



# АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

---

# ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

---

---

Главни уредници *Архива за правне и друшћивене науке* који је претходно *Аналима Правној факултету у Београду* били су:

Коста Кумануди и Драгољуб Аранђеловић (1906 1911), Коста Кумануди (1911 1912), Чедомил Митровић (1920 1933), Михаило Илић (1933 1940), Ђорђе Тасић (1940 1941), Јован Ђорђевић (1945)

*Главни уредници овој часописа били су:*

Михаило Константиновић (1953 1960), Милан Бартош (1960 1966), Војислав Бакић (1966 1978), Војислав Симовић (1978 1982), Обрен Станковић (1982 1995), Дејан Поповић (1996), Миодраг Орлић (1997 2004), Данило Н. Баста (2004 2006), Сима Аврамовић (2006 2012), Миркољуб Лабус (2013 2015)

*Међународни издавачки савет*

John Cerone (Tufts University, USA), Barbara Delcourt (Université libre de Bruxelles, Belgium), Silvio Ferrari (University of Milan, Italy), Kenneth Einar Himma (University of Washington, USA), Christa Jessel Holst (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, Germany), Thomas Koenig (Northeastern University, USA), Peter Koller (University of Graz, Austria), Janez Kranjc (University of Ljubljana, Slovenia), Werner Krawietz (University of Münster, Germany), Rainer Kulms (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, Germany), Ingeborg Maus (Goethe University Frankfurt, Germany), Thomas Mertens (Radboud University, Netherlands), Slobodan Milačić (University of Bordeaux, France), Paul du Plessis (The University of Edinburgh, Scotland), Željko Šević (Sohar University, Oman), Gerhard Thür (Institute for the Study of Ancient Culture, Austria), Alan Watson (University of Georgia School of Law, USA)

*Главни уредник*

Мирко Васиљевић

*Редакција Правној факултету Универзитета у Београду*

Марија Драшкић, Гордана Илић Попов, Јасминка Хасанбеговић, Милан Шкулић, Жика Бујуклић, Владан Петров, Бојан Милицајевић

*Секретари*

Јелена Лепетић, Милош Станковић

*Технички секретар*

Наталија Лукић

Радови у овом часопису подлежу анонимној рецензији двоје рецензента које одређује Редакција

Ставови изражени у часопису представљају мишљење аутора и не одражавају нужно гледишта Редакције, која због њих не преузима одговорност

---

*Едисија*

Светска правна баштина

*Издавач*

Правни факултет Универзитета у Београду

*Лектор и коректор*

Марина Давидовић

*Технички уредник*

Јован Ђорђевић

*Дизајн корица*

С. I. В.

*Слој и њрелом*

Δ©СИЈЕ  
СТУДИО

*Штампа*

ЈП Службени гласник

---



# АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

---

# ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

САДРЖАЈ

Етички кодекс -----	7
<b>ЧЛАНЦИ</b>	
Дејан Поповић, Гордана Илић-Попов, Однос пореског права и приватног права-----	11
Ђорђе Игњатовић, Условни отпуст – правна и пенолошка анализа -----	31
Владимир Павић, Одлучним полукоракoм напред – осврт на Закон о улагањима -----	67
Марко Ђурђевић, Драган Павић, О условљеној и усмереној слободи уговарања привредних субјеката -----	84
Марија Караникић Мирић, Штета услед нежељеног рођења и нежељеног живота: осврт на Зојин закон -----	105
Marko Davinić, The Legalization of Informal Roma Settlements in The Republic of Serbia – a Necessary Step Prior to Legitimation-----	132
Бранислав Р. Ристивојевић, Иван Д. Милић, Одговорност родитеља за прекршаје које учине њихови потомци-----	154
Мирјана Радовић, Опозив чека-----	175
Светислав Јанковић, Привилегије на броду у ситуацији стечаја бродовласника-----	196

---

Зоран Кесић, Друштвена стигматизација као генератор дискриминативног поступања полиције – теоријске основе-----	214
Тамара Матовић, Прилог проучавању средњовековног права: ослобађање у византијским тестаментима -----	238
Милена Чоркало, Потрошач у праву осигурања -----	260
Миња Ђокић, Утицај опомене за плаћање пореског дуга на ток пореске застарелости -----	280
<b>ПРИКАЗИ</b>	
Dani Rodrik, <i>Economics Rules: Why Economics Works, When It Fails and How to Tell the Difference</i> , Oxford University Press, Oxford, 2015, 253. (Борис Беговић) -----	301
Lanny Ebenstein, <i>Chicagonomics: The Evolution of Chicago Free Market Economics</i> , New York: St. Martin's Press, 2015, 278. (Ана Одоровић) -----	307
<b>Упутство за ауторе</b> -----	312

**TABLE OF CONTENTS**

Code of Conduct -----	7
-----------------------	---

**ARTICLES**

Dejan Popović, Gordana Ilić-Popov, Relationship between Tax Law and Private Law -----	11
Đorđe Ignjatović, Parole – Legal and Penological Analysis ---	31
Vladimir Pavić, A Decisive Half-Step Forward – Review of the Law on Investment -----	67
Marko Đurđević, Dragan Pavić, On Conditioned and Directed Freedom of Contrats between Business Entity -----	84
Marija Karanikić Mirić, Wrongful Birth and Wrongful Life: an Outlook on Zoja’s Act-----	105
Марко Давинић, Легализација неформалних ромских насеља у Републици Србији – неопходан корак пре озакоњења – -----	132
Branislav R. Ristivojević, Ivan D. Milić, Responsibility of Parents for Misdemeanors Committed by Their Descendants-----	154
Mirjana Radović, Countermand of a Cheque-----	175
Svetislav Janković, Maritime Liens in Case of Shipowner’s Bankruptcy -----	196
Zoran Kesić, Social Stigmatization as a Generator of Discriminatory Treatment in Policing – Theoretical Basis-----	214

---

Tamara Matović, A Contribution to the Study of the Medieval Law: Manumissio Testamentaria (Ελευθερία Έν Διαθηκῇ Έγγραφομενῇ) in Byzantine Wills -----	238
Milena Ćorkalo, Consumer in Insurance Law -----	260
Minja Djokić, The Effects of Admonishment on Statute of Limitations in Tax Law -----	280
<b>BOOK REVIEWS</b>	
Dani Rodrik, <i>Economics Rules: Why Economics Works, When It Fails and How to Tell the Difference</i> , Oxford University Press, Oxford, 2015, 253. (Boris Begović) -----	301
Lanny Ebenstein, <i>Chicagonomics: The Evolution of Chicago Free Market Economics</i> , New York: St. Martin's Press, 2015, 278. (Ana Odorović) -----	307
<b>Instructions to Authors</b> -----	312





## ЕТИЧКИ КОДЕКС

Етичким кодексом регулише се понашање свих страна које учествују у објављивању радова у часопису „Анали Правног факултета у Београду“ (у даљем тексту „Анали“), а његове одредбе засноване су на COPE (Committee on Publication Ethics) правилима поступања која су доступна на следећој интернет адреси: <http://publicationethics.org/>.

## ОБАВЕЗЕ РЕЦЕНЗЕНАТА

### I. Анонимна рецензија

Чланци предати за објављивање у „Аналима“ подлежу обавезној рецензији два рецензента којима није познат идентитет аутора као што ни аутору није познат идентитет рецензента.

### II. Принципи рецензирања

Принципи којих се рецензенти морају придржавати јесу:

1) *Квалификације*. Рецензент прихвата да рецензира само оне радове за које је научно и стручно компетентан како би био у могућности да у предвиђеном року и на адекватан начин изврши процену рада.

2) *Сукоб интереса*. Рецензент је дужан да укаже Редакцији на постојање сукоба интереса, као и да тражи мишљење Редакције у случају сумње да постоји сукоб интереса.

3) *Рокови*. Рецензент треба, по могућности, да се изјасни да ли прихвата да изврши рецензирање рада, а да рецензију пошаље

најкасније у року од 30 дана од дана упућивања молбе за рецензију. Уколико се рецензија не пошаље у наведеном року, Редакција ће одредити новог рецензента. Рецензије се достављају у обрасцу који је усвојила Редакција.

4) *Поверљивост података*. Рецензент је дужан да поштује поверљивост података о рецензираном раду, као и о рецензији током и после рецензирања. Рецензент не сме користити податке добијене у поступку рецензирања.

5) *Објективност*. Рецензент је дужан да објективно изврши рецензирање без упућивања личних критика аутору. Мишљење рецензента мора бити јасно и аргументовано.

6) *Етичка питања*. Рецензент је дужан да укаже Редакцији на било коју неправилност коју уочи приликом рецензирања рада: ако сматра да постоји проблем у погледу етичких аспеката; ако сматра да постоји значајна сличност између рада предатог на рецензију и рада који је предат за објављивање у другом часопису или је већ објављен у другом часопису; ако сматра да је дошло до неправилности током израде рада. Рецензент треба да се уздржи од даљих радњи испитивања неправилности у раду, осим ако Редакција тражи од њега савет или детаљније информације.

## ОБАВЕЗЕ РЕДАКЦИЈЕ

### I. Одлучивање о објављивању радова

Редакција доноси одлуку о томе који ће рад бити објављен у „Аналима“. Одлука о прихватању, односно одбијању радова доноси се на основу достављених рецензија. Посебно се води рачуна о оригиналности рада, јасности изражених ставова аутора, научном значају рада и његовој релевантности за тематску оријентацију часописа. Секретари Редакције имају обавезу да обављају кореспонденцију с ауторима, рецензентима, као и члановима Редакције, проверавају усклађеност послатих радова с упутствима за ауторе и обављају послове коректуре и техничког припремања радова које је Редакција прихватила за објављивање. Радове потом прегледају лектори.

### II. Однос према рецензирању

Редакција ће предузети све мере да рецензирање радова предатих за објављивање у часопису буде урађено објективно, без предрасуда и у оквиру предвиђених рокова.

### **III. Поверљивост података**

Редакција је дужна да чува податке о предатим радовима као поверљиве и може их саопштити само ауторима с којима се обавља кореспонденција, рецензентима односно потенцијалним рецензентима осим података у вези с идентитетом аутора.

## **ОБАВЕЗЕ АУТОРА**

### **I. Услови за пријаву рада**

1) *Оригиналност рада.* За објављивање се предају искључиво оригинални радови, који не представљају део одбрањене тезе, објављене монографије или књиге, као и они који нису објављени или понуђени другом часопису. У супротном, Редакција може с аутором прекинути сваку будућу сарадњу. Редакција није одговорна за ставове и мишљења који су изнети у објављеним радовима. Аутори морају да имају дозволу за објављивање података када је у конкретном случају дозвола неопходна.

2) *Дужина рада.* Текст рада (укључујући прореде, апстракте, кључне речи и фусноте) не може бити дужи од 43000 знакова.

3) *Форматирање.* Текст рада је у doc, docx или rtf формату и у потпуности се форматира у складу с Правилима за ауторе.

### **II. Потврда аутора о испуњености услова за пријаву рада**

У поступку пријављивања рукописа, аутор је дужан да потврди да рукопис задовољава наведене услове за пријаву. Ако ти услови нису испуњени, пријављени рад ће бити одбијен (у случају неиспуњености услова у вези с оригиналношћу рада) или враћен аутору да га уреди (у случају неиспуњености услова у вези с дужином или форматирањем рада).



Др Дејан Поповић\*

Др Гордана Илић-Попов\*\*

## ОДНОС ПОРЕСКОГ ПРАВА И ПРИВАТНОГ ПРАВА

*Предмет овог рада је утврђивање природе односа између пореског права, као гране јавног права, и приватног права. Пореско право често користи правне послове или појмове приватног права за утврђивање економског чињеничног стања, мада све више развија и сопствену терминологију. Посебна пажња је усмерена на испитивање тезе да ли „претходност“ приватног права у исто време значи и његов примат у односу на пореско право. Аутори су мишљења да телеолошке разлике између пореског права и приватног права, с последицама у одређивању њихових принципа и вредновања, негирају тезу о преваленцији приватног права у односу на пореско право. Приватно право и пореско право представљају засебне правне области истог ранга, које исто стање ствари оцењују из различитих перспектива и на основу различитих аспеката вредновања. Она чине делове правног поретка, чије јединство и целовитост не дозвољавају да основни принципи једног спутавају основне принципе другог. Начелно поштујући аутономију воље, пореско право се везује за економске резултате до којих се дошло путем одговарајућих приватноправних форми.*

Кључне речи: *Пореско право. Приватно право. Пореско чињенично стање. Суштина над формом. Јединство правног поретка.*

## УВОД

Иако типична грана јавног права, пореско право је ослоњено на приватно право. У овом чланку расправљамо о природи њихових

---

\* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [dejan.popovic@ius.bg.ac.rs](mailto:dejan.popovic@ius.bg.ac.rs)

\*\* Ауторка је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [gordana@ius.bg.ac.rs](mailto:gordana@ius.bg.ac.rs)

односа. Порезима се захвата економска снага пореских обвезника, исказана у њиховом доходу, имовини или потрошњи, па се порески закони везују за економске трансакције или стања, која уређује приватно право. Наша је хипотеза да се ради о претходности, али не и о примату приватног права у односу на пореско право. Доказаћемо да пореско право има своју телеологију, што може довести до несагласја између форми приватног права и економске суштине трансакција, јер злоупотреба правне форме од стране обвезника значи да неће доћи до расподеле пореског терета сразмерно економској снази. Како пореско право делом прихвата појмове из других правних области, тумачењем треба утврдити да ли оно ствара самостална порескоправна чињенична стања или прати вредновања тих других области. Пореско право може преузети чињенично стање изражено терминологијом приватног права, али може и користити одређене концепте настале у оквиру приватног права како би они означили посебно пореско чињенично стање. Настојаћемо да утврдимо и у којој је мери развијена сопствена терминологија пореског права, без позајмљивања из приватног права, као и постојање обрнутих утицаја порескоправних термина на приватно право. Аутономију пореског права ћемо тестирати у односу на захтеве јединства правног система и правне сигурности и проверити постојање позитивне корелације између друштвене важности одређеног приватноправног института, односно мере у којој он одражава економску суштину трансакције, с једне, и учесталости којом порески законодавац користи термин који означава тај институт у његовом приватноправном значењу, с друге стране. Такође ћемо установити разлоге због којих постоје одступања.

## 1. ПРИВАТНОПРАВНА САДРЖИНА ПОРЕСКОГ ЧИЊЕНИЧНОГ СТАЊА

Пореско право део је јавног права, јер се у њему когентним нормама уређују правни односи између државе и других јавноправних тела (нпр. организација за обавезно социјално осигурање), с једне, и пореских дужника – физичких и правних лица, с друге стране. Па ипак, његове везе с приватним правом<sup>1</sup> су тесне и вишеструке. У савременим уставима прописује се да је обавеза плаћања пореза општа и да се заснива на економској снази обвезника.<sup>2</sup> Међутим,

---

<sup>1</sup> Израз „приватно право“ у овом чланку користимо као синоним за „грађанско право у ширем смислу“, које обухвата не само општи део, стварно право, облигационо право, породично право и наследно право, него и новоразвијена права трговинско право, право интелектуалне својине, радно право и др. Упор. Владимир В. Водинелић, *Грађанско право Уводне теме*, Номос, Београд 1991, 15 и 55.

<sup>2</sup> Општост пореске обавезе у неким правним системима произлази из генералног уставног принципа једнакости пред законом. Вид. нпр. Устав Немачке, чл. 3,

„опорезивање је сво у повлачењу разлика“;<sup>3</sup> из социјалнополитичких, еколошких, административних или неких других разлога, на разне начине се разликују ситуације које могу бити сличне када се посматрају с економског становишта. Способност плаћања (енг. *ability-to-pay*) представља такав критеријум за расподелу пореског терета који обезбеђује опорезивање у складу с принципом једнакости када се ради о „повлачењу разлика“.<sup>4</sup> У немачком праву, Устав не садржи захтев да се порез плаћа према економској снази, али га је Савезни уставни суд у својој пракси извео из других уставних начела (принципа једнакости, принципа социјалне државе, принципа расподеле прихода између *Bunda, Länder*-а и општина и забране арбитрарности /која проистиче из принципа владавине права/). У већини осталих правних система тај захтев дефинисан је непосредно у уставима.

Способност плаћања представља, дакле, основни стандард за расподелу пореског терета међу пореским обвезницима. Међутим, чак и у државама у којима је тај стандард уграђен у уставну одредбу одређена флексибилност је неопходна, кад год постоји оправдан разлог да се од ње одступи.<sup>5</sup> Тако се, на пример, када су у питању

---

([www.bundestag.de/blob/284870/ce0d03414872b427e57fceb703634dcd/basic-law-data.pdf](http://www.bundestag.de/blob/284870/ce0d03414872b427e57fceb703634dcd/basic-law-data.pdf), 15. јануар 2016), Устав Аустрије, чл. 7 ([www.constituteproject.org/constitution/Austria-2009.pdf](http://www.constituteproject.org/constitution/Austria-2009.pdf), 15. јануар 2016) и Устав Словеније, чл. 14 ([www.us-rs.si/en/about-the-court/legal-basis/](http://www.us-rs.si/en/about-the-court/legal-basis/), 15. јануар 2016) или Устав Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06, чл. 21 који предвиђа да су „пред Уставом и законом сви ... једнаки“ и да је „забрањена ... свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета“. Устави неких земаља, пак, предвиђају специфичну гаранцију једнаког третмана пред *пореским* законом, на тако нпр. чл. 10 Устава Белгије (<http://www.const-court.be/en/basic-text/belgian-constitution.pdf>, 15. јануар 2016) прописује да су „Белгијанци једнаки пред законом“, а чл. 172 да се „не могу установљавати било какве привилегије у погледу опорезивања“, при чему се изузимања или порески кредити могу установити само законом.

<sup>3</sup> Victor Thuronyi, *Comparative Tax Law*, Kluwer, The Hague 2003, 82.

<sup>4</sup> Одредбе Закона о финансирању јединица локалне и подручне (регионалне) самоуправе којима је општинама и градовима дозвољено да уведу порезе на необрађено обрадиво пољопривредно земљиште, некоришћене предузетничке непокретности и неизграђено грађевинско земљиште нису у складу с Уставом зато што је њима прекршено начело да је свако дужан учествовати у подмирењу јавних трошкова у складу са својим економским могућностима. Наиме, ови порези се одређују с обзиром на чињеницу необрађивања, некоришћења, односно неизграђивања наведених непокретности, а при томе се не води рачуна о економској снази особа којима се намеће обавеза. Једнакост, као један од уставних темеља пореског система, не постоји ако је порез прописан као облик казне са сврхом присиле власника да противно својим интересима или могућностима користи своју непокретност. Одлука Уставног суда Хрватске, У I 1559/2001, У I 2355/2002, од 21. 2. 2007. године, [http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2007\\_03\\_26\\_972.html](http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2007_03_26_972.html), 15. јануар 2016.

<sup>5</sup> Klaus Tipke, „La capacità contributiva come metro di giustizia tributaria“, *Il fisco* 30/1996, 7207.

акцизе, уставност селективног третмана појединих добара код овог појединачног пореза на потрошњу може одбранили позивом на друге легитимне циљеве, ван домена способности плаћања (заштита здравља – код цигарета и алкохолних пића, заштита животне околине – код нафтних деривата и сл.).

У настојању да обухвате оно што изражава способност плаћања, порески закони се, директно или индиректно, везују за економске трансакције или стања, као што су остварени доходак, имовина или потрошња. Међутим, у оквиру законског описа пореског чињеничног стања често се економски догађаји или стања непосредно не дефинишу; они представљају само полазну претпоставку, док се за одређивање карактеристика чињеничног стања користе појмови приватног права, тако што се чињенично стање у својем приватноправном облику одређује као подложно опорезивању или не. Наиме, одређеним приватноправним послом настоји се остварити неки економски циљ, при чему тај правни посао „изазива“ одређене економске догађаје или стања, у којима се отелотворује економска снага пореског обвезника. Пошто приватноправни догађај претходи пореском, Типке (*Tipke*) говори о „претходности“ (преценденцији) приватног права,<sup>6</sup> где се пореско право везује за чињенична стања или појмове различитих грана приватног права (облигационог, стварног, породичног, наследног, трговинског, компанијског, ауторског, радног, социјалног, банкарског, стечајног, права осигурања и др.).

Чак и у мери у којој савремени порески закони више не користе приватноправне, већ специфичне појмове из пореског права (нпр., доходак, опорезиви приход, испорука добара, пружање услуга, нето имовина), за оног ко примењује право често је важно да се код норме која садржи такав посебан порески појам обрати приватном праву. Тако, обвезник пореза на доходак грађана остварује приход на тај начин што користи неку приватноправну форму (нпр. уговор о раду, уговор о делу, уговор о закупу и сл.); код пореза на додату вредност, место пружања услуге може се утврдити на основу уговора о тој услузи; код опорезивања пословног резултата предузећа, у многим правним системима порески законодавац следи логику компанијског права, па нпр. у немачком, аустријском, холандском, британском или швајцарском праву посебном порезу подвргава само друштва капитала, а друштва лица, која у тим правима немају својство правног лица, третира као фискално транспарентне ентитете.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Klaus Tipke, *Die Steuerrechtsordnung*, Band I, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2000, 44 45.

<sup>7</sup> Код фискалне транспарентности, добит друштва лица приписује се члановима друштва и опорезује као њихов доходак. Вид. Дејан Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 351.



## 2. ПРЕТХОДНОСТ ИЛИ ПРИМАТ ПРИВАТНОГ ПРАВА У ОДНОСУ НА ПОРЕСКО ПРАВО

У литератури се срећу различити одговори на питање да ли претходност приватног права значи и његов приоритет (преваленцију) у односу на пореско право.

На једном полу су становишта да се тумачење норми пореског права не може извести искључиво на порескоправној основи, већ подразумева претходну интерпретацију из домена приватног права. „Пореско право је зависна дисциплина која није у стању да се стара о себи, већ има потребу да буде вођена од стране приватног права, баш као што пас води слепог човека“.<sup>8</sup> Оваква водећа функција приватног права произлази из околности да се, иако је циљ опорезивања дохотка управо да се за потребе финансирања јавних расхода захвати део дохотка, па је пажња пореског права усмерена на економске токове како би се утврдила економска снага (способност плаћања) пореских обвезника, правни концепт дохотка не може дефинисати искључиво на економској бази. Отуда пореско право користи концепте приватног права када дефинише концепт дохотка, па тако порески закони нису усмерени ка економским догађајима, него ка правним диспозицијама. У примени пореских прописа, није кључно да ли је неко лице примило одређени новчани износ, него да ли та трансакција испуњава одређене захтеве приватног права<sup>9</sup> – да то лице врши „промет непокретности“,<sup>10</sup> остварује „зараду“ из уговора о раду,<sup>11</sup> обавља „делатност“ као предузетник,<sup>12</sup> „преноси акције“,<sup>13</sup> прима „поклон“,<sup>14</sup> „оснива привредно друштво“<sup>15</sup> и др. У том контексту, Јакобс (*Jakobs*) пише о „дивилистичкој домовини“ и о пореском праву као о „колонији те домовине“,<sup>16</sup> што Типке оцењује као „ароганцију“.<sup>17</sup>

<sup>8</sup> Jan Pedersen, „Form and Substance in Tax Law. Branch Report: Denmark“, *Cahiers de droit fiscal international* Vol. 87a, IFA, The Hague 2002, 233.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Нпр. чл. 2. Закона о промету непокретности, *Службени гласник РС*, бр. 93/14, 121/14 и 6/15.

<sup>11</sup> Нпр. чл. 104 Закона о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 и 75/14.

<sup>12</sup> Нпр. чл. 83 Закона о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/11, 99/11, 83/14 и 5/15.

<sup>13</sup> Нпр. чл. 261 Закона о привредним друштвима.

<sup>14</sup> Нпр. чл. 561 568 Српског грађанског законика, [http://www.overa.rs/gradanski\\_zakonik\\_kraljevine\\_srbije\\_1844\\_god\\_sa\\_kasnijim\\_izmenama.html](http://www.overa.rs/gradanski_zakonik_kraljevine_srbije_1844_god_sa_kasnijim_izmenama.html), 18. јануар 2016.

<sup>15</sup> Нпр. чл. 11 Закона о привредним друштвима.

<sup>16</sup> Horst H. Jakobs, *Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe Keuk* (hrsg. von W. Schön), Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1997, 25 и 27.

<sup>17</sup> К. Tipke (2000), 47.

Тезу о приоритету, а не само о претходности приватног права у односу на пореско право подржавао је у одређеном смислу и немачки Савезни уставни суд, чији је став, заузет 1962. године, био да се пореско право у принципу везује за правне форме грађанског права, а одступања од тог принципа морају бити убедљивим разлозима образложена „сâмим материјалним законодавством“. У супротном је повређен принцип једнакости.<sup>18</sup> Крецелиус (*Crezelius*) је довео ово резонување до крајњих граница, тврдећи да пореско право нема сопствену правну вредност, сопствену телеологију. Овај аутор сматра да оно обухвата приватноправне форме, а не економска чињенична стања. Примат приватног права објашњава одредбом чл. 2, ст. 1 Устава Немачке,<sup>19</sup> из које, по њему, произлази да се приватна аутономија „либералног друштва приватног права“ обезбеђује и у области пореског права. Слобода приватноправног обликовања виша је по рангу од захтева за равномерним опорезивањем. Једино приватноправно поимање пореских норми гарантује правну сигурност и у пореском праву.<sup>20</sup> При том, Крецелиус превиђа да овакво упоређивање ранга нема смисла, јер је за функционисање државе која свакоме гарантује слободан развој личности неопходно обезбедити пореске приходе.

Веза између економске суштине неке трансакције и правне форме од суштинског је значаја за разумевање правне природе нелегитимног, мада законитог, избегавања плаћања пореза (енг. *tax avoidance*). Када злоупотребљава правну форму, порески обвезник ствара сукоб између форме и суштине. На први поглед, изгледа да форма доноси пореску погодност, док је суштина у складу са трансакцијама које су опорезиве у другим односима. Слобода уговарања из приватног права и „вођење“ пореског права од стране приватног права могу отуда довести до конфликта између форме и суштине.<sup>21</sup> „Тај конфликт имплицира несклад између исхода тумачења проистеклог из екстерне форме и исхода тумачења које је циљно или представља обичну судску оцену суштине трансакције.“<sup>22</sup>

Треба имати у виду да приватно право често не посеже за формалним дефиницијама (мада се, под утицајем англосаксонског *statute law*-а, оваква пракса постепено мења и у континенталним правима), већ правне термине дефинише у широким формулацијама; концепти су дефинисани посредством својих функција, а не кроз сâму

<sup>18</sup> BVerfGE 13, 331, 340, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv013331.html>, 20. јануар 2016.

<sup>19</sup> „Свако има право на слободан развој своје личности, у мери у којој не угрожава права других или нарушава уставни поредак или морално право“.

<sup>20</sup> Georg Crezelius, *Steuerrechtliche Rechtsanwendung und allgemeine Rechtsordnung*, Verlag Neue Wirtschafts Briefe, Herne 1983, 178 и даље.

<sup>21</sup> J. Pedersen, 234.

<sup>22</sup> *Ibid.*

дефиницију.<sup>23</sup> Својевремено је Врховни суд Данске пресудио да новчани износ који је мушкарац платио своје ранијем партнеру приликом раставе подлеже порезу као „поклон или зарада“. Тај новац представљао је накнаду за то што је имовина набављана за време њихове кохабитације купована од стране мушкараца и отуда је њему припадала, иако је пар заједнички обављао послове. Суд је стао на становиште да поменути новчани износ може бити поклон, мада није плаћен с намером дарожљивости, него као резултат парнице.<sup>24</sup> Овај случај показује да дефиниција концепта „поклон“ може бити екстремно широка. Супротно је реаговао Врховни суд Србије, који је заузео став да не треба утврдити обавезу плаћања пореза на поклон само због чињенице што је уговором о преносу непокретности између власника привредног друштва и самог друштва извршен пренос апсолутних права без накнаде. Код оцене питања да ли се ради о уговору о поклону или, пак, о теретном правном послу, битно је да се утврди *animus donandi*. Из садржине уговора о уступању непокретности види се да је власник привредног друштва пренео апсолутно право на непокретностима на друштво због пословних потреба, па код овог уговора воља да се учини поклон није сама себи циљ, већ се поклон чини ради стицања добити на страни предузећа чији је власник уступилац. Због тога се закључени уговор, без обзира на то што је њиме предвиђено да се пренос права на непокретностима врши без накнаде, не сматра уговором о поклону.<sup>25</sup>

Међутим, упркос оваквој функционалној и прагматичној примени термина приватног права, у неком тренутку граница је пређена – у пракси српског суда раније него у пракси данског – и пореско право се мора „ослободити“ приватног права и образовати сопствене концепте. Примера ради, чл. 20, ст. 1 Закона о порезу на добит правних лица<sup>26</sup> предвиђа да се камата по основу зајма одобреног сталној пословној јединици од стране њене нерезидентне централе не признаје као расход у пореском билансу сталне пословне јединице, иако се ради о приватноправном уговору (тј. уговору у привреди), при чему чл. 558, ст. 2 Закона о облигационим односима<sup>27</sup> прописује

<sup>23</sup> *Ibid.* Овде се поставља питање да ли се концепти приватног права могу супституисати у одговарајуће концепте пореског права и то тако да произведу правне последице које пореско право предвиђа. Одговор ће бити позитиван само ако између тих концепата постоји функционална еквивалентност. Упор. Славко Ђорђевић, *Прилагођавање у међународном приватном праву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 198.

<sup>24</sup> *Ugeskrift for Retsvaesen*, 1986, 22 Н.

<sup>25</sup> Пресуда Врховног суда Србије У 120/04, од 23. 2. 2006. године.

<sup>26</sup> *Службени гласник РС*, бр. 25/01, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11, 119/12, 47/13, 108/13, 68/14, 142/14, 91/15 и 112/15.

<sup>27</sup> *Службени лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89; *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93.

да у уговорима у привреди зајмопримац дугује камату и ако она није уговорена. На терену приватног права ова камата ће постојати, али је неће бити у виду признатог расхода на терену пореског права.

Тиме долазимо до другог пола међу становиштима о томе да ли претходност значи и преваленцију приватног права у односу на пореско право. „Када пореско право стварно не би имало сопствену телеологију, када би било само анекс грађанског права, када би морало да се држи основних вредности или принципа грађанског права, онда би било разумљиво да се и терминологија грађанског права преузме у пореско право и да се појмови преузети из грађанског права тумаче у складу са телеологијом грађанског права“.<sup>28</sup> Међутим, не спорећи да је све до краја 19. века грађанско право у јуриспруденцији имало посебну улогу и да су се његова систематика и терминологија сматрала узором за друге правне области, при чему су многи науку грађанског права сматрали једином правном науком, а друга права интерпретирани из угла грађанског права,<sup>29</sup> мишљења смо да су већ до тридесетих година 20. века препознате често незадовољавајуће правне последице грађанскоправног тумачења, што је подстакло еманципацију других области права и развило њихову сопствену телеологију: не ради се само о пореском праву,<sup>30</sup> већ нпр. и о управном или кривичном праву.<sup>31</sup> Развој, међутим, није био једносмеран. У вајмарској и нацистичкој Немачкој је Закон о јавним приходима Рајха (нем. *Reichsabgabenordnung*) из 1919. године прописао да се порески закони тумаче у складу с „економском интерпретацијом“, што је доводило до независног коришћења приватног права од стране пореског права, на основу којег се концепти приватног права тумаче у специфичном порескоправном значењу<sup>32</sup> – *substance over form*, како би то рекла америчка доктрина.<sup>33</sup> У послератној СР Немачкој,

<sup>28</sup> К. Tipke (2000), 47.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> Упор. Carl August Emge, *Gratisaktien und Steuern: grundsätzliche Erwägungen über die Beziehung des Zivilrechts zum Steuerrecht*, Spaeth & Linde, Berlin 1923, 31 и даље.

<sup>31</sup> Упор. за кривично право: Hans Jürgen Bruns, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken. Beiträge zu einer selbständigen, spezifisch strafrechtlichen Auslegungs- und Begriffsbildungsmethodik*, Nicolai, Berlin 1938. Наведено према: К. Tipke (2000), 48 фн. 47.

<sup>32</sup> Jakob Bundgaard, „On Tax Law and Private Law Relations“, *Scandinavian Studies in Law* Vol. 44, Tax Law, January 2003, 79.

<sup>33</sup> Прекретницу је представљао случај *Gregory*, у којем је једина удеоничарка *United Mortgage*, корпорације која је поседовала акције у корпорацији *Monitor Securities*, пожелела да их пренесе на себе, да би их у своје име и за свој рачун продала трећем лицу. Како би проста расподела тих акција јединој удеоничарки била третирана као исплата дивиденде и на тај начин подвргнута опорезивању, г Ђа Грегори је основала нову корпорацију *Averill*, на коју је *United Mortgage* пренео све акције

међутим, Савезни финансијски суд (нем. *Bundesfinanzhof*) је васпоставио примат концепата приватног права у тумачењу пореских закона, а из новог *Abgabenordnung*-а, донетог 1977. године, изостављена је клаузула о „економској интерпретацији“, мада су нашле место неке сличне, иако правно суптилније, антиабузивне клаузуле (нпр. она из чл. 42, која прописује да се порез не може избећи злоупотребом правних конструкција; сматра се да постоји злоупотреба када правна форма употребљена од стране пореског обвезника није одговарајућа фактичкој економској ситуацији<sup>34</sup>). Тежиште борбе против нелегитимне пореске евазије пребачено је на антиабузивно законодавство.<sup>35</sup> И већина других европских права уместо „економске интерпретације“ ослања се на антиабузивне норме.<sup>36</sup> У српском пореском праву прописано је начело фактицитета, које предвиђа да се пореске чињенице утврђују према њиховој економској суштини.<sup>37</sup> Иако постављено као антиабузивна норма, оно је у судској пракси примењено само једном, у горе наведеној пресуди Врховног суда Србије,<sup>38</sup> и то на „инверзан“ начин – не да би заштитило интерес фискауса, него пореског обвезника. Оваквом исходу допринела је и околност да се начело фактицитета у ЗПППА не одређује као антиабузивно правило, него као општи законски принцип, тј. једно од начела пореског поступка.

у *Monitor Securities*. Она је затим ликвидирала нову корпорацију, преузимајући наведене акције као ликвидациони вишак, који се, по тадашњим америчким прописима, није опорезовао. И док је Одбор за пореске жалбе прихватио став да је позиција г-ђе Грегори у складу са језичким тумачењем израза „реорганизација“ привредних друштава, те да се отуда не може оспорити проистекло неопорезивање, Врховни суд САД подржао је резоновање судије Апелационог суда за други округ Лерни да Хенда (*Learned Hand*) да, иако „трансакција г-ђе Грегори језички потпада под значење термина ‘реорганизација’ како је дефинисано у Закону ..., та се одредба не би могла применити, јер као што је ‘мелодија више од нота’, тако ‘значење реченице може бити више од значења посебних речи’, [*Helvering v. Gregory*, 69 F. 2d 809, 810 (2nd Cir. 1934)]. „Остављајући потпуно по страни ... питање мотива у погледу опорезивања и одређујући карактер поступка оним што се заиста догодило“, налазимо „једноставно операцију која нема пословну или корпоративну сврху обично средство које преузима форму корпоративне реорганизације као маску да би се сакрио њен прави карактер, чији је једини циљ и постигнуће реализација припремљеног плана, не да се реорганизује пословање или неки део пословања, него да се пренесе пакет корпорацијских акција на подносиоца захтева“. Вид. *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465 (1935).

<sup>34</sup> Frans Vanistendael, „Legal Framework for Taxation“, *Tax Law Design and Drafting*, Vol. 1 (ed. V. Thuryoni), IMF, Washington, D. C. 1996, 51.

<sup>35</sup> *Ibid.*, 37 38.

<sup>36</sup> Упор. Д. Поповић, 48 58.

<sup>37</sup> Чл. 9, ст. 1 Закона о пореском поступку и пореској администрацији ЗПППА, *Службени гласник РС*, бр. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 61/07, 20/09, 72/09, 53/10, 101/11, 2/12, 93/12, 47/13, 108/13, 68/14, 105/14 и 112/15.

<sup>38</sup> Вид. горе, фн. 25.

Међу бројним ауторима који заступају приступ да се пореско право мора тумачити сагласно сопственим принципима и вредновањима, издвајају се Ликардо (*Liccardo*) у италијанској, Тротаба (*Trotabas*) у француској и Типке у немачкој литератури, као и Туроњи (*Thuronyi*) на терену компаративног права.

Према Ликарду, у случају када долази до преузимања института приватног права у пореско право (и обратно), тај се институт прилагођава научном устројству дисциплине која га преузима, што има за последицу да, задржавајући своје специфичне карактеристике, преузети институт узима уређење које одговара општим принципима дисциплине која га је преузела, која му даје супсидијарне особине различитости.<sup>39</sup> Тротаба важи за аутора који је први (још двадесетих година прошлог века) постао заговорник аутономије пореског права,<sup>40</sup> а у Туроњијевом упоредноправном истраживању се закључује да „док је став да је приватно право рангирано изнад пореског права био у прошлости преовлађујући, сада је, у већој или мањој мери, прихваћено да се пореско право мора тумачити у складу с његовим властитим политикама“.<sup>41</sup> Типке, пак, наглашава да се прецеденција приватног права у односу на пореско право не сме поистоветити с приоритетом ранга. Пореско право има сопствене представе о правичности и концепт систематике и, у складу с тиме, своје принципе и своја вредновања. Сврховитост пореског права (да се држави и другим јавноправним телима обезбеде потребна финансијска средства на основу расподеле укупног пореског оптерећења на појединачне пореске обвезнике према њиховој економској снази) различита је од сврховитости приватног права (да се усагласе интереси правних субјеката).<sup>42</sup> Отуда, приватно право претходи, али нема приоритет ранга у односу на пореско право. Мишљења смо да управо телеолошке разлике између пореског и приватног права, с последицама у домену одређивања њихових принципа и вредновања, убедљиво негирају тезу о преваленцији приватног права.

<sup>39</sup> Gaetano Liccardo, *Introduzione allo studio del diritto tributario*, Casa editrice dott. Eugenio Jovene, Napoli 1962, 358-359. Он уочава постојање не само помену тог односа субординације, него и односа координације и односа међузависности. Ђанини (*Giannini*) указује на сличност између пореског односа (у ужем смислу) и законске облигације, јер су његови елементи (порески дужник, моменат на станка и престанка, начин извршења и др.) одређени законом, али се унутрашња структура тог односа у онови не разликује од других облигација, пошто је заснована на појмовној апаратури грађанског права. Отуда су норме грађанског права у начелу примењиве на порескоправни однос, уколико нису дерогиране специфичним принципима пореског права. Вид. Achille Donato Giannini, *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Unione tipografica, Torino 1956, 21.

<sup>40</sup> На то да се теза о аутономији пореског права везује за име Тротабаа и његов рад: „Essai sur le droit de l'impôt“, *Revue de science et de législation financières*, 1928, 201, указују: Gilbert Tixier, Guy Gest, *Droit fiscal*, L. G. D. J., Paris 1981, 13.

<sup>41</sup> V. Thuronyi, 125.

<sup>42</sup> K. Tipke (2000), 50.

### 3. ЈЕДИНСТВО ПРАВНОГ ПОРЕТКА И ОДМЕРАВАЊЕ ОСНОВНИХ ПРИНЦИПА

Претходно наведено указивање у старијој немачкој литератури да је слобода приватноправног обликовања, коју гарантује чл. 2, ст. 1 Устава Немачке, којем одговара чл. 23, ст. 2 Устава Србије, виша по рангу од захтева за равномерним опорезивањем,<sup>43</sup> не може проћи тест који му поставља одредба чл. 91, ст. 2 Устава Србије да је обавеза плаћања пореза и других дажбина општа и заснована на економској моћи обвезника. Принцип опорезивања према економској снази подразумева исто пореско оптерећење истих економских чињеничних стања, а не исто пореско оптерећење истих правних форми.<sup>44</sup> Захтеву да се правично расподељује порески терет на основу способности плаћања одговара економски начин посматрања – да је суштина важнија од форме, па пореско право користи везивање за правне послове или појмове приватног права као помоћно средство за утврђивање економских чињеничних стања. Потребно је имати у виду да је опорезивањем, на основу устава и закона, допуштено задирање у слободу развоја личности, па и у право на мирно уживање имовине из чл. 58 Устава Србије. Тај члан, с ослонцем на чл. 1 Протокола 1 уз Европску конвенцију о људским правима и основним слободама, јемчи неометано уживање својине и других имовинских права, допуштајући да право својине може бити одузето или ограничено само у јавном интересу, утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне. Међутим, законом се може ограничити начин коришћења имовине, а одузимање или ограничење имовине ради наплате пореза и других дажбина или казни дозвољено је, али само у складу са законом.

Пореско право и приватно право чине делове правног поретка, чија целовитост не дозвољава да основни принципи једног спутавају основне принципе другог; евентуална колизија мора се неутралисати одмеравањем.<sup>45</sup> Пореско право се, по правилу поштујући аутономију воље страна инволвираних у неки посао приватног права, везује за економске резултате до којих се дошло путем одговарајућих приватноправних форми. При томе, принцип плаћања пореза према економској снази из чл. 91, ст. 2 Устава Србије подразумева да се исти економски резултати, мада остварени кроз различите приватноправне форме, имају једнако опорезовати.

У пресуди из 1991. године, немачки Савезни уставни суд је стао на становиште да „уколико се нека норма пореског права ослања на

<sup>43</sup> G. Crezelius, 178 и даље.

<sup>44</sup> K. Tipke (2000), 51.

<sup>45</sup> *Ibid.*, 52.

неку форму грађанског права, тумачење одредбе пореског права не мора обавезујуће да зависи од типа уговора који одговара ознаци изабраној од стране уговорних страна, нити на њега неминовно утиче грађанскоправна квалификација правног посла. Такође не важи претпоставка да карактеристика чињеничног стања неке нормe пореског права позајмљена из грађанског права мора да се интерпретира у смислу грађанскоправног тумачења. Примат или меродавност грађанскоправног признавања форме чињеничног стања изабране од стране уговорних страна при тумачењу предметног пореског прописа не постоји већ из разлога што грађанско право и пореско право представљају засебне правне области истог ранга, које исто стање ствари оцењују из различитих перспектива и на основу различитих аспеката вредновања. Уговорне стране могу додуше неко стање ствари уговорно да обликују, али не могу да одређују пореске последице, које порески закон везује за задату форму. У том смислу важи претходност примене грађанског права, али не и примат примене. ... Законска (порескоправна – *Д. П. и Г. И-П.*) регулатива се не везује за грађанскоправну квалификацију правног посла којим се заснива право, већ за економски резултат жељен од стране учесника, који се постиже грађанскоправном формом<sup>46</sup>. Наравно, код таксе ово не важи, јер се њоме опорезује управо одређена правна радња.

Савезни уставни суд раније СР Југославије се, расправљајући о уставности Закона о једнократном порезу на екстра доходак и екстра имовину стечене искоришћавањем посебних погодности,<sup>47</sup> сусрео и с оспоравањем сагласности с Уставом чл. 31 тога закона, који је предвиђао да се у поступку утврђивања и наплате једнократног пореза неће примењивати одредбе Закона о облигационим односима, које се односе на застарелост потраживања. Суд је констатовао да се оспореним законом „уређују фискални правни односи који према својој правној природи спадају у јавноправне односе, док се Законом о облигационим односима по правилу уређују односи приватноправне природе. Овде се не ради о регулисању питања застарелости потраживања које потиче из облигационо-правног односа заснованог на слободном вољом закљученом уговору између две потпуно слободне и равноправне стране. И да у оспореном Закону одредба члана 31. не постоји, правно стање у погледу застарелости пореске обавезе било би исто“<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> 2 BvR 72/90, BStBl. 1992 II, 212, <http://www.bfh.simons moll.de/bfh/1992/XX920212.HTM>, 10. фебруар 2016.

<sup>47</sup> *Службени гласник РС*, бр. 36/01.

<sup>48</sup> *Службени лист СРЈ*, бр. 17/02; *Службени гласник РС*, бр. 18/02. Савезни уставни суд је ипак утврдио да чл. 31, у делу који се односи на непримену одредаба о застарелости из Закона о облигационим односима, није сагласан с Уставом СРЈ, износећи став да таквој норми није место у републичком закону. Републички законодавац није овлашћен да примењивачу права објашњава у којим се случајевима



Тумачењем треба утврдити да ли пореско право, када преузима појмове из других правних области, ствара самостална пореско-правна чињенична стања или, пак, прати вредновања тих области. Уколико неки порески пропис користи терминологију уобичајену у грађанском праву, онда може да преузме чињенично стање које је њом изражено, као нпр. наследне редове из чл. 21 Закона о порезима на имовину,<sup>49</sup> али може да користи и појмове такође развијене у оквиру грађанског права ради означавања посебног пореског чињеничног стања, као што је нпр. издавање у закуп или подзакуп непокретности из чл. 65б, ст. 2 Закона о порезу на доходак грађана,<sup>50</sup> где се издавање у закуп или подзакуп непокретности од стране предузетника у оквиру обављања регистроване самосталне делатности не сматра издавањем у закуп или подзакуп чији приход представља приход од непокретности, у смислу чл. 65а тога закона.

Употреба приватноправног термина ради означавања посебног пореског чињеничног стања понекад се може показати погрешном, као нпр. у чл. 12, ст. 3, тач. 3 ЗПППА, где се „порески посредник“ (а то је банка – *Д. П. и Г. И.-П.*) дефинише као лице које је дужно „да са рачуна пореског дужника (пореског обвезника или пореског плаца) на основу њиховог налога за пренос средстава обустави и по одбитку уплати утврђени порез, у своје име, а за рачун пореског обвезника, односно пореског плаца, на одговарајући уплатни рачун“. Међутим, чл. 813 Закона о облигационим односима прописује да се код посредовања „посредник обавезује да настоји наћи и довести у везу са налогодавцем лице које би са њим преговарало о закључењу одређеног уговора, а налогодавац се обавезује да му исплати одређену накнаду, ако тај уговор буде закључен“. У контексту пореског права, у улози банке као пореског дужника не постоје елементи улоге посредника. Но, чл. 1020 Закона о облигационим односима уређује упућивање (асигнацију), предвиђајући да код тог уговора једно лице, упутилац, овлашћује друго лице, упућеника, да за његов рачун изврши нешто одређеном трећем лицу, примаоцу упута, а овога овлашћује да то извршење прими у своје име. Отуда би, на терену пореског права, банка могла бити *упућеник*, кога је порески обвезник, порески платац или порески јемац – упутилац овла-

---

поједини савезни закони примењују, а када се они не примењују. Сем тога, ова одредба је непотребна, јер тадашњи савезни Закон о основама пореског система није садржао одредбе о застарелости, тако да су порески закони то питање могли да потпуно самостално уређују.

<sup>49</sup> *Службени гласник РС*, бр. 26/01, 45/02; *Службени лист СРЈ*, бр. 42/02; *Службени гласник РС*, бр. 80/02, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12, 47/13 и 68/14.

<sup>50</sup> *Службени гласник РС*, бр. 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06, 31/09, 44/09, 18/10, 50/11, 91/11, 93/12, 114/12, 47/13, 48/13, 108/13, 57/14, 68/14 и 112/15.

стио да за његов рачун изврши уплату дугованог износа пореза по одбитку Пореској управи – примаоцу упута, при чему би, *de lege ferenda*, ЗПППА требало да пропише да је порески упућеник дужан да, на основу упутиоцевог налога, обустави и по одбитку уплати на одговарајући уплатни рачун утврђени порез, у своје име, а за рачун упутиоца.

Штавише, пореско право почело је да развија сопствену терминологију, без позајмљивања из приватног права. Тако, „испорука добара“ из чл. 3, тач. 1 Закона о порезу на додату вредност<sup>51</sup> означава, у складу са чл. 4, ст. 1 тог закона, „пренос права располагања на телесним стварима лицу које тим добрима може располагати као власник“. Европски суд правде је у случају *Safe*<sup>52</sup> заузео став да појам опорезиве испоруке добара у Шестој директиви Европске заједнице (на бази које је рађен српски Закон о порезу на додату вредност) није ограничен на пренос својине у правном смислу. Опредељење за концепт преноса „економског власништва“ (овлашћења располагања), уместо права својине, било је условљено разликама у грађанскоправним системима држава чланица у погледу одређивања момента преноса својине у правном смислу (нпр. моменат закључења уговора или моменат предаје ствари стицаоцу). Такође би се могао навести пример „стављања у промет“ акцизних производа из чл. 21 Закона о акцизама,<sup>53</sup> јер се тај порескоправни концепт не подудара с купопродајом из Закона о облигационим односима. Штавише, догађа се да један термин има различита значења у пореском и у приватном праву: нпр. филијала из чл. 52, ст. 7 Закона о порезу на добит правних лица означава правно лице у чијем капиталу матично правно лице учествује под условима предвиђеним тим законом, док се у чл. 2, ст. 3 Закона о банкама<sup>54</sup> том изразу даје значење организационог дела банке, без статуса правног лица, који обавља послове које може обављати банка у складу са тим законом. Законодавац би морао да избегава овакву употребу хомонима у законима који уређују различите области права.

Могуће је запазити и обрнути утицај пореског права на приватно право. Примера ради, све док Уставни суд Србије није утврдио да одредба чл. 38а Закона о порезима на имовину, која је предвиђала

---

<sup>51</sup> *Службени гласник РС*, бр. 84/04, 86/04, 61/05, 61/07, 93/12, 108/13, 68/14, 142/14 и 83/15.

<sup>52</sup> ECJ, Case C 320/88 (*Staatssecretaris van Financiën v Shipping and Forwarding Enterprise Safe BV*) [1990] ECR I 285, пар. 7 9.

<sup>53</sup> *Службени гласник РС*, бр. 22/01, 73/01, 80/02, 43/03, 72/03, 43/04, 55/04, 135/04, 46/05, 101/05, 61/07, 5/09, 31/09, 101/10, 43/11, 101/11, 93/12, 119/12, 47/13, 68/14, 142/14, 55/15 и 103/15.

<sup>54</sup> *Службени гласник РС*, бр. 107/05, 91/10 и 14/15.

да се упис права на непокретности у земљишним, катастарским и другим јавним књигама не може вршити без доказа о плаћеном порезу на пренос апсолутних права, односно плаћеном порезу на наслеђе и поклон, није у сагласности с Уставом,<sup>55</sup> пореско право је обликовало приватноправни однос код преноса стварних права на непокретностима *inter vivos* или *mortis causa*. Такође, док чл. 3 Закона о привредним друштвима предвиђа да друштво стиче својство правног лица регистрацијом у складу са законом којим се уређује регистрација привредних субјеката, Пореска управа може, у складу са чл. 26, ст. 7 ЗПППА, уколико утврди да пријава садржи податке који нису веродостојни или су против оснивача субјекта изречене заштитне мере, односно мере безбедности забране вршења делатности у прекршајном или кривичном поступку, донети у року од пет дана од дана пријема захтева за регистрацију од стране Агенције за привредне регистре решење о одбијању захтева за доделу пореског идентификационог броја (ПИБ).

Оваква „релативност правних појмова“ постоји у јединственом правном систему, али подељеном на материјалне области. Истина, у литератури се може срести приговор заснован на премиси да приватноправно поимање појмова преузетих из приватног права од стране пореског права пружа већу правну сигурност.<sup>56</sup> Спорно је, међутим, зашто би једна област права омогућавала већу правну сигурност од друге, тако да се захтев у погледу правичности опорезивања не би требало да оспорава позивањем на правну сигурност. Наравно, у пореском праву ипак постоје и ситуације у којима се коришћени приватноправни термини морају приватноправно тумачити<sup>57</sup> (нпр. привредно друштво из чл. 1 Закона о порезу на добит правних лица).

У мери у којој су приватноправни институт или вредност друштвено важнији, у којој је феномен приватног права разрађенији у законима и судској пракси, у којој приватно право адекватније одражава економску суштину одређене трансакције и у којој је извесније да је порески законодавац претпостављао да ће термине и концепте приватног права користити у њиховом приватноправном значењу, утолико ће пореско право поклањати већу пажњу приватном праву, тежећи ка сагласности.<sup>58</sup> Али, одступања су могућа из многих разлога: различитих метода тумачења, очувања властитих вредности које нису исте у пореском и у приватном праву (правично опорезивање *versus* слобода воље странака), спречавања избегавања плаћања по-

<sup>55</sup> Одлука Уставног суда Србије IУз 225/2005, од 19. 4. 2012. године.

<sup>56</sup> G. Crezelius, 178 и даље.

<sup>57</sup> Klaus Tipke, *Die Steuerrechtsordnung*, Band III, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1993, 1284 1285.

<sup>58</sup> J. Bundgaard, 83 84.

реза, дискрепанце између суштине и правне форме, механизма којима порески обвезници остварују пореску уштеду, развоја кроз које се пролази у пословном животу (нпр. електронска трговина), практичне немогућности да се имају слични термини и концепти, одсуства координације (нпр. ортачко и командитно друштво у српском компанијском праву имају статус правног лица, али их је у периоду 1992–1994. година чл. 1 Закона о порезу на добит корпорација<sup>59</sup> искључивао из круга пореских обвезника, а чл. 8, ст. 1 Закона о порезу на доходак грађана<sup>60</sup> им приписивао фискалну транспарентност), погрешних предуслова због неразрађених концепата приватног права, фрагментарне технике у припреми пореских закона и др.

Посебан случај сукоба квалификација јавља се у међународном уговорном пореском праву. Наиме, чл. 3, ст. 2 Модел конвенције ОЕЦД предвиђа: „Кад год држава уговорница примењује уговор, сваки израз који у њему није дефинисан има значење, ако контекст не захтева другачије, које у том времену има према закону те државе за потребе пореза на које се уговор примењује, при чему значење према важећим пореским законима које примењује та држава има предност у односу на значење које том изразу дају други закони те државе“. Евери Џоунс (*Avery Jones*) указује да ова норма не налаже да се са становишта државе која примењује порески уговор мора размотрити да ли је доходак опорезован у складу с уговором; та одредба казује да, што се тиче примене уговора од стране државе уговорнице, недефинисани термини имају значење које им даје право те државе за потребе пореза на које се Уговор примењује. То значи да држава извора може опорезовати неку категорију дохотка, дефинисану на начин који уређује њено национално право, а да то буде у складу с уговором.<sup>61</sup> Примера ради, по аустријском праву, ортачко друштво представља фискално транспарентни ентитет, док је по српском праву оно правно лице, чији је пословни резултат подложен порезу на добит правних лица. Уколико у Аустрији основано ортачко друштво обавља пословање преко сталне пословне јединице у тој држави, па један његов члан, резидент Србије, отуђи свој удео у том друштву, наступиће сукоб квалификација због различитог третмана ортачких друштава у националним правима Аустрије и Србије. Наиме, Аустрија ће, за потребе пореског уговора са Србијом, отуђење удела од стране члана ортачког друштва сматрати отуђењем ствари које чине део пословне имовине сталне пословне јединице преко

<sup>59</sup> *Службени гласник РС*, бр. 76/91, 20/92, 20/93, 67/93, 19/94.

<sup>60</sup> *Службени гласник РС*, бр. 76/91, 9/92, 20/92, 76/92, 20/93, 22/93, 48/93, 51/93, 67/93, 19/94, 20/94, 28/94.

<sup>61</sup> John Avery Jones, „The Interaction between Tax Treaty Provisions and Domestic Law“, *Tax Treaties and Domestic Law* (ed. Guglielmo Maisto), IBFD, Amsterdam 2006, 126–127.

које послује ортачко друштво, при чему чл. 13, ст. 1 и 2 Уговора о избегавању двоструког опорезивања између Србије и Аустрије<sup>62</sup> (у даљем тексту: *Уговор*) предвиђа да се добитак од таквог отуђења може опорезовати у Аустрији. Србија ће, пак, ово отуђење сматрати отуђењем удела у ортачком друштву, где се остварени добитак подвргава норми из чл. 13, ст. 5 Уговора, која прописује да право опорезивања припада искључиво Србији као држави резидентства лица која је отуђило удео. Међутим, у сукобу квалификација Србија мора прихватити да је Аустрија опорезовала члана ортачког друштва „у складу с одредбама Уговора“ с циљем примене његовог чл. 24 (отклањање двоструког опорезивања) и пружити му обични кредит за порез плаћен у Аустрији. Ово због тога што се у чл. 24, ст. 2 Уговора обавеза пружања пореског кредита везује за случај „ако резидент Србије остварује доходак или поседује имовину који се, у складу с одредбама овог уговора, могу опорезовати у Аустрији“, а није постављен услов који би гласио: „према пореском праву државе резидентства“ (тј. Србије). Уколико се, пак, уместо сукоба квалификација појави сукоб различитог тумачења чињеница или различитог тумачења одредаба пореског уговора (нпр. ако Србија оспори да је ортачко друштво имало сталну пословну јединицу у Аустрији или ако тумачи да одређене отуђене ствари не чине део пословне имовине сталне пословне јединице – што условљава право државе извора (тј. Аустрије) да опорезује добитак од отуђења имовине), онда не постоји обавеза за државу резидентства да примени методу за отклањање двоструког опорезивања из чл. 24 Уговора, па ће или настати двоструко опорезивање или ће се две државе споразумети у поступку заједничког договарања из чл. 26 Уговора.

#### 4. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Спроведена анализа потврђује оцену немачког Уставног суда да се „карактеристике пореских чињеничних стања ..., и када су она преузета из друге правне области, интерпретирају у складу са пореским контекстом, сврхом конкретног пореског закона и садржајем појединачне регулативе. Не постоји претпоставка истоветног, а ни одступајућег тумачења“.<sup>63</sup> Отуда је верификована хипотеза о претходности, а не о примату приватног права у односу на пореско право. Учесници приватноправног посла аутономно одређују његове елементе, руководећи се мерилима одређене гране приватног права

<sup>62</sup> Уговор између Републике Србије и Републике Аустрије о избегавању двоструког опорезивања у односу на порезе на доходак и на имовину, *Службени гласник РС Међународни уговори*, бр. 8/10.

<sup>63</sup> 2 BvR 72/90, BStBl. 1992 II, 212.

(нпр. облигационог, трговинског, породичног или неког другог права). За потребе опорезивања се „са терена“ форме прелази на суштину датог приватноправног посла, када се тумачењем пореског закона реализује пореско чињенично стање, у циљу утврђивања пореза и његове наплате. Пореско право поштује слободу воље, инхерентну приватном праву, али настоји да обезбеди несметано функционисање државе, опорезујући економске резултате остварене кроз различите приватноправне форме. Од друштвене важности одређеног приватноправног института, односно мере у којој он одражава економску суштину трансакције зависи да ли ће пореско право употребљавати термин који означава тај институт у његовом приватноправном значењу или ће му, користећи сопствену телеологију, дати неко посебно, при чему су могући и повратни утицаји из домена пореског права на приватно право.

#### ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Bundgaard, J., „On Tax Law and Private Law Relations“, *Scandinavian Studies in Law* Vol. 44, Tax Law, January 2003.
- Crezelius, G., *Steuerrechtliche Rechtsanwendung und allgemeine Rechtsordnung*, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, Herne 1983.
- Ђорђевић, С., *Прилагођавање у међународном приватном праву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010. (Ђорђевић, С., *Prilagođavanje u međunarodnom privatnom pravu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010)
- Emge, C. A., *Gratisaktien und Steuern: grundsätzliche Erwägungen über die Beziehung des Zivilrechts zum Steuerrecht*, Spaeth & Linde, Berlin 1923.
- Giannini, A. D., *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Unione tipografica, Torino 1956.
- Jakobs, H., *Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk* (hrsg. von W. Schön), Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1997.
- Jones, J. A., „The Interaction between Tax Treaty Provisions and Domestic Law“, *Tax Treaties and Domestic Law* (ed. Guglielmo Maisto), IBFD, Amsterdam 2006.
- Liccardo, G., *Introduzione allo studio del diritto tributario*, Casa editrice dott. Eugenio Jovene, Napoli 1962.
- Pedersen, J., „Form and Substance in Tax Law. Branch Report: Denmark“, *Cahiers de droit fiscal international* Vol. 87a, IFA, The Hague 2002.

- Поповић, Д., *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014. (Popović, D., *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014)
- Thuronyi, V., *Comparative Tax Law*, Kluwer, The Hague 2003.
- Tipke, K., *Die Steuerrechtsordnung*, Band I, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2000.
- Tipke, K., *Die Steuerrechtsordnung*, Band III, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1993.
- Tipke, K., „La capacità contributiva come metro di giustizia tributaria“, *Il fisco* 30/1996.
- Tixier, G., Gest G., *Droit fiscal*, L. G. D. J., Paris 1981.
- Vanistendael, F., „Legal Framework for Taxation“, *Tax Law Design and Drafting*, Vol. 1 (ed. V. Thuronyi), IMF, Washington, D. C. 1996.
- Водинелић, В. В., *Грађанско право – Уводне теме*, Номос, Београд 1991. (Vodinelić, V. V., *Грађанско право – Uvodne teme*, Nomos, Beograd 1991)

Dejan Popović, PhD

Full Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

Gordana Ilić-Popov, PhD

Full Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

## RELATIONSHIP BETWEEN TAX LAW AND PRIVATE LAW

### *Summary*

This paper deals with the relationship between the tax law as a branch of the public law and the private law. The tax law often uses legal forms and terms of the private law to determine an economic factual situation, although it has been developing its own terminology. The special attention has been drawn to the examination of the thesis whether the precedence of the private law at the same time means its prevalence in relation to the tax law. The authors are of the opinion that the teleological differences between the tax law and the private law, followed by the consequences in determination of their principles and valuation, deny the

thesis of the private law's prevalence over the tax law. The private law and the tax law are separate branches of laws of the same rank; they value the same situation from different perspectives and on the basis of different aspects of evaluation. The private law and the tax law constitute parts of the legal system, whose unity and integrity do not allow that the basic principles of one law hinder the basic principles of another. While generally respecting the freedom of contract, the tax law links itself to the economic results achieved via corresponding private law forms.

Key words: *Tax law. – Private law. – Tax factual situation. – Substance over form. – Unity of legal system.*

Article history

Received: 29. 2. 2016.

Accepted: 16. 5. 2016.



Др Ђорђе Игњатовић\*

## УСЛОВНИ ОТПУСТ ПРАВНА И ПЕНОЛОШКА АНАЛИЗА

*У раду се анализира нормативна основа и пракса примене условног отпуста као института кривичног права, који је истовремено и веома значајна криминално политичка и пенолошка мера. Указано је на његов историјат и компаративно стање модела условног отпуста у САД и европским земљама, да би се онда указало на путање у решењима која су се код нас испољила у последњој деценији. Апсурд своје врсте представља чињеница да је у односу на овај институт наше казнено право показало дозу ретрибутивности која скоро да нема пандана у компаративним правним системима. Анализирани су и разлози који су довели до тих решења и дати предлози како из те ситуације изаћи.*

Кључне речи: *Условни отпуст. Осуђена лица. Привилегије. Рецидив. Казнионице. Пренасељеност.*

### 1. УВОД

Условни отпуст (на немачком *bedingte Entlassung*, на француском *liberté conditionnelle*, на италијанском *liberazione condizionale*, на енглеском *conditional release* или чешће *parole* – од француске именице истог облика која означава = реч<sup>1</sup>) у данашњем значењу је институт казног права који подразумева отпуштање осуђеника

---

\* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [ignjat@ius.bg.ac.rs](mailto:ignjat@ius.bg.ac.rs)

<sup>1</sup> Интересантно је како је овај израз настао. У време када је реч човека још увек нешто значила, европске армије су ослобађале заробљене непријатељске војнике ако обећају да више неће учествовати у ратним дејствима. На француском ова „реч части“ је означавана са *parole d'honneur* и тако се овај израз одомаћио с обе стране Ламанша. Вид. Mary Stohr, Antony Walsh, Craig Hemmens, *Corrections – A Text / Reader*, Sage, Los Angeles 2009, 421.

из завода пре истека времена на које је осуђен на казну затвора, најчешће на основу процене да то не представља ризик за друштво, уз његово обећање да неће вршити кривична дела и да ће се придржавати (евентуалних) обавеза које су му при томе наметнуте; најчешће, приликом отпуста успоставља се и систем надзора да ли се лице придржава обећања, уз могућност да у сваком тренутку док не протекне време на које је пресудом лишен слободе буде враћен у установу уколико се не придржава обећаног.

У томе је основна разлика између условног отпуста и превременог отпуштања које му је претходило (осуђеник се због доброг владања отпушта с издржавања казне раније и од тог тренутка сматра се слободним у пуном смислу те речи). Оваква пракса претходила је условном отпусту, а неки казнени системи познају је и данас било као судску меру,<sup>2</sup> било као повластицу коју одобрава пенитенцијарна власт.<sup>3</sup>

Од кривичне санкције сличног назива (условна осуда) и која такође преступнику намеће одређене обавезе<sup>4</sup> – условни отпуст се разликује по два основа: прво, по формалном критеријуму, односно надлежном органу – о условној осуди одлучује у свим кривичним системима суд, док је ситуација са надлежношћу за одобравање условног отпуста, као што ћемо видети касније, шаренолика; и друго, суштинска разлика је у чињеници да је код условног отпуста лице већ провело извесно време лишено слободе, док се условна осуда изриче управо с намером да се то избегне и зато се сматра алтернативом казни затвора.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Италијански Закон о пенитенцијарном устројству од 1975. уводи институт превременог отпуста (*liberazione anticipata*) којим судија за извршење кривичних санкција (*magistrato di sorveglianza*) осуђеном који није дисциплински кажњаван као награду за ангажовање на сопственој редукацији и укључивању у друштво издржавања казне краћује 45 дана за сваких пола године доброг владања. Године 2013. Сенат је декретом са законском снагом проширио ову повластицу на 45-75 дана семестрално, али не за сва дела – искључена су она „посебно друштвено аларматна“ (*reati di particolare allarme sociale*) каква су тероризам, удруживање мафијашког типа, отмице, трговина људима, сексуални деликти против деце, као и „удрживање ради шверца иностраних цигарета“. Вид. <https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17>, 24. октобар 2015.

<sup>3</sup> Као и већина других, и наше кривично извршно законодавство познаје институт превременог отпуста који код нас одобрава шеф пенитенцијарне администрације (директор Управе за извршење кривичних санкција) на предлог управника завода и то највише шест месеци пре истека казне, ако је осуђени издржао 9/10 њеног трајања.

<sup>4</sup> Због тога се у неким земљама извршењем обе ове мере баве исти пробациони органи. У појединим служба за пробацију ради с условно осуђеним лицима, док се другима бави служба за условно отпуштене (*parole office*).

<sup>5</sup> И то још од времена првих радова о тој теми попут текста Нормана Бишопа који је припремљен за Европски семинар одржан септембра 1987. Вид. Norman Bishop, *Non Custodial Alternatives in Europe*, HEUNI, Helsinki 1988, 63.

У криминолошкој литератури временом су се искристалисала три концепта условног отпуста: 1. по првом, ради се о милости односно привилегији државе која у сваком тренутку може бити опозвана; 2. по другом, то је уговорни однос осуђеника и државе којим осуђени преузима одређене обавезе; ако их не поштује, уговор се ставља ван снаге и он се враћа у завод док не истекне време на које му је пресудом одузета слобода кретања; 3. по трећем, условни отпуст је само други облик извршења казне затвора јер се осуђеник смешта у заједницу уз бројна ограничења права, због чега се може рећи да се ради о минималној мери одузимања слободе у заједници (*community custody*). У сваком тренутку, надлежни органи могу извршити нову рекласификацију и вратити осуђеног у казнену установу.<sup>6</sup> У нашој кривичној науци није било јединственог гледишта да ли условни отпуст суштински модификује изречену казну затвора или се ради само о модалитету (фази) њене примене. Од средине девете деценије прошлог века у том погледу доминира став да се ради о суспендовању казне.<sup>7</sup>

Ма колико оваква разматрања на први поглед личила на празно теоретисање, ставови које о њима заузимамо имају врло практичне последице у погледу конкретних решења која се односе на нормативно уређење условног отпуста, избор органа којима се поверава одлучивање и правила процедуре која се при томе примењују.<sup>8</sup>

## 2. ИСТОРИЈСКИ И КОМПАРАТИВНИ ОСВРТ

Зачетке овог института налазимо у пракси која је у неким државама успостављена још у време настанка казне затвора као кривичне санкције. Тако је први реформатор казних установа Енглеz Џон Хауард (*Howard*)<sup>9</sup> пишући о трагичном стању установа у којима

<sup>6</sup> Sam Torres, „Parole“, *Encyclopedia od Criminology* (eds. R. Wright, M. Miller), New York 2005, 1121 и даље.

<sup>7</sup> У једном раду објављеном пре више од три деценије, Зоран Стојановић је детаљно образложио ово гледиште. Вид. Зоран Стојановић, „Условни отпуст: проблеми и перспективе“, *Зборник Правног факултета у Загребу* 1 2/1984, 185 и даље. Аутор га није променио иако је у међувремену у наше право уведена могућност да се уз условни отпуст наложе мере предвиђене кривичноправним одредбама. Вид. Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд 2012<sup>4</sup>, 217.

<sup>8</sup> Снежана Соковић, „Условни отпуст спорна питања и савремена нормативна решења“, *Crimen časopis za krivične nauke (Crimen)* 1/2014, 35 и даље.

<sup>9</sup> У литератури налазимо и мишљење Џорџа Годвина да је Хаурадова основна хипотеза да је окупно кажњавање злочин који друштво врши према преступницима. Вид. George Godwin, *Crime and Social Action*, Watts & Co., London 1956, 108. Тако је он у извесном смислу зачетник идеје да се држава може појавити као преступник о чему пишу многи савремени радикални криминолози. Вид. Ђорђе

су по разним основима била смештена лица лишена слободе као позитиван пример навео могућност да се осуђено лице због доброг владања отпусти са издржавања казне раније.<sup>10</sup>

Обично се као практичар који је први увидео значај давања ове повластице осуђеним лицима како би били мотивисани да промене понашање наводи енглески морнарички капетан Александар Маконоки (*Machonochie*), творац тзв. бодовног система (*mark system*) који је увео у кажњеничкој колонији на аустралијском острву Норфолк. До његовог доласка, она је била место на коме су војници задужени за чување реда тиранисали осуђенике, због чега су често избијале побуне. Био је то пример онога што је касније назвао „секундарно кажњавање“ (држава кажњава двоструко: први пут када неком лицу судском одлуком буде одузета слобода, а други пут када га, док казну издржава стави у тешке – чак немогуће – животне услове.<sup>11</sup>

Маконоки уводи нешто што је представљало зачетак будућег „система прогресивног затварања“ – осуђеник је имао прилику да побољша свој статус у установи: примерним понашањем и залагањем на раду добијао је бодове који су му омогућавали да оствари различите повластице, чија круна је било отпуштање са издржавања казне пре истека времена на које им је судском пресудом слобода одузета. Ова повластица носила је назив „излазна карта“ (*ticket to leave* – *TOL*) и била је најјачи мотив за осуђенике да покажу промене у понашању.<sup>12</sup>

Они су, како је то тврдио Маконоки, заиста излазили са издржавања казне бољи него што су били у тренутку када су у установу ушли. Како наводи Роберт Хугс (*Hughes*), евиденције су показале је да је поврат код лица која су добила „излазну карту“ био, с данашњег становишта, невероватно ниских 2,2%.<sup>13</sup> Међутим, само

---

Игњатовић: „Криминалитет државе“, *Казнена реакција у Србији V deo* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 25 и даље.

<sup>10</sup> Као пример такве праксе, Хауард наводи искуства Португалије, али и Француске (затвори у Бержу и Калеу), а сличну праксу имале су и енглеске установе за смештај ратних заробљеника. Вид. John Howard, *The State of Prisons*, J. M. Dents & Sons, London 1929, 118, 137, 144.

<sup>11</sup> Једна његова књига тако се и зове; у њој он констатује да постојећи систем кажњавања чини људе горим уместо бољим јер не налази начина да их награди за добро владање – напротив, он стимулише пороке и ситније прекршаје тих лица у установи. Вид. Alexander Maconochie, *Secondary Punishment / The Mark System*, John Ollivier, London 1848, 1.

<sup>12</sup> Џон Бери у свом прилогу о Маконокију као једном од „пионира кри минологије“ наводи да је осуђеник могао бити пуштен на слободу ако прикупи 2.000 бодова, а одлуку о томе није доносио управник завода него судско веће, када се увери да се заиста поправио. Вид. John Barry, „Alexander Maconochie“, *Pioneeres in Criminology* (ed. H. Mannheim), Stevens & Sons Ltd, London 1960, 88.

<sup>13</sup> Robert Hughes, *The fatal shore*, Vintage, New York 1988. Вид. M. Stohr, A. Walsh, C. Hemmens, 422.

неколико година од увођење овог специфичног пенолошког експеримента, енглески Парламент је сменио Маконокија с места управника уз образложење да је систем који је он увео превише благ према преступницима. Ситуација у кажњеничкој колонији убрзо се вратила на стање још горе од оног које је Маконоки затекао – злостављање и побуне опет су се смењивали у циклусима. Тако је Енглеска демонстрирала куда води давање приоритета магловитој представи о генералној превенцији над покушајима да се на осуђенике утиче тако да промене своје понашање.

Касније је из овог пенолошког експеримента преузета идеја да се осуђеник мотивише да се сам ангажује на сопственом поправљању обећањем прогресивног побољшања његовог положаја. У Енглеској је после доста формално одређене прве две фазе (хелијска изолација и заједнички принудни рад) као трећа предвиђен условни отпуст. Проблем је, како је ускоро примећено, представљала чињеница да је прелаз из режима казнене установе у живот на слободи био нагао и изазивао је проблеме у прилагођавању отпуштеног лица. Зато је сер Валтер Крофтон (*Crofton*) предложио увођење модификоване тзв. ирске варијанте прогресивног система која је као трећу фазу у извршењу казне предвиђала тзв. одељење за слободњаке у коме је требало да осуђеници развију самодисциплину и припреме се за суочавање са слободом.<sup>14</sup> У почетку, и овде су подаци о рецидиву условно отпуштених лица били врло охрабрујући: Ричард Сајтер (*Seiter*) наводи да је 1850. године из ирских казнионица условно отпуштено 557 лица и да је само њих 3% после тога рецидивирало.<sup>15</sup>

Одлука да ли осуђеник може добити било коју повластицу зависила је не само од понашања и залагања на раду, него и од његовог ангажовања у образовном процесу. Због тога је сваки затвореник даблинског казног завода пролазио кроз едукацију учитеља Џејмса Органа (*Organ*). Важна новина је и то што је осуђеник, после ранијег отпуштања из завода, одмах стављен под учитељев надзор. Овај се није старао само о томе како се отпуштени влада, него му је помагао и око запослења и свега осталог што је могло олакшати његово укључивања у друштво. Због тога се у литератури ово сматра правим зачетком данашњег условног отпуста.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Тако је уведено тзв. „међузатварање“ (*intermediate prison*), које је на средокраћу између безусловне казне затвора и условне осуде, због чега се овај реформатор пеналног система може сматрати зачетником алтернатива казни затвора.

<sup>15</sup> Richard Seiter, *Corrections: An Introduction*, Prentice Hall, Upper Saddle River 2005<sup>4</sup>. Вид. М. Stohr, А. Walsh, С. Hemmens, 422.

<sup>16</sup> Такав став заступају Херберт Џонсон и Ненси Волф. Вид. Herbert Johnson, Nancy Wolfe, *History of Criminal Justice*, Anderson Publishing, Cincinnati 1996<sup>2</sup>, 138. Жан Прадел, наспрот тврди да је условни отпуст први осмислио Француз Арну де Марсанжи (*Marsangy*) и то 1847, да би у његовој земљи он био законски регулисан

Интересантно је да Крофтонов модел није успео да нађе на ширу примену у САД. Истина, од 1840. многе од држава су усвојиле „законе о добром владању“ (*good time laws*) који су дозвољавали да осуђеници изађу са издржавања казне раније уколико су показали добро владање, а религиозна секта Квекера, која је у то доба имала снажан утицај на систем извршења казне затвора у англосаксонском свету, потрудила се да отпуштени осуђеници добију неке видове пост-пеналне помоћи.<sup>17</sup> Године 1876. у држави Мичиген пенолог Зебјулон Броквеј (*Brockway*) уводи (у заводу *Elmira Reformatory*) по први пут у САД модел условног отпуста који је са неким модификацијама опстао у америчком пенитенцијарним систему све до 80-их година XX века. Модел је потпуно разрађен у држави Њујорк где су 1907. прописана следећа правила: суд не одређује унапред трајање казне затвора; колико ће осуђени бити у статусу затвореника зависи од његовог владања у заводу (уводи се систем награђивања чији највиши степен је излазак на слободу); после отпуштања осуђеног „на реч“ над њим се врши надзор; постоје посебна правила о опозиву условног отпуста. До 1942. овај модел усвојен је од свих држава, а то је учињено и у федералном корекционом систему. Као његове предности навођене су: веровало се да доприноси поправљању осуђеника кроз њихово укључивање у процес рехабилитације; пружа могућност заводској администрацији да на хуман начин врши институционалну контролу и обезбеђује поштовање дисциплине; с друге стране, осуђеници су имали мотив да се боље понашају; то је истовремено и погодно средство за решавање проблема пренасељености казних установа.

После Другог светског рата прогресивни систем је напуштен. Разлога за такву одлуку било је више, а један је био везан и за условни отпуст: примећено је, наиме, да је и код оних затвореника који су на особље у установи остављали утисак да су се заиста поправили (због чега су и пуштени на условну слободу), поврат био врло висок. Очигледно, оцена да ли је осуђеник спреман за живот изван установе уз поштовање забрана које садржи кривично право била је доношена на основу формалних критеријума, а затвореници су подстицани на неискрено, патворено понашање.

Све су то разлози зашто је под утицајем слободарског духа који је изнедрио Уједињене нације (УН) дошло до промена и у области казненог и пенитенцијарног права. Прогресивни систем бива постепено, под утицајем учења Нове друштвене одбране (на теоријском) и Светске организације (на међународном плану), замењен модерним који почива на три основна принципа: а) ресоцијализација као

1885. године. Вид. Жан Прадел, *Компаративно кривично право – санкције* (превод), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 88.

<sup>17</sup> Н. Johnson, N. Wolfe, 138.

сврха кажњавања; б) индивидуализација не само у изрицању, него и у извршењу казне и в) хумани однос према затвореницима.<sup>18</sup>

Увођење „модерног система извршења кривичних санкција“ није, међутим, умањило значај института условног отпуста у наше време. Напротив, тешко је и замислити пенитенцијарни систем који би се одрекао тако важног средства утицаја на осуђеника какво је давање наде да ће се изван установе под одређеним условима наћи и пре но што истекне време на коме му је пресудом одузета слобода. Ако је најнормалније да осуђеник тежи да из установе изађе што пре,<sup>19</sup> то његово настојање би требало искористити како бисмо на њега извршили утицај да убудуће више не врши кривична дела и да установу напусти раније на законит начин.

На таква опредељења није много утицала ни критика филозофије третмана која је имала своје представнике с обе стране Атлантика. Истина, она је у САД била нешто делотворнија. Раних 80-их година прошлог века тамо се дотадашњи модел условног отпуста оспорава и то не само из разлога оживљавања ретрибутивистичке логике.<sup>20</sup> Критичари су, како наводи Џоан Петерсилија (*Petersilia*),<sup>21</sup> истакли више аргумената: 1) врло мало истраживања (мање од 10%) показала су да је модел (са становишта утицаја на опадање стопе поврата код услов-

<sup>18</sup> Ови принципи први пут су инаугурисани у *Стандардним минималним правилима о поступању са затвореницима*. Вид. Никола Срзентић, „Први конгрес УН за сузбијање криминалитета и поступање са осуђеницима“, *Архив за правне и друштвене науке* 4/1956, 142 и даље. Ова правила касније у развијена у бројним међународним документима који представљају важан извор права извршења кривичних санкција сваке савремене државе. Вид. Ђорђе Игњатовић, *Право извршења кривичних санкција*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014<sup>3</sup>, 32 и даље.

<sup>19</sup> Хауард указује на снагу тог порива и излаже критици казнене система већине европских држава који су у другој половини XVIII века предвиђали да се осуђенику који је побегао из установе време на које је лишен слободе удвостручује. Он као позитиван пример наводи швајцарске кантоне у којима таква казнена мера није постојала јер „нема ништа природније од жеље заточеног човека да се нађе на слободи“. Вид. J. Howard, 102. У литератури тог времена по питању одговорности осуђеника за бекство није постојала сагласност. Како наводи Џејмс Хит, Хобс (*Hobbes*) је заступао гледиште да је бекство кршење Друштвеног уговора, док је Пуфендорф (*Puffendorf*) сматрао да претупник није дужан да прихвати кривицу и да има пуно право да искористити прилику за бекство, под условом да то чини без примене силе. Вид. James Heath, *Eighteenth Century Penal Theory*, Oxford University Press, London 1963, 13.

<sup>20</sup> Као окидач који је узбуркао јавност искоришћена су два трагична догађаја (случајеви *Polly Class* и *Megan Kanka*) у којима су условно отпуштени осуђеници киднаповали, силовали и убили дете од 12 односно 7 година. У америчкој јавности су се тада појавили и захтеви за потпуно укидање условног отпуста.

<sup>21</sup> Joan Petersilia, „Parole“, *Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities* (ed. M. Bosworth), Sage, Thousand Oaks 2005, 676-681.

но отпуштених) делотоворан;<sup>22</sup> 2) приговарало се да је неправедан и нехуман, посебно према осуђеницима који не желе да учествују у свим облицима третмана. Осуђеницима додатно отежава ситуацију то што не знају када ће изаћи из завода; 3) није утврђена корелација између воље да се учествује у преваспитним третманима и каснијег одустајања од вршења кривичних дела; 4) модел је пенитенцијарној администрацији давао превелику дискрециону моћ код одлучивања о одобравању условног отпуста, па су одлуке биле неконзистентне и дискриминишуће (снажно је утицала расна и класна припадност осуђеног).

Започета је изградња новог модела који садржи решење да суд у пресуди одређује трајање казне затвора, а она се скраћује за онолико месеци колико је осуђени заслужио добрим владањем (*good time*). Ово је довело до уједначавања праксе и равноправног третирања осуђеника. Међутим, у низу америчких држава успостављен је двојни режим условног отпуста: а) дискрециони (код кога о предлогу осуђеника да му се одобри ранији излазак са издржавања казне затвора одлучује Веће (*parole board*) само у случајевима да нађе да је осуђени ту повластицу заслужио; и б) обавезни (*mandatory parole*) који се одобрава сваком затворенику пошто компјутер израчуна за колико му треба скратити казну. Овај други модел је уведен како би се решио проблем пренасељености казнионица и смањили буџетски трошкови за пенитенцијарни систем, али је изазвао и бројне контроверзе.<sup>23</sup>

Новија истраживања указала су на битну чињеницу: да они осуђеници који су казнионицу напустили без одређивања надзора имају вишу стопу поврата од „колега“ према којима је такав надзор успостављен. Зато се указује да нема по друштво опаснијег преступника од оног који за време боравка у казнионици није био мотивисан да се поправи и који се у друштво вратио без плански осмишљеног надзора.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Ову тврдњу изнео је још Роберт Мартинсон у чувеном чланку објављеном средином осме деценије прошлог века вид. Robert Martinson, „What works? Questions and answers about prison reform“, *Public Interest* 2/1974, 22 и даље.

<sup>23</sup> M. Stohr, A. Walsh, C. Hemmens, 423 наводе да су у оба случаја који су чак довели до захтева за аболицију условног отпуста, „паролаши“ на слободу пуштени применом мандаторног модела. Питерсилија чак сматра да се ови трагични случајеви виктимизације вероватно не би догодили да су се преступници нашли пред већем за условни отпуст које би анализирано њихову криминалну историју, тип жртве који су бирали и опасност коју представљају. Вид. Joan Petersilia, *Parole and prisoner reentry in the US, Perspectives*, American Probation and Parole Administration, Lexington 2000, 32 и даље.

<sup>24</sup> Joan Petersilia, *When Prisoners Come Home Parole and Prisoner Reentry*, Oxford University Press, Oxford 2003, 3.



Питање условног отпуста је, дакле, непосредно везано за стање безбедности свих грађана. Они су потенцијално највише угрожени од осуђеника који у заводима проводе пет и више година, јер се по правилу суочавају са прекидом социјалних веза, а нарочито оних које су за њих најважније – са породицом.

Разматрање условног отпуста отвара у америчкој литератури мноштво питања, од којих ће бити поменута само нека: 1) број пробационих службеника (не би требало да буду задужени за вршење надзора над више од 35 до 50 лица). Но, с обзиром на то да сви условно отпуштени осуђеници нису у истој ситуацији, важније од броја лица за која су надлежни је да имају довољно времена да се посвете онима који представљају „теже случајеве“ (наркомани, ментално поремећена лица и насилници); 2) када смо код службеника, примећује се да се они налазе у специфичном „сукобу улога“: истовремено су и социјални радници и функционери надлежни за примену закона. У првој улози, њихов врховни принцип је одредити потребе лица у статусу условно отпуштених и пружити им помоћ. Као државни чиновници, они се руководе начелом заштите друштва од злочина и у ту сврху они врше надзор над лицима на условном отпусту и обавештавају надлежне о сваком њиховом кршењу преузетих обавеза. Историјски гледано, прва улога доминирала је у „ери рехабилитације“ до 70-их година прошлог века, а после тога друга, што се могло видети и по спољашњим показатељима;<sup>25</sup> 3) разликују се две категорије осуђеника према томе који услови за одобравање условног отпуста за њих важе – општи (слични онима у осталим земљама, па и код нас) и – особени (за посебне категорије затвореника);<sup>26</sup> 4) затим, постоји више врста надзора (интензиван – регуларан – средњи – административни); 5) уз све напоре да се отклоне приговори како је доношење одлука о давању условног отпуста у великој мери субјективно и арбитрарно, тај проблем остаје. Управо из тих разлога, америчка Федерална комисија за условни отпуст је навела битне чињенице које треба имати у виду при процени ризика да ће осуђени извршити кривично дело по условном отпуштању (*salient factor score*). Наведене су: раније осуде; чињеница

<sup>25</sup> Торес наводи да је у то доба држава Калифорнија наоружала агенте службе за условни отпуст, а они су се све више понашали као део полицијског апарата, сарађујући најтеже с локалним органима реда и учествујући у заједничким рацијама. Вид. S. Torres, 1123.

<sup>26</sup> Постоји и трећа категорија – они који не могу уопште рачунати на добијање условног отпуста; поред осуђених на доживотну казну затвора без права на условни отпуст, крајем прошлог века уведено је још неколико случајева: тако је 1986. Конгрес САД донео Закон против злоупотребе дрога (*Anti Drug Abuse Act*) који је увео забрану условног отпуста (и пробације) за одређене категорије учинилаца који поседују наркотику или тргују њима, као Закони „Три грешке ...“ о којима ће касније бити речи више.

