансија. Велика повеља о слободама је *de facto* збирка финансијско-политичких и правних правила која су била усмерена на ограничавање финансијског апсолутизма енглеског монарха и на преношење финансијске власти на високо племство и свештенство. Од тада се ниједна дажбина у Енглеској није могла увести без расправљања и одлучивања о њеној сврсисходности у сталешкој скупштини. Иако је утицај ове скупштине на увођење дажбина био мали, јер је у ствари само потврђивала оно што је суверен (владар) предлагао, Повеља је постала и остала симбол ограничења власти и самовоље владара помоћу правне норме, оличење гаранције за права и слободе људи, начела законитости и правне

⁷ Eugen Pusić, *Nauka o upravi*, Školska knjiga, Zagreb, 1973, 60.

⁸ Božidar Jelčić, *Financijsko pravo i financijska znanost*, Informator, Zagreb, 1998, 37.

сигурности.⁹ Почев од 13. века, ограничење апсолутне власти суверена представља основну сврху постојања правних правила којима се јемче права појединаца.¹⁰

Буржоаске револуције у разним земљама током 17-19. века и долазак на власт буржоазије донеле су бројне промене у целом друштвеном поретку а то се неминовно одразило и на финансије тадашњих држава. Оне више нису изражавале сувереност владара и власт племства и свештенства већ су биле у функцији суверенитета народа који је био оличен у демократској и правно уређеној парламентарној држави што је одговарало потребама и интересима трговачке класе и капиталу. После буржоаских револуција долази до значајних промена у пореским системима на западу а оне се огледају у укидању пореских привилегија на класној основи, чиме се у принципу уводи пореска једнакост свих грађана. Порез добија карактер опште јавне дужности, правни основ обавезе заснива се на закону, за разлику од раније класне (не)припадности или односа потчињености.¹¹

Уколико се посматра сама примена пореза до периода буржоаских револуција, њу карактерише снажна принуда. Главни услов смањења ове принуде било је поступно ограничење агресивности државне силе а јаки покретачи тог преображаја биле су управо класне и политичке борбе, вођене за ослобођење од појединих облика класне експлоатације и државне доминације као израза класне власти. Неспорно, опорезивањем се кроз векове вршио велики утицај на целокупну цивилизацију, али и на активности људи, економско стање и развој (напредак) у конкретном друштву. За опорезивање се, такође, везују и негативне појаве у историји попут бега становништва, конфликта мањег или већег интензитета, ратова, појава и пропадања царства и држава.

У савременом друштву, правни основ стицања пореских прихода је право принуде (*ius imperium*) којим држава уводи и наплаћује порезе. Правна држава 20. и 21. века поштује принцип законитости пореза што значи да се порески поступак (утврђивање, контрола и наплата пореза) спроводи од стране пореских органа по законом уређеним нормама. Порески органи, сходно томе, имају широка овлашћења да верификују

⁹ Видети: *Magna Carta Libertatum*, У: *Темељи модерне демократије, Избор декларација и повеља о људским правима (1215-1989)*, Нова књига, Београд, 1989, 47-53.

¹⁰ Заштита слободе човека од самовоље државне власти, касније се посебно истиче у читавом низу енглеских правних докумената из 17. века, као што су: „*The Petition of Rights*” из 1628. године, „*Habeas Corpus Act*” из 1679. године и „*Bill of Rights*” из 1688. године.

¹¹ Милева Анђелковић, *Пореско право – Теоријски аспекти и пореске реформе*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 1999, 19.

информације о порескоправној способности обвезника добијене од њих самих и трећих лица, као и да непосредно или посредно долазе до ових информација. Притом је врло важно да порески органи овлашћења користе у складу са законом, воде рачуна о потреби постојања адекватног и непристрасног поступања према пореским обвезницима у пореском поступку уз поштовање њихових права. Феномен испуњавања пореских обавеза (*tax compliance*) има статус саставне компоненте развоја друштвених односа.

3. Нека промишљања о положају пореских обвезника у савременом пореском поступку

Пред пореске органе модерних држава, са порастом демократског потенцијала друштва и порастом разноврсних интереса и захтева пореских обвезника, постављају се нови изазови. Обвезници пореза се, следствено томе, налазе у другачијем положају према пореским органима а њихова залагања да порески органи законито обављају послове из своје надлежности, доследно штите интерес фискаса у пореској области, али и уважавају пореска права обвезника, бивају учесталија и гласнија. Заправо, од пореских органа се тражи да успешно администрирају порезе, поштују права пореских обвезника и редукују (сузбију) простор за појаву случајева пореске дискриминације обвезника. Пореским обвезницима, као носиоцима терета опорезивања, пружају се веће гаранције установљених пореских права, што би требало да допринесе достизању вишег нивоа квалитета порескоправних односа. Унапређење рада пореских органа собом доноси јачање сарадње са пореским обвезницима у пореском поступку (тзв. кооперативно испуњавање пореских обавеза). Обвезници пореза се, више него у ранијим временским периодима, осећају овлашћенима да добију информације о поступању пореских органа у пореском поступку и, истовремено, способним да, уз помоћ пореских саветника, развију одговарајући контролни механизам њиховог рада. У таквом контексту није претерано (штавише оправдано је и пожељно) очекивати да порески органи буду професионални, самостални и непристрасни у поступању, односно носиоци културе опорезивања и поштовања права пореских обвезника. Порези ће, у таквим околностима, бити прихватљивији унутар друштвене заједнице и више одговарати њеним стандардима што је у функцији јачања *друштвене норме уредног испуњавања пореских обавеза*, као прихваћеног и уобичајеног модалитета понашања пореских обвезника у односима са пореском влашћу (пореским органима).¹² И заиста, опорезивање, да

¹²Jonas Edlund, Rune Aberg, *Socials norms and tax compliance*, Swedish Economic Policy Review, No 9, 2002, 204.

би било прихваћено, треба да одражава основне вредности друштва (популације) која подржава политику јавне власти у домену пореза (пореску политику).¹³ Не ретко, међутим, искуство потврђује да је коренити преображај пореских органа и њиховог пореског поступања у једној земљи комплексан и дуготрајан реформски процес, будући да се дугогодишње стечене навике не мењају лако и да је потребан одређени временски период да се прихвате и да заживе нови принципи, методи и стандарди у поступању.

Посебно захваљујући напретку дигиталне технологије у актуелним условима, порески органи добијају приступ широком опсегу података и информација потребних за опорезивање пореских обвезника чиме се умањује потреба за њиховим непосредним учешћем у пореском поступку. Имајући у виду појаву испољавања тзв. деперсонализације односа опорезивања, у циљу ефикасног остваривања пореског система, неопходно је створити добре претпоставке за добровољно повиновање обвезника порезима и избегавање непотребних спорова у међусобним односима субјеката порескоправног односа (пореских органа и пореских обвезника).¹⁴ Једна од фундаменталних претпоставки за то тиче се управо постојања широког спектра права пореских обвезника у савременим пореским системима, као одраза општеприхваћеног система друштвених вредности.

4. Спектар права пореских обвезника и општеприхваћене друштвене вредности

У спектру права пореских обвезника, установљеном у постојећим системима опорезивања, можемо разликовати бројна пореска права: право на информисање, помоћ и истицање аргумената; право на жалбу; право на доследну примену законских одредби; право на сигурност (извесност); право на приватност; право на поверљивост и тајност; право на опорезивање према економској снази и право на објективан и непристрасан третман у односима са пореским органима.¹⁵ Ова права несумњиво

¹³ Predrag Bejaković, *Tax Evasion, state capability and trust in transition countries: The case of Croatia, Društvena istraživanja* Zagreb, br. 18 (4-5), 2009, 793.

¹⁴ Јован Горчић, Милева Анђелковић, *Јавне финансије, финансијско право и економија јавног сектора*, Проинком, Београд, 2005, 697.

¹⁵ *Taxpayer's Rights and Obligations*, OECD, 1990; *The taxpayer's Charter*, Australian Taxation Office, 1997; *Charte du contribuable verifie*, Code de procedure fiscale, Dalloz, 2003; *Taxpayers' Rights and Obligations (Practice Note)*, Tax guidance series, Prepared by The OECD Committee of Fiscal Affairs Forum on Tax Administration, Centre for Tax Policy and Administration, OECD, August 2003;

представљају врло поуздан барометар друштвеног реда. О положају пореских обвезника наспрам пореске власти најпоузданије „говоре” њихова пореска права, настала као резултат разноврсних друштвених дешавања у току историје и преображаја система друштвених вредности. Колико ће права пореских обвезника бити уважена, колико ће у некој средини бити заштићена, колико ће бити прихваћена, као један од услова цивилизованог начина живљења и привређивања, зависи преваходно од тога колико су их сами порески обвезници свесни и колико ће поштовање тих права бити њихов континуирани захтев према пореској власти. У наставку текста биће указано на „садржину” права пореских обвезника у савременим условима а тиме и на систем општеприхваћених друштвених вредности у пореском домену.

Порески обвезници, најпре, имају *право на благовремено информисање* о примени пореског система, начину утврђивања пореских обавеза и својим пореским правима, као и *право на стручну помоћ* у току поступка опорезивања. Уз то, порески обвезници имају *право да истакну аргументе* и да буду саслушани у пореском поступку, тј. да дискутују са пореским органима о пореским чињеницама ради заштите својих пореских интереса.

Право да се изјави жалба на одлуку пореских органа – *право на жалбу* припада свим пореским обвезницима и односи се на већину одлука које доносе порески органи било да се ради о тумачењу или примени закона и подзаконских аката. Жалбени порески поступак је важан аспект примене пореског законодавства. Неспорно, жалба јесте моћно правно средство у заштити права и интереса пореског обвезника, али и заштити јавног интереса у области опорезивања. Најчешће, изјављивање жалбе нема суспензивно правно дејство јер би, у супротном, било угрожено несметано притицање неопходних пореских прихода у буџет.

Право на жалбу служи уједначавању праксе поступања пореских органа, јер одлуке по жалби утичу на њихову будућу праксу поступања у одређеним ситуацијама. У том смислу, може се рећи да само постојање права на жалбу већ има превентивно дејство. Свест о могућности оспоравања извесне одлуке пореског органа намеће том истом органу обавезу веће савесности у поступању.¹⁶ Наравно, неопходно је да жалба као правно средство буде делотворна, тј. да постоји могућност да се објективно утврди да ли су право и/или интерес обвезника у пореском поступку повређени и да се, ако је то случај, донесе обавезна

¹⁶ Драган Милков, *Правна средства у управном поступку*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2/2006, 126.

и примењива нова одлука којом се та повреда отклања.¹⁷ Врло је важно избећи практичну бесмисленост жалбе која је узрок њене неделотворности. То се дешава када жалба као правно средство постоји али, по правилу, не доноси никакве резултате јер порески орган који поступа по жалби (другостепени порески орган) не утврђује објективно чињеницу да је првостепени порески орган погрешно при доношењу пореске одлуке. Стога, првостепена пореска одлука остаје на снази.¹⁸

Право на доследну примену законских одредби за пореског обвезника значи да он не треба да плаћа већу пореску обавезу од оне прописане законом, као и то да му се не могу наметати обавезе које нису предвиђене законом. Такође, доследна примена законских одредби укључује и право обвезника да му се обезбеди помоћ пореских органа у погледу коришћења свих законом установљених пореских олакшица и одбитака, као и право на повраћај пореза.¹⁹

Порески обвезници имају *право на сигурност (извесност)* у односу на пореске последице својих економских и других активности (могућност да антиципирају пореске последице тих активности) што је уједно и претпоставка правилног доношења одлука са њихове стране. Порески органи, међутим, нису дужни да пореском обвезнику обезбеде сигурност у случајевима када његово понашање није у складу са интенцијом законодавца и када, на тај начин, обвезник покушава да избегне или умањи пореску обавезу (случајеви незаконите и неприхватљиве законите евазије пореза).

Посебан аспект сигурности представља захтев да се одредбе пореских закона и њихове промене не примењују ретроактивно, јер порески обвезник треба да буде у могућности да зна пореске консеквенце својих активности пре него што их предузме и да претпостави да му се призната права и обавезе неће арбитрарно мењати. Принцип забране ретроактивности пореских закона је посебна манифестација принципа законитости у опорезивању.²⁰

Право на приватност је једно од основних, неотуђивих и апсолутних

¹⁷ Војин Димитријевић, *Остваривање (имплементација) међународно зајемчених људских права*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 3/1995, 256-257.

¹⁸ *Ibid*, 259.

¹⁹ Милева Анђелковић, *Јавне финансије и финансијско право*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2018, 144.

²⁰ Милева Анђелковић, *Фундаментална права пореских обвезника и њихова заштита у савременим информационо-технолошким условима*, Страни правни живот, Институт за упоредно право, Београд, бр. 3/2008, 166.

права сваког појединца којим се обезбеђује интегритет и дигнитет људске личности, а ради очувања тајности и слободе његовог приватног живота. Право на приватност се у суштини састоји од права живети сопствени живот уз минимум мешања других особа или јавне власти. Наведено се тиче приватног, породичног и кућног живота, физичког и моралног интегритета, части и угледа, избегавања да се буде представљен у лажном светлу, неоткривања ирелевантних и срамних чињеница, заштите од разоткривања информација које особа даје или добија у поверењу. Приватност обухвата врло велики распон личних података који би требало бити познати само особи на коју се односе.²¹ Заштита права на приватност повезана је са врло важним правом обвезника на поверљивост и тајност тих података.

У пореској области, обвезници пореза имају право да очекују да се порески органи неће непотребно мешати у њихову приватност. Утврђивање пореске обавезе не сме ићи у правцу „разоткривања” приватног живота обвезника и непрофесионалног долажења до података о обвезнику из трећих (непроверених) извора информација. Наведено значи избегавање изненадних и честих посета пореских службеника у вези прикупљања података о пословима обвезника, избегавање непотребног претреса стана и пословних просторија пореског обвезника, као и потпуно избегавање неразумних захтева и непотребних испитивања пореских обвезника ради добијања информација и података који нису релевантни за утврђивање пореске обавезе (тзв. тенденциозно трагање за непореским подацима).

Информације и подаци, које порески органи поседују у вези са економском снагом пореског обвезника, су *поверљиви* и могу се користити само за сврхе одређене у пореском законодавству. Обавеза је пореских органа да податке и информације о пореском обвезнику, до којих су дошли у поступку утврђивања, контроле и наплате пореза, чувају као *службену (пореску) тајну*. Једино се тако могу створити предуслови за поштовање права обвезника на поверљивост и тајност. Пореска тајна штити приватност пореског обвезника као важну друштвену вредност и осигурава да његови интереси не буду угрожени и за њена не наступи морална или материјална штета. Поштовање права на приватност, поверљивост и тајност је заправо вођење рачуна о људском достојанству у пореском поступку, у коме је порески обвезник у подређеном односу према пореској власти. То никако не значи ограничење

²¹ Нада Бодирога-Вукобрат, Катерина Дулчић, *Заштита особних података у европскоме и хрватском праву*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, година 42, 2005, 328-330.

државне суверености већ подизање нивоа човечности и културе понашања у пореској области.

У амбијенту развоја дигиталне технологије, када се порески обвезници постепено привикавају на дигитално-технолошку парадигму функционисања пореских органа, реално је очекивати одређене промене у делу права пореских обвезника на приватност, поверљивост и тајност података. Да ли ће дигитална реалност у примени пореза и промовисање пореске транспарентности²² усмерити ова пореска права ка „периферији” система друштвених вредности и пореског искуства обвезника поуздано ће показати године пред нама. Различитост манифестација дигиталних умећа у пореском поступку²³ ће, свакако, условити одређено суочавање традиционалних и неких нових, модерних вредности у овом домену. Неки сегменти понашања пореских обвезника, у одсуству дигитализације невидљиви, сада се од стране пореских обвезника увиђају и све детаљније надзиру. Са своје повлашћене (јаке) позиције у порескоправном односу порески органи, праћем пореских идентификационих бројева обвезника унутар интегрисаног пореског информационог система, могу о њима да да сазнају оно што је некада било неизводљиво.²⁴

Право на опорезивање сразмерно економској снази обвезника има утемељење у уставима многих држава као уставни принцип који у себи обједињава основне социјално–политичке принципе опорезивања (општост и равномерност). Обавеза је законодавца да, при конципирању порескоправних норми, уважи овај уставни принцип док је обавеза пореских органа да правилном применом тих порескоправних норми омогуће његову фактичку реализацију. Пореска обавеза сваког пореског обвезника треба бити што боље индивидуализирана, односно утврђена у складу са пореским потенцијалом обвезника. Тиме се остварује правичност у опорезивању.²⁵ Правичност код опорезивања нема апсолутни, нити непроменљив садржај, који би важио за све државе и сва времена. Са променама у друштву (променама у друштвено-еко-

²² Alberto Barreix, Jeronimo Roca, Fernando Velayos, *A Brief History of Tax Transparency*, Discussion Paper IDB-DP-453/2016, 11.

²³ *Tax Administration 3.0: The Digital Transformation of Tax Administration*, Forum on Tax Administration, OECD, 2020, 1-77.

²⁴ Marina Dimitrijević, *Poreska administracija u vremenu informaciono-tehnološkog napretka*, LIBER AMICORUM, U: Zbornik radova u čast profesora emeritusa Dejana Popovića (urednik Gordana Ilić-Popov), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo, 2021, 140.

²⁵ Видети опширније: Марина Димитријевић, *Рефлексије правичности у сфери савременог опорезивања*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 91/2021, 15-30.

номским и политичким односима) мења се и смисао појма правичности. Као правично може се оценити опорезивање које већина чланова једне друштвене заједнице сматра таквим. Правично је данас, без сумње, оно опорезивање које је опште и равномерно распоређено на све пореске обвезнике.²⁶ Отпор обвезника пореској обавези ће тада извесно бити знатно мањи.

Порески обвезници имају *право да се пореско законодавство према њима примењује на објективан и непристрасан начин*. Обвезници пореза који послују и остварују доходак под истим или веома сличним околностима, треба да буду подједнако (слично) третирани у пореском поступку и подложни истој (сличној) контролној процедури. У демократском друштву није дозвољено повлашћивање једне категорије пореских обвезника на штету друге, у смислу нетачног утврђивања пореске обавезе, невршења пореске контроле или непримењивања пореских санкција у истим или прилично сличним ситуацијама. Порески обвезници треба да очекују да их порески органи неће непотребно узнемиравати, неразумно испитивати, истицати сувишне захтеве или тражити од њих информације које нису неопходне за потребе опорезивања.²⁷ Поред тога, обвезници пореза би требало да буду третирани на куртоазан и ефикасан начин у поступку администрирања порезима и без икакве дискриминације.

5. Закључак

Недовољно развијени порески органи делегитимизирају и чини бесмисленим сваки напор да се уз помоћ њих спроведе жељена пореска политика и пронађе права мера остварења јавног интереса у пореској области. Из тог разлога се намеће потребним да они, прилагођавањем своје организационе структуре, прихватањем друштвено-пожељних облика у комуникацији са пореским обвезницима и правилним спровођењем пореског поступка, буду подстицај и потпора развоја пореске области. Опорезивање ће, од стране пореске популације, бити прихваћено онолико колико је у пореском поступку креиран амбијент да обвезници пореза на једноставан и ефикасан начин испуњавају своје пореске обавезе али и остварују и штити пореска права.

Неспорно је да се права пореских обвезника не остварују само тако што

²⁶ Гордана Илић-Попов, Ђорђе Павловић, *Лексикон јавних финансија*, Завод за унапређење и рентабилност пословања, Београд, 2003, 299.

²⁷ Жарко Ристић, *Фискални менаџмент*, Савремена администрација, Београд, 1998, 486.

се доносе правни прописи и детаљно (без потпуне примене) правно регулишу поступци ради утврђивања њиховог непоштовања. У једном друштву, првенствено од стране државних органа, треба предузимати мере којима се стварају предуслови и атмосфера за стварно уживање пореских права. Тачно је да нема земље у којој се пореска права у потпуности остварују као што је тачно и да се већина повреда пореских права може исправљати. Међутим, битно је да повреда пореских права буде што мање. Атрибутима правне државе треба радити на што успешнијем превазилажењу раскорака између формално прокламованих пореских права и њиховог стварног (фактичког) остварења.

Права пореских обвезника су „огледало” области опорезивања и прихваћеног система друштвених вредности. Искуство показује да је неопходно да буду прописана адекватна права пореских обвезника, да ова права треба да буду примењива и примењена, тј. да порески обвезници треба да их остварују на начин да штите своје интересе у поступку опорезивања. Неизоставно је неопходно, на нивоу целог друштва, неговати културу поштовања права пореских обвезника. Друштвени, економски, правни, политички и технолошки контекст (мултидимензионалност контекста) у коме се пореска права креирају и остварују има велики утицај на њихово поимање и разумевање.

Резиме

Права пореских обвезника су одувек била подложна променама. Под утицајем разноврсних друштвених, економских, правних, политичких и технолошких околности она су добијала особени смисао и значење. Еволуција ових права одвијала се упоредо са порастом друштвеног богатства, демократизацијом и напретком друштва у свим областима. Преовлађујући системи друштвених вредности детерминисали су права пореских обвезника. У том смислу, поступање пореских органа у пореском поступку је поступно прешло „пут” од једносмерног, искључивог поступања са доминантном компонентом принуде да се обвезници повинују пореским обавезама ка поступању које уважава пореске обвезнике, њихове специфичности и потребе, као и законом прокламована права. Позитиван утицај на обвезнике пореза и унапређење пореске дисциплине у једном друштву могуће је остварити само у амбијенту завидног нивоа поштовања права пореских обвезника. Онда када поштовање права пореских обвезника постане обавезно и по писаним и по неписаним правилима, права пореских обвезника су ушла у зрелу фазу свог развоја. Висок степен културе права обвезника пореза у извору, у легитимитету, као и висок степен културе у оства-

рењу, у легалитету, укључујући и њихово перманентно приближавање, обликују стандард којим се исказује културни интегритет и идентитет једног друштва, односно постојећи систем друштвених вредности. Неспорно, и некада и сада, добра вера (*bona fides*) свих учесника у пореском поступку незамењива је основа успешне реализације опорезивања.

Литература

Анђелковић Милева, *Јавне финансије и финансијско право*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2018.

Анђелковић Милева, *Фундаментална права пореских обвезника и њихова заштита у савременим информационо-технолошким условима*, Страни правни живот, Институт за упоредно право, Београд, бр. 3/2008, 163-178.

Анђелковић Милева, *Пореско право – Теоријски аспекти и пореске реформе*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 1999.

Barreix Alberto, Roca Jeronimo, Velayos Fernando, *A Brief History of Tax Transparency*, Discussion Paper IDB-DP-453/2016, 1-18.

Bejaković Predrag, *Tax Evasion, state capability and trust in transition countries: The case of Croatia*, Друштвена истраживања Загреб, бр. 18 (4-5), 2009, 787-805.

Бодирога-Вукобрат Нада, Дулчић Катерина, *Заштита особних података у еуропској и хрватској праву*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, година 42, 2005, 327-357.

Горчић Јован, Анђелковић Милева, *Јавне финансије, финансијско право и економија јавног сектора*, Проинком, Београд, 2005.

Димитријевић Војин, *Остваривање (имплементација) међународно зајемчених људских права*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 3/1995, 251-260.

Димитријевић Марина, *Рефлексије правичности у сфери савременог опорезивања*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 91/2021, 15-30.

Dimitrijević Marina, *Poreska administracija u vremenu informaciono-tehnološkog napretka*, LIBER AMICORUM, U: Zbornik radova u čast profesora emeritusa Dejana Popovića (urednik Gordana Ilić-Popov), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo, 2021, 131-146.

Edlund Jonas, Aberg Rune, *Socials norms and tax compliance*, Swedish Economic Policy Review, No 9, 2002, 201-228.

Jelčić Božidar, *Financijsko pravo i financijska znanost*, Informator, Zagreb, 1998.

Лилић Стеван (у сарадњи са Голубовић Катарином), *Европско управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за издаваштво, Београд, 2011.

Илић-Попов Гордана, Павловић Ђорђе, *Лексикон јавних финансија*, Завод за унапређење и рентабилност пословања, Београд, 2003.

Loje Goran, *Dobro upravljanje, Pravo i porezi*, RRIФ, Zagreb, br. 3/2009, 46-48.

Magna Carta Libertatum, У: Темељи модерне демократије, Избор декларација и повеља о људским правима (1215-1989), Нова књига, Београд, 1989.

Милков Драган, *Правна средства у управном поступку*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2/2006, 125-154.

Popović Dejan, *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za izdavaštvo, Beograd, 2008.

Principles of Good Tax Administration (Practice Note), Prepared by the OECD Committee of Fiscal Affairs Forum on Strategic Management, Centre for Tax Policy and Administration, OECD, 21 September 2001.

Pusić Eugen, *Nauka o upravi*, Školska knjiga, Zagreb, 1973.

Ристић Жарко, *Фискални менаџмент*, Савремена администрација, Београд, 1998.

Tax Administration 3.0: The Digital Transformation of Tax Administration, Forum on Tax Administration, OECD, 2020, 1-77.

Taxpayers' Rights and Obligations (Practice Note), Tax guidance series, Prepared by The OECD Committee of Fiscal Affairs Forum on Tax Administration, Centre for Tax Policy and Administration, OECD, August 2003.

Taxpayer's Rights and Obligations, OECD, 1990.

The taxpayer's Charter, Australian Taxation Office, 1997.

Charte du contribuable verifie, Code de procedure fiscale, Dalloz, 2003.

Prof. Marina Dimitrijević, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

TAXPAYERS' RIGHTS AS A REFLECTION OF THE TRANSFORMATION OF THE SOCIAL VALUES SYSTEM

Summary

Taxpayers' rights have always been subject to change. Under the influence of different social, economic, legal, political and technological circumstances, they have had a special meaning and purpose. The evolution of these rights has taken place alongside with the increase in social wealth, democratization and social prosperity in all areas. The prevailing systems of social values have determined taxpayers' rights. In that context, the conduct of tax authorities in tax procedure has been the subject matter of gradual transformation from an exclusive one-way treatment with the dominant element of coercion, exerting pressure on the taxpayers to comply with their tax liabilities, towards a more persuasive treatment which respects taxpayers, their specificities and needs, as well as their rights proclaimed by the law. The positive influence on taxpayers and improvement of tax discipline in a society are possible only in the environment featuring a substantial level of respect for taxpayers' rights. The taxpayers' rights would enter into the mature stage of their development only when respect for these right becomes an obligation both according to written and unwritten rules. A high degree of culture pertaining to taxpayers' rights, in terms of legal sources, legitimacy, legality, exercise and permanent convergence of these rights, may shape the legal standard which reflects the cultural integrity and the identity of a society as a whole, i.e. the existing system of social values. It is indisputable that good faith (bona fides) of all participants in tax procedure has always been an indispensable ground for successful implementation of taxation.

Keywords: taxes, taxation, tax authorities, taxpayers, taxpayers' rights, social development, social values system.

ЗАШТИТА ПРАВА ПУТНИКА (КОРИСНИКА) ПОМОРСКОГ ПОДУХВАТА У РИМСКОМ ПРАВУ²

Апстракт: Процват римске пловидбе и трговине условио је потребу за постојањем правне регулативе да би се паралелно решавали проблеми који су се појављивали са развојем промета. Правна регулатива која је настајала као израз потреба стварног живота у суштини је била реалистична јер се у њој одржавао стварни живот. Потреба за заштитом интереса путника као корисника услуга поморског превоза јавила се нарочито у време развоја касно римског класичног права и Јустинијановог права. У циљу обезбеђења сигурности поморске пловидбе и опште сигурности учесника поморског подухвата у римском праву уведена су одређена процедурална средства за заштиту учесника поморског подухвата (*actio furti et damni adversus nautas, actio exercitoria, receptum nautarum cauponum et stabularum*).

Кључне речи: процедурална средства за заштиту права учесника поморског подухвата у римском праву, *actio furti et damni adversus nautas, actio exercitoria, receptum nautarum cauponum et stabularum*.

1. Увод

Потреба за заштитом интереса путника као корисника услуга поморског превоза јавила се у време развоја касно римског класичног права и Јустинијановог права. Прописивање правила која имају за циљ да обезбеде заштиту путника приликом поморског превоза било је, с једне стране, израз настојања да се обезбеди сигуран превоз и транспорт робе, а с друге, да се интензивира поморски саобраћај који обезбеђује довоз хране и друге робе поморским путевима.

¹ marija@prafak.ni.ac.rs

² Припрема за излагање у целости на 35. Сусрету Копаоничке школе припадних права – Слободан Перовић „Судски поступак – правда и правичност”, који ће се одржати од 13. до 17. децембра 2022. године на Копаонику.

Претор је, да би се заштитили интереси корисника поморских превозних услуга, најпре увео посебну тужбу *actio furti et damni adversus nautas* као вид обезбеђења сигурности и обештећења путника на броду којом су фактички била предвиђена нова права путника и из које су произлазиле и нове обавезе бродара као превозника. Увођење ове тужбе било је неизбежно будући да је она била основни услов за изградњу поверења између даваоца и корисника услуга поморског превоза. У Јустинијановом праву правна заштита која је пружана путем *actio furti et damni adversus nautas* проширена је и на гостионичаре и власнике штала, уколико су лица запослена у овим објектима оштетили или украли ствар која је припадала путнику.

У систему правне заштите постојала је и *actio exercitoria*, тужба којом је бродар (*exercitor*) одговарао *in solidum* за обавезе, јер се полазило од *praepositio*, једностраног правног посла којим је именовано одређено лице за капетана брода и истовремено се прећутно обавезивао трећим лицима да ће преузети све обавезе које је преузео капетан брода, као да је лично присуствовао закључењу одређеног правног посла.

С обзиром на то да је пружање правне заштите било везано за рок, после истека рока од годину дана од дана када је штета причињена, оштећени је могао да оствари само накнаду једноструког износа штете (*in simplum*) и то на основу посебног преторског пакта *receptum nautarum cauponum et stabularum*.³ На основу овог пакта, власник брода је одговарао за сваку штету причињену на роби која му је била поверена на чување у току превоза бродом, без обзира да ли је до ње дошло његовом кривицом или не.⁴

У овом раду биће анализирана наведена процедурална средства за заштиту права учесника поморског подухвата у римском праву.

2. Actio furti et damni adversus nautas

Географско ширење и економско јачање римске државе у IV и III веку пре нове ере условило је развој поморске пловидбе у периоду римске републике што је условило потребу за стварањем нових правних правила која би одговарала новонасталим приликама. Рим, у ово доба више није био мала монолитна заједница, која се као до тада простирала на седам брежуљака (*septimontium*), већ је обухватао читаво Апенинско полуострво на коме је живело хетерогено становништво а након победе над Картагином и цело Средоземље.

³ Постојање овог посебног преторског пакта, у класичном праву, само је претпоставка.

⁴ Једино није био одговоран у случајевима *vis maior*.

Све захтевније потребе трговине, нарочито у периоду након освајања Средоземља, наметале су нове задатке у правцу проналажења нових и ефикаснијих решења у погледу подела ризика због евентуалних штета до којих је долазило у току превоза робе бродом. Исто тако, јавила се и потреба за заштитом интереса путника као корисника услуга поморског подухвата.

Чување ствари путника на броду било је третирано као посебан случај уговора о депозиту. Бродар је био обавезан да чува ствар која му је поверена у току превоза бродом. Непоштовање ове обавезе утицало рађало је одговорност бродара за изгубљену ствар, као резултат *custodia*, тј. повећане одговорности дужника. На основу правила о одговорности бродара која је произлазила из уговора о депозиту, као посебног реалног уговора, из кога је деривирала обавеза на чување ствари поверених бродарима, гостионичарима и власницима штала, претор је извео нову тужбу *actio furti et damni adversus nautas* чиме је омогућио пружање адекватне правне заштите путницима као категорији лица која користе транспортне бродске поморске услуге.