да је претходно већ био упућен у пенитенцијарну установу; узраст; дело због кога је осуђен на казну затвора; време које је протекло од претходне издржане казне; да ли је дело извршио за време док је био условно осуђен или условно отпуштен; и чињеница да је зависник од хероина или других опијата;<sup>27</sup> 6) где су границе ограничења грађанских права и забрана (на пример да обављају одређене послове) које се изричу лицима на условном отпусту, обавезно пријављивање полицији и низ других процедура и захвата. Није усамљен став да ове мере уместо да делују превентивно имају криминогени утицај; 7) разлози за опозив условног отпуста могу се поделити на: „суштинске“ (извршено ново кривично дело) и „техничке“ (уколико условно отпуштени не поступа по наредбама или не поштује забране); 8) с претходним је у вези и питање на основу чега се процењује да ли је одобравање условног отпуста било грешка. Јер, у неким државама је пракса да се он опозива искључиво уколико у време док траје казна на коју је осуђен учини ново кривично дело. У другима, то се чини и када се ради о „техничким разлозима“. Цереми Тревис (*Travis*) и Сара Лоренц (*Lawrence*) тиме објашњавају и чињеницу да је у истој години у држави Утах било забележено 19%, а у Масачусету чак 83% „успешних случајева“ условног отпуста;<sup>28</sup> 9) рецидив код „паролаша“ је висок – око 2/3 њих у периоду од три наредне године изврши ново кривично дело (и виши је код учинилаца имовинских кривичних дела но код оних који их не врше из користољубља);<sup>29</sup> 10) посебан проблем представља чињеница да је у САД у новије време друштвена толеранција на погрешне процене при отпуштању осуђеника много слабија у односу на ранији период; 11) такође, значајан утицај врши и ширење идеја актуарске правде (*actuarial justice*)<sup>30</sup> која се, уместо преокупације кривичне правде прошлим догађајима и могућим утицајем на учиниоце и друге, занима за евалуацију ризика и опасности учиниоца и третманских програма. Она почива на тврдњама да је: злочин неизбежна друштвена појава; да је важније профилисати ризик него појединца; прече је управљати

<sup>27</sup> Узимањем ових чињеница у обзир, може се направити таблица у којој је максимална вредност 10 (што значи да нема ризика од вршења кривичног дела од стране кандидата за условни отпуст и нема потребе за одређивањем посебног надзора над њим). Вид. S. Torres, 1122.

<sup>28</sup> Jeremy Travis, Sarah Lawrence, *Beyond the Prison Gates: The State of Parole in America*, The Urban Institute Justice Policy Center, Washington DC 2002, 20. Ови аутори наводе и друге интресантне податке: да је од 1977 до 2000. број лица којима је условни отпуст опозван због вршења новог кривичног дела порастао за седам пута (брже но заводска популација); да је проценат оних који су то доживели не сразмерно висок у Калифорнији (скоро половина – 42% од свих таквих случајева у САД) и то повезују са чињеницом да се чак 99% условно отпуштених у тој држави на слободи нађе захваљујући аутоматизму „мандаторног модела“.

<sup>29</sup> M. Stohr, A. Walsh, C. Hemmens, 428.

<sup>30</sup> Почива на правилима актуарске математике која помаже утврђивању ризика и премије осигурања у сваком конкретном случају.

ризиком него мењати појединце: оријентисати се на будућност, уместо на прошлост.<sup>31</sup> Под утицајем ових идеја, долази до радикално промењеног односа према условном отпуста. Док је раније, чињеница да је „паролаш“ одмах по изласку из казнионице извршио кривично дело била знак да је пенитенцијарни систем нефункционалан, сада та чињеница добија потпуно другачије значење: она, напротив, указује како систем успешно контролише ризик јер је боравак у установи неутралисао његове криминалне склоности. Зато је потребно изрицати што дуже казне затвора и применом модела „три грешке и ван игре си“ (*three strikes*)<sup>32</sup> чешће изрицати доживотну казну затвора. Све то је део концепта „Нове пенологије“<sup>33</sup> који, подстакнут пеналним популизмом, врши снажан утицај.

Америчка искуства показују да је пуштање на слободу осуђеника без спроведеног надзора, без помоћи и подршке не само лоша политика, него доводи и до бројних случајева виктимизације који су могли бити избегнути. Јер, како се наводи у литератури три четвртине милиона отпуштених осуђеника<sup>34</sup> који шетају улицама америчких градова представљају стварну опасност по безбедност друштва.

Од условног отпуста који није припремљен и надзиран, постоји само једно горе решење: то је амнестија; како с правом истиче Нилс Кристи (*Christie*)<sup>35</sup> такав начин пражњења препуњених казнионица је најгори јер се осуђеници отпуштају не само без икаквог плана и припреме, него и без обзира како су се у казненој установи владали.

<sup>31</sup> Вид. Robert Dominique, „Actuarial Justice“, *Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities* (ed. M. Bosworth), Sage, Thousand Oaks 2005, 11-14.

<sup>32</sup> Ради се о мери која је уведена први пут у држави Вашингтон да би се лицу које се трећи пут осуђује за насилничко кривично дело могла изрећи казна доживотног затвора. Модел се затим проширио и на половину држава и федерално законодавство. Врховни суд одбацио је захтев за укидање овог решења јер је нашао да не представља пример „окрутног и неуобичајеног кажњавања“. До 2001. у САД је по овим законима осуђено више од 50.000 лица.

<sup>33</sup> Малком Фрили и Џонатан Сајмон сматрају да је она настала на таласу конзервативизма у седмој и осмој деценији XX века и да нуди три новине: дискурс (пробаблитет и ризик); циљеви система (ефикасна контрола); и технике (циљају на преступнике као скупину, а не на појединачног учиниоца). Вид. Malcolm Freely, Jonathan Simon, „The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications“, *Criminology* 4/1992, 449 и даље; упор. Снежана Соковић, „Савремене глобалне тенденције у контроли криминалитета (карактеристике, перспективе и осврт на домаће прилике)“, *Crimen* 2/2011, 212 и даље.

<sup>34</sup> J. Petersilia (2005), 678 тврди да их је 2003. године било тачно 774.588 и чинили су 11% од укупног броја лица која су у надлежности корекционих служби; да их је скоро 60% на слободи по „мандаторном моделу“, као и да су углавном мушкарци (жене чине 14%) и припадници расних и етничких мањина, а 3/4 су имали везе са злоупотребом дрога или алкохола.

<sup>35</sup> Nils Christie, „A suitable amount of crime“, *Visiting Expert's Papers n° 67*. Вид. [www.unafei.org.jp/english/pdf/rs\\_No67\\_05VE\\_christie.pdf](http://www.unafei.org.jp/english/pdf/rs_No67_05VE_christie.pdf), 20. јул 2015.

Када се ради о европским земљама, у наше време постоји велика шареноликост законодавних решења којима се уређује условни отпуст. Пјер Турније (*Tournier*) указује да су у државама чланицама Савета Европе заступљена два основна модела – „дискрециони“ и „мандаторни“<sup>36</sup> и њихова комбинација „мешовити“ систем:

А. „дискрециони модел“ постоји на пример у Француској где је осуђеним примарним учиниоцима кривичних дела могуће одобрити условни отпуст после 1/2 издржана казне, док је рецидивисти на отпуст могу рачунати тек када издрже 2/3 изречене казне затвора. Модел почива на начелу *индивидуализације*, односно *персонализације* која се одвија на неколико нивоа – прво, одређивањем дужине казне затвора од стране суда (чиме је утврђено и време које мора провести у установи); затим, приликом одлучивања од стране судије за извршење да ли му се може одобрити ранији излазак на слободу; и најзад, при избору које мере и забране ће отпуштени осуђеник морати да поштује.

Примећено је да је у државама које примењују овај модел последњих деценија прошлог века дошло до опадања броја случајева одобреног условног отпуста. Разлога за то има више: утицај пунитивно оријентисаног јавног мњења; социјални и економски разлози;<sup>37</sup> врсте дела због којих су осуђени – све више је сексуалних преступника и наркомана; примена других института казног права – помиловање, амнестија;

Б. „мандаторни модел“ заснован је на принципу *једнакости* и постоји у Шведској од првог дана 1999. године. Предвиђено је да се условни отпуст мора одобрити сваком осуђеном који је издржао 2/3 казне затвора, а минимум је месец дана. Изузетак постоји у два случаја: ако се ради о краткој казни затвора уз коју је одређена пробациона мера и код осуђених на доживотну казну затвора. Ако се ова последња актом помиловања трансформише у затвор одређеног трајања, и такав осуђеник ће се на слободи наћи када издржи 2/3 тако утврђене казне.

Оба наведена основна модела имају добре и лоше стране. Другом се замера то што не мотивише осуђеника до се добро влада и због тога судови изричу дуже казне затвора јер урачунавају да ће она трајати за трећину краће. Они који се залажу за овакав модел тврде да он обезбеђује једнакост и осуђеник унапред зна колико ће про-

---

<sup>36</sup> Један од највећи савремених кривичних компаративиста Жан Прадел означава га као „модел који почива на аутоматизму“. Вид. Ж. Прадел, 90.

<sup>37</sup> Осуђеници су по правили лица из нижих друштвених слојева којима је теже да се уклопе у живот на слободи јер немају обезбеђен смештај, теже налазе посао ...

вести на издржавању казне затвора. Осим тога, криминолози тврде да у Шведској после увођења овог модела није дошло до пораста криминалитета.<sup>38</sup> Неке државе су, да би избегле лоше стране оба наведена система усвојиле

В. мешовити модел. Његова основна одлика је *прагматизам*: тако се у Енглеској и Велсу осуђени на казне затвора до четири године отпуштају по „мандаторном моделу“ (уз могућност да им се наметне надзор), док се осуђени на казне затвора дуже од четири године могу отпустити по „дискреционом“. Према лицима из прве категорије примењује се неколико решења: они осуђени до једне године, отпуштају се аутоматски по протеклу половине изречене казне и не одређује им се додатни надзор, за разлику од оних који су осуђени на затвор од једне до четири године, којима се такав надзор обавезно одређује. Осуђени на казне затвора дуже од четири године могу бити пуштени на условни отпуст после протекла половине изречене казне. Ако им захтев буде одбијен или га уопште не уложе, биће отпуштени аутоматски по протеклу 2/3 изречене казне.<sup>39</sup>

Матјаж Амброж (*Ambrož*) и Катја Стубс (*Stubbs*)<sup>40</sup> као другу основну разлику у законском уређењу условног отпуста у европским земљама виде у одређивању субјеката који о њему одлучују. По њима, постоје два основна система: судски и управни. Први постоји у земљама где одлуку доноси судија појединац или судско веће (немачки и француски законодавац су се, на пример определили за ово решење) јер сматрају да би о свим стварима које се тичу права лица лишених слободе (а условни отпуст је једно од за осуђеника најважнијих права) требало да одлучује независна судска власт. Поред овог решења, заступљена су и она код којих је одлучивање о условном отпусту у надлежности посебне од државе формиране комисије<sup>41</sup> или чак и министра правде.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> Вид. детаљније: Pierre Tournier, *Systems of Conditional Release (Parole) in Member States of the Council of Europe* <https://champpenal.revues.org/378>, 9. септембар 2015.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> Matjaž Ambrož, Katja Stubbs, „Conditional Release (Parol) in Slovenia: Problem and Possible Solutions“, *The Prison Journal* 4/2011, 467-488.

<sup>41</sup> Оваква Комисија, постоји на пример у Енглеској (*parole board*). Сер Александер Петерсон (*Paterson*) наводи да је њен задатак не само да одлучи о томе да ли ће осуђеном бити одобрен условни отпуст, него и да организује прихват тог лица од стране пробационих службеника који ће га водити и помагати му за време док је на условном отпусту. Вид. Alexander Paterson, „Recidivism and the Indeterminate Sentencing“, *Paterson on Prisons* (ed. S. Ruck), Frederick Muller Ltd, London 1951, 66.

<sup>42</sup> Тако по решењу које у белгијском праву постоји од 1888. министар правде после састанка с директором и запосленима у установи, представницима Административне комисије и јавног тужилаштва (од 1991. могу да присуствују и затвореник

Разлике у европским кривичним законодавствима показују се и у односу на оба предуслова за одређивање овог института. Традиционално, он је повезан са испуњењем две врсте услова: 1) формалног (дужина издржане казне затвора) и 2) суштинског (може ли се очекивати да ће се осуђеник уздржати од вршења нових кривичних дела).

У погледу првог услова, ту решења иду од 1/5 до 3/4 издржане казне (најчешће решење је половина). Нека законодавства, попут италијанског формални критеријум одређују алтернативно.<sup>43</sup> Осуђени на доживотну казну затвора на условни отпуст не могу рачунати пре протека 10 година (Белгија),<sup>44</sup> 12 предвиђају Немачка и Аустрији, Словенија 25, а Италија 26 година.<sup>45</sup>

Када се ради о материјалном супстрату који представља основ за доношење одлуке, постоје такође два модела: по једном, за доношење одлуке о одобравању условног отпуста потребно је утврдити позитивне чињенице (да се понашање осуђеног у тој мери поправило да се може очекивати да неће вршити кривична дела; по другом (као у Немачкој и Белгији) оне су негативне – условни отпуст ће бити одобрен осим ако специфични индикатори говоре против таквог решења.

Разлике постоје и у односу на правила које се тичу поступка у коме се одлучује о условном отпусту (ко у њему учествује), као што је неједнака и пракса у навођењу разлога који су утицали на доношење

---

и његов бранилац) доноси одлуку. Вид. Lieven Dupont, Cyrille Fijnaut, *International Encyclopedia of Laws – Belgium*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer 1993, 225.

<sup>43</sup> Осуђени мора издржати најмање 30 месеци, а уколико досуђена казна за твора не прелази пет година – једну половину. Ако је у питању тежи облик поврата (дело је исте природе као оно за које је већ био осуђен; или је између два дела про текло мање од пет година; или ако је ново дело извршено током издржавања казне или за време док се својевољно није налазио на њеном издржавању), не може бити условно отпуштен пре но што издржи најмање четири године, а ни у ком случају ако није издржао 3/4 изречене казне. Вид. Raffaele Marino, *Codice Penale*, Edizione Simone, Napoli 1987, 91.

<sup>44</sup> Како овде не постоји време проверавања, надзор над отпуштеним који је био осуђен на ову казну траје најмање 10, ако се ради о рецидивисти 14 година. Иначе, у белгијском казненом праву су сви услови за рецидивисте поопштени. При марни учиниоци могу бити условно отпуштени после 1/3 издржане казне, код рецидивиста се тражи 3/4.

<sup>45</sup> Ако некоме изгледа да је белгијско решење за осуђене на доживотну казну затвора преблаго, навешћемо (иако није реч о европској држави) један још либералнији модел: Гери Родригез наводи пример Канаде где Национални савет за условни отпуст после протека рока од седам година сам покреће поступак провере да ли постоје услови да условни отпуст буде одобрен оваквим осуђеницима; ако закључи да не постоје, поново ће га иницирати убудуће по протеклу сваке две године. Вид. Gary Rodrigues, *Canada Criminal Code*, Carswell, Toronto 2001, 524.

баш такве одлуке. Образложење је често у тој мери лапидарно и типско да се основано може сумњати у арбитрарност оних који доносе одлуку. С тим у вези је и питање коме се осуђени може жалити уколико није задовољан одлуком. Није без значаја чињеница да у пракси европских земаља нема случаја да је неко ко се жалио зато што му је ускраћена могућност да пре времена изађе са издржавања казне успео са жалбом.<sup>46</sup>

Оваква шареноликост решења у вези с условним отпустом у праву европских земаља била би мањи проблем да у Савету Европе није 1983. усвојена Конвенција о трансферу осуђеника<sup>47</sup> и Протокол уз њу: затвореник који је осуђен у једној земљи може, из различитих разлога, део казне издржавати у другој држави и тада се, уколико су модели који регулишу овај институт или конкретна решења у великој мери разликују, може поставити питање могуће повреде његових права.<sup>48</sup>

Управо из тих разлога Савет Европе и Европска унија (ЕУ) развиле су снажну активност усмерену на покушај да се хармонизују законска решења у државама на Старом континенту. Савет Европе је, пре поменуте конвенције о трансферу осуђених лица усвојио још две: Европску конвенцију о надзору над условно осуђеним и условно ослобођеним преступницима<sup>49</sup> и Европску конвенцију о признавању кривичних пресуда.<sup>50</sup> Такође, Комитет министара Саве-

<sup>46</sup> У САД се то, међутим, десило: у једном случају (*Morrissey v. Brewer*) из 1972. Врховни суд је пресудио да је XIV амандман америчког Устава прекршен од луком пробационог службеника о враћању условно отпуштеног Морсеја у казнену установу. Разлози за опозив били су „техничке природе“ (није извршио ново кривично дело, него је пропустио да испуни преузете обавезе), али му није било дозвољено да се о ствари која се тичала његове слободе пре доношења одлуке изјасни. Вид. М. Stohr, А. Walsh, С. Hemmens, 231. S. Torres, 1124 указује да је овај случај од посебног значаја јер је највиша судска инстанца САД прецизирала да и процедура у вези с условним отпустом мора имати битне елементе фер поступка (*due process*).

<sup>47</sup> Council of Europe Convention on the Transfer of Sentenced Persons (March 21, 1983, CETS 112). Вид. <http://www.coe.int/en/web/conventions>, 9. октобар 2015.

<sup>48</sup> Као пример наводи се познати случај из праксе Европског суда за људска права *Szabó v. Sweden* (ECtHR, June 27, 2006 [28578/03] у коме се осуђеник који је ради издржавања остатка казне пребачен против своје воље у Мађарску у којој су важила строжа правила о обавезном времену које се мора провести у заводу (у Шведској је то било 3/4 казне од 10 година, а у Мађарској 4/5 казне). Суд је заузео став да овим није повређен члан 5 Конвенције и да се трансфер не може условљавати идентичним решењима о условном отпусту у обе државе – вид. Dirk van Zyl Smit, John Spencer, „The European dimension to the release of sentenced prisoners“, *Release from Prison – European policy and practice* (eds. N. Padfield, D. van Zyl Smit, F. Dünkel), Routledge, London 2010, 41.

<sup>49</sup> European Convention on the Supervision of Conditionally Sentenced or Conditionally Released Offenders, November 30, 1964, CETS 51.

<sup>50</sup> European Convention on the International Validity of Criminal Judgments, May 28, 1970, CETS 057.

та Европе усвојио је две, за материју којом се бавимо у овом раду, значајне препоруке. То су: Препорука о пренасељености заводских установа и инфлацији заводске популације<sup>51</sup> (усвојена 30. септембра 1999. на 681 састанку Комитета) и Препорука о условном отпусту<sup>52</sup> (усвојена 24. септембра 2003. на 853 састанку Комитета). Иако овом раду није могуће детаљно приказивање садржине наведених препорука, указаћемо само на неколико одредаба од значаја за регулисање условног отпуста. Два разлога говоре у прилог таквог решења: први је то што Европски суд за људска права изричито наглашава да при одлучивању о предметима који се односе на условни отпуст примењује не само три цитиране конвенције Савета Европе, него и правила две наведене препоруке које третира као „меко право“ (*soft law*);<sup>53</sup> други је зато што ћемо касније, после приказа решења за које се определило наше право, покушати да укажемо колико су она у складу с идејама прокламованим у наведеном препорукама.

Она која се доносе на пренасељеност казних установа истиче да, у складу с идејом о коришћењу лишавања слободе као крајњег средства, треба развити све правом предвиђене начине да се смањи трајање затварања и међу њима изричито (§23) помиње условни отпуст. Охрабрује се његова шира примена зато што пружа најбољу прилику да се преступнику пружи подршка, помоћ и надзор у заједници (§23).

Већ у Преамбули Препоруке о условном отпусту наглашава се да је он један од најефикаснијих и најконструктивнијих средстава за превенцију повратништва и промовисање реинтеграције осуђеника у заједницу плански, уз пружање помоћи и вршење надзора. Указује се на финансијске трошкове који настају због затварања лица, на нежељне ефекте тог поступка и чињеницу да он отежава рехабилитацију преступника. Из наведених разлога, треба учинити све како би се скратила дужина казне затвора и проширити употребу условног отпуста. Подсећа се истовремено и на бројне препоруке Савета министара и посебно истиче значај Препоруке из 1992. која садржи Европска правила о мерама и санкцијама у заједници и Препоруке о примени тих Европских правила усвојена 2000. године.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> Recommendation R (99) 22 of the Committee of Ministers to Member States concerning Prison Overcrowding and Prison Population Inflation.

<sup>52</sup> Recommendation (2003) 22 of the Committee of Ministers to Member States on Conditional Release (parole).

<sup>53</sup> Тако је поступио у случајевима *Dickson v. UK* (2007) и *Kafkaris v. Cyprus* (2008). Вид. М. Ambrož, К. Stubbs, 477.

<sup>54</sup> Вид. Ђорђе Игњатовић, „Извршење ванзаводских кривичних санкција и мера: међународни извори“, *Казнена реакција у Србији III део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 26.



У Додатку овој Препоруци прво је дата дефиниција по којој је условни отпуст „раније отпуштање затвореника под индивидуализованим условима“. У питању је мера која се спроводи у заједници и подразумева пружање помоћи осуђеном у току транзиције из живота у заводу у живот у складу са законом у заједници, што се постиже наметањем одређених услова и контролом да ли се они поштују, све с циљем промовисања јавне сигурности и смањења криминалитета у заједници (§ 1–3). Даље, будући да се помоћу њега могу умањити негативне последице затварања, правни систем би требало да омогући условно отпуштање свим осуђеним лицима, укључујући и она којима је изречена казна доживотног затвора. С друге стране, ако су казне толико кратке да је онемогућена примена условног отпуста, требало би прибећи другим мерама (§4–5). Такође, време које осуђени мора провести у заводу не сме бити толико дуго да се губи смисао условног отпуста.

Умањењу ризика рецидива условно отпуштених намењене су следеће мере које им је могуће индивидуално одредити: плаћање компензације или други начин репарације жртви кривичног дела; учешће у третману намењеном наркоманима и алкохоличарима или сличним програмима који третирају сличне факторе који су непосредно повезани с вршењем дела; упражњавање радне терапије или сличне активности (образовне или оне које су намењене професионалном оспособљавању); учешће у програмима усмереним личном развоју; забрана боравка на одређеним местима или њиховог посећивања. Ове мере трају најдуже до истека времена на које је лице било осуђено (§8–9).

Припрема за условни отпуст организује се у сарадњи како са службама у заводу, тако и с онима које су задужене за пружање постпеналне помоћи после изласка из установе. Оне прве требало би да се постарају да осуђеник учествује у програмима припреме за излазак, како у самој установи,<sup>55</sup> тако и (уколико је то могуће) ван ње. Подразумева се охрабривање да поново успостави везе са породицом, волонтерским организацијама, да му се чешће одобрава излазак из установе (§12–15).

Наводе се и посебна правила за оба модела условног отпуста: код дискреционог, потребно је да суштински услови буду законом јасно одређени, да буду реалистични; одбијање одобрења не може се правдати немогућношћу да се отпуштени осуђеник запосли или да нема обезбеђен смештај. Осим тога, надлежни орган мора јасно указати зашто сматра да осуђеник не испуњава у закону предвиђене услове; такође, мора му се дозволити да опет иницира предлог за

<sup>55</sup> Мисли се пре свега на режиме у отвореним установама и друге облике полуслободе.

одобравање условног отпуста онда када сматра да је наведене услове досегао (§16–21). Када се ради о манадторном моделу, ту је ускраћивање условног отпуста могуће само уколико се ради о изузетним околностима, али и тада је у негативној одлуци неопходно навести ког датума ће условни отпуст бити могућ (§22–24).

Да би се ово спровело, Препорука о условном отпусту садржи низ одредаба које се тичу процедуре: а) осуђенима би требало дати право да буду лично саслушани од оних који одлучују о њиховом условном отпусту, а требало би им дозволити и да у том поступку имају правног заступника; б) они који одлучују требало би да се са пуном пажњом односе према свим чињеницама, укључујући и оне којима осуђеник поткрепљује свој захтев; в) осуђенику мора бити дозвољен одговарајући приступ свим чињеницама које се односе на њихов захтев; г) у одлуци се мора јасно указати на разлоге на основу којих је донета и то се мора учинити у писменој форми; д) осуђеницима се мора обезбедити право призива вишој независној и непристасној власти која је дужна да се позабави и суштинским разлозима за доношење одлуке о условном отпусту, као и о поштовању процесних гаранција у спроведеном поступку.

Када се ради о методима за унапређење поступка одлучивања, требало би инструменте намењене оцени ризика и потреба комбиновати с другим методима; подразумева се консултовање специјалиста из области права и друштвених наука, све с циљем постизања конзистентности у доношењу одлука (§37–39).

Посебни одељци посвећени су информисању о условном отпусту и истраживању и статистичком праћењу. У погледу прве теме, наводи се да политичари, правосудни ауторитети, лидери локалних заједница, удружења задужена за помоћ жртвама, као и универзитетски професори и истраживачи треба да буду обавештени о функционисању условног отпуста, али и консултовани о томе, нарочито приликом увођења нових законодавних решења или праксе. Они који одлучују о одобравању условног отпуста требало би да буду обавештени о томе који је однос успешних и неуспешних случајева примене ове мере. Медијске и сличне кампање треба да буду организоване како би се грађанима указало на значај условног отпуста за функционисање система кривичног правосуђа. Те информације морају бити доступне одмах по догађајима који се односе на драматичне и потенцијално сензационалне случајеве злочина извршених од лица на условном отпусту.<sup>56</sup> Такве ствари требало би неутралисати навођењем позитивних ефеката условног отпуста (§40–42).

---

<sup>56</sup> Џејми Бенет сматра да је систем условног отпуста рањив због притиска политике, медија и јавности. У Великој Британији су два тешка убиства која су 2006. године извршили условно отпуштени осуђеници довела драматичног опадања

Како би се дошло до сазнања о томе у којој мери је примењени модел условног отпуста одговарајући и како га развијати, битно је успоставити његово статистичко праћење. Потребно је охрабривати научна истраживања о ставовима које о условном отпусту имају субјекти који учествују у доношењу одлука, они који га спроводе, жртве, грађани, али и осуђеници. Даље, потребно је изучавати под којим условима је отпуст успешан (води смањењу стопе поврата, а отпуштена лица се без проблема укључују у заједницу); требало би имати у виду и како примена условног отпуста утиче на систем кривичних санкција и посебно се позабавити ефектима програма за припрему изласка из завода. Наведени и други закључци који се односе на условни отпуст морају бити засновани на брижљиво вођеној статистици о односу броја одобрених и броја тражених случајева; о дужини издржане казне, броју опозваних (са вођењем евиденције о разлозима) случајева, о криминалној историји и социодемографским карактеристикама условно отпуштених осуђеника (§43–45).

Ваља приметити да се Препорука мало занима за опозив условне осуде иако и ту постоје разлози за преиспитивање неких од решења. Подсећамо овде на несагласност о правној природи условног отпуста, из чега може произићи и питање зашто се у том случају извршење казне наставља и траје онолико колико је времена остало у тренутку када је осуђени условно отпуштен. Јер, ако сматрамо да је он за то време на издржавању казне у другачијем амбијенту (ова концепција се последњих деценија фактички оснажује праксом да му се – уз забрану да поново изврши кривично дело – намећу све бројније обавезе) може се легитимно поставити и питање зашто се време док је испуњавао обавезе не призна бар делимично и остатак казне скрати урачунавањем у пропорцији на пример 2: 1 (два дана у режиму условне осуде према један дан боравка у заводу).<sup>57</sup>

### 3. УСЛОВНИ ОТПУСТ У СРБИЈИ

Условни отпуст као законска категорија уведен је у Србији први пут маја 1869. посебним Законом о условном отпуштању криваца из казнителених заведења, дванаест година после Енглеске,<sup>58</sup> а деветнаест година пре Француске.<sup>59</sup> Услови за опозив били су одређени врло

броја одобрених случајева. Вид. Jamie Bennett, „Parole“, *Dictionary of Prison and Punishment* (eds. Y. Jewkes, J. Bennett), Cullompton 2008, 198 и даље.

<sup>57</sup> М. Ambrož, К. Stubbs, 473.

<sup>58</sup> С. Соковић (2014), 35 и даље.

<sup>59</sup> Та чињеница је за један број кривичара била је вредна хвале, за друге је била доказ да се преурањило. Вид. Марко Павловић, „Слабост кривичне пресуде

широко (могао је бити враћен у казнионицу „ако је учинио какво год, ма и најмање казнено дело или се бар могло посумњати да га је он могао учинити“) што је доводило до бројних случајева злостављања отпуштених осуђеника који су били одмах обвинувани за свако дело чији извршилац није био познат. Ипак, број оних који су враћени у заводе био је средином девете деценије XIX века мањи од 2%.<sup>60</sup>

Кривично законодавство Краљевине Југославије определило се за ирску варијанту прогресивног система у коме је условни отпуст био предвиђен као последња фаза извршења казне<sup>61</sup> за осуђене у одељењима за слободњаке и изузетно за оне који у њима нису били смештени по својој вољи или због недостатка смештајних капацитета у тим одељењима. Услови да би био одобрен били су: да је казна лишења слободе дужа од једне године; да се може са основом узети да ће се осуђени на слободи добро владати и ако је, према својим могућностима надокнадио штету нанету кривичним делом; ако је осуђени млађи од 21 године, могао је бити стављен под заштитни надзор; најзад, услов је био и да је осуђени у заводу издржао прописани део казне: за оне који су по први пут у казненом заводу, ако раније нису били осуђени за злочинство. Осуђеници на вечиту робију која је изречена уместо смртне казне, опроштене Краљевом милошћу, такође су могли бити условно отпуштени.

Условни отпуст трајао је до свршетка остатка времена казне. Код вечите робије трајао је седам, а у ситуацијама када је она била замена за опроштену смртну казну – 10 година. Уколико условно отпуштени „својим владањем или делом због кога би се изгубила вера у његов даљи честити живот“ није дао повода за поништење, сматрало се да је казну потпуно издржао. У противном, уколико изврши „какво ново кривично дело“ или „наруши који од услова под којим је пуштен“, доћи ће до „поништења условног отпуста“.

Предлоге за условни отпуст даје управник казног завода уз консултовање заводског Саветодавног одбора, а одлуку доноси министар правде пошто саслуша мишљење посебне комисије свог Министарства. Одлуку о поништењу условног отпуста такође доноси министар правде на предлог исте комисије.<sup>62</sup>

у Србији крајем XIX и почетком XX века“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007, 86 и даље.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> I степен: хелијска изолација; II степен: заједнички затвор дању, а усамљење ноћу; III степен: одељење за полуслободњаке или слободњаке; и IV степен: условни отпуст.

<sup>62</sup> Метод Доленц, Александар Маклецов, *Систем целокупног кривичног права Краљевине Југославије*, Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон, Београд 1935, 124.

После Другог светског рата, прва комплетна кодификација југословенског кривичног права (КЗ из 1951) такође познаје условни отпуст. Он је могао бити одобрен сваком осуђеном (без обзира за које кривично дело је осуђен, да ли је повратник или не) који је издржао половину казне строгог затвора или затвора који је својим радом и владањем показао да се толико поправио да се може очекивати да даље неће вршити кривична дела. Интересантно је да је била предвиђено и да се осуђени који се за време издржавања казне „нарочито истакне својим радом и владањем“ може отпустити и пре него што је издржао половину казне.<sup>63</sup> Како је једно време наше тадашње законодавство познавало и казну затвора у доживотном трајању, и таквим осуђеницима је после 15 година могао бити одобрен условни отпуст, уколико је уверио надлежне да више неће вршити кривична дела,.

Било је предвиђено да условни отпуст траје до истека времена за које је изречена казна, а за лица којима је смртна казна замењена строгим затвором у доживотном трајању – 10 година од дана отпуштања са издржавања казне.

Поступак се покретао или молбом осуђеном, или по службеној дужности. Све до 1961. било је предвиђено да одлуку о условном отпусту доноси републички секретар за унутрашње послове,<sup>64</sup> по претходно прибављеном мишљењу комисије за условни отпуст коју су чинили јавни тужилац и представници републичког врховног суда и секретаријата унутрашњих послова. Одбијена молба није представљала сметњу да се поново покрене поступак.

Уз давање условног отпуста осуђеном се може одредити место боравка за време док овај траје и то место може се променити само по одобрењу секретаријата за унутрашње послове који је донео одлуку.

Опозив је предвиђен само ако условно отпуштени, док овај траје изврши ново кривично дело које по свом значају и тежини указује да разлози за одобравање условног отпуста више не постоје. То је био једини услов, па се у литератури наглашавало да до опозива не може довести ниједан други разлог (ни непримерено понашање, ни напуштање места боравка или било шта друго) сем вршења новог, и то не било ког, кривичног дела.<sup>65</sup> Будући да је у то време доминира-

<sup>63</sup> Наравно да се, како је навођено у литератури, подразумевало да је осуђени започео издржавање казне и да је оно трајало довољно времена да се изведе закључак о томе како је казна на њега деловала. Вид. Јанко Таховић, *Коментар Кривичног за коника*, Савремена администрација, Београд 1957, 216.

<sup>64</sup> Тек те године извршење кривичних санкција је из надлежности унутрашњих послова пренето у ресор министарстава правде

<sup>65</sup> Таховић, 217 чак наглашава да то не може бити дело за које закон предвиђа новчану казну или затвор до шест месеци.

ло схватање по коме је отпуштени на издржавању казне, време проведено на условном отпусту није се урачунавало у казну.

Овај правни режим условног отпуста важио је у основи све до распада СФРЈ без обзира на то што је решењима из 1976. уведена подељена законодавна надлежност између Федерације и република односно покрајина. КЗ СФРЈ имао је само одредбу по којој је осуђени који је издржао половину, а изузетно трећину казне затвора може бити отпуштен под условом да до истека времена за које је изречена казна не учини ново кривично дело. Кривични закон СР Србије је, као и остали републички и покрајински кривични закони садржао прецизирање да се ради о осуђеном који се у току издржавања казне толико поправио да се може с основном очекивати да ће се на слободи добро владати, а посебно да неће чинити кривична дела. При доношењу ове оцене узеће се у обзир све околности које говоре да је постигнута сврха кажњавања.

Разлог за опозивање условног отпуста могао је бити једино вршење кривичног/них дела. Обавезан опозив је ако је осуђени док је на условном отпусту извршио једно или више кривичних дела за која је изречена казна затвора преко једне године. Факултативан опозив предвиђен је ако је учинио дела за која је изречена казна затвора до једне године (при томе је суд узимао у обзир сродност учињених дела, њихов значај, побуде из којих су извршена и друге околности од значаја за доношење одлуке о опозиву).

Србија је 2005. године после више деценија донела самостални Кривични законик (ступио на снагу првог дана 2006) у коме је предвиђено да се условно може отпустити само осуђени који је издржао половину казне (дакле, нема више изузетне примене овог института после трећине издржане казне).<sup>66</sup> Услови су остали исти и везани су за чињенице које указују да је постигнута сврха кажњавања, као и начин на који је регулисано опозивање условног отпуста.

Међутим, Новелом КЗ од септембра 2009. унето је неколико значајних новина: пре свега претпоставка да се уопште покрене поступак је да је осуђени издржао *три четвртине* казне затвора; друго, *не може се условно отпустити* осуђени који је покушао бекство или је побегао из завода за извршење казне у току издржавања казне;<sup>67</sup> најзад, предвиђена је и могућност да суд у одлуци о условном отпусту

<sup>66</sup> Треба напоменути да је председник комисије за израду КЗ био професор Зоран Стојановић који се још 1984. године заложиио за укидање могућности да се условни отпуст даје после једне трећине издржане казне. Вид. З. Стојановић, 1 2/1984, 185 и даље.

<sup>67</sup> Пре свега, у литератури се критиковало уношење овог услова који се по природи ствари подразумевао. Вид. З. Стојановић (2012<sup>4</sup>), 218. Иначе, и додатак да се ради о бекству „у току издржавања казне“ био је непотребан јер није јасно када би иначе могао побећи, ако не током издржавања казне?

одреди да је осуђени дужан да испуни *обавезе предвиђене кривично-правним одредбама*; треће, новина је то што је обавезно опозивање сада предвиђено ако је осуђени, док је на условном отпусту извршио једно или више кривичних дела за која је изречена казна затвора од *шест месеци*. Такође, факултативни опозив предвиђен је и за случај да је осуђени *није испунио неку од обавеза* које му је суд одредио.

Као последица наведених решења, дошло се у ситуацију да је број условно отпуштених толико опао да се могло поставити питање да ли је уопште потребно задржавати га у правном систему?<sup>68</sup> Можда би то било боље решење него га уводити као виртуелну могућност, али поставио се проблем пренасељености казних установа. Зато је дошло до даљег новелирања КЗ и од 2012. године је уведен дво-струки режим који се примењује после издржане две трећине казне и према осуђеном ако се током издржавања казне тако поправио да се с основном може очекивати да ће се на слободи добро владати, а нарочито да до истека времена за које је казна изречена не учини ново кривично дело:

А) за једну категорију осуђених уведено је право на условни отпуст („суд ће условно отпустити“). Бекство се истина више не помиње као околност која искључује условни отпуст, али се наводи још шири и нелогичнији разлог: ако је током издржавања казне осуђени два пута дисциплински кажњаван или су му одузете додељене погодности. Очигледно је да су они који су радили на изменама КЗ занемарили да је наш Закон о извршењу кривичних санкција (ЗИКС) познаје теже (њих 23) и лакше (10) дисциплинске преступе од којих велики број нема никакве везе са сврхом кажњавања, а неке представљају начин прилагођавања лица на услове живота у пенитенцијарној установи.<sup>69</sup> Суштину приговора не мења ни у ЗИКС предвиђена могућност брисања дисциплинске мере из евиденције;<sup>70</sup>

<sup>68</sup> У литератури се наводи да су и пре ових рестриција судови додељивали условни отпуст у мање од 3/10 случајева (иако су га пенитенцијарне установе предлагале у више од 40%). Вид. Зоран Илић, Горан Јованић, *Затвор и / или слобода под надзором*, Факултет за специјалну едукацију и ресоцијализацију, Београд 2011, 222. По увођењу наведених ограничења, проценат условно отпуштених у популацији лица која су напустила установе спао је на око 11%. Вид. *Извештај о раду Управе за извршење кривичних санкција за 2012. годину*, Министарство правде РС, Београд 2013, 93.

<sup>69</sup> Какве су „припремање obroka, napitaka или хране ван простора предвиђеног у ту сврху“, „тетовирање“, „међусобна купопродаја, одеће, обуће, лекова или других ствари“, „удаљавање из радионице завода без одобрења“ ... Због тога З. Стојановић сматра да би се ограничење могло односити само на теже дисциплинске преступе. Вид. Зоран Стојановић, „Систем казни у кривичном праву Србије и потреба његовог даљег усавршавања“, *Казнена реакција у Србији – V део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 10.

<sup>70</sup> Услов је да осуђеном не буде изречена нова дисциплинска мера у року од године дана од дана када је изречена таква мера за лакши и три године за тежи дисциплински преступ.

Б) други, факултативни режим условног отпуста („суд може отпустити“) постоји за: 1) вишеструке рецидивисте (више од три пута правноснажно осуђени на безусловну казну затвора); 2) учиниоце којима су изречена казне затвора од 30 до 40 година; и 3) оне који су осуђени за одређена кривична дела: дела против човечности и других добара заштићених међународним правом; дела против полне слободе; насиље у породици, неовлашћено стављање у промет опојних дрога, дела против уставног уређења и безбедности Републике, примање и давање мита; и дела одређена Законом о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминал(итет)а, корупције и других тешких кривичних дела.

Када се ради о набрајању под 3), поставља се питање по ком се критеријуму на истом месту нашли геноцид, силовање, насиље у породици, диловање дроге, корупција (по два основа), укључујући и давање мита? И зашто се ту нису нашла дела која су без сумње опаснија од неких која са на списку налазе?<sup>71</sup> Још значајније је питање концепцијске природе: модел условног отпуста би требало да има у виду пре свега личне црте учиниоца, а не врсту дела које је извршено.<sup>72</sup>

Најзад, Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима из 2013. године предвиђа да се лице које је извршило оваква дела уопште *не може условно отпустити* (нити кривично гоњење и извршење казне за таква дела застарева).<sup>73</sup>

Очигледно, под утицајем нараслог пеналног популизма и тенденција заоштравања ретрибуције, по узору на англосаксонске

---

<sup>71</sup> Попут на пример разбојништва са којим у Србији, како подаци показују, већ дуже времена имамо значајан проблем. Вид. Ђорђе Игњатовић, *Компарација криминалитета и казнене реакције: Србија Европа*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 56.

<sup>72</sup> Истине ради, треба нагласити да се већина наведених ограничења није на лажла у Предлогу ЗИД КЗ из те године и да су плод амандманских интервенција посланика. Тако се, и то не по први пут, догодило да стручна комисија дуже време посвети припреми радне верзији неког законског текста из кривичне материје; Министарство правде га претвори у Предлог који затим буде прихваћен на седници Владе. И онда се у скупштинској дискусији посланици опозиције, али и представници владајуће странке такмиче ко ће више изменити предложени текст.

<sup>73</sup> Овим законом уведена су, дакле, решења која су супротна одредбама Општег дела КЗ и то није једини случај такве врсте у нашем праву. То доводи до једне концепцијске дилеме да ли КЗ има основа да се више назива Закоником јер је очигледно да ни фундаментални принципи садржани у њему не важе за све случајеве. О правним питањима која отвара тај тзв. Маријин закон. Вид. Бранислав Ристивојевић, „Актуелна питања садашњег стања материјалног кривичног законодавства“, *Актуелна питања кривичног законодавства* (ур. С. Бејатовић), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор 2012, 58 и даље.



земље, кривични законодавац у Србији се определио за сужавање примене института условног отпуста. Није јасно како је могуће да је на овим просторима тај режим био либералнији у време Краљевине Југославије, државе бремените свакојаким турбуленцијама, или у време непосредно после страхаота Другог светског рата који је код нас имао црте и грађанског рата, него на почетку XXI века?

Ако се можемо сложити да је требало преиспитати решење по коме је условни отпуст требало дозволити после издржане трећине казне,<sup>74</sup> остале измене – осим оне која се састоји у могућности да се осуђени обавезе да испуни обавезе предвиђене кривичноправним прописима – представљају непотребно ограничавање – чак у великој мери и онемогућавање – примене условног отпуста.

Па и та измена која је имала оправдање јер је била на линији у свету широко распрострањене праксе да се уз условни отпуст предвиде и неки облици ванинституционалног третмана и надзора, у првом тренутку застала је на пола пута: све до 2014. године, радило се о оним обавезама које се могу наложити уз општи модел условне осуде (да осуђени у одређеном року накнади штету коју је прибавио кривичним делом или врати имовинску корист прибављену на тај начин).

И онда се догодило нешто што код нас није реткост у кривичној материји: насупротив изричитој одредби КЗ, важећи Законик о кривичном поступку (ЗКП) предвидео је могућност да осуђени за време условног отпуста буде под електронским надзором. Писци Коментара ЗКП-а наводе да је тиме „донекле проширена одредба КЗ“ и „да постоји извештан несклад“ између одредаба два законика. Као и да условно отпуштени има пуну слободу кретања уз електронско праћење.<sup>75</sup> Сличну одредбу садржао је и ранији ЗИКС, док сада важећи у вези с условним отпустом само обавезује завод да суду достави извештај и мишљење о степену испуњености програма поступања и о оправданости условног отпуста.

Нешто више одредаба о извршењу условног отпуста садржи Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера (ЗИВСМ). У њему се надлежном пробационом службенику<sup>76</sup> као једна у надлежности ставља и надзор над условно отпуштеним и подршка том лицу да

<sup>74</sup> Има основа тврдња да је могућност да се суспендује извршење две трећине изречене казне криминално политички дубиозно и да може представљати основ за арбитрност. Вид. З. Стојановић (2012<sup>4</sup>), 219.

<sup>75</sup> Горан П. Илић *et al.*, *Коментар законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд 2013, 1133.

<sup>76</sup> Према терминологији ЗИВСМ, ради се о „поверенику“ запосленом у „организационој јединици надлежној за алтернативне санкције („Повереничка служба“) унутар Управе за извршење кривичних санкција“.

поштује ограничења која је изрекао суд, а у Глави петој наводи се како се надзор спроводи уколико је суд у одлуци о условном отпусту одредио да је осуђени дужан да да испуни једну од осам изричито наведених обавеза, од којих је већина предвиђена у КЗ код условне осуде са заштитним надзором.<sup>77</sup> Пробациони службеник утврђује и прати програм извршења условног отпуста. При томе сарађује са свим органима укљученим у надзор, а задужен је и да извештава суд о испуњености односно неиспуњавању обавеза које су осуђеном одређене.

Процесне одредбе садржане у ЗКП-у које се односе на „поступак за пуштање на условни отпуст“ предвиђају да поступак покрећу осуђени или његов бранилац, а да одлучује веће састављено од тројице судија суда који је судио у првом степену. Ако су испуњени законски услови за подношење молбе, веће ће затражити извештај од завода у коме осуђени издржава казну о околностима које говоре о томе да ли је остварена сврха кажњавања и од пробационог службеника. На рочиште, председник већа обавезно позива јавног тужиоца који поступа пред тим судом, браниоца осуђеног (с тим што ће се рочиште одржати иако овај на њега не дође), представника завода у коме осуђени издржава казну затвора и то само уколико је извештај позитиван; позивање осуђеног на рочиште није обавезно – биће позван ако председник већа процени да је његово присуство потребно. Дакле, у питању је изузетак, а не правило.

Ове одредбе значе да се (негативна) одлука може донети и када се пред већем појави само јавни тужилац, што никако није у складу са значајем и природом условног отпуста. Посебно се може оспорити решење по коме се осуђени на рочиште позива само изузетно. Ако се већ разматра могућност да се неко лице нађе на слободи, шта је природније него да га они који одлучују виде и саслушају јер је то много значајније од чисто формалних критеријума. Такође, нарочито у случају негативног извештаја из завода, неопходно је да осуђени чује прецизне разлоге зашто се процењује да му не треба одобрити условни отпуст. И не само да их саслуша, него и да на њих одговори.

У процесним одредбама постоји још једна ствар коју треба поменути. У духу основне неизречене, али очигледне логике по којој би условни отпуст представља редак изузетак, ЗКП у делу о одлукама којима се окончава рочиште од суда тражи да посебно

---

<sup>77</sup> И овде се помиње примена електронског надзора, који не може трајати дуже од једне године, нити дуже од трајања условног отпуста. Такође, извршен је покушај да се заобилажењем КЗ који не познаје заштитни надзор уз условни отпуст, овај ипак уведе насупрот елементарној правној логици да пропис који је намењен уређењу извршења кривичних санкција не може садржати материјалноправне одредбе.

има у виду процену ризика осуђеног, успешност у извршавању програма поступања, ранију осуђиваност, животне околности и очекивано деловање условног отпуста на осуђеног. Судије би, дакле, требало да буду не само познаваоци правних наука, него и наука о човеку и методологије предвиђања индивидуалног криминалног понашања, најзад, ваљало би да их краси и видовитост. Ако се томе дода и утицај јавности и начин на који медији третирају повремене случајеве поврата током трајања условног отпуста, јасно је зашто им је једноставније да не одобре ову меру.

Излагање о условном отпусту у нашем праву прилика је да се размотри место и улога судије за извршење кривичних санкција. Њихово увођење у нови ЗИКС 2014. било је стручној и научној јавности представљено како је то једна од најзначајнијих новина у том закону. Заиста, оно је нудило прилику не само да се права осуђених лица боље заштите, него и да се уједначи пракса у тумачењу норми кривичног извршног права и оно још више приближи стандардима које промовишу УН и европске регионалне организације. По логици ствари, подразумевало се да је улога судије за извршење од значај и за поступање по молбама за одобравање условног отпуста. Неколико радних верзија овог закона предвиђало је да он буде обавезни учесник на рочишту на коме се одлучује о пуштању осуђеног на условни отпуст. Са пуно основа јер, он је тај који има сазнања о стварном стању права и положају осуђених у казненој установи, он одлучује о њиховим захтевима за судску заштиту, као и о жалбама против одлука управника завода и директора Управе за извршење кривичних санкција. Међутим, коначан текст ЗИКС-а је потпуно изоставио судију за извршење из наведеног поступка. Тако се и овој ствари стало на пола пута.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

Шта даље радити с условним отпустом у Србији? О томе очигледно нема јасне представе ни у законодавству, а још мање у пракси. Намерно дат детаљнији приказ лутања на законодавном плану у периоду од престанка постојања Државне заједнице СЦГ то најбоље показује. У том периоду неповерење према примени условног отпуста достигло је врхунац. Уз оно што би се могло означити као правна анархија. У њој процесни и извршни закони регулишу институте општег дела материјалног кривичног права, посебни закони донети после успешно изазваног таласа моралне панике дерогирају његова општа начела. Тако смо дошли у ситуацију да, противно трендовима у модерним кривичним наукама уводимо забрану условног отпуста за

учиниоце одређених кривичних дела, по узору на неке државе у саставу САД-а.<sup>78</sup>

Стање у пракси судова је још озбиљније: у страху да ће се јавност узбунити уколико се деси да неко условно отпуштено лице изврши за време трајања казне ново кривично дело, судска већа се нерадо одлучују да поступе по молбама осуђеника, чак и када су испуњени сви законски услови за то. Образложење није тешко наћи. Они прећутно или изричито наводе да нема извесности да осуђени убудуће – уопште, а не док траје казна коју издржава – неће вршити кривична дела. Не треба трошити речи колико је такво тумачење лишено смисла јер сви који су бар летимично упознали криминолошке науке знају да се ни за једног човека не може тврдити да под одређеним околностима неће извршити неко кривично дело.

Залагање за ширу примену условног отпуста не може почивати само на аргументацији да су нам казнионице и даље препуњене; још мање се оно може засновати позивањем на апстрактни хуманизам; потребно је проширити свест да је сужавање примене условног отпуста лоше криминално политичко решење и да је препрека спровођењу делотворног пенитенцијарног третмана. Ако нисмо у стању да мотивишемо осуђенике да у том процесу учествују, шансе да утичемо да нам се не врате у заводе пре но што смо завршили процедуру њиховог отпуштања су никакве. Време је, дакле, да схватимо да је условни отпуст важан део казног система савремених држава, како у погледу подизања ефективности заводског система, тако и још прагматичније – у помоћи коју пружа управљању заводском популацијом.

При томе требало би имати на уму две ствари:

а) институт условног отпуста је константно изложен критикама које нису у вези само са кампањама до којих доводе повремени тешки злочини извршени од условно отпуштених, него у много општије: тврди се да шеме ранијег отпуста значе да је јавност била у заблуди или је обавештена о једној привременој ствари – о казнама затвора које су изречене, а не о оним које осуђени заиста издржавају;<sup>79</sup>

б) он је такође повезан с различитим емотивним стањима осуђеника. Колико год позитивна одлука код њега изазивала еуфорију, излазак из установе често резултује озбиљним незадовољством и фрустрацијом;<sup>80</sup>

<sup>78</sup> Да ли случајно, у једном тренутку је у оптицају било и увођење казне до животног затвора. Али то није тема овог рада, иако би се тиме отворно и низ питања везаних за условни отпуст.

<sup>79</sup> J. Bennett, 200.

<sup>80</sup> Вид. S. Torres, 1125.

Због свега наведеног, време је да се на миру (а не у стањима медијских кампања и скупштинских надметања ко ће предложити решење које више одговара уху застрашеног грађанина, сутрашњег бирача)<sup>81</sup> размотримо шта ћемо с условним отпустом и то кроз анализу осам следећих питања:

1. постоје ли осуђени којима ни у ком случају не треба дозволити условни отпуст?
2. треба ли у нашем правном систему поново дозволити условни отпуст после половине издржане казне?
3. како појаснити услове за одобравање условног отпуста?
4. постоји ли потреба да се одлучивање о условном отпусту врати посебној комисији?
5. да ли је потребно преиспитати правила поступка пред органом који спроводи поступак?
6. шта је потребно променити у поступању с отпуштеним како би се смањило ризик поврата?
7. како реаговати на медијске кампање које окрећу јавност против самог постојања условног отпуста?
8. који задатак стоји пред истраживачима у кривичним наукама?

Покушаћемо да у даљем излагању одговоримо на постављена питања – једно по једно користећи се, уз остало, и указивањем на упоредна решења и међународне стандарде. Што се ових последњих тиче, било би много лакше када би се ствар око условног отпуста решила доношењем јединствених правила Савета Европе или Европске уније; тада бисмо ми на „дугом путовању за Јевропу“ били дужни да та правила уградимо у свој правни систем. Међутим, тешко да ће у скорој будућности бити створен такав јединствени европски модел, па ћемо се вратити одговарању на постављена питања:

ад 1. међународни стандарди су јасни: ниједном осуђеном, па ни и онима којима је изречена казна доживотног затвора, не треба ускратити могућност условног отпуста; ако до сада нико није осетио потребу да оспори уставност решења из закона намењеног спречавању сексуалне виктимизације малолетника, не значи да ће оно опстати када се о њему буде изјаснио Европски суд за људска права. Или када у поступку отварања поглавља у процесу придруживања

---

<sup>81</sup> Чини се да су за казнену реакцију најпогубније ситуације када дође до слагања власти и опозиције (енг. *bipartisan*) јер су оне кумовале највећем броју, с правног становишта, катастрофалних решења. Чини се да би ону стару изреку требало преформулисати у: „не дај Боже да се они сложе“.

ЕУ страни експерти увиде да условни отпуст у Србији не регулише само КЗ;

ад 2. када се ради о формалном услову, треба се вратити на решење по коме за највећи број осуђеника постоји могућност условног отпуста после издржане половине казне затвора.<sup>82</sup> Садашње решење о 2/3 издржане казне важило би само за рецидивисте и осуђене који су своје криминалне склоности показала вршењем одређених (списак би требало брижљиво саставити) кривичних дела;

ад 3. садржински услов за одлучивање о условном отпусту требало би тако преформулисати тако што би поред задржавања формулације о невршењу дела док траје казна коју издржава, требало прецизирати услове на начин како то раде неки други законодавци;<sup>83</sup>

ад 4. ако се ради о праву осуђених, а условни отпуст то јесте, предлоге за враћање на раније решење по коме је одлучивало тело (комисија) формирано од управног органа не би требало усвојити;

ад 5. правила поступања пред судским већем које одлучује требало би променити у неколико праваца: пре свега, увести обавезно присуство осуђеног о коме се одлучује и то целим током рочишта, уз његово право да се изјасни; подразумева се да би и представник завода морао у сваком случају присуствовати и јасно образложити став заводске администрације. Такође, рочиштима би морао присуствовати и надлежни судија за извршење (без права одлучивања). Најзад, још две ствари, иако само делимично у вези с питањем – одлука судског већа би неизоставно морала бити детаљно образложена уз анализу разлога који су утицали да буде таква; веће које одлучује по жалби не би требало да се изјашњава само о томе да ли је у поступку поштована форма, него и да се позабави суштином – аргументима на којима се заснива оспорена одлука;

ад 6. можда највећа слабост праксе везане за условни отпуст у Србији је неспремност оних који би требало да пруже помоћ и

<sup>82</sup> Ово се нарочито односи на лица која немају криминалне склоности, чија дела су плод стицаја околности или непромишљености. Њима би судови у другим земљама изrekli неку од алтернатива казне затвора. Како наши судови још увек имају резерве према тим санкцијама, а и под притиском ретрибутивне јавности, из ричу им и даље казне затвора.

<sup>83</sup> Тако италијански наводи: а) посебно залагање у радним активностима; б) посебно ангажовање и значајни резултати у образовању и професионалној обуци; в) активно учешће у организовању и спровођењу културних, рекреационих и спортских активности; г) осетљивост и спремност да се помогне другим осуђеницима, морална подршка онима који имају личне проблема; д) одговорно понашање у турбулентним ситуацијама у заводу, напори да се разумно реше ситуације у којима се испољава колективни став осуђених; њ) остала понашања које показују цивилизованост. Вид. Carlo Brunetti, Marcello Ziccone, *Manuale di diritto penitenziario*, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza 2005, 561.

подршку свим, па и условно отпуштеним лицима да одговоре том задатку. Тешко да ће се ситуација у том погледу изменити без обзира на медијски добро пропраћене акције са отварањем „повереничких канцеларија“ по градовима Републике. Начин на који су ове канцеларије институционално устројене (део су пенитенцијарног система), критеријуми који се траже за вршење послова и пракса да се ту половину радног времена ангажују запослени у казним заводима не дају наду да ће се у том погледу стање ускоро променити;

ад 7. медији у постсоцијалистичким земљама су се од „гласника добрих вести“ трансформисали у „гласнике лоших вести“ (Н. Кристи). Једна од омиљених активности им је да застрашују грађане, а случајеви кривичних дела извршених од лица на условном отпусту су им омиљена тема. Поставља се питање зашто се надлежни носиоци јавних функција не оглашавају у таквим ситуацијама како би објаснили да појединачни случајеви не могу довести у питање читав институт условног отпуста. Узалуд указивање да би то било корисно за опште добро. Пре свега због пеналног популизма јер би им то вероватно оборило рејтинг у анкетама о популарности. На њихову жалост, ту их не могу заменити дежурни „аналитичари“ и самозвани „експерти“;<sup>84</sup>

ад 8. кривичне науке код нас дуго занемарују ову тему и не могу избећи приговор да су и оне, бавећи се „атрактивнијим“ и уноснијим темама допринели стању у коме се налазимо. Неопходна су нам темељна истраживања о томе коме се и из којих разлога одобрава / ускраћује условни отпуст, колики је проценат опозивања, какве су последице примене / одбијања на понашање осуђеног и, најзад, шта би у систему требало мењати.

## ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Ambrož, M., Stubbs, K., „Conditional Release (Parol) in Slovenia: Problem and Possible Solutions“, *The Prison Journal* 4/2011.
- Barry, J., „Alexander Maconochie“, *Pioneeres in Criminology* (ed. H. Mannheim), Stevens & Sons Ltd, London 1960.
- Bennett, J., „Parole“, *Dictionary of Prison and Punishment* (eds. Y. Jewkes, J. Bennett), Cullompton 2008.

<sup>84</sup> Ако смо се већ определили да ангажујемо саветнике из Енглеске, требало би их замолити да испричају шта је Винстон Черчил одговорио опозицији када су га у Парламенту напали зато што су казнионице почеле да се греју, а осуђеници добили пристојну храну. Или, још боље, како је говорио против казне доживотног затвора.

- Brunetti, C., Ziccone M., *Manuale di diritto penitenziario*, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza 2005.
- Christie, N., „A suitable amount of crime“, *Visiting Expert's Papers n<sup>o</sup> 67*. [www.unafei.org.jp/english/pdf/rs\\_No67-05VE\\_christie.pdf](http://www.unafei.org.jp/english/pdf/rs_No67-05VE_christie.pdf), 20. јул 2015.
- Доленц, М., Маклецов, А., *Систем целокупног кривичног права Краљевине Југославије*, Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон, Београд 1935. (Dolenc, M., Maklecov, A., *Sistem celokupnog krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije*, Izdavačko i knjižarsko preduzeće Geca Kon, Beograd 1935)
- Dominique, R., „Actuarial Justice“, *Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities* (ed. M. Bosworth), Sage, Thousand Oaks 2005.
- Dupont, L., Fijnaut, C., *International Encyclopedia of Laws – Belgium*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer 1993.
- Freely, M., Simon, J., „The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications“, *Criminology* 4/1992.
- Heath, J., *Eighteenth Century Penal Theory*, Oxford University Press, London 1963.
- Howard, J., *The State of Prisons*, J.M. Dents & Sons, London 1929.
- Hughes, R., *The fatal shore*, Vintage, New York 1988.
- Игњатовић, Ђ., „Извршење ванзаводских кривичних санкција и мера: међународни извори“, *Казнена реакција у Србији – III део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013. (Ignjatović, Đ., „Izvršenje vanzavodskih krivičnih sankcija i mera: međunarodni izvori“, *Kaznena reakcija u Srbiji – III deo* (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013)
- Игњатовић, Ђ., *Компарација криминалитета и казнене реакције: Србија – Европа*, Правни Факултет Универзитета у Београду, Београд 2013. (Ignjatović, Đ., *Komparacija kriminaliteta i kaznene reakcije: Srbija – Evropa*, Pravni Fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013)
- Игњатовић, Ђ., „Криминалитет државе“, *Казнена реакција у Србији – V део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015. (Ignjatović, Đ., „Kriminalitet države“, *Kaznena reakcija u Srbiji – V deo* (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015)
- Игњатовић, Ђ., *Право извршења кривичних санкција*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014. (Ignjatović, Đ.,



- Pravo izvršenja krivičnih sankcija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014)
- Илић, Г. П. *et al.*, *Коментар законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд 2013. (Ilić, G. P. et al., *Komentar zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd 2013)
- Илић, З., Јованић, Г., *Затвор и / или слобода под надзором*, Факултет за специјалну едукацију и ресоцијализацију, Београд 2011. (Ilić, Z., Jovanić, G., *Zatvor i / ili sloboda pod nadzorom*, Fakultet za specijalnu edukaciju i resocijalizaciju, Beograd 2011)
- Johnson, H., Wolfe, N., *History of Criminal Justice*, Anderson Publishing, Cincinnati 1996.
- Martinson, R., „What works? Questions and answers about prison reform“, *Public Interest* 2/1974.
- Маконочије, А., *Secondary Punishment / The Mark System*, John Ollivier, London 1848.
- Marino, R., *Codice Penale*, Edizione Simone, Napoli 1987.
- Paterson, A., „Recidivism and the Indeterminate Sentencing“, *Paterson on Prisons* (ed. S. Ruck), Frederick Muller Ltd, London 1951.
- Павловић, М., „Слабост кривичне пресуде у Србији крајем XIX и почетком XX века“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007. (Pavlović, M., „Slabost krivične presude u Srbiji krajem XIX i početkom XX veka“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2007)
- Petersilia, J., *Parole and prisoner reentry in the US, Perspectives*, American Probation and Parole Administration, Lexington 2000.
- Petersilia, J., „Parole“, *Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities* (ed. M. Bosworth), Sage, Thousand Oaks 2005.
- Petersilia, J., *When Prisoners Come Home – Parole and Prisoner Reentry*, Oxford University Press, Oxford 2003.
- Прадел, Ж., *Компаративно кривично право– санкције* (превод), Пф УБ, Београд 2009. (Pradel, Ž., *Komparativno krivično pravo–sankcije* (prevod), Pf UB, Beograd 2009)
- Ристивојевић, Б., „Актуелна питања садашњег стања материјалног кривичног законодавства“, *Актуелна питања кривичног законодавства* (ур. С. Бејатовић), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор 2012. (Ristivojević, B., „Aktuelna pitanja sadašnjeg stanja materijalnog krivičnog zakonodavstva“, *Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva* (ur. S. Bejatović), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor 2012)
- Rodrigues, G., *Canada Criminal Code*, Carswell, Toronto 2001.

- Seiter, R., *Corrections: An Introduction*, Prentice Hall, Upper Saddle River 2005.
- Соковић, С., „Савремене глобалне тенденције у контроли криминалитета (карактеристике, перспективе и осврт на домаће прилике)“, *Crimen – časopis za krivične nauke* 2/2011. (Soković, S., „Savremene globalne tendencije u kontroli kriminaliteta (karakteristike, perspektive i osvrt na domaće prilike)“, *Crimen – časopis za krivične nauke* 2/2011)
- Соковић, С., „Условни отпуст – спорна питања и савремена нормативна решења“, *Crimen – časopis za krivične nauke* 1/2014. (Soković, S., „Uslovni otpust – sporna pitanja i savremena normativna rešenja“, *Crimen – časopis za krivične nauke* 1/2014)
- Срзентић, Н., „Први конгрес УН за сузбијање криминалитета и поступање са осуђеницима“, *Архив за правне и друштвене науке* 4/1956. (Sržentić, N., „Prvi kongres UN za suzbijanje kriminaliteta i postupanje sa osuđenicima“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 4/1956)
- Stohr, M., Walsh, A., Hemmens, C., *Corrections – A Text / Reader*, Sage, Los Angeles 2009.
- Стојановић, З., *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд 2012<sup>4</sup>. (Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd 2012<sup>4</sup>)
- Стојановић, З., „Систем казни у кривичном праву Србије и потреба његовог даљег усавршавања“, *Казнена реакција у Србији – V deo* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет УБ, Београд 2015. (Stojanović, Z., „Sistem kazni u krivičnom pravu Srbije i potreba njegovog daljeg usavršavanja“, *Kaznena reakcija u Srbiji – V deo* (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet UB, Beograd 2015)
- Стојановић, З., „Условни отпуст: проблеми и перспективе“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 1–2/1984. (Stojanović, Z., „Uslovni otpust: problemi i perspektive“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 1–2/1984)
- Таховић, Ј., *Коментар Кривичног законика*, Савремена администрација, Београд 1957. (Tažović, J., *Komentar Krivičnog zakonika*, Savremena administracija, Beograd 1957)
- Torres, S., „Parole“, *Encyclopedia of Criminology* (eds. R. Wright, M. Miller), New York 2005.
- Tournier, P., *Systems of Conditional Release (Parole) in Member States of the Council of Europe* – <https://champpenal.revues.org/378>, 9. септембар 2015.

Travis, J., Sarah Lawrence, *Beyond the Prison Gates: The State of Parole in America*, The Urban Institute Justice Policy Center, Washington DC 2002.

Van Zyl, Smit D., Spencer, J., „The European dimension to the release of sentenced prisoners“, *Release from Prison – European policy and practice* (eds. N. Padfield, D. van Zyl Smit, F. Dünkel), Routledge, London 2010.

Ђорђе Игњатовић, PhD

Full Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

## PAROLE LEGAL AND PENOLOGICAL ANALYSIS

### *Summary*

This paper firstly points out to historical and comparative state of parole in American and European law, which is an introduction into analysis of transformation in its regulation in criminal substantial, procedural and enforcement law in Serbia. Today there are two models (obligatory and discretionary) of parole, which is allowed after 2/3 of the served sentence of imprisonment. At the same time special Code on prevention of sexual victimization of juveniles – contrary to the Criminal Code – abolishes a possibility of earlier release of all offenders of sexual crimes against juveniles.

The author argues in favor of abolishment of parole prohibition for any category of offenders; restoration of the rule that half of the served sentence of imprisonment is a condition for consideration of request to be released on parole (only exceptionally for recidivists and those whose criminal habit has been proven conditional release would be allowed after 2/3 of served sentence); proposes specification of substantial requirements for approval; retention of solution that the court decides on conditional release, but with obligatory invitation of convicted person who would be entitled to comment on allegations made at hearing; judge for execution should also attend the procedure; an explanation must be justified by precise reasons which were decisive for the court; the appellate court should not only deal with formal aspects of procedure in deciding on contested verdict, but also with merits of arguments on which it is based; politicians should publicly explain the importance of parole in situations that make the public concerned because of media reporting about incidents

in which conditionally released persons commit serious crimes; finally criminological sciences should be engaged in research that would help in searching for a suitable model of parole, which would be in accordance with international instruments and jurisprudence of the European Court of Human Rights.

Key words: *Parole. – Convicted persons. – Privileges. – Recidivism. – Prisons. – Overcrowding.*

Article history:

Received: 19. 1. 2016.

Accepted: 16. 5. 2016.

Др Владимир Павић\*

## ОДЛУЧНИМ ПОЛУКОРАКОМ НАПРЕД ОСВРТ НА ЗАКОН О УЛАГАЊИМА

*У склопу стратегије привлачења страних инвестиција и прокламованог изједначавања домаћих и страних улагача, Србија је недавно Закон о страним улагањима из 2002. заменила Законом у улагањима. Новоусвојени закон је, међутим, ограниченог домета, концептуално мањкав, уз тек поједина побољшања у односу на постојећи режим. Из законских решења очигледна је била невољност законодавца да једном и коначно раскрсти с превазиђеним концептом „закон о страним улагањима“, као и опредељење да покуша да крупне системске проблеме реши пречицом, и то само у односу на улагаче. Приво побољшање правног оквира пословања уследиће тек када се пуна пажња посвети подизању квалитета већ постојећих прописа и њиховом доследном спровођењу, као и проширењу и модернизацији мреже постојећих билатералних инвестиционих споразума.*

Кључне речи: *Улагања. Страна улагања. Надлежност. Експропријација. Билатерални инвестициони споразуми.*

### 1. УВОД

Недавно донети Закон о улагањима<sup>1</sup> (надаље Закон) изазвао је приличну пажњу не само стручне, већ и шире јавности. Разлог интересовања неправничких кругова може се претпоставити: транзициона и сиромашна друштва преокупирана су темом привлачења страних инвеститора. Прилив нових инвестиција третира се као панацеа која ће излечити немаштину, а самим тим и све остале мане економије, друштва и државе. Привлачење и заштита инвестиција су легитимни

---

\* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [pavic@ius.bg.ac.rs](mailto:pavic@ius.bg.ac.rs)

<sup>1</sup> Закон о улагањима ЗОУ, *Службени гласник РС*, бр. 89/15.

циљеви који се могу постићи и циљаном законодавном политиком. Међутим, начин на који се то покушало учинити Законом не оставља утисак да је целом подухвату претходио промишљени приступ. Већи део проблема које је пратило доношење Закона потиче из искривљене перцепције предлагача о томе који су и теоретски и објективни домети једног таквог инструмента, као и покушаја да се закон концептуално постави на другачије основе од дотадашњих сличних прописа који су се бавили само заштитом страних инвеститора. У коначном исходу, након бројних амандмана које је усвојила Народна скупштина, могућа штета од оваквих пропуста донекле је ублажена.

Овај ће рад стога прво пружити кратак историјски осврт на домаће прописе о заштити страних улагања, концептуалне проблеме које је донела идеја о закону којим би се једнако третирали и домаћи и страни улагачи, и пружити критички осврт на нека од решења која су укључена у законски текст.

## 2. ИСТОРИЈА ЈУГОСЛОВЕНСКИХ И СРПСКИХ ЗАКОНА О УЛАГАЊИМА

Привреда Социјалистичке Федеративне Републике Југославије (СФРЈ) била је међу земљама социјалистичког друштвеног уређења најотворенија за страна улагања и могућност пословања на колико-толико тржишним основама. Страна улагања била су виђена и као начин да се, привлачењем страних партнера, привреда модернизује и ухвати технолошки прикључак с развијеним Западом. Међутим, како је улазак на тржиште био контролисан и доступан само ако је то изричито дозвољено, тако је и улазак страних инвеститора био могућ само у складу с посебним законодавством које је третирало њихов положај. Овај приступ – регулисање положаја страних инвеститора путем националних закона – није био особеност социјалистичког лагера, већ своје порекло концепцијски на неки начин дугује Калво доктрини:<sup>2</sup> темељ заштите које уживају страни улагачи налази се у прописима државе у којој је улагање извршено. Другачија филозофија заштите – путем билатералних инвестиционих споразума (тзв. БИТова) – у пуној мери се афирмисала после Другог светског рата. Међутим, иако је СФРЈ закључивала и међудржавне споразуме о заштити инвестиција,<sup>3</sup> они су били релативно малобројни или чак не сасвим реципрочног карактера.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Вид. уместо свих Н. Е. Кјос, *Applicable Law in Investor State Arbitration The Interplay between National and International Law*, OUP Oxford 2013, 163–166.

<sup>3</sup> Примера ради с Египтом (1977), Француском (1974), Канадом (1979), Холандијом (1976) и Шведском (1978).

<sup>4</sup> Тако је, примера ради у споразуму с Француском приступ међународној арбитражи омогућен искључиво за инвестиције из Француске, али не и за инвестиције

Позна фаза СФРЈ дочекана је уз законски оквир страних улагања који је регулисао закон из 1988.<sup>5</sup> Распадом Југославије није окончано концептуално опредељење за закон којим се третирају искључиво страни улагачи, али у следећим итерацијама (закони из 1994.<sup>6</sup> и 2002. које је донела Савезна Република Југославија) – законски текст је све мање био ту да би се озаконила могућност да странци приступе тржишту, а све је више био гаранција страним инвеститорима у погледу заштите њихових улагања.

Пре доношења актуелног Закона о улагањима законски текст на снази био је Закон о страним улагањима из 2002. године (надаље ЗОСУ).<sup>7</sup> Иако је донет након крупних друштвених и политичких промена, он је представљао тек полукорак у модернизацији прописа којима се штите инвеститори. Разлози за то су вероватно вишеструки: с једне стране, Савезна Република Југославија још увек није закључила довољан број БИТова да би се могла одрећи могућности да законом утврди преференцијални законски третман за стране улагаче; привреда исцрпљена санкцијама и ратовима није имала унутрашње резерве за нови циклус раста, а не треба искључити ни инерцију као моћну невидљиву руку која управља законодавном активношћу. Било како било, тек ЗОСУ је још једном потврдио статус права страних улагача као мешавину повластица и ограничења у односу на статус домаћих улагача.

Ограничења је у самом ЗОСУ било релативно мало: страно лице није могло само, или с другим страним лицем, основати сопствено предузеће за производњу и промет оружја, нити је могло оснивати (само или с другим страним лицем) предузеће у забрањеној зони. Оваква предузећа оно је могло да заједнички оснива с домаћим лицем, или је могло да улаже у већ постојећа предузећа оружја или предузећа у забрањеним зонама, с тим да није могло стећи „већински удео у управљању“. Пратећим секторским законодавством су, у складу с Уставом и ЗОСУ, могла да се уведу додатна ограничења у појединим секторима делатности, што је често и чињено.<sup>10</sup> Дру-

наших грађана у Француској. Мада је ова асиметрија била без практичног значаја у време закључења споразума, то данас неће нужно бити случај.

<sup>5</sup> Закон о страним улагањима ЗОСУ 1988, *Службени лист СФРЈ*, бр. 77/88.

<sup>6</sup> Закон о страним улагањима ЗОСУ 1996, *Службени лист СРЈ*, бр. 79/94, 15/96 одлука СУС и 29/96.

<sup>7</sup> Закон о страним улагањима ЗОСУ, *Службени лист СРЈ*, бр. 3/02, 5/03.

<sup>8</sup> Вид. ЗОСУ, чл. 19.

<sup>9</sup> Очекивано, чак и за овакво улагање била је потребна сагласност Мини старства одбране.

<sup>10</sup> Вид. на пример: Закон о радиодифузији, чл. 42, ст. 3, *Службени гласник РС*, бр. 42/02, 97/04, 76/05, 62/06, 85/06.

го битно ограничење представљала је тзв. „релативна искључива надлежност“ домаћих судова за спорове из улагања: наиме, спор из улагања могао се изнети пред домаћи суд, или пред домаћу или страну арбитражу, али не и пред страни суд. Ово ограничење преузето је из раније југословенске регулативе о страним улагањима<sup>11</sup> и представљало је комбинацију неповерљивости државе према страним судовима, третман страног улагања као својеврсне привилегије, а не свакодневне појаве и перцепције страних улагања кроз ранију призму партнерства страног улагача са предузећима у државној или друштвеној својини.<sup>12</sup>

ЗОСУ је предвиђао неколико повластица и гаранција за стране улагаче. Прво, ту је била могућност бесцаринског увоза опреме по основу улога страног улагача (осим путничких моторних возила, аутомата за забаву и игре на срећу).<sup>13</sup> Даље, страним улагачима гарантована је могућност слободне репатријације профита или улога (по престанку улагања),<sup>14</sup> те слободно вршење међународних плаћања, у складу са законом.<sup>15</sup> У погледу експропријације, предвиђено је да се страна улагања могу експроприсати (или могу бити предмет мера с једнаким дејством) само када је на основу закона утврђен јавни интерес и уз плаћање накнаде која одговара тржишној вредности предмета експропријације. Исплата се мора извршити без одлагања, у конвертибилној валути и може се слободно изнети из земље. У случају доцње, страном улагачу се гарантује законска задатезна камата.<sup>16</sup> С обзиром на то да у нашем праву постоји уставни, али не и законски основ да се одузме или ограничи било шта осим стварних права на непокретностима, овако широком гаранцијом су се вероватно желеле предупредити последице евентуалног будућег проширења круга права која су подложна експропријацији (до тога до данас није дошло) као и установити законски основ надокнаде за „тиху експропријацију“ (*creeping expropriation*), за случај да прописи о накнади штете не буду довољан основ за компензацију. Посебно је, међутим, била интересантна одредба по којој права страног улагача стечена у моменту уписа страног улагања у регистар не могу бити сужена накнадном променом прописа. Тешко је било докучити конкретни домашај ове својеврсне законске стабилизацио-

<sup>11</sup> ЗОСУ 1988, чл. 27 и ЗОСУ 1996, чл. 30.

<sup>12</sup> Вид. Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, Београд 2012, 476.

<sup>13</sup> ЗОСУ, чл. 16.

<sup>14</sup> ЗОСУ, чл. 12.

<sup>15</sup> ЗОСУ, чл. 10.

<sup>16</sup> ЗОСУ, чл. 9.

<sup>17</sup> Вид. ЗОСУ, чл. 9, ст. 2.



не клаузуле. У јединој до сада забележеној судској одлуци у којој је овај пропис примењен<sup>18</sup> закључено је да слично формулисана одредба садржана у закону из 1994. године штити страног улагача који је након хиперинфлације купио домаће предузеће од примене Закона о једнократном порезу на екстра доходак и екстра имовину стечену искоришћавањем посебних погодности (тзв. „Закон о екстрапрофиту“).<sup>19</sup>

### 3. КОНЦЕПТУАЛНИ ПРОБЛЕМИ ЗАКОНА О УЛАГАЊИМА

Период након доношења ЗОСУ обележен је даљом еволуцијом права заштите страних улагача: БИТови су у светској пракси преузели примат као извор процесноправних и материјалноправних гаранција, а и сама српска држава је наставила да их ентузијастично закључује,<sup>20</sup> често без праве идеје шта преузете гаранције заправо значе.<sup>21</sup> Осим БИТова, нови извор материјалноправних гаранција по-

<sup>18</sup> Пресуда Врховног суда Србије. У. бр. 3217/2002. од 23. октобра 2002. године, *Привредник*, бр. 154.

<sup>19</sup> Закон о једнократном порезу на екстра доходак и екстра имовину стечену искоришћавањем посебних погодности, *Службени гласник РС*, бр. 36/01, *Службени лист СРЈ*, бр. 17/02.

<sup>20</sup> Закључно са 1. новембром 2015, Србија је ратификовала 52 двострана уговора о заштити и подстицању страних директних улагања, и то са: Албанијом (2002), Алжиром (2012), Азербејџаном (2011), Аустријом (2001), Белгијско-луксембуршком економском унијом (2004), Белорусијом (1996), Босном и Херцеговином (2001), Бугарском (1996), Ганом (2000), Грчком (1998), Гвинејом (1998), Данском (2009), Египтом (2005), Зимбабвеом (1996), Израелом (2004), Индијом (2003), Индонезијом (2011), Ираном (2003), Италијом (2001), Казахстаном (2010), Канадом (2015), Кином (1995), Кипром (2005), Демократском Народној Републици Кореје (1998), Кувајтом (2004), Либијом (2004), Литванијом (2005), Мађарском (2001), БЈР Македонијом (1996), Малтом (2010), Мароком (2013), Немачком (1989), Нигеријом (2002), Пољском (1996), Португалијом (2009), Румунијом (1995), Руском Федерацијом (1995), Словачком (1996), Словенијом (2002), Турском (2001), Уједињеним Арапским Емиратима (2013), Уједињеним Краљевством Велике Британије и Северне Ирске (2002), Украјином (2001), Финском (2005), Француском (1974), Холандијом (2002), Хрватском (1998), Црном Гором (2009), Чешком Републиком (1997), Швајцарском (2005), Шведском (1978) и Шпанијом (2002).

<sup>21</sup> Као примери могу се навести неоправдано широко дефинисање појма улагања у многим БИТовима, својеврсно дерогирање одређених императивних прописа у БИТу с Уједињеним Арапским Емиратима, олако посезање за недовољно добро промишљеним и формулисаним „кишобран клаузулама“ у неким од БИТова, недовољна свест о потенцијалном домањају клаузуле најповлашћеније нације, готово редовни изостанак предвиђања могућности ограничења заштите права страних улагача у ванредним ситуацијама или у сврху заштите одређеног значајнијег добра (животна средина, живот и здравље људи, животиња и биљака, итд.). Више о томе вид. Марко Јовановић, *Одговорност државе за заштиту страних директних улагања*, докторска дисертација, необјављено, Београд 2014, 178-257.

чео је да се јавља и у мултилатералним међудржавним споразумима (нпр. *Energy Charter Treaty*<sup>22</sup>). Законске гаранције страним улагачима остале су, међутим, релевантна опција у земљама недовршене транзиције,<sup>23</sup> у случају територија које планирају отцепљење и током периода транзиције ка суверености нису у стању да гаранције нуде путем БИТова,<sup>24</sup> у случају новонасталих држава које још увек немају разгранату мрежу БИТова<sup>25</sup> или у случају проглашења независности коју многе државе не признају.<sup>26</sup> Примат БИТова у односу на решења Закона о страним улагањима из 2002. године се види и по томе што су инвеститори против Србије спорове по правилу заснивали на гаранцијама садржаним у БИТовима, док су спорови у којима су се позивали на гаранције садржане у домаћим прописима о улагањима пре изузетак него правило.<sup>27</sup>

Питање заштите страних инвеститора свуда је популарна политичка тема, па тако није мимоишла ни Србију. То се питање заштрило након што је серија сукцесивних подзаконских аката регулисала доделу државних субвенција улагачима.<sup>28</sup> Концепт привлачења инвестиција новчаним подстицајима проблематичан је већ сам по себи. Додатан и много озбиљнији проблем је тај што су уредбе на основу којих су додељивани подстицаји биле доношене без законског основа. Иако су по слову прописа подстицаје могли да добију и домаћи и страни инвеститори, самонаметнути императив маркетиншке промоције првенствено страних инвестиција створио је слику о томе да се субвенције дају махом или готово искључиво странцима. Све гласнијим захтевима за „изједначавањем положаја домаћих и

<sup>22</sup> Вид. [www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/](http://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/), 12. новембар 2015.

<sup>23</sup> Албански Закон о страним директним инвестицијама из 1993, енглеска верзија текста доступна на: <http://www.slas.info/legislazione-albanese/law%207764-1993-foreign-investments.php#top-contentuto>, 11. новембар 2015.

<sup>24</sup> Закон о страним улагањима Републике Црне Горе, *Службени лист РЦГ*, бр. 52/00, *Службени лист ЦГ*, 36/07, 40/10.

<sup>25</sup> Закон о страним инвестицијама Црне Горе, *Службени лист ЦГ*, бр. 18/11, 45/14.

<sup>26</sup> Косовски Закон бр. 02/L 33 из 2005; осим тога и 04/L 220 из 2014, енглеска верзија потоњег текста доступна: [http://www.assembly.kosova.org/common/docs/ligjet/2005\\_02\\_L33\\_en.pdf](http://www.assembly.kosova.org/common/docs/ligjet/2005_02_L33_en.pdf), 11. новембар 2015.

<sup>27</sup> Вид. фн. 19.

<sup>28</sup> Уредба о условима и начину привлачења директних инвестиција, *Службени гласник РС*, бр. 34/10, 41/10, Уредба о условима и начину привлачења директних инвестиција, *Службени гласник РС*, бр. 42/11, 46/11, 84/11, Уредба о условима и начину привлачења директних инвестиција, *Службени гласник РС*, бр. 20/2012, 123/2012, 14/2013 и 60/2013, Уредба о условима и начину привлачења директних инвестиција, *Службени гласник РС*, бр. 55/14, 65/14), Уредба о условима и начину привлачења директних инвестиција, *Службени гласник РС*, бр. 28/15.

страних инвеститора“ могло се једноставно изаћи у сусрет укидањем ЗОСУ. Законска решења у њему садржана су била и номотехнички непрецизна и без већег утицаја на одлуку страног инвеститора да уложи или не уложи на српском тржишту.

Принцип инерције, међутим, готово једнако важи у правном систему као и у класичној физици: једном донет закон ће, све и да престане потреба за њим, по свој прилици пре бити замењен новим законом, него што ће бити укинут. Када се ова инерција споји с потребом да се доношењем нових закона регулише и дотад нерегулисана материја, неминовни резултат је „шума“ прописа, што потребних, што непотребних.

У материји заштите страних улагања ово је резултирало одређењем да се ЗОСУ не укида, већ да се замени новим текстом. Међутим, већ од првог законског нацрта, презентованог у априлу 2015. године (Априлски нацрт),<sup>29</sup> било је јасно да је идеја предлагача да у нови законски текст унесе значајне новине, не водећи рачуна о томе да ли је њихова коегзистенција у једном законском тексту пожељна, или уопште могућа.

Прва, свакако најзначајнија новина, била је одређење да се „изједначавање домаћих и страних инвеститора“ спроведе не тако што би се укинуо ЗОСУ, већ тако што ће се закон односити не само на страна улагања, већ на сва улагања, било да је реч о улагањима домаћих или страних инвеститора.

На први поглед примамљива, ова идеја је са собом донела и низ концептуалних проблема који су се показали нерешивим и који ни у коначном тексту закона, упркос бројним интервенцијама, нису могли да буду сасвим превазиђени. Наиме, Априлски нацрт амбициозно је замишљен као текст који је (ако се по страни оставе грубе номотехничке грешке и готово неупотребљиве резултирајуће норме) требало да у правни систем Србије унесе читав низ гаранција и повластица које би уживали и домаћи и страни улагачи. Промашај оваквог концепта је у томе што повластице које имају сви заправо и нису повластице, већ постају општи режим коме је место у посебном, секторском закону, а не у посебном „закону о улагањима“. Додатно, неке од повластица које је предвиђао Априлски нацрт биле су неспојиве са жељом да се дају и страним и домаћим улагачима: такве су биле све гаранције које су или реферисале на „принципе међународног права“ или су биле инспирисане називима или садржајем таквих гаранција у међународном праву.<sup>30</sup> Априлски нацрт је превиђао – у

<sup>29</sup> Вид. <http://skgo.org/files/fck/File/2015/nacrt%20zakona%20o%20ulaganjima.pdf>, 3. новембар 2015, даље: Априлски нацрт.

<sup>30</sup> Априлски нацрт, чл. 1 постављао је основ за такву могућност.

најмању руку – не баш много смислене или целисходне гаранције домаћим предузећима да могу да приступе иностраној инвестиционој арбитражи, и увођење читавог низа непримерених гаранција – нпр. локални еквивалент *full protection and security* клаузуле који би важио и за домаће улагаче.<sup>31</sup> Значајном редукцијом ових обећања у коначном законском тексту проблем је ублажен, али није нестао, јер су и у коначном тексту, упркос прокламованом изједначавању, неке повластице остале резервисане само за стране инвеститоре (нпр. она о бесцаринском увозу).