Actio furti et damni adversus nautas била је преторска тужба која се подизала против власника брода, гостионичара или власника штала уколико су лица запослена у овим објектима оштетили или украли ствар која је припадала путнику.

D. 4,9,1,0 (Ulp. 14 ad ed.): AIT PRAETOR: "NAUTAE CAUPONES STABULARII QUOD CUIUSQUE SALVUM FORE RECEPERINT NISI RESTITUENT, IN EOS IUDICIUM DABO".⁵

Тужбом *actio furti et damni adversus nautas* фактички је установљено право на накнаду штете и правило о одговорности не само по принципу кривице већ и правило о одговорности за другог јер је власник брода, а не капетан брода који је управљао пловилом у току пловидбе, одговарао за штету коју су причинила лица која су била запослена код њега.

Креирањем *actio furti et damni adversus nautas* проширен је домен објективне одговорности (*culpa in custodiendo*)⁶ у римском праву.

⁵ Претор каже: када су бродари, гостионичари и власници штала примили ствар на чување, против њих ћу да дозволим тужбу уколико не врате ту ствар власнику. Види: Гоце Наумовски, *Договор за депозит во римското и во современото право* (докторска дисертација), Правни факултет Универзитета у Скопју, Скопје, 2007, 75.

⁶ Термин *custodia* има најмање три значења: *conservatio* (погрешно и вулгарно значење); 2. одређену *potestas rei*, која везује или супротставља *possessio* понекад једнако са *custodia fugitivorum, reorum, damnatorum, similum*; 3. правно-техничко значење повезано са *praestare* које имплицира одређену врсту одговорности, *cura rei quam*

Увођење ове тужбе било је неизбежно да би се спречило опште стање несигурности које је владало у пракси. Уочено је да постоји појава да су капетани бродова као бродари често организовано деловали са крадљивцима у намери да себи прибаве противправну имовинску добит. Тужба *actio furti et damni adversus nautas* била је израз правнополитичких разлога тога доба јер се веровало да ће постојање правила о одговорности бродара и накнади причињене штете, која су индиректно произлазила кроз признавање права на правну заштиту у датој ситуацији, бити основ на коме ће се базирати и успоставити однос поверења између даваоца и корисника услуга поморског саобраћаја. Осим тога, ширење правне заштите која се тицала односа бродара и путника несумњиво је утицала на развој и интензитет поморске пловидбе јер су путници били сигурни да ће добити постулирану правну заштиту у случају да у току поморског превоза претрпе штету.

Отуда је претор истицао:

D. 4.9.1.1 (*Ulp. 14 ad ed*): *MATERIA DARETUR CUM FURIBUS ADVERSUS EOS QUOS RECIPUNT COEUNDI, CUM NE NUNC QUIDEM ABSTINEANT HUIUSMODI FRAUDIBUS.*⁷

Тужбом *actio furti et damni adversus nautas* било је предвиђено да су власници брода, гостионичари и власници штала, дужни да плате двоструку вредност претрпљене штете, чак и када она није била резултат њихове активности. Дуплиран износ накнаде штете била је последица схватања да су бродари, посредно били “криви”, јер су лоше изабрали своје помоћнике (*culpa in eligendo*). Она је представљала увођење принципа одговорности за радње другог. Само правило о накнади дуплог износа штете коју је дуговао бродар било је последица потребе да се обезбеди сигурност путника и гаранција да ће бити обештећен максимално, поготову у периоду опште несигурности али и превенира настајање штете приликом поморског превоза јер је произлазило да бродар треба да послује у току поморског превоза са повећаном пажњом да се не би изложио ризику да касније плаћа дупло насталу штету.⁸

debitori creditori praestare debet. Од свих значења *custodia* је најближа пажњи, очувању у одређеном нетехничком значењу „старатељству” над *res deposita*. О томе: Владо Бучковски; Гоце Наумовски– “*Analiza određenih koncepta ostave (depositum) u periodu klasičnog rimskog prava*”, *Zbornik radova sa Prve međunarodne znanstvene konferencije pomorskog prava „Suvremeni izazovi pomorske plovidbe”* Split, septembar, 2016, 111.

⁷ D. 4,9,1,1 (*Ulp. 14 ad ed*): Да ово није установљено, пружила би се могућност крадљивцима да сарађују са власницима бродова и бродарима, против оних лица која су поверила ствари на чување.

⁸ Види: Марија Игњатовић, *Основи римског поморског права*, Медивест, Ниш, 2019, 157–158.

Бродари су могли да буду ослобођени одговорности само у случају да су доказали да је до штете дошло услед *vis maior* (нпр. ако је пртљаг на броду страдао у снажној бури или ако су га отели разбојници) и у случају да су сами ухватили деликвента (нпр. пирата) а да он није био у њиховој служби.

Тужба *actio furti et damni adversus nautas* могла је да се подигне у року од годину дана од дана причињене штете и предвиђена накнада штете која је могла да се досуди досуђивана је у двоструком износу од стварно настале штете (*in duplum*).⁹ Основ одговорности је био у одговорности за другог.

У Јустинијановом праву био је проширен круг лица за које је власник брода одговарао. Он није одговарао само када су штету причинила лица запослена на броду, већ је одговарао и за намештенике и чланове породице.¹⁰ У овом случају, власник брода је, на основу посебне тужбе *actio in factum*, био осуђиван да плати двоструки износ штете.

3. Actio exercitoria

Одговорност бродара је произлазила и на основу *actiones adiecticiae qualitatis* и правна заштита је била предвиђена посебном тужбом *actio exercitoria*.

Actio exercitoria била је тужба која се подизала када би *pater familias* поставио лице *alieni iuris* или роба за капетана брода (*magister navis*). Ако би у току пловидбе дошло до хаварије, по сигурном упловљавању у луку, капетан брода је имао право да затражи зајам од банкара ради поправке брода. Банкар, као поверилац био је дужан да провери да ли је заиста постојало овлашћење од стране *pater familias*-а за управљање бродом, као и да ли је брод током пловидбе имао какав квар. Ако је банкар то установио, настајала је обавеза за *pater familias*-а, чак и у оним ситуацијама када би тај зајам роб или лице *alieni iuris* прокоцкало или пропило. Сматрало се да није дужност банкара да води рачуна о овлашћеном лицу, већ је дужност *pater familias*-а да брине и пази коме поверава вршење својих послова.

Бродарском тужбом (*actio exercitoria*) бродар (*exercitor*) је одговарао

⁹ Полазило се од претпоставке да је власник брода одговоран, јер је у службу узео несигурна лица (D, IV, 9,74). Види: Драгољуб Стојчевић, *Римско облигационо право*, Београд, 1960, 131.

¹⁰ Сматра се да се све до Јустинијановог права овај систем одговорности односио само на бродаре, а да је тек од тог доба био проширен и на гостионичаре и власнике штала. Види: Paul Huvelin, *Droit commercial Romain*, Paris, 1929, 135–159.

in solidum, јер се полазило од *praepositio*, једностраног правног посла, којим је именовано одређено лице за капетана брода и истовремено се пређутно обавезивао трећим лицима да ће преузети све обавезе које је преузео капетан брода, као да је лично присуствовао закључењу одређеног правног посла.

Увођење овог вида одговорности, било је неопходно јер је представљало основ на коме се базирао однос поверења између даваоца и корисника услуга поморског саобраћаја у класичном периоду. На тај начин је трећим лицима омогућено да поред тужбе против капетана брода подигну и тужбу којом се захтева пун износ потраживања против власника брода (*exercitor*).¹¹

D. 14.1.1. (*Ulp. 28 ad ed*): *UTILITATEM HUIUS EDICTI PATERE NEMO EST QUI IGNORET. NAM CUM INTERDUM IGNARI, CUIUS SINT CONDICIONIS VEL QUALES, CUM MAGISTRIS PROPTER NAVIGANDI NECESSITATEM CONTRAHAMUS, AEQUUM FUIT EUM, QUI MAGISTRUM NAVI IMPOSUIT, TENERI, UT TENETUR, QUI INSTITOREM TABERNAE VEL NEGOTIO PRAEPOSUIT, CUM SIT MAIOR NECESSITATIS CONTRAHENDI CUM MAGISTRO QUAM INSTITORE. QUIPPE RES PATITUR, UT DE CONDICIONE QUIS INSTITORIS DISPICIAT ET SIC CONTRAHAT: IN NAVIS MAGISTRO NON ITA, NAM INTERDUM LOCUS TEMPUS NON PATITUR PLENIUS DELIBERANDI CONSILIUM.*¹²

Одговорност власника брода *in solidum* (за цео износ) оправдавана је чињеницом да је основ његове одговорности била његова *voluntas* која је управо највише долазила до изражаја приликом именовања одређеног лица за капетана брода.

С обзиром на то да је правни посао поводом превоза, без обзира да ли се радило о превозу робе или путника, капетан брода закључио по наређењу *pater familias*-а или власника брода, као његов заступник, у тој ситуацији претор је установио солидарну тужбу против *pater familias*-а

¹¹ Установљавајући тужбу *actio exercitoria*, претор се није руководио начелом заступања као темељем, него му је циљ био да реши практичне проблеме који су се јављали у оквиру поморске трговине. Детаљније: Vilma Pezelj, Mirela Šarac, *Ogledi iz rimskog i dalmatinskog statutarnog pomorskog prava*, Split, 2019, 16.

¹² D. 14.1.1. (*Ulp. 28 ad ed*): Нема нико ко не зна да је корист од овог едикта опште позната. Будући да због нужности поморског превоза учестало закључујемо уговоре са капетанима, не познајући њихов лични статус или њихове личне особине, било је правично да се установи одговорност оног који је именовано капетана као и оног који је поставио пословођу за вођење трговине. Више постоје потребе да се закључују уговори са капетаном него са пословођом. Околности ипак допуштају да се сазна лични статус пословође и да се тек потом закључи уговор. Тако није код капетана, јер месне и временске прилике често не допуштају да се оствари намера исцрпног распитивања.

или власника брода. Овакво решење у погледу правне заштите корисника услуге превоза и одговорности власника брода било је сасвим оправдано, јер је капетан брода, који је закључио уговор о превозу, био дужан да води бригу о намери *pater familias* –а или власника брода и његовим интересима. С друге стране, за корисника услуге превоза била је битна намера *pater familias*–а или власника брода да пружи уз накнаду услугу превоза морем, а не намера капетана брода, као сина *pater familias*–а или његовог роба.

Висок ниво одговорности власника брода била је последица схватања да је дужност сваког *pater familias*–а, посебно код именована капетана брода, била да брине и пази „кога под свој кров прима” и коме поверава вршење сопствених послова. У случају непоштовања правила о савесном и брижљивом избору капетана брода коме је било поверено управљање бродом, било да је до тога дошло намерно или из разлога небрижљивости, *pater familias* је био дужан да или надокнади штету *in solidum* или да преда деликвента оштећеном у *mancipium*, како би својим радом надокнадио губитак у имовини тужиоца.

Појачана одговорност власника брода као *exercitor*-а, по речима Улпијана, објашњавана је великом важношћу који је имала поморска пловидба за државну заједницу. Захваљујући поморској пловидби задовољаване су нарасле потребе не само за храном, у првом реду житом, већ и другим производима који су допремани захваљујући поморском транспорту, као и новим контингентима робова.

Gai, Inst. 4.70: IN PRIMIS ITAQUE SI IUSSU PATRIS DOMINIVE NEGOTIUM GESTUM ERIT, IN SOLIDUM PRAETOR ACTIONEM IN PATREM DOMINUMVE COMPRAVIT; ET RECTE, QUIA QUI ITA NEGOTIUM GERIT MAGIS PATRIS DOMINIVE QUAM FILII SERVIVE FIDEM SEQUITUR.

Одговорност власника брода није била *omnis culpa*. У неким случајевима одговарао је и за стручност чланова своје посаде и својих помоћника, а у неким случајевима и за *custodia*.

Питање бродареве одговорности за накнаду штете код *actio exercitoria* никада није било спорно. Ово отуд што су се у његовој служби налазила не само слободна већ и подчињена лица, лица *alieni iuris* и робови. Ова лица нису имала своју имовину, па је било природно да власник одговара за штету коју би она причинила у току пословања бродом. Непостојање имовине значило је и да није постојала имовина која би могла да се искористи за накнаду штете, па је било природно да власник који је запослио то лице одговара за насталу штету и надокнади је. Међутим, оно што је изазивало супротна схватања још од најранијег

периода, било је питање да ли код ове тужбе треба говорити о одговорности бродара *in solidum* или је ипак његову одговорност требало свести на неку разумну меру и одредити је као одговорност *de peculio* (до висине пекулијума).

Поједини правни извори, као нпр. четрдесетседма књига Јустинијанових Дигеста наводи и случајеве када је бродар могао да се ослободи одговорности за накнаду штете. Тако је било предвиђено да је у случају крађе (*furtum*) бродар могао да се ослободи одговорности ноксалном предајом роба који је извршио овај деликт.

D. 47.5.1.5 (*Ulp. 38 ad ed.*): *SERVI VERO SUI NOMINE EXERCITOR NOXAE DEDENDO SE LIBERAT. CUR ERGO NON EXERCITOR CONDEMNETUR, QUI SERVUM TAM MALUM IN NAVE ADMISIT? ET CUR LIBERI QUIDEM HOMINIS NOMINE TENENTUR IN SOLIDUM, SERVI VERO NON TENENTUR? NISI FORTE IDCIRCO, QUOD LIBERUM QUIDEM HOMINEM ADHIBENS STATUERE DEBUIT DE EO, QUALIS ESSET, IN VERO SUO IGNOSCENDUM SIT EI QUASI IN DOMESTICO MALO, NOXAE DEDERE PARATUS ST. SI AUTEM ALIENUM ADHIBUIT SERVUM, QUASI IN LIBERO TENEBITUR.*

Међутим, овде се логично поставља питање зашто у овом случају бродар није одговарао као и када је крађу починио неко од чланова посаде кад је бродар одговарао за цео износ?

Поводом ослобађања од одговорности за насталу штету и начина њеног санирања уколико је она последица крађе као деликта који је извршио неки од чланова посаде а не роб, поставило се питање због чега је бродар одговарао за целокупни износ штете. Уколико чланови посаде нису били робови, већ слободни људи, које је власник брода или капетан брода ангажовао за послове на броду током поморског превоза, бродар је по принципу објективне одговорности одговарао за штету коју су они починили по принципу одговорности за другог јер је био дужан да води рачуна о квалитетима лица које узима у службу и којима поверава обављање послова и задатака у току пловидбе.

Уколико би се догодило да су у току превоза крађу починили путници, важила су посебна правила о накнади причињене штете. У том случају бродар није одговарао за накнаду причињене штете на броду у току превоза. Бродар је могао да се ослободи одговорности јер се сматрало да он не бира путнике, нити је пак могао да одбије да им пружи превозну услугу на путовању, односно на броду. Из тог разлога он није одговарао за радње путника и у том погледу важио је принцип личне деликтне одговорности.

Бродар је могао да се ослободи одговорности и онда када је доказао да је до штете дошло услед дејства *vis maior*. Бродар је могао да се ослободи одговорности и у случају да су сами путници ухватили деликвента (нпр. пирата), а да он није био у њиховој служби или у служби бродара или у комплоту с њим.

Бродар је био одговоран само за штету до које је дошло на самом броду. Уколико је штета била причињена ван брода, пошто је роба искрцана, бродар се ослобађао одговорности без обзира ко је починио штету.

У периоду домината, наступиле су одређене измене у концепту бродарева одговорности. Нестабилност новца, стављање свих грана привреде (занатство, трговина, саобраћај, рударство и др.) у службу пољопривреде, несигурност пловидбе на мору, директно су утицали на измену концепта бродарева одговорности. Она више није, као у претходном периоду, своје утемељење тражила у *voluntas* бродара, већ се акценат стављао на сигурност пловидбе и заштиту интереса путника. С тим у вези, да би осигурао своје интересе, корисник превоза као друга уговорна страна морао је да се, пре закључења уговора са капетаном брода, информише о границама његових овлашћења, као и о ономе што је било наведено у *praepositio*. Такође, морао је да се информише и о самој личности *exercitor*-а, као и о томе да ли ће он у крајњем сносити одговорност за обавезе из послова које су за њега закључила овлашћена лица.

Општа нестабилност у Царству, лоши привредни односи, декаденција која је захватила све поре римског друштва, били су само неки од разлога зашто је у овом периоду држава све чешће интервенисала у области поморства и поморског права, у намери да успостави контролу и на ову област права. Тако у Јустинијановом Кодексу (*lib. 11, tit. 2-6*) постоји низ царских конституција којима се регулишу одређена питања везана за поморство; субвенције за бродаре који превозе робу за државу; казне за нападаче трговачких бродова; смртна казна за превознике државне робе који би променили маршруту пловидбе и пловили би уз опасне обале и тиме угрозили терет. Ово су само неке од интервенција државе у области поморског права из периода Јустинијана, и представљају увод у државну контролу у области поморства која је уследила у средњем веку.

4. *Receptum nautarum cauponum et stabularum*

Да би се омогућило пружање адекватне правне заштите путницима као категорији лица која користи транспортне бродске поморске услуге

претор је едиктом *De receptis*, увео још једно процедурално средство правне заштите – *receptum nautarum*.¹³

У римском праву није постојао самосталан уговор којим би било регулисано питање поморског транспорта и поморске пловидбе. У недостатку оваквог посебног уговора, сви послови римског поморског транспорта обављали су се у форми посебног консенсуалног уговора *locatio-conductio*. У зависности од предмета посла, разликовала су се два уговора: уговор о превозу путника и робе (*locatio-conductio rerum vehendarum* и *locatio-conductio personarum vehendarum* и уговор о закупу брода (*locatio-conductio rei - loca in nave conducere*).

Код уговора *locatio-conductio personarum vehendarum*, под превоженом робом подразумевао се само пртљаг путника. Закључујући поред овог уговора и *receptum nautarum*, бродар је преузимао строгу одговорност и за превожене ствари. Такође, *exercitor* је могао да закључи и *receptum nautarum* о трговачкој роби, при чему је одговорност бродара обухватала и одговорност за ствари и робу пријатеља робе. Дакле, предмет *receptum nautarum* су били роба и ствари путника који су превожени бродом.

Receptum nautarum настао је као резултат потребе да се путницима осигура накнада оштећених, уништених или украдених ствари и у оним случајевима када то није могло да се припише бродаревој одговорности на основу уговора *locatio-conductio rei*.

У време увођења *receptum nautarum* се дефинисао као посебно правно средство, неформални споразум, са специјалном (*accidentalia negotii*) природом консенсуалног уговора о гаранцији, јемству, који је истовремено био и акцесорне природе, јер је стајао уз уговор о превозу *locatio-conductio*.

По својој правној природи *receptum nautarum* био је споразум који су, поред редовног уговора *locatio-conductio*, закључивали *exercitor navis* или лице које је он именовано за капетана брода са трговцем или са путником актом *praepositio*. Овим споразумом *exercitor* се додатно обавезивао да ће ствари трговца или путника које су предате за превоз неоштећено да транспортује до места одредишта.

D. 4.9.1.0 (Ulp.14 ad ed): AIT PRAETOR: NAUTAE CAUPONES STABULARII QUOD

¹³ Детаљније: Марија Игњатовић, Александар Дјорђевић, „*Receptum Nautarum as an Instrument for Insuring Goods and Passengers in Maritime Transport*”, *Ius Romanum*, Зборник радова, Шеста међународна Балканска конференција за римско право и римскоправну традицију „*Mare Nostrum*”, бр. 2, Софија, 2021, 153-159.

CUIUSQUE SALVUM FORE RECEPERINT NISI RESTITUENT, IN EOS IUDICIUM DABO.

У романистичкој теорији је спорно питање природе овог споразума.

Према заговорницима да је реч о једном *accidentalia negotii* уговору, овај уговор није могућ без једног претходно закљученог уговора и своје схватање базирају на Улпинијановом тексту D. 47.5.1.4, у коме се о *receptum nautarum* говори у контексту претходно закљученог уговора *locatio-conductio*.

D. 47.5.1.4 (*Ulp. 38 ad ed.*): *QUOD SI RECEPERIT SALVUM FORE CAUPO VEL NAUTA, FURTI ACTIONEM NON DOMINUS REI SUBREPTAE, SED IPSE HABET, QUIA RECIPIENDO PERICULUM CUSTODIAE SUBIT.*

Према другом схватању, *receptum nautarum* био је самосталан уговор, који је уведен ради регулисања поморског превоза много пре *locatio-conductio operis faciendi*. Ипак, већина аутора се приклања првом тумачењу, према коме је у питању само додатни споразум којим се обезбеђивала још већа сигурност учесника поморске пловидбе. У посткласичном праву *receptum nautarum* је изгубио карактер консенсуалног уговора о јемству и постао је *naturale negotii locatio-conductio rei*.

Помоћу *receptum nautarum exercitor* је гарантовао да ће преузети на себе одговорност за све ствари унете на брод и да ће да их превезе неоштећене „*res salvas fore*”. При том се *exercitor* обавезивао да ће без обзира на кривицу да одговара за сваку штету и губитак до којег је дошло на стварима унетим на брод. То даље значи да је склапањем *receptum nautarum* бродарева одговорност за робу постала неограничена (одговорност за *custodia*).

Уколико бродар не би испунио своју обавезу, била је, према преторовом едикту дозвољена *actio ex recepto* против бродара коју су могли да подигну трговац или путник.

Иако је преторовим едиктом била дозвољена посебна тужба, као вид посебне правне заштите, Улпијан је истицао да се овде није радило о *actio de recepto*, већ о *actio in factum*, која је била усмерена на враћање ствари и евентуалну накнаду штете.

Actio de recepto била је реиперсекуторна тужба и гласила је, за разлику од *actio in factum* и *actio furti et damni adversus nautas, in simplum* што је значило да је *exercitor* одговарао за сваку штету и губитак, без обзира како је до њих дошло.

Према првобитном тексту Едикта, бродар је одговарао и за све облике

више силе. Очигледно је да је увођењем овако строге тужбе намера претора била да с једне стране поштри одговорност бродара, а да у исто време обезбеди већи степен сигурности путника и робе током превоза морем.

Међутим, у теорији се могу чути и другачија схватања, па је тако Лабео сматрао да није било у реду да се овакво процедурално средство омогући власнику ствари у оним случајевима када је ствар изгубљена у бродолому услед дејства *vis maior*, или када је изгубљена у случају насилног понашања од стране пирата на мору.

Схватање Лабео довело је и до релативизације одговорности бродара за ствари поверене на чување у току превоза морем, јер је наводио следеће: прво, одговорност бродара се сводила само на оне случајеве када је до штете дошло услед превоза робе морем (осим случајева *vis maior*) и када је штета била учињена од стране самог власника брода или лица које је он запослио у својој служби. Друго, уколико је постојао претходни договор између корисника услуга (путника) и бродара у вези одређеног ризика, и уколико се путник сложио да прихвата ризик пловидбе, односно претходни договор о искључивању одговорности “чуvara”, у том случају је постојала ограничена одговорност бродара или уопште није постојала.

У посткласичном праву *receptum nautarum* је изгубио карактер консенсуалног уговора о јемству и постао је *naturale negotii* код *locatio-conductio rei*. У Јустинијановом праву био је регулисан као законска обавеза која је прећутно настајала у тренутку уноса робе и уласка путника на брод. У Јустинијановом праву *receptum nautarum* више није садржао никакво јемство за вишу силу, а одговорност бродара је релативизиована, јер је бродару пружена могућност да се путем *praedictio* ослободи одговорности у случају да су се путници путем јавног прогласа са тим сложили.

5. Закључак

Процват римске пловидбе и трговине условио је потребу за постојањем правне регулативе да би се паралелно решавали проблеми који су се појављивали са развојем промета. Потребна за заштитом интереса путника као корисника услуга поморског превоза јавила се нарочито у време развоја касно римског класичног права и Јустинијановог права. У циљу обезбеђења сигурности поморске пловидбе и опште сигурности учесника поморског подухвата у римском праву уведена су *actio furti et damni adversus nautas*, *actio exercitoria*, *receptum nautarum cauponum et stabularum* као процедурална средства за заштиту учесника поморског

подухвата. Иако је пружање правне заштите применом наведених процедуралних средстава било за одређене случајеве, јер није постојала генерална тужба за заштиту права путника корисника поморског превоза, наведеним процедуралним средствима постигнута је правна сигурност у области римског поморског права и постигнута је била сигурност у току превоза путника и робе морем.

Литература

- Aličić S., *Imovinska šteta u rimskom klasičnom pravu*, Sarajevo, 2017.
- Huvelin P., *Droit commercial Romain*, Paris, 1929.
- Pezelj V., Šarac M., *Ogledi iz rimskog i dalmatinskog statutarnog pomorskog prava*, Split, 2019.
- Бучковски В., Наумовски Г., *Analiza određenih koncepta ostave (depositum) u periodu klasičnog rimskog prava*, Zbornik radova sa Prve međunarodne znanstvene konferencije pomorskog prava „Suvremeni izazovi pomorske plovidbe”, Split, septembar, 2016.
- Игњатовић М., *Theft on Board of a Vessel as a special form of Theft in Roman Law*, The Journal of International Maritime Law, Lawtext Publishing, Vol. 25, Issue 2 March-April, 2019, Witney, 2019.
- Игњатовић М., Ђорђевић А., *Receptum Nautarum as an Instrument for Insuring Goods and Passengers in Maritime Transport, Ius Romanum*, Zbornik radova, Šesta međunarodna Balkanska konferencija za rimsko pravo i rimskopravnu tradiciju „Mare Nostrum”, br. 2, Sofia, 2021.
- Игњатовић М., *Основи римског поморског права*, Медивест, Ниш, 2019.
- Наумовски Г., *Договор за депозит во римското и во современото право* (докторска дисертација), Правни факултет Универзитета у Скопју, Скопје, 2007.
- Стојчевић Д., *Римско облигационо право*, Београд, 1960.

Prof. Marija Ignjatović, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

PROTECTION OF THE RIGHTS OF PASSENGERS IN MARITIME TRANSPORT IN ROMAN LAW

Summary

The flourishing of Roman navigation and trade generated the need for enacting legal regulation which would resolve the problems that emerged with the development of maritime transport. Created as an expression of real-life needs, the Roman legal regulation was essentially a realistic reflection of real life. The need to protect the interests of passengers, as users of maritime transport services, was particularly prominent during the periods of the late Classical Roman law and Justinian's law. In order to ensure the safety of maritime navigation and the general safety of participants in the maritime transport, Roman legislation included certain procedural instruments (actio furti et damni adversus nautas, actio exercitoria, receptum nautarum cauponum et stabularum) which were aimed at protecting the rights of participants in maritime transport.

Keywords: *Roman law, protection of rights of participants in maritime transport, procedural instruments, actio furti et damni adversus nautas, actio exercitoria, receptum nautarum cauponum et stabularum.*

КУПОПРОДАЈА РОБОВА У ДРЕВНОРУСКОМ СЛОВЕНСКОМ ПРАВУ

Апстракт: У старом руском праву, посебно у Руској правди и појединим берестјаним грамотама, купопродаја робова била је веома заступљена као правни посао. То је посебно карактеристично за XI и XII век. Уговор о купопродаји робова се закључивао усмено. Евентуални спорови су се решавали доказивањем сведоцима који су присуствовали закључењу уговора или путем посебног доказног средства „свод“. Из познијег облигационог древноруског права нема података о закључивању уговора о купопродаји робова. Правноисторијски древноруски текстови после XIII века готово уопште не помињу робове као предмет приватних правних послова. Разлози за такву појаву су вишеструки. Руски владари су у периоду од X до XII века непрестано ратовали и територијално ширили своју државу увећавајући тако број робова заробљавањем припадника покорених племена.

Кључне речи: купопродаја, робови, древноруско право, Кијевска Русија, уговори, Руска правда.

У најранијем периоду развоја руског права, робови су се сматрали висококвалитетним, посебно важним и вредним стварима. Тада су често били и предмет различитих правних послова. Потпуно је због тога разумљиво што је читава једна целина Шире Руске правде посвећена робовима. У правноисторијској науци она носи и посебан назив, „Устав о холопима“. Њу чини последњих 11 чланова Шире правде.²

Ова посебна тематска целина почиње чланом 110. Он прописује: „Три су случаја обељног (потпуног, правог) холопства: **ако неко купи (човека) за износ до полу гривни, у присуству послуха (сведока), а (једну) ногу**

¹ djole@prafak.ni.ac.rs

² Д. Николић, *Древноруско словенско право*, Београд 2000, стр. 152.

плати (митнику?) пред самим холопом; а други случај јесте када узме за жену робину без уговора (са њеним власником), но ако је узме по уговору, нека остане како је уговорено; а ово је треће холопство: тиунство и кључарство³ без (претходног) уговора, а ако је уз уговор, нека остане како је уговорено."⁴ Први део овог члана регулише купопродају роба у присуству најмање једног сведока и посебног кнежевог (државног) чиновника. Купопродајна цена била је пола гривне, а државном чиновнику плаћала се једна „ногата“, новчана јединица мање вредности. Постоји тврдња у литератури да се ово плаћање државном чиновнику може сматрати обавезним елементом закључења купопродаје робова. Без тога, уговор није ни могао да произведе правна дејства.⁵

По мишљењу М. Н. Тихомирова, ова одредба није довољно јасна, будући да се поставља питање ко је добијао новац за холопа (роба) пред сведоцима. Исти аутор износи хипотезу да је Руска правда овде прописивала добровољну самопродају у ропство. Да је било речи о продаји роба од стране господара, по његовом мишљењу, присуство сведока не би ни било неопходно.⁶ Сведоци су, као по тексту члана 37. Шире правде, били у функцији доказне форме, али је њихово присуство било и конститутивни елемент у поступку закључења уговора. Помињање „митника“ у овој одредби одсликавало је улогу државе (кнеза) у контроли правног промета. Та улога била је посебно важна због промене друштвеног статуса једног некада слободног човека.

Древноруско право познаје дакле и један специфичан вид уговора о купопродаји, самопродају у ропство. Предмет овог купопродајног уговора била је лична слобода. У средњем веку лична слобода је могла бити предмет уговора, и то не само уговора о купопродаји.⁷ Самопродаја у ропство по поменутом члану 110. Шире правде, могућа је на основу трећег случаја. Тада се човек добровољно прихватао тиунства и кљу-

³ Значи: прихватити се дужности тиуна или кључара (надзорника, управника, домоуправитеља) код кнеза или бојара.

⁴ Д. Николић, А. Ђорђевић, *Законски текстови старог и средњег века*, Ниш 2014, стр. 134.

⁵ С. В. Юшков, *Общественно-политический строй и право Киевского государства*, Москва 1949, стр. 424.

⁶ М. Н. Тихомиров, *Пособие для изучения Русской Правды*, Москва 1953, стр. 109.

⁷ Личном слободом су појединци могли да располажу на различите начине. У древноруском праву она је могла бити предмет уговора о купопродаји, али и средство обезбеђења уговора о зајму. Тада је последица била дужничко ропство. Ситуација је специфична у погледу уговора о најму или уговора о делу, када лична слобода није прелазила у својину друге уговорне стране, већ је за време трајања уговора могла бити ограничена.

чарства, са уговором или без уговора. Пошто се таква служба у средњо-вековној руској држави вршила у статусу роба, могуће је да су слободни људи продавали своју слободу (најчешће једино што су имали), а заузврат добијали службу код кнеза или бојара.