Друга велика новина била је идеја о оснивању Развојне агенције Србије (РАС)<sup>32</sup>, као замене за СИЕПА-у (Агенцију за страна улагања и промоцију извоза) и НАРР (Национална агенција за регионални развој). РАС је замишљен као институција која би објединила функције СИЕПА-е и НАРР-а, те преузела дистрибуцију субвенција (при чему та материја сада не би била регулисана искључиво на подзаконском нивоу) и постала сервис домаћих и страних улагача чак и на оперативном нивоу. Иако закони о улагањима често садрже и тзв. институционални део, који се обично односи на тело при коме се та улагања региструју, овако замишљена улога РАС-а и његове ингеренције заправо су у први план истакле да су у Априлском нацрту комбинована практично два одвојива законска текста: један о улагањима, а други о РАС-у и додели подстицаја улагачима. Међутим, већ поменута инерција учинила је да, упркос крупним разликама између Априлског нацрта и коначне верзије Закона, ова материја остане регулисана у јединственом тексту.

#### 4. ПРЕГЛЕД ПОЈЕДИНИХ РЕШЕЊА ЗАКОНА О УЛАГАЊИМА

Коначни текст Закона о улагањима претежно се бави тзв. институционалним решењима, укључујући и питања оснивања нове агенција (РАС-а), доделе подстицаја и успостављања додатних механизма подршке инвеститорима „на терену“. Први део Закона је, за разлику од Априлског нацрта сада сведен на свега неколико чланова, а од иницијално готово безобалних гаранција улагачима понуђено је тек неколико. Ово је било и неминовно ако се желео очувати програмски циљ и мото Закона („изједначавање страних и домаћих инвеститора“) па се неминовно одустало од готово свих обећања која би се могла давати само страним инвеститорима. Од готово свих, али не и свих – преживела је из Закона о страним улагањима одредба о бесца-

---

<sup>31</sup> Априлски нацрт, чл. 10.

<sup>32</sup> ЗОУ, чл. 27-41.

ринском увозу опреме која представља улог страних улагача.<sup>33</sup> Тешко је докучити чему је требало да послужи ово привилеговање страних науштрб домаћих улагача – ако је циљ био подстаћи увоз модерне опреме, то се могло учинити смањењем царинских стопа (при чему би та редукција важила и за домаће и за стране улагаче). Овако је, без ваљаног разлога, а потпуно супротно прокламованом циљу, задржана постојећа дискриминација. Други члан намењен искључиво страним улагачима – онај о репатријацији профита<sup>34</sup> – логично је задржан и неминовно се морао односити само на стране улагаче, па је његово укључивање било сврсисходно, а сам текст представља значајно побољшање у односу на одговарајућу одредбу ЗОСУ.

У погледу гаранција улагачима, чињеница да се оне сада односе на све улагаче (па и на домаће), неминовно је редуковала њихов број и обим. Но, осим у пар случајева, гаранције неће имати опипљив учинак на будуће пословање улагача.

#### 4.1. Новине у заштити од експропријације

Сагласно Уставним одредбама, право својине може бити одузето или ограничено само у јавном интересу утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне.<sup>35</sup> У српском праву законом је уређено само одузимање или ограничавање права својине на непокретностима.<sup>36</sup> ЗОСУ је заштиту гарантовао од „експропријације“ и то само за улог улагача и имовину предузећа са страним улогом.<sup>37</sup> Закон о улагањима, пак, заштиту од експропријације пружа не само стварним правима на непокретностима, већ и „улагањима“, онако како их дефинише Закон, а тај појам укључује уделе у привредним друштвима, стварна права на покретним стварима, права интелектуалне својине, и друга права побројана у члану 3 Закона.<sup>38</sup> Другим речима, Закон не ствара правни основ за тзв. „експропријацију бизниса“, већ гарантује да ње неће бити, и то не само тако што би се (у мери у којој то Устав допушта) накнадно за тако нешто створио законски основ, већ ни „посредно, мерама које имају за циљ ефекат који је једнак експропријацији“.<sup>39</sup> Формулација по којој се гаранција пружа од експропријације само за мере које

<sup>33</sup> ЗОУ, чл. 14.

<sup>34</sup> Вид. ЗОУ, чл. 9 уз *exempli causa* набрајање.

<sup>35</sup> Устав, чл. 58, ст. 2.

<sup>36</sup> Вид. Закон о експропријацији, *Службени гласник РС*, бр. 53/95, *Службени лист СРЈ*, бр. 16/01 одлука СУС и *Службени гласник РС*, бр. 20/09 и 55/13 одлука УС, чл. 1.

<sup>37</sup> ЗОСУ, чл. 9, ст. 3.

<sup>38</sup> ЗОУ, чл. 3, тач. 2.

<sup>39</sup> ЗОУ, чл. 6, ст. 1.

за циљ имају ефекат једнак експропријацији сугерише да се норма не односи на неповезане поступке државног органа, већ неку врсту „продуженог деликта“<sup>40</sup> који за циљ има развлашћивање улагача.

Закон надаље прописује изузетак од начела забране експропријације, и то у параметрима постојећих законских могућности – могу се експроприсати стварна права на непокретностима, у јавном интересу, у недискриминаторном поступку и уз исплату накнаде без одлагања, и уз право на затезну камату од момента одузимања до момента исплате. Интересантна новина је и да накнада улагачу не обухвата само вредност експроприсане непокретности, већ и накнаду за умањење вредности пословања које трпи услед експропријације.<sup>41</sup> Ово је значајно побољшање у односу на постојећа решења, јер у пракси експропријација може улагачу створити додатне трошкове: нпр. у случају експропријације парцеле на којој се налази производни погон трошкове ангажовања специјалиста који би опрему и постројења демонтирали и пренели на ново место, трошкове релокације осталих делова погона, као изгубљену добит услед привременог прекида пословања. Логично је, међутим, било да се ове одредбе нађу у посебном закону којим се регулише експропријација. Имајући у виду формулацију члана 6 Закона који право улагача на накнаду дефинише тако што предвиђа да се она остварује „у складу са законом“, следи да ће пуна операционализација гаранција бити постигнута тек након (најављених) измена Закона о експропријацији.

#### 4.2. Крај „релативне искључиве надлежности“ – али не за све улагаче

Већ поменута одредба о „релативној искључивој надлежности“ више није део прописа о улагањима. Иако је у предлогу закона који је поднет Скупштини ова одредба још увек постојала, коначни текст је више не садржи. Овај изостанак свакако треба поздравити, јер није јасно зашто би, ако нпр. два страна лица улазе у тзв. *joint venture* ради улагања на територији Србије, или једно страна лице од другог купује удео у српском предузећу, њихове спорове могла да решава страна арбитража, али не и страни суд, све и да су оба лица из исте стране државе. Међутим, једна посебна категорија страних улагача и даље ће морати да рачуна на слично ограничење: у јавно-приватним партнерствима и концесијама постојање страног партнера или концесионара (било самостално или у конзорцијуму) омогућава да се спор евентуално изнесе пред страну арбитражу, али не и пред страни суд.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> Врховни касациони суд Републике Србије, Рев 403/2010 8. 4. 2010. у *Избор из судске праксе* 2/2011, 54–55.

<sup>41</sup> ЗОУ, чл. 6, ст. 3.

<sup>42</sup> Закон о јавно приватном партнерству и концесијама, *Службени гласник РС*, бр. 88/11, чл. 60.

### 4.3. Препричавање постојећих закона

Већ поменути инерција учинила је да, иако су безобалне гаранције Априлског нацрта изостављене из коначног текста, поједини наслови или обриси априлских идеја освану и у предлогу који је упућен Скупштини, а и у коначном тексту. Те су прокламације, срећом, од релативно мале важности, јер је императив „изједначавања домаћих и страних инвеститора“<sup>43</sup> нужно сузио њихов домашај и испразнио их од садржаја. Међутим, изгледа да је законодавцу било стало да закон има што више одредаба, па је неке одредбе, уместо да брише, преформулисао тако да препричава постојећа законска решења или на њих упућује. Тако у коначном тексту имамо прокламацију слободе улагања, у складу с Уставом и законом, препоруку да се спорови могу решавати мирним путем (као да се то иначе не би могло),<sup>43</sup> констатовање ситуације да се спорови могу решавати пред судовима и арбитражама у складу са законом,<sup>44</sup> констатације да улагач може, ради плаћања према иностранству, да купи девизе на слободном тржишту у складу са законом<sup>45</sup> (а закон се, наравно, може мењати), као и проглас да улагач ужива „пуну правну сигурност и правну заштиту у погледу права стечених улагањем“.<sup>46</sup> Ту упућивањима на друге законе није крај: страни улагачи уживају национални третман, у складу са законом;<sup>47</sup> улагачи могу запошљавати странце, у складу са законом;<sup>48</sup> а могу и да стичу стварна права на покретним и непокретним стварима, опет у складу са законом.<sup>49</sup> Све ово би улагачи, што домаћи и страни, могли да уживају и без ових упућујућих одредби. Другим речима, одредбе су беспотребне и у њиховом тумачењу безбедно се може прескочити један од основних канона интерпретације – онај по коме норму треба тумачити тако да има некакво, а не никакво, значење. Но, имајући у виду неке од одредаба које су биле садржане у предлогу који је достављен Скупштини, а накнадно брисане, коначна решења садржана у првом делу усвојеног Закона се барем не могу окарактерисати као штетна.<sup>50</sup>

<sup>43</sup> ЗОУ, чл. 10, ст. 1.

<sup>44</sup> ЗОУ, чл. 10, ст. 2.

<sup>45</sup> ЗОУ, чл. 8.

<sup>46</sup> ЗОУ, чл. 5.

<sup>47</sup> ЗОУ, чл. 7, ст. 1.

<sup>48</sup> ЗОУ, чл. 7, ст. 2.

<sup>49</sup> ЗОУ, чл. 7, ст. 3.

<sup>50</sup> Међутим, нека од решења која су срећом брисана управо су била таква. Тако је чл. 5, ст. 2 предлога Закона о улагањима који је упућен Скупштини гласио: „Ако је улагач своје право стекао теретним уговором од преносиоца коме је то право утврђено правноснажним управним актом, а накнадно тај акт буде укинут ванредним правним средством, стечено право савесног улагача не може бити одузето или ограничено“. Овим ставом је покушана дерогација правила којима је регулисан оп

#### 4.4. Институционални оквир за подршку инвеститорима

Други део закона, онај који се бави институционалним оквиром за новчану и неновчану подршку инвеститорима, свакако да је (ако је намера била да се са субвенцијама настави) имао своје законско оправдање, с обзиром на то да је до сада та материја била регулисана подзаконским прописима без законског основа. Овај „закон унутар закона“ је, међутим, повратном спрегом утицао и на дефиниције улагања и улагача у првом делу. Како су подстицаји резервисани само за директне инвестиције, дефиниције улагања су сужене тако да не обухватају релативна права или портфолио улагања.<sup>51</sup> Обимност овог дела дозвољава осврт само на нека од институционалних решења садржаних у Закону

У жељи да законским пречицама превазиђе или сакрије системске слабости, законодавац се определио да у члану 16, између осталог, наложи органима власти да „захтеве улагача [решавају] са правом првенства“ и јавне исправе издају у „најкраћем могућем року“. На први поглед привлачно, ово решење упитно је са становишта уставности, јер се истоврсни захтев третирају различито у односу на то ко се јавља као њихов подносилац. На пример, ако неко физичко лице жели да изгради породичну кућу, његов захтев за издавање одговарајућих дозвола неће имати првенство све док свој грађевински подухват не структурира кроз одговарајуће правно лице (нпр. друштво с ограниченом одговорношћу чији је власник). Мада је у нашем праву препозната потреба да се у одређеним ситуацијама прописује хитност и првенство поступања, таква пракса оправдано се везује увек за карактер и специфичности ситуације (нпр. специфичност поступка избора народних посланика и неопходност да се он оконча у што краћем року,<sup>52</sup> специфичност материје заштите конкуренције<sup>53</sup>) а не лица које одређени захтев поставља. Ово је додатно потцртано тиме да Закон хитност у односу на њих бланкетно налаже „у

шти управни поступак, и заправо на мала врата у Србију увео нови начин стицања права својине од невластника. За разлику од општег режима који је ограничен на покретне ствари и захтева додатне услове, у случају улагача био би либералнији јер би важио и за непокретности, а тражила би се само теретност стицања и савесност. О забрињавајућем тренду одступања од системских решења и увођења нових начина стицања својине у српском праву вид. Miloš Živković, „Acquisition of ownership of real property by contract in Serbian law Departing from the titulus modus system?“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade Belgrade Law Review* 3/2015.

<sup>51</sup> Вид. ЗОУ, чл. 3.

<sup>52</sup> Вид. Закон о избору народних посланика, *Службени гласник РС*, бр. 35/00, 57/03 одлука УСРС, 72/03 др. закон, 75/03 испр. др. закона, 18/04, 101/05 др. закон, 85/05 др. закон, 28/11 одлука УС, 36/11 и 104/09 др. закон, чл. 97.

<sup>53</sup> Вид. Закон о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 51/09 и 95/13, чл. 72 који прописује инструктивне рокове за судове у управном спору.



управним стварима, у вези са остварењем и одржавањем улагања и остварењем права и обавеза улагача“.<sup>54</sup> Наведене заповести прате и казнене одредбе: непоступање по праву првенства или неиздавање јавне исправе улагачу у законом предвиђеном року (иако је поднета „уредна и потпуна“ документација) повлачи прекршајне казне за одговорно лице у органу власти. Ово представља релативну новину у нашем праву. До сада је кажњавање органа управе због незаконитог поступања ван пореске материје било ограничено на непоштовање суда у управном спору.<sup>55</sup>

Осим овог механизма, Закон такође предвиђа да РАС може да предложи министарству да у поступку надзора над радом органа власти спроведе меру преузимања поверених послова ако би изостанак преузимања могао да „изазове штетне последице по привреду“.<sup>56</sup> Овим се практично понавља могућност већ предвиђена чланом 56 Закона о државној управи<sup>57</sup> (у делу у коме се говори о „штетним последицама по привреду“), с тим што се РАС-у даје изричита законска могућност да предложи преузимање).

Постојање законских рокова у којима се дозволе морају издати, хитност у поступању, прекршајно кажњавање за закашњења, преузимање послова – све то изгледа није било довољно законодавцу да осигура спровођење већ донетих прописа, те је арсеналу мера и инструмента придружио и „инвестициони програм“.<sup>58</sup> Програм, на предлог улагача, „утврђују“ и „потписују“ улагач и јединица локалне самоуправе или покрајина, а „у циљу спровођења процедуре припреме документације и дефинисања исправа и података које је улагач дужан да достави према важећим прописима“. Програм „садржи и“ рокове у којима улагач планира да достави документа и рокове у којима органи планирају да издају одговарајуће исправе и сагласности. Надзор над спровођењем овако „утврђених“ програма спроводи РАС. Рекло би се ипак да програм, иако га утврђују и потписују улагач и његови локални или покрајински домаћини, не представља обавезујући документ, нити може да створи обавезу за државни орган да поступа хитније од онога што му закон налаже. Оно што евентуално може јесте да пружи бољу прегледност временског оквира за

<sup>54</sup> Номотехнички непрецизна формулација оставља и сумње да ли се „права и обавезе“ односе не само на права и обавеза улагача из нпр. споразума који склапа да би му се доделиле субвенције, већ и на права и обавезе које је улагач преузео према својим саулагачима, и томе слично.

<sup>55</sup> Закон о управним споровима, *Службени гласник РС*, бр. 111/09, чл. 75.

<sup>56</sup> ЗОУ, чл. 41,

<sup>57</sup> Закон о државној управи, *Службени гласник РС*, бр. 79/05, 101/07, 95/10, 99/14.

<sup>58</sup> ЗОУ, чл. 23.

употпуњавање документације и/или могућност да РАС боље оцени тренутак у коме предлаже преузимање поверених послова.

И за крај, вреди издвојити још једну идеју унапређења пословног окружења. Норму готово као да су састављали Иљф и Петров.<sup>59</sup> Реч је о „Мерама за подстицање конкурентности локалне самоуправе“ из члана 17 Закона. Одлуке о тим мерама доноси орган локалне самоуправе, али да надлежни орган не потроши много енергије размишљајући о томе какве би то мере могле бити, Закон спремно набраја пожељне елементе, нпр.: „јачање аналитичке основе за прецизније и на подацима засновано креирање развојних политика, инструмената и мера у области локалног економског развоја“, „устпостављање транспарентних механизма сталне комуникације и сарадње са привредом“, „поједностављивање локалних процедура за реализацију улагања“, „уравнотежавање локалног тржишта рада“, „развој комуналне и локалне економске инфраструктуре“, „коришћење информационе и комуникационе технологије у циљу остваривања ефикасније комуникације“, те „прописивање локалних олакшица и подстицаја на основу локалних стратешких докумената“. Одлуке о овим мерама, сматра законодавац, самоуправа може и сама да доноси. Активностима ту није крај, надлежном органу се налаже да у свему томе примењује и „стандарде повољног пословног окружења“. Дилема да ли такви стандарди постоје, шта садрже и како сазнати њихову садржину Закон разрешава на специфичан начин: „Стандарде повољног пословног окружења одређује министар [...]“.

#### 4. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Када се по страни оставе упућујуће одредбе и одредбе које су практично без садржаја, Закон о улагањима изгледа као типичан српски закон до кога је пут био поплочан добрим намерама. Те намере, међутим, нису биле праћене идејом како да ваљано буду спроведене и резултат је негде на пола пута између потребног и жељеног.

Од онога што је добро, треба издвојити то да је систем подстицаја инвеститорима (ако се по страни остави смисленост саме идеје дељења новчаних подстицаја инвеститорима) коначно добио свој законски основ који му је до сада недостајао. Тиме је, ако ништа друго, цела субвенцијска шема коначно уведена у правни систем на адекватно место. Осим тога, Закон на бољи начин него до сада регулише питање репатријације профита страних улагача и

---

<sup>59</sup> Или Полихајев, директор предузећа „Херкулес“ у њиховом роману „Златно теле“, *Ij f i Petrov, Zlatno tele, Naprijed, Zagreb 1967, 215 et seq.*

доноси побољшање режима експропријационе накнаде. Ово потоње, међутим, за своју пуну имплементацију ипак мора да сачека измене постојећих прописа о експропријацији. Рационализација агенцијске подршке улагачима и свођење исте на једну (нову) агенцију свакако да звучи као помак набоље, мада остаје да се види колико ће у пракси то донети побољшања и уштеда.

Мање похвални аспекти су бројнији.

Законодавац је пропустио тренутак да концепт „закона о промоцији улагања“ пошаље у историју и уместо тога је дошао на идеју да једним законом обухвати и гаранције улагачима и поделу субвенција и на нов начин регулише нека институционална питања. Резултат је бикефалан законски текст – један његов део представља остатке старог законодавства о страним улагањима, прилагођене програмском циљу „изједначавања домаћих и страних инвеститора“, а други, институционални део, заправо представља главни део закона и идеје о томе како законодавац у будућности види подршку инвеститорима.

Надаље, из одредаба Закона провејава жеља и идеја да Закон буде више од пуког инструмента за оснивање РАС и поделе субвенција. Уместо тога, Закон је очигледно замишљен као пропис који би самим својим доношењем значајно поправио положај улагача, услове за улагање и инвестициону слику. Нажалост, те амбиције нити су испуњене, нити су могле бити испуњене. Проблеми у секторским прописима и њиховој примени исправљају се на извору (у појединачним, секторским законима) а не *fix-it-all* покушајима у оваквом закону. Уместо тога, полуге којима законодавац покушава да исправи системске дефекте и аберације заправо осликавају дубину проблема у коме се систем налази и одређену нервозу и нестрпљивост законодавца, помешану са вером у то да је од системских проблема пожељно или могуће прво заклонити улагаче. На улагачу је да процени да ли је то што закон предвиђа прекршајно кажњавање оних који касне с издавањем дозвола и исправа, то што министар прописује „стандарде повољног пословног окружења“ и то што је захтевима улагача дат приоритетан карактер нешто што сведочи о томе да га иза црвеног тепиха на дочеку и надаље чека ентузијазам и ефикасност домаћина или, пак, о склерози и дубинским проблемима државног апарата коме је подстицај за деловање у законском року кажњавање и где команда увек долази са врха.

У сваком случају, ако се законодавцу ишта може препоручити, то је да будуће унапређење оквира за улагања не планира кроз измене новодонесеног Закона или доношење неког новог закона који би се бавио улагањима, већ да своје напоре усмери у друга два правца. Први је побољшање квалитета и спровођења постојећих

појединачних системских прописа – то је ионако управо оно што улагачи годинама траже. Друго, треба радити на даљем унапређењу мреже постојећих БИТова, нарочито модернизацијом и уједначавањем гаранција које смо већ дали. Одлична прилика за то могла би да буде закључивање јединственог БИТа с Европском унијом и уједначавање непотребно разноврсних одредаба које садрже постојећи споразуми. Уједначавање гаранција за улагаче из свих земаља Европске уније који улажу у Србију и за српске улагаче који улажу у Европску унију би, за разлику од решења Закона о улагањима, представљало опипљив напредак.

### ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Јовановић, М., *Одговорност државе за заштиту страних директних улагања*, докторска дисертација, необјављено, Београд 2014. (Jovanović, M., *Odgovornost države za zaštitu stranih direktnih ulaganja*, doktorska disertacija, neobjavljeno, Beograd 2014)
- Kjos, H. E., *Applicable Law in Investor-State Arbitration – The Interplay between National and International Law*, OUP Oxford 2013.
- Варади, Т., Бордаш, Б., Кнежевић, Г., Павић, В., *Међународно приватно право*, Београд 2012. (Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G., Pavić, V., *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2012)
- Živković, M., „Acquisition of ownership of real property by contract in Serbian law – Departing from the titulus-modus system?“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 3/2015.

Vladimir Pavić, PhD

Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

### A DECISIVE HALF-STEP FORWARD REVIEW OF THE LAW ON INVESTMENT

#### *Summary*

The desire to attract foreign investment, combined with the drive to declare foreign and domestic investors “equal” has resulted in a recent legislative change – 2002 Law on Foreign Investment has been replaced with the Law on Investment. The new law is, however, of limited impact,

suffers from conceptual deficiencies and contains only a couple of improvements when compared with the prior legal regime. The legislator was evidently reluctant to part for good with the concept of “laws protecting foreign investment”, or to give up on idea of a quick-fix for systemic problems plaguing the entire legal system. Instead, it tried to shield the investors from such problems only, often resorting to dubious solutions. The real improvement of the legal environment for investment requires careful improvement of the existing laws and their robust enforcement. In addition, Serbia could in the meantime expand and modernize its existing network of bilateral investment treaties.

Key words: *Investment. – Foreign investment. – Jurisdiction. – Expropriation. – Bilateral investment treaties.*

Article history

Received: 14. 11. 2015.

Accepted: 16. 5. 2016.

Др Марко Ђурђевић\*

Мр Драган Павић\*\*

## О УСЛОВЉЕНОЈ И УСМЕРЕНОЈ СЛОБОДИ УГОВАРАЊА ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКТА\*\*\*

*Појам условљена слобода уговарања појавио се у нашој правној теорији пре доношења Закона о облигационим односима, а појам усмерена слобода уговарања после ступања Закона на правну снагу. Оба су коришћена да означе трансформације слободе уговарања у праву које је било засновано на идеологији социјализма, друштвеној својини и диригованој, потом, договорној економији.*

*Условљена слобода уговарања произашла је из права коришћења које су предузећа имала на средствима у друштвеној својини и конструкције о две компоненте друштвене својине, јавноправној и приватноправној. Прва је огрничавала другу посредством норми из појединачног административног акта и административног прописа. Као изрази државне воље они потчињавају уговор: појединачни административни акт је услов за настанак уговора, а административни пропис омогућава, условљава, његово важење.*

*Усмерена слобода уговарања је слобода уговарања усмеравана економским поретком утврђеним уставноправним оквиром, системским законима и делимично нормама Основних начела Закона о облигационим односима које су важиле за друштвено правна предузећа.*

*За слободу уговарања привредних субјеката и данас се може рећи да је усмерена правним принципима и нормама привредноправног (економскоправног) јавног поретка којима се спроводи државна интервенција у привредене активности.*

Кључне речи: *Уговор. Слобода уговарања. Принудни прописи. Јавни по редак.*

---

\* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [markodj@ius.bg.ac.rs](mailto:markodj@ius.bg.ac.rs)

\*\* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, [dpravic@ius.bg.ac.rs](mailto:dpravic@ius.bg.ac.rs)

\*\*\* Овај рад написан је у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“.

## 1. УВОД

Израз условљена слобода уговарања први је употребио у правној литератури после Другог светског рата професор Андрија Гамс. Објашњавајући уговор, поред својине други основни појам грађанског права, А. Гамс каже да када се говори о уговору, обично се мисли на аутономију воље и додаје да она изражава једно идеалистичко схватање права и идеалистичко поимање воље по коме се воља сматра основом грађанског права. Према његовом мишљењу, уговор претпоставља слободу страна, али је та слобода „друштвено-економски условљена и детерминисана“.<sup>1</sup> О томе шта би могла да значи друштвено-економска условљеност и детерминисаност слободе уговарања може се сазнати из пишчеве интерпретације класичног историјско материјалистичког учења о вези економије („базе“) и права („надградње“). Ова веза на пољу грађанског права успоставља се у односу између грађанског права и економије.<sup>2</sup> Она је узајамна: с једне стране, економика условљава грађанско право, док с друге стране грађанско право мења и усмерава економику. У уговорном праву, његова условљеност економиком испољава се у појави ограничења слободе уговарања административним актом.<sup>3</sup>

Став о томе да је слобода уговарања посредством принудних прописа условљена економиком провејава и из предавања које је професор Михаило Константиновић држао студентима Правног факултета у Београду 1957. године. Износећи запажање да је аутономија воље у нашем послератном праву доживела трансформацију, он је констатовао да се број принудних прописа који ограничавају слободу уговарања повећавао, нарочито „у ранијим периодима управљања привредом“, али да је и након што је „дириговање уговором напуштено [...] остала тежња да се уговор дисциплинује“.<sup>4</sup> Ове констатације могу бити схваћене тако да право управља привредом принудним прописима чија сврха је да се уговори између предузећа дисциплинују. Дисциплиновање уговора није објашњено на другим местима у дискурсу М. Константиновића. Повезано с управљањем

---

<sup>1</sup> Андрија Гамс, *Увод у грађанско право Општи део*, Београд 1964<sup>4</sup>, 272.

<sup>2</sup> *Ibid.*, 5. Гамс не одређује појам економије. У економској литератури осамдесетих година двадесетог века њено значење није било сасвим разграничено од појмова економска политика и привредни систем. Вид. Stjepan Lovrenović, *Економска политика*, Zagreb 1982<sup>2</sup>, 7-21. Тадашњи економисти говорили су о економици у смислу економске теорије или економске праксе. У овом раду под економиком ћемо подразумевати привредно стање друштва, односно укупност свих односа у привреди једне земље. Упор. *Економска енциклопедија*, Београд 1982, 382.

<sup>3</sup> А. Гамс, 273.

<sup>4</sup> Михаило Константиновић, *Облигационо право према белешкама са предавања професора Михаила Константиновића*, Београд 1957, 20.

привредом оно може значити поковавање уговора прописима чији је циљ да дају правац привреди.

О детерминисаности слободе уговарања пише и професор Борислав Благојевић после доношења Закона о облигационим односима (даље у тексту: ЗОО). Међутим, он уз детерминисаност не помиње условљеност, већ говори о „детерминисаности-усмерености“, прецизирајући да је ту реч о одмеравању и ограничавању садржине слободе уговарања посредством три показатеља: уставом утврђених начела друштвеног уређења, принудних прописа и морала социјалистичког самоуправног друштва.<sup>5</sup>

Истакнута мишљења сведоче да је слобода уговарања у нашем праву суштински мењала изглед. Она је била детерминисана и условљена, после доношења ЗОО детерминисана и усмерена, а на самом почетку развоја послератног права, за чију нулту тачку узимамо моменат аброгације предратних правних прописа, као што ћемо видети, није ни постојала. Ми разумемо детерминисаност као ограниченост у смислу својства слободе уговарања које јој се приписивало још од времена доношења првих модерних кодификација грађанског права, укључујући Српски грађански законик. Ограничења, без обзира на то којим називима су именована – принудни прописи, јавни поредак, добри обичаји, савесност и поштење, морал социјалистичког самоуправног друштва, уставом утврђена начела, итд. – имала су увек исту функцију, да одреде крајњу могућност, меру до које допире слобода уговорних страна да уговором уреде своје појединачне, приватне интересе.<sup>6</sup> Линија до које слобода досеже је црта од које право штити општи интерес,<sup>7</sup> потчињавајући својим нормама приватне интересе и уговоре који их изражавају.

Међутим, у овом раду неће се говорити о законом прописаним ограничењима, већ ће бити покушано да се открије, у једној историјској ретроспективи и савременом праву, какав је био њихов утицај на слободу уговарања предузећа, односно привредних субјеката. На тај утицај, по нашем мишљењу, упућују појмови условљена, односно усмерена слобода уговарања.

---

<sup>5</sup> Борислав Благојевић, „Основна начела Закона о облигационим односима и задаци суда у парничном поступку“, *Правни живот* 3/1983, 289.

<sup>6</sup> Philippe Malinvaud, *Droit des obligations*, Paris 2007<sup>10</sup>, 185.

<sup>7</sup> Слободан Перовић, *Забрањени уговори*, Београд 1975, 6; Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau, Yves Marie Serinet, *La formation du contrat, Tome 1: Le contrat Le consentement*, Paris 2013, 188.



## 2. ОНЕМОГУЋЕНА СЛОБОДА УГОВАРАЊА

Између слободе уговарања и размене роба и услуга постоји уска веза. Размена, односно скуп односа размене који се остварују на тржишту, подразумева да се тржишни субјекти, у економском смислу продавци, као носиоци понуде и купци, као носиоци тражње, повезују. Повезивање носилаца понуде и носилаца тражње одвија се у правној форми уговора.<sup>8</sup> Из перспективе економиста уговор је правни облик размене.<sup>9</sup> Тржиште подразумева слободно одлучивање економски схваћеног продавца и купца о томе шта ће да продају или да купе. Да ли ће, гледано из угла права, они имати слободу да одлуче да ли да продају или купе, коме да продају или од кога да купе и по којој цени и тако правно реализују факт размене, зависи од тога да ли је у једном праву прихваћена слобода уговарања и докле досежу њена ограничења. У том смислу слобода уговарања може бити принцип, а њена ограничења – принудни прописи, јавни поредак, добри обичаји, морал, савесност и поштење итд. – изузеци. Или обрнуто, слобода уговарања представља изузетак, а принудни прописи принцип у регулисању односа у размени. Историја облигационог права у двадесетом веку у појединим правима, поред осталих и нашем, пружа нам упечатљиве примере који показују да су оба одговора могућа, не само теоријски и да они зависе од идеолошког избора.<sup>10</sup>

Став о детерминисаности слободе уговарања економиком базира се на искуству које се стварало након аброгације предратног права. Пре тога, уговор је био један од основа на којима је почивало српско грађанско право.<sup>11</sup> Уговор је био заснован на принципу слободе уговарања који је правним субјектима остављао слободу да сами одлуче да ли ће закључити уговор и да слободно уреде његову садржину.<sup>12</sup> Правна лица као субјекти права располагала су уговором стварима из своје имовине, а правни субјективитет им је могао бити признат једино под условом да су имала имовину.<sup>13</sup>

Једним од првих правних прописа после политичке револуције укинута су Грађански законик и други предратни грађанскоправни

<sup>8</sup> Мирољуб Лабус, *Основи економије*, Београд 2007<sup>7</sup>, 66.

<sup>9</sup> Михаило Константиновић, „Друштвена својина“, *Анали Правног факултета у Београду* 3 4/82, 572.

<sup>10</sup> Упор. за француско право J. Ghestin *et al.*, 371; за право Совјетског Савеза, E. Allain Faransworth, Viktor Mozolin, *Contract law in the USSR and the United States, History and General concept, Volume I*, Boston, 1987, 66.

<sup>11</sup> М. Константиновић (1982), 572.

<sup>12</sup> Борислав Благојевић, *Посебни део облигационог права*, Београд 1939, 5.

<sup>13</sup> Андра Ђорђевић, *Систем грађанског права, Прва Књига, Општи део*, Београд 1898<sup>2</sup>, 291.

прописи.<sup>14</sup> Новодонесене норме које су уређивали уговорне односе у привреди, Уредба о закључењу уговора у привреди<sup>15</sup> и Правилник о закључењу уговора у привреди,<sup>16</sup> нису говорили о томе да ли учесници у уговорима у привреди, државна предузећа, имају слободу да одлуче да ли ће закључити уговор, с ким ће га закључити и могу ли да сагласно уреде садржину уговора. Слобода није била ни забрањена. Ипак, налази Александра Голдштајна и Николе Балоба поуздани су докази о томе да слобода уговарања у уговорима које су предузећа закључивала није постојала. А. Голдштајн запажа да су се послови предузећа базирали на државном оперативном привредном плану и да су планским задацима били одређени сви елементи уговора.<sup>17</sup> Планске ставке су биле правне норме донете у облику прописа и имале су принудни, когентни карактер. Адресати норми нису могли да утичу на њихову примену. Н. Балог због тога закључује да „привредна предузећа нису била слободна у закључењу уговора“.<sup>18</sup>

Појава планског директивног управљања привредним односима, дирижизам или уговорни дирижизам, супротстављала се слободи уговарања, јер дирижизам тежи да директно уреди привредну активност.<sup>19</sup> Такав систем био је нужност чак и у срединама у којима су грађански законици били дубоко прожети теоријом аутономије воље. У Француској је примењиван за време немачке окупације током Другог светског рата да би се отклонила или ублажила оскудица.<sup>20</sup> Међутим, директивно управљање пословањем предузећа у југословенској, српској, средини, поред тежње да се отклони ратом проузрокована беда, имало је претежно идеолошку црту. У револуционарној држави заснованој на диктатури пролетаријата планирање је било замишљено као основни закон економије и према схватањима тадашњих економиста требало је да буде темељни

<sup>14</sup> Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 66/1946.

<sup>15</sup> *Службени лист ФНРЈ*, бр. 103/46.

<sup>16</sup> *Службени лист ФНРЈ*, бр. 11/47.

<sup>17</sup> Aleksandar Goldštajn, *Privredno ugovorno pravo*, Zagreb 1967, 22; Јакша Барбић, „Југославенско подuzeће од удруживања рада према удруживању капитала“, *Правни живот* 11 12/1990, 1456.

<sup>18</sup> Никола Балог, „Преображај карактера привредних уговора“, *Архив за правне и друштвене науке* 3/1951, 570.

<sup>19</sup> Упор. Georges Ripert, Jean Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil de Plainiol, Obligations Contrats Sûretés réelles*, Paris 1952<sup>4</sup>, 41; Gabriel Marty, Pierre Raynaud, *Droit civil, Tome II, Les obligations*, Paris 1962, 61. Jacques Ghestin, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, La formation du contrat*, Paris 1993<sup>3</sup>, 109;

<sup>20</sup> Упор. Jean Hémard, „L'économie dirigée et les contrats commerciaux“, *Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, Études offeretes à Georges Ripert, Tome II*, Paris 1950, 342.

принцип који у организацији привреде у социјалистичкој држави замењује тржиште.<sup>21</sup>

### 3. УСЛОВЉЕНА СЛОБОДА УГОВАРАЊА

Одсуство било какве слободе у уговорима које између себе закључују предузећа је тачка од које може започети разматрање условљене слободе уговарања. Међутим, да би се могло бар приближно одредити докле се у њеном развоју стигло потребно је у најкраћим цртама рећи нешто о томе шта је аутономија воље, за коју се у уговорном праву, кроз принцип слободе уговарања и друге принципе, везују тако важне консеквенце. Најопштије речено аутономија воље је постулат према коме је воља сама по себи извор и мера права и обавеза за личности које су је изјавили. Свака обавеза мора бити заснована на вољи и легитимна је само под тим условом. Ако не извири из воље, она се не заснива на праву. Будући да сама ствара право, воља може да дерогира сваки пропис осим оног који се тиче јавног поретка, а уговор да обавезе лица која су га закључила као што би их обавезивао закон. Сагласношћу воља створена појединачна норма важи правном снагом једнакој снази опште законске норме.<sup>22</sup>

Савремена правна мисао извела је из аутономије воље неколико главних принципа у уговорном праву: слободу уговарања, принцип да „уговор везује стране уговорнице као закон“<sup>23</sup> и принцип релативног дејства уговора.<sup>24</sup> Слобода уговарања има две компоненте: слободу постојања и неформалност уговора. Неформалност значи да закључење уговора не подлеже никаквој форми. Слобода егзистенције уговора манифестује се у три могућности: уговорати или не, изабрати саговорника и одредити слободно, у сагласности с другом страном, садржину уговора.<sup>25</sup> Ова последња слобода нам каже да су уговорне стране начелно слободне да уреде садржину

<sup>21</sup> Vilim Ribič, „Pregled ekonomske literature na osnovi teoretskih, koncepcijskih i konkretizacijskih problema privredne zbilje (Razdoblje centralističko administrativnog rukovođenja privredom)“, *Ekonomska literatura*, Zagreb 1988, 168, [hrčak.srce.hr/file/158324](http://hrčak.srce.hr/file/158324), 20. март 2016.

<sup>22</sup> Jacques Flour, Jean Luc Aubert, *Les obligations, Tome 1, L'acte juridique*, Paris 1993<sup>6</sup>, 64-65; François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Paris 2013<sup>11</sup>, 6; Phillpe Malaurie, Laurent Aynès, *Les Obligations*, Paris 2009<sup>4</sup>, 367-368; J. Ghestin *et al.*, 145-158;

<sup>23</sup> Михаило Константиновић, *Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Београд, 1996, 41.

<sup>24</sup> Слободан Перовић, *Аутономија воље и принудни прописи*, Будва, 2007, 26.

<sup>25</sup> *Ibid.*

уговорног односа, да заједничком сагласношћу створе појединачне и конкретне уговорне норме.<sup>26</sup> Стваралачка моћ уговорника је потпуна. Они могу образовати сасвим нову садржину, независну од типизираних садржине најчешћих и најважнијих законом уређених уговора, направити хибрид, комбиновањем елемената различитих именованих уговора или једноставно, преуредити и прилагодити ове елементе својим потребама.<sup>27</sup>

Постулат о аутономији воље поставио је у исти план уговор и поредак правних прописа који установљава јавни ауторитет.<sup>28</sup> Наше право на самом почетку послератног развоја у домену уговора закључених између предузећа било је сасвим далеко, чак на супротном полу од постулата аутономије воље и принципа који из њега проистичу. С обзиром на то да је стасавало на развалинама предратног права из кога су судови користили правна правила само као материјал који им је служио при решавању спорова,<sup>29</sup> основна начела новог, *декретивног права*, изграђивана су на бази ставова правне мисли и правне праксе.<sup>30</sup> Главнија од те две компоненте декретивног права, правна наука, хијерархизовала је изворе облигација у поредак у којем је закон поставила изнад свих, јер је сматрала да је закон ауторитет који признаје важење и обавезност свим облигационим односима.<sup>31</sup> У погледу односа закона и уговора наука је задржала старо римско разврставање на принудне и диспозитивне норме, које остављају слободу уговорницима да правне односе уређују, али „сходно духу законских поставки и друштвеном интересу“. Међутим, у овој материји, у складу са Енгелсовом мисли да „све потребе грађанског друштва – независно од тога каква класа влада у дато време, неопходно морају проћи кроз вољу државе, да би добиле законско признање“, постављена је теза да правном систему планске привреде одговара „постојање слободе уговарања у обиму и са циљем одређеним *правним поретком*“.<sup>32</sup>

То је била нова замисао. Дерогирани Грађански законик, у чувеном § 13, говорио је о закону који „накнађа“ уговор („вољу човечију“)

<sup>26</sup> Hans Kelsen, „La théorie juridique de la convention“, *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique* 1 4/1940, 35.

<sup>27</sup> Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1986, 192; Jožef Salma, *Obligaciono pravo*, Novi Sad 2009<sup>6</sup>, 327.

<sup>28</sup> J. Flour *et al.*, 64 65.

<sup>29</sup> Михаило Константиновић, „Стара ‘правна правила’ и јединство права“, *Анали Правног факултета у Београду* 3 4/82, 540.

<sup>30</sup> Рудолф Леградић, „О пробрајају права и правне науке код нас“, *Годишник на правно економскиот факултет во Скопје*, Том II, 1955, 352 фн. 7.

<sup>31</sup> Борислав Благојевић, *Грађанскоправни облигациони уговори*, Београд 1947, 10.

<sup>32</sup> *Ibid.*

и о уговору који „заступа“ закон. Уговор и закон стајали су тако један поред другог у истој равни: или закон или уговор могли су уређивати било који уредив приватни однос; уговором се нису могли уредити само они који спадају у део јавног поретка и благонравија. Ипак, у директивном праву закон је старији од уговора и зато одређује шта ће уговор регулисати. Чак ни тамо где би било допуштено слободно уређивање приватних интереса, уговор није смео бити у супротности с интересима друштва и морао је бити у складу са сврхом која му је унапред одређена правним поретком.

У оквиру овог концепта појавила се теорија о условљености слободе уговарања административним актом. Теорију је изложио А. Гамс, једним делом у дискусији под насловом „Старо и ново у нашем грађанском праву“, а другим делом у књизи „Увод у грађанско право“. Да би се теорија боље разумела потребно је нагласити да је настала после прве национализације приватних производних предузећа (1946. године), експропријације, конфискације и секвестрације и друге национализације која је обухватила преостала производна предузећа, банке, трговину и саобраћај (1948. године). Овим мерама формирана је државна својина, од делова некадашњих имовинских фондова појединаца и правних лица. Њени делови предати су државним предузећима на располагање. Према тадашњим прописима, предузећа су користила ове делове, а коришћење је обухватало и располагање. Коришћење је схваћено као овлашћење у основи имовинског карактера,<sup>33</sup> мада није изједначавано са субјективним правом какво је припадало власнику у системима заснованим на индивидуалној својини, већ је било у служби привређивања предузећа за себе и за друштвену заједницу.<sup>34</sup>

У излагању теорије А. Гамс је пошао од конструкције да је у социјалистичком праву доминантна друштвена својина састављена од грађанскоправне компоненте, *права коришћења* и јавноправне компоненте. Због постојања права коришћења у социјалистичком праву уговор је неопходан, али само као „техника“, средство којим се постиже размена. Пошто уговор схваћен као техника није био исто што и уговор у праву грађанских друштава, њега није карактерисала слобода уговарања, него ограничења која извиру из јавноправне компоненте друштвене својине. Ограничења су у овој конструкцији били ознака за „јавно право“ (уставно, административно, финансијско), конкретније за „планске инструменте (доприносе друштву, надзор и

<sup>33</sup> А. Гамс је овај став детаљније изложио у свом каснијем раду. Вид. Андрија Гамс, „Својина и односи јавног и приватног“, *Правни живот* 8 10/1989, 1233. Упор. Димитар Поп Георгиев, „Облигациони односи и располагање друштвеним средствима“, *Коментар Закона о облигационим односима, Књига прва* (редактори: Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Крагујевац, 1980, 81.

<sup>34</sup> М. Константиновић (1982а), 576.

наменско коришћење друштвених средстава и сл.) који ограничавају право коришћења“.<sup>35</sup> Израз инструменти означавао је административне прописе којима је држава спроводила политику у економији, а атрибут плански указивао је на једну од више врста прописа (на пример, о систему контроле цена, валутној политици, кредитном пословању, девизном плаћању, итд.) кроз које се интервенција могла изразити.

Теорија о условљености слободе уговарања развијена је на пољу уговора које закључују предузећа, јер су се на том подручју најтешње преплитале норме грађанског и административног права. Полазиште теорије је да послови привредних предузећа настају или када им претходи административни акт или да важе када се крећу у оквиру који им административни пропис дозвољава.<sup>36</sup> Тај феномен постоји у правима грађанских друштава, али је тамо спорадичан, док је по мишљењу А. Гамса, у социјалистичком праву законитост.<sup>37</sup> Ову законитост објаснио је тако што је правни однос из административног акта појмио као правни однос који претходи грађанскоправном односу.<sup>38</sup> Уговорни однос стоји с њим у двојаким релацијама; административни акт му је или надређен или му одређује оквир важења.<sup>39</sup> Када је реч о релацији прве врсте, подређени положај уговора је у томе што је административни акт нужан да се уговор оствари.<sup>40</sup> Уколико ове релација није успостављена уговор је непотпун. У погледу везе друге врсте, условљеност се схвата шире и изгледа да је подразумевала да административни пропис омогућава важење уговора. Од административног прописа зависи да ли ће уговор произвести правна дејства. Ако му противуречи, уговор је противзаконит.<sup>41</sup>

Изложену теорију усвојили су Стеван Јакшић и Михајло Вуковић.<sup>42</sup> Мада је истакнула да око уговора које закључују преду-

<sup>35</sup> Андрија Гамс, „Старо и ново у нашем грађанском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 4/1958, 457.

<sup>36</sup> Појам административног акта А. Гамс није дефинисао. Стиче се утисак да није употребљен ни у ужем значењу појединачног управног акта, ни у ширем значењу, управног прописа, у којима се појам аката управе користи у модерној науци управног права. Вид. Зоран Томић, *Опште управно право*, Београд 2009<sup>3</sup>, 186.

<sup>37</sup> А. Гамс (1964), 43.

<sup>38</sup> *Ibid.*, 165.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> *Ibid.*, 166 167.

<sup>41</sup> *Ibid.*, 223 228.

<sup>42</sup> С. Јакшић истиче да је интервенција државних органа административним прописима у закључењу уговора између предузећа у одређеним областима привреде нижа из два разлога: 1) јер предузећа управљају значајним деловима друштва не својине; и 2) због значаја који има за нестихијски развој привреде. Вид. Stevan Jakšić, *Obligaciono pravo*, Sarajevo, 1957, 96. По мишљењу М. Вуковића, циљ „стро

зећа „имамо бројне прописе који систематски ограничавају слободу уговарања управо због тога што су привредне организације код нас друштвено правна лица“,<sup>43</sup> ова теорија није негирила слободу уговарања. Према једном касније изложеном схватању, већ доношењем Општих узанси за промет робом од 1954. године, слобода уговарања се афирмисала као „неписана основа привредног обвезног права“. <sup>44</sup> Упркос томе, у теорији о условљености слободе уговарања у првом плану била су ограничења. Слобода уговарања или шире посматрано слобода воље постоји, али могло би се рећи унутар прописа. Она је у другом плану. Примаран је „друштвени живот“, објективне „економске нужности“ у економици које детерминису вољу, пошто она спада у сферу „свести“, друштвену надградњу. Појединачне воље нису аутономне. Сагласност изјављених воља није стваралачки једнака уговору. Из ње извиру права и обавезе, ако правни прописи то допуштају.<sup>45</sup>

#### 4. УСМЕРЕНА СЛОБОДА УГОВАРАЊА

ЗОО је донесен четири године након Устава из 1974. године, који је уређење друштвених односа засновао на идеологији социјализма, декларативно самоуправљачког типа. Ова идеологија пројимала је основна уставна начела и значајну већину одредаба нормативног дела устава. У њему су, када је реч о привреди, доминирале норме о друштвеној својини и непосредном споразумном и договорном повезивању актера привредног живота.<sup>46</sup> Устав је унео неке промене у структуру друштвене својине, али оне нису биле суштинске за појачавање њене приватноправне компоненте. Напротив, устав је хтео да омогући „одумирање друштвене својине“, слабљењем њеног својинског карактера. Та тенденција никако није значила одрицање од друштвене својине, већ само мисао о њеном претварању у нејасно дефинисани облик који би одговарао робној

---

гих правила“ које уређују односе предузећа је усмеравање уговора у позитивном или негативном правцу. Усмеравање слободе уговарања у позитивном правцу тежи ка типизирању „привредног збивања“, а у негативном ка томе да спречи, забрани, да у уговоре уђе садржина која би била у раскораку са захтевима друштвене заједнице. Mihajlo Vuković, *Obvezno pravo. Knjiga II*, Zagreb 1964, 12.

<sup>43</sup> А Гамс (1964), 190.

<sup>44</sup> А. Goldštajn, 22.

<sup>45</sup> Најдоследнији у заступању овог става је М. Вуковић. У излагањима о садржају уговора он истиче да делове садржине примарно чине елементи који су израз захтева друштвене заједнице, а тек у другом реду они које су уговорне стране сагласношћу унели. М. Vuković, 38.

<sup>46</sup> Устав Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, *Службени лист СФРЈ*, бр. 9/74, *Основна начела*, III.

привреди на самоуправним основама.<sup>47</sup> За разлику од ранијег Устава од 1963. године, овлашћења друштвених правних лица да користе и располажу деловима друштвене својине, по налазу Д. Поп-Георгиева, нису била њихова изворна овлашћења.<sup>48</sup> Ипак, она нису битније променила карактер друштвене својине. Социјалистичка идеологија, не-трансформисана друштвена својина, привреда са снажно присутним елементима полудржавног, друштвеног интервенционизма оличеног у договорног економији и положај предузећа која као друштвено правна лица без имовине учествују у уговорним односима одразили су се и на садржину Основних начела ЗОО и делове појединих одредаба.<sup>49</sup>

ЗОО је у члану 10, под рубромом „Слобода уређивања облигационих односа“, садржао одредбу која је у изворној верзији гласила да учесници у облигационим односима слободно уређују облигационе односе, а не могу их уређивати супротно уставом утврђеним начелима друштвеног уређења, принудним прописима и моралу социјалистичког самоуправног друштва.<sup>50</sup> Већ у коментарима објављеним убрзо после његовог ступања на снагу појавила су се два погледа из различитих углова на овај члан. Из једног угла на њега се гледало као на начело које прокламује слободу уговарања у најширим оквирима.<sup>51</sup> Из другог угла посматрано предмет овога члана била су ограничења и то ограничења слободе уговарања новог квалитета у односу на она која се постављају уговору у правима друштава заснованим на тржишној привреди и стварном приватноправном субјективитету правних лица. Врлета Круљ је објаснио разлику у квалитету карактером производње и привреде у социјализму.<sup>52</sup> Према његовом мишљењу, нови квалитет долази отуда

<sup>47</sup> Андрија Гамс, „Својина и односи јавног и приватног“, *Правни живот* 8 10/89, 1234.

<sup>48</sup> Д. Поп-Георгиев, 81.

<sup>49</sup> „Експозе уз Предлог Закона о облигационим односима“, *Коментар Закона о облигационим односима. Књига прва* (редактори: Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Крагујевац 1980, 67 69.

<sup>50</sup> Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78. Закон о изменама и допунама Закона о облигационим односима, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 изменио је наслов овога члана и преправио текст одредбе члана 10.

<sup>51</sup> Слободан Перовић, „Слобода уређивања облигационих односа“ *Коментар Закона о облигационим односима. Књига прва* (редактори: Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Београд 1980, 99.

<sup>52</sup> „Када је реч о социјалистичкој производњи и социјалистичкој тржишној привреди разлике се не исцрпљују у количини [више или мање законодавних интервенција, више или мање забрана, прим. а] него добивају односно треба да добију нов квалитет“. Врлета Круљ, „Слобода уређивања облигационих односа“, *Коментар Закона о облигационим односима, Књига прва* (редактори: Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд 1980, 54.



што промет роба и услуга, робноновчани односи, тржишна привреда који се одвијају у „социјалистички усмереним и регулисаним оквирима намећу социјалистичку концепцију слободе уговарања“, а она поставља позитиван вид ограничења – „понашање уговорника у духу социјалистичког система“.<sup>53</sup>

Уз одредбу о слободи уређивања облигационих односа у Основним начелима ЗОО биле су садржане и неке одредбе које су се односиле на положај друштвених правних лица, облика правне личности у којем су се, према Закону о удруженом раду,<sup>54</sup> такозваном системском закону, неформално „малом уставу“, појављивале „привредне организације“.<sup>55</sup> Ове одредбе Основних начела одређивале су да предузећа у заснивању облигационих односа имају одређене дужности. Пошто се облигациони односи заснивају и уговором, те дужности су постојале приликом његовог закључења. Реч је о дужностима друштвених правних лица: да поступају у складу са својим плановима и споразумима о основама планова које су били усагласили с другим друштвено правним лицима (чл. 4); да се „друштвеним средствима“, добрима која су предмет друштвене својине, „целисходно користе“, „очувају њихову несмањену вредност“ „унапређују и проширују материјалну основу“, то јест побољшавају и повећавају фонд ових добара (чл. 5); уколико закључују уговор између себе, ради испуњења обавеза које су већ преузели „самоуправним споразумом“ или „друштвеним договором“, поступају у складу с тим актима (чл. 6); сарађују на принципу солидарности (чл. 7); уколико закључују уговор с потрошачима („грађанима“), да уреде своје обавезе и права тако да се обезбеди редовно и „квалитетно“ задовољавање потреба потрошача (чл. 8).

Чини нам се да је значајно да констатујемо да прописивање посебних начела за друштвено правна лица говори о томе да је слобода уговарања предузећа била ужа од слободе коју су у закључењу уговора имали појединци. Ако се запитамо због чега су дужности биле прописане баш за предузећа, логично се намеће одговор да је законодавац хтео да усмери њихово привредно пословање ка одређеној сврси. Дужности целисходног коришћења, очувања несмањене вредности друштвених добара и проширивања фонда друштвених добара на којима су предузећа имала (несвојинска) овлашћења коришћења и располагања требало је да одржи друштвену својину и прошири њену економску основу. Дужност предузећа да поступа у складу са

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> Закон о удруженом раду ЗУР, *Службени лист СФРЈ*, бр. 53/1976

<sup>55</sup> Зоран Антонијевић, „Облигациони односи у привреди“, *Уговорно и одше тено право према Закону о облигационим односима* (ур. Милан Петровић), Београд 1979, 15.

плановима имала је циљ да предупреди да она закључују правне полове који би били у супротности с планским актима којима се у да- том моменту управља привредом и изражава општи интерес.<sup>56</sup> Исти смисао, према појединим ауторима, имала је дужност предузећа да поступају у складу са самоуправним споразумима и друштвеним до- говорима, јер су и они били једна врста планских докумената.<sup>57</sup> Када је реч о дужности сарадње, она је требало да буде прожета друшт- веном солидарношћу, коју је изражавала друштвена својина.<sup>58</sup> Од претходних се разликовала једино дужност предузећа да своје од- носе с потрошачима уреди тако да обезбеде редовно и квалитетно задовољавање њихових потреба. Она је имала сврху да заштити по- трошача као слабију страну у односу с привредним предузећем.<sup>59</sup>

Наведене норме Основних начела ЗОО о дужностима предузећа при заснивању уговорних односа имале су две функције. На првом месту, на пољу уређења облигационих односа требало је да утичу на слободу уговарања, тако што ће је усмерити у одређеном правцу. На другом месту оне су биле норме, према мишљењу Б. Благојевића принудне, којима је друштво (или држава као његова политичка организација) регулисало да се привредна активност предузећа креће у строго одређеном смеру, с циљем одржавања и репродуковања друштвене својине.<sup>60</sup> С обзиром на то да су ова начела била когентне законске норме, судови су могли да пониште уговор који би им про- тивречио својом садржином. Њихов смисао био је да правни оквир привредног система устројеног уставом и „малим уставом“, надигра-

<sup>56</sup> Б. Благојевић (1983), 295.

<sup>57</sup> Милан Бркић, „Облигациони односи и друштвено планирање“, *Коментар Закона о облигационим односима* (редатори Борилсав Благојевић, Врлета Круљ), Београд, 1980, 23. Мишљење М. Бркића, мора се узети с резервом. Могло би се прихватити када је реч о уговору и односу уговора према самоуправном споразуму о основама друштвеног плана. Тај споразум био је само један од двадесет самоуправних споразума нормираних у ЗУР у. Осим тога, чл. 6 ЗОО није принципијелно ре- шавао неусклађеност уговора са било којим самоуправним споразумом, него само питање супротности самоуправног споразума и уговора који је закључен у сврху извршења обавеза преузетих конкретним самоуправним споразумом. Иначе самоу правни споразуми изазивали су бројна спорна питања у време док су били законска категорија: на пример, о садржини, кругу субјекта овлашћених на доношење, степе ну обавезности, рангу у хијерархији правних аката, правној природи, односу према уговору, итд. О ставовима поводом неких питања вид. Драган Павић, „Облигациони уговори и самоуправни споразуми“, *Правни живот* 4/87, 427-445.

<sup>58</sup> М. Константиновић (1982а), 576.

<sup>59</sup> Мартин Ведриш, „Обавезе према грађанима као потрошачима и корисницима услуга“, *Коментар Закона о облигационим односима* (редатори: Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд 1980, 42; Boris Vizner, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb 1978, 45; Невенко Мисита, „Начело заштите потрошача у Закону о облигационим односима“, *Правни живот* 3 4/91, 413.

<sup>60</sup> Упор. Б. Благојевић (1983), 291.

де, прошире и допуне грађанскоправним нормама ради боље заштите друштвене својине, у том моменту једне од најбитнијих друштвених вредности. У исти ред идеја би се могла уклопити и норма о заштити потрошача. Премда није циљала ка очувању друштвене својине, њеним прописивањем тежило се бар ка минималном усмеравању односа у привреди у области потрошње ради обезбеђивања стабилности и једнаких услова на јединственом тржишту.<sup>61</sup>

Сводећи излагања у овом делу чини нам се да се бар у најгрубљим цртама могу уочити контуре детерминисане-усмерене слободе уговарања о којој је писао Б. Благојевић. Не треба сметнути с ума да је овај израз поменуо у чланку чија тема су била основна начела ЗОО и да је нагласио да баш код уговора у привреди ова начела треба да осигурају „најрационалније и најрентабилније“, најбоље осмишљено и најкорисније, пословање добрима у друштвеној својини. Мисао о усмерености слободе уговарања заправо није се односила на саму слободу, него на показатеље њеног усмеравања – принудне прописе, уставом утврђена начела друштвеног уређења и морал социјалистичког самоуправног друштва, о којима је говорио Б. Благојевић. Њихова функција је да слободу уговарања усмере. Ако за час променимо перспективу и покушамо да на усмеравање слободе уговарања гледамо економски, једна од карактеристика норми Основних начела о дужностима правних лица у заснивању облигационих односа била би да су изражавале одређену политику, политику државе у привреди, економску политику.<sup>62</sup> Могло би се рећи да су те заповести биле сегменти онога што се у француском праву назива *l'ordre public economique*.<sup>63</sup> Реч је о грађанскоправним нормама, принудним по речима Б. Благојевића, којима је држава спроводила

<sup>61</sup> Тежња да се нормом из чл. 8 спроведе политика којом се утиче на при вредну активност постаје јаснија када се ова норма доведе у смисаону везу нормом из са чл. 9 изворне верзије ЗОО у којем је стајало да су предузећа дужна „да у облигационим односима поступају у складу са начелом јединства југословенског тржишта и утврђеном политиком, да не ремете стабилност тржишта и да не наносе штету другим учесницима на тржишту, потрошачима и друштвеној заједници као целини“.

<sup>62</sup> Упор. „Насупрот позитивним, односно вредносно неутралним исказима, постоје вредносни или нормативни искази. [...] Због тога се вредносни односно нормативни судови називају прескриптивним, будући да се њима преписује одређено понашање односно политика. [...] Економисти, наравно, могу да износе и овакве вредносне судове, али та њихова активност више не спада у економску науку, већ у другу делатност: формирање економске политике“. Вид. Борис Беговић, Миролуб Лабус, Александра Јовановић, *Економија за правнике*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014<sup>5</sup>, 44.

<sup>63</sup> О овом појму вид. у француској теорији, нпр. Jean Carbonnier, *Droit civil. Les Obligations*, Paris 1998<sup>21</sup>, 140 141; Alain Bénabent, *Droit civil. Les obligations*, Paris 1997<sup>6</sup>, 105; J. Ghestin (1993), 109; F. Terré *et al.* 426 430; у српској, Драган Павић, „Јавни поредак заштите“, *Право и привреда* 5 8/2007, 819.

интервенцију у активности предузећа. То су норме економскоправног, односно привредноправног поретка.

Након доношења Закона о предузећима из 1988. године, укидања доминације друштвене својине<sup>64</sup> и уставног преуређења правног и економског поретка,<sup>65</sup> Уставом СРЈ од 1992. године престао је да постоји разлог због кога је друштвену својину требало штитити нормама Основних начела ЗОО. Оне су стављене ван снаге Законом о изменама и допунама ЗОО од 1993. године. Заједно с њима избрисана је и норма о заштити потрошача.<sup>66</sup> Од тада, проблем домашаја слободе уређивања садржине уговора решен је јединствено према свим лицима, појединцима и правним лицима, одредбом из члана 10 Основних начела ЗОО. Изван Основних начела постоје само две принудне законске норме које различито уређују слободу уговарања у уговорима између појединаца и слободу уговарања у уговорима у којима су обе или једна страна правно лице. Наиме, Закон је својом принудном нормом одредио границу слободе уговарања каматне стопе у уговорима између појединаца (ЗОО, чл. 399, ст. 1), док је посебном закону препустио да одреди највишу каматну стопу у односима између правних лица (ЗОО, чл. 399, ст. 2). Осим тога, забранио је уговорне одредбе о анатоцизму (ЗОО, чл. 400, ст. 1), али је предвидео да забрана не важи за кредитне послове банака и других банкарских организација (ЗОО, чл. 400, ст. 3). Уколико ове норме оставимо по страни, могли бисмо рећи да према ЗОО слобода уговарања привредних субјеката није усмеренија више од слободе уговарања појединаца.

Брисањем начела о дужностима друштвено правних лица при закључењу уговора ЗОО је ослобођен од норми које су биле његово вештачко ткиво. Оне су на један специфичан начин спроводиле политику државе у привреди, а такве норме нису природан састојак закона који уређује облигационе односе. Ипак, државна интервенција постоји и у новије време. Закон о заштити конкуренције прописао је да су забрањени и ништави уговори између привредних субјеката или поједине одредбе уговора које садрже рестриктивне споразуме.<sup>67</sup> Поред њега, Закон о заштити потрошача<sup>68</sup> наметнуо је привредним

<sup>64</sup> Мирко Васиљевић, *Пословно право*, Савремена администрација, Београд 2004<sup>8</sup>, 11.

<sup>65</sup> Израз економски поредак користи се у литератури уставног права да означи уставноправне норме у области економских односа. У том смислу, вид. Ратко Марковић, „Уставно преуређење Југославије и стабилност економског промета“, *Правни живот* 5 6/92, 593.

<sup>66</sup> Није сасвим јасно због чега је и чл. 9 Основних начела брисан, с обзиром на то да норма о заштити потрошача није имала идеолошки карактер којим су била прожета остала начела која су важила за друштвено правна лица.

<sup>67</sup> Закон о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 51/2009, чл. 10.

<sup>68</sup> Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014.

субјектима, када као трговци закључују уговоре с потрошачима, обавезу обавештавања и прописао право потрошача да захтева поништење уговора, уколико трговац не поступи у складу са том обавезом (чл. 13). Исти закон је прописао да су неправичне одредбе ових уговора ништаве (чл. 43) и на општи начин огласио ништавост било које друге уговорне одредбе, уколико директно или индиректно ускраћује или ограничава права која припадају потрошачу (чл. 3). Реч је о законским одредбама које изражавају државну интервенцију, али у новим облицима и с другачијим мотивима.<sup>69</sup> У сваком случају, у питању су принудне норме, које, без обзира да ли штите конкуренцију или субјективна права потрошача, ограничавају и делимично, кроз норме о заштити конкуренције, усмеравају слободу уговарања привредних субјеката, овог пута ради спровођења у живот новог друштвеног идеолошког избора ка слободном тржишту.

## 5. ЗАКЉУЧАК

Слобода уговарања мењала се у послератном развоју нашег права, а промене су се најизразитије осликавале на уговоре између привредних субјеката. На почетку, право је ономогућавало слободу уговарања. Потом је она имала изглед условљене слободе, слободе потчињене појединачном административном акту и административном пропису. Преображаји у уставном устројству, спровођени системским законима, делимично и нормама Основних начела ЗОО, трансформисали су условљену у усмерену слободу уговарања. У позадини тих промена стајао је идеолошки избор за дириговану, договорну економију и тежња државе да управља привредом.

Након стварања уставноправног оквира за слободно тржиште и измена и допуна ЗОО, слобода уговарања остала је усмерена. Али сада, као у другим правима заснованим на слободном тржишту, српско право усмерава слободу уговарања спроводећи државну интервенцију у привредне активности правним принципима и нормама привредноправног (економскоправног) јавног поретка.

## ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Антонијевић, З., „Облигациони односи у привреди“, *Уговорно и одштетно право према Закону о облигационим односима* (ур. Милан Петровић), Београд 1979. (Antonijević, Z., „Obligacioni

<sup>69</sup> Професор Васиљевић види разлоге државне интервенције у привреди, по средством норми права конкуренције и права заштите потрошача, у тежњи државе да води социјалну политику или уређује и води економски систем. Вид. М. Васиљевић, 423 443.

- odnosi u privredi“, *Ugovorno i odštetno pravo prema Zakonu o obligacionim odnosima* (ur. Milan Petrović), Beograd 1979)
- Балог, Н., „Преображај карактера привредних уговора“, *Архив за правне и друштвене науке* 3/1951. (Balog, N., „Preobražaj karaktera privrednih ugovora“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 3/1951)
- Барбић, Ј., „Југославенско подuzeће од удруживања рада према удруживању капитала“, *Правни живот* 11–12/1990. (Barbić, J., „Jugoslavensko poduzeće od udruživanja rada prema udruživanju kapitala“, *Pravni život* 11–12/1990)
- Беговић, Б., Лабус, М., Јовановић, А., *Економија за правнике*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014<sup>5</sup>. (Begović, B., Labus, M., Jovanović, A., *Ekonomija za pravnike*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014<sup>5</sup>)
- Bénabent, A., *Droit civil. Les obligations*, Paris 1997<sup>6</sup>.
- Благојевић, Б., *Грађанскоправни облигациони уговори*, Београд 1947. (Blagojević, B., *Građanskopravni obligacioni ugovori*, Beograd 1947)
- Благојевић, Б., „Основна начела Закона о облигационим односима и задаци суда у парничном поступку“, *Правни живот* 3/1983. (Blagojević, B., „Osnovna načela Zakona o obligacionim odnosima i zadaci suda u parničnom postupku“, *Pravni život* 3/1983)
- Благојевић, Б., *Посебни део облигационог права*, Београд 1939. (Blagojević, B., *Posebni deo obligacionog prava*, Beograd 1939)
- Бркић, М., „Облигациони односи и друштвено планирање“, *Коментар Закона о облигационим односима* (редактори: Борилсав Благојевић, Врлета Круљ), Београд, 1980. (Brkić, M., „Obligacioni odnosi i društveno planiranje“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (redaktori: Borilsav Blagojević, Vrleta Krulj), Beograd, 1980)
- Carbonnier, J., *Droit civil, Les Obligations*, Paris 1998<sup>21</sup>.
- Ђорђевић, А., *Систем грађанског права, Прва Књига, Општи део*, Београд 1898<sup>2</sup>. (Đorđević, A., *Sistem građanskog prava, Prva Knjiga, Opšti deo*, Beograd 1898<sup>2</sup>)
- Faransworth, E. A., Mozolin, V., *Contract law in the USSR and the United States, History and General concept*, Volume I, Boston, 1987.
- Flour, J., Aubert, J. L., *Les obligations, Tome 1, L'acte juridique*, Paris 1993<sup>3</sup>.
- Ghestin, J., *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, La formation du contrat*, Paris 1993<sup>3</sup>.
- Goldštajn, A., *Privredno ugovorno pravo*, Zagreb 1967.

- Гамс, А., „Старо и ново у нашем грађанском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 4/1958. (Gams, A., „Staro i novo u našem građanskom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 4/1958)
- Гамс, А., „Својина и односи јавног и приватног“, *Правни живот* бр. 8–10/89. (Gams, A., „Svojina i odnosi javnog i privatnog“, *Pravni život* br. 8–10/89)
- Гамс, А., *Увод у грађанско право. Општи део*, четврто издање, Београд 1964<sup>4</sup>. (Gams, A., *Uvod u građansko право. Opšti deo*, четврто издање, Beograd 1964<sup>4</sup>)
- Hémard, J., „*L'économie dirigée et les contrats commerciaux*“, *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offerretes à Georges Ripert, Tome II*, Paris 1950.
- Jakšić, S., *Obligaciono pravo*, Sarajevo, 1957.
- Kelsen, H., „La théorie juridique de la convention“, *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique* 1–4/1940.
- Константиновић, М., „Друштвена својина“, *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/82. (Konstantinović, M., „Društvena svojina“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/82)
- Константиновић, М., *Облигационо право према белешкама са предавања професора Михаила Константиновића*, Београд 1957. (Konstantinović, M., *Obligaciono pravo prema beleškama sa predavnja profesora Mihaila Konstantinovića*, Beograd 1957)
- Константиновић, М., *Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Београд, 1996. (Konstantinović, M., *Obligacije i ugovori, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd, 1996)
- Константиновић, М., „Стара ‘правна правила’ и јединство права“, *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/82. (Konstantinović, M., „Stara ‘pravna pravila’ i jedinstvo prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/82)
- Круљ, В., „Слобода уређивања облигационих односа“, *Коментар Закона о облигационим односима. Књига прва* (редактори: Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд 1980. (Krulj, V., „Sloboda uređivanja obligacionih odnosa“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima. Knjiga prva* (redaktori: Borislav Blagojević, Vrleta Krulj), Beograd 1980)
- Лабус, М., *Основи економије*, Београд 2007<sup>7</sup>. (Labus, M., *Osnovi ekonomije*, Beograd 2007<sup>7</sup>)
- Леградић, Р., „О прображају права и правне науке код нас“, *Годишник на правно-економскиот факултет во Скопје*, Том II, 1955.

- (Legradić, R., „O probražaju prava i pravne nauke kod nas“, *Godišnik na pravno-ekonomskiot fakulet vo Skopje*, Tom II, 1955)
- Lovrenović, S., *Ekonomska politika*, Zagreb 1982<sup>2</sup>.
- Марковић, Р., „Уставно преуређење Југославије и стабилност економског промета“, *Правни живот* 5–6/92. (Marković, R., „Ustavno preuređenje Jugoslavije i stabilnost ekonomskog prometa“, *Pravni život* 5–6/92)
- Malaurie, P., Aynès L., *Les Obligations*, Paris 2009.
- Malinvaud, P., *Droit des obligations*, Paris 2007<sup>10</sup>.
- Marty, G., Raynaud, P., *Droit civil, Tome II, Les obligations*, Paris 1962.
- Мисита, Н., „Начело заштите потрошача у Закону о облигационим односима“, *Правни живот* 3–4/91. (Misita, N., „Načelo zaštite potrošača u Zakonu o obligacionim odnosima“, *Pravni život* 3–4/91)
- Перовић, С., *Аутономија воље и принудни прописи*, Будва, 2007. (Perović, S., *Autonomija volje i prinudni propisi*, Budva, 2007)
- Павић, Д., „Јавни поредак заштите“, *Право и привреда* 5–8/2007. (Pavić, D., „Javni poredak zaštite“, *Pravo i privreda* 5–8/2007)
- Павић, Д., „Облигациони уговори и самоуправни споразуми“, *Правни живот* 4/87. (Pavić, D., „Obligacioni ugovori i samoupravni sporazumi“, *Pravni život* 4/87)
- Перовић, С., „Слобода уређивања облигационих односа“, *Коментар Закона о облигационим односима. Књига прва* (редактори: Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Београд 1980. (Perović, S., „Sloboda uređivanja obligacionih odnosa“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima. Knjiga prva* (redaktori: Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović), Beograd 1980)
- Перовић, С., *Забрањени уговори*, Београд 1975. (Perović, S., *Zabranjeni ugovori*, Beograd 1975)
- Перовић, С., *Облигационо право*, Београд 1986. (Perović, S., *Obligaciono pravo*, Beograd 1986)
- Поп-Георгиев, Д., „Облигациони односи и располагање друштвеним средствима“, *Коментар Закона о облигационим односима. Књига прва* (редактори: Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Крагујевац, 1980. (Pop-Georgiev, D., „Obligacioni odnosi i raspolaganje društvenim sredstvima“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima. Knjiga prva* (redaktori: Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović), Kragujevac, 1980)
- Ribič, V., „Pregled ekonomske literature na osnovi teoretskih, konceptijskih i konkretizacijskih problema privredne zbilje



- (Razdoblje centralističko-administrativnog rukovođenja privredom)“, *Ekonomska literatura*, Zagreb 1988.
- Ripert, G, Boulanger, J., *Traité élémentaire de droit civil de Plainiol, Obligations – Contrats – Sûretés réelles*, Paris 1952<sup>4</sup>.
- Salma, J., *Obligaciono pravo*, Novi Sad 2009<sup>6</sup>.
- Terré, F., Simler, P., Lequette, Y., *Droit civil, Les obligations*, Paris 2013<sup>11</sup>.
- Томић, З., *Опште управно право*, Београд 2009<sup>5</sup>. (Томић, З., *Опште управно право*, Београд 2009<sup>5</sup>)
- Васиљевић, М., *Пословно право*, Савремена администрација, Београд 2004<sup>8</sup>. (Vasiljević, M., *Poslovno pravo*, Savremena administracija, Beograd 2004<sup>8</sup>)
- Ведриш, М., „Обавезе према грађанима као потрошачима и корисницима услуга“, *Коментар Закона о облигационим односима* (редактори: Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд 1980. (Vedriš, M., „Obaveze prema građanima kao potrošačima i korisnicima usluga“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (redaktori: Borislav Blagojević, Vrleta Krulj), Beograd 1980)
- Vizner, B., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb 1978.
- Vuković, M., *Obvezno pravo, Knjiga II*, Zagreb 1964.

Marko Đurđević, PhD

Associate Professor  
University of Belgrade, Faculty of Law

Dragan Pavić, Mag. iur.

Assistant Lecturer  
University of Belgrade, Faculty of Law

## ON CONDITIONED AND DIRECTED FREEDOM OF CONTRATS BETWEEN BUSINESS ENTITY

### *Summary*

The term conditioned freedom of contracts appeared in our legal theory before the adoption of the Obligations Relations Act, whereas the term directed freedom of contracts occurred after the Act's entry into force. Both terms were used to signify transformation of freedom of con-

tracts within the legal system based on ideology of socialism, social ownership of the means of production and government ruled economy and, afterwards, “coordinated economy”.

Conditioned freedom of contracts originated from the right to use the means of production in social ownership. This right, which belonged to social (state-owned) companies, consisted of two components. The first, public-law component conditioned the second, private law component, by means of norms in individual administrative acts and administrative regulations. As these norms were an expression of state power, they make the contract subordinate: individual administrative act is a condition for the conclusion of contract, and administrative regulations for its validity.

Directed freedom of contracts is freedom of making contracts directed by economic order established by the Constitution, systemic laws, and partially by the norms of the basic principles of the Obligations Relations Act which are related to social companies.

As regards freedom of contracts it can be said that even today it is directed by legal principles and norms of economic-legal public policy through which the state interferes in business enterprises.

Key words: *Contract. – Freedom of contracts. – Mandatory rules. – Public policy (l'ordre public).*

Article history

Received: 16. 4. 2016.

Accepted: 16. 5. 2016.

Др Марија Караникић Мирић\*

## ШТЕТА УСЛЕД НЕЖЕЉЕНОГ РОЂЕЊА И НЕЖЕЉЕНОГ ЖИВОТА: ОСВРТ НА ЗОЈИН ЗАКОН

*Недавно усвојеним Законом о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести, који је стручној и општој јавности познат још као Зојин закон, уведена су два за нас нова облика правом признате штете: штета услед нежељеног рођења и штета услед нежељеног живота. Предмет овога рада је упоредноправна анализа ових и неких сродних института те критичка анализа наших нових законских решења. Ауторка показује сложеност правних и моралних недоумица које настају при покушају да се уреди грађанскоправне последице нежељеног рођења и нежељеног живота, указује на мањкавости нових правила, али пре свега скреће пажњу на то да су она усвојена у атмосфери привидног политичког консензуса, без стварно вођене суштинске стручне и опште јавне расправе.*

Кључне речи: *Зојин закон. Грађанскоправна одговорност лекара. Штета услед нежељеног рођења. Штета услед нежељеног живота.*

### 1. УВОД

Народна скупштина Републике Србије усвојила је почетком 2015. године *Закон о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести*,<sup>1</sup> стручној и општој јавности познат још као *Зојин закон*. Своје друго име закон

\* Ауторка је ванредна професорка Правног факултета Универзитета у Београду, [marija@ius.bg.ac.rs](mailto:marija@ius.bg.ac.rs)

<sup>1</sup> *Службени гласник РС* бр. 8/2015. Први стручни текстови о новоме закону имали су за циљ да прикажу нова решења: Хајрија Мујовић Зорнић, „Приказ Закона о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести (Зојин закон)“, *Правни инструктор* 86/2015 од 26. фебруара 2015, доступно у бази *ParagrafLex*.

је добио по девојчици која је преминула од Батенове болести, једног ретког и фаталног наследног неуродегенеративног поремећаја. Зојини родитељи су иницирали рад на овоме пропису, а одлука о његовом усвајању донета је једногласно, у атмосфери политичког консензуса.<sup>2</sup> Зојиним законом уређују се односи међу учесницима у медицинским поступцима превенције и дијагностиковања генетских и ретких болести те генетски условљених анормалија. Закон уводи важну новину у област деликтне одговорности у грађанскоме праву. Реч је о два за нас нова облика правом признате штете: *штети услед нежељеног рођења* и *штети услед нежељеног живота*.

Да видимо прво како гласе нова законска правила. У ст. 1, чл. 33 новог закона стоји: „Ако је дете рођено са генетички условљеном болешћу или анормалијом, што га чини особом са инвалидитетом, или га озбиљно и трајно онеспособљава, или му даје лошу животну прогнозу, а да такво стање код њега није било претходно медицински препознато нити дијагностиковано у току ембрионалног или феталног развоја, лекар који је поступао противно важећем стандарду медицинске струке или није поштовао медицински протокол и поступао противно правном стандарду дужне пажње у обављању професионалне делатности, одговара детету за тиме насталу штету“. По одредби става 2 истог члана ово дете има право на накнаду штете по општим правилима о одговорности за штету, а према одредби става 3 „штета коју у том случају трпи дете не састоји се у откривеној генетичкој болести, генетички условљеној анормалији или реткој болести, нити у чињеници да је дете рођено, већ у последицама које због болести, односно анормалије нежељено рођење узрокује у виду повећаних трошкова лечења и неге за дете“.

Према ст. 1, чл. 34 новог закона, „лекар је одговоран за штету родитељима детета које је рођено генетички оштећено, због повреде њиховог права да буду обавештени о здравственом стању детета пре рођења, како би тако информисани дали свој пристанак на даљи третман, односно како би слободно одлучили да ли желе да такву трудноћу доведу до краја или да је превремено из тих разлога прекину, а све у оквиру законом допуштених индикација за прекид трудноће“. У ставу 2 стоји: „Штета коју у том случају трпе родитељи

---

<sup>2</sup> Према подацима Министарства здравља у првој години након усвајања Зојиног закона 188 узорака послато је о трошку државе у иностранство на генетичке анализе које нису могле да се обаве у земљи, [www.zdravlje.gov.rs](http://www.zdravlje.gov.rs), 21. јануар 2016. С друге стране, стручњаци окупљени у Секцији за медицинску генетику Друштва генетичара Србије траже да се Зојин закон измени, јер је њиме „унета пометња у организацију служби за генетичке анализе у оквиру здравственог система“, *www.politika.rs*, 7. фебруар 2016. Предмет овога рада нису решења и учинци Зојиног закона у ширем смислу, већ само законска правила која се односе на грађанскоправну одговорност за штетне последице нежељеног рођења и нежељеног живота.

састоји се из душевних болова услед дететове онеспособљености, генетички условљене болести и аномалије, коју нису очекивали и на коју због изосталих лабораторијских претрага и генетичких информација нису били упозорени“. Одредбом става 3 прописано је да родитељи имају право на накнаду штете по општим правилима о одговорности за штету.

Коначно, одредбом чл. 35 Зојиног закона прописано је да се одговорност лекара<sup>3</sup> искључује „кад постоји техничка грешка у самом налазу издатом од лабораторије, кад постоји случај у смислу грађанског права, и кад су један или оба родитеља знали за ризик да ће дете бити рођено онеспособљено насталом болешћу или генетички условљеном аномалијом и на то су пристали“.

## 2. НЕЖЕЉЕНО РОЂЕЊЕ И НЕЖЕЉЕНИ ЖИВОТ

Штете услед нежељеног живота односно нежељеног рођења представљају део једног ширег корпуса губитака у имовинској или моралној сфери, који могу да настану услед нежељеног зачећа, прекида трудноће, рођења или живота.<sup>4</sup> Реч је о морално осетљивим питањима која излазе из уобичајеног правног дискурса. Индивиду-

<sup>3</sup> У чл. 35 помиње се и искључење одговорности *другог здравственог радника*. Наиме, глава VIII Зојиног закона носи наслов *Одговорност за штету коју претрпи пацијент* и уз све горе наведене чланове обухвата и чл. 32 који нисам цитирала. Чл. 32 изостављам због тога што се у њему налазе општа правила о вануговорној одговорности лекара и других здравствених радника за професионалну кривицу. Додуше, начин на који су ова правила изложена у чл. 32 може само да допринесе постојећем неразумевању о којем је у домаћој теорији већ писано. Вид. Миодраг В. Орлић, „Закон о здравственој заштити и одговорност лекара за проузроковану штету“, посебан отисак часописа *Правни живот* 7 8/2012, 1 25; Марија Караникић Мирић, „Кривица као основ деликтне одговорности лекара у грађанском праву“, *Правни живот* 10/2013, 623 638. У сваком случају, одговорност *другог здравственог радника* помиње се у чл. 35 највероватније зато што је интенција законодавца била да ослобађајући разлози из тога члана важе и у случајевима одговорности из чл. 32. Одговорност за штету услед нежељеног живота из чл. 33 34 Зојиног закона везује се само за лекаре као потенцијално одговорна лица.

<sup>4</sup> Енглески називи *wrongful conception*, *wrongful birth* и *wrongful life* потичу из праксе судова Сједињених Америчких Држава и широко су прихваћени у правној теорији. Наравно, није реч о томе да су нечије зачеће, рођење или живот против ни праву, него да је противправно односно скривљено понашање које је довело до нежељеног зачећа или рођења. Тако: Cees van Dam, *European Tort Law*, Oxford 2007, 156, 161. У овом контексту користим израз *нежељено зачеће, рођење и живот*, а не изразе *противправно* или *скривљено зачеће, рођење и живот*, зато што се онај први већ уврежио у домаћој теорији медицинског права (вид. радове Јакова Радишића и Хајрије Мујовић Зорнић), али и зато што ми се чини да боље преноси суштину ових појава. Међутим, и израз нежељен (немачки *ungewollt*) има своје недостатке: примерице, оставља отвореним питање да ли је зачеће односно рођење одувек било

ални ставови о њима укоренењени су у личним погледима на свет и тешко се мењају и усаглашавају с туђим ставовима. У упоредноме праву у овој области влада разноликост и неусклађеност решења чак међу правним системима европскога континента.<sup>5</sup> Широки политички консензус који је постигнут приликом доношења Зојиног закона односио се, пре свега, на централна законска решења која се тичу: превенције генетских и ретких болести те генетски условљених аномалија, уређења предикативне, пренаталне, постнаталне и циљне дијагностике и, особито, услова под којима Републички фонд за здравствено осигурање сноси трошкове неопходног упућивања биолошког материјала или осигураног лица у инострану здравствену установу ради спровођења додатних дијагностичких поступака који не могу да се спроведу у Србији. Међутим, о правилима о одговорности лекара за штетне последице нежељеног рођења и нежељеног живота није се много расправљало. Чини се да је консензус о томе само привидан: Постојање законског решења не значи нужно и да постоји широка друштвена сагласност о овоме.<sup>6</sup>

Под *нежељеним* мисли се на зачеће или рођење противно слободној индивидуалној одлуци родитеља. Право на слободно одлучивање о рађању деце гарантовано је уставном нормом у српскоме праву.<sup>7</sup> Међутим, уместо права на слободно одлучивање о рођењу детета понекад се у домаћој правној теорији, према немачкоме узору, помиње право на планирање породице односно само планирање породице као правом заштићено лично добро.<sup>8</sup> У сваком случају, под нежељеним зачећем или рођењем не мисли се на негативан психички однос родитеља према нежељеној трудноћи или непланираноме детету, који може да буде заснован било на објективним животним околностима, било на субјективним, интимним преференцама.<sup>9</sup> Нежељено зачеће или рођење јесте резултат повреде права на слобод-

---

нежељено или је накнадно постало такво. Тако: Basil S. Markesinis, Hannes Unberath, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise*, Oxford Portland 2002, 180.

<sup>5</sup> Barbara Steininger, „Wrongful Birth and Wrongful Life: Basic Questions“, *Journal of European Tort Law* 1/2010, 125 и даље.

<sup>6</sup> Република Србија преузела је на себе обавезу да основна питања која про излазе из развоја биологије и медицине буду предмет одговарајуће јавне расправе, посебно у светлу релевантних медицинских, социјалних, економских, етичких и правних импликација, те да њихова могућа примена буде предмет одговарајућих консултација. Вид. чл. 28 Закона о потврђивању Конвенције о људским правима и биомедицини, *Службени гласник РС Међународни уговори*, бр. 12/2010.

<sup>7</sup> Устав Републике Србије, *Службени гласник РС* бр. 98/2006, чл. 63 (*Слобода одлучивања о рађању*).

<sup>8</sup> Јаков Радишић, *Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и у обавештавању пацијента*, Београд 2007, 94-95.

<sup>9</sup> Вид. детаљније Хајрија Мујовић Зорнић, *Одговорност за штету због нежељеног рођења (wrongful birth) и због нежељеног живота (wrongful life)* Упо

но одлучивање о рађању, до које је дошло скривљеним понашањем медицинског радника односно установе која пружа медицинску заштиту.<sup>10</sup> Реч је о случајевима нежељеног зачећа или рођења детета који су узроковани изостанком медицинског третмана или погрешним медицинским третманом, укључујући пропуштање или погрешно обавештавање о чињеницама и околностима од значаја за доношење одлуке о репродуктивном здрављу. Као примери погрешног или изосталог медицинског третмана који представља повреду права на слободно одлучивање о зачећу или рађању обично се наводе: рђаво извршен или изостао абортус, непрописно обављена стерилизација, непотпуно обавештавање о ризику који остаје након стерилизације, закаснило уочавање непланиране трудноће, погрешно саветовање пре зачећа у области хумане генетике, изостанак обавештавања будућих родитеља о (могућем) инвалидитету зачетог детета, и тако даље.<sup>11</sup>

### 3. ШТЕТА УСЛЕД НЕЖЕЉЕНОГ РОЂЕЊА

Посматрано у најширем смислу, под штетом услед нежељеног рођења (*wrongful birth*) у литератури упоредног грађанског и медицинског права мисли се на правом признате губитке у имовинској или моралној сфери *родитеља* нежељеног детета. Рођење нежељеног детета у овим случајевима догодило се услед погрешног поступања лекара.<sup>12</sup> Другим речима, лекар је скривљено пропустио да спречи рођење детета које родитељ није желео. Ово обухвата случајеве рођења како здравог, тако и болесног детета. У позицији оштећеника налази се родитељ, а штета којој је изложен може да буде и материјална и морална.<sup>13</sup> Лекар није проузроковао саму болест одно-

---

*редноправни преглед*, докторска дисертација, умножено за одбрану, Београд 2000, 15 и даље.

<sup>10</sup> У овим најопштијим терминолошким разграничењима није особито важно да се разврстају и појмови лекара, здравственог радника, пружаоца медицинске услуге и томе слично. Важно је само да се уочи да је до нежељеног зачећа, рођења или живота дошло скривљеним понашањем медицинског стручњака у оквиру репродуктивне здравствене заштите.

<sup>11</sup> Х. Мујовић Зорнић (2000), 17 18, Ј. Радишић, 95 98.

<sup>12</sup> О појму професионалне кривице лекара и другог медицинског особља вид. детаљно. М. Караникић Мирић (2013), 623 638.

<sup>13</sup> Х. Мујовић Зорнић (2000), 23; В. Steiningер, 126. Коциол (*Koziol*) истиче да нико од оних који заслужују да буду узети озбиљно не тврди да само дете односно чињеница његовог рођења представља штету. Личност односно постојање личности не може да се означи као штета. Зато је неопходно да мисаоно раздвојимо дете односно чињеницу рођења детета, с једне стране, од трошкова подизања детета, с друге стране. Вид. Helmut Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Vienna 2012, 126 127; В. Steiningер, 129 130.

сно тежак инвалидитет, него је скривљеним понашањем пропустио да спречи рођење нежељеног детета. Другим речима, штета се не састоји у самом зачећу или рођењу, него у правом признатим губицима у моралној и имовинској сфери који су настали као последица нежељеног зачећа или рођења.

Наравно, већ овде је очигледна морална деликатност ових установа. Да би остварила право на накнаду штете услед нежељеног рођења, мајка мора да устврди или чак посведочи на суду да би изабрала абортус односно спречила зачеће да је имала прилику за то, то јест да је само знала да ће родити дете какво је родила.<sup>14</sup> Међутим, холандски судови гледају другачије на ову ситуацију: Штета услед нежељеног рођења детета која се састоји у трошковима његовог подизања настаје баш зато што родитељи прихватају дете које је рођено. Мајка није оптирала за абортус у случају нежељеног зачећа; родитељи нису дали дете на усвојење иако нису желели да се оно роди. Другим речима, одштетни захтев родитеља не имплицира одбијање и негативан став према детету. Напротив, одштетни захтев је последица прихватања детета. Тог захтева не би било да су се родитељи одрекли родитељства.<sup>15</sup>

Поједини аутори праве разлику између нежељеног зачећа и нежељеног рођења, издвајајући као нежељено зачеће (*wrongful conception*) случај када је слободно одлучивање родитеља ометено погрешним поступањем лекара услед чега је дошло до нежељеног зачећа. Други, пак, резервишу појам нежељеног рођења за нежељено рођење тешко болесног детета или детета с инвалидитетом, а у случају рођења здравог детета говоре о нежељеном зачећу или нежељеној трудноћи (*wrongful pregnancy*).<sup>16</sup> Свакако да разноликост теоријских ставова, правних решења, моралних и друштвених схватања иде руку под руку с терминолошком неусаглашеношћу.<sup>17</sup> У сваком случају, захтевом родитеља за накнаду штете услед нежељеног рођења детета не оспорава се право детета на живот, него се штити право родитеља на слободно доношење одлуке о рађању.

---

<sup>14</sup> Wendy F. Hensel, „The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions“, *Harvard Civil Rights Civil Liberties Law Review* 1/2005, 171–172.

<sup>15</sup> О ставу холандских судова: В. Steiniger, 130.

<sup>16</sup> Andrew Grubb, Judith Laing, Jean McHale, Ian Kennedy, *Principles of Medical Law*, Oxford 2010, 295 и даље.

<sup>17</sup> Након једне одлуке Врховног суда државе Охајо из 1986. године (*Burr v. Board of County Commissioners*) у пракси судова Сједињених Америчких Држава јављају се и одштетни захтеви због нежељеног усвојења (*wrongful adoption*). У овим случајевима адоптивни родитељи захтевају накнаду штете од агенција за усвојење због прикривања информација о здравственом стању усвојеног детета. Према: Amanda Trefethen, „The Emerging Tort of Wrongful Adoption“, *Journal of Contemporary Legal Issues* 1/2000, 620–624.



У немачкоме праву одговорност лекара према родитељима за штету услед нежељене трудноће и нежељеног рођења заснива се на правилима о уговорној одговорности, без обзира на то да ли је дете рођено здраво или болесно. Ту се ради о одговорности за трошкове подизања детета. Ови трошкови су по природи ствари већи ако је дете рођено болесно или с инвалидитетом. Поред тога, према правилима о деликтној одговорности, мајка има посебно право на накнаду за душевни бол услед компликованог нежељеног порођаја.<sup>18</sup>

Француско право не признаје штету услед нежељеног рођења здравог детета. Примера ради, у случају неуспешно обављеног абортуса, мајка нема одштетни захтев према лекару ако се нежељено дете родило здраво. У случају рођења здравог детета, чак када то рођење није жељено, родитељ не трпи правом признату штету, него је изложен нормалним трошковима родитељства. Правом призната морална и имовинска штета у вези с нежељеним рођењем може да се састоји само у психичком болу и имовинским трошковима који превазилазе нормалне бриге и потешкоће родитељства (*dommage particulier excédant les charges normales de la maternité*). У случају нежељеног рођења детета с тешким инвалидитетом, правом призната штета састоји се у повећаним трошковима подизања таквог детета и у психичком болу родитеља због његовог здравственог стања.<sup>19</sup>

Право на накнаду штете услед нежељеног рођења *здрога детета* није признато ни у другим бројним европским државама, рецимо у Аустрији, Данској, Мађарској, Ирској, Норвешкој те Енглеској, Шкотској и Велсу. Насупрот томе, одштетни захтеви због нежељеног рођења здравог детета признају се, примера ради, у Немачкој, Белгији, Чешкој, Италији, Холандији, Пољској, Шпанији и Швајцарској.<sup>20</sup> У случају нежељене трудноће у Енглеској, Шкотској и Велсу признато је право мајке на накнаду медицинских трошкова трудноће и порођаја, али не и право на накнаду трошкова подизања детета које је здраво. Правило је установљено у чувеном случају *Macfarlane*

<sup>18</sup> В. Markesinis, Н. Unberath, 179. Друго веће немачког Савезног уставног суда је 1993. године заузело став да се досуђивањем накнаде за трошкове издржавања на рушава људско достојанство детета. Међутим, немачки Савезни врховни суд остао је при своме ставу да трошкови издржавања нежељеног детета представљају правом признату штету. С тиме се 1998. сагласило и Прво веће Савезног уставног суда, заузевши став да рођење детета не представља штету, али да обавеза издржавања детета која је настала противно вољи родитеља то јесте, ако је до нежељеног рођења дошло грешком лекара (непрописном стерилизацијом, погрешним генетским саветовањем). Вид. Ј. Радишић, 96; В. Steininger, 129; С. van Dam, 157, 159.

<sup>19</sup> Француско право признаје и душевни бол услед рођења детета с обзиром на околности зачећа, као што су силовање или инцест. О францускоме праву овде према: Philippe le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris 2006, 396.

<sup>20</sup> Вид. више код: Martin Hogg, „Damages for Pecuniary Loss in Cases of Wrongful Birth“, *Journal of European Tort Law* 1/2010, 158 161.

*and Another v. Tayside Health Board* из 1999, у којем је брачни пар нежељено зачео пето дете, пошто их је лекар уверавао у успешност извршене вазектомије.<sup>21</sup> Међутим, у једном случају из 2003. године, слепа жена се подвргла стерилизацији, уверена да није у стању да обавља уобичајене родитељске дужности. Захват није спроведен онако како је требало, па је родила здраво дете. Највиши суд Енглеске, Шкотске и Велса потврдио је став из случаја *Macfarlane*, наиме, да се у накнади штете не могу захтевати трошкови подизања здравога детета, али је мајци ипак досудио симболичан износ накнаде (*nominal damages*), који треба да означи да је повређена у својим правима.<sup>22</sup>

У случајевима нежељеног зачећа судови европских држава начелно *не допуштају* да се разматра питање доприноса оштећене која је могла да оптира за абортус и да на тај начин умањи штету која јој је претила, и то без обзира на допуштеност абортуса у конкретном случају.<sup>23</sup> Међутим, има и друкчијих примера: У једном случају нежељеног зачећа здравог детета до ког је дошло погрешним поступањем лекара, белгијски суд је одбио одштетни захтев мајке сматрајући да трошкови подизања детета којима је изложена произлазе из њене законске обавезе да издржава дете које је родила и из њене слободно донете одлуке да не прекине нежељену трудноћу.<sup>24</sup>

#### 4. ШТЕТА УСЛЕД НЕЖЕЉЕНОГ ЖИВОТА

Посматрано такође у најширем смислу, под штетом услед нежељеног живота (*wrongful life*) у литератури упоредног грађанског и медицинског права мисли се на правом признате губитке у имовинској или моралној сфери *детета* које је рођено тешко болесно или с инвалидитетом, а које не би било рођено такво, или не би било рођено уопште,<sup>25</sup> да није било погрешног поступања лекара.<sup>26</sup> У

<sup>21</sup> Одлука у случају *Macfarlane* доступна је на [www.publications.parliament.uk](http://www.publications.parliament.uk), 27. март 2016.

<sup>22</sup> *Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust*, [2003] UK House of Lords 52. Одлука је доступна на [www.publications.parliament.uk](http://www.publications.parliament.uk), 27. март 2016. Вид. такође код: C. van Dam, 160 161.

<sup>23</sup> C. van Dam, 158.

<sup>24</sup> Anne Keirse, Martien Schaub, „Self Determination with a Price Tag: The Legal and Financial Consequences of Wrongful Conception and Wrongful Birth and the Decision of the Parents to Keep the Child“, *Journal of European Tort Law* 1/2010, 248 249.

<sup>25</sup> Касније ћу да покажем у чему се састоји разлика између активно изазване пренаталне штете и штете услед нежељеног живота, што се не види из овог најширег одређења.

<sup>26</sup> Остављам по страни разматрања о покушајима да се социјална стигма и друге животне потешкоће изједначе с болешћу и инвалидитетом, укључујући од

позицији оштећеника налази се дете, а штета коју оно трпи може да буде како материјална тако и морална.<sup>27</sup> У позицији одговорног лица налази се лекар. Међутим, када рођење болесног детета односно детета с инвалидитетом није нежељено, него је родитељ слободно одлучио о рођењу знајући да ће се дете родити тешко болесно или с инвалидитетом, односно да постоји повећани ризик да дође до тога, отвара се и питање одштетног захтева детета према родитељу.<sup>28</sup> У сваком случају, одштетни захтев детета због нежељеног живота може да настане искључиво ако је дете рођено живо. Тек у том случају може и да се отвори питање његове наследивости.<sup>29</sup>

Правни писци углавном сматрају да захтев за накнаду штете услед нежељеног живота неминовно почива на старијем схватању да постоје људска стања која су гора од тога да се уопште не буде рођен, односно на ставу самога детета да би му било боље да се није родило него што се родило с тако тешком болешћу или инвалидитетом.<sup>30</sup> Наиме, да се лекар понашао онако како је требало, односно да је

---

штетне захтеве здравог детета против оца због тога што је рођено ван брака, односно против староца пословно неспособне мајке зато што је непажњом омогућио контакт штићенице с оцем детета, па је за време тог контакта дошло до ванбрачног зачећа. Вид. Richard E. Wolff, „Wrongful Life: A Modern Claim Which Conforms to the Traditional Tort Framework“, *William & Mary Law Review* 1/1978, 125; W. Hensel, 152.

<sup>27</sup> X. Мујовић Зорнић (2000), 23; B. Steininger, 125 126.

<sup>28</sup> X. Мујовић Зорнић (2000), 25. У случају *Grodin v. Grodin* из 1980. године суд у Мичигену је први пут у праву САД разматрао захтев детета против мајке за накнаду штете услед трајног телесног оштећења изазваног немарним понашањем мајке у току трудноће. Bonnie Steinbock, *Life Before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses*, New York Oxford 1992, 96. У енглеском праву прописано је одредбама Закона о одговорности за штете на рођењу да жена која управља моторним возилом а зна или се од ње може основано очекивати да зна да је трудна одговара по општим правилима о одговорности за штету од моторног возила у покрету своје нерођеноме детету које се, услед повреде у саобраћајном удесу, роди с инвалидитетом. Трудница дугује исти степен пажње према својем нерођеном детету и према другим учесницима у саобраћају. Наравно, реч је о активно изазваној пренаталној штети, а не о штети услед нежељеног рођења. Section 2, *Congenital Disabilities Act of 1976*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/28>, 22. март 2016 (прихватам превод назива овога закона који се уврежио у домаћој правној теорији, вид. радове J. Радишића и X. Мујовић Зорнић). Ван Дам (*van Dam*) прави разлику између активно изазване пренаталне штете коју дете подноси током живота због неке повреде која му је проузрокована *in utero* и *неспречене пренаталне штете* коју дете подноси током живота због мајчине болести у трудноћи или зато што мајка није добила савет или је добила неадекватан савет у вези с ризиком да се дете роди тешко болесно или с инвалидитетом. C. van Dam, 161 162. Израз *пренатална* овде одређује време предузимања штетне радње, док се различити облици ових штета испољавају и после рођења детета.

<sup>29</sup> C. van Dam, 161.

<sup>30</sup> B. Steininger, 126, Albert Ruda, „*I Didn't Ask to be Born: Wrongful Life from a Comparative Perspective*“, *Journal of European Tort Law* 1/2010, 204 и даље.

мајка, знајући да ће се дете родити болесно или с инвалидитетом, одлучила да прекине трудноћу – детета не би ни било. Постојале су, дакле, само две могућности за ово дете: да се роди болесно односно с инвалидитетом, или да се не роди уопште. Само у том смислу и скривљено понашање лекара представља узрок нежељеног рођења детета: да се лекар није понашао на начин на који се понашао, мајка би одлучила да прекине трудноћу и дете не би ни било рођено.<sup>31</sup> Ово је, наравно, могуће искључиво ако прекид трудноће није забрањен.<sup>32</sup> И овде, као и у случају нежељеног рођења, реч је о морално деликатним ситуацијама: Да би остварило право на накнаду штете, дете треба да устврди или чак посведочи на суду да је његова мајка требало да спречи његово зачеће, односно, кад то већ није учинила, да се одлучи за абортус.<sup>33</sup>

Ретки су правни системи у којима имовински и морални губици услед нежељеног живота представљају правом признату штету. Врховни суд Калифорније је 1980. године досудио накнаду девојчици рођеној с ретким наследним метаболичким поремећајем, познатим као Теј-Саксова (*Tay-Sachs*) болест, која изазива смрт у раноме детињству. Накнада је досуђена за душевни бол и повећане трошкове услед стања у којем дете проводи свој кратак живот. Суд је сматрао да је суштина концепта нежељеног живота у томе што човек и живи и пати туђом кривицом те да није неопходно, а ни правично, да се судови склањају иза медитација о мистеријама живота, јер одређене генетске аномалије више нису никаква мистерија.<sup>34</sup> Ипак, у највећем броју држава САД судови не признају захтеве због нежељеног живота, док истовремено досуђују накнаду штете услед нежељеног рођења. По једноме мишљењу то је зато што је прихватљивије да судови утврђују одговорност за штету која је изазвана повредом нечијег права на слободно одлучивање о властитој репродукцији (случајеви нежељеног рођења) него да одмеравају да ли би у конкретној ситуацији за оштећеника било боље да се није ни родио у односу на тегобну егзистенцију на коју је рођењем осуђен (случајеви нежељеног живота).<sup>35</sup>

<sup>31</sup> Има аутора за које је питање узрочности мање важно и који у центар расправе стављају питање овлашћења за доношење одлуке о рођењу. Право на слободно одлучивање о рођењу припада родитељима и условљено је њиховим располагањем свим релевантним медицинским подацима. Лекар који родитељима ускрати релевантне медицинске податке вређа њихово право на слободно одлучивање и практично доноси одлуку уместо њих, односно одлучује о судбини детета. Када се лекар тако понаша, онда треба узети да је његово скривљено поступање непосредан узрок штете. R. Wolff, 155.

<sup>32</sup> A. Ruda, 207.

<sup>33</sup> W. Hensel, 171.

<sup>34</sup> Daniel J. Kevles, *In the Name of Eugenics. Genetics and the Uses of Human Heredity*, Berkeley Los Angeles 1985, 293.

<sup>35</sup> W. Hensel, 143.

У правној теорији је уочено да се штета услед нежељеног рођења разликује од активно изазване пренаталне штете. Ову потоњу штету дете трпи након рођења из неког штетног догађаја који се де-сио док се налазило у мајчиној утроби. Реч је о повреди која је детету нанета *in utero* неком штетном радњом било одговорног лица било лица за које оно одговара а због које је дете након рођења изложено правом признатим губицима. У овакве штетне догађаје спадају неуспео абортус, повреда фетуса у саобраћајној несрећи или, рецимо, случај када жена неколико месеци пре зачећа прими трансфузију крви заражене сифилисом, па потом остане у другом стању и роди дете с конгениталним сифилисом.<sup>36</sup> У таквим ситуацијама обично се примењују општа правила о грађанскоправној одговорности за причињену штету. За разлику од активне пренаталне штете, за штету услед нежељеног живота не може да се каже да је активно проузрокована поступањем лекара. Лекар није изазвао тешку болест или инвалидитет детета, већ је својим погрешним поступањем спречио да мајка слободно одлучи о прекиду трудноће.

Да сажето изложим разлику између ова два облика штете: У случају активно изазване пренаталне штете може се казати да би се дете родило здраво да није било скривљеног поступка лекара. Другим речима, погрешно поступање лекара не представља *conditio sine qua non* рођења детета, него *conditio sine qua non* рођења болесног детета. Насупрот томе, у случају штете услед нежељеног рођења постојале су само две могућности: да се дете роди онакво какво се родило или да се уопште не роди. Другим речима, да се лекар није понашао онако како се понашао, дете се уопште не би родило. Може ли стога да се каже да је лекар проузроковао штету, то јест да је затечено или очекивано стање променио нагоре? И они писци који се залажу да се детету призна право на накнаду штете услед нежељеног рођења констатују да би то било одступање од класичног схватања о штети као погоршању затеченог стања нагоре, то јест да би то било прихватање да може да буде штете а да не буде губитка (*préjudice en l'absence de perte*).<sup>37</sup>

Немачки судови не признају право детета на накнаду штете услед нежељеног живота. Већ је речено да у случајевима нежељене трудноће и нежељеног рођења одговорност лекара *према родитељима* може да се заснује на правилима о уговорној одговорности без обзира на то да ли је дете рођено здраво или болесно. Реч је о одговорности за трошкове подизања детета, који су већи уколико је дете рођено

<sup>36</sup> C. van Dam, 161 162: У последњем примеру који потиче из немачке судске праксе показало се да догађај којим је изазвана пренатална повреда може и да претходи зачећу повређеног детета.

<sup>37</sup> Geneviève Viney, Patrice Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, Paris 2006, 26.

болесно или с инвалидитетом. Судови признају и посебно право мајке на накнаду за душевни бол услед компликованог нежељеног порођаја. Међутим, *deme* нема право на накнаду штете због тога што је рођено болесно или с инвалидитетом.<sup>38</sup> Не постоји дужност лекара према детету да спречи његово рођење када се очекује да се оно роди тешко болесно или с инвалидитетом. Живот човека је лично добро које ужива најснажнију и најпотпунију правну заштиту. Никома није допуштено да суди о вредности људске егзистенције с тешком болешћу или инвалидитетом, односно да негативно вреднује људски живот са здравственим тегобама и да донесе одлуку да такав живот није вредан живљења.<sup>39</sup> Када одричу могућност доношења правно релевантних одлука о вредности туђега живота, немачки судови изричито помињу искуство националсоцијалистичког режима.<sup>40</sup>

Француски Касациони суд је 2000. године у чувеној одлуци *Perruche*<sup>41</sup> признао право детета на накнаду имовинске и моралне штете коју само дете трпи услед сопственог тешког инвалидитета изазваног конгениталним рубеолама. Вануговорна одговорност лекара заснована је на чл. 1382 францускога Грађанскога законика. Кривица лекара састојала се у томе што је погрешно уверавао трудну жену да се није заразила богињама од свога старијег детета, па она због тог уверавања није оптирала за абортус. Суд је разумео штету као последицу инвалидитета, а не као последицу рођења.

Након бурне расправе која је поводом ове одлуке вођена у француској стручној и општој јавности,<sup>42</sup> усвојен је 2002. године

<sup>38</sup> В. Markesinis, Н. Unberath, 179.

<sup>39</sup> С. van Dam, 163. Бројни су правни системи који одбијају да детету признају право на накнаду штете услед нежељеног живота. Руда (*Ruda*) је спровео темељну упоредноправну анализу и утврдио да се овакав захтев детета не признаје у: Аустралији, Аустрији, Белгији, Канади, Данској, Француској, Немачкој, Грчкој, Мађарској, Италији, Потругалу, Јужној Африци, Шпанији и Уједињеном Краљевству. У неким од ових земаља (Белгија, Француска, УК) захтев детета за накнаду из нежељеног живота забрањен је законском нормом. Насупрот томе, Израел и Холандија, уз неке државе САД, признају ово право детета. А. Ruda, 206-207.

<sup>40</sup> В. Markesinis, Н. Unberath, 161 (одлука немачког Савезног суда од 18. јануара 1983. године). Вид. кључне одлуке Савезног суда и Савезног уставног суда Немачке у овим питањима, *ibid.*, 156-178. Савезни суд је разматрао и могућност да се одговорност лекара заснује на правилима из уговора у корист трећег и закључио да таква могућност не постоји, и то не само због формално логичких аргумената до којих особито држе нижи судови — рецимо, да правни субјект не може да заснива свој захтев на чињеници без које не би било ни његовога правног субјективитета. Савезни суд се не ослања, дакле, на формално логичке аргументе, него на принцип да човек мора да прихвати живот какав му је природа дала и да своје правне захтеве према другима не може да заснива на чињеници што је рођен. *Ibid.*, 162.

<sup>41</sup> Cour de cassation, Assemblée plénière du 17 novembre 2000, 99-13.701. Интегрални текст ове одлуке доступан је на [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), 24. март 2016.

<sup>42</sup> Вид. Anne Morris, Severine Saintier, „To Be Or Not to Be: Is That the Question Wrongful Life and Misconceptions“, *Medical Law Review* 2/2003, 168-169; о ар

Закон (колоквијално познат као *la Loi anti-Perruche*), по којем нико нема право на накнаду штете коју трпи због властитог рођења. Тим законом је још прописано да дете рођено с инвалидитетом има право само на накнаду активно изазване пренаталне штете, што се своди на случајеве када је лекар својим скривљеним поступањем директно изазвао инвалидитет или га је погоршао или је спречио предузимање мера које би га ублажиле. На крају, родитељи имају право на накнаду за душевни бол услед рођења детета с инвалидитетом, али не и право на накнаду материјалне штете која би се састојала у повећаним трошковима подизања таквог детета. У погледу тих трошкова родитељи имају само захтев према фондовима националне солидарности.<sup>43</sup> Правна теорија посебно критикује законско укидање до тада признаваног права родитеља на накнаду имовинске штете услед нежељеног рођења у случајевима када је погрешним поступањем лекара ометено слободно одлучивање о прекиду трудноће. Наиме, до интервенције законодавца судови су признавали ово право родитељима деце рођене с инвалидитетом. У теорији се истиче да су ови родитељи обично принуђени да престану да раде и да зарађују у обиму у којем су то раније чинили управо да би се посветили бризи о детету с посебним потребама.<sup>44</sup>

Ни енглеско право начелно не признаје право детета на накнаду штете услед нежељеног живота. Одговорност за штету услед непажљивог поступања у енглескоме праву може да постоји само ако одговорно лице има претходну обавезу да према оштећенику поступа с одређеним степеном разборитости и пажње (*duty of care*).<sup>45</sup> Тако је 1982. у једном случају конгениталних рубеола суд утврдио да лекар има обавезу савесног поступања према трудној жени, што значи и да је дужан да је обавести о инфекцији, ризицима и могућности преки-

гументима за одлуку *Perruche* и против ње вид. Philippe le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris 2006, 397 398.

<sup>43</sup> Ова правила су иницијално усвојена 4. марта 2002 (вид. *Loi n° 2002 303 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*), потом су мењана и коначно преузета 2005. године у Art. L114 5, *Code de l'action sociale et des familles*. Све је доступно на [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), 24. март 2016. О сложеним условима под којима се остварује захтев родитеља према фонду солидарности вид. Philippe Brun, „France“, *European Tort Law 2002* (eds. Helmut Koziol, Barbara Steininger), Vienna 2003, 186 191. Касациони суд је заузео став да се изложена законска правила не примењују на децу која су се родила пре него што је закон донет, па тако деца која су рођена пре 4. марта 2002. имају право на накнаду штете услед нежељеног рођења. Вид. Cour de cassation, Première chambre civile, Arrêt n° 1253 du 15 décembre 2011, 10 27.473. Интегрални текст ове одлуке доступан је на [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr), 24. март 2016.

<sup>44</sup> Упор. Patrice Jourdain, „Loi anti Perruche: une loi démagogique“, *Recueil Dalloz* n°11/7064, 14 mars 2002, 891 892.

<sup>45</sup> Вид. више: Марија Караникић Мирић, *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву*, Београд 2009, 45 и даље.

да трудноће. Међутим, лекар нема такву обавезу према нерођеноме детету; он детету не дугује да обавести његову мајку о томе да је потребно да прекине трудноћу. Такав одштетни захтев детета према лекару био би противан јавном поретку због тога што вређа светост људског живота (*sanctity of human life*). Утврђивање штете у оваквом случају подразумевало би да се постави питање да ли је боље бити рођен с инвалидитетом или уопште не бити рођен.<sup>46</sup>

Законом о одговорности за штете на рођењу<sup>47</sup> признато је у енглескоме праву право детета на накнаду активно изазване пренаталне штете. Тај закон није примењен у поменутом случају из 1982. из два разлога. Прво, Закон о одговорности за штете на рођењу примењује се само на децу која су рођена након његовог усвајања, што ће рећи након 1976. Друго, одговорност по овоме закону ограничена је на случајеве када је лекар својим скривљеним поступањем изазвао инвалидитет детета још док се налазило у мајчиној утроби.<sup>48</sup> Одговорност лекара може да се заснује само ако хипотетичка елиминација његовог поступања елиминише и инвалидитет детета, то јест само ако се дете не би родило с инвалидитетом да није било одређеног погрешног поступања лекара. Овај закон је допуњен 1990. правилима о одговорности за штету у контексту вантелесне оплодње. Тако је у енглеско право уведена одговорност лекара према детету за штету услед нежељеног живота у случају да је дете зачето поступком вантелесне оплодње. Према разумевању правне науке до овога је дошло грешком:<sup>49</sup> Законодавац је дефинисао штетну радњу као чињење или нечињење у поступку избора, чувања или употребе ембриона или гамета. У случајевима скривљеног чувања или употребе ембриона или гамета може да дође до активно изазване пренаталне штете. Ту је могуће да лекар оштети ембрион или гамете будућег ембриона детета које би се родило здраво да није дошло до поменутог оштећења. Међутим, у случајевима скривљене селекције ембриона односно гамета од којих се прави ембрион, конкретно дете могло је само да се роди с инвалидитетом или да се уопште не роди. Тако је – на мала врата и (судећи по забележеној дискусији у Парламенту) грешком – у енглеско право уведена одговорност лекара према детету за штету услед нежељеног живота која је изазвана скривљеном селекцијом ембриона или гамета у поступку вантелесне оплодње. Ово је инте-

<sup>46</sup> *McKay and Another v Essex Area Health Authority*, [1982] 1 Q.B. 1166. Ова позиција судова опстаје већ преко тридесет година. Упор. Rosamund Scott, „Reconsidering *Wrongful Life* in England after Thirty Years: Legislative Mistakes and Unjustifiable Anomalies“, *Cambridge Law Journal* 1/2013, 116. Вид. такође C. van Dam, 164.

<sup>47</sup> Вид. фн. 28.

<sup>48</sup> Romen Perry, „It’s a Wonderful Life“, *Cornell Law Review* 2/2008, 338 339.

<sup>49</sup> R. Scott, 118 123.



ресантно за српско право због тога што се у стручним коментарима Зојиног закона помиње да је управо енглески Закон о одговорности за пренаталне штете послужио као један од узора домаћем законписцу у овој области.<sup>50</sup>

## 5. НОВИ ОБЛИЦИ ШТЕТЕ ПРЕМА ЗОЈИНОМ ЗАКОНУ

У српско право су одредбама Зојиног закона уведена два нова облика штете: *имовинска штета услед нежељеног живота* (чл. 33) и *морална штета услед нежељеног рођења* (чл. 34). Оба одштетна захтева признају се само ако је дете рођено тешко болесно или с инвалидитетом: родитељи нежељено рођеног здравог детета и само здраво нежељено рођено дете немају право на накнаду штете по Зојином закону. Законодавац не користи изразе *нежељеног рођења* и *нежељеног живота*, али из законских одредаба јасно произлази да се ново уређење односи управо на те животне ситуације. Појмови нежељеног рођења и нежељеног живота разјашњени су раније у овоме тексту. У Зојином закону нема посебних правила о одговорности за штету услед *нежељеног зачећа*.

Према одредбама чл. 33, ст. 2 и чл. 34, ст. 3 новог закона оштећеници имају право на накнаду штете по општим правилима о одговорности за штету. Шта значи ово упућивање на општа правила? Зојиним законом се на први поглед не прописују нови облици одговорности, него нови облици правом признате штете за коју лекар одговара по општим правилима о одговорности. Другим речима, новим законом је прописано да душевни бол родитеља услед нежељеног рођења болесног детета и повећани трошкови лечења и неге болесног детета услед нежељеног живота представљају нове правом признате облике штете у српскоме праву. За такве штете би онда требало да се одговара по општим правилима о одговорности. Међутим, Зојин закон уопште не уређује одговорност здравствене установе у којој је лекар запослен, већ само прописује директну вануговорну субјективну одговорност лекара према оштећенику. Заснивање те директне одговорности није условљено постојањем намере на страни лекара. Због тога се чини да Зојиним законом нису само уведени нови облици штете, већ је и одговорност лекара за те нове облике штете постављена строже него по општим правилима.

Да видимо прво општа правила о одговорности лекара и одговорности за лекара:<sup>51</sup> Мерило професионалне кривице у српско-

<sup>50</sup> Х. Мујовић Зорнић (2015). Реч је о електронском издању, па не може да се наведе страница.

<sup>51</sup> Детаљно о општим правилима о одговорности лекара за професионалну кривицу М. Орлић, 1 25; М. Караникић Мирић (2013), 623 638.

ме праву јесте поступање разумног и пажљивог стручњака одређене специјализације. Професионална кривица се процењује *in abstracto*, према једном апстрактном, објективизованом, деперсонализованом критеријуму стручњачке разборитости и пажње. То значи да личне особине, стања и способности конкретног лекара начелно не утичу на мерило његове кривице, то јест на степен професионалне разборитости и пажљивости који се од њега основано очекује. Према општим правилима српскога права професионална кривица лекара представља услов за заснивање објективне одговорности његовог послодавца: За штету коју на раду или у вези с радом проузрокује лекар одговорна је здравствена установа у којој је он био запослен у време предузимања штетне радње. Установа одговара по правилима о одговорности за другога (чл. 170–171 ЗОО). Да би се ослободио одговорности за штету коју лекар проузрокује на раду или у вези с радом, послодавац мора да докаже одсуство професионалне кривице лекара, то јест да се лекар понашао као разуман и пажљив стручњак одговарајуће специјализације.<sup>52</sup> Директна одговорност лекара према оштећенику условљена је постојањем намере, а намера лекара да причини штету не може да се претпостави, него мора да буде доказана. Исто тако, у регресном поступку против лекара здравствена установа која је исплатила накнаду оштећенику мора да докаже намеру или грубу непажњу лекара. Директна одговорност лекара према пацијанту по правилима о одговорности за скривљене последице властитог чина постоји само у случају да лекар ради у сопственој приватној пракси. Тако је, рецимо, један лекар у својој приватној пракси пацијенту уклонио тетоважу неком парамедицинском методом која је у званичној медицини већ била напуштена, па је третман био нарочито болан и за собом је оставио ружне, хипертрофичне ожиљке. Врховни касациони суд је утврдио директну одговорност тог лекара за претпостављену професионалну кривицу по општем правилу из чл. 154, ст. 1 ЗОО.<sup>53</sup>

Да сумирам: Општим правилима је предвиђено да за штету коју лекар скривљено проузрокује своме пацијенту одговара здравствена установа у којој је лекар радио у часу предузимања штетне радње. Непосредна одговорност лекара према оштећенику може да се заснује само ако је лекар штету проузроковао намерно. Лекар који ради у сопственој приватној пракси директно је одговоран пацијенту

<sup>52</sup> „Здравствена установа која врши медицинску интервенцију може да одговара само за оне последице те интервенције које настану услед нестручног, непажљивог или непрописног рада њених радника то јест за последице које могу да се припишу у кривицу лекара и другом медицинском особљу“. Врховни суд Србије Рев. 2066/1980 од 14. јануара 1981, *Билтен судске праксе*, јул септембар 1981, 27.

<sup>53</sup> Пресуда Врховног касационог суда Рев. 1296/2010 од 23. септембра 2010, *ParagrafLex*.

за обориво претпостављену професионалну непажњу. Зојиним законом је пак прописано да сваки лекар одговара директно оштећенику за оне штете услед нежељеног рођења и нежељеног живота које је изазвао професионалном непажњом. Одговорност здравствене установе ту се не помиње. За судове остаје питање може ли се по општим правилима о одговорности послодавца засновати одговорност здравствене установе за нове облике штете из Зојиног закона. У сваком случају, директна одговорност лекара према оштећенику за нове облике штете строже је постављена од општег случаја директне одговорности лекара. Наиме, по општим правилима оштећеник може да захтева накнаду директно од лекара само ако докаже његову намеру (*animus nocendi*). За заснивање директне одговорности лекара за нове облике штете по Зојином закону не тражи се намера, већ је довољна професионална непажња лекара, која се обориво претпоставља по општим правилима на која нови закон упућује.<sup>54</sup>

Штетна радња огледа се у скривљеном пропуштању лекара да благовремено препозна генетску болест или аномалију нерођеног детета и о томе обавести родитеље. На тај начин лекар спречава слободно одлучивање родитеља о рађању. Другим речима, лекар није изазвао стање у којем се дете родило, него је својим пропуштањем повредио право родитеља да располажући свим релевантним медицинским информацијама одлуче о прекиду трудноће. Овде се, дакле, не ради о активно изазваној пренаталној штети.<sup>55</sup> Наиме, случај је такав да се дете не би родило здраво ни да се лекар понашао онако како је требало да се понаша. Напротив, да се лекар понашао како је требало, родитељи би били у прилици да донесу одлуку да се дете уопште не роди.

У чл. 35 Зојиног закона прописано је неколико либераторних разлога који важе како у случају нежељеног живота тако и у случају нежељеног рођења: Прво, лекар се ослобађа одговорности за штету ако је у самом лабораторијском налазу постојала грешка услед које је погрешно информисао родитеље о генетској болести или аномалији. Зојиним законом није прописано да у том случају за штету одговара стручњак или установа која је сачинила лабораторијски налаз. Чини се да би лекар ипак требало да одговара ако су се доцније појавиле околности које доводе у сумњу основаност лабораторијског налаза, на шта лекар није адекватно реаговао, примерице, тако што би наложио да се понове лабораторијске анализе. Друго, одговорност лекара искључена је када постоји случај у смислу грађанског права.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Вид. ЗОО, чл. 154, ст. 1 и чл. 170, ст. 1.

<sup>55</sup> На судовима је да размотре да ли се у случајевима активно изазване пренаталне штете примењују општа правила о грађанскоправној одговорности за професионалну кривицу. Мени се чини да не постоји сметња за то.

<sup>56</sup> Смисао овога правила није јасан. Ту се отварају питања: односа појмова више силе и случаја у грађанскоме праву; појавности случаја у контексту генетских

Треће, одговорност лекара је искључена ако је макар један родитељ знао да постоји ризик да ће дете бити рођено с генетском болешћу или аномалијом. Рецимо, родитељима је при рођењу првога детета саопштено да свако њихово заједничко дете сноси исти ризик, или један од родитеља и сам има одређену генетску болест или аномалију за коју зна да је наследива.

#### 5.1. Имовинска штета услед нежељеног живота (чл. 33)

Новим правилима је прописано да лекар одговара *болесном детету* за *имовинску штету* услед нежељеног живота. У позицији оштећеника налази се дете рођено с неком генетски условљеном болешћу или аномалијом. Ту се не ради се о било каквој генетској болести или аномалији, него само о оној која озбиљно и трајно онеспособљава дете или га чини инвалидом или му даје лошу животну прогнозу. Лекар није изазвао ово стање код детета; не ради се о активно изазваној пренаталној штети: Инвалидитет, озбиљна и трајна онеспособљеност или лоша животна прогноза не представљају непосредне последице погрешног поступања лекара. Наведена стања су генетски условљена, а професионална кривица лекара се састоји у пропуштању да се она благовремено медицински препознају, то јест дијагностикују у току ембрионалног или феталног развоја оштећеника. Штета коју дете трпи не састоји се у пукој чињеници рођења, нити у самој болести или аномалији с којом је дете рођено, него у повећаним трошковима лечења и неге за такво дете.

Да укажем само на два питања која су спорна због начина на који су срочене одредбе чл. 33 Зојиног закона. Прво, у ст. 1 овога члана штетна радња лекара одређена је као пропуштање лекара да благовремено препозна, то јест дијагностикује генетску болест или аномалију код нерођеног детета. Међутим, штетну радњу је и овде требало дефинисати на начин на који је то учињено у чл. 34: као скривљену повреду родитељског права на слободно одлучивање. Наиме, и да је лекар на време препознао, то јест дијагностиковао генетску болест или аномалију, он би ипак био крив ако ту информацију није саопштио родитељима. Његова кривица није само у томе што није препознао медицинско стање ембриона односно плода, него и у томе што је пропустио да обавести родитеље о евентуално препознатом стању. Тек када се на овај начин разјасни шта је штетна радња у случајевима нежељеног рођења, постаје очигледно да одштетног захтева према лекару не може да буде ако су родитељи били инфор-

---

болести и аномалија које су по правилу случајне (изузетак може да постоји, рецимо, код селекције ембриона и гамета при вантелесној оплодњи, вид. излагање о енглеском Закону о одговорности за штете на рођењу); појавности случаја који би могао да оправда погрешно поступање лекара итд.

мисани о постојању генетске болести односно аномалије, то јест ако је мајка била у прилици да одлучи да због тога прекине трудноћу.

И друго, захтев за накнаду имовинске штете признат је детету, али не и његовим родитељима. Међутим, родитељи имају законом прописану обавезу да издржавају дете<sup>57</sup> и повећани трошкови лечења и неге за такво дете првенствено падају на њих. Домаћи законодавац није био спреман да трошкове подизања нежељеног здравог детета призна као вид имовинске штете. Имовинску штету стога не чине укупни трошкови подизања болесног детета, него само разлика између трошкова подизања здравог детета и трошкова подизања детета које је услед генетске болести или аномалије рођено с инвалидитетом, односно трајно и озбиљно онеспособљено.<sup>58</sup> Такав је став заузело и француско право: Као што смо видели, имовинска штета у вези с нежељеним рођењем и тамо може да се састоји само у имовинским трошковима који превазилазе нормалне трошкове родитељства (*dommage particulier excédant les charges normales de la maternité*). Међутим, право на накнаду повећаних трошкова подизања болесног детета француско право не признаје детету, него родитељима који те трошкове и носе. Исто је у немачкоме праву. Тако је требало да учини и домаћи законодавац: да захтев за накнаду повећаних трошкова призна ономе ко је тим трошковима стварно изложен. Наравно, родитељи заступају дете и управљају и располажу његовом имовином, што обухвата и старање о остваривању његовог захтева за накнаду имовинске штете услед нежељеног живота. Предност нашега решења огледа се у томе што одштетни захтев детета опстаје и пошто престане родитељско старање. С друге стране, решење је мањкаво јер допушта да се одштетни захтев детета заснује на чињеници која је услов његовог постојања и правног субјективитета. Уз то, да би признао право детета на накнаду имовинске штете услед нежељеног живота, законодавац је морао да одступи од класичног схватања о штети као погоршању затеченог стања нагоре.

Европски правни системи по правилу не признају право детета на накнаду штете услед нежељеног живота.<sup>59</sup> Због чега је то тако? Проузроковати штету значи променити постојеће или очекива-

<sup>57</sup> Вид. Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/05, 72/11 (други закон) и 6/15, чл. 73.

<sup>58</sup> Нека питања намерно не отварам због ограничености обима овога текста. Једно од њих је питање разлике између инвалидитета, с једне стране, и трајне и озбиљне онеспособљености, с друге стране.

<sup>59</sup> Као што је речено, дете нема право на накнаду ни моралне ни имовинске штете услед нежељеног живота у следећим европским земљама: Аустрији, Белгији, Грчкој, Данској, Италији, Мађарској, Немачкој, Потругалији, УК, Француској и Шпанији. Изузетак је Холандија. А. Ruda, 206 207.

но стање нагоре.<sup>60</sup> За штету одговара онај ко је мешањем у редован след ствари изазвао штету, то јест погоршао затечено стање, скренуо ток догађаја на лошу страну и својим деловањем променио стање нагоре.<sup>61</sup> У контексту одговорности за штету услед нежељеног живота потребно је, дакле, да се из прошлости хипотетички елиминише скривљени поступак лекара те да се утврди да ли би без тога поступка стање било боље него што је сада.

У случају *активно изазване пренаталне штете* то не представља проблем: скривљеним поступком лекара ембрион је оштећен, или је плод повређен *in utero*, услед чега је дете рођено тешко болесно или с инвалидитетом. Да лекар није погрешно, дете би се родило здраво, па није тешко утврдити да је поступком лекара постојеће или очекивано стање промењено нагоре. Међутим, у случају *штете услед нежељеног рођења* лекар није проузроковао повреду ембриона или плода, него је својим скривљеним поступањем онемогућио слободно одлучивање о прекиду трудноће. Лекар је одговоран управо зато што је погрешним поступањем осигурао да дете буде рођено.<sup>62</sup> Европски судови одбијају одштетне захтеве из нежељеног живота углавном зато што сматрају да би негативно вредновање људског живота с тешком болешћу или инвалидитетом, па и само одмеравање постојеће тегобне људске егзистенције према могућности да човек не буде рођен, представљало повреду људскога достојанства.

Насупрот томе, када се захтев за накнаду имовинске штете услед нежељеног рођења призна родитељима, онда није неопходно да се одступи од традиционалних схватања о штети. Ту се имовинска штета састоји у разлици у имовинском стању родитеља пре и после нежељеног рођења детета. У неким правним системима то обухвата све трошкове подизања нежељено рођеног детета, понегде чак и нежељено рођеног здравог детета, док у другим правним системима родитељи могу само да захтевају разлику између трошкова подизања здравог детета и трошкова подизања детета које је нежељено рођено тешко болесно или с инвалидитетом.

## 5.2. Морална штета услед нежељеног рођења (чл. 34)

Новим правилима је прописано да лекар одговара *родитељима* за *моралну штету* услед нежељеног рођења болесног детета. Треба узети да је и овде реч о детету које је рођено с неком генетски

---

<sup>60</sup> Вид. Tony Honoré, *Responsibility and Fault*, Oxford Portland 1999, 2; Tony Honoré, „Necessary and Sufficient Conditions“, *Philosophical Foundations of Tort Law* (ed. David G. Owen), Oxford 2001, 385; Peter Cane, *Responsibility in Law and Morality*, Oxford Portland 2002, 120 и даље.

<sup>61</sup> Вид. више М. Караникић Мирић (2009), 221–256.

<sup>62</sup> В. Steininger, 152.

условљеном болешћу или аномалијом, која га чини инвалидом или озбиљно и трајно онеспособљеним или му даје лошу животну прогнозу. Законодавац га другачије описује у чл. 34, као дете које је *рођено генетички оштећено*; међутим, може се разумно претпоставити да и ту заправо мисли на исто оно дете према којем по чл. 33 може да постоји одговорност за штету услед нежељеног живота.

Када се чл. 34, ст. 1 чита изоловано, чини се да се правом призната морална штета коју трпе родитељи састоји у повреди права на слободно одлучивање о рођењу. Међутим, у чл. 34, ст. 2 разјашњено је да штету заправо представља душевни бол родитеља услед здравственог стања детета које нису очекивали и на које нису били упозорени. Ту су неопходна два разјашњења.

Прво, законодавац овде остаје при субјективној концепцији моралне штете.<sup>63</sup> У субјективној парадигми морална штета се не састоји у самој повреди права личности или личнога добра као објекта тога права, или уопште у повреди неког правом заштићенога неимовинскога интереса, него у интимном трпљењу (болу или страху) поводом неке од ових повреда. Другим речима, сама повреда права на слободно одлучивање о родитељству не представља правом признату моралну штету; морална штета је душевни бол који осећају родитељи поводом повреде тога права. Међутим, из начина на који је срочена одредба чл. 34, ст. 2 произлази да ни душевни бол због пуке повреде права на слободно одлучивање о рођењу детета не представља правом признату штету под условом да је дете рођено здраво. Душевни бол родитеља признаје се као штета само ако је дете рођено онеспособљено<sup>64</sup> а родитељи нису били благовремено упозорени на то да оно пати од генетски условљене болести или аномалије. Правила, дакле, нису кохерентна: По одредби чл. 34, ст. 1 повреда права на слободно одлучивање састоји се у ускраћивању медицинских информација које би омогућиле слободно доношење одлуке о прекиду трудноће. У том случају одштетни захтев треба усвојити само ако је прекид трудноће био могућ и допуштен. Насупрот томе, у чл. 34, ст. 2 душевни бол родитеља везује се за елемент неочекиваности, за то да нису благовремено упозорени па нису ни могли да се припреме за рођење трајно и озбиљно онеспособљеног детета. У овом потоњем случају право родитеља на накнаду штете требало би признати без обзира на то да ли је у конкретном случају било медицински могуће и правно допуштено да се трудноћа прекине.

<sup>63</sup> Детаљно о томе вид. Марија Караникић Мирић, „Објективизовање моралне штете“, *Зборник Матице српске за друштвене науке* 3/2015, 487–503.

<sup>64</sup> Законодавац овде пропушта да каже да је реч о *трајној и озбиљној* онеспособљености из чл. 33. Због ограничености простора не упуштам се у могуће последице тог пропуштања. У сваком случају, неуједначеност и недоследна употреба речи и израза у правилима о одговорности представља једну од мањкавости Зојиног закона.

Друго разјашњење односи се на моралну штету коју трпи отац детета услед повреде права личности чији је титулар, свакако, искључиво мајка. Већ је речено да уставна норма штити право на слободно одлучивање о рађању. Титулар тога права може да буде и мушкарац: рецимо, и мушкарац има право на приступ техникама биомедицински потпомогнутог рађања. Међутим, повреда права на слободно одлучивање манифестује се у случају нежељеног рођења као повреда права мајке да донесе одлуку о прекиду трудноће.<sup>65</sup> За одштетно право се овде отвара питање могућности да се као морална штета призна душевни бол поводом повреде *туђега* права личности односно поводом повреде *туђега* личнога добра. У субјективној концепцији моралне штете ово не представља проблем. Како Карбоније (*Carbonnier*) каже: морална штета може да се односи и на повреду моралних интереса или осећања којима не одговара ниједно дефинисано право личности односно која нису објекат ниједног таквог права.<sup>66</sup> Као пример може да се наведе душевни бол услед тешког инвалидитета блиског лица, што је признато као вид моралне штете у српском праву.<sup>67</sup> Ту се ради о интимном трпљењу оштећеника услед повреде туђега личнога права.<sup>68</sup> По истоме принципу признаје се и душевни бол оца услед нежељеног рођења до којег долази повредом права мајке на слободно одлучивање о прекиду трудноће.

Конечно, Зојин закон упућује на примену општих правила о одговорности за штету, међу којима је и правило о подељеној одговорности из чл. 192, ст. 1 ЗОО, по којем оштећеник који је допринео да штета настане или да буде већа него што би иначе била има право само на сразмерно смањену накнаду. Међутим, према схватању наших судова, одбијање оштећеника да се подвргне медицинском захвату не може да се квалификује као његов допринос штети, изузев кад је реч о захвату који није ризичан и којем би се према редов-

<sup>65</sup> Жена слободно одлучује о рађању, а прекид трудноће може да се изврши само на захтев трудне жене. Вид. Породични закон, чл. 5 ст. 1 и Закон о поступку прекида трудноће у здравственим установама, *Службени гласник РС* бр. 16/95 и 101/05 (други закон), чл. 2, ст. 1.

<sup>66</sup> Jean Carbonnier, *Droit civil, Tome 2, Les biens, Les obligations*, Paris 2004, 2273.

<sup>67</sup> Закон о облигационим односима (ЗОО), *Службени лист СФРЈ* бр. 29/78, 39/85, 45/89 (одлука УСЈ) и 57/89, *Службени лист СРЈ* бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ* бр. 1/2003 (Уставна повеља), чл. 201.

<sup>68</sup> Овај облик неимовинске штете је тешко објаснити у оквирима објективне концепције, јер би за то било потребно да се туђи телесни интегритет сагледа као оштећениково лично добро, односно да се каже да оштећеник има лично право да не дође до повреде личног добра неког другог лица. Лакше је признати овај вид неимовинске штете у субјективној концепцији као душевни бол који једно лице подноси због повреде која је нанета туђем личном добру. Детаљно о томе вид. код: М. Караникић Мирић (2015), 500.



ном току ствари подвргао сваки разуман човек. Од оштећеника се не може захтевати да умањује штету по цену захватања у његова уставна права, односно по цену задирања у његов телесни интегритет противно његовој вољи.<sup>69</sup> Прекид трудноће се ни у ком случају не може означити као неризичан захват којем би се у циљу умањења штете која прети подвргла свака разумна особа. Уз то, очекивање да жена прекине трудноћу да би умањила штету која јој прети рођењем болесног детета ишло би на уштрб њеног уставног права да слободно одлучи о рађању.

Питање да ли се пропуштање жене да се определи за прекид трудноће квалификује као допринос оштећеника из чл. 192 ЗОО може да се отвори код већ описане *активно изазване пренаталне штете*. Када мајка захтева накнаду штете услед нежељеног рођења, није могуће да се на овај начин отвори питање њеног доприноса штети због тога што одговорност лекара може да се заснује само ако је лекар био повредио право мајке на слободно одлучивање, то јест ако јој је ускратио информацију о генетској болести или аномалији. Ако је мајка била у прилици да слободно одлучује о прекиду трудноће, онда нема ни одговорности лекара у контексту које би мајчина одлука да не прекине трудноћу могла да се квалификује као допринос настанку штете. С друге стране, када отац захтева накнаду штете услед нежељеног рођења, као и када дете захтева накнаду штете услед нежељеног живота, пропуштање мајке да оптира за прекид трудноће не би смело да се квалификује као допринос трећег лица, из разлога због којих домаћи судови начелно одбијају да подвргавање медицинскоме захвату сагледају као допринос оштећеника.

## 6. ЗАКЉУЧАК

Зојиним законом уређују се односи међу учесницима у медицинским поступцима дијагностиковања и превенције генетских и ретких болести те генетски условљених аномалија. Атмосфера политичког консензуса у којој је тај закон усвојен представља праву реткост у савременим друштвима. При доношењу закона постигнута је потпуна сагласност о централним законским решењима, примерице, о томе да држава сноси трошкове упућивања биолошког материјала у иностранство ради спровођења дијагностичких поступака који не могу да се спроведу у Србији. Међутим, на ободима овога консензуса, без велике расправе и много промишљања, у српско право уведена су и два за нас нова облика правом признате штете: штета услед

<sup>69</sup> Закључак са Саветовања грађанских и грађанско привредних одељења Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда од 15. и 16. октобра 1986, *ParagrafLex*.

нежељеног рођења и штета услед нежељеног живота. Ти нови институти покрећу осетљива морална питања која, као што је речено, излазе из уобичајеног правног дискурса. Садржина нових правила није без мана. Рецимо, прописана је директна одговорност лекара, а није уређена одговорност здравствене установе у којој он ради; није уређена одговорност стручњака који је сачинио лабораторијски налаз и установе у којој је он запослен; правила о штети услед нежељеног рођења пате од унутрашње некохерентности и тако даље. Међутим, то није основна замерка која може да се упути законодавцу. Старија и важнија замерка је што су нови институти усвојени без озбиљно вођене стручне и опште јавне расправе у супстанцијалном смислу. Схватање појединца о томе какве треба да буду правне последице догађаја као што су нежељено зачеће, нежељено рођење и нежељени живот дубоко је укорењено у лични поглед на свет. Површан политички консензус о овим питањима је могућ, али правила која их уређују требало би да се доносе темељним сагледавањем свих правних и моралних питања, узимајући у обзир и искуства других европских земаља.

#### ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Brun, P., „France“, *European Tort Law 2002* (eds. Helmut Koziol, Barbara Steininger), Vienna 2003.
- Cane, P., *Responsibility in Law and Morality*, Oxford – Portland 2002.
- Carbonnier, J., *Droit civil*, Tome 2, Les biens, Les obligations, Paris 2004.
- Viney, G., Jourdain, P., *Les conditions de la responsabilité*, Paris 2006.
- Grubb, A., Laing, J., McHale, J., Kennedy, I., *Principles of Medical Law*, Oxford 2010.
- Hensel, W. F., „The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions“, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 1/2005.
- Hogg, M., „Damages for Pecuniary Loss in Cases of Wrongful Birth“, *Journal of European Tort Law* 1/2010.
- Honoré, T., „Necessary and Sufficient Conditions“, *Philosophical Foundations of Tort Law* (ed. David G. Owen), Oxford 2001.
- Honoré, T., *Responsibility and Fault*, Oxford – Portland 1999.
- Jourdain P., „Loi anti-Perruche: une loi démagogique“, *Recueil Dalloz* n°11/7064, 14 mars 2002.

- Караникић Мирић, М., *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву*, Београд 2009. (Karaničić Mirić, M., *Krivica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu*, Beograd 2009)
- Караникић Мирић М., „Кривица као основ деликтне одговорности лекара у грађанском праву“, *Правни живот* 10/2013. (Karaničić Mirić M., „Krivica kao osnov deliktne odgovornosti lekara u građanskom pravu“, *Pravni život* 10/2013)
- Караникић Мирић, М., „Објективизовање моралне штете“, *Зборник Матице српске за друштвене науке* 3/2015. (Karaničić Mirić, M., „Objektivizovanje moralne štete“, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke* 3/2015)
- Keirse, A., Schaub, M., „Self-Determination with a Price Tag: The Legal and Financial Consequences of Wrongful Conception and Wrongful Birth and the Decision of the Parents to Keep the Child“, *Journal of European Tort Law* 1/2010.
- Kevles, D. J., *In the Name of Eugenics. Genetics and the Uses of Human Heredity*, Berkeley – Los Angeles 1985.
- Koziol, H., *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Vienna 2012.
- Le Tourneau, Ph., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris 2006.
- Markesinis, B., Unberath, H., *The German Law of Torts: A Comparative Treatise*, Oxford – Portland 2002.
- Morris, A., Saintier, S., „To Be Or Not to Be: Is That the Question – Wrongful Life and Misconceptions“, *Medical Law Review* 2/2003.
- Мујовић-Зорнић, Х., *Одговорност за штету због нежељеног рођења (wrongful birth) и због нежељеног живота (wrongful life) – Упоредноправни преглед*, докторска дисертација, умножено за одбрану, Београд 2000. (Mujović-Zornić, H., *Odgovornost za štetu zbog neželjenog rođenja (wrongful birth) i zbog neželjenog života (wrongful life) – Upporednopravni pregled*, doktorska disertacija, umnoženo za odbranu, Beograd 2000)
- Мујовић-Зорнић, Х., „Приказ Закона о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести (Зојин закон)“, *Правни инструктор* 86/2015 од 26. фебруара 2015, доступно у бази ParagrafLex. (Mujović-Zornić, H., „Prikaz Zakona o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti (Zojin zakon)“, *Pravni instruktor* 86/2015 od 26. februara 2015, dostupno u bazi ParagrafLex)

- Орлић, М., „Закон о здравственој заштити и одговорност лекара за проузроковану штету“, посебан отисак часописа *Правни живот* 7–8/2012. (Orlić, M., „Zakon o zdravstvenoj zaštiti i odgovornost lekara za prouzrokovanu štetu“, poseban otisak časopisa *Pravni život* 7–8/2012)
- Perry, R., „It’s a Wonderful Life“, *Cornell Law Review* 2/2008.
- Scott, R., „Reconsidering Wrongful Life in England after Thirty Years: Legislative Mistakes and Unjustifiable Anomalies“, *Cambridge Law Journal* 1/2013.
- Ruda, A., „I Didn’t Ask to be Born: Wrongful Life from a Comparative Perspective“, *Journal of European Tort Law* 1/2010.
- Радишић, Ј., *Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и у обавештавању пацијента*, Београд 2007. (Radišić, J., *Odgovornost zbog štete izazvane lekarskom greškom u lečenju i u obaveštavanju pacijenta*, Beograd 2007)
- Steinbock, B., *Life Before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses*, New York – Oxford 1992.
- Steininger, B., „Wrongful Birth and Wrongful Life: Basic Questions“, *Journal of European Tort Law* 1/2010.
- Trefethen, A., „The Emerging Tort of Wrongful Adoption“, *Journal of Contemporary Legal Issues* 1/2000.
- Van Dam, C., *European Tort Law*, Oxford 2007.
- Wolff, R. E., „Wrongful Life: A Modern Claim Which Conforms to the Traditional Tort Framework“, *William & Mary Law Review* 1/1978.

Marija Karanikić Mirić, PhD

Associate Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

## WRONGFUL BIRTH AND WRONGFUL LIFE: AN OUTLOOK ON ZOJA'S ACT

### *Summary*

This paper examines the controversial subject of pecuniary and non-pecuniary losses in wrongful birth and wrongful life cases. The author addresses these issues from a comparative perspective, presents the main arguments for and against awarding damages, and offers a critical analysis of the newly enacted rules of Serbian tort law concerning the birth of a child who would not have been born were it not for negligence on the part of a medical doctor.

Key words: *Zoja's Act. – Medical malpractice. – Wrongful birth. – Wrongful life.*

Article history

Received: 3. 4. 2016.

Accepted: 16. 5. 2016.

Marko Davinić, PhD\*

## THE LEGALIZATION OF INFORMAL ROMA SETTLEMENTS IN THE REPUBLIC OF SERBIA A NECESSARY STEP PRIOR TO LEGITIMATION

*There have been several attempts of the Government of the Republic of Serbia to legalize structures that have been constructed contrary to its building and land use laws. In spite of all expectations, the results achieved have been insignificant. In order to legalize the highest number of illegally constructed structures and to undertake preventive action against the emergence of new illegal construction, the new Law on the Legitimation of Buildings was adopted in November, 2015. However, the author argues that this act, despite its newly simplified and inexpensive procedure, will not enable the legalization of buildings within informal Roma settlements due to the substandard nature of these settlements (most of which are built on land in public ownership or on land that is of an unregulated or unclear legal status). Therefore, the author advocates a need for the enactment of special Law on the Legalization of Sustainable Informal Roma Settlements as a necessary prerequisite for the subsequent legitimation of individual structures within such settlements.*

**Key words:** *Informal Roma Settlements. – Legalization. – Legitimation. – Sustainability – Affirmative Action.*

### 1. INTRODUCTION

Over the last few decades, illegal building in Serbia has been tolerated as a manner of “informal social policy”. The reasons for this phenomenon lie in the inability of the state to provide decent housing for all its citizens, which has also born the threat of social unrest.<sup>1</sup> All previous

---

\* Associate Professor at the University of Belgrade Faculty of Law, [markod@ius.bg.ac.rs](mailto:markod@ius.bg.ac.rs)

<sup>1</sup> See: *Platforma za predlaganje Lex specialisa o legalizaciji romskih naselja*, Standing conference of the Roma associations of the citizens – The league of Roma, 2.

attempts of the Government of the Republic of Serbia to legalize illegal buildings have resulted in utter failure, with a negligible number of Roma having solved their housing problems through the legalization process.

The problem of informal Roma settlements is the result of historical and socio-economic circumstances in the former Yugoslavia, in addition to wars and subsequent migration events which occurred in the last twenty-five years. Namely, under the former Socialist regime, an insignificant percentage of employed Roma were included in the allocation of socially-owned flats, while the majority were forced to find housing solutions, by their own means, outside the system.<sup>2</sup> Informal Roma settlements, therefore, represent a spatial manifestation of social inequality, which is of a complex and multidimensional nature, and requires a range of social support measures.<sup>3</sup> Moreover, although envisaged by the Constitution of the Republic of Serbia, affirmative measures are not being elaborated on and implemented sufficiently, neither by Serbian laws nor bylaws.

Unfortunately, such an approach has not changed with the Law on the Legitimation of Buildings adopted in November 2015. The main objective of this paper is to delineate the inadequacy and insufficiency of the existing legal framework and the necessity of passing the Law on the Legalization of Sustainable Informal Roma Settlements as a prerequisite for the subsequent legitimation of individual structures within such settlements. This approach would also represent a positive model for dealing with the issue of informal Roma settlements in other countries, given that there is virtually no European state in which this minority is not present.

## 2. ATTEMPTS TO LEGALIZE ILLEGALLY CONSTRUCTED BUILDINGS IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Over the previous two decades, there have been several attempts of the Government and National Assembly of the Republic of Serbia to legalize structures that have been constructed contrary to the law.<sup>4</sup> Each subsequent piece of legislation has been more liberal in comparison to

---

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Self made Cities, In Search of Sustainable Solutions for Informal Settlements in the United Nations Economic Commission for Europe Region*, United Nations, New York Geneva 2009, 92-93.

<sup>4</sup> The Law on Special Conditions for the Issuance of Construction and Use Permit for Designated Objects, *Official Gazette of the RS*, No. 16/97; The Law on Planning and Construction, *Official Gazette of the RS*, No. 47/2003, 34/2006; The Law on Planning and Construction, *Official Gazette of the RS*, No. 72/2009, 81/2009, 64/2010, 24/2011, 121/2012, 42/2013, 50/2013, 98/2013, 132/2014, 145/2014, The Law on Special Conditions for Registration of Right of Ownership on Facilities Constructed

that previous. In spite of all expectations, the results achieved by them have been insignificant. The percentage of legalized structures has been negligible in comparison to the number of submitted requests;<sup>5</sup> moreover, the number of applications has not even been close to what should be otherwise expected.<sup>6</sup> It is a devastating fact that the number facilities illegally constructed has not decreased, but has only risen over the years. Illegal builders have not been motivated to initiate legalization procedures, owing to the fact the process is considered to be complicated and expensive, as well as that illegal builders rarely face legal consequences. They have found “safety in numbers”, since the number of illegal buildings in Serbia is estimated to be at one and a half million.<sup>7</sup>

Frequent changes in laws without yielding significant results have led only to the fall of the authority of the State and its agencies, while the legalization process has come to be perceived as a form of amnesty.<sup>8</sup> Attributed to the failure and ineffectiveness of previous laws, not merely in Serbia but in the region as a whole, are the following: insufficient administrative capacities, complicated procedures, political pressure, legal solutions that stimulate further illegal building (lowering criteria, extension of deadlines, the legalization procedure cheaper than lawful building), and ongoing tolerance to the phenomenon.<sup>9</sup>

The Law on the Legalization of Objects of 2013 followed as a consequence of the decision of the Constitutional Court of the Republic of Serbia on the incompatibility of certain provisions of the Law on planning and construction of 2009 with the Constitution.<sup>10</sup> The Constitutional

---

Without a Building Permit, *Official Gazette of the RS*, No. 25/2013, 145/2014, The Law on Legalization of Objects *Official Gazette of the RS*, No. 95/2013, 117/2014.

<sup>5</sup> See: Milanka Belić, „Legalizacija bespravno sagrađenih objekata“, *Bilten republičkog javnog pravobranilaštva* 1/2014, 63.

<sup>6</sup> According to the latest report, approximately 771,000 applications for legalization have been submitted, compared to one and a half million illegally constructed buildings. See: Explanation of the draft Law on the Legitimation of Buildings: [http://www.mgsi.gov.rs/lat/dokumenti/nacrt\\_zakon\\_o\\_ozakonjenju\\_objekata](http://www.mgsi.gov.rs/lat/dokumenti/nacrt_zakon_o_ozakonjenju_objekata), last visited 10 October 2015.

<sup>7</sup> According to the Republic Geodetic Authority, there are 4,671,899 structures in Serbia, of which 1,996,479 buildings serve for family housing, and 36,321 for collective housing. The number of registered illegal buildings is estimated to be 1,476,433. *Ibid.*

<sup>8</sup> See: Đorđe Mojević, Miodrag Ferenček, *Izazovi regularizacije neformalnih naselja u jugoistočnoj Evropi, Pregled relevantnih zakona i prakse iz oblasti urbanističkog planiranja i legalizacije*, NALAS (Network of Associations of Local Authorities of South East Europe), Skoplje, 2011, 99, 129.

<sup>9</sup> See: *Ibid.*, 105–106.

<sup>10</sup> The provisions of Article 185–200 of the Law on planning and construction (*Official Gazette of the RS*, No. 72/2009, 81/2009, 64/2010, 24/2011) were declared unconstitutional by the Court decision no. IUz 295/2009 of 6<sup>th</sup> December 2012. Six months after the ruling, on June 7<sup>th</sup>, 2013, the here mentioned provisions ceased to be in force as a result of the publication of the Court’s decision in the Official Gazette. See: <http://www.ustavni.sud>.



Court found in its decision that privileged conditions for the subsequent obtaining of a building permit had given unfounded privileges to persons who had violated building regulations.<sup>11</sup> According to the Court, these provisions violated the principle of the rule of law, legal certainty, and equal application of the law (non-discrimination).<sup>12</sup> In other words, the Constitutional Court found that legalization is only allowable when it is based on the subsequent performance of all legal obligations that were required for lawful builders.

To elucidate, with this decision, the Constitutional Court did not declare the legalization *per se* unconstitutional, but the manner in which it had been conceived and regulated. Furthermore, in permitting the legalization of structures that had been illegally erected during the validity of the Law on Planning and Construction of 2003, the disputed Law of 2009 also implicitly approved the inaction of authorities. Namely, it “legalized” the fact that illegal construction was not prevented or remedied by public authorities in practice. Instead of implementing a statutory sanction in the form of a facility’s removal, the law suspended the said sanction and tacitly replaced it with the right to legalization.<sup>13</sup>

It is important to underscore that the Constitutional Court found that the privileged position in the process of legalization can be allowed only if it relates to a group of persons whose social situation demands the positive measures (affirmative action) envisaged by the Constitution.<sup>14</sup>

The Law on the Legalization of Objects enacted in 2013 has not led to the desired outcomes it envisioned and the number of illegal build-

---

*rs/page/view/sr Latn CS/80 101744/saopstenje sa 28 sednice ustavnog suda odrzane 6 decembra 2012 godine kojom je predsedavao dr dragisa slijepcevic predsednik ustavnog suda; <http://www.bdklegal.com/upload/documents/newsletter/2013/BDK%20Newsletter%2010.pdf>, last visited 24 August 2015.*

<sup>11</sup> Constitutional Court Decision no. IUz 295/2009 of 6<sup>th</sup> December 2012: <http://profisistem.com/zakoni/strana/916>, last visited 29 September 2015; Dimitrije Lukić, President of the Sokobanja municipality, cited the case in point of two neighbors who were building similar houses at the same time. One had acted in accordance with regulations and built his house with permission, the other without a single piece of documentation. The law abiding citizen needed to pay 22,000 Deutsch Marks in land compensation, while his fraudulent neighbor paid nothing and erected his house much sooner. See: [http://www.politika.rs/rubrike/Ekonomija/Legalizacija\\_sesti\\_put\\_za\\_deset\\_godina.lt.html](http://www.politika.rs/rubrike/Ekonomija/Legalizacija_sesti_put_za_deset_godina.lt.html), last visited 30 September 2015.

<sup>12</sup> Constitutional Court Decision no. IUz 295/2009 of December 6<sup>th</sup>, 2012: <http://profisistem.com/zakoni/strana/916>, last visited 29 September 2015.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> *Ibid*; See: Article 21 (4) and Article 76 (3) of the Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette of RS*, No. 98/2006; „The court admitted that it may be constitutional to apply different legal regimes to the same right if this were necessary in order to level the playing field for persons or groups whose social status justifies affirmative action.“ See: <http://www.bdklegal.com/upload/documents/newsletter/2013/BDK%20Newsletter%2010.pdf>, last visited 29 September 2015.

ings has not seen a significant drop. Consequentially, a new Law on the Legitimation of Buildings was adopted in November, 2015. The principal objective of the new Law is to legitimize the highest number of illegally constructed objects and to convert them into the procedural flow, as well as to undertake preventive action against the emergence of new illegal construction.<sup>15</sup> According to the Minister of Construction, Transport and Infrastructure, “legalization will be inexpensive, simple, and fast. This law is different from all those previous in that it is not left to the will of citizens or legal persons to legalize their structures or not, but the state. The government renders a decision on demolition of those who did not submit a single document”.<sup>16</sup> However, these benefits could bear negative consequences on municipal budgets, since illegal constructors will be exempted from paying fees for construction land, which is one the largest sources of revenue for local governments.<sup>17</sup>

The draft stipulates that a list of all illegally constructed buildings will be made and utilized by building inspectors. After registration of the structure for which there has been no request for legalization, a building inspector is obliged to issue a decision on the demolition of the building. It is delivered to the owner of the illegally constructed facility and the competent authority for the legitimization of buildings as to initiate *ex officio* procedure for the structure’s legitimization. Thus, the state, treating this issue as a matter of public interest, will self-start and guide the process of legitimization. It will no longer be upon the will of the owners of illegally constructed buildings as to whether they will file a request or not. Nevertheless, this law does not carry out the legalization of buildings itself, meaning the subsequent collection of all documents required for the construction of a new facility. With this law, the Republic of Serbia will conduct the legitimization of buildings in the public interest, under prescribed minimum geodetic-technical stipulations and other necessary documentation.<sup>18</sup>

It must be stressed that both legalization and legitimation are to be carried out in the public interest, but only in the latter is it made explicit in the provisions of the law.<sup>19</sup> Furthermore, the governmental body in charge initiates the procedure of legitimation *ex officio*,<sup>20</sup> which demon-

---

<sup>15</sup> See: Explanation of the draft Law on the Legitimation of Buildings: [http://www.mgsi.gov.rs/lat/dokumenti/nacrt\\_zakon\\_o\\_ozakonjenju\\_objekata](http://www.mgsi.gov.rs/lat/dokumenti/nacrt_zakon_o_ozakonjenju_objekata), last visited 15 October 2015.

<sup>16</sup> [http://www.politika.rs/rubrike/Ekonomija/Pocinje\\_legalizacija\\_po\\_novim\\_pravilima.lt.html](http://www.politika.rs/rubrike/Ekonomija/Pocinje_legalizacija_po_novim_pravilima.lt.html), last visited 25 October 2015.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> See: Explanation of the draft Law on the Legitimation of Buildings: [http://www.mgsi.gov.rs/lat/dokumenti/nacrt\\_zakon\\_o\\_ozakonjenju\\_objekata](http://www.mgsi.gov.rs/lat/dokumenti/nacrt_zakon_o_ozakonjenju_objekata), 15 October 2015.

<sup>19</sup> Art. 2 of the Law on the Legitimation of Buildings.

<sup>20</sup> Art. 7 (9) of the Law on the Legitimation of Buildings.

strates the direct engagement of public interest. However, one can set a reasonable question as to whether the process of legitimation (regardless of the predominance of public interest) undermines the principle of equality and non-discrimination, which was the main reason for the adoption of the aforementioned decision of the Constitutional Court on the unconstitutionality of the provisions of the Law on Planning and Construction. This is especially important if one bears in mind the position of the Court that, “the establishment of such types of privileges cannot be justified by the public/general interest to conduct legalization as a legitimate aim”.<sup>21</sup> Of course, it remains to be seen what will be the possible position of the Constitutional Court to the new law.

### 3. HOUSING CONDITIONS OF ROMA IN THE REPUBLIC OF SERBIA

The Roma community has been residing in Serbia for centuries and is widely recognized as the most endangered national minority,<sup>22</sup> despite the protection guaranteed in numerous international and domestic acts.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Constitutional Court decision no. IUz 295/2009 of 6<sup>th</sup> December 2012: <http://profisistem.com/zakoni/strana/916>, last visited 15 October 2015.

<sup>22</sup> See: *Foreword of the Strategy for Improvement of the Status of Roma in the Republic of Serbia*, Belgrade, 2010, 5; It is important to emphasize, that the Roma population in Serbia is not homogeneous, as can be assumed; three main groups of Roma exist in Serbia: Arli/Erli in the South, and Gurbet and Kalderash in the North. The distinction is based primarily on the languages spoken by these groups. See: *Ethnic Minorities in Serbia, An Overview*, OSCE, February 2008, 19: <http://www.osce.org/serbia/30908?download=true>, last visited 20 October 2015; Furthermore, the Roma population has other mitigating factors of diversity: „There are long established residents, refugees or internally displaced persons (IDPs) from recent conflicts, returnees from Western countries, seasonal workers (...), and a very small number of travelers. What all these groups have in common is extreme deprivation in economic and social terms, and daily lives marked by discrimination“. Vladimir Macura, Zlata Vuksanović, *Roma Housing and Settlements in South East Europe, Profile and Achievements in Serbia in a Comparative Framework, Summary and Recommendations*, OSCE, ODIHR, Warsaw 2006, viii.

<sup>23</sup> Numerous legal and strategic documents have been adopted in the Republic of Serbia with the aim of improving the situation of Roma communities. Among the laws of special importance are the Law on Protection of the Rights and Freedoms of National Minorities (2002), Anti Discrimination Law (2009), and the Law on Social Housing (2009), while the main strategic documents have been the Poverty Reduction Strategy (2003), the Strategy for the Improvement of status of Roma (2009), and the Strategy for the Prevention and Protection against Discrimination (2013). The Republic of Serbia has ratified a number of international treaties adopted under the auspices of the United Nations which, *inter alia*, prohibits discrimination and guarantees the right to housing: the International Covenant on Civil and Political Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination

Furthermore, the exact number of Roma in Serbia is difficult to determine and a lack of reliable data negatively impacts their housing situation.<sup>24</sup> According to the 2011 census, there were 147,604 Roma recorded, representing 2.05% of total population.<sup>25</sup> There is a general consensus, however, that the number of Roma is several times higher and its estimates range from 250,000 to 400,000 individuals.<sup>26</sup> Some Roma NGOs claim

---

against Women, the Convention on the Rights of the Child, the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading treatment or Punishment, the Convention on the Rights of Persons with disabilities and the Convention on the Protection of All Persons from enforced Disappearances. Furthermore, the Republic of Serbia has ratified a number of international conventions adopted within the Council of Europe, such as the European Convention on Human and Minority Rights and the revised European Social Charter as well as the Framework Convention for the Protection of National Minorities. Within the EU, several directives prohibiting discrimination have been issued. Of particular importance is Directive 2000/43 which prohibits discrimination on the basis of race or ethnicity. In addition, Serbia is a signatory of the Vienna Declaration on National and Regional Policy and Programmes regarding Informal Settlements in South Eastern Europe as of September 28<sup>th</sup>, 2004. Finally, the Declaration of the Decade of Roma Inclusion 2005 2015 was signed in Sofia on February 2<sup>nd</sup>, 2005, by the prime ministers of Central and Southeast European participant countries, whose main objective has been to provide a basis for the improvement of living conditions among the Roma and for a reduction in the differences between them and the non Roma majority. While the situation of the Roma in Serbia has been generally advanced with the enactment of these legal and strategic documents, the right to adequate housing still remains elusive for the vast majority of them. As civil society organizations have observed, „although we can affirm that Roma interests are considerably incorporated into different national strategic documents, the general problems characteristic to all these documents are the unrealistic goals, insufficient if any budgetary allocations, excessive reliance on foreign donations, and a lack of effective monitoring and evaluation mechanism“. Osman Balić, Đurđica Ergić, Stevan Nikolić, Đokica Jovanović, Slavica Vasić, *Civil Society Monitoring on the Implementation of the National Roma Integration Strategy and Decade Action Plan in Serbia in 2012 and 2013*, Decade of Roma Inclusion Secretariat Foundation, Budapest 2014, 8; *The Strategy for Improvement of the Status of Roma in the Republic of Serbia*, 9; Marko Davinić, Vladimir Macura, Miodrag Ferencšek, Žarko Klisarević, Osman Balić, *The Draft Law on the Legalization of Sustainable Roma Settlements*, Standing Conference of the Roma Associations of the Citizens – The League of Roma, Belgrade 2014, 12 13.

<sup>24</sup> See: *Best Practices for Roma Integration, Regional Report on Housing Legalization, Settlement Upgrading and Social Housing for Roma in the Western Balkans*, OSCE/ODIHR, Warsaw, 2013, 39: [http://www.osce.org/odihr/115737?download true](http://www.osce.org/odihr/115737?download=true), last visited 2 November 2015.

<sup>25</sup> *2011 Census of Population, Households and Dwellings in the Republic of Serbia, Ethnicity, Data by municipalities and cities*, Statistical Office of the Republic of Serbia, Belgrade 2012, 14 15: [http://pod2.stat.gov.rs/ObjavljenePublikacije/Popis2011/Nacionalna%20pripadnost Ethnicity.pdf](http://pod2.stat.gov.rs/ObjavljenePublikacije/Popis2011/Nacionalna%20pripadnost%20Ethnicity.pdf), last visited 21 October 2015; See also: the cartographic presentation of the share of Roma people in the total population of municipalities and cities in the Republic of Serbia: *Ibid.*, 95.

<sup>26</sup> *Ethnic Minorities in Serbia*, 19 20; The most relevant and comprehensive study was conducted in 2002 under the title „Romany Settlements, Living Conditions and Possibilities of Integration of the Roma in Serbia: in order to Take Effective Measures as to Improve Living Conditions and Examine the Possibilities of Integration“. The research

that there are more than 750,000 Roma in Serbia, but such assessments may be exaggerated. The current expectation is that this number is on the rise as Roma are repatriated from Western Europe to Serbia based on readmission agreements.<sup>27</sup>

The majority of the Roma population in Serbia have been living in informal settlements, in extreme poverty, and are under constant threat of forced eviction. They have no registered permanent residence and personal documents, are unfamiliar with their rights, and are subject to different forms of discrimination and stigmatization.<sup>28</sup> Therefore, it is recognized that “a residence with secure living conditions is a prerequisite to the recognition and fulfillment of other rights”.<sup>29</sup>

In Serbia, Roma settlements often represent traditional parts of the towns and cities in which they are located. In addition to the living conditions being very poor and their area as quite small, they are also overpopulated. Their poverty is the result of the social exclusion, prejudices, and intolerance that Roma have experienced in most European countries for centuries.<sup>30</sup> Contrary to prejudices, the majority of the Roma do not want

---

team comprised representatives of the academic community under the direction of Božidar Jakšić, from the Institute for Philosophy and Social Theory. This study estimated the number of Roma in Serbia to be approximately 250,000. In 593 settlements with more than 100 inhabitants or more than 15 families, there was a total of 210,353 Romany natives and 46,238 Romani displaced from Kosovo. This methodological approach meant that the objective of the investigation was not to determine the exact number of the Roma population, rather an approximate one. As a consequence, the authors of this investigation assume that the real number of Roma inhabitants is roughly 30% higher. See: Goran Bašić, „Settlements and Population Density of the Romanies in Serbia“, *Umetnost preživljavanja, Gde i kako žive Romi u Srbiji* (ur. B. Jakšić, G. Bašić), Institut za filozofiju i društvenu teoriju, Beograd 2005, 200-201; When discussing the number of Roma, one should be cautious due to the phenomenon of ‘ethnic mimicry’ or ‘ethnic exodus’. These terms are used to describe Roma families who have managed to break away from poverty and then cease to identify themselves as Roma, due to pejorative attitudes, prejudices and stereotypes towards this ethnic group. See: *Ibid.*, 201; Božidar Jakšić, „Uslovi života romske porodice u Srbiji“, *Umetnost preživljavanja, Gde i kako žive Romi u Srbiji* (ur. B. Jakšić, G. Bašić), Institut za filozofiju i društvenu teoriju, Beograd 2005a, 87.

<sup>27</sup> *Ethnic Minorities in Serbia*, 20.

<sup>28</sup> See: Ivanka Kostić, „Romi u Srbiji – glavni problemi i prepreke u pristupu pravima (The Roma in Serbia – The Main Problems and Obstacles in Accessing Rights)“, *Prilozi Strategiji unapređenja položaja Roma* (ur. T. Varadi, D. Djordjević, G. Bašić), Zaštitnik građana, Beograd 2014, 98; On different forms of discrimination of the Roma population, see: Nevena Petrušić, „Tipologija slučajeva diskriminacije Roma u pravnoj praksi poverenika za zaštitu ravnopravnosti (Classification of cases of Discrimination Against Roma in the Legal Practice of Commissioner for Protection of Equality)“, *Prilozi Strategiji unapređenja položaja Roma* (ur. T. Varadi, D. Djordjević, G. Bašić), Zaštitnik građana, Beograd 2014, 73-91.

<sup>29</sup> V. Macura, Z. Vuksanović, vii.

<sup>30</sup> See: Zlata Vuksanović Macura, „The Mapping and Enumeration of Informal Roma settlements in Serbia“, *Environment & Urbanization* 2/2012, 685.

to live in ethnically homogenous environments. However, they often feel that they have no alternative due to their social status and inadequate incomes.<sup>31</sup>

As Bašić has observed, structural poverty is clearly evident in many such settlements and is deeply connected to political, legal, social, economic, ethnic and religious issues.<sup>32</sup> In order to describe their position in society, Miloš Macura characterizes the Roma as being “poorer than the poorest”.<sup>33</sup> Their position is such that many experts distinguish them as a separate ethnic class altogether.<sup>34</sup> However, this does not mean that all Roma settlements are in poor and irreparable condition.

---

<sup>31</sup> When asked, „Do you agree with the statement: Roma are better off living in their own settlements rather than next to citizens of other nationalities?“, merely 11.9% totally agreed and 77.6% of respondents fully disagreed. This survey was carried out by associates of Serbia’s Protector of Citizens on a sample of 500 respondents in 47 Roma settlements and in 30 municipalities. See: *Izveštaj o sprovođenju Strategije za unapređenje položaja Roma sa preporukama*, Zaštitnik građana, Beograd 2013, 1, 105–106: [http://www.ombudsman.rs/attachments/3115\\_IZVESTAJ%20ZG%20O%20SPROVODJENJU%20STRATEGIJE.pdf](http://www.ombudsman.rs/attachments/3115_IZVESTAJ%20ZG%20O%20SPROVODJENJU%20STRATEGIJE.pdf), last visited 1 November 2015; The same survey showed that Roma hold the place and country in which they live as important to them, despite their previous nomadic life. *Ibid.*, 55.

<sup>32</sup> G. Bašić (2005), 195; However, the aforementioned survey conducted in 2002 found that almost two thirds (64.7%) of the interviewed Roma families said their housing conditions were fine, while just one third (33.0%) replied that they were bad. Božidar Jakšić, „Living conditions of the Roma family in Serbia“, *Umetnost preživljavanja, Gde i kako žive Romi u Srbiji* (ur. B. Jakšić, G. Bašić), Institut za filozofiju i društvenu teoriju, Beograd 2005b, 230; This finding is an obvious indication of the discrepancy between the objective situation and subjective opinions, which is not an exclusive characteristic of the Roma population. Namely, the root of this phenomenon should be sought in the desire of people to present themselves and their living conditions better than they really are („keeping up appearances“).

<sup>33</sup> For citation, see: Goran Bašić, „Siromaštvo Roma i afirmativne mere (Roma Poverty and Affirmative Action)“, *Prilozi Strategiji unapređenja položaja Roma* (ur. T. Varadi, D. Djordjević, G. Bašić), Zaštitnik građana, Beograd, 2014, 10; Bašić added that in the absence of a stronger national program and movement, poverty has become the guardian of autochthony of the group and identity. Such poverty differs from ordinary poverty by social exclusion of the Roma people. See: *Ibid.*, 11–12; The difficult position of the Roma is also demonstrated by the fact that just one out of one hundred Roma reaches sixty years of age, as well as that the infant mortality rate of Roma children is 3.5 times higher than that of the majority community. Cited in: Prednacrt Zakona o legalizaciji održivih neformalnih naselja (Draft Law on the Legalization of Sustainable Informal Roma Settlements), Standing Conference of the Roma Associations of the Citizens – The League of Roma, Beograd 2014, 8; Nevertheless, Jakšić observed that „the overall economic, political, cultural and moral catastrophe in which Serbian society (...) found itself in the last decade of the 20<sup>th</sup> century has certainly brought non Roma closer to Roma, and vice versa. This, for the time being, means just equality in nothingness“. B. Jakšić, (2005b), 261.

<sup>34</sup> *Izveštaj o sprovođenju Strategije za unapređenje položaja Roma sa preporukama*, 21.