Веома слично поменутом члану Руске правде, и Судебник Ивана III Васиљевича од 1497. године потврђује питање правне ваљаности уговора о купопродаји чији је предмет лична слобода. Члан 66. Судебника носи назив „*О полној грамоти*”⁸ и он гласи: „*На основу полне грамоте холоп. По тиунству и по кључу сељачкоме холоп са докладом*⁹ и без доклада и са женом и са децом који су код једног господара...”¹⁰ Овај члан Судебника чак и проширује важење члана 110. Шире правде на жену и децу.

Постоје извесна ограничења код такозване „самопродаје у ропство” као облигационоправног уговора. Битни елементи уговора о купопродаји су предмет и цена. Предмет купопродаје, по правилима класичног римског и савременог облигационог права, мора имати реалну материјалну вредност. Лична слобода у старом и средњем веку могла је бити третирана као роба. У духу тадашњег правног и моралног размишљања, она је, на неки начин, и представљала предмет облигационог уговора. Једини проблем настаје када се постави питање исплате цене приликом закључења једног оваквог купопродајног уговора. Цена као обавезан елемент купопродаје мора бити одређена или бар одредива у новцу. Да би један облигациони правни посао био уговор о купопродаји, потребно је још и да је већи део купопродајне цене изражен у новцу. Уколико би чинида претежно била изражена у роби, онда би стране закључивале уговор о размени, а не уговор о купопродаји. У релевантним правноисторијским изворима нема никаквих података о цени која је договорана приликом закључења самопродаје у ропство. Другим речима, „продавац” вероватно није за личну слободу тражио новац, већ издржавање од „купца”. Мотив лица које је своју личну слободу губило није ни био новац, већ лична егзистенција и егзистенција чланова његове породице. Уколико би такав правни посао у средњем веку ипак могао да се сврста

⁸ „Полная грамота” – документ о самопродаји у холопство односно ропство. *Оттачественое законодательство XI-XX вв, част 1*, под. ред. О. И. Чистякова, Москва 1984, стр. 68.

⁹ „Доклад” у средњовековном руском праву јесте другостепена судска пресуда, она која се доносила на основу молбе нижег суда, као и сама молба ниже инстанце упућена вишем државном органу. М. А. Исаев, *Толковый словарь древнерусских юридических терминов*, Москва 2001, стр. 39.

¹⁰ *Оттачественое законодательство XI-XX вв, op.cit*, стр. 61.

у облигационе уговоре, он би по својој правној природи пре могао да се одреди као уговор о размени. У таквом теретном и обострано обавезујућем уговору, једна уговорна страна преносила је у својину друге уговорне стране личну слободу, а заузврат је добијала храну, одећу и смештај.

Шира правда у члану 118. недвосмислено помиње купопродају холопа тј. роба. Овај члан гласи: „Ако неко **купи туђега холопа** не знајући, власник да узме холопа (натраг), а овоме да се врати новац, пошто се закуне да је платио у незнању; ако је знајући купио, изгубиће новац.”¹¹ Купопродајом туђе ствари није се могла стећи правно ваљана својина. Још је класично римско право познавало правило *Nemo plus iuris in alium transfere potest, quam ipse habet* (Нико на другога не може пренети више права него што сам има). Сама чињеница да је прибавилац купио ствар која није припадала преносиоцу, није могла да произведе правне последице. Такав уговор био је правно ништав. Новац који је исплаћен на име купопродајне цене враћао се купцу само уколико је био савестан, што је морао доказивати заклетвом. Несавесност купца, с друге стране, доводила је до имовинске и кривичне одговорности, будући да је губио новац који је дао продавцу на име исплате купопродајне цене. Поставља се питање ко је задржавао новац у овом случају – прави власник роба или држава? Највероватније да је продавац добијао новац, што се може аналогично закључити с обзиром на садржину неколико следећих одредаба Шире правде, чланова 119-121. По њиховој садржини, власник роба сносио је имовинску одговорност за дела свог одбеглог и украденог роба, те не треба сумњати да је по сличном основу могао да оствари и извесну добит.¹²

Новгородска берестјана грамота № 109, написана крајем XI века или почетком XII века, изричито помиње купопродају робиње: „Грамота од Жизномира Микули. **Ти си купио робињу у Пскову**, а сада је мене ухватила (на лицу места тј. са директним доказом крађе) кнегиња. А за мене се поручује (јемчи) дружина. А ти сада пошаљи грамоту томе мужу (са питањем): да ли има робињу? А ја хоћу коња да купим и да кнежевог мужа ставим на коња да иде на свод (суочење). А ти, ако ниси узео новац, не узимај ништа од њега”¹³. Ова берестјана грамота једна је од најстаријих пронађених. Сачињена је у време када је у Кијевској Русији доминантан извор права била Руска правда. Ова берестјана грамота у великој мери одсликава примену одговарајућих правних норми Руске правде.

¹¹ Д. Николић, А. Ђорђевић, *op.cit.*, стр. 135.

¹² *ibid.*, стр. 135.

¹³ А. А. Зализняк, *Древненовгородский диалект*, Москва 2004, стр. 257.

У литератури постоје различита мишљења око начина тумачења првог смисла ове берестјане грамоте. Л. В. Черепнин тврди је Микула био слуга Жизномира. По њему, аутор писма поручује да је кнегиња полагала право на робињу купљену у Пскову (као на одбеглу или украдену). Кнегиња је задржала Жизномира као одговорно лице, а за њега је гарантовала дружина, у складу са одредбама Руске правде. Жизномир је у писму замолио Микулу да сазна да ли продавац робиње има неку другу на располагању, будући да је Жизномир дужан да робињу преда кнегињи. И то је сагласно нормама Руске правде. Најзад, Л. В. Черепнин истиче да је Жизномир упозорио Микулу да од продавца робиње не узима натраг новац, јер би тако продавац могао да са себе скине сумњу, тј. да се на тај начин ослободи одговорности.¹⁴

Први преводиоци новгородске берестјане грамоте № 109, А. В. Арциховски и В. И. Борковски, нарочито истичу примену доказног средства „свод”. Он се, такође у складу са Руском правдом, примењивао у споровима поводом купопродаје украдене ствари. Микула је, по њиховом мишљењу, пре могао бити пословни партнер Жизномира у трговини него слуга. Јемство дружине за окривљеног члана било је у складу са чланом 14. Кратке правде.¹⁵

А. А. Зализњак такође је коментарисао текст ове берестјане грамоте. Он сматра да је заправо Микула продао робињу неком непознатом „мужу” (бојару или дружинику). После тога, Жизномир је писмено затражио од Микуле да непознатом купцу пише о намери да Жизномир откупи исту ту робињу, уколико се она и даље налазила код њега. Зато му је и Жизномир писао да не узима новац на име купопродајне цене, ако га већ није раније узео. Овај истраживач истиче да су могућа и другачија тумачења берестјане грамоте.¹⁶ На основу тврдњи А. А. Зализњака, произилази да би Жизномир робињу купио од непознатог купца, а купопродајну цену би у том случају исплатио првом продавцу Микули.

У недостатку других прецизних извора и ово последње тумачење текста из XI века свакако би било могуће. Ипак, делују логичнија и вероватнија објашњења и коментари раније поменутих истраживача. Помињање процедуре „свода”, доказно средство „поручитељство”¹⁷

¹⁴ Л. В. Черепнин, *Новгородские берестяные грамоты как исторический источник*, Москва 1969, стр. 61-62.

¹⁵ А. В. Арциховский, В. И. Борковский, *Новгородские грамоты на бересте (из раскопок 1953-1954 гг)*, Москва 1958, стр 40-43.

¹⁶ А. А. Зализняк, *op.cit*, стр. 257-258.

¹⁷ Древноруска установа под називом „порука”, „поручитељство” одговарала је римском правном институту *fidejussio* (јемство). Реч „порука” има прасловенске корене. М. А. Исаев, *op.cit*, стр. 78.

и одговарајуће норме Руске правде најбољи су основ за ставове Л. В. Черепнина, А. В. Арциховског и В. И. Борковског. Најпрецизнију правноисторијску анализу берестјане грамоте № 109 дао је В. Л. Јањин. Он истиче да је Микула био Жизномиров слуга, да је купио за њега робињу у Пскову и да се показало да украдена робиња припадала кнежевској породици. В. Л. Јањин чак наводи да је поменута кнегиња заправо кнегиња Христина, супруга новгородског кнеза Мстислава Владимировича.¹⁸ У складу са чланом 38. Шире правде, кнегињи је као замена за украдену робињу морала бити обезбеђена друга робиња, а оптужени је по судском налогу био упућиван на доказивање своје невиности применом процесног института „свод”. При том је његова дружина морала гарантовати за њега, што је сагласно члану 14. Кратке правде.

Неспорно је да је извесни Микула купио робињу у Пскову, али је у тренутку када је ухваћен од стране кнегиње, утврђено да је купио ствар са маном. Та ствар, тј. украдена или одбегла робиња, споран је предмет купопродаје, и тада је још увек у државини извесног Жизномира. Постоје две могућности: или је Жизномир купио од Микуле исту ту робињу, или су њих двојица у одређеној релацији (или су рођаци или је Микула као Жизномиров слуга куповао робињу). Дакле, робиња која је предмет купопродајног уговора, препозната је као украдена или одбегла. Вероватно је она некада припадала новгородској кнежевској породици, будући да се у писму (у својству тужиоца) помиње кнегиња која оптужује Жизномира за крађу. Практично, берестјана грамота № 109 описује спровођење у пракси доказног поступка „свод”. Жизномир се обраћа или ранијем власнику, свом правном претходнику, или свом слуги који је по његовом налогу куповао робињу у Пскову за рачун Жизномира.

Поменута берестјана грамота, у сваком случају, представља важно писано сведочанство о спору поводом купопродаје украдене ствари. Ово писмо доказује примену чланова Руске правде у пракси. То значи да су власници и савесни прибавиоци спорних ствари уживали правну заштиту. При том, берестјана грамота потврђује и да је уговор о купопродаји робова био један од најчешће закључиваних уговора у првобитном периоду древнорусског права.

Примена одредаба Руске правде о заштити власника и купаца робова није се зауставила само на једном писаном документу. Берестјана грамота № 155 у преводу гласи: *„Од Полочка (некоме, не види се име адресата)... (После тога, како си ти) узео девоку (робињу) од Домослава,*

¹⁸ В. Л. Јањин, *Я послал тебе бересту...*, Москва 1975, стр. 164.

*Домослав је од мене узео 12 гривни. Пошаљи ми тих 12 гривни. Ако не пошаљеш, тада ћу ја изаћи (мисли се: с тобом на суд, тј. тужићу те суду) пред кнеза и епископа; тада буди спреман да поднесеш већу штету (у оригиналу: протор)*¹⁹ Пред нама је текст који највероватније потиче из 60-90-тих година XII века. Реч је о писму које извесни Полчко (или Полочко) пише и шаље нама непознатом лицу. Он га обавештава да је од неког Домослова купио робињу, будући да израз „узео девку” може да значи и „оженио се робињом” и „купио робињу.”²⁰

Овај запис има извесних додирних тачака са чланом 38. Шире правде. Он прописује: „АКО НЕКО ПРЕПОЗНА ЧЕЉАД. Ако неко препозна свог украденог чељадина, узеће га и водити по редоследу продаје до трећег свода; од тога (трећег) узеће његовог чељадина уместо свога, а оставиће му (овог) спорног да би наставио свод до краја, будући да није стока (предмет спора) и да се не може рећи: не знам од кога сам купио, него према изјавама ићи до краја; када се дође до последњег тата (крадљивца), да се ономе (трећем) врати његов чељадин, а овај (тужилац) да узме свог, и крадљивац да плати протор²¹, кнезу 12 гривни продаже (казне) за чељадина или за крађу”²² И овде је предвиђен доказни поступак „свод”, који се примењивао у случају да је пронађен одбегли или украден „чељадин” (роб). У оригиналним текстовима берестјане грамоте № 155 и члана 38. Шире правде постоји још и истоветан израз за накнаду штете – „протор”.

На први поглед, није баш јасно због чега треба детаљно поредити садржину ове берестјане грамоте са поменутим чланом Шире правде. Међутим, по речима В. Л. Јањина, пажњу највише треба обратити на износ новчане казне од 12 гривни. Овај истраживач тврди да је тај износ исувише висок да би представљао купопродајну цену за роба или робињу. Тако висока сума новца могла се односити само на плаћање новчане казне.²³ Дакле, извесни Полчко вероватно је купио робињу од Домослава. Касније се испоставило да је робиња као предмет уговора о купопро-

¹⁹ А. А. Зализняк, *op.cit.*, стр. 381.

²⁰ *ibid.*, стр. 382. Постоји и мишљење да је ова берестјана грамота још старија, да потиче из прве половине XII века, како сматрају други научници на основу археолошких и лингвистичких истраживања. А. В. Арциховский, В. И. Борковский, *Новгородские грамоты на бересте (из раскопок 1955 года)*, Москва 1958, стр. 35. Они тврде да је поменута берестјана грамота настала у временима неприкосновеног ауторитета кнежевог суда (до 1136. године).

²¹ Различито се тумачи: штета, изгубљена добит, судски трошак.

²² Д. Николић, А. Ђорђевић, *op.cit.*, стр. 126-127.

²³ В. Л. Јанин, *op.cit.*, стр. 162-163.

даји раније била украдена, што закључујемо по висини износа новчане казне која је предвиђена у члану 38. Шире правде. Управо због тога је Полочко морао Домослову да плати баш 12 гривни. Тај износ није одговарао уобичајеној просечној купопродајној цени за једног роба или робињу у XI и XII веку.

Вредност једног роба у раној руској држави, судећи по изворним подацима, кретала се од две до пет гривни сребра. Берестјана грамота № 831 сведочи о закључењу неколико уговора, али је важна и за утврђивање просечне вредности робова. Она гласи: „*Од Кузме и његове деце старости Рагуилу. Продао сам краву за цену од пола гривне; и сир сам купио за гривну; десет сигава (врста лососа) и пола димљене перади за 10 куна... И ти си још узео од мене робињу и младог роба укупне вредности седам гривни и другу робињу вредности две гривне... А зашто ти претиш (тужбом) мени и мојој деци? Зашто си послао два отрока? А ја с децом...*” на полеђини овог документа пише: „*А ти Степане, преписавши ово на пергамент пошаљи...*”²⁴

Берестјана грамота № 831 сачињена је такође у XII веку.²⁵ Она спада у најдуже древноруске текстове те врсте. Извесни Кузма дао је Степану писмо написано на специјалној брезиној кори и замолио да га препише на пергамент и да га пошаље Рагуилу. Постоји индиција да је ово писмо званично обраћање вишој инстанци судске власти, будући да је пронађено на месту где је било њено могуће седиште. Рагуило је вероватно био представник државне и судске власти, било да је вршио дужност тисјацког или посадника. По речима А. А. Гиппиуса, Степан је вршио функцију помоћника судског органа. Писмо које је њему предао Кузма било је само нацрт за одговарајућу форму обраћања.²⁶ Степан је, добивши податке од учесника у судском поступку, имао обавезу да молбу странке преточи у одговарајућу форму. По садржају писма, види се да је Кузма закључио неколико различитих уговора о купопродаји. Такође се из исправе може одредити и новчана вредност робова. Кузма истиче да је једна робиња вредела две гривне, а два роба укупно седам

²⁴ А. А. Зализняк, *op.cit.*, стр. 303-304.

²⁵ По имену примаоца писма, утврђено је да је ова берестјана грамота настала средином XII века. Постоје две могућности. Човек коме је упућено писмо или је Рагуило Добринич, тисјацки кијевског кнеза Владимира Мстиславича, поменут у Ипатијевском летопису 1147. и 1169. године, или Рагуило, посадник града Ладоге именован 1132. године. В. Л. Янин, А. А. Зализняк, А. А. Гиппиус, *Новгородские грамоты на бересте (из раскопок 1997-2000)*, Москва 2004, стр. 49-51.

²⁶ В. Л. Янин, А. А. Зализняк, А. А. Гиппиус, *Новгородские грамоты на бересте (из раскопок 1997-2000)*, стр. 224-226.

гривни. Из тога се посредно може реконструисати оквирни износ купо-продајне цене за роба или робињу.

Просечну вредност роба и купопродајну цену која се у тим вековима плаћала приликом куповине роба или робиње открива и берестјана грамота № 335. У њој је поменута купопродајна цена за робињу од 12 куна: „...А код тебе је и 12 куна, новац за робињу...”²⁷ Будући да је настала на територији Новгорода у XII веку, сума од 12 куна подлеже тзв. северноруском монетарном систему, што је износило три гривне сребра.²⁸ Овај износ купопродајне цене за робињу у складу је са висином новчане вредности робова који су поменути у берестјаној грамоти № 831. Он се, дакле, на новгородској земљи у XII веку кретао око три гривне сребра.

Још један древноруски запис сведочи о купопродаји роба. Оловна исправа („свинцевая грамота”) № 1 с краја XI или с почетка XII века гласи: „*Од Носка Местјати. Заозерског отрока (овде: роба) купили су прошле године. Нека Суздаљац Ходутинич узме две гривне на име камате...*”²⁹ Много истраживача древноруске историје и права покушало је да, на потпуно различите начине, са старословенског древноруског језика ово писмо преведе на савремени језик.³⁰ Из исправе је јасно да да је „отрок” купљен. Недоумице изазива последња формулација, „две гривне на име камате” (у оригиналу „нам”). Једно од могућих објашњења би било да је извесни Ходутинич позајмио новац купцима роба, а да после годину дана узима камату на позајмљену суму. Друга варијанта би била да купопродајна цена износи две гривне.

²⁷ Ова берестјана грамота такође потиче из XII века. А. А. Зализњак, *Древненовгородский диалект*, стр. 372.

²⁸ Гривна сребра није била исто што и гривна куна. У Новгороду је у XII веку 1 гривна сребра вредела 4 гривне куна. В. Л. Янин, *Денежно-весовые системы домонгольской Руси и очерки истории денежной системы средневекового Новгорода*, Москва 2009, стр. 181-182.

²⁹ А. А. Зализњак, *op.cit.*, стр. 261.

³⁰ Први превод овог текста гласио је: „...Заозерски отрок и Суздаљац Ходутинич крили су се прошле године. Узми две гривне за нас.” Иначе, Заозерје је област на јужној обали језера Иљмен. Новгород се налази на северној обали истоименог језера. А. В. Арциховски, В. И. Борковски, *Новгородские грамоты на бересте (из раскопок 1956-1957 года)*, Москва 1963, стр. 155. Касније је утврђено да је староруски глагол „крити” значио „купити”. У последњем познатом истраживању ове исправе, она је добила коначни, данас општеприхваћени превод. Р. Мароевич, *Этюды по грамматике древнерусского языка. I (К прочтению Свинцовой грамоты), Вопросы языкознания*, Москва 1996, стр. 17-22.

Резиме

Древноруско словенско право познаје установу купопродаје робова, посебно у периоду до XII века. Овај правни посао карактеристичан је за епоху старог века, али је присутан и у многим правним системима раног средњег века. Робови су у древном руском друштву представљали веома драгоцену робу и били су предмет купопродаје међу богатијим и политички утицајнијим слојевима. Током времена, овај правни посао закључиван је све ређе, будући да су у периоду феудализације робови као посебан друштвени слој почели да нестају. Разлози за такву појаву су вишеструки. Руски владари су у периоду од X до XII века непрестано ратовали и територијално ширили своју државу увећавајући тако број робова заробљавањем припадника покорених племена. Већ у другој половини XII века освајачки ратови постају прошлост, будући да се Кијевска Русија суочава са нападима номадских племена, а нешто касније и са монголско-татарском најездом. Тада већ почиње борба за очување јединства руске државе која се постепено дели на више удеоних кнежевина. Процес феудализације се такође у том периоду значајно убрзава, па руско друштво почиње полако да се мења. Робови током времена постају мање битна радна снага, а тиме опада и правни промет ових раније веома вредних ствари.

Као посебну врсту купопродаје робова треба издвојити самопродају у ропство, специфичан правни посао којим је неко продавао своју личну слободу због обезбеђивања егзистенције. За разлику од робова који су тај статус добијали као ратни заробљеници, самопродаја у ропство била је последица социјалног раслојавања у древноруском ранофеудалном друштву.

Литература

А. В. Арциховский, В. И. Борковский, Новгородские грамоты на бересте (из раскопок 1953-1954 гг), Москва 1958.

А. А. Зализняк, Древненовгородский диалект, Москва 2004.

М. А. Исаев, Толковый словарь древнерусских юридических терминов, Москва 2001.

В. Л. Янин, Я послал тебе бересту..., Москва 1975.

С. В. Юшков, Общественно-политический строй и право Киевского государства, Москва 1949.

Д. Николић, Древноруско словенско право, Београд 2000.

Д. Николић, А. Ђорђевић, Законски текстови старог и средњег века, Ниш 2014.

М. Н. Тихомиров, Пособие для изучения Русской Правды, Москва 1953.

Оттачественое законодательство XI-XX вв, част 1, под. ред. О. И. Чистякова, Москва 1984.

Л. В. Черепнин, Новгородские берестяные грамоты как исторический источник, Москва 1969.

Prof. Aleksandar Đorđević, LL.D.,

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

SALE OF SLAVES IN ANCIENT RUSSIAN SLAVIC LAW

Summary

Ancient Russian law recognizes the legal institute of buying and selling slaves, especially in the period before the 12th century AD. This type of legal transaction was the common feature in the Antiquity, but it was also present in many legal systems of the early Middle Ages. In the Ancient Russian society, slaves were a valuable commodity and were often the subject matter of trade among the wealthier and politically influential classes. Over time, such legal transaction were significantly less prevalent and frequent in legal practice because slaves as a social class began to disappear in the period of feudalization. The reasons for the disappearance of slavery were numerous. In the period from the 10th to the 12th century, the Russian rulers constantly waged war and territorially expanded their state, thus increasing the number of slaves by capturing members of conquered tribes. In the second half of the 12th century, conquest wars were over because Kievan Rus first faced the attacks of nomadic tribes and the Mongol-Tatar invasion in the 13th century. This period was marked by the struggles to preserve the unity of the Russian state, which was gradually divided into several principalities. As the feudalization process was significantly accelerated in that period, the Russian society slowly began to change. Over time, slaves were increasingly seen as a less important source of labor force, which ultimately contributed to a decline in legal transactions involving these highly valuable “assets”.

While slavery was on the decline, this period was also marked by a special type of sale of slaves, known as self-sale into slavery, which involved a specific legal transaction where a person sold personal freedom and voluntarily entered into slavery in order to ensure one’s subsistence. Unlike the slaves who were given this status as prisoners of war, self-sale into slavery was a consequence of the social stratification in the early feudal society of Ancient Russia.

Keywords: sale, slaves, Ancient Russian law, Kievan Rus, contracts, Ruskaya Pravda.

ПОТРОШАЧКО ПРАВО НА ПОПРАВКУ²

Апстракт: Поред заштите економских интереса појединца, будуће право заштите потрошача треба да поспеши одржив развој и рационално трошење природних ресурса. Ови циљеви се остварују и тзв. правом на поправку. Као и друге слободе узете здраво за готово, ово природно право изведено из својине, временом је потиснуо економски интерес произвођача техничких производа. Поправка доприноси циркуларној економији и штити животну средину, али има снажне противнике. Нови европски прописи уређују животни век производа, доступност резервних делова и алата, забрањују „предаторски дизајн“, „програмирани отказ“ и везивање потрошача за одређени „екосистем“. Чињеница да проблеме из ове области описујемо користећи знаке навода поуздан су сигнал да се ради о теми која заслужује правну анализу.

Кључне речи: право потрошача, поправка, одрживост, гаранција.

1. Увод

Водећи произвођачи мобилних уређаја, Apple и Samsung кажњени су 2018. у Италији са 10, односно 5 милиона евра, због повреда Потрошачког кодекса који имплементира Директиву о непоштеној трговачкој пракси (Европски парламент, 2005), јер су намерно успоравали старије моделе телефона, како би олакшали продају нових модела. Ажурирање firmware-а смањило је функционалност телефона како би се „убрзала њихова замена новијим производима“. Наравно, произвођачи о томе нису адекватно информисали потрошаче, нити су им пружили ефикасан начин да поврате пуну функционалност својих уређаја. Lider на

¹ mihajloc@prafak.ni.ac.rs

² Рад је саопштен на: Међународна научна конференција Право и digitalizacija, Ниш, april 2021. = Collection of summaries / International Scientific Conference Law and digitalization. - Ниш : Правни факултет Универзитета, 2021. – стр. 63-64. ISBN 978-86-7148-279-0

тржишту штампача, компанија Epson доводила је потрошаче у заблуду тврдњом да су кертриџи за штампање празни иако су заправо садржали између 20% и 40% преосталог мастила. Поступак покренут 2017. још увек траје.³

Неодржива потрошња добара, стварајући све веће количине отпада, представља један од главних негативних утицаја човека на животну средину. Европски парламент позвао је Комисију да олакша потрошачима и произвођачима прелазак на одрживу економију, афирмисањем потрошачког права на поправку кроз измене Директиве о продаји робе. У синергији са другим иницијативама, везаним за одрживе производе,⁴ „кружну електронику” и екодизајн прописе (Ecodesign), право на поправку треба да оснажи потрошаче у зеленој транзицији.⁵

Реформа утиче на више заинтересованих страна. Упркос декларативној решености у својим медијским наступима, произвођачи готово да немају економски интерес да испоручују еколошки одрживе производе. Животни век многих производа заправо се смањује последњих година.⁶ И сами потрошачи имају важну улогу у преокретању овог негативног тренда. Након куповине, од потрошача зависи колико дуго ће користити одређени производ, што је од суштинског значаја за животну средину. Производи завршавају на отпаду превремено, иако исправни, пре истека пројектованог корисног века трајања.⁷ Реформа треба да пружи потрошачима више информација о одрживости производа што утиче на њихово одлучивање и приликом куповине и приликом одбацивања.

Према правилима о несаобразности из Директиве о продаји робе, током трајања законске гаранције потрошач бира између поправке или замене

³ Svensson-Hoglund, Sahra, et al. "Barriers, enablers and market governance: A review of the policy landscape for repair of consumer electronics in the EU and the US." *Journal of Cleaner Production* 288 (2021): 125488. стр. 10

⁴ https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12567-Sustainable-products-initiative_en

⁵ https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12467-Empowering-the-consumer-for-the-greentransition_en

⁶ Prakash, S., Dehoust, G., Gsell, M., Schleicher, T., Stamminger, R., Influence of the service life of products in terms of their environmental impact: Establishing an information base and developing strategies against "obsolescence", 2020. Приступ: https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/1410/publikationen/2020-01-16_texte_09-2020_obsolescence_en_0.pdf

⁷ EEB (2019) Coolproducts don't cost the earth, full report. Приступ: <https://mk0eeborgicuytuf7e.kinstacdn.com/wpcontent/uploads/2019/09/Coolproducts-report.pdf>

производа који је био неисправан у тренутку испоруке, на терет продаваца. У пракси, потрошачи редовно бирају замену. Поред тога, нема подстицаја за потрошаче да купују половне или обновљене производе. Гледајући шире од заштите предвиђене Директивом о продаји, када потрошач не може да користи правна средства из законске гаранције (нпр. зато што је сам проузроковао квар или је протекао гарантни рок), суочен је са значајним потешкоћама у намери да производ поправи, што доводи до превременог бацања. Трошкови поправке су често већи од цене новог производа, а то нарочито важи за тзв. „потрошачку електронику“. Одбојност потрошача према половној или обновљеној роби такође скраћује реални животни век производа.

Првобитно најављена за други квартал 2021. године, иницијатива за Оснаживање потрошача у зеленој транзицији, настављена је током 2022.⁸ Циљ је да се пружи поуздане и релевантне информације о трајности и поправљивости производа, о доступности сервисирања, резервних делова и приручника за поправку, укључујући ажурирање и надоградњу софтвера. Ови циљеви се остварују изменама Директиве о непоштеној пословној пракси⁹ и Директиве о правима потрошача.¹⁰ Иницијатива би такође требало да забрани „рано застаревање“ и лажне тврдње да је одређена пословна пракса „зелена“ („greenwashing“). Законодавна иницијатива о праву на поправку, најављена за трећи квартал 2022. године, фокусирана на измене Директиве о продаји робе¹¹ је главни предмет овог рада.

Поправку обављају произвођачи оригиналне опреме OEM¹² (и њихови овлашћени сервисери), независни сервисери и сами потрошачи („уради сам“). Да би се квар отклонио, неопходни су одговарајући алати, фирмвер (firmware), технички нацрти и резервни делови. Њих редовно кон-

⁸ Inception impact assessment - Ares(2020)3256804

⁹ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council

¹⁰ Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council

¹¹ Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC.

¹² Original equipment manufacturer (OEM)

тролише OEM произвођач који у том погледу ужива својеврсни монопол. Штавише, дизајн производа и начин производње су кључни па је логично да OEM има снажан утицај на све друге субјекте у делатности сервисирања. Независни сервисери и сами потрошачи деле више заједничких интереса, нпр. да резервни делови буду доступни и да поправка буде економски исплатива. Међутим, за разлику од „уради сам“ опције, независни сервисери морају да пазе и на своју профитабилност како би опстали. Одговарајући правни оквир може да унапреди конкурентност на тржишту сервисних услуга.¹³

Очекивани утицаји реформе деле се на економске, социјалне и еколошке. Економски утицаји по привреду су неутрални. Већи трошкови за продавце и произвођаче у одређеним делатностима уравнотежују већи приходи због повећане потражње у другим делатностима (нпр. сервисирање и обнављање производа). Поред тога, доступна поправка и дужи гарантни период смањују потребу потрошача да неисправни производ замени новим који је обично скупљи, што позитивно утиче на стандард живота. Иницијатива доприноси одрживом развоју подстицањем потрошача да дуже користе производе, да их поправљају и купују више половних и обновљених производа. Иницијатива доприноси отварању нових локалних радних места у сектору сервисирања у малим и средњим предузећима. Утицај реформе на животну средину је позитиван, посебно у областима ефикасне употребе ресурса и смањења отпада, у складу са циљевима одрживог развоја: 12 – Одговорна потрошња и производња и 13 – Климатске акције.¹⁴

2. Проблем и затечено стање

2.1. Поправљивост и (превремено) застаревање производа

Право на поправку директно утиче на животни век производа и његову застарелост. Апсолутна застарелост наступа када производ више не функционише из објективних разлога, због механичког квара (механичка застарелост) или превазиђеног софтвера (некомпатибилност). Релативна застарелост постоји када производ још увек функционише, али потрошач жели нов производ, из психичких, козметичких или естетских разлога.¹⁵ Када нова генерација производа има боље функ-

¹³ Svensson-Hoglund, Sahra, et al. "Barriers, enablers and market governance: A review of the policy landscape for repair of consumer electronics in the EU and the US." *Journal of Cleaner Production* 288 (2021): 125488, стр. 2.

¹⁴ Call for evidence for an impact assessment - Ares(2022)175084, стр. 3.

¹⁵ ETC/WMGE Report 3/2020: Electronics and obsolescence in a circular economy. Приступ:

ције или веће могућности ради се о техничкој застарелости. Разлог одбацивања је специфичан за одређену групу производа. На пример, веш машине и слични уређаји беле технике одбацују се због апсолутне застарелости, дигитални уређаји се мењају због техничке застарелости, док мобилни телефоне углавном погађа релативна застарелост. Класификација је значајна јер различите правне мере погађају различите врсте застарелости.

Према Европској агенцији за животну средину (ЕЕА), производ јесте прерано застарео када се поквари раније у поређењу са оним што је могуће (пројектовани животни век) или у поређењу са оним што је пожељно (жељени век трајања). Уколико је превремено застаревање намерно изазвао произвођач, ради се о планираном или програмираном застаревању (отказу). Право на поправку је уско везано за трајност и одбацивање производа, односно изазов како да производ дочека крај свог животног века и тек онда буде замењен новим.

Противтежа застаревању дигиталних производа је и обавеза произвођача да обезбеди ажурирање софтвера у дужем временском периоду. Најновија ревизија Директиве о продаји робе обавезује продавце да обезбеде ажурирање за производе са дигиталним елементима, укључујући безбедносна ажурирања, у временском периоду који потрошачи разумно очекују с обзиром на врсту и намену робе.¹⁶ Међутим, споразуми о лиценци са крајњим корисником (EULA), који редовно прате куповину софтвера, садрже клаузуле којима се забрањује неовлашћена поправка, растављање и употреба делова који нису OEM.

Конструкционе баријере умањују поправљивост. Дизајн производа често спречава поправку, било да је то резултат пословне стратегије произвођача или случајна последица начина производње. Произвођачи намерно скраћују животни век производа (планирано застаревање), користе материјал ниског квалитета (прерана застарелост), ажурирају софтвер само за новије моделе производа, занемарују компатибилност и модуларност са постојећим моделима (функционална застарелост). Специјални софтвер (software doping) омета рад уређаја када резервни део потиче од независног произвођача (нпр. штампачи са „неоригиналним” кертрицима; или пуњачи за батерије). Многи уређаји су непоправљиви због начина производње: употребом нестандартних делова, специјалног алата, лепљењем компонената.

<https://www.eionet.europa.eu/etcs/etc-wmge/products/etc-wmge-reports/electronics-and-obsolence-in-a-circular-economy>

¹⁶Чл. 7. (3) Директиве о продаји

2.2. Позитивно право заштите потрошача и уговорни односи у пракси

Постојећи прописи предвиђају право потрошача на поправку производа који је био неисправан у тренутку испоруке. Према Директиви о продаји робе, продавац је одговоран потрошачу за недостатак присутан у тренутку испоруке који се испољи током законске гаранције, у периоду од најмање две године. Током овог периода, потрошач има право на поправку или замену неисправног производа,¹⁷ или на делимично или потпуно враћање плаћене цене. У првом случају, потрошач бира између поправке и замене неисправног производа. Продавац може да одбије изабрано правно средство ако је оно „немогуће или непропорционално”, односно ако ствара продавцу неразумне трошкове у поређењу са другим правним средством. Поправка или замена је бесплатна, обавља се разумном року и без значајнијих тешкоћа за потрошача. Да би повећао своју конкурентност, продавац може да понуди и комерцијалну (трговачку) гаранцију, која даје потрошачу додатне повластице и која обично траје дуже од законске гаранције. Поред тога, државе чланице ЕУ могу увести строже одредбе како би осигурале виши ниво заштите потрошача.¹⁸

Уговорна пракса често поставља баријере поправци. У многим уговорима о продаји купцу се забрањује неовлашћена поправка или модификација производа. Док су ЕУЛА споразуми уобичајени за софтвер и уређаје чије је функционисање скопчано са софтвером, уговори о продаји са условљавањем купца примењују се за класичне апарате, машине и возила. Купац је везан уговором о продаји за OEM произвођача и његову сервисну мрежу, чиме се ствара својеврсни монопол.¹⁹

Произвођачи оригиналне опреме занемарују захтев да се производ поправи, уместо тога инсистирају да замене производ, чак и када потрошачу поправка више одговара (Consumer Law Ready, 2018).²⁰ Штавише, потрошачи се доводе у заблуду и збуњују налепницама на уређајима и нејасним изразима у писаним гаранцијама. Налепнице редовно садрже упозорење да се законска гаранција губи неовлашћеном поправком

¹⁷ Чл. 14. Директиве о продаји

¹⁸ Чл. 21. Директиве о продаји

¹⁹ Svensson-Hoglund, Sahra, et al. "Barriers, enablers and market governance: A review of the policy landscape for repair of consumer electronics in the EU and the US." *Journal of Cleaner Production* 288 (2021): 125488, стр. 5.

²⁰ Consumer Law Ready, 2018. In: Module 3 e Consumer Rights and Guarantees; Consumer Law Training for European SMEs. European Commission [Online]. Приступ: https://www.consumerlawready.eu/sites/default/files/2018-03/CLR_Module_3_UK.pdf

или растављањем уређаја. Индикативно је да ниједан орган ЕУ није реаговао на ове злоупотребе, иако прописи не помињу да поправка или интервенција потрошача доводе до губитка законске гаранције, уколико нису изазвале квар. Ово је значајна баријера за поправку потрошачке електронике под законском гаранцијом.

Преносивост гаранције је пресудна за промет половних производа. Да би се подстакло ово тржиште важно је створити услове да се законска гаранција лако преноси на следећег купца.

2.3. Еко-дизајн и Еко-ознака

Прописи старије генерације из области уговорне заштите потрошача не прате новије прописе из области заштите животне средине, о уштеди енергије и климатским променама. Тако нпр. по позитивним прописима о уговорној заштити потрошача, потрошач има право на поправку неисправног производа само током законске гаранције, док нова генерација прописа о еко-дизајну (Ecodesign) прописује доступност резервних делова у одређеном периоду након пласирања производа на тржиште, за најважније типове производа. Прописи о еко-ознакама (Ecolabel) такође се односе на поправљивост производа. Стари и нови прописи прописују различите периоде од значаја за поправљивост.

Прописи о еко-дизајну (Ecodesign),²¹ конкретизују принципе циркуларног дизајна па тако законски и подзаконски акти о серверима и производима за складиштење података, машинама за прање веша, машинама за прање судова, фрижидерима, електронским дисплејима (телевизорима и мониторима) и лампама захтевају од произвођача да обезбеди доступност резервних делова одређени број година након стављања у промет (нпр. десет година за машине за прање веша и седам година за фрижидере).²² Постоји и дужност испоруке наручених делова у року од 15 дана, а информације о одржавању, укључујући приручнике, морају бити доступне професионалним сервисерима. Аматери немају приступ

²¹ Directive 2009/125/EC of the European Parliament and of the Council of 21 October 2009 establishing a framework for the setting of ecodesign requirements for energy-related products

²² Commission Regulation (EU) 2019/2023 of 1 October 2019 laying down ecodesign requirements for household washing machines and household washer-dryers pursuant to Directive 2009/125/EC of the European Parliament and of the Council, amending Commission Regulation (EC) No 1275/2008 and repealing Commission Regulation (EU) No 1015/2010 Commission Regulation (EU) 2019/2019 of 1 October 2019 laying down ecodesign requirements for refrigerating appliances pursuant to Directive 2009/125/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Commission Regulation (EC) No 643/2009

овим информацијама. Нови екодизајн прописи, усвојени октобра 2019. за телевизоре, фрижидере, машине за прање судова, машине за прање веша и сервере, такође садрже одредбе које се тичу поправљивости. То укључује: 1) ажурирање фирмвера и апликације за брисање података доступни су осам година након производње сервера; 2) једноставније растављање уобичајеним алатима за поправку.²³

Прописи о еко-означавању (Ecolabel),²⁴ тј. о еко-етикети тангирају поправку преко добровољног означавања „еколошке изврности“ за ограничени скуп производа и услуга. На пример, према Ecolabel правилима за електронске екране, производи морају бити направљени тако да омогућавају поправку; резервни делови су обезбеђени осам година; а од произвођача се тражи да понуде трогодишњу трговачку гаранцију без додатних трошкова за потрошача.²⁵ Ecolabel правила о намештају предвиђају да производи буду расклопиви и да резервни делови буду доступни купцима најмање пет година,²⁶ док прописи о обући налажу произвођачу да обавести потрошача о поправци уместо одбацивања.²⁷

2.4. Воља потрошача као пресудни фактор

Суочен са кваром своје ствари, просечан потрошач има четири опције: 1) „званичан пут“ подразумева обраћање продавцу, OEM одељењу за поправку произвођача или овлашћеном сервисеру; 2) „уради сам“ поправка; 3) поправка код независног сервисера; 4) бацити покварени уређај и купити нови. Избор зависи од једноставности, финансијске привлачности и личних преференција. Дакле, на одлуку потрошача утичу цена поправке, њена приступачност, трајање поправке, функционалност поправљеног производа, специфичне потребе потрошача, лична интереси, али и тренд (помодарство).

Неупућеност и погрешне перцепције потрошача ограничавају поправку. Слаба информисаност је директно повезана са малим бројем захтева

²³ European Commission, 2019. Regulation laying down ecodesign requirements 1 October 2019. Energy - European Commission. <https://ec.europa.eu/energy/en/topics/energy-efficiency/energy-label-and-ecodesign/regulation-laying-down-ecodesign-requirements-1-october-2019>

²⁴ Извор: https://environment.ec.europa.eu/topics/circular-economy/eu-ecolabel-home_en

²⁵ Commission Decision (EU) 2020/1804 of 27 November 2020 establishing the EU Ecolabel criteria for electronic displays (notified under document C(2020) 8156

²⁶ Commission Decision (EU) 2016/1332 of 28 July 2016 establishing the ecological criteria for the award of the EU Ecolabel for furniture (notified under document C(2016) 4778)

²⁷ Commission Decision (EU) 2016/1349 of 5 August 2016 establishing the ecological criteria for the award of the EU Ecolabel for footwear (notified under document C(2016) 5028)

да се ствар поправи. Нарочито се услови за остваривање права из трговачке гаранције мешају се условима законске гаранције. Незнање о функционисању уређаја умањује способност потрошача да приликом куповине процени поправљивост или евентуалну доступност поправке касније у периоду експлоатације.²⁸ Конзументизам и „култура бацања” узрокују субјективну застарелост па често потрошач нема жељу да поправи уређај.

На индивидуалном нивоу, потрошачи имају различите перцепције, мотиве, афинитете, који позитивно или негативно утичу на одлуку о поправци. Технолошка застарелост уређаја и вршњачки утицај такође су пресудни. Даље, недостатак емоционалне и економске везаности за уређаје наводи потрошаче да их често одбацују и мењају. Мада одбацивање понекада прати грижа савети и анксиозност, то не значи да је власник вољан да га поправи. Потрошачи не вреднују једнако обновљене или поправљене ствари као нове, чак и када су квалитет и век трајања једнаки.^{29 30}

Изгледније је да ће потрошач изабрати производ са бољом поправљивошћу, уколико му се пружи информација да ће резервни делови бити доступни дужи период након куповине. Насупрот томе, истраживање понашања потрошача показује да је приликом одлуке о куповини поправљивост мање важна од дуготрајности производа. Дакле, мере које обавезују произвођача да произведе квалитетан производ можда су ефикасније од „права на поправку”.

2.5. Интелектуална својина против права на поправку

Права интелектуалне својине често ометају поправку. На пример, патентирани производи не смеју се значајно мењати јер преправка може представљати повреду патента. Патентирани производ се правоваљано поправља само у оквиру његовог „нормалног животног века” – што је веома уско дефинисано.³¹ Производња, продаја и увоз резервних делова

²⁸ Scott, K.A., Weaver, S.T., 2015. To repair or not to repair: what is the motivation?, J. Res. Consumers 26

²⁹ Atasu, A., Sarvary, M., Van Wassenhove, L.N., 2008. Remanufacturing as a marketing strategy. Manag. Sci. 54 (10), 1731-1746

³⁰ Svensson-Hoglund, Sahra, et al. "Barriers, enablers and market governance: A review of the policy landscape for repair of consumer electronics in the EU and the US." Journal of Cleaner Production 288 (2021): 125488. стр. 5.

³¹ Pihlajarinne, T., 2020. "Repairing and Re-using from an Exclusive Rights Perspective - towards Sustainable Lifespan as Part of a New Normal?," in IP and Sustainable Markets. Edward Elgar Publishing Ltd

такође угрожавају патенте, када се ради о незаконитим копијама патентираних резервних дела. Уградња неоригиналних резервних дела је повреда патента. Све ово ограничава секундарно тржиште резервних дела јер излаже произвођаче санкцијама уколико не прате где се њихови резервни делови користите. Неовлашћено умножавање и дистрибуција патентираних алата, као што је нпр. специјални шрафцигер, такође представља повреду патента.³²

Индустријским дизајном штити се спољашњи изглед неког производа или његовог дела, који одређују визуелне карактеристике, а посебно линије, контуре, боја, облик, текстура и материјали од којих је производ сачињен, или којима је украшен, као и њиховом комбинацијом. Индустијски дизајн се односи на јединствене визуелне квалитете, па је репликација резервних дела (нпр. одређеног облика) забрањена. Са друге стране, употреба неидентичних дела променила би изглед уређаја, као нпр. када се један оригинални бочни ретровизор аутомобила замени генеричним, па возило губи симетрију.³³

Приручници за поправку и технички водичи заштићени су ауторским правом па је забрањено неовлашћено умножавање и дистрибуција. Поред тога, Директива о јединственом дигиталном тржишту захтева да онлајн платформе засноване на садржају који стварају сами корисници обезбеде поштовање ауторских права.³⁴ Ово представља ризик за друштвене мреже када се на њима дистрибуирају упутства и приручници за поправку.

Промет обновљених резервних дела са жигом је забрањен. У значајном судском поступку у Норвешкој, независни сервисер одговарао је због увоза реновираних екрана са жигом компаније Apple. Док је првостепени суд стао на страну сервисера (Окружни суд у Ослу, 2018.), Апелациони суд и Врховни суд су истоветно утврдили да су резервни делови кривотворени (Норвешки *Nøgsterett*, 2020.), (Норвешки *Borgarting Lagmannsrett*, 2019) иако је уобичајено да се реновирани резервни делови састоје од мешавине оригиналних и неоригиналних компо-

³² Svensson-Hoglund, Sahra, et al. "Barriers, enablers and market governance: A review of the policy landscape for repair of consumer electronics in the EU and the US." *Journal of Cleaner Production* 288 (2021): 125488, стр. 4.

³³ Svensson-Hoglund, Sahra, et al. "Barriers, enablers and market governance: A review of the policy landscape for repair of consumer electronics in the EU and the US." *Journal of Cleaner Production* 288 (2021): 125488, стр. 4.

³⁴ Doctorow, C., 2019. In: *The Final Version of the EU's Copyright Directive Is the Worst One yet*. Electronic Frontier Foundation. <https://www.eff.org/deeplinks/2019/02/final-version-eus-copyright-directive-worst-one-yet>

ненти. Након ове одлуке независни сервисери ће највероватније оклевати у погледу коришћења обновљених делова.³⁵

Уз баријере из заштите интелектуалних права вредне помена су и препреке из пореских прописа. Опорезивање обновљених производа и резервних делова чини их неконкурентним у односу на нове производе из држава са јефтином радном снагом.

3. Понуђена решења

3.1. Став Европског парламента

У резолуцији од 9. јула 2015. о ефикасној експлоатацији ресурса,³⁶ Парламент закључује да је поправка важно средство за постизање циркуларне економије. Позвао је Комисију да даље развија стандарде који би обезбедили да производи буду издржљиви и лаки за надоградњу, поновну употребу, ремонт, поправку, рециклирање и демонтажу. Такође, Парламент предлаже да правила о јавним набавкама фаворизују поправљене, половне, прерађене и обновљене производе.

У резолуцији од 4. јула 2017. о дужем животном веку производа,³⁷ Парламент предложио је низ мера за промовисање поправљивости производа, укључујући: подстицаје за потрошаче како би поправка била привлачна; захтев да дизајн производа омогућује лаку и јефтину поправку; продужење гаранције када поправка траје више од месец дана; обесхрабтивање трајног причвршћивања основних компоненти као што су батерије; налагање произвођачу да обезбеди упутство за одржавање приликом куповине; стандардизација резервних делова и алата неопходних за поправку; подстицање произвођача да развију технологију како би животни век батерије боље одговарао очекиваном животном веку производа или, алтернативно, да замена батерије буде пропорционална цени производа.

Парламент је додатно подигао летвицу усвајањем две резолуције којима позива Комисију да успостави ново право потрошача на поправку, како би поправке биле систематске, исплативе и атрактивне. Резолуција од

³⁵ Van der Velden, M., 2020. Apple uses trademark law to strengthen its monopoly on repair. Blogging Sustain. Jul. 03. <https://www.jus.uio.no/english/research/areas/companies/blog/companies-markets-and-sustainability/velden-apple-use-trademark-law.html>

³⁶ European Parliament resolution of 9 July 2015 on resource efficiency: moving towards a circular economy (2014/2208(INI))

³⁷ European Parliament resolution of 4 July 2017 on a longer lifetime for products: benefits for consumers and companies (2016/2272(INI))

25. новембра 2020. о одрживом јединственом тржишту за предузећа и потрошаче³⁸ и Резолуција од 10. фебруара 2021. о новом акционом плану циркуларне економије³⁹ позивају на усвајање низа мера, укључујући: обавезно означавање века трајања производа; означавање поправљивости кроз одговарајуће скале за одређене категорије производа, што ће омогућити њихово поређење; потрошачи треба да добију информације о доступности резервних делова, услугама поправке и ажурирању софтвера у тренутку куповине; независни сервисери и сами потрошачи заслужују слободан приступ информацијама о поправци и одржавању; уводи се стандардизација резервних делова, а обавезни минимални период током којег су они доступни прати процењени животни век производа; цена резервних делова мора бити разумна.

Парламент је такође позвао на ревизију Директиве о продаји робе како би се трајање законске гаранције ускладило са процењеним веком трајања одређених производа. Поправка се фаворизује уместо замене продужавањем гаранције или „ресетовањем” гарантних периода када потрошачи изаберу поправку (рок почиње да тече изнова).⁴⁰

3.2. Циљеви реформе и опције

Слушајући Парламент, а како би афирмисала свеобухватно „право на поправку”, Европска комисија је предвидела низ иницијатива са следећим циљевима: 1) бољи дизајн производа да би били издржљиви и поправљиви (Иницијатива за одрживе производе,⁴¹ Нови дизајн мобилних уређаја,⁴² Уредба о батеријама⁴³); 2) боља информисаност потрошача о трајности и поправљивости производа и борба против обмањујуће пословне праксе која доводи до прераног застаревања производа (Предлог за оснаживање потрошача за зелену транзицију); 3)

³⁸ European Parliament resolution of 25 November 2020 Towards a more sustainable single market for business and consumers (2020/2021(INI))

³⁹ European Parliament resolution of 10 February 2021 on the New Circular Economy Action Plan (2020/2077(INI))

⁴⁰ EPRS | European Parliamentary Research Service. Nikolina Šajn. Members' Research Service PE 698.869 – January 2022, стр. 7

⁴¹ https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12567-Sustainable-productsinitiative_en

⁴² https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12797-Designing-mobile-phonesand-tablets-to-be-sustainable-ecodesign_en

⁴³ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning batteries and waste batteries, repealing Directive 2006/66/EC and amending Regulation (EU) No 2019/1020

Ревизија Директиве ЕУ о продаји робе и; (4) Успостављање новог права потрошача на поправку за ситуације које нису покривене законском гаранцијом.

Главни циљ је подстакнути потрошаче да дуже користе производе широке потрошње, поправком покварених или куповином половних и обновљених производа. Овај циљ остварује се интервенцијама различитог степена, а заинтересоване стране су позване да се о њима изјасне.⁴⁴

Опција 1) Слаба интервенција – добровољност: подстакнути произвођаче да се сами обавезу на поправку производа са значајним негативним утицајем на животну средину и промовишу куповину половних и обновљених производа. Дакле, предмет су само одређени производи због своје величине или сировинског састава.

Опција 2) Умерена интервенција. Варијација 2А): Продужити период законске гаранције за нов производ који потрошач поправи, уместо да га замени; као и за половну и обновљену робу. Варијација 2Б): Од понуђених средстава заштите, предност има поправка када је јефтинија од замене или једнако скупа. Произвођач или продавац је дужан да поправи производ након законског гарантног рока по разумној цени. Ово је ново право на поправку које ће се установити или изменама Директиве о продаји или посебним актом.

Опција 3) Јака интервенција. Варијација 3А): Ограничити потрошача при избору правних средстава, давањем приоритета поправци у односу на замену (измена Директиве о продаји). Обавезати произвођача или продавца да поправи производ након законског гарантног рока, у неким случајевима бесплатно (ново право на поправку у оквиру Директиве или посебног акта). Варијација 3Б): Продужити трајање законске гаранције преко садашњег минималног периода од 2 године (измена Директиве о продаји). Варијација 3В): Дозволити продавцу да неисправни производ замени обновљеним, а не новим производом (измена Директиве о продаји). Другачије речено, произвођачу је дозвољено да мења „старо за старо”. Наиме, сада продавац за покварени производ дугује нов производ, па је логично што потрошачи траже замену уместо поправке јер добијају „ново за старо”. Уколико потрошач наслућује стари производ, радије ће бирати оправку свог производа, познате историје.

Поред наведених опција, Комисија поздравља осмишљавање додатних законских и других мера за промовисање одрживе употребе производа, од утицаја на уговорни однос између потрошача и трговца (продавца, произвођача), са циљем да се продужи животни век производа и умањи отпад.

⁴⁴ Call for evidence for an impact assessment - Ares(2022)175084. Стр. 2-3.

3.3. Садржај „права на поправку“

Домашај права на поправку је тројак,⁴⁵ што подразумева поправку током законске гаранције, право на поправку након истека законске гаранције и право потрошача да сам поправи производ, без губљења других права из гаранције.

1) Право на поправку током гарантног рока. Потрошач у ЕУ има право на бесплатну поправку неисправног производа током законског гарантног периода, две године од тренутка куповине. Међутим, претпоставка да је производ неисправан од почетка (тј. да се квар не може приписати самом потрошачу) важи само током првих 12 месеци. Штавише, мада је продавац дужан да поправи или замени производ због несаобразности, нема обавезу да се поправи квар из других разлога, нпр. ако је производ сломљен или је коришћен непрописно.

2) Право на поправку након истека законске гаранције. Када законска гаранција истекне, продавци и произвођачи нису дужни да поправљају производе. Потрошачи онда немају право на поправку производа, чак и када сами желе да плате. Често је поправка неисплатива у поређењу са куповином новог производа; нема резервних делова; у близини нема сервиса; или су производи тако направљени да су непоправљиви (нпр. зато што су делови залепљени или неприступачни).

Европска комисија разматра успостављање новог права потрошача на поправку у ситуацијама које нису обухваћене постојећим правним оквиром законске гаранције. Европско удружење за заштиту потрошача (BEUC) у принципу поздравља ову иницијативу, мада сматра да је приоритет измена постојећих правила о законској гаранцији. Домашај новог права на поправку је другачији од домашаја права из законске гаранције. Ново право гарантује поправку када је квар проузроковао сам потрошач. За остваривање овог права важно је да резервни делови и инструкције (водичи) за поправку буду доступни на конкурентном тржишту сервисних услуга, по приступачним ценама.

BEUC препоручује да трајање новог права буде одређено према типу конкретног производа, засновано на његовом животном веку. Као и код законских гаранција, BEUC препоручује увођење солидарне одговорности произвођача и продавца за ново право потрошача на поправку. Укључивање произвођача је важно јер је он у већини случајева крив за проблеме са производом и истовремено је у бољој позицији да квар ефикасно отклони. С друге стране, у неким случајевима потрошачу је продавац приступачнији (географски ближи). Стога је најбоља опција

⁴⁵ EPRS | European Parliamentary Research Service. Стр. 2.

да се избор одговорног субјекта препусти потрошачима.

3) Право потрошача да сам поправља производе (за разлику од обавезе да се обрати искључиво овлашћеном сервисеру). Према прописима ЕУ, произвођачи нису дужни да пружају техничке информације потрошачима (као што су сервисни приручници), нити да потрошачима обезбеде резервне делове. Само професионални сервисери имају гарантовани приступ техничким информацијама и резервним деловима, и то само за одређене производе.

3.4. Ревизија Директиве о продаји робе

Продужење рока законске гаранције када је реч о трајнијим производима делује логично. Јединствени рок од две године, прихваћен у већини земаља чланица, није прикладан за многе врсте уређаја (нпр. бела техника, потрошачка електроника итд.) и не одражава њихов истински животни век у стварној експлоатацији. ВЕУС стога препоручује увођење дужих законских гарантних рокова за производе са дужим веком трајања.⁴⁶ Конкретно, различите производе треба да прате различити гарантни рокови, а у вези са мерама за спровођење Еко-дизајн прописа.

Потребу за увођењем дужих законских гарантних рокова за одређене категорије производа је препознао и ИМСО комитет (Европски парламент), који је 16. марта 2022. уз широку политичку подршку одобрио Предлог резолуције о праву на поправку.⁴⁷ У Шведској законска гаранција траје три године, а у Финској гарантни рок покрива очекивани животни век производа (ЕСС-Net, 2015).

Продужење гарантног рока након поправке. Европска комисија разматра додатно продужење законског гарантног рока, у случајевима када је производ био на поправци. Слично решење постоје у неколико земаља ЕУ. У француском Закону о потрошачима из 2020. законска гаранција се продужава за време док је производ био на поправци. Француска је недавно криминализовала понашање произвођача које доводи до планираног отказа.⁴⁸

Директна одговорност произвођача. ВЕУС више година препоручује увођење директне одговорности произвођача поводом законске гаран-

⁴⁶ ВЕУС, Sustainable Consumption of Goods – Promoting the Right to Repair and Reuse', стр. 2-3.

⁴⁷ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2022-0175_EN.html

⁴⁸ Svensson-Hoglund, Sahra, et al. „Barriers, enablers and market governance: A review of the policy landscape for repair of consumer electronics in the EU and the US.” Journal of Cleaner Production 288 (2021): 125488. стр. 10

ције. Његова директна одговорност не треба да искључи одговорност продавца. Уместо тога, и произвођач и продавац треба да буду солидарно одговорни потрошачу. То омогућава потрошачу да бира коме ће упутити захтев. Избор се заснива на географској доступности, ликвидности друге стране (нпр. велики мултинационални произвођач наспрам малог локалног продавца) или зависи од врсте квара (нпр. када је квар резултат лошег дизајна производа, логичније је да одговара произвођач). Такав систем солидарне одговорности подстиче произвођаче да њихови производи буду трајнији, пружајући потрошачима додатни и алтернативни пут обештећења. Тржишна реалност је да данашњи трговци обично немају никакав утицај на саобразност производа, нити могу да га поправе.⁴⁹

Преокретање терета доказивања. По позитивним прописима, током првих 12 месеци од продаје важи претпоставка да производ није био саобразан у тренутку испоруке, осим када то није у складу са природом робе или природом недостатка. Након 12 месеци, продавац има право да захтева од потрошача доказ да је производ био неисправан још у време испоруке.⁵⁰ Да би потрошачи уживали права из законске гаранције у пракси и успешно остварили поправку свог неисправног производа, не би требало од њих захтевати да докажу да је несаобразност постојала већ у време његове испоруке. Такав доказ може бити изузетно тежак јер захтева скупе техничке тестове, недоступне потрошачима. Током трајања законске гаранције терета доказивања треба да носе произвођачи и трговци.⁵¹

Хијерархија правних средстава. Директива о продаји робе предвиђа скуп правних средстава између којих потрошач бира када се испостави да је његов производ неисправан. Првенствено, он бира између поправке и замене. BEUC препоручује да се овај избор задржи. Чак и у случајевима када је поправка еколошки прихватљивија, она није решење за све врсте несаобразности производа. Штавише, у неким случајевима замена производа мање штети животној средини него поправка. Уместо да поправка постане једина опција, BEUC препоручује увођење нових мера за подстицање поправке: 1) онемогућити трговца да одбије поправку позивањем на тзв. „тест пропорционалности“; 2) искључити замену код мањих кварова; 3) рок за поправку скратити на

⁴⁹ BEUC, Sustainable Consumption of Goods – Promoting the Right to Repair and Reuse’, стр. 4.

⁵⁰ Чл. 11 Директиве о продаји

⁵¹ BEUC, Sustainable Consumption of Goods – Promoting the Right to Repair and Reuse’, стр. 4.

15 дана; 4) трговац је дужан да потрошачу обезбеди привремени заменски производ. Продавца (и произвођача) треба подстаћи да поправи или обнови неисправан производ и да га поново врати на тржиште по нижој цени.⁵²

Ко сноси трошкове поправке? Током законске гаранције поправка је за потрошача бесплатна. Често се износи аргумент да продужење гарантног рока повећава цене. Међутим, продужење законске гаранције са две на пет година не би изазвало значајније поскупљење, већ раст између 1% и 2,9%.⁵³ С друге стране, разумљиво је да потрошач сноси трошкове за кварове које је сам проузроковао, нпр. неправилним руковањем. О оба случаја, трошкови поправке треба да буду економски разумни. Мере у циљу развој тржишта независних сервисних услуга олакшавају остваривање новог права на поправку у пракси.

3.5. Мере мимо Директиве о продаји робе

Спречавање поправке путем ограничавајућих уговорних клаузула лечи се бољим разграничењем права интелектуалне својине од права на поправку, као и уважавањем чињенице да је потрошач слабија уговорна страна у односу са продавцем (произвођачем). Ретки су случајеви да се уговорна неравнотежа коригује позивањем на начело савесности и поштења у парници. Оспоравање права на поправку позивањем на заштиту интелектуалне својине није оправдано.⁵⁴

Злоупотреба споразума са крајњим корисником (EULA) може се спречити поништавањем уговорних клаузула (делимична ништавост) које спречавају поправку јер су супротне јавном интересу (нпр. циљевима одрживости⁵⁵ или принудним прописима). Тешко је одбранити став да приватни уговор, као што је EULA, искључује право на поправку када оно буде гарантовано законом. Судови нису користили правила о непоштеној трговачкој пракси против рестриктивних уговорних клаузула о поправци.

ЕУ разматра увођење етикете која указује на поправљивост производа на начин разумљив потрошачима (Joint Research Centre, 2018). Од

⁵² BEUC, Sustainable Consumption of Goods – Promoting the Right to Repair and Reuse', стр. 4.

⁵³ <https://www.quechoisir.org/dossier-de-presse-extension-a-2-ans-de-la-garantie-legale-une-information-duconsommateur-loin-d-etre-garantie-n12641/>

⁵⁴ Sganga, C., Scalzini, S., 2017. "From abuse of right to European copyright misuse: a new doctrine for EU copyright law," IIC-. Int. Rev. Intellect. Prop. Compet. Law 48 (4), 405-435.

⁵⁵ Heath, C., 2014. Exhaustion and Patent Rights. Oxford University Press

2014. године француски прописи превазилазе минимуме ЕУ правила о еко-дизајну, те обавезују продавца да наведе временски период у којем ће произвођач или увозник обезбедити резервне делове. Током његовог трајања, произвођачи и увозници су дужни да обезбеде резервне делове најкасније 2 месеца након захтева било ког сервисера (укључујући независне сервисере). Организације потрошача захтевају да потрошачи буду информисани и о недоступности резервних делова.⁵⁶

Боља информисаност о трајању гаранције утиче на одлуку потрошача о бацању производа. Директива о правима потрошача већ обавезује трговца да информише потрошача о постојању законске гаранције за саобразност производа. ВЕУС препоручује увођење нове обавезне ЕУ ознаке (етикете): „гарантовани животни век” за све производе трајније од две године. Нова етикета не прави разлику између законске и трговачке гаранције, већ садржи информацију колико година је производ покривен неком од њих. Трајање законске гаранције увек треба да буде приказано на овој етикети као минимум. Етикета коју предложи ВЕУС омогућила би потрошачима приступ информацијама на разумљив и уједначен начин. Такође, ознака би спречила забуну потрошача између законских (обавезних) и трговачких (добровољних) гаранција.⁵⁷

4. Контра-аргументи произвођача и трговаца

Пословне организације се противе горе приказаним иницијативама, поготову поправкама које спроводе сами потрошачи. Business Europe истиче да код одређених кварова трговац мора да одлучује ко ће поправити производ, како би се обезбедио квалитет и осигурала безбедност, док приступ информацијама о оправци не сме угрожавати пословне тајне. Business Europe такође тражи усаглашене критеријуме за скалу поправљивости (ради тачних етикета на производима); треба избећи „затрпавање” потрошача информацијама о трајности и одрживости, и подстицати запошљавање специјализованих сервисера.⁵⁸

Applia, која представља индустрију кућних апарата у Европи, противи се општем праву на поправку производа, с обзиром на ризик од телесних повреда и угрожену сигурност.⁵⁹

⁵⁶ Svensson-Hoglund, Sagra, et al. «Barriers, enablers and market governance: A review of the policy landscape for repair of consumer electronics in the EU and the US.» *Journal of Cleaner Production* 288 (2021): 125488, стр. 9

⁵⁷ BEUC, Sustainable Consumption of Goods – Promoting the Right to Repair and Reuse’, стр. 3.