There are different criteria that should be taken into consideration when deciding what type of Roma settlement is able to be improved and legalized and what is not. The main criteria include the sustainability of the settlement and ownership status of the land, in addition to the age of the settlement, its position within the city (proximity to infrastructure and public transportation), environmental conditions, and other similar concerns.<sup>35</sup>

When taking into account these above listed criteria, four distinct types of Roma settlements in Serbia can be differentiated: slum, poor, conditionally functional, and functional. A slum settlement is defined as being haphazardly built on land that belongs to owners who are not the inhabitants. A poor settlement is erected on land that belongs to the inhabitants themselves, but the building quality of the structures is sub-standard and is in further decline due to poor maintenance. A conditional functional settlement is one in which the structures can meet standard building regulations, but are not built on land that belongs legally to the inhabitants. Finally, a functional settlement is one in which the structures meet standards and are built on land that belongs to the inhabitants themselves. Excluding slums, all other types of settlements, in general, can and should be legalized in respect to solutions needed for their respective issues.<sup>36</sup>

In a slightly differing view, Vuksanović-Macura categorizes Roma settlements in Serbia into three different types: slums, unserviced settlements, and ordered settlements. According to her, slums make up approximately 20 percent of all Roma settlements. They are developed on illegally occupied land at the outskirts of urban areas and are built by the most impoverished and vulnerable groups. Slums consist of overcrowded barracks without basic infrastructure and public spaces. These settlements cannot be improved and are supposedly to be removed when alternative accommodation to their inhabitants is provided.<sup>37</sup>

By far the largest, unserviced settlements make up 69 percent of all Roma settlements. They are built on land that belongs to a variety of owners (the state, municipalities, enterprises, and the Roma themselves). In general, these settlements are quite old, where the living units are constructed of solid materials. According to strategic documents of the Republic of Serbia, the majority of such settlements should be upgraded and legalized.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> *Guidelines for the Improvement and Legalization of Informal Roma Settlements*, 19.

<sup>36</sup> Compare: *Ibid.*, 19-20.

<sup>37</sup> Z. Vuksanović Macura, 689-690.

<sup>38</sup> *Ibid.*

Finally, ordered settlements make up 11 percent and consist of single-family houses built of solid materials and whose infrastructure is complete. Most of these structures have been erected legally by Roma who have been working abroad as guest workers.<sup>39</sup> It is obvious, that settlements of this group do not need further legalization, but improvement in terms of social services and communal infrastructure.

In the Guidelines for the Improvement and Legalization of Informal Roma Settlements, it is stressed that “improvement and legalization of Roma settlements is a better strategy than any other. (...) Improvement is the cheapest socially most painless and most adequate method for the inhabitants”.<sup>40</sup> However, the statement that “all categories of Roma settlements – including the most impoverished, can and should be improved” does not actually take into account the reality and gravity of the situation.<sup>41</sup> As has been already mentioned, slums are categorically unable to be improved nor legalized. However, it does not mean that all of them should be removed without developing feasible alternatives for their inhabitants.

#### 4. NEEDS FOR AFFIRMATIVE ACTIONS IN THE LEGALIZATION OF ROMA SETTLEMENTS

One can reasonably pose the question as to why there is a need for a special law that would solely regulate the informal settlements of the Roma. Even some international organizations argue that the legalization of these settlements should not be regulated separately from the rest of the population.<sup>42</sup>

Nonetheless, Roma poverty is significantly different from the poverty of others, as the Roma are unable to overcome it without govern-

---

<sup>39</sup> Vuksanović Macura stresses that it is not easy to make a clear distinction between these settlements, especially the first two groups. *Ibid.*

<sup>40</sup> *Guidelines for the Improvement and Legalization of Informal Roma Settlements*, 5-6; These Guidelines were adopted in 2007 by the Ministry for Capital Investments with the objective to help municipalities during this process. Nevertheless, only two (Prokuplje and Knjazevac) out of 148 municipalities in Serbia legalized Roma settlements according to these recommendations. See: O. Balić *et al.*, 73.

<sup>41</sup> *Guidelines for the Improvement and Legalization of Informal Roma Settlements*, 5.

<sup>42</sup> See, for instance, the OSCE report: „Roma are not the only group requiring housing legalization and support. Programmes that aim to provide long term special treatment for Roma populations in the areas of land and housing should be avoided, as they will eventually cause resentment among the general population, a large proportion of which suffers from similar constraints with regard to the complexities of legalization“. *Best Practices for Roma Integration*, 7.



ment assistance and social solidarity. Most of them find themselves in a vicious circle of poverty: “they are unemployed because they are poor and unskilled, and they are poor because they are unemployed or perform the lowest paid jobs”.<sup>43</sup> Such ‘structural’ poverty is unique because of the social exclusion of the Roma population and its perseverance.<sup>44</sup> Thus, affirmative measures should provide equitable access to rights for those citizens who, due to the long-term impact of unfavorable socio-economic factors, are in the position that is the source of their civic inequality and social exclusion. In other words, equality does not necessarily mean fairness for the disadvantaged.<sup>45</sup>

Affirmative measures represent an exception to the rule of prohibition of discrimination.<sup>46</sup> In general terms, an affirmative measure “comprises all sort of measures aimed to help minorities or social disfavored groups to overcome decades of past societal discrimination”,<sup>47</sup> and can be defined as an attempt to make progress towards a substantive rather

<sup>43</sup> B. Jakšić (2005b), 220.

<sup>44</sup> G. Bašić (2014), 12; As Bašić suggests, „they are a socially, economically, politically and in every other sense powerless social group that cannot overcome the existing situation without the support of the broader social community and intervention of state administration“. G. Bašić (2005), 218; Stanković underlines the fact that there is „almost total ethnic marginality in all spheres of socio economic and cultural life“ of the Roma population. V. Stanković, „Roma in Light of Yugoslav Statistics“, in *Development of Roma in Yugoslavia Problems and Tendencies*, SANU, Belgrade, 1992, 164. Cited in B. Jakšić (2005b), 222; The former Serbian Ministry for Capital Investments also recognized that „many Roma settlements are the most miserable parts of our cities. Although they are not the only informal settlements, although they are by size smaller than other informal settlements, they are because of poverty and discrimination in the worst position, and living is the hardest in them“. *Guidelines for the Improvement and Legalization of Informal Roma Settlements*, 2.

<sup>45</sup> *Ibid.*, 13; In his famous commencement address at Howard University on June 4th 1965, former US President Lyndon B. Johnson said: „You do not take a person who, for years, has been hobbled by chains and liberate him, bring him up to the starting line of a race and then say, ‘you are free to compete with all the others,’ and still justly believe that you have been completely fair“. See the whole speech at: <http://www.lbjlib.utexas.edu/johnson/archives.hom/speeches.hom/650604.asp>, last visited 11 November 2015; One illustrative fact is that 14.7% of total population of Serbia is faced with the problem of inadequate housing, while this percentage amounts to 64.1% in the Romani population. O. Balić *et al.*, 76.

<sup>46</sup> Different terms are used to indicate these measures, such as affirmative action, special measures, positive discrimination, positive measures, preferential system, and similar. See: Ljubica Djordjević, „Affirmativne mere za unapređenje položaja Roma u Srbiji (Affirmative Action for the Advancement of Roma in Serbia)“, *Prilozi Strategiji unapređenja položaja Roma* (ur. T. Varadi, D. Djordjević, G. Bašić), Zaštitnik građana, Beograd 2014, 29, 37.

<sup>47</sup> Nuria Elena Ramos Martín, *Positive Action Measures in European Union Equality Law*, [http://www.uva.aias.net/uploaded\\_files/publications/NuriaRamosMartin.pdf](http://www.uva.aias.net/uploaded_files/publications/NuriaRamosMartin.pdf), last visited 10 November 2015.

than formal equality.<sup>48</sup> The central issue is whether the different treatment provided by an affirmative measure is justified or represents an act of discrimination. In addressing this issue, international courts mainly rely on given proportionality tests. This implies that an affirmative measure is permitted only if it is suitable and proportionate for the realization of a legitimate goal (i.e., there is no other measure which could achieve the objective while interfering less in the principle of equality).<sup>49</sup> The draft law on the Legalization of Informal Roma Settlements proposed takes into account these criteria. Furthermore, it is based on the provisions of the Constitution of the Republic of Serbia on affirmative action.<sup>50</sup>

However, positive measures envisaged by the Constitution are not being elaborated on and implemented sufficiently by laws or bylaws in Serbia.<sup>51</sup> The Government of the Republic of Serbia has also recognized the specific problems in legalization of Roma settlements, such as resolving the legal status of property, structure quality, building documentation,

---

<sup>48</sup> Lj. Djordjević, 33; More on affirmative action, see: Milan Paunović, Boris Krivokapić, Ivana Krstić, *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014, 253-255.

<sup>49</sup> Lj. Djordjević, 37; The European Court of Human Rights has confirmed in many cases that affirmative measures are permitted under Article 14 of the ECHR, which prohibits any form of discrimination. In *Stec and others v. The United Kingdom*, the Court underlined the following: „Article 14 does not prohibit a member State from treating groups differently in order to correct ‘factual inequalities’ between them; indeed in certain circumstances a failure to attempt to correct inequality through different treatment may in itself give rise to a breach of the Article (...). A difference of treatment is, however, discriminatory if it has no objective and reasonable justification; in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized“. Case of *Stec and others v. The United Kingdom*, App. Nos. 65731/01 and 65900/01, judgment from 12 April 2006: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001\\_73198](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001_73198), last visited 10 November 2015.

<sup>50</sup> As a general rule, Article 21, paragraph 4. of the Constitution of the Republic of Serbia stipulates that „special measures which the Republic of Serbia may introduce to achieve full equality of individuals or group of individuals in a substantially unequal position compared to other citizens shall not be deemed discrimination“. In a more concrete way, Article 76, paragraph 3. of the Constitution of the Republic of Serbia stipulates that „specific regulations and provisional measures which the Republic of Serbia may introduce in economic, social, cultural and political life for the purpose of achieving full equality among members of a national minority and citizens who belong to the majority, shall not be considered discrimination if they are aimed at eliminating extremely unfavorable living conditions which particularly affect them“. See the complete text of the Constitution of the Republic of Serbia: [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=191259](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=191259), last visited 10 November 2015.

<sup>51</sup> *Izveštaj o sprovođenju Strategije za unapređenje položaja Roma sa preporukama*, 2, 79; In a Report from 2014, it was noted that „the current legal framework on legalization and urban planning does not recognize the specific conditions of legalization of Roma settlements/individual buildings in Roma settlements. Changes in the legal framework which would recognize these specific circumstances and enable the legal regulation of these settlements and create a foundation for further improvement of living conditions are necessary, possibly through the *Lex Specialis* mode“. O. Balić *et al.*, 26.

adequate supporting infrastructure, and other similar issues.<sup>52</sup> In this regard, the adoption of the proposed Draft Law would represent a further step in the mitigation of the inherited problems that the Roma population has been facing for many decades.

## 5. MAIN SOLUTIONS ENVISAGED BY THE DRAFT LAW ON THE LEGALIZATION OF SUSTAINABLE ROMA SETTLEMENTS

The Draft Law on the Legalization of Sustainable Roma Settlements (hereinafter: The Draft Law) regulates the conditions, procedure and manner of legalization of sustainable informal Roma settlements, as the first stage in the process of legalization and improvement of the housing conditions of Roma in Serbia.<sup>53</sup> Therefore, it should create prerequisites so that the residents of such settlements would, at a later stage, be able to access the legitimization of individual structures.<sup>54</sup>

A sustainable informal Roma settlement is defined as a settlement or part of a settlement predominantly inhabited by Roma, with more than 100 inhabitants of Romani ethnicity, constructed or reconstructed before 1971, from material that provides durability and safety of the structure.<sup>55</sup> Thus, the Draft Law focuses on larger settlements, with a longer tradition and history, which their resilience and persistence has confirmed.

---

<sup>52</sup> *Strategy for Improvement of the Status of Roma in the Republic of Serbia*, 18.

<sup>53</sup> Art. 1 of the Draft Law.

<sup>54</sup> M. Davinić, V. Macura, M. Ferenček, Ž. Klisarević, O. Balić, *The Draft Law on the Legalization of Sustainable Roma Settlements*, Standing Conference of the Roma Associations of the Citizens – The League of Roma, Belgrade 2014, 13.

<sup>55</sup> Art. 2 of the Draft Law; There are different definitions of informal settlements. According to OSCE report, „an informal settlement is any human settlement where housing has been constructed without the requisite permits or legal title for use of the land“. Report on Roma Informal Settlements in Bosnia and Herzegovina, OSCE Mission to Bosnia and Herzegovina, 3: [http://www.oscebih.org/documents/osce\\_bih\\_doc\\_2010122310144973eng.pdf](http://www.oscebih.org/documents/osce_bih_doc_2010122310144973eng.pdf), last visited 2 November 2015; The Vienna Declaration on Informal Settlements in South Eastern Europe defines them as the following: „Informal settlements are human settlements, which for a variety of reasons do not meet requirements for legal recognition (and have been constructed without respecting formal procedures of legal ownership, transfer of ownership, as well as construction and urban planning regulations), exist in their respective countries and hamper economic development. While there is significant regional diversity in terms of their manifestation, these settlements are mainly characterized by informal or insecure land tenure, inadequate access to basic services, both social and physical infrastructure and housing finance.“ The Vienna Declaration on Informal Settlements in South Eastern Europe: [http://library.tee.gr/digital/m2267/m2267\\_demeti.pdf](http://library.tee.gr/digital/m2267/m2267_demeti.pdf), last visited 7 November 2015; The term „Roma Settlement“ refers to any area of an urban zone that is majority populated by Roma. Synonyms for this term are „Roma mahala“ and „Roma neighborhood“. *Guidelines for the Improvement and Legalization of Informal Roma Settlements*, 4.

The definition of a sustainable informal Roma settlement also suggests that the objective of the Draft Law is not the legalization of all Roma settlements, but only those that meet the requirements of sustainability. Therefore, it is necessary to clearly define those situations in which the legalization of settlements would be harmful for the residents of the Roma settlement and society as a whole.<sup>56</sup>

A Roma settlement is not considered sustainable when it is predominantly constructed or reconstructed on land unfavorable for construction (landslides, permanently contaminated land, wetlands, etc.); predominantly constructed or reconstructed on land that is on someone else's private property; constructed in an area that has been assigned the first level of natural heritage protection, or in an area of protected cultural heritage of great importance; constructed in protective zones in the proximity of military facilities, and constructed in protective zones of other important structures/facilities (airports, highways, water sources, dams, etc.) that are protected in accordance with the provisions of special laws.<sup>57</sup>

It is necessary to stress that the legalization of sustainable Roma settlements does not automatically mean the legalization of any of its individual structures (houses, constructions, streets, infrastructure, etc.), but is a prerequisite for their individual legitimation in accordance with the recently adopted Law on Legitimation of Objects.<sup>58</sup>

There are different phases in the process of the legalization of informal Roma settlements, all of which establish local communities as the main actor.<sup>59</sup> Thus, The Local Self-government unit in which Roma settlements exist is required to analyze the situation,<sup>60</sup> determine a list of sustainable Roma settlements within its territory,<sup>61</sup> adopt an action plan for the implementation of legalization in terms of improving the quality

---

<sup>56</sup> M. Davinić *et al.*, 14.

<sup>57</sup> Art. 2 of the Draft Law.

<sup>58</sup> Art. 3 (2) of the Draft Law.

<sup>59</sup> It has been noted that the issue of legalization and improvement of Roma housing is the concern of the local community and falls within its jurisdiction. The local community and its population, of not just Roma but of all residents, are therefore those who should be key in its resolution. *Guidelines for the Improvement and Legalization of Informal Roma Settlements*, 13-14.

<sup>60</sup> A situational analysis of Roma settlements specifically lists existing Roma settlements that have a population of more than 100 inhabitants of Romani ethnicity and includes information on the location, size, number of facilities, population, households, age and building quality, the extent of the area that can meet criteria for legalization of sustainable Roma settlements, a general description of the overall situation, quality review and problems within the settlement, as well as other information relevant to the decision as regards legalization accession. Art. 6 (2) of the Draft Law.

<sup>61</sup> Local governments shall establish a list of sustainable Roma settlements within their territorial jurisdiction, based on the definition of a sustainable Roma settlement, the analysis of the situation, and the outline list of settlements given in the Appendix of the Draft Law. Art. 7 (1) of the Draft Law.

of life,<sup>62</sup> make a decision on the accession to the legalization of sustainable Roma settlements,<sup>63</sup> and to develop urban plans that contain detailed regulation, including subdivision plans.<sup>64</sup>

The development of detailed urban plans is a key moment in the process of legalization. These plans do not exist for a large number of informal Roma settlements and, without them, it is not possible to legalize individual facilities nor to develop communal infrastructure within them.<sup>65</sup> Therefore, “the legalization of a settlement by means of an urban plan is a political process, unlike the legalization of individual houses, which is an administrative process.”<sup>66</sup>

The local self-government unit should be responsible for the review of all applicable urban planning (mainly of a general nature) and to make amendments to individual plan sections that provide insufficient argumentation for the resettlement of Roma settlements in order to ensure that these settlements are maintained and improved in accordance with respect to the local Roma community.<sup>67</sup> As the authors of the draft law have pointed out, urban planning has long been characterized by a

---

<sup>62</sup> The action plan primarily contains the overview and content of activities to be undertaken, documents to be adopted, timelines and responsibilities for each activity, the anticipated scope and sources of funds for the realization of tasks, as well as other necessary requirements and instructions for conducting the legalization of sustainable Roma settlements. Art. 8 (2) of the Draft Law.

<sup>63</sup> Local self governments are to make their own respective decisions on accessing the legalization of sustainable Roma settlements on the basis of situation analysis, the established list of sustainable Roma settlements, and on the basis of the action plan for the implementation of legalization. Art. 9 (1) of the Draft Law.

<sup>64</sup> Art. 4 of the Draft Law.

<sup>65</sup> See: Vladimir Macura, „Nužnost legalizacije neformalnih Romskih naselja (The Necessity of Legalization of Informal Roma Settlements)“, *Prilozi Strategiji unapređenja položaja Roma* (ur. T. Varadi, D. Djordjević, G. Bašić), Zaštitnik građana, Beograd 2014, 69; In a survey conducted by the League of Roma, only one out of the 20 surveyed municipalities applied for and received funds from the state budget for the drafting of the planning documentation for irregular settlements. See: O. Balić *et al.*, 74.

<sup>66</sup> V. Macura, Z. Vuksanović, 8, 15.

<sup>67</sup> Art. 10 of the Draft Law; Settlement upgrades and improvements essentially can be defined as any contributing development to a structure that improves its inhabitability. These include access to water, sanitation, electricity, roads, or any other infrastructure, as well as improvements to the building itself. *Best Practices for Roma Integration*, 9; „...The issue is often raised of whether it is necessary to first perform legalization of a settlement, and then its improvement, or if the improvement is the basis for legalization. Actually, these two processes are intertwined and they support each other. Legalization supports improvement, and an improved environment provides arguments for the legalization of structures and settlements. In other words, the legalization has limited effects if it is not linked to improvement, and improvement cannot be completely advanced if it is not connected to the process of legalization“. *Guidelines for the Improvement and Legalization of Informal Roma Settlements*, 9; However, a survey conducted by the League of Roma showed that municipalities in Serbia are not well prepared nor motivated to participate in programs aimed at improving housing conditions in Roma settlements. See: O. Balić *et al.*, 74.

negative attitude towards existing Roma settlements due to the matter of their informal and unincorporated appearance. Objections also include their having been built on unregulated land that is not within proper legal possession and lacks proper infrastructure. Such a disregard in urban planning for already existent Roma settlements has resulted in the total neglect of providing for their existence, and opt for the establishment of any other purposed area possible (protective zones, protective vegetation, sport and recreation, new corridors, infrastructure, and so on).<sup>68</sup> It is therefore obvious that this practice should be abandoned by the adoption of this Draft Law.

In the process of legalization of sustainable Roma settlements, the forced eviction of residents from the settlement is not allowed without previously having provided alternative accommodation of a quality equal or higher to the living conditions of that settlement, which must also comply with the criteria of adequate housing.<sup>69</sup> This provision is of great importance since some facilities within a sustainable settlement would have to be removed (e.g., from safety concerns) and it is necessary to ensure their inhabitants have adequate housing.<sup>70</sup>

The lands where sustainable Roma settlements are located and which are public property should be ceded or leased to applicants in accordance with the appropriate normative acts.<sup>71</sup> In fact, most Roma settlements are located on public lands, and, for that very reason, require conversion from public to private ownership, or, at the very least, the opportunity of long-term land lease. Furthermore, the cession or lease of land should not be done under bidding procedure, due to the poor material situation of their inhabitants and the clear danger of the land being taken over by much wealthier tender participants.<sup>72</sup>

Local self-governments and civil society organizations shall carry out the planning and improvement of settlements, as well as other programs necessary for their overall development.<sup>73</sup> On the state level, the

---

<sup>68</sup> See: M. Davinić *et al.*, 16.

<sup>69</sup> Art. 12 of the Draft Law; The Ministry of Construction, Transport and Infrastructure opened the public debate on the draft Law on housing and building maintenance in November, 2015. This draft Law regulates, among other things, the processes of forced evictions and displacements, as well as housing support for the socially vulnerable inhabitants, which is an overt positive step. However, this law cannot be a substitute, but rather a necessary supplement for the Law on Legalization of Sustainable Informal Roma Settlements. About the need for the enactment of a special law that would regulate a process of forced evictions and displacements in detail, see: Marko Davinić, „Prinudno iseljenje i raseljavanje – upravno pravni aspekti (Forced evictions and displacements – Administrative Law Aspects)“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2013, 149–165.

<sup>70</sup> M. Davinić *et al.*, 17.

<sup>71</sup> Art. 14 of the Draft Law.

<sup>72</sup> M. Davinić *et al.*, 17.

<sup>73</sup> Art. 16 (1) of the Draft Law.

Ministry assigned the duty of legalization must be required to establish an internal organizational unit which shall be held responsible for activities related to the legalization of sustainable Roma settlements.<sup>74</sup>

The draft Law foresees adoption of bylaws necessary for its implementation. Thus, the Government of the Republic of Serbia is to adopt a regulation which prescribes the manner and conditions of the cession or lease of land in the legalization of sustainable Roma settlements. Furthermore, the Minister in charge of construction shall establish a rulebook of subdivision and regulation of sustainable Roma settlements.<sup>75</sup> Such a rulebook is necessary for the sake of traditional specifics of construction and demarcation of structures in Roma settlements. These rules are not to be in collision with the standards of safety, health and hygiene, but refer to the recommended road profiles (for example, roads in Roma settlements are approximately 3–4 meters wide, instead of the typical residential street with a 6 meter span and 2x1.5 meters of pedestrian sidewalk).<sup>76</sup> Lowering technical standards of construction have proved to be of crucial importance, though this tolerance must not come at the expense of the safety and security of the inhabitants.<sup>77</sup>

Finally, the Draft Law does contain the standard sections on penalties and supervision, as well as transitional and final provisions.<sup>78</sup>

## 6. CONCLUSION

Together with education, healthcare and employment, housing represents the main area needed for comprehensive development of Roma society in the Republic of Serbia. Although in the first three areas discernible progress has been achieved over the last few years, housing has still remained on the fringe.

The proposed draft Law on the Legalization of Sustainable Informal Roma Settlements should serve as a precondition and create prerequisites in order that the residents of such settlements would, at a later stage, be able to access the legitimation of individual structures according to the recently adopted Law on the Legitimation of Buildings. Nevertheless, the latter has caused much heated controversy in public debate owing to the reasonable question as to whether the process of legitimation undermines the principle of equality and non-discrimination due to privi-

---

<sup>74</sup> Art. 17 of the Draft Law.

<sup>75</sup> Art. 18 of the Draft Law.

<sup>76</sup> M. Davinić *et al.*, 18.

<sup>77</sup> See: Đ. Mojović, M. Ferenček, 131.

<sup>78</sup> Art. 19–23 of the Draft Law.

leges that illegal builders will enjoy. After all, this was the main reason for the adoption of the Constitutional Court's decision in 2012 on the unconstitutionality of the provisions stipulated in the Law on Planning and Construction of 2009.

Even if the new Law on the Legitimation of Buildings passes the test of its constitutionality, it still will not enable the majority of residents of informal Roma settlements to legitimize their individual buildings due to the unfortunate substandard nature of these settlements (most of which are built on land in public ownership or is of an unregulated or unclear legal status). Furthermore, the settlements themselves in how they have been laid out are often in stark contrast from the standards of the majority of the population (e.g., street width) which further hinder legitimization of the facilities located within. Does the inability of the legitimation of these structures and the nonexistence of detailed urban plans for such settlements automatically imply their removal at a later stage? This outcome would probably not prove to be the case due to the inability of the state to provide feasible solutions to their inhabitants. Sadly, this would also mean that the inhabitants of these settlements will continue to live in a legal limbo, under the constant fear of forced evictions and displacements.

The proposed draft Law together with appropriate bylaws would resolve the preliminary issue of the legal status of the land on which a settlement is located, as well as enable the development of its inhabitability in terms of structure quality and supporting infrastructure.

It goes without saying, that the legalization of informal Roma settlements would not cover all such settlements that have been registered in the Republic of Serbia. Regardless of the typology that is taken into account, slums are categorically unable to be improved nor legalized as being hazardous for their inhabitants. They will eventually need to be removed and feasible alternatives provided. Furthermore, only those settlements that meet the requirements of sustainability are to be considered to be involved in the process of legalization.

Naturally, the legalization of settlements would represent only the first step and a basis for further improvement to the conditions in which the Roma live. The entire process, despite the best of expectations, is surely to last for several generations. However, this would only be a second compared to the centuries in which this population has been living in inhuman conditions.

## REFERENCES

Balić O., Ergić Đ., Nikolić S., Jovanović Đ., Vasić S., *Civil Society Monitoring on the Implementation of the National Roma Integration*



- Strategy and Decade Action Plan in Serbia in 2012 and 2013*, Decade of Roma Inclusion Secretariat Foundation, Budapest 2014.
- Bašić G., „Settlements and Population Density of the Romanies in Serbia“, *Umetnost preživljavanja, Gde i kako žive Romi u Srbiji* (ur. B. Jakšić, G. Bašić), Institut za filozofiju i društvenu teoriju, Beograd 2005.
- Bašić G., „Siromaštvo Roma i afirmativne mere (Roma Poverty and Affirmative Action)“, *Prilozi Strategiji unapređenja položaja Roma* (ur. T. Varadi, D. Djordjević, G. Bašić), Zaštitnik građana, Beograd, 2014.
- Belić M., „Legalizacija bespravno sagrađenih objekata“, *Bilten republičkog javnog pravobranilaštva* 1/2014.
- Davinić M., „Prinudno iseljenje i raseljavanje – upravno-pravni aspekti (Forced evictions and displacements – Administrative Law Aspects)“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2013.
- Davinić M., Macura V., Ferenček M., Klisarević Ž., Balić O., *The Draft Law on the Legalization of Sustainable Roma Settlements*, Standing Conference of the Roma Associations of the Citizens – The League of Roma, Belgrade 2014.
- Djordjević Lj., „Afirmativne mere za unapređenje položaja Roma u Srbiji (Affirmative Action for the Advancement of Roma in Serbia)“, *Prilozi Strategiji unapređenja položaja Roma* (ur. T. Varadi, D. Djordjević, G. Bašić), Zaštitnik građana, Beograd 2014.
- Ethnic Minorities in Serbia, An Overview*, OSCE, February 2008, 19: <http://www.osce.org/serbia/30908?download=true>, last visited 20 October 2015.
- <http://www.politika.rs/rubrike/Ekonomija/Legalizacija-sesti-put-za-deset-godina.lt.html>, last visited 30 September 2015.
- <http://www.politika.rs/rubrike/Ekonomija/Pocinje-legalizacija-po-novim-pravilima.lt.html>, last visited 25 October 2015;
- Izveštaj o sprovođenju Strategije za unapređenje položaja Roma sa preporukama*, Zaštitnik građana, Beograd 2013, 1, 105–106: [http://www.ombudsman.rs/attachments/3115\\_IZVESTAJ%20ZG%20O%20SPROVODJENJU%20STRATEGIJE.pdf](http://www.ombudsman.rs/attachments/3115_IZVESTAJ%20ZG%20O%20SPROVODJENJU%20STRATEGIJE.pdf), last visited 1 November 2015.
- Jakšić B., „Living conditions of the Roma family in Serbia“, *Umetnost preživljavanja, Gde i kako žive Romi u Srbiji* (ur. B. Jakšić, G. Bašić), Institut za filozofiju i društvenu teoriju, Beograd 2005.
- Jakšić B., „Uslovi života romske porodice u Srbiji“, *Umetnost preživljavanja, Gde i kako žive Romi u Srbiji* (ur. B. Jakšić, G. Bašić), Institut za filozofiju i društvenu teoriju, Beograd 2005.

- Kostić I., „Roma in Srbiji – glavni problemi i prepreke u pristupu pravima (The Roma in Serbia – The Main Problems and Obstacles in Accessing Rights)“, *Prilozi Strategiji unapredjenja položaja Roma* (ur. T. Varadi, D. Djordjević, G. Bašić), Zaštitnik građana, Beograd 2014.
- Lyndon B. Johnson's speech at Howard University on June 4th 1965, former US President Lyndon B. Johnson <http://www.lbjlib.utexas.edu/johnson/archives.hom/speeches.hom/650604.asp>, last visited 11 November 2015.
- Macura V., „Nužnost legalizacije neformalnih Romskih naselja (The Necessity of Legalization of Informal Roma Settlements)“, *Prilozi Strategiji unapredjenja položaja Roma* (ur. T. Varadi, D. Djordjević, G. Bašić), Zaštitnik građana, Beograd 2014.
- Macura V., Vuksanović Z., *Roma Housing and Settlements in South-East Europe, Profile and Achievements in Serbia in a Comparative Framework, Summary and Recommendations*, OSCE, ODIHR, Warsaw 2006.
- Mojović Đ., Ferenček M., *Izazovi regularizacije neformalnih naselja u jugoistočnoj Evropi, Pregled relevantnih zakona i prakse iz oblasti urbanističkog planiranja i legalizacije*, NALAS (Network of Associations of Local Authorities of South-East Europe), Skoplje, 2011.
- Paunović M., Krivokapić B., Krstić I., *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014.
- Petrušić N., „Tipologija slučajeva diskriminacije Roma u pravnoj praksi Poverenika za zaštitu ravnopravnosti (Classification of cases of Discrimination Against Roma in the Legal Practice of Commissioner for Protection of Equality)“, *Prilozi Strategiji unapredjenja položaja Roma* (ur. T. Varadi, D. Djordjević, G. Bašić), Zaštitnik građana, Beograd 2014.
- Ramos Martín N. E., *Positive Action Measures in European Union Equality Law*, [http://www.uva-aias.net/uploaded\\_files/publications/NuriaRamosMartin.pdf](http://www.uva-aias.net/uploaded_files/publications/NuriaRamosMartin.pdf), last visited 10 November 2015.
- Report on Roma Informal Settlements in Bosnia and Herzegovina, OSCE Mission to Bosnia and Herzegovina, 3: [http://www.oscebih.org/documents/osce\\_bih\\_doc\\_2010122310144973eng.pdf](http://www.oscebih.org/documents/osce_bih_doc_2010122310144973eng.pdf), last visited 2 November 2015.
- Self-made Cities, In Search of Sustainable Solutions for Informal Settlements in the United Nations Economic Commission for Europe Region*, United Nations, New York – Geneva 2009.
- Stanković V., „Roma in Light of Yugoslav Statistics“, in *Development of Roma in Yugoslavia – Problems and Tendencies*, SANU, Belgrade, 1992.
- Vuksanović-Macura Z., „The Mapping and Enumeration of Informal Roma settlements in Serbia“, *Environment & Urbanization* 2/2012.

Др Марко Давинић

ванредни професор

Правни факултет Универзитета у Београду

ЛЕГАЛИЗАЦИЈА НЕФОРМАЛНИХ  
РОМСКИХ НАСЕЉА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ  
НЕОПХОДАН КОРАК ПРЕ ОЗАКОЊЕЊА

*Резиме*

Аутор се у раду бави питањем могућности легализације неформалних ромских насеља у Републици Србији. Преднацрт Закона о легализацији одрживих неформалних ромских насеља, који је израдила група експерата 2014. године, требало би да створи претпоставке за озакоњење појединачних објеката у оваквим насељима у складу са недавно усвојеним Законом о озакоњењу објеката. Аутор у раду заступа став да новоусвјени закон не омогућава становницима неформалних ромских насеља да озакоње своје објекте због специфичне природе оваквих насеља (већина њих је изградјена на земљишту које је у јавној својини, или земљишту чија власничка структура није јасна и одређена). Такође, многа од ових насеља су изградјена у супротности са уобичајеним стандардима изградње (нпр. у вези са ширином улица), што ће додатно да отежа процес озакоњења појединачних објеката у њима. Усвајање Закона о легализацији одрживих неформалних ромских насеља, заједно са одговарајућим подзаконским прописима, решило би претходно питање правног статуса земљишта на коме се налазе оваква насеља, а такође би допринело њиховом уређењу у погледу квалитета изградјених објеката и развоја додатне инфраструктуре. Аутор закључује да се легализација неформалних ромских насеља не би односила на сва ромска насеља која се налазе у Републици Србији, већ само она која испуњавају критеријуме одрживости. Наравно, легализација одрживих ромских насеља представљала би само први корак и предуслов за даље унапређење услова у којима Роми живе.

Кључне речи: *Неформална ромска насеља. – Легализација. – Озакоњење. – Одрживост. – Посебне мере.*

Article history

Received: 29. 10. 2015.

Accepted: 18. 12. 2015.

Др Бранислав Р. Ристивојевић\*

Иван Д. Милић\*\*

## ОДГОВОРНОСТ РОДИТЕЉА ЗА ПРЕКРШАЈЕ КОЈЕ УЧИНЕ ЊИХОВИ ПОТОМЦИ

*Предмет пажње аутора су поједина питања одговорности за радње другог у прекршајном праву Републике Србије. Наиме, под одређеним условима, уколико учини прекршај дете или малолетник (потомци), уместо њега или заједно с њим могу да одговарају и друга лица, а пре свега њихови родитељи који нису вршили дужни надзор.*

*Разликује се прекршајна одговорност родитеља чија су деца учинила прекршај, а која су узроста до 14 година, док постоје посебна правила одговорности уколико су она узроста од 14 до 18 година. Дакле, постоји разлика у погледу одговорности родитеља уколико прекршај учини лице које је у прекршајноправном смислу дете и уколико је реч о малолетнику.*

*Аутори критички анализирају одредбе Закона о прекршајима, које се тичу одговорности родитеља за прекршаје које су учинили њихови потомци. На крају, закључују да је Законом о прекршајима грубо нарушен основни принцип у праву „колико права, толико обавезе и исто толико одговорности“.*

*Кључне речи: Дете. Малолетник. Родитељ. Одговорност. Казна.*

---

\* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, [rbrane@pf.uns.ac.rs](mailto:rbrane@pf.uns.ac.rs)

\*\* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, [i.milic@pf.uns.ac.rs](mailto:i.milic@pf.uns.ac.rs)

## 1. УВОД

У данашњим условима свеопштег развоја број малолетника који чине казнена дела у сталном је порасту.<sup>1</sup> С обзиром на њихов узраст, малолетници заузимају посебан положај како у кривичном тако и у прекршајном праву. Узроке, услове и поводе њиховог делинквентног понашања јако је тешко утврдити. Најчешће се ради о више фактора који утичу да малолетник учини казнено дело. Посебно се мора истаћи да је у данашњим условима алкохол<sup>2</sup> чест узрок делинквентног понашања младих, нарочито када је реч о делима против јавног реда и мира. Санкције које се могу изрећи малолетницима зависе од тога да ли су учинили кривично дело или прекршај. У кривичном поступку ретко се изриче казна малолетничког затвора, тако да се најчешће изричу васпитне мере. Сасвим је разумљиво да казну малолетничког затвора треба изрицати само када је то заиста неопходно, с обзиром на то да одлазак у затвор представља тежак доживљај за сваког човека, па и за оног који је већ боравио у затвору,<sup>3</sup> тако да се може десити да старији малолетник после изласка из затвора постане још „опаснији“ по друштво, у смислу да је дошло до криминалне инфекције и да смо изреченом казном само добили још једног „криминалца“.

Када је реч о малолетним учиниоцима прекршаја, може се уочити да је и таквих преступника, данас, све више. Посебно када је реч о прекршајима којима се нарушава јавни ред и мир, као и о прекршајима против безбедности јавног саобраћаја. У судској пракси се исто као и малолетним учиниоцима кривичних дела и малолетним учиниоцима прекршаја најчешће изричу васпитне мера, док је изрицање осталих санкција реткост.<sup>4</sup> Поражавајући је податак да и лица узраста испод 14 година живота неретко чине кривична дела и прекршаје. Дакле, реч је о лицима која су у кривичноправном и прекршајноправном смислу деца, и која не могу да одговарају за та дела. Међутим, Закон о прекршајима прописује да под одређеним условима родитељ, усвојитељ, старатељ, односно хранитељ може одговорати за прекршај који учини његово дете. Корак даље, исти Закон

<sup>1</sup> О криминалитету малолетника вид. Ђорђе Игњатовић, *Криминологија*, Досије, Београд 2008, 140.

<sup>2</sup> О употреби алкохола и дроге међу младима вид. *Европско истраживање о употреби алкохола и других дрога међу младима у Србији 2008* (Извештај за Републику Србију), Министарство здравља Републике Србије и Институт за јавно здравље Србије „Др Милан Јовановић Батут“, Београд 2009.

<sup>3</sup> Добривоје Радовановић, *Човек и затвор – Студија интегрисаности у за творенички друштвени систем*, Прометеј, Београд 1992, 13.

<sup>4</sup> Вид. Игор Вуковић, *Прекршајно право*, Правни факултет Универзитета у Београду – Досије, Београд 2015, 132-135.

дозвољава да се посебним законима може прописати да иста лица могу одговарати и за прекршаје које учине њихови потомци узраста од 14 до 18 година. Реч је о малолетницима у прекршајноправном смислу. Дакле, да за један исти прекршај одговарају два лица, једно које је стварно и учинило прекршај и друго лице зато што није вршило дужни надзор. Видимо да се Законом о прекршајима прописује одговорност родитеља за прекршаје које учине њихови потомци.<sup>5</sup>

Посебно је значајно указати како је законописац или законодавац уредио ову област, а да при том није преиспитао колико су легитимна таква решења. Када се неко понашање, ма колико оно било или не било друштвено штетно, жели сузбити, законодавцу је најлакше да такво понашање пропише као казнено дело. Тако и у жељи да неко мора да одговара за учињени прекршај, чини се, Закон о прекршајима прописује одговорност родитеља за прекршаје које учине њихови потомци.

## 2. НЕКАЖЊАВАЊЕ РОДИТЕЉА ЗА КРИВИЧНА ДЕЛА КОЈА УЧИНЕ ЊИХОВИ ПОТОМЦИ

Субјект (учинилац) кривичног дела јесте човек, тј. физичко лице које предузима радњу извршења (извршилац), или радњу саучесништва (саучесник).<sup>6</sup> Међутим, један број субјеката може да предузима радњу извршења или радњу саучесништва, а да не сноси никакву кривичну одговорност. Реч је о деци, која у кривичноправном смислу нису одговорна за кривична дела која су учинила. Дакле, уколико дете учини кривично дело,<sup>7</sup> оно не може ни под којим условима да одговара за учињено дело. С тим у вези, одмах се намеће питање ко се сматра дететом? У кривичноправном смислу дететом се сматра оно лице које није навршило четрнаест година живота.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Када говоримо о потомцима ми мислимо на децу и малолетнике родитеља, а не и на њихове даље потомке.

<sup>6</sup> Зоран Стојановић, *Кривично право Општи део*, Правна књига, Београд 2009, 112.

<sup>7</sup> Терминолошки није правилно говорити да је дете учинилац кривичног дела или прекршаја, већ да је реч о лицу које је учинило дело које је законом прописано као кривично дело, или када је реч о прекршају да се ради о лицу које је учинило дело које је законом или другим прописом одређено као прекршај. У вези с овим вид.: Милан Шкулић, „Специфичности поступања према малолетницима у прекршајном поступку“, *Поступање са малолетницима у прекршајном поступку Програм обуке за судије прекршајних судова*, Београд 2013, 81. Међутим, ми ћемо у раду, ради избегавања рогобатних назива и учесталих понављања говорити о учи ниоцу, а пре свега ради једноставнијег приказа предметне проблематике.

<sup>8</sup> Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 испр., 107/05 испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 и 108/14, чл. 112.

Кривичне санкције се не могу изрећи лицу које у време када је дело учињено није навршило четрнаест година. У складу са начелом кривице савремено кривично право полази од иницијалне поставке да је кривично дело по својој природи и суштини дубоко субјективан чин и да кривичноправна заштита има смисла једино уколико се предузима с циљем сузбијања свесних и вољних радњи којима се повређују или угрожавају најважнија добра којима се кривичним правом пружа заштита.<sup>9</sup>

Одговорност за другог у кривичном праву, иако се одступа од начела индивидуалне субјективне одговорности, изузетно постоји. Пре свега мислимо на одговорност правних лица за кривична дела и, када је реч о одговорности у међународном кривичном праву, командну одговорност. С тим у вези, не постоји одговорност родитеља за кривична дела која учине њихова деца. Да закључимо, уколико дете учини кривично дело, нико не може да одговара за то дело. С друге стране, уколико малолетник учини кривично дело за такво дело може да одговара само он (малолетник) и нико други.

### 3. ГЕНЕАЛОГИЈА ОДНОСА РОДИТЕЉА И ЊИХОВИХ ПОТОМАКА УЧИНИЛАЦА ПРЕКРШАЈА

Ради свестраног сагледавања одговорности родитеља за прекршаје својих потомака, али и да бисмо разумели природу односа између родитеља и деце, морамо дати један историјски приказ овог проблема. Посматрано у својој генеалогiji, *права и дужности родитеља* чији су потомци чинили прекршаје знатно су била другачија у односу на данашње законско уређење. Свакако да су важну улогу у доношењу законских решења имали (као што треба и данас да имају) друштвени, економски, културни и политички односи у некадашњој Југославији. Посебно се мора истаћи да је схватање улоге и значаја породице у односу између различитих генерација имало пресудан значај и на уређење прекршајне одговорности родитеља чији су потомци чинили прекршаје. Дакле, да би смо покушали да разумемо садашње законско решење морамо се вратити уназад, у време након Другог светског рата. Генеалогija наше проблематике може се поделити на три периода, који се разликују у погледу права и обавеза родитеља и њихових потомака учинилаца прекршаја, органа старатељства, али и школских органа. Међусобни односи разликовали су се у зависности од тога да ли је прекршај учинило лице које је у прекршајноправном смислу дете или малолетник.

<sup>9</sup> Наташа Делић, „Појам кривице у кривичном законодавству Македоније“, *Право земаља у Региону*, Институт за упоредно право, Београд 2010, 126.

### 3.1. Права и дужности родитеља и њихових потомака који су чинили прекршаје (први период)

По Закону о прекршајима<sup>10</sup> из 1947. године, чланом 16 било је прописано да за прекршај није одговорно лице које није навршило четрнаест година. Такво лице *предаће се родитељима или органу старатељства ради примене васпитних мера*. Надаље, суштински исто решење је прописивао и Закон о прекршајима<sup>11</sup> из 1951. године, па је чланом 17 прописивао да за прекршај није одговорно лице које није навршило четрнаест година. Ако такво лице учини прекршај, на то ће се упозорити његови родитељи односно старацац *ради примене васпитних налога*. Видимо да се овим законима омогућавало родитељима да примењују васпитне налоге, који су, по нашем мишљењу, имали најмање два циља: да се дете на „дисциплински начин“ казни од стране родитеља и да то кажњавање има за циљ да утиче на дете да убудуће не чини прекршаје. Овим законима држава даје право родитељима, али им истовремено намеће и дужност да „казне“ своју децу која су учинила прекршаје, путем примене васпитних налога. Дакле, родитељ је „судија“ свом детету, а истовремено и „извршилац“ васпитне мере.

Малолетни учиниоци прекршаја су се, кроз историју, на различите начине кажњавали, а положај њихових родитеља, је такође био различит. Тако је Законом о прекршајима из 1947. године било прописано да – с обзиром на природу прекршаја и личне особине малолетника који је навршио четрнаест година, државни орган *може* решити да се поступак против њега обустави и да се малолетник преда *родитељима или органу старатељства ради примене васпитних мера*. За прекршаје које учине малолетни учиниоци основних седмогодишњих или других сличних школа *предаваће се школским органима да их казне по школским дисциплинским преступцима* (чл. 17). Видимо да је за овај период карактеристично да малолетник одговара за учињени прекршај, с тим да су надлежни државни органи могли да одлуче и другачије. Тако је малолетник могао да буде кажњен за прекршај од стране својих родитеља или од стране школских органа путем примене васпитних налога, односно по основу школских дисциплинских преступа. Овде је постојала могућност да се родитељима или школским органима делегира надлежност судије и извршитеља васпитне, односно дисциплинске мере.

Интересантно је да одговорност родитеља за прекршаје својих потомака (узраста од 14 до 18 година – малолетника) уводи већ Закон о прекршајима из 1951. године, који је прописивао да се прописом

<sup>10</sup> Службени лист Федеративне Народне Републике Југославије, Београд, 1947. год. III, бр. 107.

<sup>11</sup> Службени лист Федеративне Народне Републике Југославије, Београд, 1951. год. VII, бр. 46.



о прекршајима може одредити да ће се родитељ односно старалац малолетника који је учинио прекршај, казнити новчаном казном ако је пропустио дужност старања о малолетнику. Дакле, тим законом се дозвољава да се другим прописом установи одговорност родитеља за прекршај који учини малолетник, с тим да родитељ не одговара као да је сам учинио прекршај, већ одговара због пропуштања дужног надзора.<sup>12</sup>

### 3.2. Права и дужности родитеља и њихових потомака који су чинили прекршаје (други период)

Временом породица, а посебно улога родитеља, почиње да се посматра на другачији начин, што је свакако утицало и на део који се односи на децу као учиниоце прекршаја. Тако, Закон о прекршајима<sup>13</sup> из 1989. године не прописује да се дете може предати родитељима или некој другој установи ради примене васпитних мера (чл. 52). Дакле, за прекршај који учини дете оно не одговара, али се дете због учињеног прекршаја не може казнити ни на који начин од стране родитеља или органа старатељства. Видимо да су се у овом периоду променили погледи на улогу родитеља, тако да родитељ не може да казни своје дете због учињеног прекршаја, али истовремено не може ни да за њега прекршајно одговарати.

Такође, Закон о прекршајима из 1989. године не садржи одредбу по којој се малолетници могу казнити васпитно од стране родитеља зато што су учинили прекршај, нити се више прописује да *школски органи* могу да их казне по школским дисциплинским преступима, већ је прописивао да се законом може одредити да ће се родитељ, односно старалац малолетника који је учинио прекршај казнити, ако је учињени прекршај последица његовог пропуштања дужног надзора над малолетником, а у могућности је да такав надзор врши (чл. 54).

### 3.3. Права и дужности родитеља и њихових потомака који су чинили прекршаје (трећи период)

Закон о прекршајима<sup>14</sup> из 2005. године уводи одговорност родитеља за прекршаје које учине њихова деца (лица до 14 годи-

<sup>12</sup> Након оваквог омогућавања кажњавања родитеља, донети су закони коју су у својим одредбама прописивали одговорност родитеља да прекршаје своје дече (узраста од 14 до 18 година). Вид. Стјепан Поточки, *Прекршајно право, опћи дио, (Скрипта предавња за предмет „Прекршајни и административно казнени поступак)*, Загреб 1959, 34-35.

<sup>13</sup> *Службени гласник СРС*, бр. 44/89, и *Сл. гласник РС*, бр. 21/90, 11/92, 6/93 одлука УСРС, 20/93, 53/93, 67/93, 28/94, 16/97, 37/97 одлука УСРС, 36/98, 44/98, и *Сл. лист СРЈ*, бр. 62/2001 одлука СУС, и *Сл. гласник РС*, бр. 55/2004.

<sup>14</sup> *Службени гласник РС*, бр. 101/05, 116/08 и 111/09.

на). Овај закон је прописивао да када је дете учинило прекршај због пропуштања дужног надзора родитеља, усвојитеља, односно старатеља, а ова лица су била у могућности да такав надзор врше, родитељи, усвојитељ, односно старатељ детета казниће се за прекршај као да су га сами учинили (чл. 64). Нису нам познати разлози за овакво законско решење, мада се чини да, с обзиром на овакво законско уређење, ни законописцу, а ни законодавцу није јасно зашто је прописао овакво решење.

С друге стране, истим законом се прописује и одговорност родитеља уколико малолетник учини прекршај. Законом се може прописати да ће се за прекршај казнити и родитељи, усвојитељ, односно старатељ малолетника старог од четрнаест до осамнаест година који је учинио прекршај, ако је учињени прекршај последица пропуштања дужног надзора над малолетником, а били су у могућности да такав надзор врше (чл. 64, ст. 2).

#### 3.4. Позитивно законско решење одговорности родитеља за прекршаје својих потомака

Закон о прекршајима<sup>15</sup> из 2013. године, који је почео да се примењује 1. марта 2014. задржава прекршајну одговорност родитеља за прекршаје које учине њихови потомци. Иако чини прекршаје, лице које није навршило четрнаест година не може одговарати за учињени прекршај (чл. 71, ст. 1 ЗП). Исто као и кривична, тако се и прекршајна одговорност стиче са навршених четрнаест година живота. С друге стране, Закон прописује да када је дете учинило прекршај због пропуштања дужног надзора родитеља, усвојитеља, старатеља, односно хранитеља, а ова лица су била у могућности да такав надзор врше, родитељи, усвојитељ, старатељ односно хранитељ детета казниће се за прекршај као да су га сами учинили (чл. 72, ст. 1 ЗП). Видимо да се на исти начин уређује одговорност родитеља, али и осталих лица (у даљем тексту: родитеља), као и Законом из 2005. године. Овакав начин уређена прекршајне одговорности родитеља за прекршаје које учини њихове дете јесте, заправо, објективна прекршајна одговорност. Наш став да је овде реч о објективној одговорности, заснива се на чињеници да се родитељ не кажњава за прекршај пропуштања

<sup>15</sup> *Службени гласник РС*, бр. 65/13 и 13/16 (у даљем тексту: Закон о прекршајима, Закон или ЗП). О основним новинама у новом Закону о прекршајима вид. Ђорђе Ђорђевић, „Нови Закон о прекршајима и новине у општем делу прекршајног права“, *НБП Журнал за криминалистику и право*, Београд 2014, 15-26; Александар Мартиновић, „У сусрет почетку примене новог Закона о прекршајима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2014, 189-207; Иван Милић, „Нови Закон о прекршајима и стари проблеми са заштитном мером обавезног лечења зависника од алкохола и психоактивних супстанци“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2014, 263-273.

дужног надзора, већ се кажњава као да је сам учинио прекршај. Дакле, овде се не ради о пропуштању дужног надзора као самосталном прекршају. На основу оваквог решења непотребно је да се појединим прописима утврђује одговорност родитеља, јер се основ за њихову одговорност налази у самом ЗП-у, мада се појединим законима, потпуно непотребно, поново прописује одговорност родитеља.<sup>16</sup>

Закон о прекршајима у вези са одговорношћу за учињени прекршај има и два дијаметрално супротна приступа. Први, за прекршај одговара свако лице које радњом чињења или нечињења учини прекршај (чл. 10, 17 и 18). Дакле, свако одговара по начелу индивидуалне субјективне одговорности за прекршај који је сам учинио. Са друге стране, у делу које се односи на одговорност малолетника, ЗП прописује решење, којим се нарушава начело субјективне одговорности за прекршај. Тако је у члану 72 прописано да се законом (другим законом, а не Законом о прекршајима) може прописати да ће за прекршај који је учинио малолетник одговарати и родитељи, усвојитељ, старатељ, односно хранитељ (у даљем тексту: родитељ) малолетника старог од навршених четрнаест до навршених осамнаест година, ако је учињени прекршај последица пропуштања дужног надзора над малолетником, а били су у могућности да такав надзор врше. Надаље, Законом се омогућава и да се „осим родитеља, усвојитеља, старатеља или хранитеља, законом може прописати да ће за прекршај малолетника одговарати и *друга лица* за која је прописана обавеза вршења надзора над малолетником који је учинио прекршај“.

С обзиром на решење из ЗП-а, потребно је да се оствари неколико услова да би и родитељи одговарали за прекршај својих потомака (деце), и то: 1. да је дете учинило прекршај; 2. да је прекршај дете учинило јер родитељи нису вршили дужни надзор; 3. да су родитељи били у могућности да врше дужни надзор. Када је реч о одговорности родитеља за прекршаје својих потомака узраста до 14 година, видимо да се не кажњава оно лице које има власт над делом,<sup>17</sup> већ се

<sup>16</sup> На пример Закон о безбедности саобраћаја на путевима, *Службени гласник РС*, бр. 41/09, 53/10, 101/11, 32/13 одлука УС и 55/14, чл. 318 прописује: „Ако *дете* учини прекршај прописа о безбедности саобраћаја на путевима, казниће се новчаном казном прописаном за учињени *прекршај родитељ, усвојилац, односно старалац дете*, као да је сам учинио прекршај, уколико је прекршај учињен због пропуштања дужног надзора. Уколико је за одређени прекршај предвиђено изрицање заштитне мере односно казних поена, родитељу, усвојоцу, односно староцу неће се изрећи“.

<sup>17</sup> Делом влада онај ко његово одвијање држи под својом паском, ко у сваком тренутку може да одлучи да дело прекине или даље настави – ко речју представља централну фигуру догађања. Игор Вуковић, „О ситуацијама посредног извршилашт ва у српском кривичном праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2013, 97-98.

родитељ кажњава због невршења дужног надзора.<sup>18</sup> Да би родитељи одговарали за прекршаје својих потомака (малолетника), потребно је: 1. да је малолетник учинио прекршај; 2. да је учињени прекршај последица пропуштања дужног надзора; 3. да су родитељи били у могућности да такав надзор врше; 4. да је посебним законом прописана одговорност родитеља.

#### 4. ПОЈЕДИНИ МАТЕРИЈАЛНОПРАВНИ ПРОБЛЕМИ

Законодавац је увео одговорност родитеља за прекршаје својих потомака, слободно можемо рећи, веома површно, тако да се о основном начелу *lex certa* не може ни говорити. Ми ћемо у даљем раду навести само нека материјалноправна питања која законодавац није решио и која се могу појавити у сваком прекршајном поступку, а такве законске недоречености и непрецизности воде, у најмању руку, ка правној несигурности и арбитрности.<sup>19</sup>

По правилу, дете живи с оба родитеља и оба родитеља се старају о њему. Намерно смо рекли „по правилу“, с обзиром на данашњи велики број разведених бракова у Србији, где у том случају један родитељ добија право старатељства.<sup>20</sup> С тим у вези, овде се поставља

<sup>18</sup> Примера ради, видети једну од малобројних судских одлука која се тиче нашег предмета интересовања, према којој је због пропуштања дужног надзора кажњен новчаном казном прописаном за учињени прекршај родитељ, као да је сам учинио прекршај. Из образложења: „(...) Захтевом за покретање прекршајног поступка окривљени Д. Г. се терети да је његов млдб. син Д. П., стар 11 година, дана 23. 3. 2011. године управљао предметним мотокултиватором у саобраћају на путу, а који није био уписан у јединствени регистар возила (...)(...) Дакле, прекршајна кривица окривљеног Д. Г. произлази и из одредбе члана 318 став 1 наведеног Закона. Овај другостепени суд налази да је у погледу овог прекршаја, прекршајна кривица окривљеног као родитеља, који је пропустио дужни надзор над дететом правилно утврђена (...)“ (Пресуда Вишег прекршајног суда у Београду, Одељење у Новом Саду, III 307, Прж. број 27546/12 од 30. 10. 2012), [www.propisionline.com/Practice/Decision/45626](http://www.propisionline.com/Practice/Decision/45626), 1. јануар 2016.

<sup>19</sup> Као што наводи Стојановић: „Иако то није случај са свим земљама у којима је кривичноправни експанзионизам дошао до изражаја, у Србији се примећује и изразито немаран однос и према ‘занатском’ делу посла, тј. према писању норме и поштовању правила легислативне технике, што ствара и суштинске проблеме“ (Зоран Стојановић, „Кривично право у доба кризе“, *Бранич* 1 2/2011, 40). У вези с цитатом Стојановића, можемо да закључимо да Закон о прекршајима ствара огромне проблеме у својој примени, што води ка правној несигурности. Тумачење појединих одредаба ЗП и за „највеће“ правнике представља велики изазов, па се онда питамо како од грађана законодавац може да очекује да се владају у складу са законом. Чини нам се да је законодавац приликом доношења Закона о прекршајима имао „маћехински“ однос према овој грани казног права.

<sup>20</sup> Тако је у 2013. години у Србији разведено 8170 бракова. Извор: Републички завод за статистику, [http://webzrzs.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey\\_2](http://webzrzs.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey_2), 10. јун 2015.

питање – који родитељ одговара за прекршај који учини дете? Уколико се утврди да је само један родитељ био дужан да врши надзор над дететом (на пример – онај родитељ који има старатељство над дететом) онда није спорно ко треба и да одговара за прекршај. Међутим, уколико су оба родитеља била дужна да врше дужни надзор онда се поставља питање – који родитељ треба да одговара за прекршај и како уопште утврдити који је од њих одговоран? Даље, шта ако су оба родитеља пропустила дужни надзор? Није нимало једноставно дати одговоре на ова питања, јер је у пракси ове податке јако тешко утврдити.<sup>21</sup> Међутим, уколико се утврди да су оба родитеља била дужна да врше дужни надзор јавља се и питање њихове одговорности за прекршај. Наиме, да ли ће у том случају оба родитеља одговарати за прекршај и казнити се истом казном, или ће можда одговорност бити подељена. Ако је на пример за прекршај прописана казна у фиксном износу од 1000.00 динара, да ли то значи да ће се оба родитеља казнити новчаном казном, од по 1000.00 динара или од по 500.00 динара, па ће тако укупно изречена казна представљати збир од 1000.00 динара? Надаље, шта ћемо уколико је дете учинило прекршај за који није прописана новчана казна у фиксном износу, већ алтернативно новчана казна или казна затвора, односно новчана казна или казна рада у јавном интересу? Како уопште утврдити коју казну изрећи у овом случају, јесте питање на које се не може дати одговор, а да се не повреди начело правичности. Наиме, како утврдити степен кривице родитеља, установити све околности које могу бити како олакшавајуће тако и отежавајуће, када се и индивидуализација санкције тиче прекршаја који родитељ није учинио, а не за његово пропуштање дужног надзора. ЗП је јасан, „родитељ се кажњава као да је сам учинио прекршај“. Затим, колико је битно да ли је дете учинило прекршај који може да се учини само с умишљајем? Још само да напоменемо, шта је са заштитним мерама и којем родитељу се оне изричу? Шта ћемо ако је родитељ душевно болесно лице, па је у прекршајноправном смислу неурачунљив, а треба га, како то Закон налаже, казнити за прекршај који није учинио. Да ли се тада изриче казна и мера лечења? Ово су, свакако, само нека од питања на која је јако тешко дати исправан одговор, с тим да ће се у пракси осим ових појавити и многи други проблеми приликом одлучивања о оваквим прекршајима.

Као што постоје материјалноправни проблеми у вези са кажњавањем родитеља за прекршаје које учине њихови потомци који су у прекршајноправном смислу деца, ништа мање проблема

<sup>21</sup> О овим питањима вид. Александар Христов, Никола Вујиновић, *Прекршајно право материјално правни део и административно казнени поступак*, Приштина 1963, 123.

не постоји ни када се родитељи кажњавају за прекршаје које учине њихови потомци који су у прекршајноправном смислу *малолетници*. Пре него што се упустимо у суштину проблема морамо само указати на лошу и непрецизну номотехнику законског уређења. Прво, није уобичајено да се говори о *старости* малолетника, већ о његовом *узрасту*. Надаље, када се каже да је реч о малолетнику, онда нема потребе и да се у Закону стално понавља којег је узраста малолетник.<sup>22</sup>

Закон о прекршајима оставио је могућност да се другим законима, а не и актима ниже правне снаге од закона, пропише одговорност родитеља, уколико је прекршај учинио малолетник, ако је учињени прекршај последица пропуштања дужног надзора над малолетником. На основу оваквог законског уређења, извлачи се основни закључак, да се за прекршај под одређеним условима кажњава и малолетник и његов/његови родитељ/родитељи. Закон је остао непрецизан у погледу одговорности родитеља, тако да се оставља простор за различита тумачења у односу на ту одговорност, јер на основу овог члана не знамо да ли родитељи одговарају за прекршај као да су га сами учинили или је само невршење дужног надзора посебан прекршај?<sup>23</sup>

Анализом појединих закона може се уочити једно „шаренило“ у овој области. Тако се у законима налазе решења по којима се родитељ кажњава за прекршај као да га је сам учинио, затим се неким законима прописује само одговорност родитеља а не и малолетника, и на крају, неким законима се родитељ кажњава због пропуштања дужног надзора (као посебан прекршај). Примера ради, *Закон о безбедности саобраћаја на путевима* у чл. 318 прописује: „За прекршај предвиђен овим законом, који учини малолетник (лице које је навршило 14 година, а није пунолетно) казниће се и његов родитељ, усвојилац, односно старалац уколико је учињени прекршај последица пропуштања дужног надзора над малолетником, када су били у могућности да такав надзор врше“. Међутим, *Закон о заштити животне средине*<sup>24</sup> у чл. 118а прописује: „Новчаном казном у износу од 5.000 динара казниће се за прекршај родитељ, старалац, односно одговорно лице у органу старатељства, ако због пропуштања дуж-

<sup>22</sup> ЗП је у појединим својим одредбама, па чак и у истом члану, контрадикторан. Тако у чл. 71, ст. 2 прописује: „На малолетника старости од навршених четрнаест до навршених осамнаест година који учини прекршај (...)“, док у чл. 73, ст. 2 јасно одређује: „Малолетнику који је у време извршења прекршаја навршио шеснаест година, а није навршио осамнаест година (старији малолетник)“.

<sup>23</sup> У вези с одговорношћу за пропуштање дужног надзора у науци постоји мишљење да се тиме не одступа од начелне личне одговорности. Вид. Миленко Јелачић, *Прекршајно право теорија и пракса*, Београд 2004, 117.

<sup>24</sup> *Службени гласник РС*, бр. 135/04, 36/09, 36/09 др. закон, 72/09 др. за кон и 43/11 одлука УС.

ног надзора над малолетником, малолетник учини прекршај (...)“.  
Надаље, *Закон о јавном реду и миру*<sup>25</sup> (чл. 20) прописује: „Родитељ или старалац малолетника који изврши прекршај (...) ако је учињени прекршај *последица његовог пропуштања дужног надзора* над малолетником, а у могућности је да такав надзор врши – казниће се новчаном казном до 30.000 динара или казном затвора до 30 дана“.

Код одговорности малолетника и његових родитеља, није тешко закључити да је учињен један прекршај али да одговарају два или три лица, односно да више лица могу бити кажњена као учиниоци једног прекршаја.

## 5. ПОЈЕДИНИ ПРОЦЕСНОПРАВНИ ПРОБЛЕМИ

Нови Закон о прекршајима доноси и новине у погледу надлежности органа за вођење прекршајног поступка. Тако, првостепени прекршајни поступак воде прекршајни судови, осим када се ради о прекршајима из области јавних набавки где првостепени прекршајни поступак води Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки.<sup>26</sup> Такође, један од начина кажњавања за „лакше“ прекршаје огледа се у издавању прекршајног налога,<sup>27</sup> који је уједно новина у прекршајном праву Србије, и представља замену за наплату новчана казне на месту извршења прекршаја.<sup>28</sup> У вези с прекршајним поступком, јавља се нимало занемарљив број питања када је реч о самом покретању и вођењу поступка против родитеља чија су деца учинила прекршај, а ми ћемо указати само на нека од њих.

Прво, уколико *дете* учини прекршај за који се издаје прекршајни налог – да ли постоји могућност да овлашћено лице за издавање прекршајног налога и родитељу изда прекршајни налог? Ми сматрамо да овлашћено лице за издавање прекршајног налога не може да изда прекршајни налог родитељу, с обзиром на то да је потребно да се његова одговорност утврди у прекршајном поступку. Заступамо такав став с обзиром на то да се једино у прекршајном поступку може доказати да родитељи нису вршили дужни надзор, али

<sup>25</sup> *Службени гласник РС*, бр. 51/92, 53/93, 67/93, 48/94, 101/05 др. закон и 85/05 др. закон.

<sup>26</sup> Закон о прекршајима, чл. 87.

<sup>27</sup> То је истовремено и начин да се суд растерети. Као што наводи Н. Делић: „(...) један од циљева савременог кривичног законодавства јесте и растерећење правосуђа у складу са ставом да се суд не бави малим стварима“. Наташа Делић, „Дело малог значаја и стварно кајање у кривичном закоником“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2014, 211.

<sup>28</sup> Иван Милић, „Прекршајни налог“, *Безбједност Полиција Грађани* 1 2/2015, 243-252.

и оно што је, можда, још битније да се утврди којег родитеља треба казнити. Међутим, проблем се појављује јер је чланом 168 ЗП прописано: „Прекршајни налог се издаје када је за прекршај законом или другим прописом од прекршајних санкција предвиђена само новчана казна у фиксном износу“. За такве прекршаје *не може* се поднети захтев за покретање прекршајног поступка. ЗП је јасан, дакле, не може се покренути прекршајни поступак захтевом за покретање прекршајног поступка уколико је за прекршај прописана новчана казна у фиксном износу. С тим у вези, чини се да постоји процесна немогућност да се покрене прекршајни поступак против родитеља у оваквим случајевима.

Да споменемо и једну „интересантну“ одредбу ЗП из члана 299 где нам није јасан њен циљ, а којом се предвиђа да ће се, када суд утврди да малолетник у време извршења прекршаја није имао завршених четрнаест година, обуставити прекршајни поступак. У овом случају суд ће о прекршају који је учињен обавестити родитеља, усвојитеља и старатеља малолетника, као и орган старатељства, а по потреби може обавестити и школу односно организацију у којој је малолетник смештен. Одредба је „интересантна“ из разлога што се не зна која је сврха обавештавања родитеља и школе. Родитељу је у интересу да докаже да његов потомак (дете) није учинио прекршај, јер у том случају не може ни против њега да се покрене прекршајни поступак. С обзиром на овакво законско решење, поставља се питање да ли ће се покренути прекршајни поступак у овом случају против родитеља – због пропуштања дужног надзора? Нама се чини да се поступак може покренути, под условом да није наступила застарелост.

ЗП није решио ни проблеме око основа који искључују противправност. Тако се чини да не постоји могућност да родитељи доказују да „дело“ које је учинило њихово дете заправо и није прекршај, јер постоји основ који искључује противправност. Другим речима, зашто родитељ не би могао да докаже да је његово дете поступало у нужној одбрани или крајњој нужди, што би утицало да ни он не одговара.

Када је реч о процесној недоречености у делу који се односи на малолетнике слични проблеми се јављају као и када је реч о деци. Осим тога, уколико је малолетник учинио прекршај о којем може да одлучи само надлежни суд намеће се питање да ли се води јединствени поступак према малолетнику и против његових родитеља или се воде посебни поступци?<sup>29</sup> Надаље, ЗП прописује и

---

<sup>29</sup> Иако ЗП не уређује ово питање, суд је заузео следећи правни став: „Уколико је захтев за покретање прекршајног поступка поднет против малолетника и против родитеља због пропуштања дужног надзора, сагласно одредби чл. 274, ст. 1 Закона о прекршајима могуће је раздвојити поступак, када ће се у односу на



да се у појединим случајевима прекршајни поступак према малолетнику неће водити. Тако у члану 297 прописује да суд може одлучити да се не води прекршајни поступак према малолетнику ако сматра да не би било целисходно да се поступак води с обзиром на природу прекршаја и околности под којима је прекршај учињен, ранији живот малолетника и његова лична својства. У овом случају суд ће решењем обуставити прекршајни поступак, а о учињеном прекршају обавестиће се родитељ, усвојитељ, старатељ, односно хранитељ малолетника и орган старатељства ради предузимања мера у оквирима њихових овлашћења. Дакле, поступак се може обуставити према малолетнику, али то не значи да се и против родитеља по аутоматизму мора обуставити поступак, односно поступак према родитељима не може да се обустави јер ЗП не предвиђа такву могућност према пунолетним учиниоцима прекршаја. Иако малолетник учини прекршај, видимо, да се може десити да се поступак против њега и не води, али се зато морају казнити његови родитељи. Интересантно је и да се о невођењу поступка према малолетнику обавештавају родитељи како би предузели мере у оквиру својих овлашћења,<sup>30</sup> па се ми са разлогом питамо која су то овлашћења? Вероватно да су то оне мере које су прописане законом којим се уређују породични односи.

Нови ЗП прописује и вођење евиденције прекршајно кажњених лица, тако да се свако лице које је кажњено уписује у Регистар санкција<sup>31</sup> и то на прилично дуг период. Тако да се сада поставља питање којег родитеља уписујемо у овај регистар? Дакле, можемо уписати само оног који је кажњен, али ако смо казнили оба родитеља, то значи да се они обоје уписују у Регистар и трпе одређење последице таквог уписа.<sup>32</sup>

родитеља донети пресуда, а у односу на малолетника решење. Уколико се једном одлуком одлучује о прекршају малолетника и о прекршају родитеља доноси се пресуда. Коментар Вишег прекршајног суда: „У случају раздвајања поступка у односу на малолетника ће се донети решење само ако му се изриче васпитна мера. Уколико му се за извршени прекршај изриче казна одлука ће се донети у форми пресуде. У наведеним ситуацијама би из разлога економичности и целисходности, али пре свега због природе прекршаја који се родитељу ставља на терет, требало избегава ти раздвајање поступка. Вођење јединственог поступка није сметња да се у односу на малолетника примене законске одредбе којима се регулише поступак према овој групи учинилаца, садржане у Закону о прекршајима и Закону о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица“ (Правни став и коментар Вишег прекршајног суда – прва седница свих судија Вишег прекршајног суда, одржана 25. марта 2011), [www.propisionline.com/Practice/Decision/43065](http://www.propisionline.com/Practice/Decision/43065), 12. децембар 2015.

<sup>30</sup> ЗП, чл. 297.

<sup>31</sup> ЗП, чл. 324.

<sup>32</sup> Више о Регистру санкција вид. Иван Милић, „Евиденција прекршајно кажњених лица“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2015, 239-251.

## 6. ПОСРЕДНА ОБЈЕКТИВНА ОДГОВОРНОСТ РОДИТЕЉА ЗА ПРЕКРШАЈЕ СВОЈИХ ПОТОМАКА (МАЛОЛЕТНИКА)

Све што смо досад навели о одговорности родитеља, изгледа да српском законодавцу није било довољно, већ је ЗП на још један начин прописао „посредну“ објективну одговорност родитеља за прекршаје које учини малолетник. Наиме, старијем малолетнику може се изрећи и новчана казна<sup>33</sup> за учињени прекршај, али се иста не може заменити за казну малолетничког затвора нити казну рада у јавном интересу, те једино преостаје да се изречена новчана казна принудно наплати.<sup>34</sup> Тако је прописано (чл. 41 ЗП) да ће се неплаћена новчана казна изречена малолетнику принудно наплатити на имовини малолетника, његовог родитеља или другог лица задуженог да се о њему стара.<sup>35</sup> Дакле, примарно се наплата извршава на имовини малолетника који је оглашен одговорним у прекршајном поступку, али се принудна наплата може извршити и на имовини његових родитеља. Како малолетник, по правилу, нема своју имовину принудна наплата ће се извршавати на имовини његових родитеља, што само води ка закључку да је и ово један начин „посредне“ објективне одговорности родитеља за прекршаје малолетника. Овде се поставља и још једно логично питање – колико је легитимно да принудну наплату вршимо на имовини оног лица које није оглашено одговорним у прекршајном поступку, као и питање на имовини којег родитеља треба извршити принудну наплату?

Нови ЗП уводи и Регистар неплаћених новчаних казни и других новчаних износа (чл. 331–336 ЗП) у којем се уписује прекршајно

<sup>33</sup> Морамо да поставимо питање оправдања изрицања новчане казне старијем малолетнику. Наиме, за учињено кривично дело, малолетнику се не може изрећи новчана казна, па нам није јасно зашто за најблаже казнено дело може, односно који је *ratio* оваквог решења Закона о прекршајима. Бојимо се да је циљ законодавца, с обзиром на све до сада речено, само да од неког наплати новчану казну.

<sup>34</sup> Посматрано историјски некада се изречена новчана казна малолетнику могла заменити за казну затвора. Вид. А. Христов, Н. Вујиновић, 149–150.

<sup>35</sup> Правно мишљење Прекршајног апелационог суда: „У предметима где су окривљени малолетна лица, када је изречена новчана казна у случају да иста не буде плаћена у законском року, примењују се одредбе чл. 41 Закона о прекршајима (Службени гласник РС, број 65/2013) као блажи пропис сходно чл. 6, ст. 2 Закона о прекршајима“. Образложење: „Од дана примене новог Закона о прекршајима 1. 3. 2014. у предметима где су прекршајни поступци започети пре овог датума, код за мене неплаћене новчане казне применом блажег прописа сходно чл. 6 ст. 2 Закона о прекршајима се примењују одредбе чл. 41 ст. 7 новог Закона о прекршајима. У ожалбеним предметима се по службеној дужности првостепене одлуке преиначују, те одређује да ће се неплаћена новчана казна изречена према малолетнику принудно наплатити на имовини малолетника, његовог родитеља или другог лица задуженог да се о њему стара“ (Правно мишљење заузето на Трећој седници свих судија Прекршајног апелационог суда, Београд, 18. 7. 2014), [www.propisionline.com/Practice/Decision/43065](http://www.propisionline.com/Practice/Decision/43065), 12. децембар 2015.

кажњено лице с циљем ефикасне наплате изречених новчаних казни, накнаде трошкова и наплате других новчаних износа досуђених по основу накнаде штете, имовинскоправног захтева или одузимања имовинске користи. С тим у вези, поставља се и питање ко се уписује у овај регистар – да ли малолетник и/или родитељ/родитељи? Иако се на први поглед чини небитним ко је уписан у Регистар, ипак, последице таквог уписа имају прилично негативне реперкусије. Тако је ЗП прописао да (чл. 336): у сврху наплате изречене новчане казне, трошкова поступка и других досуђених новчаних износа који су евидентирани у регистру новчаних казни, кажњеном лицу док у потпуности не измири дуговани износ неће се дозволити: 1) издавање возачке дозволе и пробне возачке дозволе; 2) издавање потврде о регистрацији, саобраћајне дозволе, регистарских таблица и регистрационе налепнице, потврде о привременој регистрацији возила и привремених регистрацијских таблица; 3) одјава возила. Посебним законом може се предвидети и привремено ускраћивање издавања или продужења важности других дозвола и докумената. Не може се ускратити издавање или продужење важности дозвола и докумената којим би се угрозило остваривање Уставом гарантованих људских и мањинских права, здравље и безбедност људи, животна средина или имовина већег обима.

## 7. КРИМИНАЛНО-ПОЛИТИЧКО ОПРАВДАЊЕ ОДГОВОРНОСТИ РОДИТЕЉА ЗА ПРЕКРШАЈЕ СВОЈИХ ПОТОМАКА

Већ неко време у Србији се води расправа око једног веома озбиљног питања, а тиче се права на физичко санкционисање деце од стране њихових родитеља. Кажњавање деце од стране родитеља, свакако, није само правно питање, иако се у пракси највише правници баве овом, више него сложеном, проблематиком. При том се заборавило на сазнања до којих се дошло у другим наукама, а тичу се васпитања деце, која смо одавно прихватили, а сада их из ирационалних разлога заборављамо. Ако се родитељима забрани да физички санкционишу своје дете с циљем васпитања да ли то значи да ће, можда, неко други преузети улогу *васпитача*? Да ли ће можда држава, школа, *невладине организације* или можда *улица* боље да их васпитава од њихових родитеља?! Васпитање и образовање деце представља један врло комплексан процес. Лицима која се старају о реализацији процеса васпитања и образовања (пре свега родитељима, али и васпитачима, учитељима, наставницима итд.) припадају одређена права и обавезе у односу на децу, која су им призната с циљем његовог

лакшег спровођења.<sup>36</sup> Сазнања до којих се дошло у криминологији говоре о васпитању као једном веома значајном фактору криминалитета. С тим да је васпитање од стране родитеља код једног броја деца немогуће уколико се не примењује физичко кажњавање, али само на онај начин и у оној мери колико је то потребно за испуњење свог циља. Уколико, првенствено, родитељи не васпитају своје дете да се понаша на друштвено прихватљив начин, онда постоје озбиљне претпоставке да ће се неко од такве деце касније, када одрасте, преваспитавати и то у васпитном-поправном дому или затвору. Вреди поменути и изјаву једне осуђенице на смрт, коју је још Фуко у свом делу цитирао: „Очеви и мајке, овде присутни, чујте и почујте. Добро чувајте и васпитавајте своју децу; ја сам као дете била лажљива и лења; први пут сам украла ножић од шест пара... Касније сам поткрадала путујуће трговце и продавце стоке; на крају сам постала предводитељ лоповске дружине (...).“<sup>37</sup>

У досадашњим излагањима видели смо да су се у нашој држави мењала законска решења у погледу прекршаја које чине деца и малолетници и њиховог кажњавања или некажњавања. Основни принцип у праву „колико човек има права, толико треба да има и обавеза, а исто толико и одговорности“ о којем нас учи теорија права, овде је нарушен. Наиме, у односу родитеља и њихових потомака треба да постоји сразмера у праву, обавези и одговорности. Није легитимно да се родитељима смањују права, а да им се повећавају обавезе и одговорности за дела својих потомака. Видели смо у генеалогiji приказа односа родитеља и њихових потомака да је њихов однос у погледу одговорности за прекршаје следио развојни пут. Некад је родитељима, органу старатељства или школским органима била делегирана надлежност да кажњавају дете или малолетнике због учињеног прекршаја, а данас када они учине прекршај можемо и њихове родитеље да казним за такав прекршај, док је улога школе занемарена. Данас се све више говори о правима омладине, али се с друге стране смањују права њихових родитеља у погледу васпитања своје деце. Тако се родитељима смањују права, али им се намећу обавезе што је дијаметрално супротан свакој логици. Предлог Грађанског законика, као једну од алтернатива, предвиђа увођење забране физичког кажњавања деце од стране родитеља.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Емир Ћоровић, „Спорни облици дисциплинског кажњавања деце: да ли је реч о основу искључења противправности кривичног дела или насиљу над децом?“, *Crimen* 2/2012, 211.

<sup>37</sup> Мишел Фуко, *Надзирати и кажњавати рођење затвора*, Београд 1997, 76.

<sup>38</sup> Вид. Предлог Грађанског законика, [www.kopaonikschool.org/dokumenta/B\\_Porodicni\\_odnosi.pdf](http://www.kopaonikschool.org/dokumenta/B_Porodicni_odnosi.pdf), 10. јун 2015.

Да би се било како поставила одговорност родитеља за прекршаје својих потомака прво би требало утврдити сврху кажњавања родитеља. Међутим, ЗП ништа не говори о сврси кажњавања родитеља, што нас с обзиром на све његове нелогичности и контрадикторности и не чуди, али нас забрињава.

## 8. ЗАКЉУЧАК

На основу досадашњег излагања у раду, може се доћи до неколико закључака у вези с одговорношћу родитеља за кривична дела и прекршаје које учине њихови потомци. Видели смо да у кривичном праву не постоји одговорност родитеља за кривично дело које учини њихов потомак. У раду је указано и да се на прекршаје малолетника и деце посматрало на различите начине кроз историјске периоде, у зависности од друштвеног, економског, политичког уређења државе, где је улога родитеља али и васпитно-образовних установа имала потпуно другу димензију у односу на данашње схватање њихове улоге. Тако, некада су родитељи али и школске управе примењивали одговарајуће мере према детету или малолетнику уколико су учинили прекршај. Дакле, родитељи и школе су имали улогу „судије“ и држава им је давала права али истовремено и одређивала дужност да над њима примене одговарајуће мере. Данас се прописују потпуно супротна решења, у случају када дете или малолетник учини прекршај. У раду смо приказали да се у случају када дете учини прекршај може казнити родитељ. Дакле, раније је родитељ од стране законодаваца био овлашћен да „кажњава“ своје потомке (децу и малолетнике) ако су учинила прекршај, а данас „законодавац“ омогућава кажњавање родитеља ако њихови потомци учини прекршај! Није тешко закључити да се на овај начин на улогу родитеља у васпитању своје деце посматра на један другачији начин, где се родитељима све више ускраћују права која су раније имали према својој деци, али се с друге стране родитељ кажњава ако његово дете учини прекршај. Да закључимо, родитељ има све мања права у погледу васпитања детета, али се с друге стране проширује његова одговорност за прекршаје које његово дете учини. Видели смо у раду да родитељи могу да одговарају за прекршај и ако њихов потомак (узраста од 14 до 18 година) учини прекршај. Није нам јасан *ratio* оваквог решења, али смо у раду указали који ће се све проблеми јавити у пракси. Олако је законодавац увео одговорност родитеља, а да се при том није ни потрудио да буде прецизнији у уређењу ове области.

Интересантно је и питање како то да за прекршај родитељи могу да одговарају, а ако њихово дете учини најтеже казнено дело – кривично дело, онда не могу. Тако, посматрано из угла одговорности родитеља, за њих је „теже“ уколико њихово дете учини прекршај, него уколико учини кривично дело.

## ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Ђоровић, Е., „Спорни облици дисциплинског кажњавања деце: да ли је реч о основу искључења противправности кривичног дела или насиљу над децом?“, *Crimen* 2/2012. (Ђоровић, Е., „Sporni oblici disciplinskog kažnjavanja dece: da li je reč o osnovu isključenja protivpravnosti krivičnog dela ili nasilju nad decom?“, *Crimen* 2/2012)
- Делић, Н., „Дело малог значаја и стварно кајање у кривичном законнику“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2014. (Delić, N., „Delo malog značaja i stvarno kajanje u krivičnom zakoniku“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2014)
- Делић, Н., „Појам кривице у кривичном законодавству Македоније“, *Право земаља у Региону*, Институт за упоредно право, Београд 2010. (Delić, N., „Pojam krivice u krivičnom zakonodavstvu Makedonije“, *Pravo zemalja u Regionu*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2010)
- Ђорђевић, Ђ., „Нови Закон о прекршајима и новине у општем делу прекршајног права“, *НБП – Журнал за криминалистику и право*, Београд 2014. (Đorđević, Đ., „Novi Zakon o prekršajima i novine u opštem delu prekršajnog prava“, *NBP – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Beograd 2014)
- Фуко, М., *Надзирати и кажњавати – рођење затвора*, Просвета, Београд 1997. (Fuko, M., *Nadzirati i kažnjavati – rođenje zatvora*, Prosveta, Beograd 1997)
- Христов, А., Вујуновић, Н., *Прекршајно право материјалноправни део и административно казни поступак*, Приштина 1963. (Hristov, A., Vujanović, N., *Prekršajno pravo materijalnopравни deo i administrativno kazneni postupak*, Priština 1963)
- Игњатовић, Ђ., *Криминологија*, Досије, Београд 2008. (Ignjatović, Đ., *Kriminologija*, Dosije, Beograd 2008)
- Јелачић, М., *Прекршајно право – теорија и пракса*, Службени гласник, Београд 2004. (Jelačić, M., *Prekršajno pravo – teorija i praksa*, Službeni glasnik, Beograd 2004)
- Мартиновић, А., „У сусрет почетку примене новог Закона о прекршајима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2014. (Martinović, A., „U susret početku primene novog Zakona o prekršajima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2014)
- Милић, И., „Евиденција прекршајно кажњених лица“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2015. (Milić, I.,

- „Evidencija prekršajno kažnjenih lica“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2015)
- Милић, И., „Нови Закон о прекршајима и стари проблеми са заштитном мером обавезног лечења зависника од алкохола и психоактивних супстанци“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2014. (Milić, I., „Novi Zakon o prekršajima i stari problemi sa zaštitnom merom obaveznog lečenja zavisnika od alkohola i psihoaktivnih supstanci“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2014)
- Милић, И., „Прекршајни налог“, *Безбједност – Полиција – Грађани* 1–2/2015. (Milić, I., „Prekršajni nalog“, *Bezbednost – Policija – Građani* 1–2/2015)
- Радовановић, Д., *Човек и затвор – Студија интегрисаности у затворенички друштвени систем*, Прометеј, Београд 1992. (Radovanović, D., *Čovek i zatvor – Studija integrisanosti u zatvorenički društveni sistem*, Prometej, Beograd 1992)
- Поточки, С., *Прекршајно право, опћи дио* (Скрипта предавања за предмет Прекршајни и административно – казни поступак), Загреб 1959. (Potočki, S., *Prekršajno pravo, opći dio* (Skripta predavanja za predmet Prekršajni i administrativno – kazneni postupak), Zagreb 1959)
- Стојановић, З., „Кривично право у доба кризе“, *Бранич* 1–2/2011. (Stojanović, Z., „Krivično pravo u doba krize“, *Branič* 1–2/2011)
- Стојановић, З., *Кривично право – Општи део*, Правна књига, Београд 2009. (Stojanović, Z., *Krivično pravo – Opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd 2009)
- Шкулић, М., „Специфичности поступања према малолетницима у прекршајном поступку“, *Поступање са малолетницима у прекршајном поступку – Програм обуке за судије прекршајних судова*, Београд 2013. (Škulić, M., „Specifičnosti postupanja prema maloletnicima u prekršajnom postupku“, *Postupanje sa maloletnicima u prekršajnom postupku – Program obuke za sudije prekršajnih sudova*, Beograd 2013)
- Вуковић, И., „О ситуацијама посредног извршилаштва у српском кривичном праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2013. (Vuković, I., „O situacijama posrednog izvršilaštva u srpskom krivičnom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2013)
- Вуковић, И., *Прекршајно право*, Правни факултет Универзитета у Београду – Досије, Београд 2015. (Vuković, I., *Prekršajno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Dosije, Beograd 2015)

Branislav R. Ristivojević, PhD

Associate Professor  
University of Novi Sad Faculty of Law

Ivan D. Milić

Assistant Lecturer  
University of Novi Sad Faculty of Law

## RESPONSIBILITY OF PARENTS FOR MISDEMEANORS COMMITTED BY THEIR DESCENDANTS

### *Summary*

The subject of the authors' attention are certain questions concerning the responsibility for the acts of other persons in the misdemeanor law of the Republic of Serbia. Under certain conditions, if a child or a minor (descendants) commits a misdemeanor, instead of him or together with him, other persons can be held responsible as well, foremost his parents who had not exercised due supervision.

There is a difference between the responsibility of a parent whose children have committed a misdemeanor and are under 14, and that of a parent whose children are between 14 and 18 years old. Therefore, there is a difference in terms of responsibility of the parent depending on if the person who committed the misdemeanor is, from the perspective of the Misdemeanor Law, a child or a minor.