⁵⁸ https://www.besbusiness.eu/sites/buseur/files/media/position_papers/legal/2020-10-06_businesseu_reply_consultation_european_consumer_agenda.pdf

⁵⁹ <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12464->

Digital Europe, организација произвођача у дигиталном сектору тражи равнотежу између транспарентности и очувања интелектуалне својине. Информације о поправци и растављању по истеку радног века треба да су доступне само професионалцима. Произвођачки погони за поправке и званичне сервисне мреже су извор висококвалитетних радних места и услуга у циркуларној економији. Пошто су оптимизовани, њихов штетни утицај на животну средину је много мањи него када поправљају сами потрошачи.⁶⁰

EuroCommerce, представник ЕУ трговаца на велико и мало, истиче да доступност резервних делова треба да буде приоритет како би се унапредила циркуларност производа, док шира листа резервних делова и информације о сервисирању треба да буде доступна само професионалним сервисерима.⁶¹

5. Закључак

Право на поправку је део шире борбе за заштиту животне средине. Реформа смањује неодрживу потрошњу, подстиче произвођаче да дизајнирају трајније, поправљиве производе, што све помаже изградњи циркуларне економије. Модерни производи се брже кваре него раније, а њихова поправка није економична, што је супротно принципима одрживости. Наука о понашању, односно анализа како утицати на вољу потрошача приликом куповине, суочавања са кваром и приликом каснијег одбацивања производа, игра значајну улогу у изради модерних ЕУ прописа.

Различити правни и тржишни механизми ограничавају или спречавају поправку производа, односно демотивишу заинтересоване правне субјекте да учествују на овом тржишту. Поправка наилази на правне баријере, почев од права интелектуалне својине (патенти, ауторска права, индустријски дизајн, жигови), до рестриктивних уговорних клаузула у уговору о лиценци са крајњим корисником (EULA) и уговору о продаји. Право заштите потрошача (правила о гаранцији) не иде у корак са прописима о еко-дизајну и еко-означавању.

Иницијатива за „право на поправку” тежи да реши ове проблеме путем мера које се односе на потрошаче, произвођаче, сервисере и друге учес-

Consumer-policy-the-EUs-new-consumer-agenda/F541891_en

⁶⁰ <https://www.digitaleurope.org/resources/digitaleuropes-supporting-paper-on-the-public-consultation-on-the-sustainable-products-initiative/>

⁶¹ https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12095-Circular-economy-new-action-plan-to-increase-recycling-and-reuse-of-products-in-the-EU/F502808_en

нике на тржишту, са општим циљем да се продужи животни век производа. Мере везане се уговорни однос између потрошача и продавца (трговца) подразумевају циљане измене Директиве о продаји робе, али и афирмацију потпуно новог права на поправку, било у оквиру Директиве или евентуално у посебном акту. Нарочито је важно заштити потрошача од програмираног отказа и омогућити поправку када сам потрошач узрокује квар током гарантног рока, као и када се квар јави након истека гарантног рока.

Prof. Mihajlo Cvetković, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

CONSUMER'S RIGHT TO REPAIR

Summary

Along with protection of the individual economic interests, the consumer protection law should promote sustainable development and rational consumption of natural resources in the future. The so-called "right to repair" facilitates these goals. Like other freedoms taken for granted, over time economic interest of the manufacturers of technical products suppressed this natural right derived from property. The repair contributes to the circular economy and protects the environment, but has strong opponents, so new European and American rules proscribe product life, availability of spare parts and tools, prohibit "predatory design", "programmed failure" and consumers bonding to a particular "ecosystem". The fact that these problems are described using quotation marks is a reliable signal that topic deserves legal analysis, at least in Serbian jurisprudence.

Keywords: consumer right, repair, sustainability, warranty.

ЕКСПРОПРИЈАЦИЈА КАО ПРАВНИ ИНСТИТУТ²

Апстракт: Експропријација као правни институт је и ужа и шира од формалне експропријације (експропријације у формалном смислу), под којом подразумевамо правни пут за одузимање или ограничавање права својине у појединачном правном предмету. Путем формалне експропријације успостављају се различити правни институти, а један од тих правних института је експропријација у материјалном смислу. С друге стране, експропријација као правни институт испољава се и ван формалне експропријације, под окриљем ограничавања приватне својине до којег долази непосредним законским уређивањем појединих области правног поретка, као и поводом правног уређивања појединих правних предмета у судским и другим правним поступцима. Експропријација у материјалном смислу постоји само када путем експропријације у формалном смислу наступа преображај приватне својине у јавну својину, ради остваривања једног прецизираног општег интереса, са могућношћу враћања у пређашње стање. Враћање у пређашње стање (деекспропријација) наступа по захтеву ранијег сопственика, ако се утврди да сврха експропријације није остварена. Управо могућност деекспропријације је *differentia specifica* која одваја експропријацију у материјалном смислу од других правних института припадајућих експропријацији у формалном смислу, као и од квазиекспропријације и других облика одузимања и ограничавања приватне својине.

Кључне речи: формална експропријација, експропријација у материјалном смислу, квазиекспропријација, експропријација као правни институт, деекспропријација.

¹ pricamilos@prafak.ni.ac.rs

² Рад је подржан средствима Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије на основу Уговора о реализацији и финансирању научно-истраживачког рада НИО у 2022. години, број: 451-03-68/2022-14/ 200120 од 04. 02. 2022. године.

1. Експропријација као правни институт

Експропријација је правни институт са веома сложене структуром и широком применом у постојећим правним поретцима европских држава – у бројним видовима испољавања и различитим режимима правног уређивања. У следству уставне гаранције приватне својине,³ **експропријација у формалном смислу (формална експропријација)** – као незаобилазни елемент правне државе – подразумева законом уређени правни пут за одузимање или ограничавање права својине у појединачном случају – у јавном интересу, при чему правни пут у питању обухвата: (1) утврђивање јавног интереса за одузимање или ограничавање права својине, (2) доношење појединачног правног акта о одузимању или ограничавању права својине, и (3) одређивање накнаде за одузету непокретност или ограничено право својине.

Према нашем схватању, јавни интерес је регулативна детерминанта правног поретка и статички израз општег добра! Општи интерес је динамички израз општег добра, док је приватни интерес динамички израз индивидуалних (приватних) добара. Општи интерес не би требало поистовећавати са јавним интересом, имајући у виду да предложена сврха експропријације са својством општег интереса може али и не мора бити у јавном интересу. Јавни интерес као регулативна детерминанта уткан је у све етапе правног уређивања експропријације, почев од испитивања предложене сврхе експропријације, а затим и у погледу поступка спровођења експропријације и особито у погледу обештећивања власника експроприсане непокретности.

Експропријација у формалном смислу подразумева да се испитивањем предложене сврхе експропријације у односу на друге правне интересе и правна добра утврди постојање јавног интереса за одузимање или ограничавање приватне својине у конкретном случају (правном предмету). Јавни интерес с тога представља регулативну детерминанту између супротстављених правних интереса у поступку експропријације. Тако, изградња болнице као израз општег добра представља општи интерес и оправдану сврху експропријације, али је неопходно испитати да ли је наспрам непокретности предложених за експропријацију – изградња болнице у јавном интересу. Уколико је одговор одречан, то значи да експропријација није у јавном интересу. Ако се пак утврди да је одговор на постављено питање потврдан, јавни интерес као регулативна

³ Устав Републике Србије („Сл. гласник РС”, бр. 98/2006) у чл. 58. јемчи мирно уживање својине и других имовинских права, нормирајући да право својине може бити одузето или ограничено у јавном интересу утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне.

детерминанта даље ће подразумевати доношење законите одлуке о експропријацији и доношење правоваљане одлуке о накнади за експроприсану непокретност. При томе, ако је у питању разлог који се не би могао имати карактер општег интереса као израза општега добра (нпр. изградња тржног центра или изградња комплекса стамбених и пословних објеката на једном подручју државе), то не значи да разлог у питању не би могао бити у јавном интересу. Али, будући да се не ради о општем интересу као изразу општега добра, у таквом случају не би било допуштено покретати поступак експропријације, већ се остваривање дотичне сврхе може постићи на други правно дозвољен начин (нпр. правним уређивањем везаним за употребу непокретности у јавној својини и уговарањем на основу слободне воље у погледу објеката у приватној својини), да би правно уређивање у питању задобило карактер јавног интереса.⁴

Код правних института који по природи својој имају трајан карактер или сложену структуру, настаје мноштво правних предмета са различитим начинима њиховог правног уређивања (правним стварима). У том смислу, нигде се у правном поретку не показује сложеност правног уређивања као у случају правног режима формалне експропријације. На делу је снажно померање обележја правног уређивања експропријације: од управне ствари (у поступку поводом утврђивања јавног интереса и доношења решења о експропријацији), уговорне ствари (у погледу накнаде за експроприсану непокретност), судске ствари: ванпарничне (спрам накнаде за експроприсану непокретност) и парничне (у погледу спорних питања правног односа између експропријанта и експропријата), опет управне или уговорне и парничне у поступку деекспропријације.

Путем формалне експропријације успостављају се различити правни институти,⁵ а један од тих правних института је експропријација у

⁴ М. Прица, *Јединство правног поретка као уставно начело и законско уређивање експропријације*, Усклађивање права Србије са правом Европске уније, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2020, стр. 157-186.

⁵ Примерице, службености у општем интересу (административне службености) се успостављају у поступку експропријације али се службености у питању надаље уподобљавају правном режиму службености, који уређује Закон о основама својинскоправних односа, као општи закон за све службености у правном поретку. То значи да административне службености према типичним грађанскоправним службеностима стоје у односу посебног правног института према општем правном институту. С друге стране, на закуп у општем интересу, који се заснива у поступку експропријације, не може се применити правни режим закупа као правног института проистеклог из Закона о облигационим односима, имајући у виду да је наш системски

материјалном смислу. То значи да је експропријација у материјалном смислу ужа од формалне експропријације. С друге стране, експропријација као правни институт испољава се и ван формалне експропријације, под окриљем ограничавања приватне својине до којег долази непосредним законским уређивањем појединих области правног поретка те и у следству правног уређивања појединих правних предмета у судским и другим правним поступцима.

Правне предмете који се у правном поретку заснивају ван формалне експропријације а који почивају на правном основу експропријације у формалном смислу, назвали смо **квазиекспропријацијом**, што је начин да се дати предмети раздвоје од случајева одузимања или ограничавања приватне својине – за које је у природи ствари да имају облик експропријације у формалном смислу. Под окриљем квазиекспропријације налазе се случајеви правно допуштеног одузимања и ограничавања приватне својине или других признатих права чије одузимање или ограничавање изискује обавезу да се пружи обештећење. Према томе, квазиекспропријација обухвата облике одузимања или ограничавања приватне својине праћене накнадом, у погледу којих важи правни карактер експропријације као правног института – њен правни основ или елемент њеног правног режима.

Откривање правних института долази у следству функционалне анализе правних основа и на тај начин се открива повезаност правног основа између правних режима из различитих области правног поретка. С тим у вези, наше је гледиште да експропријација као правни институт представља целину правних ствари и правних ситуација постојећих у различитим областима правног поретка.⁶ Повезивање квазиекспропријације, експропријације у формалном смислу и експропријације у материјалном смислу остварује се на основу природе правног објекта, правног предмета и правног основа. Правни објект је приватна својина, док њезино конкретизовано одузимање или ограничавање има карактер правног предмета. Правни основ је прекомерна жртва титулара права својине, а експропријациона накнада служи постизању равнотеже између супротстављених правних интереса, при

закон о облигационим односима искључио могућност примене својих одредаба на закупе уређене посебним прописима (чл. 568 Закона о облигационим односима). Дакле, административни закуп је посебан правни институт који не може према типичном грађанскоправном закупу стајати у односу посебног правног института према општем правном институту.

⁶М. Прица, *Експропријација као правни институт*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2016, стр. 83-365.

чему је важно утврдити разлику између експропријације у формалном смислу, експропријације у материјалном смислу и квазиекспропријације, што је предмет овога рада.

2. Експропријација у формалном смислу (формална експропријација)

Експропријација схваћена као одузимање или ограничавање приватне својине у корист општега добра – праћено обештећењем титулару одузетог или ограниченог права својине, настала је знатно пре либералне правне државе, али је тек у поретку либералне правне државе установљена експропријација у формалном смислу, као правни режим састављен од циљева, претпоставки, услова, правних правила и правних путева. Штавише, експропријација је сенка која прати приватну својину – тај снажни стуб на којему почива изградња јавног поретка либералне правне државе. При томе, током 19. и 20. века експропријација је доживела знатне промене у погледу свог правног устројства. Од „лепе младости”, у поретку либералне правне државе, експропријација током двадесетог века достиже пуну зрелост, остварујући на уштрб „лепоте”, импозантну ширину присуства у правном поретку.

У важећим континенталним правним поретцима, експропријација се, осим у виду одузимања права својине (тзв. потпуна експропријација), појављује и као ограничење права својине, путем института службености, закупа и привременог заузимања земљишта (тзв. непотпуна експропријација). Уз то, постојећим европским правним поретцима својствено је ширење правног режима експропријације, тако што, осим непокретности, формална експропријација обухвата покретне ствари, као и поједина права. Примера ради, у Француској ће се допустити експропријација патената на проналаске који се тичу националне одбране и поморских културних добара која се налазе на поморском добру.⁷ Правило је ипак да се одузимање покретних ствари може допустити само у стању нужде, у којем случају производи дејство реквизиција као посебан облик експропријације. Ван стања нужде, не постоји разлог који би оправдао обухват експропријације на покретне ствари, а да тиме не буде доведена у питање доктрина правне државе.

Када је реч о непокретности као предмету експропријације, постоји неколико облика формалне експропријације. Најпре, саобразно обухвату експропријационог захвата, формална експропријација се испољава као **потпуна и делимична**. Предмет експропријације не мора

⁷ R. Chapus, *Droit Administratif, Domat droit public*, Montchrestien, Paris, 1995, 618.

бити цела непокретност, већ то може бити један њен део, уколико се тиме општи интерес задовољава. Рецимо, ако се експроприше једна непокретност, а није потребно да се експроприше цела парцела, тада ће уследити подела парцеле, чиме ће бити конституисана једна нова парцела као предмет експропријације. У континенталним европским правним поретцима, и у нашем праву, власнику експроприсане непокретности допуштено је да, под законом предвиђеним условима, поднесе **захтев за експропријацију преосталог дела непокретности**.⁸

Затим се као облик експропријације у формалном смислу установљавају **службености у општем интересу (административне службености)**.⁹ Ради спровођења истраживачких радова може се путем експропријације у формалном смислу установити **закуп земљишта у општем интересу (административни закуп)**,¹⁰ а ради јавног интереса може се допустити и **привремено заузимање туђег земљишта**. У нашем праву се као посебан облик експропријације у формалном смислу укоренио пренос својине између субјеката јавног права. Реч је о **тзв. административном преносу својине** (раније друштвене, данас јавне).¹¹

Предмет експропријације у формалном смислу није исти у свим правним поретцима, при чему се и правни карактер појединих облика експропријације може разликовати у правним поретцима, без обзира на чињеницу што се сам предмет не разликује. Тако се у Француској службености не могу засновати у поступку експропријације, што је правило у нашем и многим другим правима. Исто тако, правној свести француског правника својствено је схватање, да експропријација преосталог дела непокретности по захтеву сопственика има карактер обичне купопродаје и не улази у појам експропријације у формалном и материјалном смислу.¹²

⁸У правном поретку Републике Србије, орган који води поступак експропријације има дужност поучити сопственика, да може поднети захтев за експропријацију преосталог дела непокретности. Другачијим поступањем орган чини битну побреду правила поступка, па ће се по жалби првостепено решење поништити. (Врховни суд Србије, У. 572/92 и У. 573/92 од 10. 6. 1991. Билтен судске праксе ВСС бр. 1/1993, стр. 69.)

⁹„Експропријацијом се може установити службеност на непокретности на одређено време.“ (Пресуда Врховног суда Србије, У. 3951/2005. од 7.6.2006. године).

¹⁰„За истраживачке радове може се извршити само непотпуна експропријација и одредити закуп земљишта на одређено време.“ (ВСЈУж. 1933/65 од 11. 6. 1965., Билтен бр. 6/1966, стр. 49).

¹¹„Организација која у моменту одређивања накнаде користи земљиште по основу административног преноса извршеног у смислу Закона о експропријацији је обвезник плаћања накнада за одузето земљиште.“ (Правно схватање Одељења за управне спорове Врховног суда Србије од 14. 4. 1993. године. Билтен бр. 1/2010, стр. 28.).

¹²М. Gjidara, *L'acquisition des biens publics, notamment par expropriation, Le droit et la*

Поврх тога, у европским правним поретцима нужно је постојање неколико правних режима формалне експропријације. Основни правни режим експропријације поставља се системским законом о експропријацији, чијим се одредбама предвиђа и посебан правни режим експропријације у ванредним ситуацијама са разлогом хитности (нпр. елементарне непогоде). У Француској, на пример, Закон о заштити животне средине из 1995. године прописује да држава може експроприсати земљишта којима прете одређени значајни природни ризици. Осим тога, од основног правног режима заснованог системским законом о експропријацији, ваљало би разликовати правни режим експропријације са елементом иностраности, имајући у виду његову заснованост у одредбама међународних уговора и међународних извора права. Уз то, у Швајцарској, осим формалне експропријације у општем интересу, као посебан правни режим постоји експропријација суседског права у јавном интересу.¹³

При свему наведеном, важно је имати у виду да су поједини облици експропријације у формалном смислу везани само за одређено правно подручје одн. одређени правни поредак. Као посебан облик експропријације у нареченом смислу заступљена је у француском праву – експропријација напуштених непокретности (*expropriation d'immeubles abandonnés*). Непокретности у питању подлежу експропријацији одлуком органа локалне самоуправе. За наше прилике, још је необичнија експропријација по захтеву сопственика у енглеском праву, као самосталан захтев, за разлику од нашега права у коме је захтев у питању секундаран. Реч је о томе да у енглеском праву власник непокретности, коме орган власти одбије захтев за издавање грађевинске дозволе, може захтевати од јавне власти да дотичну непокретност експроприше одн. у духу енглеског права да је откупи.

Дакле, односу на предмет и сврху експропријације, формална експропријација може да буде **трајна и привремена, потпуна и делимична**. Према одликама правног режима, дели се на **основну експропријацију, експропријацију са елементом иностраности и експропријацију у ванредним ситуацијама са разлогом хитности**. Када се имају у виду правни институти који се успостављају путем експропријације у формалном смислу, ваљало би лучити **експропријацију у материјалном смислу од административних службености, административног**

valorisation des biens publics, Zbornik radova hrvatsko-francuskog pravnog simpozijuma, Split, 2008, 102.

¹³М. Vučković, *Deprivation (expropriation) of the neighbor's right*, Legal, social and political control in national, international and EU law, Niš, 2016, 659-674.

закупа, привременог заузимања земљишта у јавном интересу и административног преноса својине.

3. Квазиекспропријација

Под окриљем квазиекспропријације налазе се случајеви правно допуштеног одузимања и ограничавања приватне својине или других признатих права чије одузимање или ограничавање изискује обавезу да се пружи обештећење. То су: 1) експропријација као правни принцип из којег произлази норма за правно уређивање појединих грађанскоправних ствари (експропријација као поравнање супротстављених приватних интереса), 2) тзв. фактичка експропријација као одузимање супстанце приватне својине и 3) индиректна експропријација – као ограничавање права својине и других права у следству којих титуларних права трпе претерану жртву у име остваривања правног и јавног поретка. Према томе, квазиекспропријација обухвата облике одузимања или ограничавања приватне својине праћене накнадом, у погледу којих важи правни карактер експропријације као правног института – њен правни основ или елемент њеног правног режима.¹⁴

Одавде произлази потреба разликовања између формалне експропријације, фактичке експропријације и индиректне експропријације. Наиме, када се не спроводи формална експропријација, а дејство предузетих аката и радњи титулара лишавају супстанце права, на делу је фактичка експропријација, не формална (директна), нити индиректна експропријација. Опет, индиректна експропријација је резултат аката и радњи, предузетих ван формалне експропријације, а последица дејства тих аката и радњи је неправично ограничавање права титулара.

Индиректна експропријација подразумева одговор правног поретка на дејство законског правног уређивања приватне својине, тако што захтев правичности – због претеране жртве наметнуте уређивањем у питању – намеће обавезу пружања одговарајуће накнаде титулару права својине. Индиректна експропријација је ограничавање права својине и имовинских права, дочим је „фактичка експропријација” захват у приватну својину остварен ван режима формалне експропријације, по свом дејству правно једнак дејству експропријације у формалном смислу. Генерално узевши, лучење индиректне експропријације од „фактичке експропријације” одговара разлици између ширине својинских и стварноправних овлашћења, с једне стране, и

¹⁴ М. Прица, *Експропријација као правни институт*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2016, стр. 102-117.

саме супстанце права својине, с друге стране. Када, дакле, дејством једног акта или радње, власник бива доведен у стање тзв. голе својине (*nuda proprietas*), на делу је „фактичка експропријација”. У противном, ако је посреди ограничавање приватне својине које титулара доводи у стање наметања посебне и претеране жртве, на делу је индиректна експропријација.

Индиректна експропријација заступљена је у правном поретку код нужног пролаза, ванредног укидања решења ради заштите јавног интереса, а чини се да је најупечатљивији облик индиректне експропријације заступљен код тзв. имисија, када се титулар обештећује за прекомерну (претерану) штету причињену вршењем делатности у јавном интересу од стране индустријских предузећа.¹⁵

За разлику од индиректне експропријације, фактичка експропријација подразумева дејство правних и материјалних аката које власника непокретности лишава могућности употребе овлашћења према ствари, иако актима у питању није наступило формално одузимање права својине. У редовним ситуацијама, титулар права својине је властан да ствар држи, користи и у односу на њ располаже правом својине, са правним дејством према свима (*erga omnes*). Но, може се у правној збиљи догодити да је власник непокретности, премда није изложен удару експропријације у формалном смислу, одређеним актима и радњама онемогућен да непокретност држи, да је користи и да с њом располаже, следствено чему постоји само „гола својина”, што је основ на којем се у постојећим правним поретцима признаје и доктринарно развија тзв. фактичка експропријација.¹⁶

„Фактичка експропријација” обухвата случајеве испољавања правног дејства законског правног уређивања, коме није циљ одузимање права својине, већ правно уређивање њеног правног режима, а у следству тога уређивања титулар права својине трпи последице као да је спроведена формална експропријација. При томе, „фактичка експропријација” није последица само дејства правног уређивања правног режима својине, као духовне делатности у правном поретку, имајући у виду да „фактичка експропријација” може представљати резултат материјалне (физичке) делатности субјеката правног поретка.

¹⁵ М. Петровић, *Индустријско суседство и одговорност за штету*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2011, стр. 163 ил.

¹⁶ М. Прица, *«Фактичка експропријација» као угаснуће владавине права у правном поретку Републике Србије*, Универзално и особено у праву, Косовска Митровица, 2018, стр. 361-387.

Имајући наведено у виду, „фактичка експропријација” је аналогна примена формалне експропријације у сродним – али правно нетипичним стварима. Другим речима, установљење „фактичке експропријације” исходвала је потреба проналажења правичног решења за правне предмете у којима не постоји одузимање права својине али је ограничавање правног положаја власника непокретности у тим случајевима у тој мери снажно – да је право својине лишено супстанце и сведено на тзв. голу својину, без могућности титулара права својине да користи овлашћења према ствари.

Осим индиректне експропријације и «фактичке експропријације», квазиэкспропријација је заступљена и код појединих грађанскоправних ствари тако што се приликом њиховог правног уређивања аналогно примењује експропријација у формалном смислу, њен правни основ или поједини елементи њеног правног режима.¹⁷

У природи је ствари да експропријација представља принцип из којег произлази норма за правно уређивање одређених грађанскоправних предмета. При томе, постоје грађанскоправни предмети код којих долази до одузимања приватне својине уз накнаду власнику експроприсане ствари, а постоје и грађанскоправни предмети код којих долази до ограничавања приватне својине уз накнаду сопственику ствари. У обема поменутих ситуацијама на делу је супротстављеност правних интереса – а превагу односи претежнији интерес, са обавезом да се намирење овог другог постигне обештећењем за одузимање или ограничавање приватне својине. Експропријација је овде заступљена у правном основу или кроз аналогну примену правила која важе у погледу накнаде за експроприсану непокретност. Експропријација као принцип из којег произлази правило за правно уређивање грађанскоправних ствари заступљена је код правног института прираштаја. Тако у погледу прераде (*specificatio*), Ковачевић-Куштримовић и Лазић предочавају: „У случају прераде, законодавац овлашћује власника материјала да захтева повраћај у пређашње стање ако се тиме не причињава знатнија штета или не проузрокују знатнији трошкови. Ако то није могуће остварити, онда се право својине на ствари решава у зависности од савесности приређивача, односно власника материјала. Савесна страна има право да бира, да задржи нову ствар као искључиви власник а да другоме исплати вредност рада, односно вредност материјала, или да несавесној страни препусти ствар, с тим да јој ова надокнади вредност рада, односно материјала. Када је вредност материјала незнатна у односу на рад, нова ствар припада прерађивачу, независно од његове

¹⁷ Р. Јеринг, *Циљ у праву*, Подгорица, 1998, стр. 230 илд.

савесности, с тим што власнику материјала дугује накнаду.»¹⁸ Истодобно, код сједињења (спајања и смеше) уочава се експропријација као правни принцип, тако што, примерице, власник чија ствар од двеју спојених или помешаних има незнатну вредност има само право на накнаду њене вредности, а нова ствар припада другом власнику. Надаље, експропријација као принцип очитован је у правилу *superficies solo cedit* – све што је чврсто спојено са земљиштем дели његову правну судбину. Ради се о зидању на туђем земљишту, у чијем је правном режиму неколико предвиђених ситуација.¹⁹

4. Одређивање појма експропријације у материјалном смислу

Погледајмо најпре у чему је разлика између квазиекспропријације и експропријације у формалном смислу. Прво, у погледу експропријације као принципа из којег произлази правило за правно уређивање појединих грађанскоправних ствари, на делу је супротстављеност приватних интереса, а јавни интерес је регулативна детерминанта и статички израз интереса о којима говоримо. У питању је потреба постављања правног правила за правно уређивање грађанскоправних ствари као типичних правних предмета, да би се у конкретном случају могла утврдити равнотежа супротстављених приватних интереса. То је циљ правног уређивања у овоме случају, а одузимање права својине је израз потребе да правна решења буду разумна, следствено чему накнада за експроприсану непокретност служи као средство за постизање поравнања између интереса у питању.

Код тзв. фактичке експропријације, настале услед законског правног уређивања, *ratio iuris* је прекомерна жртва која се намеће титулару права својине. Будући остављен само са „голом својином” разлог је правде да се њему пружи накнада која прати експропријацију у формалном смислу.

У погледу тзв. индиректне експропријације као квазиекспропријације, разлика у односу на експропријацију у формалном смислу очитује се у томе што је експропријација у формалном смислу конкретна, за разлику од квазиекспропријације као апстрактне, по томе затим што експропријација у формалном смислу има пред собом именованог титулара права својине, дочим квазиекспропријација својим дејством погађа свакадашњег власника, те на концу експропријација у формалном смислу је директно и именовано одузимање или ограничавање

¹⁸ Р. Ковачевић-Куштримовић, М. Лазих, *Стварно право*, Ниш, 2006, стр. 114-115.

¹⁹ *Ibidem*, стр. 115-116.

приватне својине, а то не може да важи код правног уређивања својине, којом приликом се индиректно дејство тога уређивања може квалификовати прекомерним задирањем што је разлог за накнаду која иде уз експропријацију у формалном смислу.

Имајући наведено у виду, три су битна разлога за постојање експропријације у формалном смислу. То су: 1) остваривање општег интереса у односу на конкретну непокретност, без утврђивања постојања јавног интереса, значило би угрожавања начела једнакости пред јавним теретима и једнакости пред законом уопште; 2) како потреба ради које се предлаже експропријација по природи ствари представља питање целисходности, експропријација у формалном смислу је начин да се путем јавности утврди да ли је општи интерес у јавном интересу; 3) експропријација у формалном смислу је средство које треба да онемогући опасност тзв. бега државних органа у приватно право. Према томе, не постоји разлог који би пружио оправдање да наспрам експропријације у формалном смислу важи могућност непосредног дејства закона. Одавде произлази закључак да је доношење индивидуалног правног акта одређујуће обележје експропријације у формалном смислу.

Зашто се пружа накнада за експропријацију у формалном смислу и за квазиекспропријацију? Одговор гласи: зато што титулар права својине сноси претерану жртву, следствено чему је разлог правде да се васпостави равнотежа интереса, а та равнотежа је услов за очување јавног поретка и државе као територијалне (правно-политичке) заједнице. При томе, било би важно имати у виду да је неопходно да „жртва” задобије својство претераности и специјалности, како би било покренуто дејство обавезе пружања накнаде титулару права својине. Петровић, као врсни познавалац немачке и француске правне књижевности, био је у прилици да закључи: „...у извесним хипотезама, жртва сама по себи („претерана штета”) није довољан услов за наступање обавезе државе да изврши обештећивање. Поред ње се тада захтева, кумулативно, и то да је посебна, „специјална”, то јест наметнута појединцу или уско одређеној скупини лица. ...Савремена држава не може опстати а да не намеће, путем разних прописа, одређене веће или мање жртве, терете, својим грађанима. Уколико би сваки пут када је жртва, терет, „претеран”, плаћала накнаду, не узимајући у обзир број погођених особа, њене политичке, економске и друге функције врло брзо би дошле на слепи колосек. Ниједна државна благајна, без обзира на јачину, то не би могла да издржи. ...С тога посебност, специјалност, можемо гледати тек као допуну критеријума претераности жртве која га чини практично применљивим у одређеним случајевима, то јест онда када нека државна

мера, потпуно уставна или законита, погађа изузетно велики број припадника једнога друштва-државе.²⁰ Начело жртве изражава захтев правде, у ствари равнотеже између правних добара, правних интереса и циљева правног поретка. Јавни поредак је налик теразијама са редом и миром на једном тасу и хаосом на другом. Зато у правном поретку и јавном поретку стално на површину излази начело опортунитета, потреба да се обезбеди поравнање страна поменутих теразија, што је у збиљском смислу услов за постојање легитимитета правне државе. Петровић у вези са тим каже: „Постоје, у ствари, две идеје правне једнакости. Један облик једнакости (једнакост у ужем смислу) је потпуна аритметичка, демократско-егалитарна једнакост, грчка „isonomia“, која се може назвати и равноправношћу и једнакоправношћу. Други облик једнакости је „добра једнакост“, већ помињана Солонова „eunomia“. Она је управо добро и ваљано додељивање, поравнање у оквиру полиса у целини, „политичко стање праве расподељености једнаког и неједнаког“. За разлику од статичке, апстрахујуће исономије, еуномија је конкретна и динамичка, везана за ситуацију. У њој се открива праизворна, социјална и заштитна, функција права.“²¹ Дакле, накнада за експропријацију у формалном смислу и квазиекспропријацију изражава „добро једнакост“, Солонову еуномију.

У погледу утврђивања појма експропријације у материјалном смислу, неопходно је упоредити правне институте засноване путем експропријације у формалном смислу, међусобно и са другим правним институтима којима се одузима или ограничава приватна својина.

Одређивање појма експропријације у материјалном смислу, ваљало би започети утврђивањем правне везе између национализације и експропријације, као и аграрне реформе и експропријације. Накнада која важи за експроприсану непокретност може да буде примењена приликом обештећивања у поступку национализације или денационализације, а још је израженија могућност да накнада која важи за експроприсану непокретност буде примењена у поступку аграрне реформе. Установили смо у вези са тим да наш знаменити правни писац, Слободан Јовановић, раздваја „експропријацију по административној потреби“ и „експропријацију у интересу социјалне правде“. Јовановић каже: „Експропријација по административној потреби допуштена је у свима случајевима које закон буде предвидео; експропријација у интересу социјалне правде допуштена је само у оним случајима који су изречно предвиђена

²⁰ М. Петровић, *Индустријско суседство и одговорност за штету*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2011, стр. 162.

²¹ М. Петровић, *Правна везаност и оцена целисходности*, Београд, 1981, стр. 264.

у Уставу. ...„Те мере (против капиталистичког великог поседа М.П.) нису управљене противу самога капиталистичког поседа, него противу његове величине. Капиталистички посед трпи се, али под условом да не изилази из извесних граница. Закон има да утврди максимум земљишног поседа; поседи преко тога максимума експроприсаће се. Код феудалног поседа пренос сопствености врши се са земљегосподара на земљораднике; код капиталистичког поседа пренос сопствености врши се са земљегосподара на државу. То је један случај експроприације ради социалне правде, — а не ради административне потребе — који Устав по изузетку допушта. Као и код обичне експроприације, тако и код ове, извлашћеном сопственику даје се накнада. Код обичне експроприације, Устав ујемчава „правичну накнаду“; код експроприације великих поседа, Устав оставља законодавцу да утврди начела накнаде (накнада би, дакле, могла бити мања од „правичне“). Изузетно, накнада се не даје „за велике поседе који су припадали члановима бивших туђинских династија и за ове које је туђинска власт поклонила појединцима.“²² Дакле, експроприација под окриљем аграрне реформе се разликује од експроприације у материјалном смислу, по томе што је аграрна реформа акт реформе економског поретка, док је експроприација акт предузет ради остваривања једног конкретизованог објективног циља који има карактер општег и јавног интереса.

Циљ аграрне реформе и национализације је реформа својинског и економског поретка, предузета противу приватне својине тачно одређених непокретности. Код експроприације у материјалном смислу, није реч о реформи економског нити својинског поретка, већ о потреби остваривања једног конкретизованог општег интереса. Денационализација такође представља реформу својинског и економског поретка, с тим да денационализација не прати нужно национализацију, за разлику од редовне и нужне везаности експроприације деекспроприацијом.²³

С друге стране, експроприација се разликује од комасације и арондације, као правних института који служе правном уређивању начина коришћења пољопривредног земљишта. То значи да се циљ комасације и арондације очитује у уређивању начина употребе пољопривредног земљишта, с циљем његовог рационалнијег коришћења, а не оствари-

²² С. Јовановић, *Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, Београд, 1924, стр. 452-455.

²³ У поступку денационализације обично следи упућивање на аналогну примену појединих елемената експроприације у формалном смислу. М. Прица, *Експроприација као правни институт*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2016, стр. 173-193.

вање једног тачно одређеног општег интереса као у случају експропријације у материјалном смислу.

У погледу односа експропријације и конфискације, разлика је у томе што конфискација представља казнену меру која се изриче у одређеним правним предметима. Ван случајева у којима је њено изрицање законом допуштено, конфискација представља најгрубљи облик гажења доктрине о правној држави. При томе, ако се власнику непокретности у поступку експропријације признаје накнада као “голо право”, што је био случај у југословенском праву у периоду после Другог светског рата, посреди је конфискација одевена у рухо експропријације — „конфискаторна експропријација”, што је посве неспојиво са доктрином о правној држави.²⁴

Одавде произлази да остваривање једног конкретизованог општег интереса представља битно обележје експропријације у материјалном смислу и уједно разлику између експропријације у материјалном смислу и других правних института који се успостављају путем формалне експропријације.

Административне службености јесу правни институт који се заснива путем експропријације у формалном смислу, с тим да се административне службености након заснивања уподобљавају правном режиму грађанскоправних службености, као однос посебног правног института према општем правном институту, како смо раније истакли. То значи да службеност заснована у поступку експропријације не доводи до промене својинског наслова (приватне својине), а на успостављену правну ситуацију (нпр. подизање далековода на парцели титулара права својине), у погледу свих евентуалних спорних питања, примењиваће се правни режим који важи за класичне службености грађанског права, осим питања када због природе ствари то није могуће.

Дакле, код административних службености постоји ограничавање приватне својине, привремено или трајно, а ограничавање приватне својине на сличан начин заступљено је и код привременог заузимања земљишта и закупа у општем интересу (административног закупа), као правних института који се такође успостављају путем експропријације у формалном смислу. Експропријација у материјалном смислу није ограничавање приватне својине, већ преображај приватне својине у јавну својину, с циљем остваривања једног прецизираног општег интереса. Уз то, експропријација у материјалном смислу није ни правно уређивање

²⁴ М. Петровић, М. Прица, *Посебно управно право са међународним управним правом*, Ниш, 2014, стр. 178-186.

коришћења јавне својине између субјеката јавног права, које уређивање одликује тзв. административни пренос својине као правни институт који се такође заснива путем експропријације у формалном смислу.

Експропријација у материјалном смислу постоји само када путем експропријације у формалном смислу наступа преображај својине (од приватне у јавну), ради остваривања једног конкретизованог објективног циља који има карактер општег и јавног интереса, са могућношћу враћања у пређашње стање (деекспропријација), до чега може доћи по захтеву ранијег сопственика — ако се утврди да сврха експропријације није остварена или уколико се у међувремену одреди другачија сврха употребе експроприсане непокретности.

У прилог нашем гледишту да је могућност деекспропријације одређујуће обележје експропријације у материјалном смислу, важно је истаћи правни став укорењен у судској јуриспруденцији: да сврха експропријације мора бити наведена у диспозитиву решења, следствено чему преображај својине није циљ, већ средство за остваривање циља због којег се приступа формалној експропријацији. Евентуална промена сврхе употребе непокретности представљала би у овој ствари облик „симулованог правног уређивања.“ Заслужно је пажње на овом месту предочити правне ставове заступљене у нашој судској јуриспруденцији: (1) „Диспозитив првостепеног решења не садржи сврху због које се експропријација врши, а ово је значајно због примене одредбе члана 72. став 1. Закона о експропријацији („Сл. гласник РС” 53/95), како би се оценило по коме ће се закону окончати поступак, а такође у списима не постоји ваљан извод из детаљног урбанистичког плана који уређују подручје на коме се налази непокретност која је предмет експропријације, Наведени недостаци очигледно указују на незаконитост првостепеног решења па је правилно уважавањем жалбе у управном поступку поништено првостепено решење”;²⁵ (2) „Диспозитив првостепеног решења о експропријацији мора да садржи и сврху због које се експропријација врши”;²⁶ (3) Захтев за поништај решења о експропријацији се цени према сврси експропријације предвиђеној решењем о експропријацији, а не према каснијој измени детаљног урбанистичког плана”;²⁷ (4) „Став је Врховног суда Србије (У. бр. 167/1999), да уколико су извршени знатнији радови на објекту ради чије је изградње извршена

²⁵ Врховни суд Србије, У. 7110/96 од 1. октобра 1997. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије бр. 1/1998, стр. 66.

²⁶ Врховни суд Србије, У. 7110/96 од 1. октобра 1997. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије бр. 1/1998, стр. 66).

²⁷ Пресуда Врховног суда Србије, У. 402/2003. од 13. 5. 2004. године.

експропријација у току од три године од правноснажности одлуке о накнади односно од дана закључења споразума о накнади, сврха експропријације је извршена, а каснија евентуална измена намене објекта не може служити као разлог за поништај или измену правноснажног решења о експропријацији.”²⁸

С друге стране, судска јуриспруденција садржи доказе исправности нашега става да деекспропријација уистину јесте *differentia specifica* – која дели експропријацију у материјалном смислу од свих других правних института успостављених путем експропријације у формалном смислу, утолико што се могућност деекспропријације не признаје другим правним институтима заснованим путем експропријације у формалном смислу. У продужетку наводимо знаковите судске правне ставове: (1) „Решењем којим је извршен административни пренос непокретности на другог носиоца права на непокретности, не може се поништити под условима и на начин прописан одредбом чл. 36. ст. 3. Закона о експропријацији”;²⁹ (2) „Одредба Закона о експропријацији о поништају правноснажног решења због непривођењу намени, не односи се на земљиште пренето по основу административног преноса”;³⁰ (3) „Национализовано неизграђено грађевинско земљиште одузето у поступку по члану 38. ЗОН не може се вратити у посед ранијем власнику применом одредаба Закона о експропријацији”;³¹ (4) „Одлучивање о захтеву за поништај правноснажног решења о уступању национализованог земљишта и одлучивање о захтеву по члану 84. и по члану 86. став 7. Закона о планирању и изградњи (Сл. гласник РС, бр. 47/03) представљају одвојене поступке у којима надлежни орган управе доноси посебне одлуке”;³² (5) „На земљиште одузето по чл. 38. Закона о национализацији најамних зграда и грађевин. земљишта не може се применити пропис чл. 34. Закона о експропријацији, тј. тражити поништај решења и враћање поседа ако не буде приведено односној сврси, пошто Закон о национализацији најамних зграда и грађевин. земљишта не предвиђа враћање по истом основу”;³³ (6) „Решење којим је извршен

²⁸ Љ. Пљакић, Експропријација непокретности, спорна питања у пракси, Правни живот бр. 10/2000, стр. 339.

²⁹ Врховни суд Републике Србије, бр. У.3257/97 од 29. 11. 1999; Врховни суд Републике Србије бр. 3420/01 од 08. 05. 2002.

³⁰ Пресуда Врховног суда Србије, У. 2054/2002. од 27. 2. 2003. године.

³¹ ВСЈ, Уис-2540/68 од 25. 4. 1969. године.

³² Пресуда Врховног суда Србије, У. бр. 6195/04 од 19. октобра 2005. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије бр. 4/2005 стр. 154.

³³ ОВСС – Нови Сад, У. 575/65 од 29. 6. 1965. године.

административни пренос непокретности на другог носиоца права на непокретности, не може се поништити под условима и на начин прописан одредбом чл. 36. ст. 3. Закона о експропријацији”;³⁴ (7) Не стоји обавеза надлежног органа да уз предлог за изузимање неизграђеног грађевинског земљишта поднесе доказ да су средства обезбеђена за исплату накнаде за земљиште које се изузима”;³⁵ (8) „По схватању суда, право на подношење захтева за поништај правноснажног решења о експропријацији непокретности које у смислу чл. 38. Закона о експропријацији припада ранијем сопственику експроприсане непокретности не улази у ред непреносивих личних права, јер је и по самом пропису чл. 38. а и по природи ствари вршење тог права везано искључиво за саму непокретност а не за личност ранијег власника. Стога такво право, и ако није имовинско прелази на наследнике па се они могу појавити са захтевом за деекспропријацију.”³⁶

Правна важност деекспропријације наспрам експропријације је на исти начин призната у француском и у немачком праву. У француском праву, правна важност деекспропријације испољена је роком за остваривање циља експропријације, с једне и променом сврхе експропријације од стране експропријанта, што ће бити разлог да се приступи враћању у пређашње стање. Исти правни разлог постоји и у немачком праву, што значи да у случају неостваривања сврхе експропријације, на дејство ступа овлашћење ранијег власника да захтева деекспропријацију (Rückenteignung).³⁷

У јудикатури нашег предратног Државног савета није се увиђао значај деекспропријације спрам експропријације: „По Закону о експропријацији није предвиђена ни једна одредба, на основу које би бив. сопственик експроприсаног земљишта имао право на откуп истог од државе, када држава после извесног времена исто не би употребила за намењени циљ, на основу кога је ово имање путем експропријације добила, те је држава сада неограничени господар ове имовине, пошто поседује над истим тапију. Па кад би се дало претпоставити, да у овак-

³⁴ Пресуда Врховног суда Србије, У.бр. 3257/97. Билтен судске праксе Врховног суда Србије бр. 1/1998, стр. 70-71.

³⁵ Правно схватање Одељења за управне спорове Врховног суда Србије од 24. 11. 1988. Билтен судске праксе Управног суда бр. 1/2010, стр. 19.

³⁶ Пресуда Врховног суда Србије, У. бр. 3873/74 од 29. 5. 1975. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије бр. 1/1976, стр. 41-42. Пресуда Врховног суда Србије, У. бр. 8164/74 од 20. фебруара 1976. године, Билтен Врховног суда Србије, 1/76, стр. 20-21.

³⁷ Ф. Станичић, Опће уређење извлаштења у Немачкој — поуке за Хрватску, Правни вјесник бр. 3-4, стр. 185-212.

вим случајевима има могућности повраћаја, ипак се при оваквом стању ствари то не може дозволити с тога што и ако држава није употребила ово имање на намењени циљ, то не значи да држава исто имање с обзиром на садашњи регулациони план Београда ипак неће употребити у извесном циљу, који предвиђа закон о експропријацији, без обзира на то што је првобитна сврха експропријације била подизање Богословије Св. Саве.”³⁸ Љ. Радовановић, на изложено схватање ставља једну знаковицу критику: „Разлози Државног савета противни су установи експропријације у опште. Сама по себи експропријација представља изузетак од једног основног начела данашњег друштвеног режима, — начела приватне својине. Она је допуштена у толико, у колико је допуштена законом. Законом је пак, допуштена само тако, ако је обављена по прописаном поступку и експроприсано добро употребљавано на циљ, за који је експроприсање одобрено. Пошто експропријација може бити извршена само ако се унапред одобри циљ експропријације, јасно је, да експроприсано добро не може доцније бити употребљено на какав други циљ, јер да би промене циља могло бити, потребно је овај циљ изменити по истом поступку, по коме је и први био одређен. Није могуће, да управна власт сама мења циљ експропријације; отуда експропријација, по којој се управна власт користи овлашћењем закона ради постизања циља, који закон не опредељује, представља злоупотребу власти. Државни савет је у конкретном случају дао тумачење, по коме управна власт не мора да се држи циља експропријације, и по коме би она могла експроприсано добро чак и да не употреби у јавном интересу. На тај начин биле би изигране све гаранције, које постоје, ради заштите права приватне својине.”³⁹

Важно је имати у виду да би без могућности деекспропријације наступила опасност симулованог правног уређивања, тако што би експропријација била одобрена ради остваривања једног циља, а корисник експропријације би могао да експроприсану непокретност употреби ради остваривања и неког другог циља. Кауза правног уређивања спрам експропријације тиче се правног односа између експропријанта и експропријата, следствено чему када корисник експропријације не оствари циљ у чије је име до експропријације дошло, ранији сопственик непокретности је властан да захтева враћање у пређашње стање. Значај деекспропријације види се и поводом каузе поступања субјеката јавног права, јер ти субјекти немају слободну вољу нити приватну аутономију,

³⁸ Одлука Државног савета бр. 7722/27 од 16. марта 1927. године, Одлуке Државног савета 1924-1928. Београд, 1930, стр. 327-328.

³⁹ Одлуке Државног савета 1924-1928, Београд, 1930, стр. 328.

услед чега је деекспропријација позив правне везаности противу злоупотребе јавне власти државних органа и ималаца јавних овлашћења. Напоследку, деекспропријација је израз равнотеже између нужности интервенционизма државне власти и аутономије субјеката грађанског друштва. Јавни интерес као регулативна детерминанта јавног поретка је и на страни општег интереса али и на страни приватног интереса. Следствено томе, ако је у име општег интереса одобрена експропријација, то значи да остваривање дотичног циља представља јавни интерес као статички израз општег добра. Уколико се ипак утврди да није дошло до остваривања тога циља, у јавном је интересу, као статичком изразу општег добра, признати важност приватном интересу и провести враћање у пређашње стање. С тога, експропријацију у материјалном смислу карактерише преображај приватне својине у јавну својину са могућношћу провођења деекспропријације. Без могућности провођења деекспропријације, експропријација би представљала грубо гажење доктрине о правној држави.

Литература

Bovey, G. (1999). *L'expropriation des droits de voisinage, Du droit privé au droit public*, Lausanne.

Chapus, R. (1995). *Droit Administratif, Domat droit public*, Montchrestien, Paris.

Gjidara, M. (2008). *L'acquisition des biens publics, notamment par expropriation, Le droit et la valorisation des biens publics*, Zbornik radova hrvatsko-francuskog pravnog simpozijuma, Split, 91-130.

Јеринг, Р. (1998). Циљ у праву, Подгорица.

Петровић, М. (1981). Правна везаност и оцена целисходности, Београд.

Петровић, М. (2011). Индустриско суседство и одговорност за штету, Правни факултет у Нишу, 2011.

Петровић, М. Прица, М. (2014). Посебно управно право са међународним управним правом, Ниш.

Прица, М. (2016). Експропријација као правни институт, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу.

Прица, М. (2018). Правни принципи у поретку правне државе: канони правног поретка и “унутрашњег правног система”, Зборник радова Правног факултета у Нишу бр. 80, стр. 135-180.

Прица, М. (2018). “Фактичка експропријација” као угаснуће владавине права у правном поретку Републике Србије, Универзално и особено у праву, Косовска Митровица, 361-387.

Прица, М. (2020.) Јединство правног поретка као уставно начело и законско уредјивање експропријације, Усклађивање права Србије са правом Европске уније, Правни факултет Универзитета у Нишу, стр. 157-186.

Станичић Ф. (2015). Опће уређење извлаштења у Немачкој — поуке за Хрватску, Правни вјесник бр. 3-4, стр. 185-212.

Хелер, Х. (2011). Правна држава или диктатура, Београд.

Hostiou, R. (2015). *Code de l'expropriation*, Paris.

Vučković, M. (2016). *Deprivation (expropriation) of the neighbor's right*, Legal, social and political control in national, international and EU law, Niš, 659-674.

Ковачевић-Куштримовић, Р. Лазић, М. (2006). Стварно право, Ниш.

Јовановић, С. (1924). Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, Београд.

Пљакић, Љ. (2000). Експропријација непокретности, спорна питања у пракси, Правни живот бр. 10, 331-354.

Prof. Miloš Prica, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

EXPROPRIATION AS A LEGAL INSTITUTE

Summary

Expropriation as a legal institute is both narrower and broader than formal expropriation (expropriation in a formal sense). Formal expropriation implies a due legal process of revoking or restricting the ownership right in a particular legal case by the operation of the law. Formal expropriation serves as the ground for establishing various legal institutes, one of which is expropriation in a material sense. On the other hand, expropriation as a legal institute emerges outside the scope of formal expropriation, within the framework of restricting one's private ownership which occurs as a result of direct statutory regulation in particular areas of the legal order as well in the course of regulating particular legal subject matters in judicial and other legal proceedings. Expropriation in a material sense exists only in cases where the transformation of private ownership into public ownership occurs through expropriation in a formal sense, for the purpose of achieving a specifically designated general interest, including the possibility of return to the previous state of affairs (de-expropriation). De-expropriation is initiated at the request of the former owner and occurs if it is established that the intended purpose of expropriation has not been achieved. In effect, the possibility of de-expropriation is the differentia specifica that separates expropriation in a material sense from other legal institutes related to expropriation in a formal sense, as well as from quasi-expropriation and other forms of revoking and restricting the private ownership right under the legal authority of the state.

Keywords: *formal expropriation, expropriation in a material sense, quasi-expropriation, expropriation as a legal institute, de-expropriation.*

ГРАЂАНСКОПРАВНА ЗАШТИТА ОД ИМИСИЈА И ЈАВНО ПРАВО²

Апстракт: *Имисије су предмет регулисања и других прописа, осим грађанскоправних, пре свих, урбанистичкоправних и еколошкоправних. По правилу, јавноправна регулатива и заштита од имисија је првенствено прибежиште суседа угроженог имисијама са непокретности другог суседа. У не малом броју случајева, конфликт у суседству биће предупређен или решен на терену јавног права, али ће подједнако често бити неопходна и грађанскоправна заштита, без које нема потпуне заштите интереса оштећеног. С друге стране, она сама је у савременом праву под великим утицајем урбанистичког и еколошког права.*

Кључне речи: *имисије, урбанистички прописи, еколошко право, еколошка штета, имисиона штета.*

1. Увод

У многим правима се указује на потискивање стандарда месне уобичајености из грађанске судске праксе услед све веће доминације јавног урбанистичког права³. У српском праву не постоји Урбанистичко право као посебна грана права и правна дисциплина, али се не може оспорити неодвојивост стварног од урбанистичког права. У упоредном праву нису ретки уџбеници из области Стварног права који се, у оквиру излагања грађанскоправних правила о различитим видовима стварноправне и фактичке власти на непокретностима, и, уопште, о

¹ milica@prafak.ni.ac.rs

² Рад је резултат истраживања на пројекту по Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2022. години, евиденциони број 451-03-68/2022-14/200120.

³ J. Gordley, Disturbances among neighbours: an introduction, The development of liability between neighbours, Cambridge, 2010., стр. 26-27.

позицији непокретности у праву, баве и појединим аспектима урбанистичког права (*droit de l'urbanisme*) или права просторног планирања (*planning law*)⁴.

Еколошко право је релативно нова грана права⁵ чије норме уређују заштиту, очување и унапређење животне средине⁶. Оно представља “скуп начела и правних правила којима је регулисан човеков однос према природи, као и према окружењу које је створено људским радом”⁷. То је специфична грана права која у оквиру свог предмета и метода уједињује правила традиционалних грана права, уставног, управног, кривичног, грађанског и привредног, те међународног јавног и међународног приватног права, којима се придружују и норме права ЕУ, али преовладавају норме јавног права. Повезаност и међусобну условљеност грађанског и еколошког права није потребно, а ни могуће оспоравати. Она показује важну конкретизацију социјалне везаности права својине и других стварних права. Тако, у англоамеричком праву, својина не репрезентује „само физичке атрибуте и производне капацитете ствари, већ и сноп права и дужности, привилегија и обавеза. Једна од тих обавеза је да се не загађује суседов ваздух.”⁸ Пасивна обавеза трећих лица обухвата и оваква уздржавања од повреде права својине и других стварних права на непокретностима - уздржавања од нарушавања еколошког окружења непокретности⁹.

⁴ R. Bernhardt - A. M. Burkhardt, *Real Property in a Nutshell*, Minnesota, 2000., стр. 422-423; Planiol M., Ripert G., Picard M., *Traité pratique de droit civil français*, Tome III, Les biens, Paris, 1952., стр. 407-425; G. Marty - P. Raynaud, *Droit Civil*, Tome second, Les Biens, Paris, 1965., стр. 315-327; G. Cornu, *Droit civil*, Montchrestien, Paris, 1991, стр. 430-433; F. Terré - Ph. Simler, *Droit civil*, Les biens, Dalloz, Paris, 1992, стр. 226-233. В., и М. Вучковић, Утицај урбанистичких и еколошкоправних прописа на одређивање прекомерности имисија у грађанском праву, Зборник радова „Усклађивање права Србије са правом ЕУ”, књига четврта, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2017, стр. 161-162 и стр. 165.

⁵ Постоје и мишљења да се не ради о самосталној правној дисциплини и грани права, већ о интердисциплинарној правној науци и мешовитој грани права. А. Чавошки, Извори међународног еколошког права, Приручник за заштиту животне средине, Београд, 2011, стр. 9-10.

⁶ В., С. Лилић, Еколошко право, Правни факултет Универзитета у Београду, 2010, стр. 19.

⁷ Д. Николић, Увод у право животне средине, Основе права животне средине, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2009, стр. 48.

⁸ J. F. Brenner, *Nuisance Law and the Industrial Revolution*, *The Journal of Legal Studies*, vol. 3, no. 2, 1974., стр. 405.

⁹ J. F. Brenner, *op.cit.*, стр. 405-408.

2. Грађанскоправна заштита од имисија и просторно планирање

Грађанско суседско право заштите од прекомерних имисија, захваљујући креативној улози судске праксе, одиграло је извесну улогу у развоју просторног планирања. У фази друштвеног развоја која претходи индустријској револуцији, тај утицај се могао сматрати благотворним, у смислу правичног уравнотежавања различитих видова употребе непокретности, уз минимално угрожавање животне средине сваке од њих, сходно начину употребе који се на њима одвија. Онај ко је обављао занат или делатност која је била потенцијално или реално шкодљива по суседство, морао је то чинити у некој врсти изолације, далеко од оних којима може шкодити, односно у окружењу сличних видова коришћења. „Заузимајући став, да би, уколико би се судском одлуком констатовало да одређени законити и неопходни занати, попут прављења сапуна или пива, печења цигле и импрегнирања, представљају претерану сметњу за суседство, ови морали бити угашени или пресељени, судови су, заправо, говорили да одређени видови употребе непокретности треба да у одређеним местима имају предност над другим видовима употребе непокретности. Тако је private nuisance вршило функцију зонирања (zoning function) и та функција алоцирања делатности у одговарајуће области је била експлицитно препозната”¹⁰. Са индустријском револуцијом равнотежа се помера у корист индустрије, јер се функција зонирања од 1850-их ставља у њену службу уз помоћ каучук - норме локалне употребе или месних прилика. „Било је једно затворити смрдљиву штавионицу и рећи штавиоцу да се пресели другде или да нађе друго занимање. Сасвим је друго било затворити две или три спорне фабрике (.....) ако би последице тога могле бити катастрофалне за стотине или чак хиљаде људи.”¹¹ Зонирање је функционисало кроз дискриминаторну примену правила о забрани шкођења прекомерним имисијама¹².

Када је урбанистичко право једном настало и развило се као грана права и правна дисциплина, оно је почело да врши свој одговарајући утицај на грађанскоправну заштиту од прекомерних имисија, кроз судску праксу, у попуњавању правног стандарда *прекомерности* уз помоћ другог правног стандарда - *месне уобичајености* употребе или *локалне употребе* непокретности¹³.

¹⁰ J. F. Brenner, op. cit., стр. 406.

¹¹ J. F. Brenner, op. cit., стр. 415.

¹² Ibid.

¹³ М. Вучковић, op.cit., стр. 167-169.

У сусрету са просторним планирањем потребно је упознати се са појмовима урбанизације, урбанизма и урбанистичког права. Урбанизација се сматра најстаријом појавом од ових трију, повезаном са појавом градова и спонтаним организовањем градског живота. Њу можемо пратити још од постанка старовековних источњачких градова¹⁴. Урбанизам, као дефинисана појава, јавља се у XX веку и сматра се укупношћу политика, правила и пракси усмерених на организацију, управљање и располагање изграђеним и изградивим простором¹⁵. Урбанизам се дефинише као „једна од манифестација воље јавних власти да регулишу и уоквире урбанизацију”¹⁶ и представља израз „тежње да се урбанизованом простору или простору подложном урбанизацији, обезбеди минимум хармоније и ефикасности, пре свега, дефинисањем циљева и услова коришћења тог простора.”¹⁷ Урбанистичко право треба да омогући реализацију те воље и остварење наведених тежњи. Његово оформљење као самосталне гране јавног права везује се за крај XIX и почетак XX века, а нарочито за период после Првог светског рата¹⁸. Урбанистичко право доноси са собом веома снажна ограничења приватне својине и у великој мери утиче на употребну и прометну вредност непокретности¹⁹. Урбанистички прописи ограничавају власнике и кориснике непокретности у вршењу овлашћења на њима, пре свега, у избору начина коришћења - употребе непокретности и убирања прихода од њих²⁰. С друге стране, њиховом применом се тежи томе да власник унутар зидина своје непокретности ужива највеће благостање, кроз одговарајуће усклађивање различитих модалитета и сврха коришћења непокретности на одређеном простору²¹. Урбанистички прописи усмерени су ка стварању услова живота у чијим оквирима „свако тежи да учествује у колективном животу и игра одређену улогу у њему. У том хуманом универзуму, човек константно трага за што више комфора и

¹⁴ В., J. F. Davignon, *Droit de l'urbanisme*, LexisNexis, Paris, 2013, стр. 2-3; Л. Мамфорд, *Grad u historiji*, Zagreb, 1968., стр. 82-83, 242, 317.

¹⁵ В., J. F. Davignon, *op.cit.*, стр. 1.

¹⁶ J. F. Davignon, *op.cit.*, стр. 5-6.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ J. Morand-Deviller, *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, Paris, 2014, стр. 4; J. Gordley, *op.cit.*, стр. 26-28.

¹⁹ J. F. Davignon, *op.cit.*, стр. 15; R. Bernhardt - A. M. Burkhardt, *op.cit.*, стр. 422-442.

²⁰ М. Вучковић, *op.cit.*, стр. 165.

²¹ М. Н. J. Calsat, *L'urbanisme et le sol, Propriété et Urbanisme*, Dalloz, Paris, 1968, стр. 15-16, 20-21; М. Лазић, *Својински режим на грађевинском земљишту и урбана комасација*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 76, Ниш, 2017, стр. 360-365.

задовољства.”²² Ипак, задатке који се постављају пред ову грану права тешко је остварити, о чему сведоче, између осталог, бројни случајеви шкођења прекомерним имисијама²³. Штавише, абнормалне суседске сметње (*les troubles anormaux du voisinage*) чине се иманентним управо животу у градовима, од самог њиховог постанка, и делује као да су отпорне на сваки урбанистички подухват²⁴.

Најочигледнија везивна тачка за грађанско суседско право и за урбанистичко право су правила о зонирању. Зонирање је посебна техника просторног планирања, а у правном аспекту се састоји у обавезујућем утврђивању намене делова неког простора (рецимо подручја једне градске општине), као утврђивању допуштене густине градње на тим деловима простора²⁵. Правни инструмент зонирања може бити уредба, као у америчком праву (*zoning ordinance*)²⁶, локални урбанистички планови (*plans locaux d'urbanisme*), као у француском праву²⁷ и просторни или урбанистички планови у нашем праву²⁸.

Темељно правило зонирања је да постоје одређене активности и делатности које су међусобно неускладиве и које се морају вршити одвојено једна од друге, на одговарајућој међусобној удаљености (нпр. становање и индустрија). Можемо разликовати кумулативно од некумулативног зонирања. Кумулативно зонирање састоји се у томе да су шкодљивији и интензивнији видови употребе непокретности, нпр. индустрија, забрањени у зонама намењеним релаксиранијим, мање шкодљивим и мање интензивним видовима, нпр. у стамбеним зонама, док је, с друге стране, у зонама интензивне употребе, нпр. индустријска зона, дозвољено постојање и мање интензивних видова употребе, нпр. становања. Некумулативно зонирање подразумева да се ови видови употребе без изузетка међусобно обострано искључују²⁹.