The authors critically analyze the articles of the Misdemeanor Law that concern the responsibility of the parent for the misdemeanors committed by their descendants. In the end, they conclude that the Misdemeanor Law undermines one of the essential legal principle that the „scope of rights has to correspond to the scope of obligations and responsibility“.

Key words: *Child. – Minor. – Parent. – Responsibility. – Punishment.*

Article history

Received: 22. 2. 2016.

Accepted: 16. 5. 2016.



Др Мирјана Радовић, LL.M. (Humboldt) \*

## ОПОЗИВ ЧЕКА

*У овом раду ауторка истражује правне аспекте опозива чека. Први део рада објашњава појам, правни значај и правну природу опозивања чека. Други део је посвећен праву на опозив чека и условима за његово вршење. У том погледу је анализиран утицај протеча рока за презентацију чека на исплату, извршења исплате чека од стране банке трасата, као и прихватања самосталне обавезе банке трасата према имаоцу чека, на право трасанта да опозове пуноважно издат чек. Потом су објашњене основне карактеристике изјаве о опозиву чека, које се тичу: даваоца, адресата, форме, садржине и пријема изјаве, односно момента наступања њених правних дејстава. Следећи део се бави упоредноправном праксом ограничавања рока важења опозива чека и утврђивањем њене прихватљивости у српским оквирима. Најзад, у последњем делу је пружена детаљна анализа правних последица пуноважног опозива чека, пре свега из угла права и обавеза банке трасата.*

Кључне речи: *Опозив. Чек. Платни налог. Текући рачун. Прејудисица рање.*

### 1. УВОД

Чек по својим основним карактеристикама и начину регулисања показује изразите сличности с меницом, због чега се у правној теорији често дефинише као специјализована трасирана меница.<sup>1</sup> Упркос томе, чек је у односу на меницу по много чему специфичан, што оправдава његово издвајање у посебну врсту новчане хартије од

\* Ауторка је доценткиња Правног факултета Универзитета у Београду, [mirjanam@ius.bg.ac.rs](mailto:mirjanam@ius.bg.ac.rs)

<sup>1</sup> Такво дефинисање потиче из енглеског права, где чек представља меницу вучену на банку и плативу по виђењу. Вид. Peter Ellinger, Eva Lomnicka, Christopher Nare, *Ellinger's Modern Banking Law*, Oxford 2011<sup>5</sup>, 398; Ross Cranston, *Principles of Banking Law*, Oxford 2005<sup>2</sup>, 258.

вредности. Једну од особености чека у поређењу с меницом управо чини институт опозива чека.<sup>2</sup> Овај правни институт није нов у српском праву, будући да је на исти начин уређен још од усвајања Закона о чеку из 1946. године.<sup>3</sup> Штавише, опозив чека није ни правно-политички актуелна тема, имајући у виду да се о његовим регулаторним изменама тренутно уопште не размишља. Ипак, без обзира на описано стање дуготрајне примене истоветних правних норми о опозиву чека у српској пракси, продубљено истраживање опозива чека у српској правној науци изостаје. Отуда је циљ овог рада да пружи детаљну правну анализу опозива чека, пре свега ослањањем на богату правну теорију и праксу развијених земаља, како би се омогућило критичко преиспитивање квалитета и домашаја правног уређења и схватања овог института у праву Србије.

## 2. ПОЈАМ И ПРАВНИ ЗНАЧАЈ ОПОЗИВА ЧЕКА

Под опозивом чека (енгл. *countermand, stopping payment of a cheque*, нем. *Scheckwiderruf, Schecksperrre*, франц. *révocation du chèque*) се подразумева изјава воље, којом ималац текућег рачуна (трасант) захтева од банке, која води текући рачун (трасата) да не изврши исплату одређеног пуноважно издатог чека.<sup>4</sup> Из наведеног појма произлази да се опозив чека тиче искључиво односа између банке трасата и издаваоца чека (имаоца текућег рачуна).<sup>5</sup> У овом односу банка унапред преузима обавезу према имаоцу текућег рачуна да ће под уговореним условима на захтев законитог имаоца исплатити чек, који је ималац рачуна издао и вукао на њу, уз право да трошкове такве исплате накнади задужењем текућег рачуна издаваоца.<sup>6</sup> Према томе, чек представља унапред уговорени начин на који ималац текућег рачуна може да дâ платни налог на терет свог рачуна банци која води текући

---

<sup>2</sup> Мирко С. Васиљевић, *Трговинско право*, Београд 2014<sup>14</sup>, 518.

<sup>3</sup> Закон о чеку ЗЧ, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 105/46, *Службени лист СФРЈ*, бр. 12/65, 50/71, 52/73, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003.

<sup>4</sup> Michael Hakenberg, *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn Handelsgesetzbuch: Band 2 §§ 343 475h: Transportrecht, Bank und Börsenrecht* (Hrsg. D. Joost, L. Strohn), München 2015, 1689; Ивица Јанковец, *Привредно право*, Београд 1999<sup>4</sup>, 734.

<sup>5</sup> Милан Бартош, Зоран Антонијевић, Владимир Јовановић, *Менично и чековно право*, Београд 1974, 233.

<sup>6</sup> Stefan Werner, *Bank und Kapitalmarktrecht* (Hrsg. S. Kümpel, A. Wittig), Köln 2011<sup>4</sup>, 1018; упор.: J. H. de V. Dijkman, „Countermand of a Certified Cheque“, *The South African Law Journal* Vol. 105, 1988, 83; Ronald J. Mann, *Payment Systems and Other Financial Transactions: Cases, Materials, and Problems*, Gaithersburg New York 2003<sup>2</sup>, 9 и 10.

рачун. У том смислу је он врста платног инструмента.<sup>7</sup> Закључује се да у односу између банке трасата и трасанта чек није само хартија од вредности, већ у себи садржи и платни налог трасанта, који је банка под уговореним условима обавезна да изврши, уз право на покриће трошкова из средстава на његовом одређеном текућем рачуну.

Наведени платни налог трасанта, који је дат путем чека и који законити ималац презентацијом чека на исплату као курир доставља банци трасату, чини предмет опозива код чека. Дакле, опозив чека је усмерен ка опозивању (спречавању извршења) платног налога трасанта упућеног банци трасату путем овог платног инструмента.<sup>8</sup> Стога, поједини домаћи аутори исправно указују на чињеницу да овде заправо не долази до опозива самог чека.<sup>9</sup> Другим речима, чек као хартија од вредности постоји независно од опозива, будући да опозив утиче искључиво на платни налог у чеку, али не и на права законитог имаоца према издаваоцу чека и евентуалним другим регресним чековним дужницима.<sup>10</sup> Међутим, у одређеним ситуацијама опозив платног налога датог путем чека ипак води опозиву читавог чека. Реч је о ситуацији када је опозив учињен након протекла крајњег рока за презентацију чека на исплату.

Од момента протекла рока за презентацију на исплату чек губи својство хартије од вредности, с обзиром на то да тада услед прејудуцирања престају сви регресни чековни захтеви, који су уједно и једини правни захтеви законитог имаоца по основу чека. Отуда се прејудуциран чек своди на платни налог трасанта према трасату, јер свом имаоцу не даје никакав правни захтев, већ представља искључиво легитимациони папир помоћу кога он остварује наплату. Имајући у виду да прејудуциран чек као легитимациони папир још једино важи као платни налог трасанта упућен банци трасату, опозивањем овог налога долази до опозива читавог чека,<sup>11</sup> који након тога више не производи никаква правна дејства. Сходно томе, када је прејудуциран чек опозван, престаје обавеза банке трасата према трасанту да исплати чековну своту његовом имаоцу, захваљујући чему такав чек надаље има својство обичне доказне исправе, коју ималац може да користи као доказ у евентуалном спору из основног посла против издаваоца, односно преносиоца.

<sup>7</sup> Упор. R. Cranston, 258; E. P. Ellinger, E. Lomnicka, C. V. M. Hare, 488.

<sup>8</sup> Franz Häuser, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band 6: Bankvertragsrecht* (Hrsg. K. Schmidt), München 2014<sup>3</sup>, 460.

<sup>9</sup> М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, 233.

<sup>10</sup> Упор. J. Reynolds, „Countermand of Cheques“, *U. B. C. Law Review* Vol. 15, No. 2, 1981, 366.

<sup>11</sup> Упор. М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, 233.

С обзиром на то да се опозив чека односи на спречавање извршења платног налога, који трасант путем овог платног инструмента даје банци трасату, он може да постоји само ако је чек пуноважно издат, тако да заиста садржи пуноважан платни налог имаоца текућег рачуна. У супротном, ако у оквиру чека није дат пуноважан платни налог имаоца текућег рачуна (на пример, због злоупотребе, односно фалсификовања чека), такав чек не може да се опозове, јер не постоји налог који би био основ за исплату од стране банке трасата и следствено задужење клијентовог текућег рачуна.<sup>12</sup> Из тог разлога, када ималац текућег рачуна обавести банку да су му украдени чековни формулари, таква изјава нема природу опозива чека, већ представља само обавештавање банке, којим се она упозорава на предстојећу потенцијалну злоупотребу фалсификовањем клијентових платних налога коришћењем овог платног инструмента.<sup>13</sup>

### 3. ПРАВНА ПРИРОДА ОПОЗИВА ЧЕКА

Правна природа опозива чека је у упоредноправној теорији спорна, док у српском праву још увек није озбиљније разматрана. У том погледу су могућа два супротстављена схватања. С једне стране, опозив чека се третира као једнострана изјава воље трасанта упућена банци трасату, којом се накнадно одузимају правна дејства платног налога датог путем чека. Према томе, по овом схватању опозив чека представља опозив претходно пуноважно дате изјаве воље – платног налога трасанта. С друге стране, опозив чека може да се тумачи и као противналог, којим трасант забрањује банци трасату да исплати пуноважно издат чек.<sup>14</sup> У складу с овим схватањем, опозивањем чека трасант налаже банци трасату да не изврши платни налог, који је он претходно, пуноважно дао путем чека. Иако се наведена различита схватања на први поглед чине само теоријски занимљивим, она су и изразито практично релевантна.

Када се опозив чека квалификује као одузимање правних дејстава трасантовој изјави воље, платни налог је након пуноважног опозива дефинитивно угашен и више ни под којим условима не би могао да „оживи“, односно да поново почне да производи правна дејства. За разлику од тога, када се опозив посматра само као противналог, који је обрнут у односу на претходно дати налог, онда као и сваки други налог може да има ограничен рок трајања. У том року

---

<sup>12</sup> Gerd Nobbe, *Bankrechts Handbuch Band I* (Hrsg. H. Schimansky, H. J. Bunte, H. J. Lwowski), München 2011<sup>4</sup>, 1680.

<sup>13</sup> Упор. Cédric Alter, *Droit bancaire général*, Bruxelles 2010, 329.

<sup>14</sup> Stefanie Fandel, *Handbuch des Fachanwalts: Bank und Kapitalmarktrecht* (Hrsg. P. H. Assies et al.), Köln 2015<sup>4</sup>, 326; F. Häuser, 461; M. С. Васиљевић, 518.

банка трасат би била дужна да поступи у складу с опозивом, те да одбије исплату чека имаоцу, док би након његовог истека забрана исплате чека престала да важи, тако да би банка трасат поново имала право и обавезу поступања у складу с првобитно датим платним налогом из чека.

У праву Немачке и САД преовлађује другонаведено схватање, по коме се опозив чека третира као противналог. Насупрот томе, у српском праву ни законодавац, а ни правна теорија нису пружили недвосмислен одговор на ово питање. Имајући у виду важећу законску терминологију и уређење правних последица опозива, чини се да више аргумената говори у прилог схватању опозива чека као опозива платног налога трасанта, а не само као противналoга. Такав закључак произлази из употребе израза „опозивање“, као и непостојања прописаног временског ограничења једном учињеног опозива у Закону о чеку.<sup>15</sup> Ипак, поједини српски аутори наглашавају да је опозив чека противналог трасанта,<sup>16</sup> додуше, без ближег појашњења разлога и последица прихватања таквог становишта.

#### 4. ПРАВО НА ОПОЗИВ ЧЕКА

Право трасанта да опозове пуноважно издат чек је утемељено у самом закону. Стога, иако уговор између банке трасата и трасанта (имаоца текућег рачуна) често предвиђа одређена ограничења у његовом вршењу, право на опозив чека не може да буде укинато на уговорној основи.<sup>17</sup> Штавише, право трасанта да опозове чек постоји без обзира на разлог и независно од навођења разлога за опозив. Оно се не доводи у питање, упркос томе што старање о примени датог опозива и строге правне последице његовог непоштовања представљају оптерећење и могу да изазову потешкоће у редовном пословању банке.<sup>18</sup>

Начелно, трасант има право да опозове чек само ако су испуњени одређени услови, који се тичу: 4.1. протекла рока за презентацију чека на исплату; 4.2. неизвршења исплате чека; и 4.3. непостојања самосталне обавезе банке трасата да исплати чек законитом имаоцу.

---

<sup>15</sup> ЗЧ, чл. 15.

<sup>16</sup> М. С. Васиљевић, 518.

<sup>17</sup> Hans Peter Schwintowski, *Bankrecht*, Köln 2011<sup>3</sup>, 339; упор. Е. Р. Ellinger, Е. Lomnicka, С. V. M. Hare, 488.

<sup>18</sup> Rafael Herrera, „Computerized Check Processing De Minimis Errors in Check Description on Stop Payment Orders“, *Computer/Law Journal* Vol. IX, 1989, 206; упор.: Sandra Rodgers Magnet, „Inaccurate or Ambiguous Countermand and Payment over Countermand“, *Canadian Business Law Journal* Vol. 4, 1979/80, 308.

#### 4.1. Значај протека рока за презентацију чека на исплату за вршење права на опозив чека

Према основном правилу Закона о чеку, опозив чека производи правна дејства након протека рока за његову презентацију на исплату.<sup>19</sup> То, другим речима, значи да тек од тог момента банка трасат има обавезу према трасанту да поступи у складу са опозивом, те да одбије исплату чека законитом имаоцу. У правној теорији се као оправдање за изложено правило истиче да оно убрзава циркулацију чека, подстичући законитог имаоца да га презентује банци трасату у року за исплату, јер ће у супротном бити изложен ризику опозива.<sup>20</sup> Осим тога, допуштањем опозива чека тек након протека рока за презентацију на исплату се штити и поверење законитог имаоца у правни привид да у основи издавања чека постоји пуноважан платни налог између трасанта и банке трасата, који је извршив барем до истека крајњег рока за презентацију, ако не и дуже – захваљујући неопозивању или каснијем опозиву.<sup>21</sup>

Поставља се питање, због чега уопште постоји потреба да се чек опозове након протека рока за презентацију на исплату. Од овог момента чек је прејудициран, што значи да престају права законитог имаоца према свим регресним чековним дужницима, укључујући и трасанта. Међутим, чек и надаље представља пуноважан платни налог трасанта упућен банци трасату посредством његовог имаоца. Отуда, све док тај платни налог не буде опозван, банка трасат има право и обавезу да га изврши на терет текућег рачуна издаваоца.<sup>22</sup> Штавише, правна дејства платног налога датог путем чека су у српском праву временски неограничена. Следствено томе, банка трасат би у односу на трасанта била дужна да исплати чек, који јој ималац поднесе на исплату у било ком тренутку, све до затварања текућег рачуна – што теоријски може да буде и тридесет година од датума његовог издавања. Из изложеног произлази да протек рока за презентацију на исплату чека није релевантан за правни однос између трасанта и банке трасата, будући да независно од тога банку терети истоветна обавеза према имаоцу текућег рачуна да изврши исплату лицу, које се легитимише путем чека, из покрића на датом текућем рачуну.

Од начелног правила да чек може пуноважно да се опозове тек након протека рока за презентацију на исплату постоје два изузетка.

---

<sup>19</sup> Упор. С. Alter, 330.

<sup>20</sup> Овај аргумент је био присутан у ранијем немачком праву. Вид.: F. Häuser, 461.

<sup>21</sup> Упор. С. Alter, 328 и 329, који ово правило објашњава гаранцијом трасанта према законитом имаоцу.

<sup>22</sup> Упор. М. Hakenberg, 1689; G. Nobbe, 1678.

С једне стране, српски Закон о чеку изричито прописује да је банка трасат дужна да поштује опозив чека и пре прејудицирања под условом: а) да јој је трасант непосредно послао чек, и б) да се ради о чеку на име или по наредби.<sup>23</sup> Смисао наведеног изузетка огледа се у чињеници да овде спречавање опозива не би могло да испуни сврху убрзања циркулације, односно наплате чека, нити заштите поверења његовог законитог имаоца у правни привид. Уз то, у овом случају је ризик да ће банка извршити исплату противно пуноважном опозиву сразмерно мали, имајући у виду непосредно достављање чека банци и његово издавање на име, односно по наредби законитог имаоца. Из тих разлога, право на опозив чека у овим околностима треба допустити.

С друге стране, ако се правило Закона о чеку, по коме трасант може да опозове чек под условом да је протекао рок за његову презентацију на исплату, третира као диспозитивна норма, онда би уговором могло да се од ње одступи. Према томе, банка трасат и трасант би могли да уговоре право трасанта да опозове чек и пре његовог прејудицирања. Наведено тумачење не произлази недвосмислено из формулације релевантне одредбе српског закона. Напротив, начин прописивања овог услова више указује на то да је реч о императивној одредби, те да опозив чека, осим првонаведеног изузетка, није могућ пре протека рока за презентацију на исплату.<sup>24</sup> Уосталом, чини се да у српској правној теорији преовлађује управо такво схватање.<sup>25</sup> За разлику од тога, у праву Немачке постоји готово идентично правило о праву на опозив чека тек након прејудицирања као у српском Закону о чеку,<sup>26</sup> али се сматра да је оно само диспозитивно, због чега банка трасат и трасант могу да уговоре пуноважност опозива и пре тог тренутка.<sup>27</sup> Иста могућност постоји и у англосаксонском праву.<sup>28</sup>

Допуштање уговарања права на опозив чека и пре протека рока за презентацију на исплату не би утицало негативно на правни

<sup>23</sup> ЗЧ, чл. 15, ст. 1, тач. 2. Трећи услов да изјава о опозиву мора да буде примљена пре него што је коначно извршена исплата чека представља општу прет поставку за сваки пуноважан опозив чека.

<sup>24</sup> У прилог императивном карактеру норме говоре и казнене одредбе Закона о чеку. Вид. ЗЧ, чл. 26, ст. 1, тач. 2. Упор. С. Alter, 329.

<sup>25</sup> И. Јанковец (1999), 734; М. С. Васиљевић, 518; упор.: С. Alter, 329 и 330.

<sup>26</sup> Вид.: немачки Закон о чеку (*Scheckgesetz* из 1933. године са последњим изменама из 2015. године), Art. 32(1).

<sup>27</sup> Н. Р. Schwintowski, 338 и даље; G. Nobbe, 1678; S. Fandel, 326; Christian Koch, *Der Zahlungsverkehr in der Bankpraxis*, Wiesbaden 2012<sup>2</sup>, 404; F. Häuser, 462; M. Hakenberg, 1689; упор. S. Werner, 1027; Klaus J. Hopt, *Baumbach/Hopt Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)* (Hrsg. K. J. Hopt, et al.), München 2014<sup>36</sup>, 1904.

<sup>28</sup> М. С. Васиљевић, 518.

положај банке трасата. Она свакако ни пре, ни после истека овог рока нема обавезу према законитом имаоцу да му исплати чек, већ такву обавезу дугује једино свом сауговорачу – трасанту (имаоцу текућег рачуна). Стога није спорно да би из угла банке трасата и трасанта овакву слободу уговарања требало дозволити. Истовремено, уговорено право на опозив чека пре прејудицирања не би нарочито угрожавало ни правни положај законитог имаоца. Наиме, чак и када би чек био пуноважно опозван пре протекла рока за презентацију на исплату, законити ималац би тада још увек имао чековна потраживања против регресних чековних дужника.<sup>29</sup> У том погледу је његова заштита загарантована посебним правилима о чеку као хартији од вредности. Захваљујући томе, он би могао да остварује своје потраживање директно у извршном поступку, на основу протестованог чека као веродостојне исправе.<sup>30</sup> Из објашњених упоредноправних схватања и изложених аргумената се закључује да би у српском праву, такође, требало дозволити уговарање права на опозив чека између банке трасата и трасанта у периоду пре истека рока за његову презентацију на исплату.

#### 4.2. Извршење исплате чека као крајњи рок за вршење права на опозив чека

Трасант може да врши своје право на опозив чека најкасније до момента када банка трасат коначно исплати чек законитом имаоцу.<sup>31</sup> Ово правило важи у сваком случају опозивања чека, мада као такво није јасно прописано српским Законом о чеку. Наиме, овај закон једино у изузетном случају опозивања чека на име или по наредби, који је непосредно послат банци трасату, прописује да право на опозив постоји под условом да банка још увек није извршила платни налог дат путем чека.<sup>32</sup> Упркос томе, треба сматрати да се овај услов по аналогији примењује на пуноважност сваког опозива чека. Логика таквог тумачења почива на чињеници да право на опозив не може да се врши на штету банке трасата, која је савесно испунила своју уговорну обавезу извршења пуноважног платног налога трасанта. У супротном, када би се трасанту дозволило да опозове чек и након његове исплате, тиме би банци трасату накнадно била одузета могућност да своје трошкове извршеног плаћања накнади од имаоца текућег рачуна. То би доводило до апсурдног исхода, по коме би ри-

<sup>29</sup> F. Häuser, 462; M. Hakenberg, 1689.

<sup>30</sup> Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, чл. 52, ст. 2, тач. 1.

<sup>31</sup> S. Werner, 1027; H. P. Schwintowski, 339; C. Koch, 404; F. Häuser, 463; G. Nobbe, 1679; J. Reynolds, 352.

<sup>32</sup> ЗЧ, чл. 15, ст. 1, тач. 2.



зик читаве трансакције био пребачен на банку трасата, иако је она у свему поступала савесно и у складу са уговором са трасантом (имаоцем текућег рачуна).

Трасантово право на опозив чека престаје само ако је исплата чека од стране банке трасата коначна. При том се исплата сматра коначном, када банка трасат више нема право да изврши њен повраћај у пређашње стање.<sup>33</sup> Примера ради, банка трасат је коначно исплатила чек када је имаоцу предала одговарајући износ готовог новца, или када је коначно задужила трасантов текући рачун и пренела износ чековне своте на рачун банке законитог имаоца у безготовинском платном промету.<sup>34</sup> За разлику од тога, све док банка трасат још увек може да спречи, односно обустави исплату чека, враћањем предузетих радњи у пређашње стање, трасант има право да опозове чек.<sup>35</sup> Таква ситуација у Немачкој постоји у року од два дана од задужења текућег рачуна издаваоца чека, будући да је до тада банка трасат још увек овлашћена да сторнира извршени упис на рачун.<sup>36</sup>

У случају да опозив чека стигне банци трасату након што је она већ коначно извршила исплату, такав опозив неће производити правна дејства. При том је банка трасат дужна да свог клијента (имаоца текућег рачуна) обавести да његов опозив из тог разлога није пуноважан.<sup>37</sup> У недостатку таквог обавештења трасанту може да буде проузрокована штета услед поуздања у успешну забрану исплате чека, коју би банка по правилима о уговорној одговорности била дужна да надокнади.<sup>38</sup>

#### 4.3. Самостална обавеза банке трасата да исплати чек законитом имаоцу као препрека за вршење права на опозив чека

Начелно, банка трасат нема непосредну обавезу према законитом имаоцу да изврши исплату презентованог пуноважног чека.<sup>39</sup> Штавише, у српском праву таква чековна обавеза не може ни да настане, с обзиром на то да је акцептирање чека од стране банке трасата изричито забрањено. Исто важи и за друге чековне радње, на основу којих би банка трасат стекла самосталну чековну обавезу према имаоцу чека (попут, авалирања чека). Међутим, неспорно је да банка трасат чак и у праву Србије може да прихвати непосредну оба-

<sup>33</sup> Упор. М. Hakenberg, 1689.

<sup>34</sup> Упор. С. Koch, 404.

<sup>35</sup> Упор. Е. Р. Ellinger, Е. Lomnicka, С. V. M. Hare, 487.

<sup>36</sup> Упор. S. Werner, 1028; С. Koch, 404; F. Häuser, 463; G. Nobbe, 1680.

<sup>37</sup> G. Nobbe, 1680.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> С. Alter, 329; J. Breslin, *Banking Law*, Dublin 2007<sup>2</sup>, 201 и 202.

везу према законитом имаоцу чека да ће извршити исплату по датом чеку, која је ванчековне природе (на пример, сертификовањем чека). Отуда се поставља питање, да ли трасант и након настанка самосталне (ванчековне) обавезе банке трасата према законитом имаоцу да исплати одређени чек, може да врши право на опозив тог чека. У англосаксонском праву се ово питање разматра из угла допуштености опозива сертификованих чекова,<sup>40</sup> док се у праву Немачке проширује на све чекове, код којих банка трасат гарантује исплату законитом имаоцу.

Када би се дозволило да трасант опозове чек, по коме је банка трасат већ стекла самосталну обавезу исплате према законитом имаоцу, таква ситуација би доводила банку у изразито неповољан положај. С једне стране, она услед опозива од стране трасанта не би имала право да одбије испуњење своје обавезе према законитом имаоцу, јер је та обавеза независна од њеног правног односа са имаоцем текућег рачуна. С друге стране, ако би банка трасат извршила исплату законитом имаоцу, она услед пуноважног опозива чека не би имала право да трошкове извршеног плаћања накнади задужењем трасантовог текућег рачуна.<sup>41</sup> Из тог разлога се у упоредном праву сматра да трасант нема право да опозове чек у периоду док постоји самостална обавеза (гаранција) банке трасата према имаоцу чека да изврши исплату тог чека.<sup>42</sup> Наравно да у том погледу опозив не би био дозвољен само до висине гарантованог износа чека.<sup>43</sup>

Нажалост, у српском праву постојање самосталне обавезе банке трасата према законитом имаоцу чека није прописано као препрека за вршење трасантовог права на опозив чека. Ипак, имајући у виду изложене аргументе, забрана опозива чека би у овом случају била оправдана и пожељна. У том погледу је у потпуности применљива аналогија са правилом о забрани опозива након коначне исплате чека од стране банке трасата. Као што трасант не може да опозове чек након његове коначне исплате од стране банке, из истих разлога не треба да има право на опозивање чека након настанка самосталне обавезе банке трасата према законитом имаоцу да изврши исплату чека. И једна и друга радња банке трасата се на тај начин одражавају на њену имовину, да она више не може да врши њихов повраћај у

---

<sup>40</sup> J. Reynolds, 344 и даље; J. H. de V. Dijkman, 83 и даље.

<sup>41</sup> Упор. J. H. de V. Dijkman, 95.

<sup>42</sup> Benjamin Geva, *Bank Collections and Payment transactions: Comparative study of legal aspects*, Oxford 2001, 145; R. Cranston, 260; J. H. de V. Dijkman, 84; R. Herrera, 207.

<sup>43</sup> Упор. M. Hakenberg, 1689. Једини изузетак од наведеног правила се у праву САД прихвата у ситуацији када је трасант у могућности да заједно с опозивом банци трасату достави и чек, како би она отказала дато сертификовање и тиме се ослободила своје обавезе према законитом имаоцу. Вид. J. Reynolds, 345.

пређашње стање. Стога би опозивање чека и овде доводило до неоправданог преваљивања ризика плаћања на банку трасата, иако је она у датом случају поступала савесно и у интересу трасанта. Из тог разлога, по аналогiji са забраном опозива чека након његове коначне исплате, треба сматрати да опозив у периоду док постоји самостална обавеза банке трасата према имаоцу чека да исплати чек, такође, није дозвољен.

## 5. ИЗЈАВА О ОПОЗИВУ ЧЕКА

Да би опозив чека био пуноважан, потребно је да постоји изјава о опозиву чека, која испуњава одређене услове. Ови услови се тичу: 5.1. даваоца изјаве; 5.2. адресата изјаве; 5.3. форме изјаве; 5.4. садржине изјаве; и 5.5. пријема изјаве.

### 5.1. Давалац изјаве

Изјаву о опозиву чека свакако може пуноважно да дâ сам трасант као његов издавалац. Међутим, иако се на први поглед чини да само трасант може да врши право на опозив чека, у упоредном праву се у одређеним ситуацијама и другим лицима признаје право да то учине у његово име. Наравно да је изјава о опозиву чека сваког лица, које је овлашћено на заступање трасанта у овом погледу, такође, пуноважна, тако да производи правна дејства непосредно за трасанта као заступаног.<sup>44</sup> Уз то, право да опозову чек у име трасанта имају и лица, која иначе нису овлашћена да га заступају, али јесу овлашћена да располажу средствима са конкретног текућег рачуна, која треба да служе као покриће за исплату датог чека. Према томе, у случају да се текући рачун води као заједнички рачун с два или више пуноправна имаоца рачуна, сваки од тих ималаца рачуна је овлашћен да опозове чек, који је издао неки други ималац.<sup>45</sup> Исто важи и за друга лица која су овлашћена да располажу средствима са текућег рачуна издаваоца чека. Разлог се огледа у чињеници да је опозив усмерен ка спречавању извршења платног налога, чије трошкове би банка трасат имала право да накнади из расположивих средстава, односно средстава кредита у прекорачењу текућег рачуна. Отуда се допуштањем да и друга лица овлашћена за располагање средствима са текућег рачуна откажу чек, који је издао ималац тог рачуна, омогућава адекватна заштита њихових интереса у вези са покрићем на рачуну.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> M. Hakenberg, 1689.

<sup>45</sup> E. P. Ellinger, E. Lomnicka, C. V. M. Hare, 484; упор. M. Hakenberg, 1689.

<sup>46</sup> Уз то, у немачком праву опозив чека може да буде пуноважан чак и када потиче од неовлашћеног лица, под условом да је банка трасат сазнала за околности,

## 5.2. Адресат изјаве

Неспорно је да изјава о опозиву чека мора да буде упућена банци трасату, на коју је дати чек вучен. Међутим, банке у пракси по правилу послују преко својих бројних филијала (огранака). Отуда, треба сматрати је за пуноважан опозив чека довољно достављање изјаве о опозиву филијали банке трасата, која води дати текући рачун,<sup>47</sup> тако да се њено сазнање да је исплата чека услед опозива забрањена приписује читавој банци, односно свим осталим филијалама.<sup>48</sup> Ипак, да би описане последице наступиле, неопходно је да филијала банке трасата, која води одговарајући текући рачун издаваоца чека, заиста сазна за опозив. Стога, ако изјава о опозиву чека буде достављена другој филијали банке трасата, она је дужна да је без одлагања проследи филијали која води текући рачун трасанта.<sup>49</sup> При том, евентуално кашњење у саопштавању опозива одговарајућој филијали банке трасата, због достављања изјаве другој (погрешној) филијали, пада на терет трасанта, односно даваоца те изјаве.<sup>50</sup> Коначно, да би изјава о опозиву била пуноважна, она мора да буде саопштена запосленом у одговарајућој филијали банке трасата, од кога се може очекивати да поступи у складу са опозивом.<sup>51</sup> Ипак, није нужно да тај запослени има заступничка овлашћења у вези са плаћањем конкретног (опозваног) чека.<sup>52</sup>

## 5.3. Форма изјаве

У упоредном праву је неспорно да изјава о опозиву чека не мора да испуњава никакве посебне захтеве форме.<sup>53</sup> Отуда, чек може да се опозове и усмено, као и телефоном, мејлом или факсом.<sup>54</sup> Штавише, за пуноважност опозива није неопходно да банка трасат потврди пријем ове изјаве.<sup>55</sup> Ипак, у праву САД је прописано да усмени

---

које би довеле до опозива чека непосредно од стране трасанта када би му биле познате. Вид. М. Hakenberg, 1689; F. Häuser, 461.

<sup>47</sup> R. Cranston, 260; E. P. Ellinger, E. Lomnicka, C. V. M. Hare, 485.

<sup>48</sup> J. Reynolds, 352.

<sup>49</sup> F. Häuser, 461; G. Nobbe, 1679.

<sup>50</sup> M. Hakenberg, 1689.

<sup>51</sup> E. P. Ellinger, E. Lomnicka, C. V. M. Hare, 487; упор. B. Geva, 145. Из тог разлога, давање изјаве о опозиву запосленом који ради на телефонској централи банке трасата не би производило дејства пуноважног опозива.

<sup>52</sup> F. Häuser, 461.

<sup>53</sup> C. Alter, 330; C. Koch, 403; M. Hakenberg, 1689; E. P. Ellinger, E. Lomnicka, C. V. M. Hare, 486.

<sup>54</sup> M. Hakenberg, 1689; C. Koch, 403; E. P. Ellinger, E. Lomnicka, C. V. M. Hare, 486; G. Nobbe, 1679; упор. J. Reynolds, 348.

<sup>55</sup> G. Nobbe, 1679.

опозив чека производи правна дејства само ако је у кратком року потврђен и писменом изјавом његовог даваоца. Осим тога, уговором између банке трасата и имаоца текућег рачуна се редовно предвиђају додатни захтеви у погледу форме опозива као услова његове пуноважности. Такве уговорне одредбе су у сваком случају корисне, јер омогућавају спречавање злоупотреба, које би могле да настану услед потпуне неформалности. У српском праву форма изјаве о опозиву чека није прописана, тако да у том погледу треба применити основно начело неформалности правних послова.<sup>56</sup> Међутим, због проблема доказивања и ризика злоупотреба, ово питање би требало додатно уредити уговором између банке и имаоца текућег рачуна.

#### 5.4. Садржина изјаве

Садржина изјаве о опозиву чека, такође, није ближе прописана. Отуда, она може да буде прецизирана уговором између банке трасата и трасанта. Независно од тога, неспорно је да у оквиру изјаве о опозиву мора да се нагласи да се њоме забрањује исплата одређеног чека. Према томе, чак и када то није уговорено, подразумева се да трасант у опозиву мора јасно да идентификује чек који се опозива.<sup>57</sup> То може да се учини преко навођења елемената попут, имена трасанта, трасата, ремитента, броја и датума чека, износа, броја текућег рачуна и сврхе плаћања.<sup>58</sup> Опис чека у опозиву треба да буде у разумној мери тачан,<sup>59</sup> тако да банка с разумним степеном сигурности може да утврди о ком чеку се ради.<sup>60</sup> Другим речима, иако је неки детаљ у вези с описом чека нетачан (на пример, чековна свота), то не утиче на пуноважност опозива, под условом да је на основу осталих података јасно који је чек у питању.<sup>61</sup>

Садржина изјаве воље којом се опозива чек не сме да буде двосмислена.<sup>62</sup> У ситуацији када је опозив двосмислен или у поје-

<sup>56</sup> Супротно вид. И. Јанковец (1999), 734; М. С. Васиљевић, 518.

<sup>57</sup> B. Geva, 146; S. R. Magnet, 299.

<sup>58</sup> R. Herrera, 208; D. Benjamin Beard, „Effectuating the Customer’s Right to Stop Payment of a Check: The Forgotten Section 4 401“, *The Wayne Law Review* Vol. 37, 1991, 1845.

<sup>59</sup> E. P. Ellinger, E. Lomnicka, R. Hooley (2002), 383 фн. 111.

<sup>60</sup> B. Geva, 133.

<sup>61</sup> Наведено правило је више одговарало ранијој мануелној обради чекова и њихових опозива. За разлику од тога, данас се чекови, као и опозиви, обрађују уз помоћ рачунарске технологије. Имајући у виду да компјутерски програм теже може да установи разлику између ситне и крупне нетачности у опису чека, то ствара ризик занемаривања опозива, који је само у неком незнатном детаљу нетачан (на пример, уместо 1.865,43 динара, колико заиста износи чековна свота, наводи 1.865,45 динара). Више вид. R. Herrera, 206 и даље; S. R. Magnet, 301.

<sup>62</sup> B. Geva, 146; E. P. Ellinger, E. Lomnicka, C. V. M. Hare, 485; S. R. Magnet, 298 и 299; J. Reynolds, 346.

диним детаљима нетачно описује чек, банка трасат би у случају сумње око утврђивања стварне намере клијента требало да од њега затражи појашњење.<sup>63</sup> Насупрот томе, ако је банка поступала савесно, односно у разумном уверењу да то одговара намери клијента, она у односу с трасантом неће сносити негативне последице исплате, односно неисплате одређеног чека.<sup>64</sup>

### 5.5. Пријем изјаве

У складу с општим правилима облигационог права, изјава о опозиву чека производи правна дејства од момента пријема од стране филијале банке трасата, која води одговарајући текући рачун.<sup>65</sup> Ипак, од наведеног теоријског правила се у пракси допушта један оправдан изузетак. Сходно томе, опозив ће производити правна дејства само ако је банка трасат имала разумну могућност да поступи у складу са њим,<sup>66</sup> односно ако би неодложном обрадом примљеног опозива уопште могла да спречи исплату чека у редовном току пословања.<sup>67</sup> Насупрот томе, она није дужна да предузима било какве ванредне мере, како би онемогућила исплату конкретног чека, на који се опозив односи.<sup>68</sup> Стога, у ситуацији када банка трасат у моменту пријема изјаве о опозиву не може једноставно да прекине покренут аутоматизован поступак исплате чека, сматра се да опозив не производи намеравана правна дејства, упркос томе што је стигао код трасата пре дефинитивног извршења платног налога.<sup>69</sup>

Из истог разлога се банци трасату толерише кратко време од момента пријема изјаве о опозиву, које јој је потребно да прилагоди своје поступање забрани исплате чека. Реч је о времену које је према редовном току ствари неопходно да би запослени коме је опозив саопштен о томе обавестио запослене који раде на пословима исплате чекова (на пример, шалтерске службенике).<sup>70</sup> У ситуацији када се чек поднесе на наплату у том кратком периоду, непосредно након опозива, сматра се да банка трасат уредно испуњава платни налог исплатом чека упркос чињеници да је, строго посматрано, већ примила његов опозив.

---

<sup>63</sup> E. P. Ellinger, E. Lomnicka, C. V. M. Hare, 485 фн. 272.

<sup>64</sup> *Ibid.*, 485.

<sup>65</sup> *Ibid.*, 487.

<sup>66</sup> R. Cranston, 260.

<sup>67</sup> F. Häuser, 461; S. Werner, 1028; H. P. Schwintowski, 339; C. Koch, 403; M. Hakenberg, 1689; G. Nobbe, 1679 и 1680.

<sup>68</sup> S. Werner, 1028; G. Nobbe, 1680.

<sup>69</sup> Упор. S. Werner, 1028.

<sup>70</sup> E. P. Ellinger, E. Lomnicka, C. V. M. Hare, 487.

## 6. РОК ВАЖЕЊА ОПОЗИВА

У упоредном праву се као посебан проблем јавља питање рока важења опозива. С једне стране, у праву САД је изричито прописано да опозив чека важи само за период од шест месеци, након чега може да буде обновљен за наредних шест месеци.<sup>71</sup> С друге стране, у немачком праву, упркос непостојању сличног временског ограничења опозива чека у самом закону, банке са клијентима често уговарају да евентуални опозив важи шест месеци од тренутка пријема одговарајуће изјаве воље трасанта.<sup>72</sup> Након истека овог периода сматраће се да чек није опозван, па ће банка моћи пуноважно да изврши плаћање из покрића на текућем рачуну трасанта. На тај начин се ограничава број опозива чекова, о којима банка мора да води рачуна у свом редовном пословању.<sup>73</sup> У случају да трасант и након истека овог рока жели да спречи исплату чека, он би морао да „обнови“ опозив,<sup>74</sup> тако што би поново упутио одговарајућу изјаву воље банци трасату.<sup>75</sup> При том, за „услугу“ обнављања опозива банке клијентима редовно наплаћују одређену накнаду (провизију).<sup>76</sup>

Описана пракса је предмет оправдане критике у упоредноправној теорији.<sup>77</sup> У том погледу поједини аутори истичу да једном опозван платни налог, коме су одузета правна дејства, не може да „оживи“ након протека одређеног рока.<sup>78</sup> Напротив, опозван платни налог по основу чека је дефинитивно угашен, а клијент, ако жели, једино може да дâ банци нов налог са истом садржином. Изложеном аргумену банку приговарају да је у пракси немогуће спровести бесконачно дуго поштовање једном датог опозива чека. Наиме, банке тврде да не постоје одговарајуће техничке претпоставке за уважавање забране исплате чека, која би важила за сва времена.<sup>79</sup>

Чини се да изложена супротстављена становишта могу да се помире једино другачијим схватањем правне природе опозива чека. Када се опозив схвати као налог којим се забрањује извршење платног налога датог путем чека (тзв. противналог), онда његово извршење, као и код сваког другог налога, може да буде ограниче-

<sup>71</sup> R. J. Mann, 15.

<sup>72</sup> S. Fandel, 326; H. P. Schwintowski, 341; F. Häuser, 461; G. Nobbe, 1680.

<sup>73</sup> F. Häuser, 461; G. Nobbe, 1680.

<sup>74</sup> R. J. Mann, 15.

<sup>75</sup> G. Nobbe, 1680.

<sup>76</sup> S. Fandel, 326; G. Nobbe, 1680 и 1681.

<sup>77</sup> H. P. Schwintowski, 341.

<sup>78</sup> S. Fandel, 326.

<sup>79</sup> Упор.: R. J. Mann, 15.

но одређеним роком. У случају усвајања овог схватања у српском праву, банка трасат би у уговору са клијентом могла да предвиди да ће налог којим се забрањује исплата чека („опозив чека“) производити правна дејства у року од, примера ради, шест месеци, након чега банка више неће бити у обавези да одбије исплату, већ ће моћи да испуни платни налог из чека. Међутим, чак и када би се прихватило наведено тумачење, остаје спорно право банке да за опозив чека наплаћује посебну накнаду (провизију). Имајући у виду да опозив периодично мора да се обнавља ако трасант не жели да банка из покрића на његовом платном рачуну исплати чек, таква наплата провизије би водила теоријски бесконачној „обавези“ клијента да врши плаћања банци по овом основу.<sup>80</sup> Ипак, упркос изложеним недостацима право банке да наплати провизију за опозив чека (као и за његово обнављање) у упоредном праву опстаје.

## 7. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ПУНОВАЖНОГ ОПОЗИВА ЧЕКА

Банка трасат на основу пуноважног опозива има обавезу према трасанту да одбије исплату чека законитом имаоцу.<sup>81</sup> При том, у немачком праву банке третирају обраду опозива чека као додатну услугу клијенту, за коју наплаћују одређену накнаду.<sup>82</sup> Таква пракса се оправдава чињеницом да је трасант давањем платног налога путем чека и његовим стављањем у правни промет омогућио покретање поступка наплате од стране законитог имаоца, па проузрокује додатне трошкове банци ако је опозивањем чека обавезе да такву наплату спречи.<sup>83</sup> Исто схватање би требало прихватити и у српском праву. Уосталом, оно је у складу и с општим правилима комунитарног права платних услуга, по којима банка, такође, има право на посебну накнаду за опозив платног налога.<sup>84</sup>

### 7.1. Последице поступања банке трасата у складу с опозивом

Банка трасат поступа у складу са пуноважним опозивом ако одбије исплату чека његовом имаоцу. У том случају, ималац чека

---

<sup>80</sup> S. Fandel, 326.

<sup>81</sup> K. J. Hopt, 1904; E. P. Ellinger, E. Lomnicka, R. Hooley (2002), 382; H. P. Schwintowski, 340; M. Hakenberg, 1689; J. Reynolds, 342.

<sup>82</sup> G. Nobbe, 1680 и 1681.

<sup>83</sup> G. Nobbe, 1681.

<sup>84</sup> Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC, *Official Journal* L 337, 23. 12. 2015, Art. 80(5).



једино може да захтева плаћање од регресних чековних дужника, под претпоставком да чек још увек није прејудициран, односно од дужника из основног посла, који му је чек издао или пренео као начин испуњења новчане обавезе. Приликом одбијања исплате чека банка трасат је према свом клијенту (трасанту) дужна да обавести имаоца о чињеници да је опозив чека разлог тог одбијања.<sup>85</sup> У супротном би ималац чека по правилу закључио да је трасант неспособан за плаћање, што би могло негативно да се одрази на његово пословање.<sup>86</sup> Из тог разлога, банка трасат која пропусти да информисе имаоца чека о опозиву, одговара за евентуалну штету проузроковану трасанту по правилима уговорне одговорности.<sup>87</sup>

## 7.2. Последице исплате чека од стране банке трасата након пуноважног опозива

Када банка исплати чек упркос пуноважном опозиву, сматра се да није поступала по налогу клијента (трасанта),<sup>88</sup> па по том основу нема право да од њега захтева накнаду трошкова.<sup>89</sup> У случају да је банка на основу исплате опозваног чека задужила текући рачун трасанта, она мора да изврши повраћај рачуна у пређашње стање, као и да накнади трасанту евентуалну другу штету због повреде налога.<sup>90</sup> То, међутим, не значи да ће банка у коначном исходу поднети терет исплате опозваног чека из сопствене имовине. Напротив, она под одређеним условима може да захтева накнаду од имаоца чека по правилима о стицању без основа.<sup>91</sup> Наведени захтев против имаоца чека постоји само ако је он у моменту исплате био несавестан, јер је знао да је чек опозван.<sup>92</sup> У супротном, ако ималац чека у том тренутку није знао за опозив, пријем исплате од банке трасата као налогопримца (помоћника у испуњењу) дужника из основног посла за њега

<sup>85</sup> Н. Р. Schwintowski, 340; F. Häuser, 462; M. Hakenberg, 1689; G. Nobbe, 1680; K. J. Hopt, 1904. Податак о опозиву чека банка трасат треба да наведе на самом чеку ако ималац то захтева.

<sup>86</sup> G. Nobbe, 1680.

<sup>87</sup> Н. Р. Schwintowski, 340; F. Häuser, 462; G. Nobbe, 1680.

<sup>88</sup> Упор.: D. В. Beard, 1828.

<sup>89</sup> К. Ј. Hopt, 1904; F. Häuser, 509; G. Nobbe, 1680; M. Hakenberg, 1690; B. Geva, 146; И. Јанковец (1999), 734; упор.: F. van Look у: Carsten Peter Claussen, *Bank und Börsenrecht für Studium und Praxis*, München 2008<sup>4</sup>, 193; E. P. Ellinger, E. Lomnicka, C. V. M. Hare, 484 и 489.

<sup>90</sup> G. Nobbe, 1680; S. Fandel, 327; M. Hakenberg, 1690; R. J. Mann, 15 и 16; B. Geva, 133 и 146; J. Breslin, 200; S. R. Magnet, 311; упор. E. P. Ellinger, E. Lomnicka, C. V. M. Hare, 489; C. Alter, 330; о проблему доказивања штете у праву САД вид. D. В. Beard, 1819 и даље.

<sup>91</sup> C. Alter, 330; J. Breslin, 200.

<sup>92</sup> F. Häuser, 509; M. Hakenberg, 1690; K. J. Hopt, 1904.

представља испуњење новчане обавезе поводом које је чек издат.<sup>93</sup> Према томе, савестан ималац чека није обогашен, јер је преносом новчаних средстава од стране банке трасата његова имовина, додуше, увећана, али је истовремено и умањена престанком потраживања према трасанту из основног посла. Стога, банка од њега не може да тражи накнаду из неоснованог обогашења.

У ситуацији када банка не може да накнади исплаћени чековни износ од имаоца чека, она ће то по правилу моћи да оствари против трасанта.<sup>94</sup> Наиме, ако исплата чека законитом имаоцу од стране банке трасата доводи до измирења обавезе трасанта у основном послу, реч је о испуњењу туђе обавезе од стране трећег лица.<sup>95</sup> Према општим правилима облигационог права, законити ималац чека као поверилац из основног посла може да прими испуњење од трећег лица чак и против воље дужника (издаваоца чека),<sup>96</sup> што значи чак и када је чек опозван.<sup>97</sup> На основу такве исплате долази до персоналне суброгације банке трасата у права повериоца према трасанту као дужнику из основног посла.<sup>98</sup> С обзиром на то да банка ступа у правни положај повериоца из основног посла, против њеног захтева трасант, додуше, може да истиче све приговоре које је имао у односу са претходним повериоцем и који су евентуално представљали оправдан разлог за опозив чека.

Правни захтев банке трасата стечен персоналном суброгацијом и правни захтеви трасанта за повраћај рачуна у пређашње стање и накнаду штете због неовлашћеног задужења исплатом опозваног чека су узајамна, доспела, новчана потраживања, која захваљујући томе могу да се пребијају. Отуда ће банка у случају персоналне суброгације против захтева клијента моћи да истакне приговор компензације и тиме, барем делимично, избегне повраћај задуженог текућег рачуна у пређашње стање.<sup>99</sup>

<sup>93</sup> М. Hakenberg, 1690.

<sup>94</sup> М. Hakenberg, 1690; К. Ј. Нопт, 1904.

<sup>95</sup> В. Geva, 146; Е. Р. Ellinger, Е. Lomnicka, С. V. М. Hare, 489; F. Häuser, 509; S. R. Magnet, 314; J. Reynolds, 363.

<sup>96</sup> И. Јанковец, *Правни аспекти новчаних обавеза*, Београд 2003, 25.

<sup>97</sup> Закон о облигационим односима ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003, чл. 296, ст. 4.

<sup>98</sup> ЗОО, чл. 300; В. Geva, 146; R. J. Mann, 16; D. V. Beard, 1829 и 1835; R. Herrera, 208 фн. 19; J. Reynolds, 365. Законска персонална суброгација се догађа на основу правног интереса банке трасата да не изврши такву исплату за свој рачун, већ да стекне право регреса против дужника (трасанта).

<sup>99</sup> Упор. R. J. Mann, 16; E. P. Ellinger, E. Lomnicka, R. Hooley (2002), 387.

## 8. ЗАКЉУЧАК

Опозив чека је значајан правни институт који омогућава спречавање извршења пуноважно датог платног налога путем чека из средстава на текућем рачуну издаваоца. У складу са упоредноправним схватањима у развијеним земљама, опозив чека би и у праву Србије требало тумачити као противналог, којим се забрањује извршење претходно пуноважно датог платног налога, а не као опозивање платног налога, којим се он дефинитивно гаси. Тиме би се омогућило уговарање крајњег рока важења датог опозива између банке трасата и трасанта, након чијег протека би банка поново имала право да исплати презентован чек из покрића на трасантовом текућем рачуну. Уз то, опозивање чека у српском праву треба на уговорној основи дозволити и пре, а не искључиво после протека рока за презентацију на исплату. Коначно, моменат наступања правних дејстава опозива чека треба везивати за тренутак пријема изјаве о опозиву од стране филијале банке, која води текући рачун издаваоца, али само под условом да банка неодложном обрадом таквог опозива уопште може да спречи исплату чека у редовном току свог пословања.

## ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Alter, C., *Droit bancaire général*, Bruxelles 2010.
- Assies, P. H. et al. (Hrsg.), *Handbuch des Fachanwalts: Bank- und Kapitalmarktrecht*, Köln 2015<sup>4</sup>.
- Бартош, М., Антонијевић, З., Јовановић, В., *Менично и чековно право*, Београд 1974. (Bartoš, M., Antonijević, Z., Jovanović, V., *Menično i čekovno pravo*, Beograd 1974)
- Beard, D. B., „Effectuating the Customer’s Right to Stop Payment of a Check: The Forgotten Section 4–401“, *The Wayne Law Review* Vol. 37, 1991.
- Breslin, J., *Banking Law*, Second Edition, Dublin 2007.
- Claussen, C. P., *Bank- und Börsenrecht für Studium und Praxis*, München 2008<sup>4</sup>.
- Cranston, R., *Principles of Banking Law*, Oxford 2005<sup>2</sup>.
- de V. Dijkman J. H., „Countermand of a Certified Cheque“, *The South African Law Journal* Vol. 105, 1988.
- Ellinger, E. P., Lomnicka E., Hare C. V. M., *Ellinger’s Modern Banking Law*, Oxford 2011<sup>5</sup>.
- Fandel, S., *Handbuch des Fachanwalts: Bank- und Kapitalmarktrecht* (Hrsg.P. H. Assies et al.), Köln 2015<sup>4</sup>.

- Geva, B., *Bank Collections and Payment transactions: Comparative study of legal aspects*, Oxford 2001.
- Hakenberg, M., *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn – Handelsgesetzbuch: Band 2 – §§ 343–475h: Transportrecht, Bank- und Börsenrecht* (Hrsg. D. Joost, L. Strohn), München 2015.
- Häuser, F., *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch – Band 6: Bankvertragsrecht* (Hrsg. K. Schmidt), München 2014<sup>3</sup>.
- Herrera, R., „Computerized Check Processing De Minimis Errors in Check Description on Stop Payment Orders“, *Computer/Law Journal* Vol. IX, 1989.
- Hopt, K. J., *Baumbach/Hopt – Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)* (Hrsg. K. J. Hopt, et al.), München 2014<sup>36</sup>.
- ЈАНКОВЕЦ, И., *Правни аспекти новчаних обавеза*, Београд 2003. (Jankovec, I., *Pravni aspekti novčanih obaveza*, Beograd 2003)
- ЈАНКОВЕЦ, И., *Привредно право*, Београд 1999<sup>4</sup>. (Jankovec, I., *Privredno pravo*, Beograd 1999<sup>4</sup>)
- Joost, D., Strohn, L. (Hrsg.), *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn – Handelsgesetzbuch: Band 2 – §§ 343–475h: Transportrecht, Bank- und Börsenrecht*, München 2015.
- Koch, C., *Der Zahlungsverkehr in der Bankpraxis*, Wiesbaden 2012<sup>2</sup>.
- Kümpel, S., Wittig, A. (Hrsg.), *Bank- und Kapitalmarktrecht*, Köln 2011<sup>4</sup>.
- Magnet, S. R., „Inaccurate or Ambiguous Countermand and Payment over Countermand“, *Canadian Business Law Journal* Vol. 4, 1979/80.
- Nobbe, G., *Bankrechts-Handbuch – Band I* (Hrsg. H. Schimansky, H.-J. Bunte, H.-J. Lwowski), München 2011<sup>4</sup>.
- Reynolds, J., „Countermand of Cheques“, *U. B. C. Law Review* Vol. 15, No. 2/1981.
- Schimansky, H., Bunte, H.-J., Lwowski, H.-J. (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch – Band I*, München 2011<sup>4</sup>.
- Schmidt, K. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch – Band 6: Bankvertragsrecht*, München 2014<sup>3</sup>.
- ВАСИЉЕВИЋ, М. С., *Трговинско право*, Београд 2014<sup>14</sup>. (Vasiljević, M. S., *Trgovinsko pravo*, Beograd 2014<sup>14</sup>)
- Werner, S., *Bank- und Kapitalmarktrecht* (Hrsg. S. Kümpel, A. Wittig), Köln 2011<sup>4</sup>.

Mirjana Radović, PhD, LL.M. (Humboldt)

Assistant Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

## COUNTERMAND OF A CHEQUE

### *Summary*

In this paper the author explores legal aspects of countermanding cheques. The first part of the paper explains the notion, legal significance and legal nature of stopping payment of cheques. The second part of the paper deals with the right to countermand payment of cheques and the requirements for exercising this right. In this respect, the author analyses effects of an expired deadline for cheque presentation, executed payment by the drawee bank, as well as the duty of the drawee bank to pay the cheque towards its holder, on the drawer's right to stop payment. Thereafter, the main characteristics of a countermand instruction are explained, with regard to: the persons authorised to give and receive this instruction, its form, contents and legal effects. The next part of the paper explains the comparative legal practice of limiting the period in which countermand of a cheque remains effective and explores its suitability for the Serbian law. Finally, the last part of the paper contains an in depth analysis of legal consequences in case of an effective stop payment order, especially in connection to the rights and obligations of the drawee bank.

Key words: *Countermand. – Stop payment order. – Cheque. – Current Account.*

Article history

Received: 16. 4. 2016.

Accepted: 16. 5. 2016.

Др Светислав Јанковић\*

## ПРИВИЛЕГИЈЕ НА БРОДУ У СИТУАЦИЈИ СТЕЧАЈА БРОДОВЛАСНИКА

*У чланку се уочава недостатак правне уређености везе стечајног и пловидбеног права која се нарочито испољава у случају стечаја бродовласника чији брод је оптерећен привилегијама. У тој ситуацији јавља се проблем ком праву дати предност у примени стечајном или пловидбеном, с обзиром на то да и једно и друго садрже различита правила намирења из продајне вредности дужникове имовине. Једновремена примена ових правила је немогућа, па је неопходно утврдити редослед намирења стечајних и пловидбених поверилаца када је предмет намирења (брод) недовољан за потпуно намирење свих поверилаца. У том случају, аутор се залаже за примену пловидбеног права. Разлог давања предности овој грани права објашњава се чињеницом да стицалац привилегије на броду, најчешће, не може да зна да је над власником конкретног брода отворен поступак стечаја, а још мање да се налази у предстечајном стању, па би, сходно томе, требало да се намирује мимо стечајног поступка и његових правила.*

Кључне речи: *Привилегије на броду. Пловидбено право. Стечајно право. Редослед намирења. Разлучни и заложни повериоци.*

### 1. УВОД УОЧАВАЊЕ ПРОБЛЕМА

Премда представљају две одвојене гране привредног права, стечајно и пловидбено право се сусрећу у ситуацији стечаја привредног субјекта који за предмет пословања има делатност превоза.<sup>1</sup>

\* Аутор је асистент Правног факултета у Београду, [jankovic@ius.ac.bg.rs](mailto:jankovic@ius.ac.bg.rs)

<sup>1</sup> Пловидбеним правом се, за сврхе овог истраживања, обухватају ваздухопловно право и право поморске и унутрашње пловидбе. То се чини из разлога из товетности правног положаја средстава превоза у овим гранама саобраћајног права, а пре свега са становишта стварноправног уређења бродова и ваздухоплова. У по

То је најизраженије на плану сукоба законских заложних права на средству превоза (броду) с начелима и правилима стечајног поступка који је отворен над власником превозног средства. У таквом случају, правила стечајног и пловидбеног права су нужно једновремено примењива, али, нажалост, међусобно искључива, што значи да је могуће применити само једна од њих.<sup>2</sup> Разлог томе је ограниченост имовинске вредности средства превоза (брода) које може да послужи за намирење само једној врсти поверилаца – стечајним или пловидбеним. Наиме, и стечајни поступак и поступак принудног намирења привилегије на броду имају за последицу продају (уновчење) средства превоза (било као предмета из стечајне масе, било као предмета обезбеђења). Како је средство превоза једно (у смислу његове имовинско-вредносне исцрпљивости), најчешће недовољно за намирење и стечајних и пловидбених поверилаца у целости, тако је неопходно одредити редослед у намирењу ових поверилаца.

Сврха овог рада и, уопште, истраживања је да пружи одговор на питање ком од ове две врсте правила треба дати предност када се нађу у сукобу. Тај сукоб права је најбоље видљив на примеру бродовласника над чијом имовином је отворен стечајни поступак, а поводом чијег брода су настале привилегије пре отварања стечајног поступка. С обзиром на то да је брод део имовине, сада већ, стечајног дужника, али и предмет потраживања тзв. пловидбених поверилаца (чија су потраживања обезбеђена законским заложним правом на

---

гледу тога, брод и ваздухоплов, иако покретне ствари, имају статус непокретности, те у том смислу исти начин стицања својине и хипотеке, али и исти изузетак у погледу законског заложног права (привилегија на броду и ваздухоплову). Вид. Светислав Јанковић, „Заложно право на ваздухоплову са посебним освртом на законско заложно право“, *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ)* 2/2014, 186. Због тога, у даљем току рада употребом израза „брод“, сматраће се да је обухваћен и правни режим ваздухоплова.

<sup>2</sup> Ситуација када су правила пловидбеног и стечајног права једновремено примењива постоји и у случају када се бродар користи установом глобалног ограничења одговорности. Оснивајући фонд ограничене одговорности, бродар се, практично, *ослобађа* одговорности за оне делове (или, пак цела) потраживања која нису могла у целости да се намире из средстава фонда. Појединим ауторима се установа глобалног ограничења одговорности исправно чини сличном стечају, па је ослобљавају, још, и као специјални стечај. Међутим, проблем управо ствара различитост правила стечајног поступка и поступка глобалног ограничења одговорности. Решење се налази у томе да ако се с поступком оснивања фонда ограничене одговорности, већ започело, да онда треба наставити примену правила пловидбеног права давајући им предност у односу на стечајно право. Вид. Велимир Филиповић, Михајло Дика, „Стечај бродара“, *Привреда и право* 1 2/1988, 127 и даље. О уста нови глобалног ограничења одговорности вид. Небојша Јовановић, „Општи начин ограничења од одговорности речног превозиоца робе“, *Правни живот* 10 11/1995, 341 и даље. Потребно је имати у виду да оснивањем фонда ограничене одговорности долази до престанка одређених (али не свих, попут потраживања помораца за зараде) привилегија на броду. О томе више вид. С. Јанковић (2015), 202 204.

броду), основно питање је какав ће бити правни режим намирења пловидбених поверилаца поводом њега. Да ли ће се они намиривати у стечајном поступку, према стечајним начелима, као и остали повериоци стечајног дужника или ће се намиривати одвојено, а према правилима грађанског (пловидбеног) права, само из средства обезбеђења (брода)? Одговор на ово питање чини се пресудним, јер ако би се намиривали према правилима стечајног права, положај пловидбених поверилаца био би уподобљен положају класичних поверилаца у стечају, што би их, у крајњем исходу, свело на различне повериоце. Свакако, сврха стечајног права није да обесправи лица која су стекла обезбеђење на делу имовине стечајног дужника, па их у том смислу и квалификује као различне (обезбеђене) повериоце, али у погледу привилегија на броду / ваздухоплову фактички долази до тог обесправљивања. Оно се састоји у томе што се различно право додељује само оним обезбеђеним повериоцима који су средство обезбеђења стекли одређено време пре покретања стечајног поступка, али не и онима који су га стекли касније или, пак, у почетку стечајног поступка. Тиме се ствара и проблем квалификовања потраживања стечених у овом „међувремену“, али и проблем редоследа у намирењу ових потраживања посматраних из угла пловидбеног и стечајног права.

Да би се добили квалитетни одговори на постављена питања и предложила решења за уочене проблеме, неопходно је претходно размотрити и открити праву природу различног права у стечају, као и привилегија на броду као законског заложног права у пловидбеном праву. Након тога, јасније ће моћи да се уоче предности примене режима пловидбеног права на статус привилегованих потраживања (у стечају), иако је стечајни поступак над бродовласником већ отпочео. Управо би се са таквим закључком и попунила правна празнина која постоји на том пољу, те друштвени однос учинио правно уређеним.

## 2. ПОЈАМ ПРИВИЛЕГИЈА НА БРОДУ

Привилегије су израз за законска заложна права која се односе на превозно средство у пловидби. При томе, пловидбом се сматра како ваздухопловна, тако и поморска и пловидба унутрашњим пловидбеним путевима. Ова права настају само док је средство превоза у покрету (пловидби), а извор настанка потраживања обезбеђеног привилегијом су или, с једне стране, чинидбе (поправка, снабдевање, спасавање итд.) које представљају услуге пружене превозном средству или, с друге стране, штете, које су проузроковане од стране конкретног средства превоза у покрету. Ова права се сматрају привилегованим у односу на друга средства обезбеђења из разлога што имају



предност у намирењу у односу на сва остала законска, уговорна и судска средства обезбеђења на истом предмету установљена.<sup>3</sup> Она имају свој извор у закону што значи да не настају на основу воље (жеље) уговорних страна, него само онда када се догоди „ситуација“ поводом које је у закону установљен њихов настанак.<sup>4</sup> На крају, посебно их одређује особина неодвојивости од средства превоза (брода / ваздухоплова), односно моћи опстанка упркос било којој правној радњи са средством превоза.<sup>5</sup> Тиме се сврставају у ред стварних права, у смислу права слеђења (односно правног домашаја према било којем каснијем стицаоцу права својине на средству превоза), али се истовремено од ове врсте права разликују ороченошћу своје правне важности, најчешће, на једну годину. У сваком случају, као суштинска и преовлађујућа особина привилегија на броду може се одредити њихова надмоћ над осталим средствима обезбеђења попут хипотека и судских заложних права. Управо таквим својством, оне се чине неподобним за уједначено сврставање њихових ималаца у истом реду с имаоцима хипотека и судског заложног права као различитих поверилаца у стечају.

С друге стране, уколико постоји више привилегија на истом превозном средству, утолико се ствара конкуренција међу њима самима ако је вредност средства превоза недовољна за намирење свих у целости. Из тог разлога је било неопходно утврдити редослед намирења из истог предмета обезбеђења како би се имаоцима привилегија пружила правна извесност у погледу испуњења њиховог права. Редослед намирења је одређен с обзиром на различитост привилегија у смислу да је појединим врстама дата предност у односу на друге (на пример, привилегије по основу спасавања). Такође, у оквиру исте врсте (ако би их постојало више на истом броду) редослед је утврђен било кроз критеријум сразмерности (привилегије по основу зарада), било кроз искључивост (код привилегија спасавања у смислу давања предности касније насталим – начело обрнутог редоследа настанка).<sup>6</sup> У сваком случају, већ и површни преглед појма, сложеног редоследа намирења и, уопште, функционисања привилегија на броду, указује на неспојивост истовременог важења с режимом стечајног права, с обзиром на то да оба режима у себи садрже редоследе исплате потраживања (својеврсне исплатне редове), а који нису истоветни.

<sup>3</sup> Walter Helmers, Josef Krauss, Hans Dieter Lübbers, Johannes Müller, *Handbuch für die Schiffsführung*, Neunte Auflage, Zweiter Band, Teil B, Springer Verlag, Berlin, 182.

<sup>4</sup> Ralf Herber, *Seehandelsrecht*, de Gruyter, Berlin 1999, 110,

<sup>5</sup> William Tetley, *Maritime liens and claims*, Blais, Montreal 1989, 40.

<sup>6</sup> С. Јанковић (2015), 278.

### 3. ПОЈАМ РАЗЛУЧНОГ ПРАВА

Разлучно право је право одређеног повериоца да своје потраживање према стечајном дужнику намири из тачно одређене имовине стечајног дужника, а пре осталих поверилаца.<sup>7</sup> Тај део имовине представља, у ствари, средство обезбеђења које је, одређено време пре покретања поступка стечаја, установљено у корист разлучног повериоца, а с циљем обезбеђења намирења његовог потраживања.<sup>8</sup> Речју, разлучно право је обезбеђено право, а разлучни поверилац је обезбеђени поверилац. Средство обезбеђења је могуће да буде заложно право, право задржавања или право првенственог намирења.<sup>9</sup>

Дакле, разлучни поверилац је најчешће заложни поверилац који би своје право, у крајњем случају, могао да оствари принудном продајом предмета залог.<sup>10</sup> Међутим, чињеница отварања поступка стечаја претвара овог, залогом обезбеђеног, повериоца у разлучног повериоца чиме се, у крајњем исходу, установљава његов другачији положај.<sup>11</sup> Наиме, лице чије је потраживање обезбеђено залогом ће,

<sup>7</sup> Тиме се не дира у начело стечајног поступка да се са свим повериоцима поступа „једнако“, с обзиром на то да се повериоцима у стечају, у том смислу, сматрају само необезбеђени повериоци. Paul R. Moo, „The Secured Creditor in Bankruptcy“, *American Bankruptcy Law Journal* Vol. 47/1973, 27.

<sup>8</sup> То време износи 60 дана пре отварања поступка стечаја. Закон о стечају ЗОС, *Службени гласник РС*, бр. 104/09, 99/11, 71/12, 83/14, чл. 49, ст. 3. Милена Јовановић Загтила, Владимир Чоловић, *Стечајно право*, Досије, Београд 2007, 122.

<sup>9</sup> За сврхе овога рада, као средство обезбеђења ће се узимати заложно право (на средству превоза броду / ваздухоплову), и то у облику законског заложног права, за разлику од уговорног и судског.

<sup>10</sup> Обрад Госпавић, *Стечајно право Краљевине Југославије*, Геца Кон А.Д., Београд 1937, 75.

<sup>11</sup> Отварањем стечајног поступка над бродовласником долази до својеврсне централизације форума, односно до атракције надлежности. Вид. ЗОС, чл. 80, ст. 1; Len Young Smith, G. Gale Roberson, *Business Law*, Volume Two, West Publishing Co., Chicago 1959, 936. Међутим, немачко стечајно право (*Insolvenzordnung* InsO, пар. 173, доступно у пуном тексту на адреси: <http://www.gesetze-im-internet.de/insol/>, 16. фебруар 2016) садржи занимљиво правило према коме, чини се, разлучни поверилац има право да намири своје потраживање мимо стечајног поступка ако се предмет обезбеђења налази код њега у државини (а не код стечајног дужника, односно стечајног управника). Вид. Petter Gotwald, *Insolvenzrechts Handbuch*, Beck, München 2010, 675. Имајући у виду такво правило, чини се да би се ималац привилегија на броду могао да намири из његове продајне вредности ако је у његовој државини, односно ако је (пре отварања стечајног поступка) захтевао привремено заустављање брода. Међутим, решење делује непрецизно, с обзиром на то да је неодређено по питању намирења других ималаца привилегија. Да ли и они у тој ситуацији имају право да се намире изван стечајног поступка? Одговор се чини потврђивим из разлога што у таквој ситуацији брод није у државини стечајног дужника, него једног од поверилаца, а сами привилеговани повериоци се намирују према критеријуму независном за постојање државине на броду.

у ситуацији покренутог стечајног поступка, моћи да остварује своје право само у стечајном поступку, а не и у поступку извршења, како би га остваривало да, поступак стечаја, иначе није покренут.<sup>12</sup> Тиме се отежава положај претходног заложног, а сада разлучног повериоца у двоструком смислу.<sup>13</sup>

Прво, поступак намирења из средства обезбеђења се непотребно продужава за време које је потребно да се поступак стечаја отвори и спроведе (тј. да се потраживања и средства обезбеђења пријаве, утврде, уновче и тако створена посебна стечајна маса расподеле). И, друго, сам чин расподеле (уновчене) посебне стечајне масе је унеколико различит од расподеле продајне вредности предмета залог заложном повериоцу.<sup>14</sup> Различитост се састоји у томе што се ималац разлучног права немирује тек пошто се намире трошкови продаје (уновчења) и други неопходни трошкови под којима се подразумевају трошкови процене имовине, оглашавања, награде стечајног управника и слично.<sup>15</sup> На тај начин се трошак поступка остварења заложног права непотребно увећава спрам трошка који би постојао да стечајни поступак није отворен, као што се за износ увећаности тог трошка умањује износ вредности из које ће моћи да се намири заложни поверилац.

Управо различитост остварења заложног права у стечајном поступку, у крајњем исходу, обесмишљава сврху заложног права. Сврха

<sup>12</sup> ЗОС, чл. 80, ст. 2 и чл. 93, ст. 4. Стечајни судија може, изузетно, да одлучи да дозволи разлучном повериоцу да своје право остварује мимо стечајног поступка, а кроз поступак извршења. Но, такво право, као што и сам законски израз упућује, остварује се само изузетно што и судска пракса потврђује. Вид. Решење Привредног апелационог суда, Пвж. 928/2012 од 13. 12. 2012. и Решење Привредног апелационог суда, Пж. 8527/2011 од 20. 10. 2011. У сваком случају, закључак је да отварањем поступка стечаја, *стечајна правила мењају одредбе стечајног права, а у корист стечајних поверилаца*. Више о томе вид. Вук Радовић, „Ограничења права стечајног управника на избор у вези са двостранообавезним уговорима“, *Вршац 2009, Стечај и приватизација*, 247. Наравно, увак остаје питање да ли је то у потпуности оправдано.

<sup>13</sup> Поједини аутори исправно уочавају сукобљеност интереса обезбеђених и необезбеђених поверилаца у стечаја, чиме се ствара конкурентност између њих која се испољава у томе да необезбеђени повериоци имају претензије и на предмет обезбеђења чија продајна вредност служи за намирење обезбеђених поверилаца. Чини се да оваквој сукобљености у стечајном поступку не би требало да има места, јер је управо сврха предстечајног обезбеђења потраживања страх од вероватности уласка у стање презадужености. О сукобљености обезбеђених и необезбеђених поверилаца у стечају детаљније вид. Elizabeth Warren, „Bankruptcy policy“, *The University of Chicago Law Review* Vol. 54, No. 3/1987, 800 и даље.

<sup>14</sup> О појму и разлици опште и посебне стечајне масе вид. Михајло Вели мировић, „Контроверзе око заштите повјерилаца у предузећа у стечају“, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Сарајеву*, година XIX, 1971, 151.

<sup>15</sup> ЗОС, чл. 133, ст. 9.

заложног права састоји се у сигурности заложног повериоца коју му оно пружа за случај да дужник о доспелости не буде могао да испуни своју обавезу. У таквом случају би заложни поверилац своје потраживање намирио из предмета залогe. Дакле, заложно право се установљава, управо, за случајеве, и из бојазни, настанка презадужености дужника, односно његовог „стечајног стања“.<sup>16</sup> Међутим, ако би се применило правило стечајног права да је ималац заложног права (пре стечаја) различни поверилац у стечају који своје право мора кроз стечајни поступак да оствари, онда би се обесмишљавање сврхе заложног права састојало у квантитативном смислу које својом величином утиче на квалитет овога права. Наиме, умањењем вредности предмета различног права за напред поменуте трошкове уновчења и расподеле, постојала би могућност да се износ смањи до те мере да се сам ималац различног права не може у целости намирити, а што би могао да је своје заложно право „уновчавао“ мимо стечајног поступка. Овај закључак је посебно примењив када се у улози различног повериоца налази ималац привилегија као законског заложног права на броду.

#### 4. ОДНОС ПРИВИЛЕГИЈА И РАЗЛУЧНОГ ПРАВА

##### 4.1. Уопште

С обзиром на то да привилегије на броду настају док је у пловидби, то нужно указује на чињеницу да се као имаоци привилегија могу појавити лица различитог држављанства (припадности када је реч о правним лицима), као што они своја привилегована права могу остваривати у различитим државама. То, даље, указује да се чињеницом отварања стечајног поступка над бродовласником, он може водити пред судом једне земље, док се поступак принудног остварења привилегија може спроводити у оквиру надлежности суда друге државе. Поставља се питање да ли је то правно ваљано и допуштиво, посебно имајући у виду чињеницу да се отварањем стечајног поступка, прекидају сви остали поступци у којима је до тада учествовао стечајни дужник.<sup>17</sup> Нарочиту важност за привилегије на броду има правило да се отварањем стечајног поступка онемогућава принудно извршење на било којој имовини стечајног дужника, осим у поступку стечаја.<sup>18</sup> У крајњем исходу, то значи да би ималац привилегија на броду морао да пријави своје потраживање у стечају,

---

<sup>16</sup> Ивица Јанковец, „Правни положај различног повериоца у стечајном поступку“, *Право теорија и пракса* 7 8/1998, 39.

<sup>17</sup> ЗОС, чл. 88.

<sup>18</sup> ЗОС, чл. 93, ст. 1. и чл. 80, ст. 2.

иако он, посматрано и из перспективе стечајног права, није стечајни поверилац, него, најчешће разлучни поверилац.<sup>19</sup>

Неповољност положаја ималаца привилегија у стечајном поступку испољава се у два вида. Прво, кроз неравноправност која постоји између разлучног, заложног и обичног повериоца у стечају, а у чије облике се сврставају привилеговани повериоци зависно од случаја. И друго, неравноправност између ималаца привилегија који су их стекли пре почетка стечајног поступка и оних који су их стекли након његовог отварања.<sup>20</sup>

#### 4.2. Неравноправност између разлучног, заложног и обичног повериоца у стечају

С обзиром на врло јасну одређеност појмова разлучног, заложног и обичног повериоца у стечају, на први поглед се чини да међу њима не владају односи које би требало подврћи критици. Међутим, када се у њихове правне облике уврсте привилеговани повериоци, тада долазе до изражаја разлике међу овим лицима у стечајном поступку. Те разлике се чине неправедним из једноставног разлога што су у питању иста лица, имаоци привилегија на броду, само у различитим улогама – разлучној, заложној и класичној стечајноповерилачкој. До оваквог стања долази због правила да се отварањем стечајног поступка, имаоци привилегија могу намирити само у њему, а не и одвојено, самостално у поступку извршења, а из вредности брода. Нужност остварења привилегованих права у стечају доводи до тога да она унеколико (из)губе од своје природе, јер ће се отварањем стечајног поступка преобликовати у разлучна или заложна права, а у крајњем случају и у улогу обичног стечајног повериоца.

Наиме, ако је неко лице стекло привилегију на броду пре 60. дана пре отварања стечаја над бродовласником, оно ће у стечајном поступку добити статус обезбеђеног повериоца, и то разлучног

<sup>19</sup> Када се појављује као заложни поверилац у стечају, тада није у обавези да пријави своје потраживање у стечају из разлога што он и нема потраживање према стечајном дужнику, него према неком трећем лицу. Он је са стечајним дужником у вези само у погледу брода који је у његовом власништву, а који служи као обезбеђење потраживања које је настало за време пловидбе док је бродом руководио треће лице, а не његов бродовласник. О разлици заложног и разлучног повериоца вид. Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Удружење правника у привреди, Београд 2015, 538.

<sup>20</sup> Начелно, правилима стечајног поступка би требала да се утврђује равноправност стечајних поверилаца. Међутим, чињеница постојања стечајних исплатних редова указује на неравноправност међу повериоцима, па се поставља питање праведности стечајног права, односно мере између (не)равноправности и правичности која оправдава неравноправност. Вид. Вук Радовић, „Стечајни исплатни редови“, *Актуелна питања савременог законодавства*, Будва 2005, 174.

или заложног, зависно од тога да ли му се бродовласник појављује као дужник или је то треће лице чије испуњење дуга је обезбеђено привилегијом на броду који није у његовом власништву.<sup>21</sup> Супротно, ако је неко лице стекло привилегију после 60. дана пре отварања стечаја, онда оно неће имати статус обезбеђеног повериоца у стечају, него ће бити класични, необезбеђени, стечајни поверилац који се намирају у оквиру стечајних редова.<sup>22</sup> Неправичност оваквог стечајног квалификовања привилегије на броду испољава се у два вида. Први се односи на брод који је под управо бродара-невласника, а други на статус заложног повериоца у стечају.

## 5. ПРИВИЛЕГИЈА НА БРОДУ КАД БРОДАР НИЈЕ БРОДОВЛАСНИК

Ако би неко лице стекло привилегију на броду чији бродар (као носилац пловидбеног подухвата) није и власник брода, онда би оно у стечајном поступку ушло у статус само заложног повериоца, у најбољем случају. У случају да је то лице стекло привилегију на броду након 60. дана пре отварања стечаја над бродовласником, онда оно не само да не би стекло статус заложног повериоца, него не би стекло ни статус обичног, необезбеђеног, стечајног повериоца у стечају. То је због тога што њему бродовласник и није лични дужник, него бродар који је, на пример, од бродовласника само узео брод у закуп да би се бавио привредном делатношћу превоза. Неправичност оваквог правног режима чини се још уочљивијом ако се има у виду да, на пример, бродоградилште (као пружалац услуга поправки и

---

<sup>21</sup> Овај временски размак је различит зависно од правне политике одређене земље. Тако је он у САД у четири месеца, док је у Немачкој 30 дана. Упор. L. Y. Smith, G. G. Roberson, 931 и InsO, пар. 88.

<sup>22</sup> ЗОС, чл. 49, ст. 3. Ово правило је уведено из разлога да потенцијални стечајни дужник не би злонамерно располагао својом имовином у време када сам може да наслути отварање стечајног поступка над њим, односно када се стање инсолвентности већ назире. Тиме се штите остали, од стране стечајног дужника незаштићени, повериоци чиме се успоставља равнотежа, равноправност, међу њима. Међутим, ово не би требало да важи за привилегије на броду, јер оне настају на основу самог закона, односно без обзира на вољу (жељу или, пак, одсуство жеље) бродовласника. Имајући у виду ову чињеницу, правилније би било изоставити привилегије на броду из строгог режима сврставања у различна права у стечају, јер оне настају изненадно, кад се се прилике у закону предвиђене догоде и у том смислу се не може сматрати да је бродовласник располагао бродом, оптеретивши га стварним правом, када су оне настале, јер се он за њихов настанак / опстанак „не пита“. Чини се да је тренутна судска пракса таква да по аутоматизму не дозвољава расправљање о важности различних права и да као једини битан чињилац за одлуку о важности овог права сматра време његовог стицања. Вид. Решење Привредног Апелационог суда, Пвж. 837/2013 од 20. 11. 2013.

снабдевања бродом) и не зна да је пружало своје услуге након протека 60. дана пре отварања стечаја. Још тежа неправда би се учинила спасиоцу (који је такође привилеговани поверилац) када би му се одузео привилегова статус само зато што је пружио услугу након овог термина. Супротно, да је, на пример, знао да је овај пресудни дан протекао, тиме би био подстакнут да не пружи помоћ („спаси брод“), јер ће, иначе његово право бити необезбеђено привилегијом, којом би било обезбеђено да ју је пружио можда који дан раније (или да се несрећа на броду догодила који дан раније (sic!). С једне стране, то утиче на неморално поступање и рачунцијско понашање лица која треба да пружају услугу спасавања, а која представља преко потребну помоћ у одсутним тренуцима.<sup>23</sup> С друге стране, чини се да би та асиметричност информација (колико је времена остало до стечаја) требала да иде у прилог имаоцу привилегија, а не на његову штету. Зар тим чином незнања он није постао савестан, ако се савесношћу сматра одсуство знања и, уопште, могућност сазнања одређених података?<sup>24</sup> Како би и, иначе, ималац привилегија на броду могао да сазна за ово време (које се односи на имовинско предстечајно стање бродовласника), ако он, уопште није у односу с бродовласником (него с бродаром), као што је могуће да је стекао привилегију на броду у једној земљи, а да се стечај над бродовласником отвара у некој, знатно удаљеној, другој земљи.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Наравно, то је недопустиво, па је у том смислу чак и принцип који влада у праву спасавања „без спасења, нема награде“ (енг. „no cure, no pay“), коригован у погледу спасавања од еколошких штета у смислу да се стиче право на накнаду чак и ако услуга спасавања није дала резултата. Вид. Mišo Mudrić, „Liability Salvage Environmental Award: A New Name for an old Concept“, *Pomorsko poredbeno pravo* 164/2010, 475.

<sup>24</sup> Управо је смисао правила да се не рачунају као различна права која су настала непосредно пре стечаја у томе што се тако спречавају повериоци који предосећају наступање стечаја да злоупотребе установу различног права у стечају, непосредно пред његов почетак обезбедивши се. Вид. Радомир Д. Лукић, *Основи Стечајног права*, Футур, Београд 1936, 16. Међутим, такве злоупотребе у погледу привилегија на броду нема, јер је знање и, уопште, воља ималаца ових права безначајна за њихово стицање, па, сходно томе, не може бити речи о злоупотреби поменуте установе.

<sup>25</sup> Ситуација када се стиче привилегија у држави различитој од оне одакле је бродовласник у пракси није нимало ретка, имајући у виду нужно покретни карактер брода. Ако се привилегија на броду стекне у једној држави, а стечај се спроводи у Србији, онда ће за различна права, према српском праву, бити меродавно страном право, тј. право оне државе у којој се брод налази. Слично схватање вид. Влади мир Чоловић, *Стечај и принудно поравнање са елементом иностраности*, Јавно предузеће ПТТ саобраћаја Србија, Београд, 2003, 60. До оваквог закључка долази се путем тумачења *argumentum a contrario*, а на основу правила српског права да ће се оно применити на различна права ако су предмети ових права у Србији. Вид. ЗОС, чл. 175, ст. 2. Овакво правило иде у корист имаоцу привилегија, ако се брод налази у земљи која даје предност пловидбеном праву у односу на стечајно (попут

## 6. СТАТУС ЗАЛОЖНОГ ПОВЕРИОЦА У СТЕЧАЈУ

Заложни поверилац у стечају је, како је већ поменуто, поверилац неког трећег лица (бродара) чије испуњење обавезе је обезбеђено стварним правом (привилегијом) на делу имовине (броду) стечајног дужника. Његов статус у стечају је, у начелу, уподобљен разлучном повериоцу, само што је између њих направљена смислена разлика према којој разлучни поверилац има потраживање према стечајном дужнику и, у крајњем случају недостатности средства обезбеђења, може да постане стечајни поверилац, док то заложни не може, јер и није у првонасталом (облигационом) односу са стечајним дужником. Даља последица ове разлике састоји се у томе да разлучни поверилац може да предложи стечајном судији да му омогући да се намири мимо стечајног поступка, а из предмета разлучног права (брота), што је бесмислено, јер заложни поверилац може да има брод у државини! Разлучни поверилац, дакле, може да захтева од стечајног судије да укине забрану извршења и намирења установљену започињањем стечајног поступка.<sup>26</sup>

Ималац привилегије на броду који се може наћи у улози заложног повериоца у стечају је обесправљен не само због тога што ће он свој статус обезбеђености изгубити ако га је стекао после критичних 60 дана пре отварања стечаја, него и зато што, ако и сачува свој статус обезбеђености, уобличавањем у заложног повериоца у стечају губи сваку могућност процесног обраћања стечајном судији у вези с намирењем његовог права. Да би се спречила оваква обесправљеност ималаца привилегија у стечајном поступку, чини се најисправнијим предлог о предности пловидбеног права у примени над стечајним, чиме би се сачувало изворно, обезбеђено, право.<sup>27</sup>

---

права САД а). Супротно, у сваком другом случају ово правило иде на штету имаоца привилегија, јер упућује на примену или српског или неког другог права које, попут српског, даје предност стечајном у односу на пловидбено право. Међутим, нежељено дејство оваквог правног режима може бити тзв. *forum shopping* у стечају. О томе више вид. Jay Lawrence Westbrook, „Choice of Avoidance Law in Global Insolvencies“, *Brooklyn Journal of International Law* Vol. 17, No. 3/1991, 512.

<sup>26</sup> ЗОС, чл. 9, ст. 4. Недостатак овог правила састоји се у томе што стечајни судија нема дужност омогућавања оваквог самосталног намирења разлучног повериоца, па чак и ако је очигледно да је такав начин намирења сврсисходан и да би се, у супротном, проузроковала ненадокнадива штета по права разлучног повериоца.

<sup>27</sup> Предност у примени пловидбеног права би се састојала у самосталној примени правила пловидбеног права, иако је покренут стечајни поступак над приредним субјектом који је бродовласник. Дакле, у случају речне и поморске пловидбе то би била правила из Закона о трговачком бродарству, *Службени гласник РС*, бр. 96/15, чл. 89-123.