²² М. Н. Ј. Calsat, *op.cit.*, стр. 16.

²³ М. Н. Ј. Calsat, *op.cit.*, стр. 17.

²⁴ М. Marty, *Propriété et urbanisme, Propriété et Urbanisme*, Dalloz, Paris, 1968, стр. 29-30.

²⁵ М. Dupeyroux, *La puissance publique, la propriété privé et l'urbanisation, Propriété et Urbanisme*, Dalloz, Paris, 1968, стр. 59.

²⁶ R. Bernhardt - A. M. Burkhardt, *op.cit.*, стр. 423.

²⁷ J. F. Davignon, *нав. дело*, стр. 61-64, 71-72, 79-81.

²⁸ В., чл. 2 Закона о планирању и изградњи, „Сл. гласник РС”, бр. 72/2009, 81/2009 - испр. 64/2010 - одлука УС, 24/2011, 121/2012, 42/2013 - одлука УС, 50/2013 - одлука УС, 98/2013 - одлука УС, 132/2014 и 145/2014.

²⁹ R. Bernhardt - A. M. Burkhardt, *op.cit.*, стр. 428.

Зонирање се врши прецизним одређивањем начина употребе непокретности на одређеном простору или изричитом забраном појединих активности и делатности на одређеном простору³⁰.

У поређењу са грађанскоправном заштитом од прекомерних имисија, урбанистичко право има предности и недостатке. Најпре, урбанистички прописи унапред, јасно и прецизно уређују односе суседних власника у погледу начина коришћења њихових непокретности и обима допуштеног међусобног сметања. Такође, овим правилима се, у хипотези, у подједнакој мери води рачуна о јавним и приватним интересима у уређењу коришћења земљишта³¹. Тиме би требало и да се предупреду грађанскоправни спорови због прекомерних имисија³².

На другој страни, те предности су и извор недостатака. Творци урбанистичких прописа често су удаљени од свакодневице и реалног коришћења непокретности унутар једне суседске заједнице, тако да не могу предвидети баш све могуће штетне ефекте употребе непокретности³³. Затим, грађански судови у савременом праву, чак и по налогу законодаваца, воде рачуна о равнотежи јавног и приватног интереса у решавању грађанскоправних спорова због прекомерних имисија³⁴.

3. Еколошко право и грађанскоправна заштита од имисија

Еколошки прописи врше велики утицај на грађанско право заштите од прекомерних имисија, било самостално и непосредно, било посредно, кроз њихов неизбежан утицај на урбанистичке прописе. Он је све израженији у савременом праву, у највећој мери, због еколошке политике ЕУ.

Прва и најочигледнија везивна тачка за еколошко право и грађанско право заштите од прекомерних имисија јесте примена граничних вред-

³⁰ R. Bernhardt - A. M. Burkhardt, *op.cit.*, стр. 428-429; J. F. Davignon, *op.cit.*, стр. 52. и 62; P. Giliker, *Relationships between neighbours – England and Wales 1850-2000, The development of liability between neighbours*, Cambridge, 2010., стр. 54.

³¹ J. Gordley, *Disturbances among Neighbours in French Law, The development of liability between neighbours*, Cambridge, 2010., стр. 78; М. Вучковић, *Private Nuisances and Land Use Regulation, Collection of papers "Law and Transition"*, Faculty of Law University of Belgrade in cooperation with German Foundation for International Legal Cooperation (IRZ), Belgrade, 2017, стр. 469.

³² М. Вучковић, Утицај урбанистичких и еколошкоправних прописа на одређивање прекомерности имисија у грађанском праву, стр. 156.

³³ В., Н. Планојевић, Отварање прозора као својинско овлашћење и као службеност, *Правни живот* бр. 10, Београд, 1998, стр. 423-433.

³⁴ J. Gordley, *Disturbances among Neighbours in French Law*, стр. 78-80; М. Вучковић, *Private Nuisances and Land Use Regulation*, стр. 469.

ности за поједине имисије, прописаних еколошкоправним прописима, у утврђивању прекомерности у грађанском судском поступку³⁵. Поводом овог уплитања еколошког у грађанско право, у швајцарској правној теорији, након ступања на снагу Закона о заштити животне средине из 1983. године (*Loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983*)³⁶, развила се чак и опсежна дискусија о могућем утицају еколошкоправне заштите на грађанскоправну заштиту од прекомерних имисија³⁷. Најпре, поставило се питање опстанка института експропријације суседског права, а посредно и целокупне грађевине суседскоправне заштите од прекомерних имисија. Чему ови грађанскоправни институти ако се наметне поштовање граничних вредности имисија? У таквом сценарију нема прекомерних имисија, јер је њихов настанак предупређен поштовањем императивних норми еколошког права³⁸.

Животна и правна пракса су показале да потискивање грађанскоправне заштите од прекомерних имисија применом еколошких прописа није могуће, или је барем тешко оствариво. Потребно је много времена и новца да се постигне пуна, константна и доследна примена еколошких прописа. Пуно поштовање ових прописа се, као и у случају осталих правних прописа, не може никада постићи, о чему увек сведоче бројни захтеви за заштиту права. Мишљења смо да ће увек бити оних имисија за које нису прописане граничне вредности, па и таквих које је немогуће квантификовати (као што су негативне и идеалне имисије, а вероватно и бројне позитивне материјалне имисије)³⁹. Ови видови заштите не морају се међусобно искључивати, већ могу бити комплементарни, а грађанскоправна заштита од прекомерних имисија, непосредно усме-

³⁵ М. Лазић, *Имисије и грађанскоправна заштита*, Правна ријеч, Бања Лука, 2012., стр. 119 и *Заштита од буке - комунална бука и имисија буке*, Зборника радова „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору”, Правни факултет у Нишу, 2012., стр. 143;

³⁶ <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2014/1843.pdf>, приступ: 09.01.2018. г., 22.34.

³⁷ G. Bovey, *L'expropriation des droits de voisinage*, Berne, 2000., стр. 277-293; В. Foex, *La jurisprudence récente de la Cour de Justice de Genève en matière de droits réels immobiliers, Servitudes, droit de voisinage, responsabilités du propriétaire immobilier*, Faculté de droit de Genève, 2007., стр. 30-31; М. Вучковић, *Утицај урбанистичких и еколошкоправних прописа на одређивање прекомерности имисија у грађанском праву*, стр. 161-162.

³⁸ G. Bovey, *op. cit.*, стр. 277-282.

³⁹ G. Bovey, *op. cit.*, стр. 283-286; ATF 123 II 560, 1998; М. Лазић, *Заштита од буке - комунална бука и имисија буке*, стр. 142; М. Вучковић, *Утицај урбанистичких и еколошкоправних прописа на одређивање прекомерности имисија у грађанском праву*, стр. 162.

рена на самог суседа који трпи повреде и угрожавања од тих имисија, за њега је најделотворнија и најприступачнија⁴⁰.

Потом се развила и дискусија о питању обавезности примене еколошко-правних квантификатора при утврђивању прекомерности имисија у грађанском судском поступку. На једној страни су биле присталице схватања о независности грађанскоправне заштите од еколошких прописа, по ком се грађански судија не може слепо држати квантификатора за поједине имисије, већ мора разматрати све околности конкретног случаја. На супротној страни су биле присталице везаности судије објективним показатељима еколошког права у утврђивању прекомерности имисија. Указивано је на превазиђеност и статичност правних стандарда локалне употребе и просечне осетљивости, чак и на опасност да примена ових стандарда допринесе угрожавању животне средине. Компромисно, и по нама, најприхватљивије, јесте гледиште да се квантификатори, као објективни показатељи прекомерности имисија, морају примењивати у грађанској судској пракси, због тога што су и показатељи и доказ прекомерности, с тим што судија може, применом грађанскоправног стандарда локалне употребе, али и помоћу других критеријума, констатовати прекомерност и таквих имисија које по мерилима еколошког права нису претеране⁴¹.

Сматрамо да је у повлачењу линије разграничења између еколошког права и грађанскоправне заштите од прекомерних имисија потребно, најпре, разликовати *имисиону*⁴² од *еколошке* штете. Еколошка штета је повреда животне средине као вредности по себи, независно од тога да ли је истовремено дошло до повреде неког грађанског субјективног права, односно приватног интереса⁴³. То је штета којом се „уништава или оштећује добро на ком не постоји приватноправни интерес који би се штитио правилима грађанског права.”⁴⁴ Она се разликује од штете коју неко проузрокује другом правном субјекту, путем повреде или угрожавања животне средине⁴⁵. Имисионом штетом треба сматрати

⁴⁰ М. Лазић, Заштита од буке - комунална бука и имисија буке, стр. 143.

⁴¹ G. Vovey, *op. cit.*, стр. 31-38; В., и М. Лазић, Заштита од буке - комунална бука и имисија буке, стр. 143.

⁴² Д. Стојановић, Грађанскоправна средства у борби против загађивања ваздуха и воде, Савремена администрација, Београд, 1975, стр. 12.

⁴³ Р. Цветић, Одрживи развој и еколошка штета, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 68, Ниш, 2014, стр. 291-296.

⁴⁴ М. Караникић Мирић, Одговорност за загађивање животне средине, Правни живот, бр. 9, 2007, стр. 465.

⁴⁵ М. Караникић Мирић, *op. cit.*, стр. 296.

искључиво штету на непокретности, штету насталу повредом права на непокретности и штету на личним добрима, као последицу недозвољених утицаја у суседским односима. Еколошке штете су дифузне, тешке и неповратне и њихов коначан обим често се може спознати тек након дужег периода од одигравања генеришућег догађаја, било да се ради о сложеним и моћним технологијама и процесима, било да се ради о природним догађајима⁴⁶.

Грађанскоправна заштита од прекомерних имисија дејствује на подручју реализације имисионе штете. Еколошкоправна заштита дејствује на подручју реализације еколошке штете. Док иза еколошког права као правне гране, стоје општи и јавни интерес и прожимају све његове сегменте⁴⁷, грађанскоправна заштита од прекомерних имисија у фокусу има приватни интерес. Општи и јавни интерес ће неретко блокирати ову заштиту. Потом, док је еколошко право усмерено на заштиту животне средине, у екоцентричној концепцији, односно на заштиту права човека на здраву и уравнотежену животну средину, у антропоцентричној концепцији, грађанскоправна заштита од прекомерних имисија је усмерена на непокретности, на регулисање коришћења непокретности унутар једне просторне заједнице⁴⁸. Правни стандард месних обичаја имплицира да се ради о ужим просторним заједницама, што значи неприхватљивост идеје „ширења граница суседства“⁴⁹. То „ширење граница суседства“ значи прелаз из зоне грађанскоправне заштите од имисија у зону јавноправне, еколошке заштите. То не значи да еколошком праву нема примене у ужим суседским заједницама, већ да грађанскоправна заштита од имисија има своје уске границе, у односу на еколошко право.

О накнади еколошке штете дужни су да се старају надлежни државни органи, и средства од те накнаде морају се употребити за ремедијацију животне средине, док оштећени који трпи имисиону штету није обавезан да накнаду те штете оствари на било који начин, осим на онај начин који сам жели⁵⁰. Другим речима, не мора је употребити чак ни за санацију последица физичког оштећења непокретности, иако ће, по правилу, то учинити, и тако, евентуално, дати свој скроман допринос

⁴⁶ E. Du Pontavice, La protection juridique de voisinage et de l'environnement en droit civil comparé, Revue juridique de l'environnement, no 2, Paris, 1978, стр. 149 и 157-158.

⁴⁷ E. Du Pontavice, op. cit., стр. 148.

⁴⁸ E. Du Pontavice, op. cit., стр. 156.

⁴⁹ Т. Гајинов, Трансформација института имисија и преднацрт грађанског законика, Култура пољса, бр. 34, 2017, стр. 430.

⁵⁰ Р. Цветић, op. cit., стр. 279; М. Караникић Мирић, op. cit., стр. 465.

заштити животне средине. Каже се да је грађанскоправна заштита од имисија „зелена” само у мери у којој су „зелени” они правни субјекти који је у конкретном случају користе - „only as green as its claimants”⁵¹. Такође, поступак извршења одлуке донете у грађанском судском поступку поводом имисионог спора зависи од приватне иницијативе странака. Ако свему томе додамо и чињеницу да правда у грађанском судском поступку има своју цену и да се на њу може јако дуго чекати, постаје очигледно због чега грађанско право није опремљено да служи еколошкој правди и одрживом развоју⁵².

На другој страни, уочљив је и потенцијал грађанскоправне заштите од прекомерних имисија да допринесе заштити животне средине. То нарочито важи за превентивну грађанскоправну заштиту, која може представљати драгоцени инструмент сузбијања деградације животне средине. Када је реч о праву на здраву и уравнотежену животну средину, које је у фокусу антропоцентричне концепције еколошког права, сматрамо да је грађанскоправна заштита права личности много боље поље за остваривање овог права него класична имисиона заштита везана за непокретности.

4. Закључак

О односу јавноправне и приватноправне заштите од имисија тешко је дати коначан суд. Ова интеракција је јако жива и има бројне облике, које је немогуће обухватити једним сегментом научног истраживања. Ипак, еколошкоправни и урбанистичкоправни прописи у пољу грађанскоправне заштите од прекомерних имисија имају допуњујући карактер.

Урбанистичко право, кроз бројне своје технике, може деловати превентивно на појаву штете и узнемиравања од прекомерних имисија, иако треба имати у виду да се његовим нормама не могу предвидети све могуће варијације у којима се имисије могу појавити као узурпатори приватноправне сфере непокретности. Норме урбанистичких прописа су ту да предупреду грађанскоправни спор због имисија. Међутим, једино судија, у грађанском судском поступку, може бити толико близу свакодневице страна у спору и вршити потребну индивидуализацију оваквих случајева.

⁵¹ M. Lee, *The Intersection Between Environmental Law and Tort Law, Decision-Making in Environmental Law*, (ed.) L. Paddock - R. L. Glicksman - S. Bryner, Edwar Elgar Publishing Ltd, Cheltenham, 2016., стр. 11.

⁵² B., и J. Steele, *Private Law and the Environment*, Legal Studies, no 15, 1995, стр. 239.

Грађанскоправна заштита животне средине не може се свести на један од инструмената еколошког права. Квантификатори из еколошкоправних прописа, као показатељи допуштеног нивоа присуства загађујућих материја у животној средини, представљају добар путоказ судији у грађанском поступку, при утврђивању прекомерности. Они представљају један од критеријума за индивидуализацију примене норми грађанскоправне заштите од имисија. Сматрамо да кључну разлику између ова два вида заштите треба тражити у напред изложеним појмовима *еколошке* и *имисионе* штете, и са њима повезаним, претежно јавним и општим интересима, односно, приватноправним интересима, када је реч о другој врсти штете. Еколошко право, ослањањем на достигнућа екологије, и са својим бројним прописима о појединим врстама имисија, представља значајан извор сазнања о овим облицима угрожавања и повреде приватноправне - имовинске и личне сфере правних субјеката. Тиме се омогућава и потпуније и поузданије формирање стратегије грађанскоправне заштите од прекомерних имисија.

Резиме

Имисије су предмет регулисања и других прописа, осим грађанскоправних, пре свих, урбанистичкоправних и еколошкоправних. По правилу, јавноправна регулатива и заштита од имисија је првенствено прибежиште суседа угроженог имисијама са непокретности другог суседа. У не малом броју случајева, конфликт у суседству биће предупређен или решен на терену јавног права, али ће подједнако често бити неопходна и грађанскоправна заштита, без које нема потпуне заштите интереса оштећеног. С друге стране, она сама је у савременом праву под великим утицајем урбанистичког и еколошког права.

Литература

Bernhardt, R. Burkhart, A. M. (2000). *Real Property in a Nutshell*. Minnesota: West Academic Publishing.

Bovey, G. (2000). *L'expropriation des droits de voisinage*. Berne: Thèse.

Brenner, J. F. (1974). *Nuisance Law and the Industrial Revolution*. *The Journal of Legal Studies*. vol. 3 (2).

Вучковић, М. (2017). Утицај урбанистичких и еколошкоправних прописа на одређивање прекомерности имисија у грађанском праву. Зборник радова „Усклађивање права Србије са правом ЕУ”. 4.

Вучковић, М. (2017). *Private Nuisances and Land Use Regulation*. Collection

of papers „Law and Transition”.

Гајиновић, Т. (2017). Трансформација института имисија и преднацрт грађанског законика. *Култура полиса*. 34.

Giliker, P. (2010). Relationships between neighbours – England and Wales 1850-2000. The development of liability between neighbours.

Gordley, J. (2010). Disturbances among neighbours: an introduction. The development of liability between neighbours.

Gordley, J. (2010). Disturbances among Neighbours in French Law. The development of liability between neighbours.

Davignon, J. F. (2013). *Droit de l'urbanisme*. Paris: LexisNexis.

Dupeyroux, M. (1968). *La puissance publique, la propriété privé et l'urbanisation*. *Propriété et Urbanisme*.

Calsat, M. H. J. (1968). *L'urbanisme et le sol*. *Propriété et Urbanisme*.

Караникић Мирић, М. (2007). Одговорност за загађивање животне средине. *Правни живот*. 9

Cornu, G. (1991). *Droit civil*. Paris: Montchrestien.

Лазих, М. (2012). Имисије и грађанскоправна заштита. *Правна ријеч*.

Лазих, М. (2012). Заштита од буке - комунална бука и имисија буке. *Зборника радова „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“*.

Лазих, М. (2017). Својински режим на грађевинском земљишту и урбана комасација. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 76

Lee, M. (2016). The Intersection Between Environmental Law and Tort Law. In Paddock, L. R. Glicksman, L. Bryner, S. (ed.). *Decision-Making in Environmental Law*. Cheltenham: Edwar Elgar Publishing Ltd.

Лилић, С. (2010). *Еколошко право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Мамфорд, Л. (1968). *Grad u historiji*. Zagreb: Naklada Naprijed d.d.

Marty, G. Raynaud, P. (1965). *Droit Civil*. Tome second. Les Biens. Paris: Dalloz.

Marty, M. (1968). *Propriété et urbanisme*. *Propriété et Urbanisme*.

Morand-Deviller, J. (2014). *Droit de l'urbanisme*. Paris: Dalloz.

Николић, Д. (2009). Увод у право животне средине. У Николић, Д. (ур.).

Основе права животне средине. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду. Центар за издавачку делатност,

Planiol, M. Ripert, G. Picard, M. (1952). *Traité pratique de droit civil français*. Tome III. Les biens. Paris: Dalloz.

Планојевић, Н. (1998). Отварање прозора као својинско овлашћење и као службеност. *Правни живот*.10.

Pontavice, E. Du. (1978). *La protection juridique de voisinage et de l'environnement en droit civil comparé*. *Revue juridique de l'environnement*. 2.

Steele, J. (1995). *Private Law and the Environment*. *Legal Studies*. 15.

Стојановић, Д. (1975). Грађанскоправна средства у борби против загађивања ваздуха и воде. Београд: Савремена администрација.

Terré, F. Simler, Ph. (1992). *Droit civil. Les biens*. Paris: Dalloz.

Foex, B. (2007). *La jurisprudence récente de la Cour de Justice de Genève en matière de droits réels immobiliers. Servitudes, droit de voisinage, responsabilités du propriétaire immobilier*.

Цветић, Р. (2014). Одрживи развој и еколошка штета. Зборник радова Правног факултета у Нишу. 68.

Чавошки, А. (2011). Извори међународног еколошког права. У Чавошки, К. (ур.). Приручник за заштиту животне средине. Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије.

Прописи

Закон о планирању и изградњи Републике Србије. «Сл. гласник РС». бр. 72. 2009, 81. 2009 - испр. 64. 2010 - одлука УС, 24. 2011, 121. 2012, 42. 2013 - одлука УС, 50. 2013 - одлука УС, 98. 2013 - одлука УС, 132. 2014 и 145. 2014.

Loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983. Преузето 23.08.2021. <https://www.admin.ch>.

Doc. Milica Vučković, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

CIVIL LAW PROTECTION AGAINST EMISSIONS AND PUBLIC LAW

Abstract

Emissions are the subject matter of regulation in different areas of law, including civil law, public law, urban planning, and environmental law. As a rule, public law regulation and protection against emissions is primarily opted for in cases where one's property is endangered by emissions originating from the neighboring real estate. In a large number of cases, the conflict may be prevented or resolved by referring to public law solutions. However, in many cases, the parties have to resort to the civil law protection against emissions, which provides a comprehensive protection of the interests of the injured party within the normative framework of tort law (i.e. compensation of damage caused by public and private nuisance resulting from emissions). On the other hand, in contemporary law, civil law protection against emissions has been under the substantial influence of urban planning legislation and environmental law.

Keywords: *emissions, urban planning legislation, environmental law, environmental damage, damage caused by emissions.*

ОДГОВОРНОСТ ЗА ДЕЛИКТЕ ИЗВРШЕНЕ ПОСРЕДСТВОМ ИНТЕРНЕТА²

Апстракт: *Значајан део приватног и финансијског живота појединца представља предмет информација које се размењују на интернету, што ствара неограничени простор и могућности њихове злоупотребе и повреде. Случајеви проузроковања штете посредством интернет технологије једним именом се означавају као електронски деликти или дигитални деликти. Заштита права на приватност супротстављена је интересима слободe изражавања на интернету. Услед извршења електронских деликата настаје право оштећеног на накнаду штете, у складу са општим начелима облигационог права. Ауторка у раду анализира круг одговорних лица за накнаду штете – штетници и пружаоци интернет услуга (провајдери) – и правила која уређују њихову одговорност, уз посебан осврт на праксу Европског суда за људска права.*

Кључне речи: *електронски деликти, провајдери, Закон о електронској трговини, Закон о јавном информисању и медијима, Европски суд за људска права, слобода изражавања мишљења.*

1. Увод

Нова ера технологије донела је и нове начине извршења деликата. Интернет је поред бројних погодности, створио и нови реалм за повреде правно заштићене сфере правних субјеката. Као нови медиј, интернет представља „место сусрета” најшире скупине људи. Сваког тренутка у свету се размењује немерљив број информација (текстови, фотографије, видео и музички записи, софтвери итд.). Значајан део приватног

¹ a.bojana@prafak.ni.ac.rs

² Рад представља резултат истраживања по Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2022. години, евиденциони број 451-03-68/2022-14/200120.

и финансијског живота појединца представља предмет информација које се размењују на интернету. То истовремено значи да су могућности проузроковања штете на интернету далеко бројније и једноставније. Анонимно иступање на интернету није ретка појава. Бројност и стална латентна присутност деликата извршених посредством интернета ову тему одржава актуелном, посебно имајући у виду регулативу која пре поставља границе овом случају одговорности, него што шири опсег заштите.

Друштвени и комерцијални аспекти деловања на интернету отварају различите могућности nanoшења штете. Сви случајеви проузроковања штете посредством интернет технологије једним именом означавају се као електронски деликти или дигитални деликти (енг. cyber torts).³ Карактеристични случај проузроковања штете представља повреда права на приватност (злоупотреба података о личности, злоупотреба фотографије, дефамација, крађа идентитета, и др.). Економски значајнији су случајеви повреде ауторских права и права индустријске својине, објављивања тајних пословних информација, повреде права потрошача и слично. Посебно забрињавајући су случајеви електронског насиља или дигиталног насиља (енг. cyber bullying), које се остварује кроз малициозно изношење и проношење информација и повређује право на психички интегритет оштећених, као део њиховог права на поштовање личности. Електронско насиље најзаступљеније је међу млађим генерацијама (ученицима основних и средњих школа), али је примећено да се „може наћи нелинеарна повезаност са узрастом”.⁴ Фактори развоја карактеристични за 21. век утичу да електронско насиље представља „опасност по јавно здравље”,⁵ због чега државе формирају институционализоване реакције.⁶

³ Порекло енглеске синтагме cyber tort надовезује се на означавање кривичних дела извршених употребом интернет технологије као cyber crimes и cyber assaults. У домаћем правном говору, за означавање ових кривичних дела користи се синтагма високотехнолошки криминал.

⁴ Elias Aboujaoude, Matthew Savage, Vladan Starcevic, and Wael Salame, Cyberbullying: Review of an Old Problem Gone Viral, *Journal of Adolescent Health*, No. 57, 2015, p. 15.

⁵ *Ibid.*, p. 15, 16.

⁶ Због забрињавајуће статистике о учесталости електронског насиља међу ученицима основних и средњих школа, све већи број држава на свету организује активности едукације младих о заштити на интернету и безбедном коришћењу интернета. Аустралија је била међу првим државама која је образовала државну агенцију за безбедност на интернету Комесар за е-безбедност (The e-Safety Commissioner), чији је један од главних задатака заштита младих од негативних последица иступања на интернету. Извор <https://www.esafety.gov.au/>, приступ на дан 20.9.2022. године. У Србији је 2017. године, при Министарству трговине, туризма и телекомуникација,

Услед штете проузроковане извршењем електронских деликата настаје право оштећеног на накнаду штете, у складу са општим начелима облигационог права. Круг одговорних лица за накнаду штете шири је од штетника. Поред њега, и заједно са њим, одговорност сноси и пружаоци интернет услуга (провајдери). Одговорност пружаоца интернет услуга често је и једини правно доступан пут остваривања заштите, у условима анонимног иступања корисника на интернету.

2. Штетник – корисник на интернету

Одговорност аутора информације или неовлашћеног дистрибутера информације (корисника на интернету) не ствара нове правне дилеме. Примењују се општа правила о одговорности за штету према Закону о облигационим односима. Корисник ће одговарати за проузроковану штету уколико је за њу крив.⁷

Питање кривице не сагледава се, међутим, према целокупном обиму настале штете, већ према стварању могућности да штета добије своје коначне размере. Другим речима, корисник се не би могао бранити, на пример, тврдњом да није могао ни претпоставити да ће његову објаву (информацију на интернету) видети и поделити (даље дистрибуирати) преко 100.000 других корисника на интернету јер он има затворен профил (персонализовану интернет страницу) на друштвеној мрежи. Корисник не би могао да тврди да није постојала његова намера да информација буде доступна неограниченом броју других лица, односно да није он учинио информацију доступну неограниченом броју других лица (већ само ограниченом – својим контактима на затвореном профилу). С обзиром на неконтролисан оптицај дистрибуције који могу остварити корисникови контакти, здраворазумски се не може прихватити идеја несвесног деловања корисника у односу на настали обим штете. Кривица у грађанском праву није чисто субјективна категорија, већ подразумева оцену вољног понашања штетника са аспекта објективног права, изражену кроз одговарајући вредносни суд таквог понашања.⁸

успостављен Национални контакт центар за безбедност деце на интернету. Центар истиче да управо електронско насиље представља један од тежих случајева онлајн угрожавања малолетника. Извор <https://pametnoibezbedno.gov.rs/>, приступ на дан 20.9.2022. године.

⁷ Ко другоге проузрокује штету дужан је накнадити је, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице. Члан 154 Закона о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, и *Сл. гласник РС*, бр. 18/2020.

⁸ Према субјективном схватању кривице, вредносно се цени воља лица, те кривица

Код електронских деликата којима се повређује право на приватност других лица, поставља се питање успостављања равнотеже између слободе изражавања корисника, с једне стране, и поштовања права на приватност приликом објављивања или дистрибуирања информације, с друге стране. Европски суд за људска права у својој богатој пракси посебно се освртао на ово питање.⁹ Уважавање слободе изражавања чини уштрб права на приватност у одређеним границама правно незаштићеним.

Члан 10 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту, Конвенција) штити изражавање које са собом носи ризик повреде правно заштићених интереса других лица. Заштита обухвата чак и изражавање идеја које „вређају, шокирају или узнемирују државу или било који део популације” јер су такви захтеви „плурализма, толеранције и широкоумности без којих нема демократског друштва”.¹⁰ Међутим, то не значи да је слобода изражавања неприкословена. Права и интереси других лица, гарантовани под окриљем Конвенције, представљају легитимни циљ који оправдава ограничење слободе изражавања.

Разматрајући супротстављене интересе заштићене чланом 8 и чланом 10 Конвенције, Европски суд за људска права (у даљем тексту, Суд) утврдио је одређене опште принципе. Интегрално представљени у пресуди *Delfi AS v. Estonia*, они гласе: 1) права гарантована члановима

претпоставља његов унутрашњи однос према сопственом понашању. Другим речима, кривица је „грешка у вољи онога ко је себи допустио противправну радњу коју је могао да избегне”. Јаков Радишић, Противправност као засебан услов грађанске одговорности, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1–4, 2001, стр. 551. Према објективном схватању, вредносно се цени понашање лица – „крив је онај ко погрешно поступа”. Вредносни суд даје се у оба случаја са аспекта објективног права – грешка је она воља, или оно понашање, које ствара штету на правно заштићеним интересима других лица. Уколико изостане штетна последица, чак противно намерама потенцијалног штетника, „установом одговорности за штету се не може извршити евалуација било поступка, било психичког односа једног лица према властитом чину”. Марија Караникић Мирић, Кривица као етички или технички појам, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1, год. LVI, 2008, стр. 182, 186.

⁹ Реч је о представкама које су подношене Европском суду за људска права, у којима је разматрана повреда права, било на изражавање, било на приватан живот, у поступцима пред домаћим властима поводом информација које су објављене на интернет порталима.

¹⁰ *Handyside v. United Kingdom*, Application no. 5493/72, 7.12.1976., § 49. Извор <https://hudoc.echr.coe.int/>, приступ на дан 22.9.2022. године. Представка се не односи на објављивање садржаја на интернету, али је у њој Европски суд за људска права заузео наведени став поводом заштите коју члан 10 Конвенције пружа.

8 и 10 Конвенције заслужују једнако поштовање, те разматрање пред-ставки не зависи од тога да ли су поднете од стране издавача увредљивог чланка, позивајући се на права из члана 10, или од стране особе на коју се увредљив чланак односи, позивајући се на права из члана 8 Конвенције; 2) маргина слободне процене домаћих судова треба да буде једнака у оба случаја; 3) када су домаћи судови поступали у складу са критеријумима утврђеним у пракси Суда, потребни су снажни раз-лози да Суд не подржи став домаћих судова.¹¹ Другим речима, држава (домаћи судови) има широко поље слободне процене када је реч о успо-стављању равнотеже између супротстављених интереса заштите сло-бодне изражавања и заштите права на приватан живот. Приликом одме-равања ових интереса, домаћи судови треба да воде рачуна о следећим критеријумима: 1) допринос дебати од јавног интереса, 2) колико је познато лице о којем се извештава и шта је предмет објаве (информа-ције), 3) претходно понашање лица на које се информација односи, 4) начин прибављања информације, 5) веродостојност, садржина, форма и последице објављивања, и 6) тежина изречене казне аутору инфор-мације или издавачу.¹² По правилу, већу заштиту права гарантованог чланом 8 Конвенције, када је оно супротстављено праву гарантованом чланом 10, ужива лице које нема јавну улогу у друштву.

3. Пружаоци интернет услуга

Карактеристика штета у случају електронских деликата је управо деловање *посредством интернета* који омогућава широки аудиторитум. Далеко је већи круг људи који се са одређеном информацијом могу упо-знати на интернету кроз сат времена од њеног објављивања, неголи круг људи који би се са истом информацијом могао упознати тако што би је корисник (штетник) гласно викао на главном тргу у центру града тачно сат времена. Интернет не познаје границе, нити захтева истовре-менско присуство ствараоца информације и примаоца информације. Томе треба додати да информација остаје на интернету „трајно“, а на тргу постоји само за време док је штетник узвикује.¹³ Управо зато што су пружаоци услуга преноса информација на интернету „заслужни“ за

¹¹ Delfi AS v. Estonia, Application no. 64569/09, 16.6.2015., § 139. Извор <https://hudoc.echr.coe.int/>, приступ на дан 22.9.2022. године.