## 7. НЕРАВНОПРАВНОСТ ИЗМЕЂУ ИМАЛАЦА ПРИВИЛЕГИЈА КОЈИ СУ ИХ СТЕКЛИ ПРЕ И ПОСЛЕ СТЕЧАЈА

Неравноправност између ималаца привилегија које су стечене пре и после отварања стечаја над бродовласником састоји се у томе што имаоци ових права која су стечена пре отварања стечајног поступка, имају сасвим изврстан положај различног повериоца у стечају, док то они који су стекли привилегије после покретања стечаја, немају. Основно је питање, какво право они имају. Проблем је садржан у томе што се њихово право може квалификовати са становишта две гране права: пловидбеног и стечајног. Из угла пловидбеног права, њихово право се и даље сматра привилегованим, док постоји проблем како га квалификовати спрам установа стечајног права. Наиме, различним правом се не може сматрати, јер оно не може да настане на одређено време пре стечаја, а још мање у стечајном поступку. Једина могућност за одређивање овог права спрам правила стечајног права јесте да се оно одреди као потраживање стечајне масе. Међутим, то се непосредно коси с правилима пловидбеног права о установљавању привилегија као средства обезбеђења за тачно одређена потраживања, јер би се у том случају такво право сматрало необезбеђеним правом према стечајној маси. Додуше, такво право би имало предност у намирењу у односу на остале необезбеђене стечајне повериоце, али би се намиривало из опште стечајне масе, а не из посебне – брода поводом кога је и настало.<sup>28</sup> Непотпуност и недореченост оваквог правног режима се додатно усложњава различитим стечајноправним третманом привилегија на броду, у зависности да ли је стечајни управник одлучио да привредно искоришћава брод или не.

<sup>28</sup> Овакав правни режим се чини веома сложеним и нејасним, с обзиром на то да се на једну врсту привилегија на броду може применити више различитих критеријума одређивања редоследа намирења. То је најочљивије на примеру привилегија по основу зарада лица запослених на броду чији је бродовласник „пао“ под стечај. Наиме, оне се могу сврстати у три категорије (реда, разреда) у погледу редоследа намирења, иако је то са становишта пловидбеног права недопустиво, услед нужно равноправног карактера свих запослених у погледу зарада. Прво, за послени који су привилегију стекли пре 60. дана од отварања стечаја, стичу различно право у стечају и намирују се из продајне вредности брода. Друго, запослени који су стекли привилегију на броду пре отварања стечаја, али након 60. дана пре отварања стечаја, не стичу различно право у стечају (иако су стекли привилегију?!), а своје право на зараду остварују у оквиру првог стечајног исплатног реда. И, најзад, треће, запослени који су стекли привилегију након отварања стечајног поступка, у стечајном поступку немају обезбеђено право, али зато имају право да се намире као повериоци стечајне масе (не и стечајног дужника), пре запослених који ће се намиривати у оквиру првог стечајног исплатног реда. Наравно, оваква сложеност и неравноправност лица истог својства и у истом положају, је најмање пожељна. Детаљније вид. С. Јанковић (2015), 231.

## 8. ОДЛУКА СТЕЧАЈНОГ УПРАВНИКА О УПОТРЕБИ БРОДА

С обзиром на то да је брод ствар која у стању мировања не само да не привређује, него, штавише, штети имовинским интересима његовог власника, сасвим је логично, а и оправдано са становишта доброг управљања, да стечајни управник одлучи да брод привредно искоришћава. У ситуацији стечаја бродовласника, уобичајени начин искоришћавања брода био би закуп, па с обзиром на то да се такав правни посао одређује као радња од изузетног значаја, стечајни управник би морао да има натполовичну подршку стечајних поверилаца.<sup>29</sup> У сваком случају, након доношења одлуке о даљој привредној употреби брода и отпочињању пловидбе, јасно је да се ствара могућност за настанак привилегија на њему. Но, поставља се питање статуса тада, након стечаја, стечених привилегија. Каква права она представљају? Да ли су то разлучна, заложна, уопште обезбеђена права или су то обавезе стечајне масе, односно можда ни једно од наведених? Чини се да разлучна, заложна, односно обезбеђена потраживања не могу да буду, јер се својство обезбеђености права укида ако је стечено у последњих 60 дана пре отварања стечаја, а што се утолико пре односи на права која настају по отпочињању стечајног поступка. Због тога, делује да су привилегије на броду настале после отварања стечајног поступка, обавезе стечајне масе. Међутим, то је у директној супротности с правилима пловидбеног права која предвиђају настаanak привилегија уколико се у току пловидбе догоде тачно одређене чињенице предвиђене у закону.<sup>30</sup> У том смислу, ако би се желело остати у оквирима права, чини се да стечајни управник не би смео да има могућност да располаже с бродом оптерећеним привилегијама, јер би тиме нашкодио интересима привилегованих поверилаца који су своја права стекли и пре и после отварања стечаја.

С једне стране, ако би се сматрало да привилегије као обезбеђујућа права могу да настану након отварања стечајног поступка, нашкодило би се интересима предстечајних ималаца привилегија на броду, јер би се предмет привилегованог права додатно оптеретио новим привилегијама. Тим путем би се умањила могућност да се из брода као посебне стечајне масе намире у целости дотадашњи имаоци привилегија.

С друге стране, ако би се сматрало да постстечајне привилегије немају обезбеђујуће дејство у стечају, нашкодило би се интересима самих постстечајних „привилегованих“ поверилаца, јер би они имали потраживање само према стечајној маси, а не и обезбеђење на броду, чиме би се изневерила оправдана очекивања лица која су

<sup>29</sup> ЗОС, чл. 28.

<sup>30</sup> Закон о трговачком бродарству, чл. 89 и даље.

пружала чинидбу броду, верујући да је њено намирење обезбеђено привилегијом.<sup>31</sup> Због тога, делује да би најсврсиходније решење било да стечајни управник уопште не одлучује о пуштању брода у нову пловидбу, него да се брод у најкраћем року прода и да се намире дотадашњи представачни имаоци привилегија. Овакво решење је, у тренутно важећем праву које подразумева предност стечајног у односу на пловидбено право, најправилније с обзиром на то да употреба брода, тј. пловидба и његова оптерећеност привилегијама нужно повлаче једно друго. Наиме, чим је брод у пловидби постоји могућност настанка привилегија. С обзиром на то да такве привилегије у стечају оптерећују само општу стечајну масу, а не и посебну, чини се неправедним, па и лицемерним „пуштати“ такав брод у пловидбу, јер се очекивања могућих стицалаца привилегија, а поводом њиховог стицања, чине изневереним. Они ће погрешно веровати да су стекли привилегију на броду, а стекли су, у ствари, само потраживање према општој стечајној маси. Супротно, они би могли у оваквој ситуацији да стекну и привилегију на броду, али би предуслов тога била сагласност предстечајних ималаца привилегија коју би они морали у улогама различног / заложног повериоца у стечају да дају стечајном управнику. Наравно, давање овакве сагласности од стране обезбеђених поверилаца у стечају се чини крајње бесмисленим, јер је нелогично да они на уштрб сопственог намирења из вредности брода, погодују нове имаоце привилегија.

На крају, намеће се закључак да стечајни управник уопште не би требало да одлучује о употреби брода. Због посебности брода као (не)покретне ствари и привилегија које могу на њему да настану, чини се да би брод требало третирати одвојено од остале имовине стечајног дужника и препустити га повериоцима којима служи као средство обезбеђења потраживања да се из њега намире. Тиме би се постигла и усаглашеност с пловидбеним правом, а посебно имајући у виду специфичан редослед намирења из брода као имовине који постоји у пловидбеном праву, а различит је у односу на стечајно право. На овај начин би се дала предност пловидбеном праву у односу на стечајно, а то се чини оправданим из разлога што би се тако заштитила већ стечена права, а онемогућило би се даље непожељно усложњавање правних односа, настанком привилегија после отварања стечаја над бродовласником.

---

<sup>31</sup> Чини се да би правило стечајног права да се пословима након отварања стечаја оптерећује само (општа) стечајна маса и не дира у обезбеђена права заложних и различних поверилаца, требало тумачити тако да би постстечајне привилегије могле да оптерете брод, као посебну стечајну масу, само ако би предстечајни привилеговани повериоци (у улози различног / заложног повериоца у стечају) дали сагласност за такво располагање / оптерећење бродом стечајном управнику. Вид. ЗОС, чл. 7, ст. 3.

## 9. ЗАКЉУЧНО РАЗМАТРАЊЕ

Имајући у виду различитости стечајног и пловидбеног права, јасно је да је неопходно установити правило које ће регулисати однос између њих, а чије одсуство управо потврђује нежељену правну неуређеност. Дакле, потребно је успоставити правило које би било мост између ове две, супротстављене, гране права чиме би се на један изванредан, унапред свима сазнатљив, начин решавао статус привилегија на броду када је власник у стечају. При том, такво правило би требало да буде универзално прихватљиво на међународном нивоу, јер је пловидбено право (због самог својства пловидбеног превоза као прекограничне појаве) нужно међународно право. С друге стране, остаје дилема да ли би то „премошћујуће“ правило требало да буде процесне или материјалне природе, односно да ли би оно требало да буде налик колизионој норми путем које би се решавао сукоб овде споменутих права или, једноставно, правило у оквиру стечајног права које привилегијама даје предност у односу на сва остала разлучна и необезбеђена права.<sup>32</sup> Но, поред те дилеме, чини се да хитност употпуњавања правне празнине која постоји на овом плану указује на што брже усвајање решења, штавише и било ког од понуђена два, јер би се с било којим проблем сукоба стечајног и пловидбеног права и решио. Правној политици сваке државе остаје да се приклони процесном или материјалном решењу, али делује да би као коначно решење, ипак, требало да буде материјалне природе, обликовано у класичној, а не колизионој норми, јер би се тиме допринело јасноћи садржине правила која би непосредно била сазнатљива. Супротно, прихватањем решења у виду колизионе норме било би неопходно улазити у поступак сазнавања садржине конкретног права чиме би се утицало на нужно потребну брзину у решавању спорова у привредном праву.

---

<sup>32</sup> У питању је својеврстан сукоб права (закона), али не исте врсте, а из различитих националних поредака, него различите врсте, а из истог националног поретка. Постоје мишљења која овај проблем поједностављују, па сходно томе и предлажу његово решење. Једно од таквих је да се да предност оном праву које је прво у конкретном случају почело да се примењује (ако је прво почео поступак стечаја, онда стечајном праву, а ако се први зауставио брод ради намирења привилегија, онда пловидбеном праву). Michael J. Ende, „Adrift on a Sea of Red Ink: The Status of Maritime Liens in Bankruptcy“, *Fordham International Law Journal* Vol. 11/1988, 580.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Чоловић, В., *Стечај и принудно поравнање са елементом иностраности*, Јавно предузеће ПТТ саобраћаја Србија, Београд 2003. (Čolović, V., *Stečaj i prinudno poravnanje sa elementom inostranosti*, Javno preduzeće PTT saobraćaja Srbija, Beograd 2003)
- Ende, M. J., „Adrift on a Sea of Red Ink: The Status of Maritime Liens in Bankruptcy“, *Fordham International Law Journal* Vol. 11/1988.
- Филиповић, В., Дика, М., „Стечај бродара“, *Привреда и право* 1–2/1988. (Filipović, V., Dika, M., „Stečaj brodara“, *Privreda i pravo* 1–2/1988)
- Госпавић, О., *Стечајно право Краљевине Југославије*, Геца Кон А.Д., Београд 1937. (Gospavić, O., *Stečajno pravo Kraljevine Jugoslavije*, Geca Kon A.D., Beograd 1937)
- Gotwald, P., *Insolvenzrechts – Handbuch*, Beck, München 2010.
- Helmerts, W., Krauss, J., Lübbers, H. D., Müller, J., *Handbuch für die Schiffsführung*, Neunte Auflage, Zweiter Band, Teil B, Springer – Verlag, Berlin.
- Herber, R., *Seehandelsrecht*, de Gruyter, Berlin 1999.
- Јанковец, И., „Правни положај разлучног повериоца у стечајном поступку“, *Право – теорија и пракса* бр. 7–8/1998. (Jankovec, I., „Pravni položaj razlučnog poverioca u stečajnom postupku“, *Pravo – teorija i praksa* br. 7–8/1998)
- Јанковић, С., „Заложно право на ваздухоплову са посебним освртом на законско заложно право“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2014. (Janković, S., „Založno pravo na vazduhoplovu sa posebnim osvrtom na zakonsko založno pravo“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2014)
- Јовановић, Н., „Општи начин ограничења од одговорности речног превозиоца робе“, *Правни живот* 10–11/1995. (Jovanović, N., „Opšti način ograničenja od odgovornosti rečnog prevozioca robe“, *Pravni život* 10–11/1995)
- Јовановић-Заттила, М., Чоловић, В., *Стечајно право*, Досије, Београд 2007. (Jovanović-Zattila, M., Čolović, V., *Stečajno pravo*, Dosije, Beograd 2007)
- Young Smith, L., Roberson, G. G., *Business Law*, Volume Two, West Publishing Co., Chicago 1959.
- Лукић, Р. Д., *Основи Стечајног права*, Футур, Београд 1936. (Lukić, R. D., *Osnovi Stečajnog prava*, Futur, Beograd 1936)

- Moore, P. R., „The Secured Creditor in Bankruptcy“, *American Bankruptcy Law Journal* Vol. 47/1973.
- Mudrić, M., „Liability Salvage – Environmental Award: A New Name for an old Concept“, *Pomorsko poredbeno pravo* 164/2010.
- Радовић, В., „Ограничења права стечајног управника на избор у вези са двостранообавезним уговорима“, *Вршац – 2009, Стечај и приватизација*. (Radović, V., „Ograničenja prava stečajnog upravnika na izbor u vezi sa dvostranoobaveznim ugovorima“, *Vršac – 2009, Stečaj i privatizacija*)
- Радовић, В., „Стечајни исплатни редови“, Актуелна питања савременог законодавства, Будва, 2005. (Radović, V., „Stečajni isplatni redovi“, *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva, Budva, 2005*)
- Tetley, W., *Maritime liens and claims*, Blais, Montreal 1989.
- Велимировић, М., „Контроверзе око заштите повјерилаца у предузећа у стечају“, Годишњак Правног факултета Универзитета у Сарајеву, година XIX, 1971. (Velimirović, M., „Kontroverze oko zaštite povjerilaca u preduzeća u stečaju“, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, godina XIX, 1971*)
- Васиљевић, М., *Компанијско право*, Удружење правника у привреди, Београд, 2015. (Vasiljević, M., *Kompanijsko pravo, Udruženje pravnika u privredi, Beograd, 2015*)
- Warren, E., „Bankruptcy policy“, *The University of Chicago Law Review* Vol. 54, No. 3/1987.
- Westbrook, J. L., „Choice of Avoidance Law in Global Insolvencies“, *Brooklyn Journal of International Law* Vol. 17, 3/1991.

Svetislav Janković, PhD

Assistant Lecturer

University of Belgrade, Faculty of Law

## MARITIME LIENS IN CASE OF SHIPOWNER'S BANKRUPTCY

### *Summary*

In this article author compares two separated branches of law (Admiralty and Bankruptcy) which are connected in case when maritime lien applies on ship whose owner is in bankruptcy. The problem which arises here is to which of two aforementioned branches of law should be given the preference in the application, because these two can't be applied simultaneously. This is because of shortage in value of ship in question which is not enough to settle both admiralty and bankruptcy creditors. Therefore, it is necessary to make the order of priority in which different types of creditors settle their (un)secured claims. Particular problem arises for the claims which are created some short time before and after commencement of the bankruptcy proceedings due to Bankruptcy Law deprives these creditors of secured status. From these reasons, author proposes resolution in preference of Admiralty Law in competition with Bankruptcy Law. The main argument for this reasoning is contained in the fact that maritime lienor doesn't know nor can know that shipowner gets into bankruptcy (or already is in bankruptcy). This conclusion is supported by the fact that maritime lienor usually acquires maritime lien on the ship which is distanced from the owner for miles.

Key words: *Maritime lien. – Bankruptcy Law. – Admiralty Law. – Secured creditors. – Order of priority.*

Article history

Received: 1. 3. 2016.

Accepted: 16. 5. 2016.

Др Зоран Кесић\*

## ДРУШТВЕНА СТИГМАТИЗАЦИЈА КАО ГЕНЕРАТОР ДИСКРИМИНАТИВНОГ ПОСТУПАЊА ПОЛИЦИЈЕ ТЕОРИЈСКЕ ОСНОВЕ

*Опште поставке теорија социјалног интеракционизма, а посебно друштвена стигматизација и етикетање као конкретизације овог научног дискурса, могу послужити као полазна основа за објашњење условљености одређених видова противправног поступања полиције, а пре свих понашања која имају карактер дискриминације. Управо тај проблем и представља кључну тему овог рада, а који смо настојали образложити посматрајући га у светлости три различите, али међусобно повезане теоријске концепције теорији о друштвеној стигматизацији Ервина Гофмана, теорији о аутсајдерима Хагарда Бекера и теорији о стереотипу криминалца Дениса Чепмена. На тај начин смо уједно хтели пронаћи њихову практичну примену у конкретној друштвеној појави или како се то популарно каже „ставити теорију у погон“.*

Кључне речи: *Стигматизација. Етикетање. Дискриминација. Противправност. Деловање полиције.*

### 1. УВОД

У овом чланку аутор има намеру, пре свега, да укаже на теоријске основе повезаности процеса друштвене стигматизације и дискриминације у раду полиције, а које би послужило као полазиште за нека будућа емпиријска истраживања ове појаве и утврђивање њеног евентуалног постојања у нашим условима. Оправданост писања овог рада аутор проналази у чињеници да у домаћој литератури није до сада било довољно речи о тзв. „полицијској дискриминацији“, бар

---

\* Аутор је предавач на Криминалистичко полицијској академији у Београду, [zoran.kesic@kpa.edu.rs](mailto:zoran.kesic@kpa.edu.rs)



не кроз научнотеоријска разматрања и емпиријска истраживања, посебно из криминолошког угла.

Додуше, овде је битно указати да је у скорије време у нашој земљи спроведено пар истраживања која делимично третирају и проблем дискриминације у раду полиције. Конкретно, *Центар за истраживање јавних политика* спровео је два оваква истраживачка пројекта.<sup>1</sup> Поред тога, вредно је поменути истраживање које је у склопу пројекта *Положај и улога полиције у демократској држави*, као члан научноистраживачког тима Криминалистичко-полицијске академије, спровео Радомир Зекавица.<sup>2</sup>

Због чињенице да представљају ретка, да не кажемо једина емпиријска истраживања дискриминација у раду полиције на нашим просторима, резултати ових студија су веома драгоцени. Истина, овим истраживањима је утврђен потенцијал, а у појединим случајевима и постојање дискриминативног поступања припадника полиције, али превасходно на вербалном нивоу. Сходно томе, у будућим истраживањима овог феномена пажњу треба више усмерити ка идентификовању „полицијских дискриминација“ на делатном (оперативном) нивоу. Поред тога, конкретна истраживања су углавном базирана на примени метода испитивања (анкета, интервју и слично), чиме су и добијени резултати ограничени, у смислу да, пре свега, нуде перцепцију и опажања конкретне проблеме од стране испитаника, а знатно мање податке искуственог карактера.

Додуше, у поменутих извештајима се у пар наврата указује на конкретне случајеве дискриминативног поступања полиције (углавном је реч о пасивној дискриминацији – непоступање по пријави, непружање помоћи). Међутим, битан недостатак ових истраживања је што се аутори нису бавили каузалношћу конкретних случајева, чиме смо остали ускраћени за одговор зашто су се припадници полиције у тим приликама понашали на такав начин, несумњиво одајући утицај дискриминативног поступања. Стога, овакви случајеви могу представљати битно полазиште за детаљније истраживање конкретне појаве, а пре свега за анализу етиолошке позадине конкретне поступања полиције.

Чињеница је да дискриминација представља појаву изузетно сложене каузалности, чије објашњење захтева мултифакторски приступ. Заправо, из богатог криминолошког наслеђа не може се издвојити ниједна појединачна теорија, којом би се свеобухватно

<sup>1</sup> Вид. Јелена Радоман *et al.*, *ЛГБТ популација и реформа сектора безбедности у Републици Србији*, Београд 2011; Вид. Јелена Радоман, Марина Тадић, Ромкиње и Роми и реформа сектора безбедности, Београд 2014.

<sup>2</sup> Вид. Радомир Зекавица, „Однос полиције према дискриминацији у Србији“, *Темид* 2/2014, 65-93.

објаснила етиологија тако комплексног феномена, већ је заправо неопходно у томе комбиновати више теоријских концепција. Самим тим, интеракционистичка перспектива, а посебно друштвена стигматизација и етикетирање, као конкретизације овог научног дискурса, представљају само једно у низу, али ипак несумњиво значајно полазиште.

Сходно томе, писање овог чланка не треба схватати као претензију аутора да у потпуности објасни каузалност полицијских дискриминација, већ заправо да их сагледа из једне особене перспективе, пружајући тако теоријски оквир за нека будућа истраживања, којим би се, између осталог, предмет истраживања третирао и из угла теорија социјалног интеракционизма и етикетирања. У том смислу, наша тежња била је да у овом раду укажемо како друштвене интеракције, на општем нивоу, а посебно друштвене стигме и стереотипи, као последице ових интеракција, могу донекле обликовати начин поступања полиције. Штавише, узмемо ли у обзир да и полицијски службеници располажу значајном количином моћи да с позиције професионалног ауторитета етикетирају друге ова теоријска концепција добија још више на значају.

За те потребе смо издвојили три различите, али међусобно повезане теоријске концепције – теорију о друштвеној стигматизацији Ервина Гофмана (*Erving Goffman*), теорију о аутсајдерима Хауарда Бекера (*Howard Becker*) и теорију о стереотипу криминалца Дениса Чепмена (*Denis Chapman*). Након што појединачно прикажемо опште поставке ових теорија, критички ћемо се осврнути на теоријску перспективу социјалног интеракционизма и етикетирања, указујући на њене предности, али и недостатке у објашњењу дискриминативног поступања полиције. Уједно ћемо скренути пажњу на још неке теоријске концепције, које би било корисно комбиновати с интеракционистичким гледиштем у објашњењу каузалности конкретне појаве.

## 2. РАД ПОЛИЦИЈЕ У ФОКУСУ ПОЈЕДИНИХ ТЕОРИЈА СОЦИЈАЛНОГ ИНТЕРАКЦИОНИЗМА И ЕТИКЕТИРАЊА

### 2.1. Ервин Гофман – Стигматизација

Говорећи о самом појму *стигме* Гофман напомиње како су Грци увели овај термин користећи га за телесне ознаке, осмишљене да истакну оно што је необично или лоше кад је у питању морални статус обележеног. Како објашњава овај аутор: „Белези су усецани у тело или су добијани спаљивањем одређених места на телу, и обавештавали су да је онај ко носи белег роб, криминалац или издајник

– окаљана особа, ритуално загађена, особа коју треба избегавати, нарочито на јавним местима“.<sup>3</sup> Термин *стигма* (печат, жиг) се и даље користи у његовом првобитном (дословном) смислу, и то обично онда када се жели нагласити обележје физичког идентитета конкретне особе (нпр. телесна унакаженост).

Чињеница је, међутим, да је овај појам временом попримио и знатно другачију конотацију и да се све више његово значење ставља у један друштвени контекст, тачније у контекст социјалне интеракције. При том се посебно разматра колико и на који начин стигма дефинише и обликује начин опхођења других према стигматизованим особама. Као илустрацију наводимо Рајаново (*Ryan*) запажање: „Стигматизација странаца као дивљака, чудака и нељудских створења, неретко, кроз историју је служила као оправдање за рђаво поступање, поробљавање, па чак и истребљивање ‘другачијих’...“<sup>4</sup>

Познато је да се људи у процесу друштвене интеракције значајно ослањају на претпоставке које имају о одређеним категоријама људи, трансформишући их у нормативна очекивања, тј. у праведно постављене захтеве. При том, како Гофман напомиње: „Људи немају свест о постављању ових захтева нити имају свест који су то захтеви, све док се не активира питање да ли ће ти захтеви бити или неће бити испуњени, сматрајући да ћемо тек тада вероватно схватити да све време ми стварамо одређене преоцбе о ономе што би особа која је пред нама требало да буде“.<sup>5</sup> Другим речима, људи су склони да стварају слику о другима на основу утиска који су стекли о њима.

Оваква карактеризација појединаца је готово уобичајена у интеракцији која се одвија међу људима. Међутим, код припадника полиције овакав резон је обично пренаглашен. Узимајући у обзир перцепцију опасности полицијске професије од стране самих службеника полиције Сколник (*Skolnick*) разрађује концепт стварања утиска о другима кроз теорију о симболичном нападачу (енг. *Theory of symbolic assailants*). Како објашњава овај аутор: „Полицајци, из разлога што њихов посао захтева да се стално баве потенцијалним насиљем, развијају перцептивну стенографију да идентификују одређене врсте људи као симболичне нападачи, односно, као особе које користе гестове, језик и одећу које полиција треба да препозна као увод у насиље“.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Ervin Goffman, *Stigma: забелешке о опхођењу са нарушеним идентитетом* (ориг. *Stigma: notes on the management of spoiled identity*, Simon & Schuster, New York 1963, превела с енглеског Миња Јанковић), Нови Сад 2009, 139.

<sup>4</sup> Према: Александар Југовић, „Стигматизација као друштвени процес“, *Теорија* 2/2008, 6.

<sup>5</sup> E. Goffman, 14.

<sup>6</sup> Jerome Skolnick, *Justice without Trial: Law Enforcement in Democratic Society*, New York 2011, 42.

Иако је од студије о симболичном нападачу прошло више од 40 година бројна истраживања потврђују и даљу актуелност овог објашњења. Можда највећу промену чини пораст апстрактности ко и шта представља симболичну опасност. У почетним анализама указивало се на склоност полицајаца да имиџ симболичног нападача прерађују и уклапају у преузет друштвени стереотип криминалца, усмеравајући своју пажњу према унапред одређеној популацији (нпр. у Америци према грађанима црне пути, а у Европи према Ромима). Резултати новијих истраживања показују да симболични нападачи више нису ограничени на особе већ су и одређена места претворена у потенцијалне претње, јер поседују знакове које искусни полицајци препознају као изворе опасности (нпр. напуштена складишта где се дилује дрога или барови, у којима се окупљају хулигани).<sup>7</sup>

Константним проширивањем перцепције симболичног нападача новим изворима претњи и осећај опасности полицијске професије се увећава, ланчано проузрокујући пренаглашеност читавог низа неформалних вредности полицијске супкултуре (сумњичавост, солидарност, социјалну изолованост, ауторитарност). То уједно представља и битан основ за стварање стигме, а према којој се припадник одређене групе (заједнице) етикетира као непожељна особа (у случају полиције као сумњив или опасан појединац). Истина је да се оваква идентификација не врши искључиво у погледу класне, расне или етничке припадности, али да је овај критеријум и даље прилично изражен потврђују резултати бројних истраживања спроведених у скорјје време (о чему ће касније бити више речи).

Отуда је логично да од свих типова стигми, које је Гофман идентификовао у својој студији, нашу пажњу највише заокупља племенска стигма „представља стигму која се преноси са колена на колена и једнако захвата све чланове породице“,<sup>8</sup> али не само у смислу утицаја који ова стигма врши на поступање полиције, већ и на последице које она ствара на плану односа полиције и припадника стигматизованих група уопште. Битну спознају начина опхођења према појединцима с племенском стигмом нуди Сајер (*Sayer*) наводећи како се она креће од висцералне одвратности, гађења и подругљивости, преко склоности да се не виде или не чују као људи, до најсуптилнијих форми аверзије.<sup>9</sup>

Треба имати у виду да је начин опхођења према стигматизованим особама значајно дефинисан дубоко укорененом одбојношћу

<sup>7</sup> Victor Kappeler, Richard Sluder, Geoffrey Alpert, *Forces of deviance, Understanding the dark side of policing*, Illinois 1998, 93.

<sup>8</sup> E. Goffman, 17.

<sup>9</sup> Према: Bethan Loftus, *Police Culture in a changing World*, New York 2009, 44.

према одређеним појединцима или групама, а која извире из постојећег положаја који они заузимају у конкретном друштву. Додамо ли томе да стигматизација представља заправо чин моћи онда и не треба да чуди зашто тај процес углавном бива усмерен ка економски сиромашним заједницама и другим маргинализованим групама, чији припадници, услед постојећег статуса у друштву и не поседовања довољног капацитета моћи, нису у стању да се одупру, због чега им различите етикете могу бити успешно прилепљене, а посебно етикета аутсајдера.

## 2.2. Хауард Бекер – Аутсајдери

Својим познатим делом *Аутсајдери: студије социологије девијација* Хауард Бекер је у значајној мери конкретизовао теорију етикетирања, скрећући пажњу на својеврсне механизме стварања аутсајдера у друштву. Он своју концепцију заснива на тврдњи како друштвене групе стварају девијантност успостављајући правила чије кршење конституише девијантност, примењујући та правила на одређене људе и етикетирајући их као аутсајдере. Како то објашњава овај аутор: „Када је правило уведено, особа за коју се сумња да га је прекршила може се сматрати посебном врстом особе, којој се не може веровати да живи по правилима око којих се група сложила. Таква особа сматра се аутсајдером“.<sup>10</sup>

Познато је да правила у једном друштву обично одређују и успостављају групе које поседују политичку и/или економску моћ, тежећи да наметну обавезу њиховог поштовања свим члановима друштва. Извесно је, међутим, да ова правила немају универзални карактер, јер произлазе из система вредности виших социјалних слојева, а који је, по природи ствари, недоступан или недостижан оним са дна друштвене лествице. Овакво фактичко стање унапред сврстава чланове најнижих друштвених слојева у категорију аутсајдера.

Обично смештени изван моралне заједнице, припадници овог друштвеног слоја постају еквивалент девијантности, што их аутоматски чини полицијском својином (енг. *police property*). Говорећи о овој категорији Рајнер напомиње како полицијску својину чине „социјално, економски и политички немоћне групе, које већина грађана види као проблематичне и непријатне, и као такве препушта полицији да се њима баве“. При том, како додаје овај аутор, „основна функција полиције је да контролише и изолује такве групе од доми-

<sup>10</sup> Howard Becker, „Аутсајдери“ (orig. *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, New York, 1963), *Теорије у криминологији* (ур. Ђ. Игњатовић), Београд 2009, 323.

нантне већине за шта има ‘одрешене руке’ будући да јавност у овом случају свесно затвара очи пред полицијским преступима“.<sup>11</sup>

Постоје јасни докази да је у друштвима, окарактерисаним различитим поделама, а нарочито националним, етничким и расним, искључивање припадника одређених социјалних група нарочито експлоатисано у раду полиције. У Великој Британији су ирски радници деценијама били идентификовани као грађани нижег реда, што им је аутоматски давало статус аутсајдера, а након Другог светског рата и таласа принудних миграција овој категорији су се прикључили и црнци.<sup>12</sup> Иста ситуација је забележена у Холандији са Суринамцима.<sup>13</sup> У Сједињеним Државама, изражене етничке и расне поделе су се готово одувек одражавале у полицијској пракси,<sup>14</sup> као што је то случај и у Аустралији у погледу односа према Аборицинима.<sup>15</sup>

Приметно је да се у средишту овог процеса социјалног искључивања не налази расни (етнички) већ класни проблем. Заправо, на примеру положаја припадника најнижих социјалних слојева можда се најбоље види колико људи, укорењени унутар схватања полицијске културе као проблематични, одражавају заправо ширу социјалну структуру моћи. Презир према сиромашнима се углавном преноси из опште културе у полицијску поткултуру и као такав остаје практично неукинут и неоспорен. Овакву аргументацију потврђује чињеница да су етикетирањем обухваћени и припадници беле радничке класе, који су готово једнако изложени омаловажавању, као и чланови расних (етничких) мањина. Ипак, због уобичајеног искључења ове групе из различитих антидискриминативних процеса, а који се углавном односе на родну и етничку равноправност, овакви случајеви углавном остају незапажени.

При том је посебно упечатљиво што се у друштву, обично под снажним утицајем носиоца економске и политичке моћи, чланови најнижих социјалних слојева упорно покушавају прогласити отпадницима и подривачима општих вредности, што само додатно подрегава постојећи стереотип *непријатеља друштва*. У таквим околностима припадници маргинализованих група готово неизбежно доживљавају удар формалних механизма контроле. Да проблем буде још већи, постојеће идеологије, засноване на предрасудама и стерео-

<sup>11</sup> Robert Reiner, *The Politics of the Police*, New York 2010, 123.

<sup>12</sup> Вид. B. Loftus.

<sup>13</sup> Вид. Maurice Punch, *Police Corruption Deviance, Reform and Accountability in policing*, London 2009.

<sup>14</sup> Вид. Malcolm D. Holmes, Brad W. Smith, *Race and Police Brutality: Roots and Urban Dilemma*, New York 2008.

<sup>15</sup> Вид. Janet Chan, *Changing Police Culture Policing in a Multicultural Society*, New York 1997.

типима, уграђене у општој култури и ојачане неформалним вредностима полицијске поткултуре олакшавају учесталу и оштру примену контроле над овим групацијама.

### 2.3. Денис Чепмен – Стереотип криминалца

Процес стереотипизације, а посебно стварање стереотипа криминалца има нарочит значај за ову расправу. Подсећамо да је у свом познатом делу *Социологија и стереотипи криминалаца*, Денис Чепмен указао како се „у складу са механизмом етикетирања ствара стереотип криминалца као лица које припада нижим социјалним слојевима и које поседује одређене физичке, психичке и социјалне особине.“<sup>16</sup>

Прекупација јавности и субјеката формалне контроле овом категоријом становништва произлази, пре свега, из њиховог уобичајеног повезивања с делинквентним понашањем испољеним на јавном месту. Тиме долазимо до закључка како је под значајним утицајем претходно створеног стереотипа криминалца у јавности креиран и стереотип злочина, најчешће манифестован у тзв. „уличном криминалитету“.<sup>17</sup> Будући да се грађани највише плаше управо ових криминалних појава, логично је што сматрају како полиција највећу пажњу треба усмерити на сузбијање баш овог вида криминалног понашања. Међутим, у овако фокусираној контроли полиција може препознати и властиту добробит. Наиме, полазећи од чињенице да се остваривање идеала „реда и закона“ мора препознати у јавности, самим тим и мере њеног спровођења морају бити јасно манифестоване. У том смислу, оштра и безизузетна контрола злочина извршених на јавним местима сматра се најпогоднијим начином за испуњење тог циља.

Као резултат оваквих захтева и потреба најчешће мете полицијске контроле постају младићи, припадници социјално маргинализованих група или етничких мањина, који се обично и сматрају одговорним за улични криминалитет. Заправо, због чињенице да углавном проводе време на јавним местима они постају дежурни сумњивци. Полицајци у њима обично виде препродавце наркотика, крадљивце или изазиваче нереда, због чега их чешће и заустављају, легитимишу, претресају и приводе у службене просторије.

<sup>16</sup> Вид. Denis Chapman, „Стереотип криминалца“ (ориг. *Sociology and the Stereotype of the Criminal*, London, 1968), *Теорије у криминологији* (ур. Ђ. Игњатовић), Београд 2009, 333 335.

<sup>17</sup> Насилничка и тешка имовинска дела која на јавним местима свакодневно врше углавном припадници нижих социјалних слојева или лица из криминалне средине.

Какав и колики утицај има стереотипизација на рад полиције можда најбоље можемо објаснити уколико расправу спустимо на практичан ниво. Чињеница је да механизам стварања стереотипа представља процес, који има своје трајање. Међутим, оног тренутка када је стереотип дефинисан и успостављен сматра се да он изазива аутоматску реакцију, посебно у ситуацијама када се суочавамо са људима у којим препознајемо потенцијалну претњу и када нисмо у могућности да промишљено донесемо конкретну одлуку.

Познато је да се припадници полиције често сусрећу са ситуацијама у којима морају брзо донети одлуку, баратајући при том ограниченим информацијама. Поред тога, бројне интервенције су праћене прилично емотивним и стресним околностима, од којих многе имају велики потенцијал да прерасту у конфликт. Другим речима, због сложености и непредвидљивости проблемских ситуација неизвесност постаје један од кључних сегмената полицијског рада. Како би себи олакшали посао и избегли евентуалне опасности припадници полиције су склони да унапред идентификују сумњиве и опасне појединце, третирајући их са нарочитом пажњом.

Приметно је, међутим, да се карактеристике ових појединаца у знатној мери поклапају с постојећим стереотипом криминалца, што нам даје за право да претпоставимо како је и ово „полицијско етикетирање“ битно дефинисано друштвеним механизмима стигматизације и увреженим стереотипима. У том смислу је значајно следеће објашњење: „У складу са популарном сликом, стереотипи полиције о припадницима нижих социјалних слојева и етничких мањина су да су они мање интелигентни и мање цивилизовани, да су склони криминалу и насиљу. Појачани личним искуством ови стереотипи нуде сталне подсетнике за претњу коју представљају аутсајдери. Само присуство члана ове групе симболизује претњу и увек означава могућност за нагле изливе сукоба“.<sup>18</sup>

Препреке које стварају стереотипи, одвајајући групације на основу етничког порекла и друштвене класе, као и страхови једних према другима, постају посебно упадљиви у интеракцијама полиције и припадника стигматизованих група. Полиција стереотипно опажа ове грађане као појединце склоне криминалу, али и као претњу њиховој личној сигурности, док с друге стране ти исти грађани стереотипишу полицију као ауторитативну, посебно онда када су лично уверени да се поступање полиције свесно и тенденциозно фокусира ка члановима њихових заједница. Стога, сваки пут када дође до интеракције између полиције и ових категорија грађана њени учесници су емотивно и когнитивно на ивици, спремни да аутоматски реагују на сваки знак опасности.

---

<sup>18</sup> M.D. Holmes, B.W. Smith, 115.



Стереотипне перцепције и нарушени односи тако постају битан основ за увођење принуде у постојећу интеракцију, припремајући њене учеснике за међусобну агресију. Постоји, међутим, оправдана бојазан да ће та агресија циклично да се понавља, појачавајући при том свој интензитет и последице или како то објашњава Кешетовић: „Структурални конфликти, појачани културним факторима и повременим вербалним и другим злоупотребама полиције према припадницима мањина свакако се одражавају и на односе ових делова јавности према полицији. Када конфликти једном постану уобичајени зачарани круг је веома тешко прекинути и поново успоставити међусобно поверење.“<sup>19</sup>

Овоме треба додати како идентификација са члановима сопствене групе и стварање стереотипа о члановима других група појачавају међусобне тензије, још више повећавајући психолошку позадину полицијске принуде. Сходно томе, чак и полицајци припадници мањина, иако одбацују расне догме, вођени *полицијским погледом на свет* могу видети своје сиромашне сународнике у опасним деловима градова као претње њиховом личном благостању и ауторитету, не либећи се да према њима користе чак и прекомерну силу.

### 3. КРИТИЧКИ ОСВРТ НА ИНТЕРАКЦИОНИСТИЧКУ ПЕРСПЕКТИВУ ДИСКРИМИНАТИВНОГ ПОСТУПАЊА ПОЛИЦИЈЕ

Сматра се да појава социјалног интеракционизма и теорија етикетирања представља једну од битних прекретница у објашњењу криминалног феномена. Увођењем интеракционистичке перспективе у криминологију 1960-их година проширен је њен предмет на поље социјалне реакције на злочин, чиме је пружена могућност критичке реинтерпретације овог процеса. Тиме је уједно дошло до заокрета у дотадашњој научној перспективи злочина, преусмеравајући пажњу истраживача с оних који крше правила на оне који та правила стварају, тумаче и примењују. То је било праћено и методолошким заокретом ка квалитативним приступима, етнографији и посматрању учесника у процесу друштвене контроле злочина. Нове околности су, по природи ствари, ставиле полицију у центар интересовања многих, пре свега, криминолошки оријентисаних истраживача.

Опажајући рад полиције у природним околностима истраживачи су могли да документују вредности и норме које заиста обликују полицијске одлуке на терену. Једно од најважнијих открића ових истраживача је да поред права, као извора формално обавезујућих

<sup>19</sup> Желимир Кешетовић, *Социологија избор текстова за раднике ОУП а*, Београд 2002, 262.

норми, на рад полиције утичу и бројна неформална правила и вредности. Штавише, због снажног упоришта у професионалном искуству и прагматичности понуђених решења, неформалне вредности неретко постају стварни управљачки принципи поступања на терену. Посматрањем ове правилности у контексту општег принципа социјалног интеракционизма, а који се фокусира на карактер везе између виновника догађаја, могуће је сагледати природу интеракције полиције и грађана током спровођења конкретних интервенција.

Чињеница је да околности у којима се учесници једног догађаја налазе, као и утицаји које они у међусобној интеракцији остварују једни на друге, пресудно обликују њихово понашање и поступке. Међутим, судећи по резултатима бројних научних студија посвећених истраживању дискреционе оцене полиције, чини се да на одлуке полицијског службеника да примени конкретно овлашћење, поред понашања грађана током интервенције, битно утичу и њихова лична и социјална обележја, делујући независно и често интензивније од формалних смерница и процедура поступања.<sup>20</sup>

Полазећи од претпоставке о постојању селективне и тенденциозне политике поступања полиције, многи аутори настоје потврдити ову хипотезу сагледавајући је у односу на расну припадност осумњиченог. Као резултат таквих настојања у англосансконској литератури је уведен појам расног профилисања (енг. *racial profiling*).<sup>21</sup> Иако се оно углавном везује за ситуације где је раса једини фактор који мотивише полицијско поступање (*расно профилисање у ужем смислу*), постоје и мишљења да овај процес обухвата и ситуације када се раса користи као један у низу фактора, који делују јединствено у поступку профилисања (*расно профилисање у ширем смислу*). Тако на пример, Кенеди (*Kennedy*) сматра да се расно профилисање дешава „где год полиција рутински користи расу као негативан сигнал који заједно са гомилом других знакова утиче на полицајца да реагује са сумњом.“<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Вид. Itiel E. Dror, „Perception of Risk and the Decision to Use Force“, *Policing* 3/2007, 265–272; Зоран Кесић, „Прекорачење и злоупотреба полицијских овлашћења у сенци дискреционе моћи полиције“, *Безбедност* 2/2011, 66–89.

<sup>21</sup> Приметно је да многи аутори у тумачењу ове појаве подводе и етничко порекло под јединствен појам „расног профилисања“. Међутим, колико год да је расно и етничко порекло погодно за јединствено сагледавање зна се да су раса и етничитет потпуно различите категорије, због чега их не треба мешати. Познато је да у свету постоје само четири расе, док етничких група, у оквиру појединих раса, има више. Све то нас наводи на закључак како и овде треба издвојити етничитет као специфичну виктимогену предиспозицију и тиме испитати евентуално постојање „етничког профилисања“ у раду полиције. Овакав приступ је посебно оправдан у контексту анализе рада полиције на подручју континенталне Европе, па и наше земље, због очигледне доминације беле расе у популацији становништва.

<sup>22</sup> Ranadall Kennedy, *Race, crime and the law*, New York 1997, 11.

Настојећи да утврде постојање и специфичности расног профилисања у раду полиције бројни аутори су своје анализе усмеравали ка различитим видовима полицијског поступања (заушвања и легитимисање, контрола саобраћаја, лишавања слободе, употреба силе). Том приликом је оваква полицијска пракса установљена у свим посматраним областима, додуше с различитим интензитетом испољавања.<sup>23</sup> У том погледу су најиндикативнији подаци који указују на праксу расног профилисања у примени смртоносне силе. За потребе овог рада указаћемо на неке од тих резултата:<sup>24</sup> истражујући учесталост употребе ватреног оружја од стране припадника полицијског одељења у Мемфису у периоду дужем од пет година Фајф (*Fyfe*) је открио екстремну расну неједнакост (26 од 34 људи према којима је употребљено ватрено оружје у том периоду били су црнци);<sup>25</sup> на основу истраживања употребе смртоносне силе од стране припадника полицијског одељења града Чикага у периоду дужем од десет година Робин (*Robin*) је установио да је стопа употребе ватреног оружја према црнцима износила 16.1 на 100.000 грађана, док је према белцима била 2.1 на 100.000 грађана;<sup>26</sup> црнци чине 60% оних који су убијени у 1.482 случаја оправдане употребе ватреног оружја од стране полицајаца;<sup>27</sup> полицајци су били више склони да пуцају на ненаоружане црнце него на ненаоружане белце или хиспано американце.<sup>28</sup>

Овакви показатељи представљају извор бројних полемика и контроверзи. Наиме, оправдано се поставља питање да ли у овим случајевима расни чинилац превазилази остале факторе у односу на које се разматра употреба ватреног оружја, односно да ли је раса осумњиченог била важнија за одлуку полицајца да употреби

<sup>23</sup> Вид. David A. Harris, „Driving while Black and all other traffic offenses: The Supreme Court and pretextual traffic stops“, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 87/1997, 544-582; Albert Meehan, Michael Ponder, „Race and Place: The Ecology of Racial Profiling African American Motorists“, *Justice Quarterly* 3/2002, 399-430; Candice Batton, Colleen Kadleck, „Theoretical and Methodological Issues in Racial Profiling Research“, *Police Quarterly* 1/2004, 30-65; Joel Miller, *et al.*, „Racism and Police Stops: Adapting US and British Debates to Continental Europe“, *European Journal of Criminology* Vol. 5 No. 2 (2008), 161-191; Зоран Кесић, „Раса и етничитет као вик тимогене предиспозиције код прекорачења и злоупотреба полицијских овлашћења“, *Темуда* 4/2012 161-178.

<sup>24</sup> САД се сматрају посебно значајним за ову анализу будући да је већина емпијских истраживања тог проблема спроведено баш на том подручју.

<sup>25</sup> John S. Dempsey, Linda S. Forst, *An Introduction to Policing*, Belmont 2005, 392.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> Kim Lersch, Tom Mieczkowski, „Violent police behavior: past, present, and future research directions“, *Aggression and Violent Behavior* 5/2005, 556.

<sup>28</sup> *Ibid.*

смртоносну силу од његовог понашања или озбиљности деликта који врши. Ово питање је очигледно поделило стручну јавност. Па тако, док једни несразмерно убијање припадника расних и етничких мањина доводе у везу с вредностима расистичке полицијске супкултуре, постоје и они који наводну расну селекцију полицијских убистава објашњавају факторима као што су расни састав области, њена оптерећеност криминалом и склоност осумњичених да извршавају озбиљније злочине уз употребу ватреног оружја.<sup>29</sup>

Након додатних анализа учесталости полицијских убистава припадника расних мањина увиђа се да претходно презентовани статистички показатељи нису толико „осуђујући“ по полицајце. Аргумент о развијеној политици селективне примене смртоносне силе, базираној искључиво на расном чиниоцу, такође губи на снази након довођења показатеља о употреби смртоносне силе у везу с другим варијаблама. Илустрације ради, након истраживања полицијских убистава извршених у периоду дужем од пет година на подручју града Чикага установљено је да је стопа употребе ватреног оружја према црнцима шест пута већа у односу на белце. Међутим, ова расна неједнакост је знатно смањена када је примена смртоносне силе доведена у везу са насилничким понашањем особе према којој је сила употребљена. Конкретно, стопа употребе ватреног оружја износила је 5.6 на 1.000 ухапшених белаца за насилничке злочине, у поређењу са 4.5 на 1.000 ухапшених црнаца за исту врсту злочина.<sup>30</sup>

Очигледно је да расне разлике у полицијској примени силе готово да постају неважне када се узму у обзир фактори попут поседовања оружја и његове употребе, извршења насилног злочина и напада на полицајца. Коришћењем насилничког понашања особе према којој је употребљена полицијска сила као релевантне променљиве величине у испитивању полицијских убистава доказано је да особе које извршавају насилничке злочине или које се насилно супротстављају полицији лакше постају жртве убистава од стране полиције. Чињеница да је сама жртва знатно допринела сопственој виктимизацији даје овим инцидентима потпуно другачији карактер. Овакви резултати нам истовремено пружају основ да закључимо како деловање полиције према мањинским групама не мора нужно бити условљено усвојеним стереотипима, већ да је оно заправо реактивно, у смислу одговора на јасну и конкретну претњу или опасност.

Даље треба истаћи како је концепција друштвене класе, повезана с идејом о конвенционалном или пристојном понашању, можда чак и важнија од расне и етничке припадности за идентификацију

---

<sup>29</sup> P. J. Waddington, „Police (canteen)sub culture“, *British Journal of Criminology* 2/1999, 293.

<sup>30</sup> S. Dempsey, S. Forst, 393.

виктимогених предиспозиција код полицијских преступа, а посебно код дискриминативног поступања полиције. На овој скали средња класа заузима највише место, док нижа класа сиромашних и бескућника заузима најниже. Пратећи настанак и историјски развој модерне полиције можемо лако увидети како су припадници најнижих социјалних слојева представљали најчешће „мете“ полицијског деловања. На примеру британске полиције можда се најбоље може спознати колико је полицијско деловање било обликовано директним утицајем структуралних промена, које су се дешавале током XIX века, а које су произилазиле из економске поларизације друштва, обезбеђујући практичан фокус на сиромашне, који се од тада константно примењује. На овакву селективну праксу пресудан утицај су имали закони у чијим одредбама су класне предрасуде биле несумњиво изражене, а као посебно индикативни издвајају се „Нови закон о сиромашнима“ (*New Poor Law, 1834*), „Закон о скитницама“ (*Vagrancy acts, 1864*) и „Закон о заразним болестима“ (*Contagious Diseases Act, 1864*).

Ово питање посебно добија на значају у данашњим условима, када су постојеће друштвене поделе још више наглашене. При том, приметно је да у расподељеном друштву и стил полицијског рада није јединствен и једнак за све, већ је заправо подељен, пре свега, по класном критеријуму, између „опасних“ насебина сиромашних и „брањених“ места становања богатих или како то објашњава Рајнер: „Локални рад полиције у заједницама постоји, али са великом разликом између ‘сервисног стила’ у стабилним приградским местима и ‘стила стражара’ са окрњеним дужностима, који држе на оку локације насељене припадницима ниже класе.“<sup>31</sup>

Оваква констатација имплицира закључак да радно окружење игра битну улогу у обликовању рада полиције. При том, треба истаћи како полицајци поседују склоност да подручја у којима живе припадници средње и високе класе посматрају с мањим степеном сумњичавости и мањом бригом за властиту сигурност. Заправо, у овим заједницама се бележе мале тензије између полиције и грађана, а кључни разлози за то су што је стопа криминала углавном ниска, а грађани су обично учтиви при сусрету с полицијом. Због тога је и полицијски посао овде релативно лак, јер проузрокује мало стреса на улици и мало реалне опасности.

С друге стране, припадници најнижих социјалних слојева и становници најсиромашнијих делова града су подложнији строжем полицијском третману. Разлози за то су бројни, а као најважнији издвајају се висока стопа криминала у овим подручјима и чињеница да је већина њених становника неповерљива према полицији и с

<sup>31</sup> R. Reiner, 217.

времена на време отворено непријатељски расположена према њој. Сходно томе, полицајци обично посматрају ова подручја као места где ће бити извршено теже кривично дело и где ће вероватно њихов ауторитет бити оспораван. У том смислу, посебно проблематичним радним окружењима сматрају се географски и социјално изолована подручја унутар великих метропола (гетои, фавеле, сламови), а који обично слове за *опасне крајеве*. Чињеница је да су због постојећих физичких услова ових насеља, али и социјалне структуре њихових становника (обично су то социјално искључене категорије становништва, које по природи ствари имају лош однос с полицијом) неизвесност и ризик интервенисања, као и стрепња и страх припадника полиције од угрожавања њихове сигурности, у таквим областима посебно наглашени.

Овакве перцепције обично представљају плод ранијих негативних искустава на том подручју, с којима се повезује свака наредна интервенција, која је сада праћена појачаном сумњом и стрепњом. Наиме, чим уђу у одређене делове града, који слове за опасне, међу полицајцима расте емотивно узбуђење, несвесна, условљена реакција према историји опасних сусрета. Страх се јавља на основу сећања из личних искустава, протканих емоцијама о проживљеној виктимизацији или пак бива импутиран „ратним причама“ других полицајаца. Другим речима, особено радно окружење обезбеђује јасан контекст у ком страх од сопствене виктимизације утиче на понашање полицијских службеника и на њихову спремност да користе силу, када се суоче са стварним, али и с умишљеним претњама. Тиме долазимо до закључка како понашање полицајаца представља реакцију на објективно стање у радном окружењу, али и као реакцију на радно окружење како га они лично доживљавају.

То даље имплицира закључак да лична и социјална обележја осумњиченог може маскирати утицај других фактора на полицијске одлуке. Наиме, постоје ситуације у којима нам се чини да су се полицајци приликом одлучивања искључиво руководили личним обележјем (нпр. расом осумњиченог), а да је заправо нека објективна околност била пресудна (нпр. ниво учешћа припадника одређене расе у кршењу прописа или држање осумњиченог приликом полицијске интервенције). Ову могућност свакако морамо узети у обзир пре него што олако осудимо полицајце за дискриминацију.

Заправо, процеси друштвене стигматизације и етикетирања, сами по себи, углавном и немају толики потенцијал и снагу да потпуно обликују или директно проузрокују конкретно поступање полиције, већ је за то углавном потребно њихово садејство с другим факторима. Уколико се послужимо логиком којом се користио

Милутиновић при објашњењу степеновања интензитета каузалности криминалног понашања, делећи све криминогене факторе на узроке, услове и поводе,<sup>32</sup> у нашем случају би се процеси стигматизације и етикетирања пре могли тумачити као *услови*, односно допунски фактори, који у конкретној полицијској интервенцији олакшавају, тачније убрзавају деловање непосредних изазивача, односно директних узрока конкретног поступка припадника полиције (нпр. понашање осумњиченог или ситуационе околности полицијске интервенције).

Не треба, међутим, занемарити ни утицај субјективних чинилаца, а пре свих предрасуда и стереотипа, које на особен начин креирају полицијски доживљај радног окружења и људи који на одређеном подручју живе. Градећи своје одлуке и начин рада на стереотипним поделама и субјективним доживљајима радне средине полицајци могу олако направити грешке. На пример, они који раде у крају где живе припадници средње класе могу превидети вероватноћу да и на том подручју могу живети опасни криминалци, односно да и унутар те заједнице могу бити извршени тешки злочини, док полицајци који раде у сиротињским квартовима и мањинским заједницама, инсистирајући на агресивнијем раду, могу беспотребно стварати конфликте или пак олако допринети сопственој виктимизацији.

Међутим, без обзира да ли је поступање службеника полиције условљено субјективним факторима (личним предрасудама) или објективним околностима (природом интервенције) само постојање друштвено створених стереотипа оставља припадницима полиције сасвим довољно простора да конкретан стереотип понекад користе као критеријум у избору начина поступања и опхођења према појединцу. Чињеница да се лична обележја неке особе узимају као критеријум сугерише закључак како је овде заправо реч о одређеном виду дискриминативног поступања. При том, посебан проблем представља околност у којој лично обележје појединца постаје индикатор ризика од девијантног или делинквентног понашања и у том смислу значајан повод за полицијску интервенцију. Под таквим околностима, сви појединци из стигматизоване групе, чија припадност је очигледна (нпр. боја коже као јасан индикатор), али и појединци који одају утисак припадности стигматизованој групи (нпр. начин облачења) могу постати жртве дискриминације.

<sup>32</sup> Вид. Милан Милутиновић, *Криминологија*, Београд 1985.

#### 4. КОНФЛИКТНА ТЕОРИЈА КАО НАДОГРАДЊА ИНТЕРАКЦИОНИСТИЧКЕ ПЕРСПЕКТИВЕ ДИСКРИМИНАТИВНОГ ПОСТУПАЊА ПОЛИЦИЈЕ

Као што смо раније напоменули, ниједна појединачна теоријска концепција па ни теорије социјалног интеракционизма и етикетирања немају толику снагу и потенцијал да објасне тако сложена појава каква је „полицијска дискриминација“, већ је за то неопходно прибећи сустицању више теоријских концепата. Овде се логично намеће питање која теоријска оријентација би се могла употребити као „надоградња“ раније описане интеракционистичке перспективе, градећи с њом један интегративни приступ објашњењу дискриминативног поступања полиције. По нама, научни дискурс који пружа *конфликтна теорија* може се веома корисно употребити у те намене.

Као једна од основних концепција хуманистичких наука, конфликтна теорија је послужила многим криминолозима, а највише представницима радикалне криминологије, као полазиште за објашњење криминалног понашања и његове контроле. Једно од доминантних тумачења, базирано на овој теорији, сматра да је контрола криминала инструмент који користе моћне групе да би регулисале претње њиховим интересима. Функција полиције, изведена из оваквог гледишта, састоји се у контролисању „опасних група“ имиграната, расних мањина, сиромашних људи и радикализованих грађана, превасходно кроз примену силе, као доминантног механизма контроле. Могло би се рећи да је овде заправо реч о „злоупотреби“ полиције, јер се иста користи у сврхе унапред селектованог и тенденциозно конструисаног процеса друштвене контроле.

Још почетком XX века Фоздик (*Fosdick*) је указао да проблеми у обављању полицијског посла варирају у зависности од хомогености и хетерогености популације, односно од специфичности традиције, навика и обичаја, као њених основних елемената.<sup>33</sup> Чињеница је да у мултикултурним заједницама, по природи ствари, паралелно егзистира више културних система, односно да чланови различитих група (етничких, расних, класних...) прокламују особене вредности и норме понашања. У таквим околностима појава конфликта (пре свега културног) је готово неизбежна, са веома предвидивим последицама за друштвену организацију. Уколико су при том конкретне вредности и норме понашања у конфликту с правним нормама опште културе, извесно је да ће њихови поштоваоци и следбеници постати „полицијски клијенти“.

<sup>33</sup> Према: Дарко Симовић, Радомир Зековица, *Полиција и људска права*, Београд 2012, 77.



Посматрајући овај процес у контексту данашњег постмодерног друштва, а кога одликују нагле промене економске и социјалне структуре, постоји бојазан да овај проблем прогредира у још већу дестабилизацију друштвеног поретка. На овај проблем нарочито указују радикални криминолози, упозоравајући како је ескалирајуће уношење *различитости* у општу културу резултирало свеприсутним осећањем онтолошке несигурности и нестабилности, проналазећи свој израз у повећаном страху од криминала, што за резултат има повећање изгледа за државном репресијом и кажњавањем. Оно такође има велики утицај на перцепције о *другима* или *нечему другачијем*, што рађа штетне последице за маргиналне групе, или како то сликовито објашњава Џок Јанг (*Jock Young*): „Друштвена кривица, попут рикошета, одскаче кроз друштвену структуру – нижа класа, црнци, мигранти, наркомани – игла се окреће и показује на неке рањиве групе у друштву којима можемо распоредити кривицу и које могу бити демонизоване“.<sup>34</sup>

Инсистирање на поштовању вредности опште културе, по сваку цену, уз истовремено не уважавање различитости (различитих обележја, обичаја, положаја, интереса, потреба) може изазвати оштру реакцију чланова маргинализованих група, која у појединим случајевима може кулминирати до непријатељства и насиља, усмереног преваходно према полицији. Оваква логика проналази значајно упориште у теорији међугрупних конфликта (енг. *group-conflict theory*). Основна премиса овог теоријског приступа је да су људи у основи бића која се укључују у групе. Како објашњава Волд (*Vold*): „Животи људи су део и производ припадности групи, што обезбеђује средство за друштвено координирану акцију, која има за циљ да заштити своје заједничке интересе. (...) Учествовање у животу одређене групе – проналажење нечијег идентитета и смисла – често је повезано са одвајањем или одбијањем идентификовања са другим групама, тј. са конфликтом“.<sup>35</sup>

На основу ове тврдње можемо закључити како до конфликта међу групама обично долази када се њихови интереси преклапају, повређују једни друге или када постану конкурентни. При том, овај конфликт служи као интегративна сила, јер повећава идентификацију и лојалност групи. Тачније, док везе с групом првобитно потичу из заједничких интереса, конфликти с другим групама, које поседују другачије интересе, јачају везе чланова са њиховом сопственом групом. Чак и сама перцепција претње од друге групе, без обзира на њено објективно постојање, може бити довољна да се унапреди спајање с групом.

<sup>34</sup> J. Young, *The Exclusive Society: Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity*, London 1999, 39.

<sup>35</sup> Према: M.D. Holmes, B.W. Smith, 25

Сличност теорије међугрупног конфликта и традиционалне конфликтне теорије је приметна, а она се посебно огледа у чињеници да оба приступа виде принуду као основни инструмент контроле. Њихова кључна разлика лежи у концептуализацији те контроле, базираној на другачијим приоритетима. Конкретно, теорија међугрупног конфликта одбацује претпоставку конфликтне теорије да рад полиције има превасходну функцију заштите интереса носилаца моћи или како то објашњавају Холмс (*Holmes*) и Смит (*Smith*): „Уместо да описује полицију као подређену императивима доминантне групе, перспектива међугрупног конфликта сматра да постоји више егалитарски, понекад неугодан, савез између полиције и припадника доминантне групе против заједничких претњи које наводно потичу од мањинских група“.<sup>36</sup>

Стављајући акценат на заштиту интереса доминантне групе у друштву класична конфликтна теорија очигледно не препознаје адекватно полицију као једну независну социјалну групу, а тиме ни чињеницу како на понашање њених чланова такође утичу и претње с којима се полицајци лично суочавају обављајући свакодневно посао на улици. Штавише, иако се полицијски интереси поклапају до одређеног степена с интересима доминантне групе, понашање полиције на улици често није пресудно вођено препоруком заштите вредности и интереса те групе скоро ни приближно колико потребом заштите личне позиције. Теорија међугрупног конфликта то јасно препознаје и због тога се у њеном контексту може јасније и свеобухватније објаснити сукоб који настаје на релацији полиција – грађани, а који је иначе најизраженији у мултикултурним срединама.

Истина је да поједине акције могу бити опажене као претња интересима доминантне групе и општег система вредности, али такође могу бити и окарактерисане као директан извор угрожавања благостања полицајаца или нарушавања полицијског ауторитета. У светлу ових разматрања, разумљиво је да би непосредне претње личним интересима самих полицајаца требале бити важније од удаљених (апстрактних) претњи интересима доминантних група за предвиђање начина поступања полицијских службеника према изворима тих претњи.

Стављајући тај принцип у контекст кључне теме овог рада долазимо до закључка како конкретни поступци припадника полиције према члановима других група, а пре свих према припадницима мањинских заједница не морају нужно представљати последицу друштвене стигматизације и процеса социјалног искључивања на вишем (друштвеном) нивоу. Заправо, они могу бити израз потребе

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, 28.

очувања властитих интереса, односно интереса професионалне групе (нпр. очување ауторитета у јавности), али такође и као израз потребе очувања личне сигурности, било да је реч о стварним (објективним, већ доживљеним) или очекиваним (субјективним, опажајним), претњама и опасностима.

На пример, службеници полиције се могу противити обезбеђењу јавног скупа припадника ЛГБТ популација (и тиме ризиковати да буду окривљени за пасивну дискриминацију у смислу непружања потребне заштите), али не због тога што лично имају нешто против хомосексуалаца, већ зато што верују да би пружање таквих активности у друштву обележеном хомофобијом нарушило имиџ полиције у јавности или због велике извесности да би током обезбеђења такве манифестације дошло до обрачуна с припадницима насилних и екстремних група и да би тиме њихова лична безбедност била озбиљно угрожена.

## 5. ЗАКЉУЧАК

Познато је да свака научна студија која има претензију криминолошког истраживања треба у себи да сублимира теоријске поставке и емпиријске резултате. Овакав приступ у сагледавању конкретне појаве омогућава истраживачу да утврди колико резултати његовог истраживања имају упориште у постојећој теорији, док истовремено пружа могућност преиспитивања важности и актуелности тих истих теорија у објашњењу добијених резултата. У крајњем случају, на тај начин је могуће доћи до неких нових теорија. Свесни њених предности, али и недостатака, у овом раду смо издвојили и детаљније објаснили концепцију социјалног интеракционизма и етикетирања, сматрајући овај теоријски оквир битним полазиштем за спровођење научног истраживања у нашим условима, а које би за циљ имало утврђивање присутности и размера противправног понашања полиције, генерисаног друштвеном стигматизацијом.

Потреба за спровођењем једног оваквог истраживања посебно произлази из чињенице да услед одсуства егзактних показатеља „полицијске дискриминације“ критике упућене полицији се обично базирају на утиску створеном из личног искуства или представљању рада полиције у медијима. Лично искуство ипак пре може да представља изузетак, а не правило, док медији, оптерећени сензационализмом и тежњом да задовоље укус конзумента, проблемима обично приступају површно и селективно. Стога, како би се пружио прилика јавности да на основу емпиријских резултата, а не на бази слободних процена, критички вреднују деловање полиције у Србији,

потребно је применом одговарајућих метода, уз поштовање принципа научне перспективе, анализирати конкретну појаву.

Истраживање посебно оправдава чињеница да се разматрање овог проблема, намерно или не, занемарује у смислу да га готово нико не примећује (или пак не жели да га примети), осим жртва таквог поступања. Да проблем буде још већи, надлежни су ретко имали слуха, те решавању овог проблема нису ни придавали нарочит значај. Овакав третман подстакао је различите иницијативе, пре свега припадника мањинских заједница, у почетку кроз бројне безуспешне покушаје изналажења правде путем протеста на улицама, који су се обично завршавали насиљем и обрачунима, а у последње време све чешће кроз различите кампање удружења грађана, покренуте с циљем заштите основних слобода и права. Управо у тој тежњи и ми препознајемо превасходни смисао писања овог рада, али и потребу научног истраживање те појаве у нашим условима, јер само на тај начин је могуће утврдити фактичко стање и на основу њега ценити имамо ли разлога за бригу или не, те сходно томе планирати и спроводити конкретне мере контроле.

Инсистирање на владавини права, као кључном предуслову стварања правне државе, а посебно њено манифестовање у раду полиције, као најиндикативнијем симболу државе уопште, потпуно је логично и оправдано. Овакви императиви су посебно актуелизовани у контексту процеса европских интеграција и испуњења неопходних услова наше земље за придруживањем Европској унији. Заправо, и без инструкција из Брисела ми сами би требало да будемо свесни значаја те чињенице. Сходно томе, од припадника полиције с правом се очекује да буду репрезенти поштовања права и слобода свих грађана. Ако желе јавну подршку и поштовање и полицијски службеници морају да подржавају и поштују све чланове заједнице којој служе, без обзира на њихове међусобне разлике и лична својства, јер само узајамно поштовање има смисла.

#### ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Batton, C. and Kadleck, C., „Theoretical and Methodological Issues in Racial Profiling Research“, *Police Quarterly* 1/2004.
- Becker, H., „Autsajderi“ (orig. *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, New York, 1963), *Teorije u kriminologiji* (ur. Ђ. Ignjatović), Beograd 2009.
- Chan, J., *Changing Police Culture – Policing in a Multicultural Society*, New York 1997.

- Chapman, D., „Stereotip kriminalca“ (orig. *Sociology and the Stereotype of the Criminal*, London, 1968), *Teorije u kriminologiji* (ur. Đ. Ignjatović), Beograd.
- Dempsey, S., Forst, S., *An Introduction to Policing*, Belmont 2005.
- Dror, I. E., „Perception of Risk and the Decision to Use Force“, *Policing* 3/2007.
- Goffman, E., *Stigma: zabeleške o ophođenju sa narušenim identitetom* (orig. *Stigma: notes on the management of spoiled identity*, Simon & Schuster, New York 1963, prevela sa engleskog Minja Janković), Novi Sad 2009.
- Југовић, А., „Стигматизација као друштвени процес“, *Темуда*, 2/2008. (Југовић, А., „Stigmatizacija kao društveni proces“, *Temida*, 2/2008)
- Kappeler, V., Sluder, R., Alpert, G., *Forces of deviance, Understanding the dark side of policing*, Illinois 1998.
- Kennedy, R., *Race, crime and the law*, New York 1997.
- Кесић, З., „Прекорачење и злоупотреба полицијских овлашћења у сенци дискреционе моћи полиције“, *Безбедност* 2/2011. (Кесић, З., „Prekoračenje i злоупотреба policijskih ovlašćenja u senki diskrecione moći policije“, *Bezbednost* 2/2011)
- Кесић З., „Раса и етницитет као виктимогене предиспозиције код прекорачења и злоупотреба полицијских овлашћења“, *Темуда* 4/2012. (Кесић З., „Rasa i etnicitet kao viktimogene predispozicije kod prekoračenja i злоупотреба policijskih ovlašćenja“, *Temida* 4/2012)
- Кешетовић, Ж., *Социологија – избор текстова за раднике ОУП-а*, Београд 2002. (Kešetović, Ž., *Sociologija – izbor tekstova za radnike OUP-a*, Beograd 2002)
- Lersch, K., Mieczkowski, T., „Violent police behavior: past, present, and future research directions“, *Aggression and Violent Behavior* 5/2005.
- Loftus, B., *Police Culture in a changing World*, New York 2009.
- Meehan, A., Ponder, M., „Race and Place: The Ecology of Racial Profiling African American Motorists“, *Justice Quarterly* 3/2002.
- Miller, J., et al., „Racism and Police Stops: Adapting US and British Debates to Continental Europe“, *European Journal of Criminology* 2/2008.
- Милутиновић, М., *Криминологија*, Београд 1985. (Milutinović, M., *Kriminologija*, Beograd 1985)

- Punch, M., *Police Corruption – Deviance, Reform and Accountability in policing*, London 2009.
- Радоман, Ј., *ЛГБТ популација и реформа сектора безбедности у Републици Србији*, Београд 2011. (Radoman, J., *LGBT populacija i reforma sektora bezbednosti u Republici Srbiji*, Beograd 2011)
- Радоман, Ј., Тадић, М., *Ромкиње и Роми и реформа сектора безбедности*, Београд 2014. (Radoman, J., Tadić, M., *Romkinje i Romi i reforma sektora bezbednosti*, Beograd 2014)
- Reiner, R., *The Politics of the Police*, New York 2010.
- Skolnick, J., *Justice without Trial: Law Enforcement in Democratic Society*, New York 2011.
- Harris, D. A.: „Driving while Black and all other traffic offenses: The Supreme Court and pretextual traffic stops“, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 87/1997.
- Holmes, M. D., Smith B.W., *Race and Police Brutality: Roots and Urban Dilemma*, New York 2008.
- Waddington, P. J., „Police (canteen) sub-culture“, *British Journal of Criminology* 2/1999.
- Young, J., *The Exclusive Society: Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity*, London 1999.
- Зекавица, Р., „Однос полиције према дискриминацији у Србији“, *Темуда* 2/2014. (Zekavica, R., „Odnos policije prema diskriminaciji u Srbiji“, *Temida* 2/2014)

Zoran Kesić, PhD

Lecturer

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

SOCIAL STIGMATIZATION AS A GENERATOR OF  
DISCRIMINATORY TREATMENT IN POLICING  
THEORETICAL BASIS

*Summary*

We can easily come to the conclusion that the general settings of the theory of social interactionism, and especially the process of social labeling and stigmatization, as a concretization of those theories, can serve as a basis for explaining certain aspects of discriminatory activities in policing. And this problem is a key subject of this work, which we tried to explain in the light of three different but inter-related labeling theory. In this way, we also wanted to find their practical application in a particular social phenomenon or as it is popularly said „to put theory into operation“. In fact, the key purpose of this paper is to show how the interaction of social subjects, which takes place at a general level, particularly categorization, classification, social stigma and stereotypes that result from these interactions, significantly shape the way the police behave. Moreover, if we take into consideration that police officers have a significant level of power to label others from the position of professional authority this theoretical concept becomes more important. To what extent (of course, empirically speaking) this social process affects in such a way and creates such consequences, it should be established by a scientific investigation of individual cases. It is certain, however, that our life often assures us of this outcome, confirming that it is not a coincidence, but the unwritten rules. And such examples should serve us as a starting point for scientific research of this phenomenon.

Key words: *Labeling. – Stigmatization. – Discrimination. – Unlawfulness. – Policing.*

Article history

Received: 7. 7. 2014.

Accepted: 16. 5. 2016.

Тамара Матовић, мастер\*

## ПРИЛОГ ПРОУЧАВАЊУ СРЕДЊОВЕКОВНОГ ПРАВА: ОСЛОБАЂАЊЕ У ВИЗАНТИЈСКИМ ТЕСТАМЕНТИМА

*У раду се претежно истражују византијски тестаменти из периода од XI до XIV века. Занимљив елемент садржине неких завештања односи се на поступање према лицима наведеним као „οἰκέτης“, „δοῦλο“, „ἄνθρωποι“, „παῖδες“. Оно што повезује радње завешталаца према тим лицима, под разумева њихово ослобађање. Узевши у обзир правни положај подређеног ста новништва, улогу у друштву средњовизантијског и позновизантијског периода, као и вишеструкост односа који се у приватноправним и јавноправним докумен тима означавају путем метафоре покорености и ропства, желимо да спозна мо прави смисао ослобађања и упоредимо их с тестаментарном манумисијом римског права. За помоћ у том послу, окренули смо се упоредном методу, на се у раду анализирају и друга средњовековна завештања из одговарајућег периода, настала под утицајем византијског права.*

Кључне речи: *Византијско право. Завештање. Кодицил. Пасивна теста ментарна способност. Manumissio.*

### 1. УВОД

Завештање, располагање којим неко лице уређује односе који ће настати после његове смрти, посведочено је у византијској правној традицији. Документа именована као *ἡ διαθήκη, ἡ διάταξις, ἡ*

---

\* Ауторка је истраживач сарадник Византолошког институт САНУ и док торанд Правног факултета Универзитета у Београду, [tamara.matovic@vi.sanu.ac.rs](mailto:tamara.matovic@vi.sanu.ac.rs). Рад је настао у оквиру пројекта „Традиција, иновација и идентитет у византијском свету“, који подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије (ев. бр. 177032). Саопштење насловљено као „Прилог проучавању средњовековног права: ослобођење зависних лица у византијским тестаментима“, прочитано је 19. јуна 2015, у оквиру VI националне конференције византолога (Бео град, 18-20. јун 2015).



διατύπωσης, затим акти који садрже израз последње воље неког лица (ή τελευταία βούλησις), као и други документи у којима један завет може бити изречен (τὸ διαθηκῶν ἔγγραφο), врло су чести у изворној грађи средњовизантијског и позновизантијског периода.<sup>1</sup> Радњом завештања оставилац на различите начине располаже својом имовином према потребама које су нарочито присутне и прихваћене у конкретној епоси. У том смислу, период од XI до XIV века Византијско царство одликује особена друштвено-политичка ситуација, која се испољава кроз низ спорних јавноправних питања, али има и јасан одјек на приватноправне односе.<sup>2</sup>

Познато је да се дипломатичке формуле, које су у извесној мери устаљене већ у документима XI века, протежу и понављају и у познијим тестаментима. Из тог разлога, преглед изворне грађе из ширег периода, који укључује чак четири века, може да разјасни и допуни, али и пружи комплетан увид у бројна питања. Изабрани тестаменти су најпогоднији за правну анализу, а у овом раду смо, нажалост, углавном морали да занемаримо специфична киторска завештања, неприступачна за овакву врсту истраживања.

Прожимање јавноправног и приватноправног интереса карактерише друштвену, аграрну и правну историју Византије, па је било једно од жаришта истраживања пионира византологије. Процват интересовања за аграрне односе у совјетској византологији средином XX века, испољава се кроз далекосежне напоре научника чији су резултати углавном објављивани у часопису *Византијски временник* (*Византийский временник*). Научни рад М. Сјузјумова (*М. Сюзюмов*) обухвата плодно истраживање процеса и чинилаца раслојавања византијског друштва, као и питања природе византијске општи-

<sup>1</sup> Већи део византијских завештања која смо проучили објављена су у оквиру серије *Archives de l'Athos* (1945 ). То су издања: Jacques Vompaire, *Actes de Xéropotamou*, Paris 1964; Jacques Lefort et al., *Actes d'Iviron II*, Paris 1990; Vassiliki Kravari, *Actes du Pantocrator*, Paris 1991. Завештање Евстатија Воиле објавио је Paul Lemerle, *Cinq études sur le XIe siècle byzantin*, Paris 1977.

<sup>2</sup> Изворна грађа овог рада односи се на званичне зборнике права (Еклога, Епа нагоге, Прохирон, Василике), затим новеларано законодавство појединих царева (Македонска династија), као и „приватне“ збирке карактеристичне за позновизантијски период (Шестокњижје, Синтагма Матије Властара). Коришћена издања тих извора су: Ludwig Burgman, *Ecloga, das Gesetzbuch Leons III und Konstantinos 'V*, Frankfurt am Main 1983; Herman Jan Scheltema, Douwe Holwerda, Nicolaas van der Wal, *Basilicorum libri 60*, Groningen 1953 1988; Pierre Noailles, Alphonse Dain, *Les nouvelles de Léon VI, le Sage*, Paris 1944; Lujko Margetić, „Ekloga iz 726. godine i njezina važnost za našu pravnu povijest“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/1980, 53 79; Матија Властар, *Синтагма*, Београд 2013 (превод са српскословенског језика Тајјана Суботин Голубовић); К. Αρμενοπούλου, *Πρόχειρον νόμων ἢ Εξάβιβλος*, Αθήνα 1971 (ed. Κωνσταντῖνος Γ. Πιτσόκης); Γεώργιο Ράλλη, Μιχαήλ Ποτλής, *Σύνταγμα των Θείων και Ιερών Κανόνων*, Αθήνησιν 1859, Ioannes Zepos, Panagiotes Zepos, *Jus graecoromanum I: Novellae et Aureae Bullae imperatorum post Justinianum*, Athenis 1931.

не. Два рада се издвајају по значају за нашу тему: први, посвећен најамном раду,<sup>3</sup> и други, у којем се истражује правни положај робова.<sup>4</sup> Г. Острогорски (*Г. Острогорский*) се у истраживањима о феудализацији византијског друштва, нарочито кроз рад на практицима, бавио анализом правног положаја парика и елефтера у Византији, али с освртом на учесталост појаве ропског становништва.<sup>5</sup> А. Каждан (*А. Каждан*) је оставио траг у проучавању друштвене историје, па су његови закључци полазиште за бројне друге анализе правног положаја робова.<sup>6</sup> Већи број аутора допунио је претходна научна достигнућа, истраживањима на новообјављеним или новопреведеним изворима.<sup>7</sup> Међу првим студијама посвећеним правном положају робова у Византији налази се рад А. Хаџиниколау Марави (*А. Hadjinicolaou Marava*),<sup>8</sup> чије је истраживање у овој теми недуго после наставио Р. Браунинг (*R. Browning*).<sup>9</sup> З. Удаљцова (*З.Удальцова*) је приказала правни положај зависног становништва у рановизантијском друштву Византије, тиме оставивши трајан допринос студијама о ропству у раном средњем веку уопште.<sup>10</sup> Једно од најновијих истраживање

<sup>3</sup> Михаил Я. Сюзюмов, „О наемном труде в Византии“, *Ученые записки Уральского Государственного Университета имени А. М. Горького* 1958, 147 173.

<sup>4</sup> Михаил Сюзюмов, „О правовом положении рабов в Византии“, *Ученые записки Свердловского пединститута* 2/1955, 165 191.

<sup>5</sup> Георгије Острогорски, *О византијском феудализму*, Београд 1969. ( Сабрана дела I); Г. Острогорски, *Привреда и друштво у византијском царству*, Београд 1969. ( Сабрана дела II) Ту се налази и детаљан списак старије стране и домаће литературе о тим стварима.

<sup>6</sup> Alexandar Kazhdan, „The concept of freedom (eleutheria) and slavery (douleia) in Byzantium“, *La notion de liberté au Moyen Age au Moyen âge Islam Byzance Occident* (eds. D. Sourdel, J. Sourdel, G. Makdisi), Paris 1985, А. Каждан, „Рабы и мистии в Византии IX X веков“, *Ученые записки Тульского государственного педагогического института*, 2/1951, 63 85.

<sup>7</sup> Ἐλευθερία Παπαγιάννη, *Το οἰκονομικὰ τοῦ ἔργασιον κλήρου στὸ Βυζάντιο, Αθήνα* 1986. Michel Kaplan, *Les hommes et la terre à Byzance du VI<sup>e</sup> au XI<sup>e</sup> siècle*, Paris 1992; Alan Harvey, *Economic expansion in the Byzantine empire 900 1200*, Cambridge 1989. На овом месту напомињемо и монографију Милоша Благојевића, *Земљорадња у средњовековној Србији*, Београд 1973, која нам је такође помогла да боље разумемо улогу ропског становништва у средњем веку. Вид. и расправу „Челјадин“, Миодраг Петровић, *О законоправилу или Номоканону Светога Саве*, Београд 1990, 53 67.

<sup>8</sup> Anne Hadjinicolaou Marava, *Recherches sur la vie des esclaves dans le monde byzantin*, Athens 1950.

<sup>9</sup> Роберт Браунинг, „Рапство в византијској империи (600 1200)“, *Византијский временник* XIV/1958, 38 55.

<sup>10</sup> Зинаида В. Удаљцова, „Некоторые изменения в экономическом положении рабов в Византии VI в. (по данным законодательства Юстиниана)“, *Зборник радова Византолошког института (ЗРВИ)* 8/1963, 281 290; З. В. Удаљцова, „Положение рабов в Византии VI в.“, *Византијский временник* XXIV/1964, 3 34. Ту је наведен списак старије совјетске литературе. Допринос теми представља и коауторски рад изложен на XVI Међународном конгресу византолога: Zinaida Udal'cova, Ksenija

правног положаја робова у Византији спровео је Ј. Ротман (*Y. Rotman*), који анализира проблем и с теоријског становишта.<sup>11</sup> Увек се враћамо класичној студији В. Бакланда (*W. Buckland*) о правном положају робова у римској држави.<sup>12</sup>

Уколико би овај рад био ограничен на додирне тачке наследноправних питања и правног положаја робља, из навода литературе морали би бити изостављени различити изданци феномена ропства у Средњем веку. То се првенствено односи на често истраживани проблем трговине робљем. За тему нашег рада, међутим, важне су студије које су југословенски аутори посветили питању појаве зависног и полузависног становништва на средњовековном источном Јадрану. Најдалекосежнија од њих, чини се, анализа је положаја робова заснована претежно на дубровачким документима, коју је спровео Г. Чремошник.<sup>13</sup> Од новијих истраживања, сматрамо неизоставним помињање научног рада Н. Будака (*N. Budak*), који је анализирао и синтетизовао важна питања ове теме.<sup>14</sup>

Празнина која још увек постоји у изучавању неких аспеката приватноправних односа у византијском праву подразумева одсуство студија које би објасниле правни положај кућне послуге, храњеника, шегрта и сличних категорија лица, после суштинских промена у друштву крајем миленијума. Аутори који су истраживали проблем у области брачног и породичног права, посвећивали су скромну пажњу робљу, закључцима изведеним на основу тумачења законских одредаба. Такође, у ретким прегледима наследног права, више него у појединачним студијама које се баве неким од сродних питања,<sup>15</sup> истраживачи избегавају да се осврну на институт *тестаментарне*

Chvostova, „Les structures sociales et économiques dans la Basse Byzance“, *Jahrbuch der Österreichischen Byzantinistik* 31 1/1981, 131 147.

<sup>11</sup> Youval Rotman, *Slavery and the Mediterranean world*, Harvard 2009.

<sup>12</sup> William Buckland, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge 2010 (reprint).

<sup>13</sup> Gregor Čremošnik, „Naše roblje u srednjem veku“, *Jugoslavenska njiva* 6/1922, 21 26 и isti, „Правни положај нашег робља у средњем веку“, *Glasnik Zemaljskog muzeja u Sarajevu*, 2/1947, isti, „Izvori za istoriju roblja i servicijalnih odnosa u našem zemljama srednjega vijeka“, *Istorijsko pravni zbornik* 1/1, Sarajevo 1949, 148 162.

<sup>14</sup> Поред многобројних радова који се баве овом темом, нарочито користан је преглед научно критичог апарата који је представио Будак, Neven Budak, „Pregled literature i objavljenih izvora o problemu serva i famula u srednjovekovnim društvima na istočnom Jadranu“, *Radovi Instituta za hrvatsku povijest* 17/1984, 5 34.

<sup>15</sup> Аутор рада је аутор студије о тестаментарним извршиоцима византијског права, у којој се дотиче и улоге извршиоца у манумисији робова. Вид. Тамара Матовић, „Епитроп (ἐπίτροπος) извршилац тестамена“, *ЗРВИ* 51/2014, 187 215. Посматрали смо и рад Срђан Шаркић, „Појам тестамена у римском, византијском и српском средњовековном праву“, *Трећа југословенска конференција византолога* (ур. Љ. Максимовић, Н. Радошевић, Е. Радуловић), Крушевац 2000, 85 90; као и S. Šarkić, „The concept of will in Roman, Byzantine and Serbian mediaeval law“, *Forschungen zur*

манумисије и уоче његово постојање у византијским зборницима права.<sup>16</sup> Посебно је наглашен недостатак истраживања на приватноправним документима која би посведочила постојање установе у правној пракси.

## 2. ЗАКОНОДАВСТВО

Манумисија је радња коју описује римски правник Гај (*Gaius*), казуистично, кроз представљање различитих прилика, услова и форми у којима се она обавља.<sup>17</sup> Интересантно је да се на тај оквир налази у законодавству и јуриспруденцији времена цара Јустинијана I, када се о тестаментарној манумисији говори на темељу римског права.<sup>18</sup> Како је познато, решења из Јустинијанове кодификаторске делатности преписивана су и превођена вековима у византијском праву: тада се подаци о тестаментарној манумисији – *ἐν διαθήκη ἐγγραφομένη*, проналазе већ међу првим законцима на грчком језику, у оквиру глава: *Περὶ ἐλευθεριῶν καὶ ἀναδουλώσεων*<sup>19</sup> (О ослобађању и падању у ропство),<sup>20</sup> *Περὶ ἐλευθεριῶν καὶ ἀπελευθέρων*<sup>21</sup> (О ослобађању и еманципацији), а затим и у позним збиркама: *Περὶ ἐλευθεριῶν*<sup>22</sup> (О ослобађању), *Περὶ τῶν ὑποδεχομένων ἀλλοτρίους δούλους καὶ τῶν ἐκποιούντων ἐλευθέρους*<sup>23</sup> (О примању туђег робља и отуђивању ослобођеника); *Περὶ δούλων ἐλευθερίας ἢ κληρώσεως*<sup>24</sup> (О ослобађању робова или њиховом наслеђивању).<sup>25</sup>

*byzantinischen Rechtsgeschichte* 26 (*Fontes Minores* XI) (ed. L. Burgmann), Frankfurt am Main 2005, 427 433.

<sup>16</sup> Као што је студија Έ. Παλαγιάννη, *Η νομολογία τῶν ἐκκλησιαστικῶν δικαστηρίων τῆς βυζαντινῆς καὶ μεταβυζαντινῆς περιόδου σέ θέματα περιουσιακοῦ δικαίου: III Κληρονομικό δίκαιο*, Αθήνα Κομοτηνῆ 2010.