¹² Axel Springer AG v. Germany, Application no. 39954/08, 7.2.2012., §§ 89–95. Извор <https://hudoc.echr.coe.int/>, приступ на дан 22.9.2022. године.

¹³ У хипотетичком примеру имамо у виду само примарне примаоце информација. Пример даље усложњава круг секундарних, терцијалних итд. примаоца информација, који за информацију сазнају преко примарних примаоца, а не од штетника директно.

димензије дистрибуције информација, на који начин (кроз дистрибуцију) убирају плодове своје делатности, постоје разлози за разматрање њихове одговорности. Законски основ за одговорност провајдера јесте члан 206 Закона о облигационим односима, који уређује одговорност више лица за исту штету.¹⁴

Пружаоци услуга преноса информација на интернету, односно пружаоци интернет услуга (англ. провајдери) су сви субјекти чија је основна делатност везана за интернет.¹⁵ Према њиховој главној уговорној обавези према корисницима, разликујемо провајдере за приступ, провајдере домаћине и провајдере садржаја.¹⁶ Између провајдера и корисника на интернету заснива се уговорни однос у односу на објављивање садржаја. У случају проузроковања штете активностима корисника, положај провајдера зависи, у првом реду, од тога да ли је имао сазнања о противправности информација, а потом, од тога да ли је провајдер пружао само техничке услуге преноса и складиштења информације, или је објавио информацију као своју. У оба случаја, Европски суд за људска права је истицао значајну улогу интернета „у повећању општег приступа информацијама и олакшавања ширења информација уопштено“, захваљујући „својој приступачности и могућности складиштења и повезивања огромне количине информација“.¹⁷ Из тих разлога, провајдери уживају права гарантована чланом 10 Конвенције, те се речено о одмеравању супротстављених интереса примењује и у односу на провајдере.

3.1. Одговорност за техничке послове са информацијама

Технички послови са информацијама обухватају њихов пренос, привремено и трајно складиштење.¹⁸ Уговорни однос провајдера и корисника

¹⁴ Члан 206 Закона о облигационим односима прописује да солидарно одговарају лица која су штету проузроковала заједно, лица која су штету проузроковала радећи независно једно од другог ако се не могу утврдити њихови удели у проузрокованој штети, лица која су на неки начин међусобно повезана, а не може се утврдити које је од њих штету проузроковало, али је несумњиво да је неко од њих.

¹⁵ Михајло Цветковић, Одговорност пружаоца услуга информационог друштва за штету коју проузрокују њихови корисници противправним садржајем, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 58, 2011, Ниш, стр. 251.

¹⁶ Провајдери за приступ омогућавају корисницима приступ интернету. Провајдери домаћини омогућавају непрекидан смештај, приказивање и доступност одређеног сајта корисницима. Провајдери садржаја подстичу и подржавају стварање корисничког садржаја, на основу којих прикупљају тржишне информације (примерице, рекламног карактера) и потом тако прикупљене информације продају заинтересованим трећим лицима. Више о томе, *ibid.*, стр. 251, 259–260.

¹⁷ *Delfi AS v. Estonia*, Application no. 64569/09, 16.6.2015., § 133.

¹⁸ Детаљније о техничким пословима са информацијама, Михајло Цветковић, *ор.*

који користе њихове услуге за пренос својих информација карактеришу бројне „клаузуле о искључењу одговорности провајдера”,¹⁹ као израз слободе уговарања. Поред тога, Закон о електронској трговини уређује законска искључења одговорности провајдера.²⁰

У уговорним клаузулама о искључењу одговорности провајдера јасно се истиче овлашћење и обавеза корисника да самостално врши контролу информација које се преносе. То даље значи да корисник сноси одговорност за евентуалну штету које те информације могу проузроковати. Сврха ових клаузула јесте контрола ризика од одговорности,²¹ којем се провајдер излаже заснивањем односа са корисником. Због карактеристика интернет комуникације, провајдер најчешће не може контролисати активности корисника. Уговорне клаузуле о искључењу одговорности односе се само на одговорност за обичну непажњу. Према императивној законској норми, одговорност за намеру или крајњу непажњу не може се унапред уговором искључити.²² Уколико је провајдер имао сазнање о противправности информација или је учествовао у њиховом креирању или измени, клаузуле не штите провајдера. Свесни информатичког окружења и потенцијалних злоупотреба, неодржива је идеја да провајдери ни на који начин не могу да делују поводом одређене противправне активности, притом убирајући приходе од своје делатности. Данас најраспрострањенији вид деловања провајдера јесте (привремено или трајно) уклањање информације путем аутоматског система „филтрирања” забрањених израза и на основу пријаве корисника (пријава информација које садрже говор мржње, позивање на насиље, и сл.). Пропуштање провајдера да успостави и унапређује аутоматски систем, као и да делује по поднетим пријавама, представља разлог за успостављање његове одговорности.²³

Искључење одговорности провајдера према Закону о електронској трговини обухвата све видове одговорности: грађанску, кривичну и

cit., стр. 254–255.

¹⁹ *Ibid.*, стр. 251.

²⁰ *Сл. гласник РС*, бр. 41/2009, 95/2013 и 52/2019. Закон је донет по узору на Директиву о електронској трговини [Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce)].

²¹ Марија Караникић Мирић, *Ограничења одговорности за штету у српском праву, Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1, год. LX, 2012, стр. 252.

²² Члан 256 став 1 Закона о облигационим односима. Више о томе, *ibid.*

²³ Више о пропуштању као узроку наступања штете, Михајло Цветковић, *Узрочна веза у одитетном праву*, Ниш, 2020, стр. 92–102.

прекршајну, и односи се само на техничке поступке са информацијама (пренос и привремено и трајно складиштење) које је на мрежу поставио корисник. Законске одредбе не утичу на одговорност корисника.

Искључена је одговорност провајдера у односу на садржину информација корисника чији се пренос врши, уколико провајдер није иницирао пренос нити одабрао примаоца информације, и уколико није вршио одабир или промене информације.²⁴ У случају привременог складиштења информације, одговорност провајдера је искључена уколико он није мењао информацију, уколико уважава услове за приступ информацији, поступа у складу са правилима за ажурирање, и делује у складу са дозвољеном применом технологија за прикупљање података, као и уколико уклони или онемогући приступ информацији одмах по сазнању о недопуштеном деловању корисника или недопуштеној садржини информације.²⁵ Када је реч о трајном складиштењу информације, одговорност провајдера је искључена уколико није знао нити је могао знати за недопуштено деловање корисника или садржину информације, и уколико је одмах по сазнању о томе уклонио информацију или онемогућио приступ њој.²⁶ Проширујући реон искључења одговорности провајдера у односу на Директиву о електронској трговини, закон уређује искључење одговорности провајдера у ситуацији када је посредством електронског упућивања (линкови) омогућио приступ информацијама другог корисника, уколико није знао нити је могао знати за недопуштено деловање или садржај информација, и уколико је по сазнању уклонио линк.²⁷

Summa summarum, до искључења одговорности провајдера у вези са техничким поступцима са недопуштеним информацијама може доћи уколико провајдер није знао нити је могао знати о недопуштеном деловању корисника или недопуштеној садржини информација, и уколико је одмах по сазнању о томе уклонио информације или онемогућио приступ њима.²⁸ Наведено важи и за уговорне клаузуле о искључењу одговорности јер је свако дужан да се уздржава од проузроковања штете другоме.²⁹ Уколико је провајдер упознат са противправним активно-

²⁴ Члан 16 став 1 Закона о електронској трговини.

²⁵ Члан 17 Закона о електронској трговини.

²⁶ Члан 18 став 1 Закона о електронској трговини.

²⁷ Члан 19 Закона о електронској трговини.

²⁸ Више о томе, Михајло Цветковић, Одговорност пружаоца услуга информационог друштва за штету коју проузрокују њихови корисници противправним садржајем, *op. cit.*, стр. 255–257.

²⁹ Члан 16 Закона о облигационим односима.

стима корисника, дужан је да спречи даље коришћење својих услуга за такве активности.

У познатом судском поступку поводом утврђивања одговорности Google компаније због објављеног снимка злостављања дечака са инвалидитетом на њиховој платформи,³⁰ Врховни касациони суд Италије донео је одлуку да Google, као провајдер домаћин, није одговоран за противправни садржај који је објављен, јер су његова овлашћења у вези података техничке природе (пренос и складиштење).³¹ Првостепени суд био је другачијег става, када је утврдио одговорност Google компаније, налазећи да њен положај премашује положај провајдера домаћина, који не само да обезбеђује пренос и складиштење информације, већ својим алгоритмима утиче на њену „видљивост”, кроз истицање у категорији најпопуларнијих видеа и кроз развијање алгоритама сличних садржаја, а који на основу претходно прегледаних објава упућују на нове. Таква одлука првостепеног суда у Милану узбуркала је светску јавност. Тачка коју је Врховни касациони суд Италије ставио на овај случај не закључује истовремено и оправдану расправу која се развила – колика је одговорност провајдера за дистрибуцију информације, која без њихове активности (генерисања алгоритама) не би имала исте обиме, те да ли је провајдер у таквим околностима могао знати за противправност информације чију дистрибуцију омогућава.

3.2. Одговорност провајдера садржаја на интернету

Када провајдер представља електронско издање јавних гласила или самостално електронско издање (уређивачки обликоване интернет странице или интернет портали),³² примењује се Закон о јавном инфор-

³⁰ Поводом објављеног снимка, јавни тужилац је током 2006. године подигао оптужницу због клевете и недозвољене обраде личних података против одговорних лица у Google компанији. У односу на клевету, оптужница је одбијена. У другом делу, првостепени суд је донео осуђујућу одлуку, утврђујући да је Google компанија учествовала у обради осетљивих података о личности (подаци о здравственом стању дечака са Дауновим синдромом) без пристанка лица и без одобрења надлежног органа за заштиту података, а у циљу стицања добити. Више о томе, Giovanni Sartor and Mario Viola de Azevedo Cunha, *The Italian Google-Case: Privacy, Freedom of Speech and Responsibility of Providers for User-Generated Contents*, *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 18, No. 4, Oxford University Press, 2010, pp. 357-362.

³¹ Више о одлуци Врховног касационог суда, <https://www.martinimanna.com/blog/court-of-cassation-the-google-vividown-case-comes-to-an-end>, приступ на дан 23.9.2022. године.

³² Члан 29 став 2 Закона о јавном информисању и медијима, Сл. гласник РС, бр. 83/2014, 58/2015 и 12/2016 – аутентично тумачење.

мисању и медијима. То подразумева да провајдер, у складу са законом, има обавезу контроле садржаја које објављује (обавеза новинарске пажње, забрана говора мржње, посебна брига о малолетницима, објављивање информација из приватног живота само уз дозволу лица, и др.).³³

Било је спорно питање одговорности провајдера за садржај коментара које корисници (трећа лица) остављају испод објава, поводом садржаја који је провајдер објавио или дистрибуирао. У пракси Европског суда за људска права занимљив је случај *Delfi AS v. Estonia*.³⁴ Домаћи судови Естоније, по тужби трајектне компаније због клевете, утврдили су постојање одговорности комерцијалног информативног интернет портала (провајдера) *Delfi AS* због антисемитских коментара, које су корисници (анонимно и без захтева претходне регистрације) остављали испод објављеног чланка. Суд је нашао да Естонија није повредила права подносиоца представке на изражавање,³⁵ и у својој одлуци се посебно осврнуо на две чињенице. Прво, да је подносилац представке имао праксу истицања објава са највећим бројем коментара, што чини лако уочљивом дискусију корисника и привлачи даљу пажњу. У таквим условима, уклањање коментара који очигледно садрже говор мржње или позивају на насиље не представља ограничење права на слободу изражавања.³⁶ Друго, да није постојала реална могућност подизања

³³ Чланови 9, 75, 77 и 80–82 Закона о јавном информисању и медијима.

³⁴ На интернет информативном порталу *Delfi AS* током 2006. године објављен је критички чланак о трајектној компанији, која је променила своје руте и тиме довела до оштећења леда на површинама које су могле да служе као путеви на леду. Последишно, отварање путева на леду је одложено за неколико недеља, при чему је реч о саобраћају који је јефтинији и бржи од трајекта. У неким коментарима на објављени чланак биле су садржане претње и увредљив речник упућени власнику трајектне компаније. Коментари су уклоњени шест недеља након објављивања чланка, на захтев власника трајектне компаније. Пред домаћим судовима, власник трајектне компаније подигао је тужбу због клевете против интернет информативног портала, због објављених коментара. *Delfi AS v. Estonia*, Application no. 64569/09, 16.6.2015.

³⁵ У образложењу одлуке, Суд је истакао да су коментари корисника били екстремног карактера (садржали су говор мржње и позивање на насиље), да су коментари објављени као реакција на чланак који је подносилац представке објавио на свом комерцијалном информативном порталу, да су мере које је подносилац представке предузео ка уклањању коментара биле недовољне, као и да је изречена умерена казна с обзиром на то да је подносилац представке један од највећих интернет портала у Естонији. Суд је нарочито нагласио комерцијални карактер информативног портала и чињеницу да подносилац представке зарађује приходе од своје активности на интернету. *Delfi AS v. Estonia*, Application no. 64569/09, 16.6.2015., § 162.

³⁶ *Delfi AS* портал имао је јасно истакнуто одрицање од одговорности за садржину коментара и забрану објављивања коментара који садрже увредљив речник, претње

грађанске тужбе против аутора коментара јер њихов идентитет није могао бити лако утврђен за потребе парничног поступка.³⁷

У другом предмету, *Høiness v. Norway*, Суд је утврдио да нема одговорности интернет портала за сексистичке коментаре анонимних лица, објављене испод чланка који се тичао подносиоце представке, управо из разлога благовременог уклањања таквих коментара по пријави.³⁸ Поново, Суд је посебно ценио природу коментара (одсуство говора мржње и позивања на насиље у коментарима, супротно чињеничном стању у пресуди *Delfi AS v. Estonia*) и тешкоће подизања грађанске тужбе против аутора коментара, услед њихове анонимности.³⁹ Пажња коју Суд посвећује питању анонимних аутора коментара додатно осветљује проблем иступања на интернету без успостављања одговорности.

У пресуди *Magyar Tartalomsgalgtatok Egyesulete i Index.hu Zrt v. Hungary*, Суд је заузео став да наметање објективне одговорности интернет

или позивају на насиље. Даље, *Delfi AS* имао је аутоматски систем уклањања коментара на основу препознавања одређених израза, као и систем уклањања коментара на основу пријава корисника. Такође, у одређеним приликама, администратори су могли да уклоне коментаре по сопственој иницијативи. Међутим, Суд је закључио да чињенице да је објављени чланак имао преко 180 коментара (што га је истакло међу најпосећенијим објавама) и да су коментари уклоњени тек након шест недеља од објављивања чланка, по пријави лица на које су се директно односили, сведоче да наведени механизми нису делотворни. *Delfi AS v. Estonia*, Application no. 64569/09, 16.6.2015., §§ 155–159.

³⁷ У складу са чланом 244 Закона о парничном поступку Естоније, у поступку пред домаћим судовима тужилац (власник трајектне компанија) је могао да истакне захтев за претходно обезбеђење доказа и захтевати да тужени *Delfi AS* достави, преко суда, информацију о IP адресама аутора коментара, као и да провајдери приступа доставе, преко суда, информацију о именима и адресама корисника којима је одређена IP адреса додељена. Међутим, Суд је на основу достављених примера из праксе у Естонији, нашао да у одређеним случајевима, из различитих техничких разлога, идентификација лица на основу IP адресе се показала као неуспешна. *Delfi AS v. Estonia*, Application no. 64569/09, 16.6.2015., § 150.

³⁸ Поводом објављеног чланка на интернет порталу о подносиоце пријаве, у вези тужбе везане за наследство њеног супруга, анонимни корисници су остављали различите коментаре, међу којима и три сексистичког карактера. Интернет портал је само неколико минута по пријави подносиоце представке уклонио коментаре, два кроз аутоматски систем контроле коментара и трећи на основу мануелног деловања администратора. Подносиоце представке поднела је домаћим судовима тужбу због клевете против интернет портала и њеног уредника, а потом и представку Европском суду за људска права због непоштовања њеног приватног живота. *Høiness v. Norway*, Application no. 43624/14, 14.3.2019. Извор <https://hudoc.echr.coe.int/>, приступ на дан 22.9.2022. године.

³⁹ *Høiness v. Norway*, Application no. 43624/14, 14.3.2019., § 70.

порталима (провајдерима садржаја) због коментара трећих лица представља кршење права на слободу изражавања интернет портала.⁴⁰ Таква одговорност би подразумевала обавезу интернет портала да врше претходну контролу садржаја коментара трећих лица, што би се негативно одразило на праксу коментарисања на интернет порталима и створило би „директно или индиректно, ефекат хлађења слободе изражавања на интернету”.⁴¹

Из опсега примене Закона о јавном информисању и медијима искључене су платформе, попут интернет форума, друштвених мрежа и других платформи које омогућавају слободну размену информација, идеја и мишљења њених чланова, као и било која друга самостална електронска публикација, попут блогова, веб-презентација и сличних електронских презентација, осим ако нису регистроване у Регистру медија, у складу са законом.⁴² У случају повреде права појединаца путем ових платформи, примењују се одговарајући закони из правне сфере повређеног добра (Закон о облигационим односима, Закон о ауторским и сродним правима, Закон о заштити потрошача, итд.).

4. „Уклањање” информација са интернета

Суочени са проблемом објављених или дистрибуираних информација, оштећени су заинтересовани за уклањање тих информација и накнаду

⁴⁰ Magyar Tartalomszolgáltatok Egyesulete i Index.hu Zrt v. Hungary, Application no. 22947/13, 2.2.2016. Извор <https://hudoc.echr.coe.int/>, приступ на дан 22.9.2022. године. Magyar Tartalomszolgáltatok Egyesulete је саморегулаторно тело за провајдере садржаја у Мађарској, непрофитног типа, и објавио је критички чланак о два сајта за менаџмент некретнинама. Index.hu Zrt је комерцијални интернет портал који је критички чланак објавио у интегралном облику, али под другим називом. У коментарима испод обе објаве регистровани корисници су остављали увредљиве коментаре. Оба интернет портала имала су истакнуто одрицање од одговорности за садржину коментара и њихови објављени етички кодекси забрањивали су коментаре који вређају права других лица. Оба интернет портала имала су систем уклањања коментара на основу пријава корисника или мануелно од стране администратора. Сајтови за менаџмент некретнинама поднели су тужбе против оба интернет портала због повреда пословног угледа. Домаћи судови су утврдили одговорност оба интернет портала. Европски суд за људска права утврдио је да су таквим одлукама домаћи судови повредили право на изражавање интернет портала, а узимајући у обзир садржину коментара, непрофитни карактер саморегулаторног тела, и чињенице да су оба интернет портала уклонили коментаре, не по пријави корисника, него мануелно, након сазнања за подигнуте тужбе сајтова за менаџмент некретнинама.

⁴¹ Magyar Tartalomszolgáltatok Egyesulete i Index.hu Zrt v. Hungary, Application no. 22947/13, 2.2.2016., § 86.

⁴² Члан 30 став 2 Закона о јавном информисању и медијима.

штете, у складу са одговарајућим законским могућностима (повреда ауторских права, повреда права потрошача, повреда права на приватан живот, и др.). Поред подизања одговарајућих тужби, могуће је истаћи и захтев за издавање налога да се уклони опасност штете и престане са повредом права. Закон о облигационим односима прописује да свако може захтевати од другог да уклони извор опасности од кога прети знатнија штета, да се уздржи од делатности од које произилази узнемиравање или опасност штете, као и да се престане са радњом којом се повређују права личности.⁴³ Такође, и Закон о јавном информисању и медијима прописује да, када су објављивањем информације повређене обавезе контроле садржаја (обавеза новинарске пажње, забрана говора мржње, посебна брига о малолетницима, и др.), лице на које се информација односи може тужбом захтевати њено уклањање.⁴⁴

У случају електронских деликата којима се повређују права личности, оштећени има право на брисање података о личности,⁴⁵ у складу са чланом 30 Закона о заштити података о личности.⁴⁶ Према наведеној одредби, лице на које се подаци односе има право да се његови подаци о личности избришу од стране руковоаца, уколико подаци више нису неопходни за остваривање сврхе због које су прикупљени или на други начин обрађивани, уколико је лице опозвало пристанак за обраду или је поднело приговор на обраду, уколико су подаци незаконито обрађивани, уколико је то потребно ради извршења законских обавеза руковоаца, као и уколико малолетник до навршења пунолетства опозове пристанак дат за прикупљање података у вези са коришћењем услуга

⁴³ Чланови 156 и 157 Закона о облигационим односима.

⁴⁴ Чланови 101 и 102 Закона о јавном информисању и медијима.

⁴⁵ Као синоним, у литератури се користи назив право на заборав. Право на заборав се помиње у одлуци Суда правде Европске уније Google Spain SL and Google Inc. V Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González, али се садржина права према наведеној пресуди своди на „уклањање одређеног линка из индекса резултата који би интернет кориснику били приказани на основу претраге која се врши помоћу интернет претраживача, и то само онда када се као одредница претраге користи име и презиме одређене особе”. То значи да се заправо подаци не бришу, те да се коришћењем других одредница претраге може доћи до њих. Слобода Мидоровић, Право на брисање података о личности доступних на интернету, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 84, год. LVIII, 2019, стр. 282, 285, 286.

⁴⁶ *Сл. гласник РС*, бр. 87/2018. Закон је донет по узору на Општу уредбу о заштити података о личности Европске Уније [Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)].

информационог друштва.⁴⁷ Сваки од наведених основа за брисања података има своја ограничења и изузетке.⁴⁸ Притом, најчешће постоји више основа за обраду података, те руковалац није дужан да избрише податке све док макар један од основа постоји.

Широк је оквир законске резерве обавезе брисања. Брисање података *не примењује се у мери у којој је обрада неопходна* у интересу остваривања слободе изражавања и информисања, у јавном интересу, у интересу остваривања јавног здравља, у сврхе архивирања у јавном интересу, научног или историјског истраживања, или у статистичке сврхе, као и ради подношења, остваривања или одбране правног захтева. Додатно, захтев за брисање података не односи се на обраду коју надлежни органи врше у посебне сврхе.⁴⁹

У закључку, чак и када регулише могућност брисања података, закон прописује изузетке и ограничава у којој се мери брисање може остварити. Услед разгранате дистрибуције и складиштења информација у архивама различитих провајдера, једном објављене информације су трајно похрањене, те заправо не постоји „брисање” са интернета. Уклањање информација са интернета зато представља један од дигиталних митова. Управо зато законодавац регулише облигацију средстава, када прописује обавезу руковоаца да *предузме разумне мере у циљу обавештавања* других руковалаца подацима о постојању захтева за брисање свих копија података и упућивања, односно електронских веза према овим подацима.⁵⁰ Стандард разумних мера одређен је степеном доступних технологија и могућностима сношења трошкова њихове употребе.

5. Закључак

За штету проузроковану извршењем електронских деликата штетник одговара у складу са општим начелима облигационог права. Поред њега, и заједно са њим, одговорност носе и пружаоци интернет услуга (провајдери). Разлог успостављања одговорности провајдера лежи у њиховој комерцијалној делатности дисеминације информација.

Између провајдера и корисника на интернету заснива се уговорни однос у односу на објављивање садржаја. У случају проузроковања штете

⁴⁷ Члан 30 ставови 1 и 2 Закона о заштити података о личности.

⁴⁸ Више о томе, Слобода Мидоровић, *op. cit.*, стр. 293–296.

⁴⁹ Члан 30 ставови 5 и 6 Закона о заштити података о личности.

⁵⁰ Члан 30 став 3 Закона о заштити података о личности.

активностима корисника, положај провајдера зависи од тога да ли је пружао само техничке услуге преноса и складиштења информације, или је објавио информацију као своју. У првом случају, одговорност провајдера у вези са техничким поступцима са информацијама постоји уколико је провајдер знао или је могао знати о недопуштеном деловању корисника или недопуштеној садржини информација, и уколико није одмах по сазнању о томе уклонио информације или онемогућио приступ њима. У другом случају, одговорност провајдера у вези објављеног садржаја постоји уколико није поштовао законске обавезе контроле садржаја (обавеза новинарске пажње, забрана говора мржње, посебна брига о малолетницима, објављивање информација из приватног живота само уз дозволу лица, и др.).

Посебно питање тиче се одговорности провајдера за коментаре корисника у вези објављених информација. Европски суд за људска права заузео је став да би наметање објективне одговорности интернет порталима (провајдерима садржаја) због коментара трећих лица представљало кршење права на слободу изражавања интернет портала. Успостављање такве одговорности, директно или индиректно, створило би ефекат хлађења слободе изражавања на интернету. Ипак, треба имати у виду да је одговорност провајдера често једини пут остваривања правне заштите, због анонимности корисника.

Суочени са проблемом објављених или дистрибуираних информација, оштећени поред подизања одговарајућих тужби, могу истаћи захтев за издавање налога да се уклони опасност штете и престане са повредом права у складу са Законом о облигационим односима, захтев за уклањање информација у складу са Законом о јавном информисању и медијима, и захтев за брисање података о личности, у складу са Законом о заштити података о личности. Насупрот бројним законским могућностима, уклањање информација са интернета представља својеврсни дигитални мит – једном објављене информације су трајно похрањене, те заправо не постоји „брисање“ са интернета.

Резиме

Карактеристични случајеви проузроковања штете посредством интернет технологије представљају повреду права на приватност (злоупотреба података о личности и фотографије, дефамација, крађа идентитета, и др.), повреде ауторских права и права индустријске својине, повреде права потрошача и слично. Услед штете проузроковане извршењем електронских деликата настаје право оштећеног на накнаду

штете, у складу са општим начелима облигационог права. Круг одговорних лица за накнаду штете шири је од штетника. Поред њега, и заједно са њим, одговорност носе и пружаоци интернет услуга (провајдери). Одговорност пружаоца интернет услуга често је и једини правно доступан пут остваривања заштите, због анонимности корисника на интернету.

Уважавањем значајне улоге интернета у повећању општег приступа информацијама и олакшавања њиховог ширења, регулатива у овој области пре поставља границе одговорности због електронских деликата, него што шири опсег заштите. Право на изражавање представља главну линију одбране, како штетника тако и провајдера, када је реч о повредама права на приватност. Провајдери који врше техничке послове с информацијама не одговарају за њихов противправни садржај, а провајдери садржаја не одговарају за садржај који корисници објављују. Лице има право да захтева брисање података о личности, који су објављени или дистрибуирани путем интернета, али су прописани бројни изузеци и ограничена је мера у којој се брисање може остварити. Реченом треба додати чињеничну стварност о анонимном иступању лица на интернету и дигитални мит о уклањању информација са интернета.

Литература

Научни извори

Aboujaoude Elias, Savage Matthew, Starcevic Vladan, and Salame Wael, Cyberbullying: Review of an Old Problem Gone Viral, *Journal of Adolescent Health*, No. 57, 2015, pp. 10–18.

Караникић Мирић Марија, Кривица као етички или технички појам, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1, год. LVI, 2008, стр. 181–193.

Караникић Мирић Марија, Ограничења одговорности за штету у српском праву, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1, год. LX, 2012, стр. 244–273.

Мидоровић Слобода, Право на брисање података о личности доступних на интернету, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 84, год. LVIII, 2019, стр. 281–306.

Радишић Јаков, Противправност као засебан услов грађанске одговорности, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1–4, 2001, стр. 539–553.

Sartor Giovanni, De Azevedo Cunha Mario Viola, The Italian Google-Case: Privacy, Freedom of Speech and Responsibility of Providers for User-

Generated Contents, *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 18, No. 4, Oxford University Press, 2010, pp. 356–378.

Цветковић Михајло, Одговорност пружаоца услуга информационог друштва за штету коју проузрокују њихови корисници противправним садржајем, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 58, 2011, Ниш, стр. 249–265.

Цветковић Михајло, *Узрочна веза у одштетном праву*, Ниш, 2020.

Правни прописи и судске одлуке

Закон о електронској трговини, Сл. гласник РС, бр. 41/2009, 95/2013 и 52/2019.

Закон о заштити података о личности, Сл. гласник РС, бр. 87/2018.

Закон о јавном информисању и медијима, Сл. гласник РС, бр. 83/2014, 58/2015 и 12/2016 – аутентично тумачење.

Закон о облигационим односима, Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93 и Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003 – Уставна повеља, и Сл. гласник РС, бр. 18/2020.

Axel Springer AG v. Germany, Application no. 39954/08, 7.2.2012. Извор електронска база судске праксе Европског суда за људска права.

Delfi AS v. Estonia, Application no. 64569/09, 16.6.2015. Извор електронска база судске праксе Европског суда за људска права.

Handyside v. United Kingdom, Application no. 5493/72, 7.12.1976. Извор електронска база судске праксе Европског суда за људска права.

Нøiness v. Norway, Application no. 43624/14, 14.3.2019. Извор електронска база судске праксе Европског суда за људска права.

Magyar Tartalomsgalgtatok Egyesulete i Index.hu Zrt v. Hungary, Application no. 22947/13, 2.2.2016. Извор електронска база судске праксе Европског суда за људска права.

Интернет извори

<https://hudoc.echr.coe.int/>

<https://pametnoibezbedno.gov.rs/>

<https://www.esafety.gov.au/>

<https://www.martinimanna.com/blog/court-of-cassation-the-google-vividown-case-comes-to-an-end>

Bojana Arsenijević,
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

LIABILITY FOR TORTS COMMITTED VIA THE INTERNET

Summary

The typical cases of causing damage by using the Internet technology are violations of the right to privacy (misuse or abuse of personal data and photos, defamation, identity theft, etc.), violations of copyright and industrial property rights, violations of consumer rights, etc. In compliance with the general principles of the law on civil obligations (torts and contracts), the injured party has the right of compensation for damage caused by the commission of electronic torts (or digital torts). The circle of persons who may be held liable for damages in such cases, either individually or jointly, include the tortfeasors as well as the Internet service providers. Due to the anonymity of users on the Internet, the liability of the Internet service provider for a tortious act of another is often the only legally available way of ensuring legal protection.

Recognizing the significant role of the Internet in increasing general access to information and facilitating its dissemination, the regulation in this area is predominantly aimed at establishing the limits of liability for electronic torts rather than broadening the scope of legal protection. When it comes to the violation of the right to privacy, the freedom of expression is the main line of defense, both for the tortfeasor and the provider. The host-service providers may not be held liable for the illegal content posted by users. Furthermore, content-providers may not be held liable for the illegal content posted by third-party users. A person has the right to request the deletion of personal data that has been published or distributed via the Internet, but tort legislation prescribes numerous exceptions and limits the extent to which personal data may be deleted from the Internet. In addition, we should take into account that the tortfeasors may remain fully anonymous, which aggravates the detection of electronic torts committed via the Internet, as well as the fact that removing information from the Internet is a contemporary digital myth.

Keywords: *electronic torts, providers, E-Commerce Act, Public Information and Media Act, freedom of expression, European Court of Human Rights.*

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
341.231.14(082)
342.7(082)

ЗАШТИТА људских и мањинских права у европском правном простору : тематски зборник радова Правног факултета у Нишу. Књ. 11 / [главни и одговорни уредник Небојша Раичевић]. - Ниш : Правни факултет, 2022 (Ниш : Графика Галеб). - 240 стр. ; 24 cm

Тираж 100. - Реч уредника: стр. 5-6. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Summaries.

ISBN 978-86-7148-295-0

а) Људска права -- Међународна заштита -- Зборници
COBISS.SR-ID 82974473