<sup>17</sup> Вид. Гај, *Институције*, Београд 2009 (приредио и превео Обрад Станојевић). О манумисији римског права, посебно се може наћи код W. Buckland, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge 2010, 437 552.

<sup>18</sup> Вид. Theodor Mommsen, *Digesta*, Berolini 1899, XL, 4; Paul Krueger, *Institutiones*, Berolini 1899. Манумисију у законодавству цара Јустинијана такође је детаљно изучио W. Buckland, *The Roman Law of Slavery*, 552 572.

<sup>19</sup> *Ecloga*, VIII, 1.

<sup>20</sup> Превод: Л. Маргетића, Margetić, *Ekloga iz 726...*

<sup>21</sup> *Proch. Nom.*, XXXVII.

<sup>22</sup> *Εξάβιβλος*, I, 24, 25; 28 .

<sup>23</sup> *Εξάβιβλος*, VI, 13.

<sup>24</sup> *Σύνταγμα τῶν Θείων καὶ Τερὸν Κανόνων*, Δ12.

<sup>25</sup> Превод: Суботин Голубовић, *Матија Властар: Синтаγμα*, Д12. Могуће је да наслов ове главе треба схватити као „О ослобађању или примању међу клирике“; в. Ευάγγελος Ρούσσου, *Λεξιλόγιον ἐκκλησιαστικοῦ δικαίου I. Βυζαντινόν δίκαιο*, Αθήνα 1948, 276 (*ἡ κλήρωσις*).

Ово није прва прилика у којој се износи став да византијски закони често не одражавају верно односе у друштву у којем су проглашени.<sup>26</sup> Нешто другачији је случај када се ради о тзв. приватним збиркама прописа. Ипак, о приликама једног времена много поузданије сведоче промене у постојећем законодавству које настају другачијом законодавном иницијативом царева. У том проблему, истиче се новелирано законодавство царева Македонске династије, посебно, новине које је у постојеће законодавство унео цар Лав VI Мудри. Проблем ослобађања ропског становништва тема је неколико царских Новела: замонашење и рукоположење роба,<sup>27</sup> положај роба који је рукоположен,<sup>28</sup> власништво над дететом рођеним од мајке робинје или оца роба.<sup>29</sup> Ипак, најближа веза са нашим темом препознаје се читањем Новеле XXXVII цара Лава VI, која се бави спорном ситуацијом у којој се налази роб ослобођен у господаревом тестаменту, који и сâм том радњом стиче активну тестаментарну способност.<sup>30</sup> Наследник цара Лава VI, цар Константин VII Порфирогенит, такође је регулисао једну занимљиву животну ситуацију.<sup>31</sup> Она се односи на интестатско наслеђивање лица која нису оставила потомство. Већ раније је установљено правило по којем се трећина заоставштине тих лица даје за спас душе покојника.<sup>32</sup> У оквиру те трећине, налази се и износ који се додељује робовима, који се, том приликом, ослобађају (*οἱ δοῦλοι, ἀζιούμενοι ἀπὸ τῆς παροῦσης νεαρᾶς ἐλευθερίας*).<sup>33</sup> Тако је Новелом установљен својеврстан основ ослобађања робова, који није нађен у тестаменту, већ управо у чињеници његовог одсуства.<sup>34</sup>

Дакле, средњовизантијски и позновизантијски извори општих правних норми, познају ропство као друштвени феномен, што је у науци често занемарена чињеница.<sup>35</sup> Језичким тумачењем њихових

<sup>26</sup> Вид. Дитер Симон, „Закон и обичај у Византији“, *Анали ПФБ* 2/1987, 145 151.

<sup>27</sup> NL 9; NL 10.

<sup>28</sup> NL 11.

<sup>29</sup> NL 29.

<sup>30</sup> NL. 37.

<sup>31</sup> *Jus graecoromanum I*, 235 238.

<sup>32</sup> *Jus graecoromanum I*, 237. (Nov. XII).

<sup>33</sup> *Jus graecoromanum I*, 235. (Nov. XII).

<sup>34</sup> Упор. Надјинicolau Marava, *Recherches sur la vie des esclaves dans le monde byzantin*, 109.

<sup>35</sup> Упоредимо с тим податке које нам пружају извори с југословенског подручја: није случајност да се робови проналазе у изворној грађи XIII XV века (вид. Александар Соловјев, *Одабрани споменици српског права*, Београд 1926, n° 21; n° 39; n° 42; n° 115; n° 119; за ранији период упор. L. Margetić, Magdalena A. Maršavelska, *Hrvatsko srednjovjekovno pravo: vrela s komentarom*, Zagreb 1990, n° 3; n° 11).

одредаба може се сазнати и више о пореклу тих ретких чинилаца друштвене структуре. И док се у византијским изворима писаним латинским језиком наилази на термин *servus*,<sup>36</sup> законодавство каснијег периода карактерише многострукошћу назива за ропско становништво, која често указује на њихово порекло и улогу у друштву. Тако закони подучавају, када се ради о тестаментарној манумисији, да је реч о *ὁ οἰκέτης*,<sup>37</sup> термину који у античкој грчкој правној традицији и у семантичком смислу, означава тзв. кућног роба.<sup>38</sup> У изворима се ређе среће *ὁ οἰκέτιος* – реч је о врло незгодном термину, карактеристичног значења у позновизантијском периоду.<sup>39</sup> У позним зборницима које смо проучавали, за робове се углавном користи заједнички назив *οἱ δοῦλοι*,<sup>40</sup> да би у појединим одредбама било објашњено поступање према *ἡ θεράπαινα*,<sup>41</sup> *δοῦλος ὁ αλλοτριός*,<sup>42</sup> *δοῦλος ὁ στρατευόμενος*.<sup>43</sup> Такође, разноликост у означавању робља уочена је и међу изворима који нису правног карактера.<sup>44</sup>

### 3. ПРАВНА ПРАКСА

У овом одељку најпре ће бити речи о пореклу робља у дому завештаоца, њиховој улози у домаћинству и односу са завештаоцем. У другом делу, расправљаће се појава робова у улози наследника – прихода и подела испорука, поједини и ретки тестаментарни налози, кодицил као додатни запис.

Евстатије Воила (*Εὐστάθιος ὁ Βόηλας*) у изразу последње воље (1059) говори о својим робовима, рођеним у домаћинству и купљеним (*οἰκογενῆ καὶ ὄντηὰ μου οἰκετικά*).<sup>45</sup> У оквиру даљег навођења сазна-

<sup>36</sup> Упор. D. XL, 4.

<sup>37</sup> *Ecloga* VIII, 1, NL XXXVII.

<sup>38</sup> Упор. Сима Аврамовић, Војислав Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Београд 2007, 91.

<sup>39</sup> Управо због честе употребе термина у документима с јавноправним елементом, његову појаву у приватном праву је тешко истраживати, а ради се и о недо статку изворне грађе. Упор. Jean Verreaux, „Les *oikeioi*. Notes d' Histoire institutionnelle et sociale“, *Revue des études byzantines* 23/1965, 89 98. Љубомир Максимовић, *Византијска провинцијска управа у доба Палеолога*, Београд 1972, 14 15.

<sup>40</sup> *Εξάβιβλος*, I, 28.

<sup>41</sup> *Εξάβιβλος*, I, 24.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> *Εξάβιβλος*, I, 32.

<sup>44</sup> Нпр. *ἀνδραποδίσαντες, γεωργικὰ ἀνδράποδα, ἀνδράποδα ἀγροικικά*; вид. Удалцова, 16; 8; 15. При томе, споран је статус последње категорије зависних лица, о чему ауторка детаљно пише на цитираним странама.

<sup>45</sup> *Le testament d'Eustathios Boilas*, I. 192.

јемо ко су они и на који начин су учествовали у животу завештаоца: једна од њих је слушкиња (*θεραπεινίδα*) Семна (*Σεμνή*), којој припадају две новчане испоруке.<sup>46</sup> Семнин син Василије (*υἰὸν αὐτῆς Βασίλειον*) заслугом оставиоца рукоположен је за свештеника,<sup>47</sup> уз то, Евстатије му је оставио посед који је опскрбљен значајним економским имунитетом, као и испоруку.<sup>48</sup> Силињу (*Σηληννοῦν*), претходно ослобођену робињу, Евстатије даје ћерки Марији за обављање физичког посла (*πρὸς τὸ ἐκδουλεύειν*),<sup>49</sup> за период до следећег индикта.<sup>50</sup> Роб Киријак (*Κοριακός*) је први наведен у одељку тестаментa посвећеном ослобађању.<sup>51</sup> Он је описан као завештаочев друг и животни саборац (*συννατραφέντος*).<sup>52</sup> Киријак, као и његов син Константин, предвиђени су као сингуларни сукцесори,<sup>53</sup> а Константин, иначе син слободне жене – супруге Киријакове,<sup>54</sup> описан је као духовно лице.<sup>55</sup> У засебном одељку завештања наводи се поступање према Зоји, за коју се каже да је купљена робиња (*ἡ δούλη μου ἡ Ζωὴ ἐξωνισθεῖσα παρ' ἐμοῦ*).<sup>56</sup> Каква је била улога ове робиње не знамо, али о блискости са господаром и његовом кућом може да укаже и остатак редова који се односе на њу, а у којима се саопштава господарева жеља у погледу Зојиног живота у слободи.<sup>57</sup> Међутим, и у случају да се жеља не оствари, Евстатије наглашава чињеницу да ће Зоја наставити да живи као слободна,<sup>58</sup> а уз то стоји и формула архаичног значења – биће пуноправна грађанка РOMEЈСКОГ царства, што се на самом почетку одељка о ослобађању у погледу свих робова наглашава (*εἰσὶν ἐλεύθερα καὶ πολῖται Ῥωμαίων*).<sup>59</sup> Посебна олакшица односи се

<sup>46</sup> *Ibid.*, 1. 204.

<sup>47</sup> *Ibid.*, 1. 204 205.

<sup>48</sup> *Ibid.*, 1. 204 206.

<sup>49</sup> Корен речи *ἐκδουλεύειν* може да упути на различита значења. Иако се најчешће непосредно везује за „излаз“ из ропства (уз шта се симболично може посматрати и назив за ропско дете, *ὁ ἐκδουλος*), склони смо да глагол који се на више места, а у сличним приликама наводи, тумачимо као обрађивање земље, рад на пољу, и слично, вид. Evangelinus A. Sophocles, *Greek lexicon of the Roman and Byzantine Periods* (146. B. C. 1100 A. D.), New York 1870, 433.

<sup>50</sup> *Le testament d'Eustathios Boilas*, 1. 196.

<sup>51</sup> *Ibid.*, 1. 196 197.

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> *Ibid.*, 1. 200 201.

<sup>54</sup> *Ibid.*, 1. 198.

<sup>55</sup> *Ibid.*, 1. 203.

<sup>56</sup> *Ibid.*, 1. 248 249.

<sup>57</sup> *Ibid.*, 1. 252 253.

<sup>58</sup> *Ibid.*, 1. 253.

<sup>59</sup> *Ibid.*, 1. 194.

на економски имунитет који се ослобођеницима дарује, на имањима које им завешталац том приликом оставља (*ἔχειν δὲ καὶ τὰ δοθέντα αὐτοὺς ζευγοτόπια ἐλεύθερα παντελεύθερα ἐπὶ διηνεκεῖς χρόνους*).<sup>60</sup>

Из исте епохе (1090) потиче тестамент Симватија Пакуријана (*Συμβάτιος ὁ Πακουριάνος*).<sup>61</sup> Завешталац ослобађа робове (*τῆς ἐμῆς τελευτῆς ἐλεύθερα τοῦ ζυγοῦ τῆς δουλείας*),<sup>62</sup> и осим најосновнијим потрепштинама,<sup>63</sup> награђује их и испорукама.<sup>64</sup> Из наставка завештања сазнајемо да је Симватије имао и своје парике (*ἀνθρώπω μου; ὅσοι ἕτεροι ἴδιοί μου*),<sup>65</sup> за које говори искључиво у вези с предвиђеним испорукама. Да је у Симватијевој породице још увек било робља и после његове смрти, чита се из завештања које је саставила његова супруга Кали, у монаштву Марија (1098).<sup>66</sup> Из садржине тестамена може се закључити да у Калином иметку постоје лица, мушка и женска, која су још увек нису слободна (*δοῦλοι καὶ ἐλεύθεροι, ἄνδρες τὲ καὶ γυναῖκες*).<sup>67</sup> Врло је детаљно описано поступање према многобројним ослобођеницима (*ἀπόδοῦλοι*),<sup>68</sup> за које се поименце не наводи да ли су ослобођени на основу Симватијевог тестамена или на други начин. Део њих је наоружан,<sup>69</sup> по закључку приређивача аката Манастира Ивирина вероватно турског порекла;<sup>70</sup> део очигледно обавља свакодневне послове: за једног ослобођеника се наводи да је рођен у њеном домаћинству.<sup>71</sup> Од Калиних (Маријиних) чланова кућне послуге, из другог документа упознали смо и собара Стефана (*γονικόν μου ἄνθρωπον, κοιτωνίτην Στέφανον*).<sup>72</sup> Кали је имућна и у погледу других, сигурно подређених лица, вероватно парика, којима такође намењује разноврсне испоруке.<sup>73</sup> За неке од њих је изражена жеља да после њене смрти раде као слободна лица (*ἐκδουλεύειν*).<sup>74</sup>

<sup>60</sup> *Ibid.*, I. 195–196.

<sup>61</sup> *Iviron II*, n° 44.

<sup>62</sup> *Ibid.*, I. 13.

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> *Ibid.*, I. 11–12.

<sup>66</sup> *Iviron II*, n° 47.

<sup>67</sup> *Ibid.*, I. 48.

<sup>68</sup> *Ibid.*, I. 36, 38–39, 42–47.

<sup>69</sup> *Ibid.*, I. 39. О војној спреми робова који се сада наводе као ослобођеници, видимо још у тестаменту Симватија Пакуријана, *Iviron II*, n° 44, I. 13.

<sup>70</sup> *Iviron II*, 175.

<sup>71</sup> *Iviron II*, n° 47, I. 47.

<sup>72</sup> *Iviron II*, n° 46, I. 2. О улози собара Стефана у извршењу тестамена Симватија Пакуријана, вид. Матовић, „Епитроп, ...“, 200.

<sup>73</sup> *Iviron II*, n° 47, I. 31–35.

<sup>74</sup> *Ibid.*, I. 35.



Нешто другачија је ситуација у једном тестаменту из XIII века. Монах Теодосије Скаранос (*Θεοδώσιος μοναχὸς ὁ Σκαράνος*) саставио је завештање (између 1270. и 1274. године) у којем је као наследник предвиђен Манастир Ксеропотам.<sup>75</sup> У једном од редова тестамент саопштена је завештаочева жеља у погледу неког Михаила (*Μιχαὴλ τοῦ Παρασκεβᾶ*), његове жене и деце.<sup>76</sup> Михаило је у тестаменту назван елефтером (*ἐλεύθερος*),<sup>77</sup> што може унети забуну у разумевање правног положаја ове породице. Иако није директно наговештено да је манумисија извршена тестаментом, та могућност се не може одбацити. Скаранос је предвидео опремање Михаилове породице трећином земљишног поседа, уз услов да плодове с поседа дају Манастиру.<sup>78</sup> Приређивачи аката Манастира Ксеропотама напомену у односу на Михаила и његову породицу тумаче као манумисију,<sup>79</sup> па постоји шанса да је од ове ропске, а затим елефтерске породице, настала породица манастирских парика, насељена на једном од имања која је Теодор завештао. У наставку се каже да ће Михаилова браћа бити наследници тог имања, у истом статусу – као парици,<sup>80</sup> што иде у прилог тој тврдњи.<sup>81</sup>

Примикирије Јован (*Ἰωάννης ὁ μέγας πριμοκύριος [sic]*) 1384. године саставио је документ<sup>82</sup> који је означен као *ἡ μερικὴ διάταξις*, односно, делимични тестамент.<sup>83</sup> Неке одредбе завештања односе се на поступање према људима које завешталац назива *παῖδεία* или *ἀδελφοί*. У тексту су они разграничени од парика и робова (*οὐ λόγῳ παροικίας ἢ δουλείας*),<sup>84</sup> али су очигледно подређеног положаја. Кроз све одредбе њима посвећене инсистира се на њиховој заштити и заштити њихових потомака, наглашавањем независности и непотчињености (*ἐλεύθεροι καὶ ἀκαταδούλωται*).<sup>85</sup> Положај Јованове „деце“ и „браће“

<sup>75</sup> *Xéropotamou*, n° 9.

<sup>76</sup> *Ibid.*, A: l. 62; B: l. 89.

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> *Ibid.* A: l. 63; B: l. 91.

<sup>79</sup> *Actes de Xéropotamou*, 73.

<sup>80</sup> *Ibid.*, 78.

<sup>81</sup> *Xéropotamou*, n° 9, A: l. 63 64; B: l. 91 92.

<sup>82</sup> Издање: *Actes du Pantocrator*, n° 10.

<sup>83</sup> Византијско право није познавало за услов пуноважности тестамент постављање универзалног наследника, па и тзв. делимични тестамент представља правноваљано располагање. Оно се не би могло упоредити с легатом нити кодицилом римског права, јер су те установе имале самосталан развитак у византијском праву. Делимични тестамент, у овом случају, схватићемо као делимично располагање, како је и примикирије Јован навео, ради својеврсног осигурања његовог творца: подстакнуто жељом да се барем неке ствари уреде пре завештаоачеве смрти. Упор. *Pantocrator*, n° 10, l. 11.

<sup>84</sup> *Actes du Pantocrator*, n° 10, l. 40.

<sup>85</sup> *Ibid.*, l. 37.

није био јасан ни В. Кравари (*В. Κράβαρη*), која је приредила издање аката Манастира Пантократора, али закључује да се не ради о партиципама, будући да су то лица која су нису везана за посед,<sup>86</sup> што се такође чита из редова овог тестаментата.<sup>87</sup> Једно је сигурно, ради се о лицима која су била посебно блиска завештаоцу, како је то приповедано у завештању (*ἐν τῇ ζωῇ μου ἦσαν ἀχώριστοι ἐξ ἐμοῦ οὕτω καὶ μετὰ θάνατον*).<sup>88</sup>

У завештањима која смо анализирали примећује се да предмет испоруке може бити различитог карактера. Чини се да преовлађује новчана испорука, а у корак с њом испорукопримци добијају домаће животиње, односно стоку, затим предмете за личну употребу. Занимљиво је да су у тестаментима до танчина описани предмети који се легирају, па представљају одличан извор за бројне научне дисциплине.

Воиловој слушкињи Семни припадају две новчане испоруке,<sup>89</sup> а њеном сину Василију оставља новчану испоруку у износу од 10 номизми,<sup>90</sup> као и један земљишни посед поткрепљен економским имунитетом.<sup>91</sup> О судбини роба Киријака такође смо детаљно обавештени у овом завештању. Он је већ раније, „у недаћи“ (*τῆς μεγάλης ἀρρωστίας*), био обдарован износом од 15 номизми (како завешталац каже, путем хране и постелине),<sup>92</sup> затим износом од 10 номизми, за период до XIV индикта,<sup>93</sup> и сада Воила завештава нових 10 номизми његовом сину Константину.<sup>94</sup> Споменуте сестре робиње, Софија и Марица, њихови мужеви и деца, по наводу завештаоца слободни, добијају испоруку у два дела.<sup>95</sup> Авазгосовом и Михаиловом сину легира износ од пет, односно три номизме,<sup>96</sup> раније обдарујући њихове очеве земљишним поседима.<sup>97</sup> Роба Маркијана, који се недавно венчао, ослобађа и дарује испоруком.<sup>98</sup> Ослобођеник Сотирик прима легат, а на њега се односи и кодицил.<sup>99</sup> Григорије, који је заједно са

<sup>86</sup> *Actes du Pantocrator*; 98.

<sup>87</sup> *Pantocrator*, n° 10, l. 40.

<sup>88</sup> *Ibid.*, l. 38.

<sup>89</sup> *Boilas*, l. 204 206.

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> *Ibid.*, l. 199.

<sup>93</sup> *Ibid.*, l. 200 201.

<sup>94</sup> *Ibid.*, l. 203.

<sup>95</sup> *Ibid.*, l. 206 208.

<sup>96</sup> *Ibid.*, l. 212.

<sup>97</sup> *Ibid.*, l. 208 209.

<sup>98</sup> *Ibid.*, l. 214.

<sup>99</sup> *Ibid.*, l. 215.

супругом Теодором ослобођен ради спаса душе Воилове покојне супруге, добија легат у износу од три номизме.<sup>100</sup> Силиња и њен будући супруг, Воилов роб Апосфарије, такође добијају легат у износу од три номизме,<sup>101</sup> као и роб Мусесис и његов отац Гарипије.<sup>102</sup>

Ослобођеници Симватија Пакуријана обдаривани су у износу од 20 новчића (*εἴκοσι φόλλεις*),<sup>103</sup> али на њих се односи и одећа (*ἱμάτια*), постелина (*ἐγκοίτια*), и лични иметак (*πεκούλια*), те уобичајена војна опрема (*τὰ ἄλογα καὶ τὰ ἄρματα αὐτῶν*).<sup>104</sup> Пакуријанови људи, први – несачуваног имена, и други – Апелгарпије, добијају одећу (*ἱμάτια*).<sup>105</sup> Други, „људи“, чија имена нису наведена, добијају легат у износу од шест новчића (*φόλλεις*).<sup>106</sup>

Детаљни подаци о обдаривању ослобођеника сазнају се из завештања Симватијеве супруге и извршиоца његовог тестаментa, Кали (Марија). Поименично је наведено пет затечених ослобођеника (*ἀπόδουλοι*),<sup>107</sup> и једно лице које је, чини се, Марија ослободила (*τῷ ἀπελευθέρω μου*),<sup>108</sup> као и још два лица поред којих не стоји епитет, али су такође наведена у одељку који се односи на ослобођенике.<sup>109</sup> Остављају им се приближно једнаке испоруке, а већина је добила: новчани износ различите вредности (*νομίσματα ἑκατόν*;<sup>110</sup> *τριάκοντα νομίσματα*;<sup>111</sup> *εἰκοσιτέσσαρα νομίσματα*).<sup>112</sup> Поред новчаних испорука, у овом случају приметити се и даривање стоке (*τὸ πωλάριον*<sup>113</sup> – наилази се на нека прецизирања – *τὸ μαῦρον*,<sup>114</sup> *τριετές*<sup>115</sup>; *τὸ φορβάδιον*;<sup>116</sup> *τὸ ἀγελάδιον*;<sup>117</sup> *τὸ βοῦδιον*;<sup>118</sup> *τὸ ζευγάριον*<sup>119</sup>), ствари из покућства (*ἡ*

<sup>100</sup> *Ibid.*, l. 219.

<sup>101</sup> *Ibid.*, l. 228 229.

<sup>102</sup> *Ibid.*, l. 230 231.

<sup>103</sup> *Iviron II*, n. 44, l.13.

<sup>104</sup> *Ibid.*, l. 13.

<sup>105</sup> *Ibid.*, l. 10 11.

<sup>106</sup> *Ibid.*, l. 12.

<sup>107</sup> *Iviron II*, n<sup>o</sup>. 47, l. 36 39.

<sup>108</sup> *Ibid.*, l. 36.

<sup>109</sup> *Ibid.*, l. 39.

<sup>110</sup> *Ibid.*, l. 37.

<sup>111</sup> *Ibid.*, l. 38.

<sup>112</sup> *Ibid.*, l. 39.

<sup>113</sup> *Ibid.*, l. 36; 38.

<sup>114</sup> *Ibid.*, l. 36.

<sup>115</sup> *Ibid.*, l. 38.

<sup>116</sup> *Ibid.*, l. 37; 38; 39.

<sup>117</sup> *Ibid.*, l. 37.

<sup>118</sup> *Ibid.*, l. 38.

<sup>119</sup> *Ibid.*, l. 37.

*τραχεῖα*<sup>120</sup> – на једном месту као *καινούργια*<sup>121</sup>), одевних предмета (*τὸ σφικτούριον – τὸ φουφούδιον τὸ ἀληθινόν*;<sup>122</sup> *τὸ βηλάριον – ἡ βαμβακηρά*,<sup>123</sup> *πράσινον*,<sup>124</sup> *βένετον*,<sup>125</sup> *ἀληθινόν*,<sup>126</sup> *ἄσπρον*<sup>127</sup>; *τὸ ἐπιλώρκιον*<sup>128</sup> – ближе *τὸ ἀντιοχίτικον*<sup>129</sup>), драгоцености (*τὸ καυκίον ἀργυρὸν ἄσπρον λεῖον*<sup>130</sup>). У том тестаменту, након исцрпног пасуса који се бави појединостама именованих ослобођеника, стоји општа одредба која се односи на све ослобођенике (*οἱ αὐτοὶ μου ἀπόδουλοι*<sup>131</sup>): свима припада исти комад одеће (*ἱματιφορεσίαν*),<sup>132</sup> наоружање (*ἄρματα*),<sup>133</sup> постељина (*ἐγχοῖτα*)<sup>134</sup> и ствари из њихове личне својине (*πεκοῦλια*).<sup>135</sup>

Потребно је напоменути да се завешталац, осим „материјалних“ испорука, често и на други начин залаже за робове које ослобађа. Из садржине завештања обавештени смо да је Евстатије Воила Семниног сина Василија оженио и помогао му у рукоположењу.<sup>136</sup> Своју робину Силињу такође је удао, за роба Апосфарија.<sup>137</sup> Деци свих ослобођених робова омогућио је образовање у оквиру цркве посвећене Богородици, убрајање међу „клирике“ (*εἰς κληρικὸς τάσσεσθαι*), и издржавање од стране цркве.<sup>138</sup> Остала лица, која би желела да служе његову породицу, то могу учинити као слободна (*ἐκδουλεύειν*), уз примање новчане и натуралне накнаде (*ρόγας καὶ ἀννόνας*), без могућности оставиочевих наследника да их поклоне (*δωρεῖσθαι*) или на други начин отуђе (*ἐκποιεῖσθαι*).<sup>139</sup> У већ поменутом завештању примикирија Јована, завешталац је покушао да на раз-

<sup>120</sup> *Ibid.*, 1. 37; 38; 39.

<sup>121</sup> *Ibid.*, 1. 37.

<sup>122</sup> *Ibid.*.

<sup>123</sup> *Ibid.*, 1. 37; 38.

<sup>124</sup> *Ibid.*, 1. 37.

<sup>125</sup> *Ibid.*

<sup>126</sup> *Ibid.*

<sup>127</sup> *Ibid.*, 1. 37.

<sup>128</sup> *Ibid.*, 1. 36.

<sup>129</sup> *Ibid.*

<sup>130</sup> *Ibid.*, 1. 38.

<sup>131</sup> *Ibid.*, 1. 39.

<sup>132</sup> *Ibid.*

<sup>133</sup> *Ibid.*

<sup>134</sup> *Ibid.*

<sup>135</sup> *Ibid.*

<sup>136</sup> *Ibid.*, 1. 204 205.

<sup>137</sup> *Ibid.*, 1. 228.

<sup>138</sup> *Ibid.*, 1. 219 221.

<sup>139</sup> *Ibid.*, 1. 222 225.

личите начине уреди будућност за лица која је описао као своју, „децу и браћу“. На самом крају завештања изражава се жеља оставиоца у погледу двоје, „деце“ (*μὸν παίδιον*), која припадају породицама Палеологопула и Дука.<sup>140</sup> Јован установљава аделфат (*ἀδελφάτα*) у корист тих лица, у смислу њиховог издржавања у Манастиру Пантократор или на његовим метосима (*ἀκουμβίση δὲ εἰς τὸ μοναστήριον ἢ εἰς ἓν τῶν μετοχίων τοῦ μοναστηρίου*).<sup>141</sup> То одговара заштити коју господар и његова породица, по правилу, дугују ослобођеном робу. Наравно, реч је о двостраном односу, међутим, неке посебне налоге ослобођеницима, осим оних које смо поменули код робиње Зоје, у тестаментима које смо изучавали, завештаоци не предвиђају.

Из оквира римског права се зна да је један од начина ослобођења робова у завештању њиховим именовањем за наследнике. То решење се налази и међу појединим византијским зборницима. Међутим, међу приватноправним документима уочљиво је да су поједине тестаментарне манумисије спроведене путем кодицила (*ἐν τῷ κωδικέλω*), без додатног налога наследнику да у име завештаоца ослободи робове. Као илустрацију, поменућемо ослобођење робиње Зоје Евстатија Воиле, за чије ослобађање је речено да је обављено путем кодицила,<sup>142</sup> али и осталих робова – за која се, додуше не поименце, већ на једном општем месту, наводи да су потврђена у кодицилима.<sup>143</sup> Међутим, случај робиње Зоје је јединствен по томе што она није именована за наследницу, премда се на њу односи већ поменути налог.

#### 4. ЗАВЕШТАОЧЕВИ РАЗЛОЗИ ЗА ОСЛОБАЂАЊЕ: ОСЛОБАЂАЊЕ „ЗА СПАС ДУШЕ“

Посебна околност се односи на завештаочеву мотивацију за ослобађање робља. Као и многобројне друге радње,<sup>144</sup> и манумисија има карактер посебне самилости, па се у изразу последње воље наводи за спас душе покојника. Једно од многобројних ослобађања робова Евстатија Воиле, односи се на манумисију Григорија и Теодоре (*Γρηγόριον καὶ Θεοδώραν*)<sup>145</sup> за коју се наглашава да је учињена за

<sup>140</sup> *Pantocrator*, n° 10, l. 52 57.

<sup>141</sup> *Ibid.*, l. 60 62.

<sup>142</sup> *Boilas*, l. 249.

<sup>143</sup> *Ibid.*, l. 195.

<sup>144</sup> Упор. Тамара Матовић, „Μετὰ θάνατον δῶρον у светогорским актима“, *Περὶ βολος: Mélanges offerts à Mirjana Živojinović* II, (ур. Б. Миљковић, Д. Целебџић), Београд 2015, 427 441.

<sup>145</sup> *Le testament d'Eustathios Boilas*, l. 215 216.

спас душе завештаочеве покојне супруге Ане (*ψυχικὸν τῆς ὀσίας Ἄνης τῆς καὶ συμβίου μου*).<sup>146</sup> Воиласов роб Мусесис (*δοῦλόν μου Μουσέσιν*), и његов отац Гарипион (*τὸν πατέρα αὐτοῦ Γαρίπιον*), добијају легат управо ради покоја душе: ради се о завештаочевом сину Роману (*μου υἱοῦ Ῥωμανοῦ*).<sup>147</sup> Формулу сличну претходнима пронашли смо и у тестаменту Симватија Пакуријана. Након манумисије, ослобођеници и парици ће добити испоруку ради спаса душе оставиоца (*καὶ ψυχικῆς μου σωτηρίας*).<sup>148</sup>

Таква је ситуација и у завештањима с других простора, а из блиске епихе. Једно од њих је завештање сплитског приора Андрије (*Andrea prior*) настало под утицајем византијског права (918).<sup>149</sup> За своју душу (*pro anima mea*) Андрија ослобађа неког Маруна (*Maruno*) с породицом. Ради искупљења (*pro redemptione*) учињена је и манумисија у завештању сплитског приора Петра (*Petrus prior*), настала крајем XI века, којом су ослобођени чланови кућне послуге (*serui et ancille*).<sup>150</sup> И дубровачки тестамент удовице Враније (*Vrania*) садржи одредбу о ослобађању робинје Добре (*Dobra*), управо за спас душе (*pro anima mea*).<sup>151</sup>

И у доцнијим завештањима постоје докази о ослобађању робља. Такав је тестамент кнеза Сола (*Sol*) у којем испоруку једног земљишта самостану Свете Марије (1227) прате виногради, плугови и робови (*tribus vineis et duobus aratris et seruis*) који су очигледно намењени за пољопривредни рад.<sup>152</sup> Битан моменат у овом тестаменту следи после набрајања испоруке, где се наглашава да су то сви робови осим оних који су претходно ослобођени (*exertis quos manu misi*).<sup>153</sup>

Премда се чини да је у византијском праву, као и другим правним системима насталим под његовим упливом, ослобађање

<sup>146</sup> *Ibid.*, I. 215.

<sup>147</sup> *Ibid.*, I. 230 231.

<sup>148</sup> *Iviron II*, n° 44, I. 11 13.

<sup>149</sup> Издање преведеног документа уз коментар, L. Margetić, M. A. Maršavelska, n° 3. Изворни текст документа смо посматрали из издања: Marko Kostrenčić, Jakov Stipišić, Miljen Šamšalović, *Codex diplomaticus regni Croatiae, Dalmatiae et Slavoniae I*, Zagreb 1967, n° 21. О односу византијског права и тог завештања писао је L. Margetić, „*Naše najstarije oporuke i rimsko bizantsko pravo*“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu XXXI/1981*, 424 435.

<sup>150</sup> *Codex diplomaticus regni Croatiae, Dalmatiae et Slavoniae I*, Zagreb 1967, n° 170. О том завештању и византијском праву вид. Marijan Horvat, „*Oporuka splitskog priora Petra*“, *Rad JAZU* 283/1951, 51 119.

<sup>151</sup> *Supplementa. Codex diplomaticus regni Croatiae, Dalmatiae et Slavoniae I*, ur. Hodimir Sirotković, Josip Kolanović, Zagreb 1998, n° 93.

<sup>152</sup> *Supplementa: Codex diplomaticus regni Croatiae, Dalmatiae et Slavoniae I*, n° 49.

<sup>153</sup> *Ibid.*

превасходно мотивисано човекољубивим разлозима, римско право је познавало један практичан случај чију појаву би у византијској правној традицији требало испитати. Дешавало се да презадужени завешталац поклања слободу свом робу, а у вештом правном „трику“, *infamia* због презадужености на овај начин није се везала за име оставиоца и његову породицу, већ ослобођеника. Византијско право, у оним одредбама у којима следи римско, познаје институт сличних одлика који потиче од римског, имена *ἡ ἀτίμωσις*.<sup>154</sup> Ипак, у документима нема назнака да је ова пракса у тестаментима препозната у позновизантијском периоду, нити о њој има говора у збиркама прописа.

## 5. ЗАКЉУЧАК

Већ из свега што ова уска тема истраживања прилаже анализи правног и другог положаја робља, може се закључити да пажња коју су научници посвећивали проблему ропства није неоправдана. Међутим, то је довело до исцрпљености проблема у различитим, али понављаним приступима, претресању и синтетизовању претходних закључака. Не само да правна анализа тестаментарне манумисије није била водећа међу тим студијама, већ на добром делу данас познатих извора није ни обављена. Зато густ простор постојећих истраживања ипак оставља плодно тле за правноисторијску студију.

*Ослобађање* које византијски тестаменти познају различито је по свом карактеру. У неколико случајева реч је правој тестаментарној манумисији, какву је познавало римско право. Ипак, ни у том случају не може се изоставити закључак о другачијем доживљају робља, које се ни у једном проученом случају не наводи у инвентару заоставштине. Однос према ослобођеницима и ослобођенима у завештању разјашњава представу о ропству у средњовизантијском периоду уопште. То се може уочити и наглашавањем ослобађања лица путем каснијег најма његове радне снаге, за којег добија и накнаду. Из једног, иако спорног случаја, посматрамо ослобађање кроз везивање за посад, што је прави доказ о различитим нијансама зависности у Византији и њиховој комплементарности.

Однос ослобођеника и бивших господара зборници закона по правилу објашњавају. Уверили смо се да се он препознаје по, пре свега, важним животним питањима за које се завешталац залаже у корист ослобођеника, а која су често наведена у изразу последње воље.

<sup>154</sup> Упор. Ρούσσοϋ, *Λεξιλόγιον*, 92 (*ἡ ἀτίμωσις*).

Како је познато, у позној Византији *ослобађање* је често симболично и пренаглашено, па је при оваквој анализи потребно бити вишеструко опрезан. Термин који означава ропство (*δουλεία*) није увек добар путоказ у истраживању теме, будући да је низ завештања у којима се *οἱ δοῦλοι* наводе искључиво у значењу царских поданика, док „ослобођени“ (*ὁ ἐλεύθερος*) означава пре свега лица у погледу пореске класификације.

И поред наизглед скученог броја питања које правна анализа ове теме покреће, она је нераздвајни део битних проблема византијског права. Појава ослобођеника као сингуларних сукцесора отвара шире питање критеријума активне и пасивне тестаментарне способности, а и даље од тога, надовезује се на проблеме правне и пословне способности тих лица. Друга стаза која се овим истраживањем отвара односи се на институт кодицила у византијском наследном праву, његов однос с римским институтом и самостални живот који је у Византији поживео.

#### ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Аврамовић, С., Станимировић, В., *Упоредна правна традиција*, Београд 2007. (Avramović, S., Stanimirović, V., *Uparedna pravna tradicija*, Beograd 2007)
- Благојевић, М., *Земљорадња у средњовековној Србији*, Београд 1973. (Blagojević, M., *Zemljoradnja u srednjovekovnoj Srbiji*, Beograd 1973)
- Вомпрајре, Ј., *Actes de Xéropotamou*, Paris 1964.
- Браунинг, Р., „Ропство в византијској империји (600–1200)“, *Византијски временник XIV/1958*. (Browning, R., „Rapstvo v vizantijskoj imperii (600–1200)“, *Vizantijskijj vremennik XIV/1958*)
- Buckland, W., *The Roman Law of Slavery*, Cambridge 2010 (reprint).
- Buckland, W., *The Roman Law of Slavery*, Cambridge 2010.
- Budak N., „Pregled literature i objavljenih izvora o problemu serva i famula u srednjovekovnim društvima na istočnom Jadranu“, *Radovi Instituta za hrvatsku povijest* 17/1984.
- Burgman, L., *Ecloga, das Gesetzbuch Leons III und Konstantinos' V*, Frankfurt am Main 1983.
- Ћремошник, Г., „Izvori za istoriju roblja i servicijalnih odnosa u našem zemljama srednjega vijeka“, *Istorijsko-pravni zbornik* 1/1, Sarajevo 1949.
- Ћремошник, Г., „Naše roblje u srednjem veku“, *Jugoslovenska njiva* 6/1922.



- Čremošnik, G., „Pravni položaj našeg roblja u srednjem veku“, *Glasnik Zemaljskog muzeja u Sarajevu*, 2/1947.
- Гај, *Институције*, Београд 2009. (приредио и превео О. Станојевић), (Гај, *Институције*, Београд 2009. (priredio i preveo O. Stanojević))
- Hadjinicolaou Marava, A., *Recherches sur la vie des esclaves dans le monde byzantin*, Athens 1950.
- Harvey, A., *Economic expansion in the Byzantine empire 900–1200*, Cambridge 1989.
- Horvat, M., „Oporuka splitskog priora Petra“, *Rad JAZU* 283/1951.
- Kaplan, M., *Les hommes et la terre à Byzance du VI<sup>e</sup> au XI<sup>e</sup> siècle*, Paris 1992.
- Kazhdan, A., „The concept of freedom (eleutheria) and slavery (douleia) in Byzantium“, *La notion de liberté au Moyen Age au Moyen âge Islam Byzance Occident* (eds. D. Sourdel, J. Sourdel, G. Makdisi), Paris 1985.
- Каждан, А., „Рабы и мистии в Византии IX-X веков“, *Ученые записки Тульского государственного педагогического института*, 2/1951. (Každan, A., „Rab'i i mistii v Vizantii IX-X vekov“, *Učen'ie zapiski Tul'skogo gosudarstvennogo pedagogičeskogo instituta* 2/1951)
- Kostrenčić, M., Stipišić, J., Šamšarević, M., *Codex diplomaticus regni Croatiae, Dalmatiae et Slavoniae I*, Zagreb 1967.
- Kravari, V., *Actes du Pantocrator*, Paris 1991.
- Krueger, P., *Institutiones*, Berolini 1899.
- Lefort, J. et al., *Actes d'Iviron II*, Paris 1990.
- Lemerle, P., *Cinq études sur le XI<sup>e</sup> siècle byzantin*, Paris 1977.
- Максимовић, Љ., *Византијска провинцијска управа у доба Палеолога*, Београд 1972. (Maksimović, Lj., *Vizantijska provincijska uprava u doba Paleologa*, Beograd 1972)
- Margetić, L., „Ekloga iz 726. godine i njezina važnost za našu pravnu povijest“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/1980.
- Margetić, L., „Naše najstarije oporuke i rimsko-bizantsko pravo“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* XXXI/1981.
- Margetić, L., Maršavelska, M. A., *Hrvatsko srednjovjekovno pravo: vrela s komentarom*, Zagreb 1990.
- Матовић, Т., „Епитроп (ἐπίτροπος) – извршилац тестаментa“, *Зборник радова Византолошког института* 51/2014. (Matović, T., „Epitrop (ἐπίτροπος) – izvršilac testamenta“, *Zbornik radova Vizantološkog instituta* 51/2014)

- Матовић, Т., „Μετὰ θάνατον δῶρον у светогорским актима“, *Περιβολος: Mélanges offerts à Mirjana Živojinović*, т. II (ур. Б. Миљковић, Д. Целебџић), Београд 2015. (Matović, T., „Μετὰ θάνατον δῶρον у светогорским актима“, *Περιβολος: Mélanges offerts à Mirjana Živojinović*, т. II (ур. В. Miljković, D. Dzelebdzić), Beograd 2015)
- Mommsen, T., *Digesta*, Berolini 1899, XL, 4.
- Noailles, P., Dain, A., *Les nouvelles de Léon VI*, le Sage, Paris 1944.
- Острогорски, Г., *О византијском феудализму*, Београд 1969 (= Сабрана дела I), (Ostrogorski, G., *O vizantijskom feudalizmu*, Beograd 1969)
- Острогорски, Г., *Привреда и друштво у византијском царству*, Београд 1969 (= Сабрана дела II), (Ostrogorski, G., *Privreda i društvo u vizantijskom carstvu*, Beograd 1969)
- Петровић, М., *О законоправилу или Номоканону Светога Саве, „Џелјадин“*, Београд 1990. (Petrović, M., *O zakonopravilu ili Nomokanonu Svetoga Save, „Celjadin“*, Beograd 1990)
- Rotman, Y., *Slavery and the Mediterranean world*, Harvard 2009.
- Scheltema, H. J., Holwerda, D., van der Wal N., *Basilicorum libri 60*, Groningen 1953–1988.
- Симон, Д., „Закон и обичај у Византији“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/1987 (Simon, D., „Zakon i običaj u Vizantiji“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/1987)
- Sophocles, E. A., *Greek lexicon of the Roman and Byzantine Periods (146. B. C. – 1100 A. D.)*, New York 1870.
- Соловјев, А., *Одабрани споменици српског права*, Београд 1926. (Solovjev, A., *Odabrani spomenici srpskog prava*, Beograd 1926)
- Сюзюмов, М., „О правовом положенију рабов у Византији“, *Учене записки Свердловског пединститута* 2/1955. (Sjuzjumov, M., „O pravovom položenii rabov v Vizantii“, *Učen“ie zapiski Sverdlovskogo nedinstituta* 2/1955)
- Сюзюмов, М., „О наемном труде у Византији“, *Учене записки Уралског Государственог Универзитета имену А. М. Горьког* 1958. (Sjuzjumov, M., „O naemnom trude v Vizantii“, *Učen“ie zapiski Urad“skogo Gosudarstvennogo Univerziteta imeni A. M. Gork“ogo* 1958)
- Supplementa. Codex diplomaticus regni Croatiae, Dalmatiae et Slavoniae* I, ур. Н. Sirotković, J. Kolanović, Zagreb 1998.
- Šarkiћ, S., „The concept of will in Roman, Byzantine and Serbian mediaeval law“, *Forschungen zur byzantinischen Rechtsgeschichte*

- 26 (*Fontes Minores XI*) (ed. L. Burgmann), Frankfurt am Main 2005.
- Шаркић, С., „Појам тестаментa у римском, византијском и српском средњовековном праву“, *Трећа југословенска конференција византолога* (ур. Љ. Максимовић, Н. Радошевић, Е. Радуловић), Крушевац 2000. (Šarkić, S., „Pojam testamenta u rimskom, vizantijskom i srpskom srednjovekovnom pravu“, *Treća jugoslovenska konferencija vizantologa* (ur. Lj. Maksimović, N. Radošević, E. Radulović), Kruševac 2000)
- Udal'cova, Z., Chvostova, K., „Les structures sociales et économiques dans la Basse-Byzance“, *Jahrbuch der Österreichischen Byzantinistik* 31–1/1981.
- Удальцова, З. В., „Некаторьие изменения в экономическом положении рабов в Византии VI в. (по данным законодательства Юстиниана)“, *Зборник радова Византолошког института (ЗРВИ)* 8/1963. (Udal'cova, Z. V., „Nekotor'ie izmeninija v èkonomičeskom položennii rabov v Vizantii VI v. (po dann'im zakonodatel'stva Justiniana“, *Zbornik radova Vizantološkog instituta* 8/1963)
- Удальцова, З. В., „Положение рабов в Византии VI в.“, *Византийский временник XXIV/1964*. (Udal'cova, Z. V., „Položenie rabov v Vizantii VI v“, *Vizantijskij vremennik XXIV/1964*)
- Verreaux, J., „Les oikeioi. Notes d' Histoire institutionnelle et sociale“, *Revue des études byzantines* 23/1965.
- Властар, М., *Синтаγμα*, Београд 2013. (превод са српскословенског језика Т. Суботин Голубовић). (Vlastar, M., *Sintagma*, Beograd 2013. (prevod sa srpskoslovenskog jezika T. Subotin Golubović).
- Ζερύ, J., Ζερύ, P., *Jus graecoromanum I: Novellae et Aureae Bullae imperatorum post Justinianum*, Athenis 1931.
- Κ. Ἀρμενοπούλου: *Πρόχειρον νόμων ἢ Ἑξάβιβλος*, Αθήνα 1971 (ed. Κ. Γ. Πιτσάκης). (Κ. Armenopoulou: *Proheiron nomōn ē Hexabiblos*, Athēna 1971 (ed. K. G. Pitsakēs))
- Παπαγιάννη, Έ., *Το οἰκονομικά τοῦ ἔγγαμου κλήρου στό Βυζάντιο*, Αθήνα 1986. (Papagiannē, E., *To oikonomika tou engamou klērou sto Byzantio*, Athēna 1986)
- Παπαγιάννη, Έ., *Ἡ νομολογία τῶν ἐκκλησιαστικῶν δικαστηρίων τῆς βυζαντινῆς καί μεταβυζαντινῆς περιόδου σέ θέματα περιουσιακοῦ δικαίου: III Κληρονομικό δίκαιο*, Αθήνα-Κομοτηνῆ 2010. (Papagiannē, E., *He nomologia tōn ekklesiastikōn dikastēriōn tēs byzantinēs kai metabyzantinēs periodou se themata perioussiakou dikaiou: III Klēronomiko dikαιο*, Athēna-Komotēnē 2010)

Ῥάλλη, Γ., Ποτλής, Μ., *Σύνταγμα των Θείων και Τερών Κανόνων*, Ἀθήνησιν 1859. (Rallē, G., Potlēs, M., *Syntagma tōn Theiōn kai Hierōn Kanonōn*, Athēnēsīn 1859)

Ρούσσοσ, Ε., *Λεξιλόγιον ἐκκλησιαστικοῦ δικαίου Ι. Βυζαντινόν δίκαιον*, Ἀθήναι 1948. (Roussos, E., *Lexilogion ekklesiastikou dikaiou I. Byzantinon dikaion*, Athēnai 1948)

Tamara Matović, LL.M.

Research Assistant

The Institute for Byzantine studies, SASA

PhD candidate at the Faculty of Law, University of Belgrade

## A CONTRIBUTION TO THE STUDY OF THE MEDIEVAL LAW: MANUMISSIO TESTAMENTARIA (ΕΛΕΥΘΕΡΙΑ ἘΝ ΔΙΑΘΗΚῃ ἘΓΓΡΑΦΟΜΕΝῃ) IN BYZANTINE WILLS

### *Summary*

Wills and contracts are one of the main sources for the history of the Byzantine private law. In this article we have analyzed wills that are dated in the period of XI to XIV century. Manumission of the subordinate class of slaves, *parikoi* and serfs is an interesting and quite frequent phenomenon in wills. In a couple of different sources, testators gave freedom to the mentioned groups of people, most often being motivated by spiritual and holy causes. Testators usually provided the best care for a new freedman, involving family members to bear with his education and upkeep. In this article we are also imposing many questions that are particularly significant for the legal analysis, such as the form of manumission, the issue of slaves who become inheritors, value and the nature of legats, etc.

Manumissions could have diverse nature. In some cases we can compare it with the testamentary manumission of the Roman private law, despite of the fact that slaves in the Byzantine law were never included in the inheritance mass. The relationship between testator/master and serf can explain better the nature of enslavement in Byzantium. That union is specific, known for life-important questions and needs of freedman, which master-testator resolves.

It is a well-know fact that manumission – *elefteria* is sometimes just another ambiguous term in the Byzantine sources. In exploring the legal institute of *manumissio testamentaria* one must be careful, because

not every manumission is the real one, not every *doulos* and *oikeios* is a slave, and not every *elefteros* is a freedman.

This part of Byzantine social and economic history is known to be very well studied and explored by scholars. Although this being a case, we must emphasize the shortage of legal studies in this field of Byzantine studies. We find this theme very important to the Studies of History of law, especially due to its complex relation to wills, codicils, legats and also characteristics of testators and hereditors.

Key words: *Byzantine law. – Will. – Codicil. – Passive testamentary capacity. – Manumission.*

Article history

Received: 8. 9. 2015.

Accepted: 16. 5. 2016.

Милена Чоркало, мастер\*

## ПОТРОШАЧ У ПРАВУ ОСИГУРАЊА

У раду се анализира појам потрошача у праву Европске уније и, посебно, појам потрошача у осигурању. Разматра се да ли се појам потрошача из постојећег потрошачког *acquis a*, може применити и у сектору осигурања, имајући у виду специфичности услуге осигурања. Ово стога што је у осигурању нарочито изражена неравноправност уговорних страна, а производ осигурања је сложен и захтева посебну стручност и знања. Зато се анализира могућност и потреба проширења појма потрошача осигурања, како би свим лицима која су у неравноправном положају омогућила додатна заштита прилагођена њиховим потребама. Затим се разматра појам потрошача и у српском праву *de lege lata*, посебно у односу са комунитарним правом. У раду се указује да је неопходно да се у српском праву прате тенденције комунитарног права и усвоји шири појам потрошача осигурања. Истиче се да је потребно дефинисати ко ужива право на заштиту према осигуравачу, а коме таква заштита није потребна, како би та заштита била адекватна, и остављен простор за даљи развој тржишта осигурања.

Кључне речи: Потрошач. *Acquis communautaire*. Принципи европског уговорног права осигурања. Преднацрт Грађанског законика Србије. Хармонизација српског права осигурања са правом ЕУ.

### 1. УВОД

Од друге половине претходног столећа потрошач постаје феномен који захтева посебно место у друштвеним односима и тиме специфичну правну регулацију. Оно што је *differentia specifica* потрошача у односу на друге учеснике облигационих односа је његов неравноправан положај. Потрошачем се може назвати лице које купује одређену робу на тржишту, односно користи одређене услу-

---

\* Ауторка је докторанд на Правном факултету Универзитета у Београду, [vrancimilena@gmail.com](mailto:vrancimilena@gmail.com).

ге које нуди трговац – лице које се бави одређеном делатношћу ради остваривања профита. Како се трговац бави у виду занимања одређеном делатношћу, он је у могућности да стекне економску моћ и посебна знања која га стављају у доминантан положај у односу на другу страну уговорницу.

Неравнотежа између страна уговорница је одувек постојала, као што постоји и данас. Право је увек тражило начине да ову неравнотежу уклони, односно барем ублажи, тамо где је уклањање немогуће. Један од начина су општа начела уговорног права, која представљају средства да би се постигли циљеви које себи право ставља у задатак.<sup>1</sup> Најопштија начела грађанског права су начело аутономије воље (приватне аутономије) и начело свесности и поштења.<sup>2</sup> Аутономија воље имала свој најпотпунији израз у епохи либералног капитализма када је *Laissez faire laissez passer* представљао принцип економске политике либералног капитализма.<sup>3</sup> У свом буквалном значењу и апсолутном смислу аутономија воље никада ни у једном законодавству била прихваћена.<sup>4</sup> Као израз правне једнакости, водила је злоупотребама у условима економске и социјалне неједнакости.<sup>5</sup> Зато је начело аутономије воље увек трпело бројна ограничења, која су водила морализацији и социјализацији права.<sup>6</sup> Пре свега, овом начелу се супротставља начело свесности и поштења, у смислу равнотеже између егоистичног у праву, с једне, и етичког и социјалног, с друге стране.<sup>7</sup> Затим принцип једнаке вредности узајамних давања у двостраним уговорима, којим се штите не само појединачни већ и друштвени интереси.<sup>8</sup> Општа начела су конкретизована кроз низ норми којима се уређују међусобни односи уговорних страна.

Развојем привреде и глобализацијом тржишта у другој половини XX века постало је јасно да традиционални институти облигационог права нису довољни да пруже адекватну заштиту потрошачима.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> Оливер Антић, *Облигационо право, приручник за полагање правосудног испита*, Службени гласник, Београд 2010<sup>2</sup>, 15.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 1996<sup>3</sup>, 75.

<sup>4</sup> Слободан Перовић, *Облигационо право*, Привредна штампа, Београд 1980<sup>4</sup>, 158.

<sup>5</sup> О. Станковић, В. Водинелић, 75.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> О. Антић, 18.

<sup>8</sup> Слободан Перовић, *Закон о облигационим односима*, Службени гласник, Београд 2009<sup>18</sup>, 36.

<sup>9</sup> Наташа Петровић Томић, *Заштита потрошача услуга осигурања – анализа и предлог унапређења регулаторног оквира*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015а, 47.

Уговорна неравнотежа између трговца и купца његових производа, односно корисника његових услуга је постала таква да је захтевала посебну интервенцију законодавца. Интервенција је била тако свеобухватна да је из ње проистекла нова грана права: потрошачко право. Потрошачко право настало је, заправо, с циљем заштите лица која се могу назвати нестручњацима приликом закључења уговора с професионалцима.<sup>10</sup>

Посебна правила којима се штите интереси потрошача представљају значајно одступање од класичних парадигми уговорног права као што је начело аутономије воље и начело једнакости странака. Права потрошача (и) у уговорним односима штите се правилима која имају конгентну, а понекад чак и јавноправну природу.<sup>11</sup>

Да би се одредио круг субјеката који имају право на проширену заштиту у односу на трговце, који су у јачој позицији, нужна је прецизна дефиниција „потрошача“.<sup>12</sup>

## 2. ПОТРОШАЧ У ПРАВУ ОСИГУРАЊА

У праву Европске уније заштити потрошача данас припада централно место међу правним подручјима уговорног права захваћеним процесом хармонизације.<sup>13</sup> Право заштите потрошача се развијало као део пројекта стварања унутрашњег тржишта.<sup>14</sup> Висок степен заштите потрошача постављен је као циљ политике уније, без којег није могуће постићи стварање унутрашњег тржишта, са слободним кретањем робе, људи, услуга и капитала.<sup>15</sup> Заштита здравља, безбедности и економских интереса потрошача, као и подстицање њиховог права на информисање, образовање и удруживање ради заштите њихових интереса стављени су у функцију стварања унутрашњег тржишта.

---

<sup>10</sup> Н. Петровић Томић (2015а), 48.

<sup>11</sup> Силвија Петрић, Увод у начела еуропског уговорног права (Ландова на чела), *Зборник Правног факултета свеучилишта у Ријеци* 1/2008, 30.

<sup>12</sup> Margus Kingisepp, Age Värvi, „The Notion of Consumer in EU Consumer Acquis and the Consumer Rights Directive – a Significant Change of Paradigm?“, *Juridica International*, XVIII/2011, [http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji\\_2011\\_1\\_44.pdf](http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2011_1_44.pdf), 9. април 2016, 44.

<sup>13</sup> Srećko Jelinić, Dubrovka Akšamović, „Ugovorno pravo Evropske unije na prekretnici“, *Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu* 1/2012, 222.

<sup>14</sup> *Ibid.*, 223.

<sup>15</sup> Уговор о функционисању Европске уније, *Official Journal of the EU* C 326/47 од 26. 10. 2012, чл. 114 и 169; Повеља о основним правима Европске уније (2010/C 83/02), *Official Journal of the EU* C 83/389 од 30. 3. 2010, чл. 38.



У садашњем потрошачком *aquis*-у у сваком усвојеном документу појам потрошача је био посебно дефинисан.<sup>16</sup> С обзиром на то да су предвиђене у различитим ЕУ инструментима, дефиниције потрошача се не подударају у потпуности.<sup>17</sup> Директива о неправичним одредбама у потрошачким уговорима дефинише потрошача као физичко лице које, у уговорима које регулише ова директива, делује у сврхе које су изван његове трговачке, пословне или професионалне делатности.<sup>18</sup> Сличну дефиницију садржи Директива о непоштеној трговачкој пракси,<sup>19</sup> Директива о правима потрошача,<sup>20</sup> као и друге директиве.<sup>21</sup>

Може се рећи да већина директива описује потрошача помоћу две централне карактеристике: а) потрошач је физичко лице и б) када закључује уговор он дела у сврхе које су ван његових трговачких или професионалних активности.<sup>22</sup> Ово значи да директиве усвајају негативну дефиницију потрошача. Оне дефинишу потрошача помоћу сврхе ради које се предузима потрошачка трансакција, која мора бити изван његове пословне, професионалне или трговачке делатности.<sup>23</sup> Појам потрошача у потрошачком *acquis*-у одређен је на основу комбинације персоналног (физичко лице) и функционалног (закључење посла за непрофесионалне односно непословне сврхе) елемента.<sup>24</sup> И Нацрт Општег референтног оквира (*Draft Common*

<sup>16</sup> М. Kingisepp, A. Värvi, 45.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> Директива Савета 93/13/ЕЕЗ од 5. 4. 1993. о неправичним одредбама у потрошачким уговорима, *Official Journal of the EU* L 95/29 од 21. 4. 1993, чл. 2.

<sup>19</sup> Директива 2005/29/ЕЗ Европског парламента и Савета од 11. 5. 2005. о непоштеној трговачкој пракси трговачког субјекта у односу према потрошачу на унутрашњем тржишту и измени Директиве Савета 84/450/ЕЕЗ Директива 97/7/ЕЗ, 98/27/ЕЗ и 2002/65/ЕЗ Европског парламента и Савета као и Уредбе (ЕЗ) бр. 2006/2004 Европског парламента и Савета, *Official Journal of the EU* L 149/22 од 11. 6. 2005, чл. 2, тач. 1.

<sup>20</sup> Директива 2011/83/ЕУ Европског парламента и Савета од 25. 10. 2011. о правима потрошача, измени Директиве Савета 93/13/ЕЕЗ и Директиве 1999/44/ЕЗ Европског парламента и Савета и о стављању ван снаге Директиве Савета 85/577/ЕЕЗ и Директиве 97/7/ЕЗ Европског парламента и Савета, *Official Journal of the EU* L 304/64 од 22. 11. 2011, чл. 2 тач. 1.

<sup>21</sup> Вид. Martin Ebers „The notion of ‘consumer’”, *EC Consumer Law Compendium. Comparative Analysis* (eds. H. Schulte Nölke, C. Twigg Flesner, M. Ebers), 2008, <http://www.eu-consumer-law.org/consumerstudy-part3a-en.pdf>, 9. април 2016, 713–715.

<sup>22</sup> М. Kingisepp, A. Värvi, 45; М. Ebers, 715.

<sup>23</sup> О позитивној и негативној дефиницији потрошача вид. Н. Петровић Томић (2015а), 66.

<sup>24</sup> *Ibid.*, 65.

*Frame of Reference*) преузима ову дефиницију.<sup>25</sup> При том прецизира да је трговац *физичко* или *правно* лице, без обзира да ли је у државном или приватном власништву који дела у сврхе које се односе на његов посао или професију, *чак и када предузимањем активности не намерава да оствари профит*.<sup>26</sup> Кроз ограничење на физичка лица, мала и средња предузећа и непрофитабилна удружења остају без заштите.<sup>27</sup>

### 3. МЕСТО ПОТРОШАЧА У СРПСКОМ ПРАВУ

*Lex generalis* за облигационе односе у Србији је Закон о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО).<sup>28</sup> ЗОО не познаје појам потрошача, ни потрошачких уговора, иако садржи нека правила која имају за циљ заштиту слабије уговорне стране,<sup>29</sup> што је сасвим разумљиво с обзиром на време када је донет. Посебан закон о заштити потрошача донет тек 2002. године,<sup>30</sup> док је сада на снази Закон о заштити потрошача из 2014. године.<sup>31</sup> За кориснике финансијских услуга, као посебну врсту потрошача, донет је посебан пропис.<sup>32</sup> Сада када се ради на изради Грађанског законика Србије не постоји јасан став да ли потрошачки уговори треба да буду кодификовани заједно с осталим облигационим односима.<sup>33</sup>

<sup>25</sup> О Нацрту Општег референтног оквира (*Draft Common Frame of Reference*) више вид. Славко Ђорђевић, „Принципи европског уговорног права осигурања — будући опционални инструмент права ЕУ?“, *Ревизија за право осигурања* 2/2011, 20; С. Јелинић, Д. Акшамовић, 236.

<sup>26</sup> Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition: I:105: „Consumer“ and „business“ (1) A „consumer“ means any natural person who is acting primarily for purposes which are not related to his or her trade, business or profession. (2) A „business“ means any natural or legal person, irrespective of whether publicly or privately owned who is acting for purposes relating to the person’s self employed trade, work or profession, even if the person does not intend to make a profit in the course of the activity; [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf\\_r\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf_r_outline_edition_en.pdf), 8. април 2015, 178.

<sup>27</sup> М. Ebers, 725.

<sup>28</sup> Закон о облигационим односима — ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/03.

<sup>29</sup> Борко Михајловић, „Има ли места потрошачким уговорима у новом Грађанском законнику Србије“, *Право и привреда* 4–6/2015, 488.

<sup>30</sup> Закон о о заштити потрошача (*Службени лист СРЈ*, бр. 37/02).

<sup>31</sup> Закон о заштити потрошача (*Службени гласник РС*, бр.62/14).

<sup>32</sup> Закон о заштити корисника финансијских услуга (*Службени гласник РС*, бр. 36/11 и 139/14).

<sup>33</sup> Б. Михајловић, 488.

Већ Закон о заштити потрошача и Закон о заштити корисника финансијских услуга потрошача не дефинишу на исти начин. У Закону о заштити потрошача потрошач је физичко лице које на тржишту прибавља робу или услуге у сврхе које нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности.<sup>34</sup> Закон о заштити корисника финансијских услуга за своје потребе проширује појам потрошача, тј. овде корисника финансијске услуге. То је и даље само физичко лице, али, поред лица које финансијске услуге користи у сврхе које нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности, што је концепт Закона о заштити потрошача, потрошачем се сматрају и предузетник и пољопривредник, као носилац или члан породичног пољопривредног газдинства.<sup>35</sup> Закон о трговини такође даје своју дефиницију потрошача: потрошач је физичко лице које купује робу, односно услуге ради задовољавања личних потреба или потреба домаћинства.<sup>36</sup> Преднацрт Грађанског закона Србије<sup>37</sup> само у неколико чланова помиње потрошаче,<sup>38</sup> али не дефинише појам потрошача, нити систематски регулише правила која се односе на њих.

Из наведеног се може закључити да појам потрошача у нашем праву још увек није јасно дефинисан и да се различита лица могу наћи у улози слабије уговорне стране којој је потребна заштита на тржишту. Закон о заштити потрошача прихвата негативну дефиницију потрошача, где потрошачка трансакција у коју ступа мора бити изван његове пословне, професионалне или трговачке делатности, док Закон о трговини потрошача дефинише позитивно према сврси предузимања потрошачке трансакције – за задовољавање личних потреба или потреба домаћинства.<sup>39</sup> Најшири концепт потрошача прихвата Закон о заштити корисника финансијских услуга, који

<sup>34</sup> Закон о заштити потрошача, чл. 5, ст. 1, тач. 1.

<sup>35</sup> Закон о заштити корисника финансијских услуга, чл. 2, ст. 1, тач. 9.

<sup>36</sup> Закон о трговини (*Службени гласник РС*, бр. 53/10,10/13), чл. 2, ст. 1, тач. 1.

<sup>37</sup> [http://www.kopaonikschool.org/dokumenta/C\\_Obligacioni\\_odnosi.pdf](http://www.kopaonikschool.org/dokumenta/C_Obligacioni_odnosi.pdf).2014., 9. јун 2015, даље у фуснотама и тексту Преднацрт ГЗ.

<sup>38</sup> У чл. 4 (алтернатива) Забрањена је злоупотреба доминантног положаја на тржишту којом се формално или фактички повређују правила о заштити потрошача; чл. 97, ст. 2 Однос општих услова и индивидуалних уговора: када организација потрошача уговори опште услове за појединачне уговоре индивидуалних потрошача, ти услови су саставни делови свих уговора које они закључују; чл. 424 предвиђа да се на потрошачку продају примењују посебни прописи о заштити потрошача; чл. 1356 корисник банкарске услуге је клијент банке који у погледу конкретног банкарског посла има својство потрошача; чл. 1358, ст. 2 (алтернатива) предвиђа супсидијерну примену Грађанског законика на правни однос између банке и корисника банкарске услуге у односу на прописе којима се регулише заштита корисника финансијских услуга, односно потрошача.

<sup>39</sup> Н. Петровић Томић (2015а), 66.

прихвата негативну дефиницију, али сматра да су и за предузетника и пољопривредника, поред физичког лица, финансијске услуге, као потрошачке трансакције, ван њихове пословне или комерцијалне делатности. Најужи концепт усвојио Закон о трговини са својом позитивном дефиницијом потрошача.

Оно што је заједничко наведеним дефиницијама је да све подразумевају да је потрошач физичко лице.

#### 4. ПОЈАМ ПОТРОШАЧА У ПРАВУ ОСИГУРАЊА

Специфичност уговора о осигурању је да се ради о уговору који се закључује са субјектом који према слову закона мора имати завидну економску снагу.<sup>40</sup> Друга страна уговорница ће у највећем броју случајева бити у подређеном економском положају. Затим, ради се о сложеној материји, која захтева, поред познавања прилично компликованих правила уговорног права осигурања, и познавање финансија, пореских прописа, стручне терминологије, што води информационој неравноправности уговорних страна. Техника закључења ових уговора свакако не доприноси уклањању уговорне неравнотеже. Наиме, ови уговори се најчешће закључују као уговори по приступу, где је аутономија воље једне уговорне стране сведена на избор да закључи или не закључи уговор, без икакве могућности да утиче на његову садржину.

Потрошач осигурања нема ни стручна ни правна знања, као ни економску моћ која му дозвољава да преговара о условима уговора који су, као општи услови, једнострано редиговани од стране осигураваача.<sup>41</sup> Он зато чини објекат посебне заштите, која не представља новину, већ значајну силу права осигурања.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Закон о осигурању ЗО (*Службени гласник РС*, бр.139/2014), даље у фуснотама и тексту ЗО, прописује да друштво за осигурање мора бити основано у форми акционарског друштва (чл. 23), као и да основни капитал не може износити мање од 3.200.000 евра за животна осигурања, реосигурање, све врсте неживотних осигурања, и поједине врсте неживотних осигурања у која спадају: осигурање од одговорности због употребе моторних возила, осигурање од одговорности због употребе ваздухоплова, осигурање од одговорности због употребе пловних објеката, осигурање од опште одговорности за штету, осигурање кредита и осигурање јемства, односно 2.200.000 евра за поједине врсте неживотних осигурања, осим појединих врста неживотних осигурања наведених горе за које се тражи већи основни капитал, као и да при оснивању новчани део основног капитала мора износити 100% наведе них износа (чл. 27).

<sup>41</sup> Yvonne Lambert Faivre, Laurent Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz Precis Dalloz, 2011<sup>13</sup>, 107.

<sup>42</sup> *Ibid.*

Правни положај потрошача постало је једна од најважнијих тема на тржишту осигурања у целој Европи.<sup>43</sup> Без обзира на то, директиве које регулишу делатност осигурања у Европској унији не познају појам потрошача. У Директиви о животном осигурању, као и у Директиви Солвентност II потрошачи се помињу само у контексту информација које им је потребно пружити да би, на унутрашњем тржишту, на коме постоји шири и разноврснији избор уговора, изабрали уговор који одговара њиховим потребама.<sup>44</sup>

Зато, у комунитарном праву осигурања при одређивању потрошача прво се окрећемо дефиницијама потрошачких директива. То ће, пре свега, бити Директива о неправичним одредбама у потрошачким уговорима, где је потрошач физичко лице које делује у сврхе које су изван његове трговачке, пословне или професионалне делатности. С обзиром на однос снага уговорних страна у уговору о осигурању, поставља се питање да ли је овако дефинисан појам потрошача довољан, да би се њиме заштитио круг лица којима је у праву осигурања заштита неопходна.

Директивом о правима потрошача дата је могућност државама чланицама да прошире примену њених правила на правна лица или физичка лица која нису потрошачи у смислу ове директиве.<sup>45</sup> Али, она изван поља своје примене оставља финансијске услуге, у које свакако спадају и услуге осигурања.<sup>46</sup> Слична могућност је дата и Директивом о трговању на даљину финансијским услугама:<sup>47</sup> мада дефинише потрошача као и друге директиве,<sup>48</sup> оставља простора државама чланицама да потрошачку заштиту пруже и непрофитним организацијама и лицима која користе финансијске услуге да би постали предузетници.<sup>49</sup> С обзиром на уско поље примене наведених изузетака, може се закључити да у комунитарном праву осигурања

<sup>43</sup> Anna Tarasiuk Flodrowska, „Клазуле злоупотребе у потрошачким уговорима и уговору о осигурању Најновији трендови у Европи“, *Европска ревија за право осигурања* 1/2014, 22.

<sup>44</sup> Преамбула Директиве 2002/83/ЕЗ Европског парламента и Савета од 5. 11. 2002. о животном осигурању, *Official Journal of the EU* L 345/6 од 19. 12. 2002, тач. 52 и Преамбула Директиве 2009/138/ЕЗ Европског парламента и Савета од 25. 11. 2009. о оснивању и обављању делатности осигурања и саосигурања (Солвентност II), *Official Journal of the EU* L 335/8 од 17. 12. 2009, у примени од 1. 1. 2016, тач. 79.

<sup>45</sup> Преамбула Директиве о потрошачким правима, тач. 13.

<sup>46</sup> Директива о потрошачким правима, чл. 3, ст. 3д.

<sup>47</sup> Преамбула Директиве 2002/65/ЕЗ Европског парламента и Савета од 23. 9. 2002. о трговању на даљину финансијским услугама које су намењене потрошачима и измени Директиве савета 60/619/ЕЗ и директива 97/7/ЕЗ и 98/27/ЕЗ, *Official Journal of the EU* L 271/16 од 9. 10. 2002, тач. 29.

<sup>48</sup> Директива 2002/65/ЕЗ, чл. 2, ст. 1 д.

<sup>49</sup> Преамбула Директиве 2002/65/ЕЗ, тач. 29.

потрошачким правима која се односе на предуговорне информације и неправичне уговорне одредбе штите само физичка лица изван својих пословних и професионалних активности.

У животним осигурањима обавеза предуговорног информисања је широко постављена и проширена на обавезу информисања током трајања уговора.<sup>50</sup> Код ових осигурања подразумева се да је уговорач осигурања, односно осигураник, физичко лице, па се код ових осигурања не доводи у питање да ли се он може сматрати потрошачем. Правила о неправичним уговорним одредбама из Директиве о неправичним уговорним одредбама, широк круг потрошачких информација и право на једнострану одустанак од уговора<sup>51</sup> представљају корпус права којима се потрошачу, уговарачу животног осигурања може гарантовати висок степен заштите. Што је и разумљиво, јер треба имати у виду да је приватно пензионо осигурање, као врста животног осигурања важан елемент за обезбеђење социјалне егзистенције.<sup>52</sup>

Ствар је другачија у неживотним осигурањима. Уговарач осигурања овде може бити и физичко и правно лице. Када је у питању физичко лице које закључује уговор о осигурању изван његове пословне, професионалне или трговачке делатности, нема дилеме да ће се на овакве уговоре применити правила о неправичним уговорним клаузулама и потрошачким информацијама из потрошачких директива. Али, сврха закључења уговора о осигурању може се тумачити на различите начине. Тако, поставља се питање да ли су сви уговори о осигурању које закључује предузетник, припадник слободне професије, непрофитна организација или мало привредно друштво изван његове пословне, професионалне или трговачке делатности. Они су овде по својој стручности, економској снази и информисаности много ближи физичким лицима потрошачима.<sup>53</sup> Тиме долазимо до ширег поимања потрошача, где би се појам потрошача тумачио

<sup>50</sup> Директива о животном осигурању, који упућује на Анекс III Директиве у коме су наведене потрошачке информације, чл. 36; Директива Солвентност II проширује ову листу за животна осигурања, чл. 136. Вид. Angelo Borselli, „Cognoscat emptor: о обавези осигуравача на давање информација потенцијалном осигуранику у Европи“, *Ревуја за право осигурања* 2/2012, 46-47.

<sup>51</sup> Директива о животним осигурањима, чл. 35 даје право уговарачу осигурања (*policy holder*) који је закључио индивидуални уговор о животном осигурању да откаже уговор (*cancel the contract*) у року који ће одредити држава чланица, а који треба да буде између 14 и 30 дана од када је информисан да је уговор закључен (*cancellation period*); право је предвиђено због дужине обавезивања уговором, па државе чланице нису обавезне да га предвиде за уговоре чије је трајање краће од шест месеци (ст. 2, чл. 35); исто правило преузимају и Принципи европског уговорног права осигурања у чл. 2:203 под насловом *cooling off period*.

<sup>52</sup> Наташа Сасерат Алберти, „Нове тенденције у области заштите потрошача у Европи и Немачкој“, *Право осигурања Србије у транзицији ка европском (ЕУ) праву осигурања*, зборник радова, Аранђеловац 2013, 128.

<sup>53</sup> Н. Петровић Томић (2015а), 73.

циљно, а не чисто језички. Другим речима, право на заштиту треба да ужива свако лице које се налази у тзв. *типичној потрошачкој улози*.<sup>54</sup>

Трећа директива неживотног осигурања предвиђа знатно ужи круг информација које је друштво за осигурање дужно да пружи уговарачу осигурања и то само ако је уговарач осигурања физичко лице.<sup>55</sup> Али, ако се осигурање нуди на основу права пословног настанка или слободе пружања услуга предуговорне информације чини и обавештавање о држави чланици у којој се налази седиште друштва, или држави чланици филијале с којом ће се уговор склопити. Сви документи који се издају уговарачу осигурања морају садржати ове информације, а уговор и сваки други елемент који пружа покриће мора садржати информацију о адреси седишта, или филијале друштва за осигурање које пружа покриће.<sup>56</sup> Критеријум заштите уговарача осигурања овде је друкчији – ако је у питању закључивање уговора о осигурању на основу права пословног настанка или слободе оснивања, обавештење о држави чланици у којој се налази седиште друштва, или држави чланици филијале с којом ће се уговор склопити мора бити пружено само уговарачу осигурања који се осигурава од такозваних „масовних“, односно „потрошачких“ ризика.<sup>57</sup> Директива Солвентност II само понавља садржај Треће директиве о неживотном осигурању, без доношења било каквих промена.<sup>58</sup>

Подела на „масовне“, тј. „потрошачке“ и „велике“, односно „комерцијалне“ ризике извршена је у Другој директиви неживотног осигурања, ради ефикаснијег стварања јединственог тржишта осигурања. Наиме, оцењено је да поједини уговарачи осигурања немају потребу за посебном заштитом у држави у којој се налази ризик, с обзиром на свој статус, величину и врсту осигураног ризика и зато треба да уживају пуну слободу избора на што ширем тржишту осигурања, а да је осталим уговарачима осигурања потребно гарантовати одговарајућу заштиту. У „велике“ ризике су сврстани ризици који се односе на железничка возила, ваздухоплове, пловила, робу у превозу, одговорност за употребу ваздухоплова и пловила, затим ризици осигурања кредита и гаранција, под условом да уговарач осигурања обавља пословну делатност у индустријском или комерцијалном сектору или се бави слободним занимањима,

<sup>54</sup> *Ibid.*, 71.

<sup>55</sup> Директива Савета 92/49/ЕЕЗ од 18. 6. 1992. о усклађивању закона и других прописа који се односе на директно осигурања осим животног осигурања и из мени Директива 73/239/33Е и 88/357/ЕЕЗ (Трећа директива неживотног осигурања) *Official Journal of the EU* L 228/1 од 11. 8. 1992, чл. 31.

<sup>56</sup> Директива 92/49/ЕЕЗ, чл. 43.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> Директива Солвентност II, чл. 183 и 184; А. Borselli, 48.

а ризици се односе на ту делатност, као и ризици пожара, осталих оштећења имовине, опште одговорности и разних финансијских губитака када уговарач осигурања прекорачи ограничења која се тичу прихода друштва и броја запослених.<sup>59</sup> Може се закључити да је у неживотним осигурањима у комунитарном праву, барем када се ради о прекограничном пружању услуга осигурања, прихваћен шири концепт потрошача, јер објекат заштите није само физичко лице, већ свако лице које се осигурава од ризика који се не могу подвести под дефиницију великих ризика.

Такав став се може поткрепити и одредбама Принципа европског уговорног права осигурања.<sup>60</sup> У члану 1:103 који регулише принудне норме, предвиђа се да стране могу одступити од свих одредаба Принципа, све док то није на штету уговарача осигурања, осигураника или корисника. Али, ако је у питању осигурање од великих ризика,<sup>61</sup> дозвољава се одступање у корист било које уговорне стране.

Принципи не помињу потрошача, као слабију уговорну страну.<sup>62</sup> Они примењују дефиницију великих ризика из Директива ЕУ ради дефинисања границе између слабе и снажне уговорне стране, изузимајући обавезну примену својих правила у случајевима уговора о осигурању који потпадају под концепт великих ризика.<sup>63</sup> У смислу Принципа, уговарач осигурања, осигураник и корисник осигурања су „потрошачи“, осим ако не спадају у велике ризике по дефиницији ЕУ прописа.<sup>64</sup> Јер, када се ради о масовној продаји осигурања, уговарачи осигурања морају да уживају додатну заштиту и онда када не испуњавају услове да буду категоризовани као потрошачи у складу с дефиницијом у потрошачком праву.<sup>65</sup>

<sup>59</sup> Директива 88/357/ЕЕЗ, чл. 5.

<sup>60</sup> О Принципима европског уговорног права осигурања (*Principles of the European Insurance Contract Law PEICL*) (даље у тексту и фуснотама Принципи), више вид. С. Ђорђевић, 25; Јован Славнић, Слободан Јовановић, „Садржина уговора о осигурању у нацрту општег референтног оквира за европско уговорно право осигурања и законима држава чланица Европске уније“, *Ревивија за право осигурања* 1 2/2008а, 20 25; Ана Кеглевић, „Načela europskog ugovornog prava osiguranja razvoj, status i perspektive“, *Zbornik radova pravnog fakulteta u Splitu* 3/2013а, 664.

<sup>61</sup> Ризици наведени у анексу чл. 1:103 поклапају се са ризицима из Директиве 88/357/ЕЕЗ.

<sup>62</sup> Исто: Н. Петровић Томић (2015а), 125, 232.

<sup>63</sup> Ioannis Rokas, „Принципи европског уговорног права осигурања као на предан и уравнотежен систем заштите уговарача осигурања“, *Европска ревија за право осигурања* 1/2013, 36.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> I. Rokas, 35.



Принципи обухватају готово целокупну заштиту која постоји у прописима ЕУ о заштити потрошача.<sup>66</sup> Тиме укидају заштиту потрошача осигурања у два нивоа: први, који обухвата правила којима се штите сви уговарачи осигурања, и други, који чине правила којим се штите само лица која се могу подвести под појам потрошача из потрошачких директива. Тако не долази до раздвајања дефиниције лица која се желе штитити на она лица која би се могла назвати „потрошачима у смислу уговорног права осигурања“ и она која би се могла назвати „потрошачима у смислу општих прописа о потрошачима“.<sup>67</sup>

## 5. ПОЈАМ ПОТРОШАЧА У СРПСКОМ ПРАВУ ОСИГУРАЊА

Нови Закон о осигурању Србије већ у основним одредбама предвиђа заштиту права и интереса корисника услуге осигурања и прописује дужност друштава за осигурање, друштава за посредовање у осигурању, друштава за заступање у осигурању, заступника у осигурању и правна лица која обављају послове заступања у осигурању на основу претходне сагласности Народне банке Србије да обезбеде заштиту права и интереса осигураника, уговарача осигурања, корисника осигурања и трећих оштећених лица, у складу с прописима, правилима струке и добрим пословним обичајима.<sup>68</sup> Осигураник, уговарач осигурања, корисник осигурања и трећа оштећена лица добили су овде заједнички назив: корисник услуге осигурања. Он представља заштитни објекат овог Закона, претпостављену слабију уговорну страну, којој је потребна посебна заштита.

Овај закон први пут уводи у српско право обавезу информисања, која већ дуго у директивама Европске уније и правима држава чланица представља основу заштите слабије уговорне стране. Овај институт се темељи на идеји да је осигуравач дужан да пре склапања уговора осигуранику појединцу (потрошачу) пружи све информације потребне за поређење истих или сличних понуда на тржишту како би осигураник донео информисану и разумну одлуку о уговору који склапа.<sup>69</sup> Информације које се морају пружити уговарачу осигурања подељене су на оне које се дају у предуговорној фази<sup>70</sup> и оне које

<sup>66</sup> *Ibid.*; за исти став вид. А. Кеглевић (2013а), 673.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> ЗО, чл. 15. Стари Закон о осигурању (*Службени гласник РС*, бр. 55/04, 70/04, 61/05, 61/05, 85/05, 101/07, 63/09, 107/09, 99/11, 119/12 и 116/13) тек у чл. 142 помиње заштиту интереса осигураника и других корисника осигурања и то као циљ надзора над обављањем делатности осигурања који врши Народна банка Србије.

<sup>69</sup> Ана Кеглевић „*Zaštita osiguranika pojedinca kod ugovora o osiguranju*“, *Zbornik Pravnog fakulteta sveučilišta u Rijeci* 1/2013b, 215.

<sup>70</sup> ЗО, чл 82: информације за уговарача осигурања пре закључења уговора о осигурању Друштво за осигурање је дужно да, пре закључења уговора о осигурању,

се дају за време важења уговора о осигурању.<sup>71</sup> Такође, предвиђен је и начин на који се ове информације морају пружити уговарачу осигурања.<sup>72</sup>

обавести уговарача осигурања најмање о: 1) пословном имену, правној форми, седишту и адреси седишта друштва за осигурање с којим закључује уговор; 2) услови ма осигурања и праву које се примењује на уговор о осигурању; 3) времену важења уговора; 4) ризицима покривеним осигурањем и искључењима у вези с тим ризицима; 5) висини премије осигурања, начину плаћања премије осигурања, висини доприноса, пореза и других трошкова који се обрачунавају поред премије осигурања, као и о укупном износу плаћања; 6) праву на раскид уговора и условима за раскид, односно праву на одустанак од уговора; 7) року у коме понуда обавезује друштво за осигурање; 8) начину подношења и року прописаном за подношење одштетног захтева, односно за остваривање права по основу осигурања; 9) начину заштите његових права и интереса код друштва за осигурање; 10) називу, седишту и адреси органа надлежног за надзор над пословањем друштва за осигурање, као и о начину заштите његових права и интереса код тог органа. У случају закључивања уговора о животном осигурању, обавештење из става 1 овог члана, поред информација из тог става, мора да садржи и информације: 1) о основици и критеријумима за учешће у добити и начину и роковима за исплату учешћа у добити; 2) о табели откупних вредности; 3) о условима за остваривање права на капитализацију уговора и правима из таквог осигурања; 4) код осигурања везаних за јединице инвестиционих фондова о томе ко сноси инвестициони ризик, дефиницији инвестиционих јединица за које су везане накнаде и о проспекту инвестиционог фонда, а нарочито о структури улагања; 5) о пореским прописима који се односе на животно осигурање. У случају осигурања трошкова правне заштите код избора адвоката или другог лица које има одговарајуће квалификације у складу с прописом, а ради одбране, заступања или заштите интереса осигураника у истраји или поступку осигураник слободно бира адвоката или друго лице. Кад уговарач осигурања и осигураник нису исто лице, а реч је о колективном осигурању или осигурању које представља повезани уговор (с уговором о продаји робе или о пружању услуга између потрошача и трговца или у вези с њим) или уговор који је услов за коришћење друге финансијске услуге друштво за осигурање је дужно да осигураника обавести о подацима из става 1. тач. од 1 до 6 и ст. 2 овог члана, као и да му обезбеди услове осигурања који се примењују на уговор о осигурању.

<sup>71</sup> ЗО, чл. 83: Информације за уговарача осигурања за време важења уговора о осигурању: Друштво за осигурање је дужно да, за време важења уговора о осигурању, обавести уговарача осигурања о: 1) промени пословног имена, правне форме, седишта и адресе седишта друштва за осигурање с којим је закључен уговор; 2) променама података, односно информација из чл. 82 ст. 1 тач. од 2 до 6 и ст. 2 тач. од 1 до 4 овог закона у случају промене одредаба у закону које се односе на уговор о осигурању. За време важења уговора о животном осигурању друштво за осигурање је дужно да једном годишње обавести осигураника о стању учешћа у добити.

<sup>72</sup> ЗО, чл. 84 Садржај обавештења и начин обавештавања: Текст и садржај обавештења из чл. 82 и 83 овог закона морају бити написани прегледно и разумљиво и састављени на српском језику. Друштво за осигурање је дужно да обавештавање из чл. 82 и 83 овог закона изврши у писаној форми или на другом трајном носачу података који уговарачу осигурања, односно осигуранику омогућава да сачува податке, да тим подацима приступи и да их репродукује у неизмењеном облику у периоду који одговара сврси чувања. Све информације које друштво за осигурање саопштава потенцијалним уговарачима осигурања преко средстава јавног информисања морају

Иако представља велики помак у нашем праву, како у погледу заштите слабије уговорне стране, тако и у погледу хармонизације нашег права осигурања с правом Европске уније, оваквом регулисању обавезе информисања може се ставити неколико замерки. Прво, ово су правила која се тичу закључења уговора о осигурању и стога им није место у закону који је *sedes materiae* за статусно право осигурања, тј. који регулише услове за обављање делатности осигурања и надзор над обављањем те делатности.<sup>73</sup> Али, и у комунитарном праву обавеза информисања је уведена директивама које се односе на делатност осигурања. Друго, иако познаје дефиницију великих ризика, мада тек у одредбама које ће се примењивати након приступања Републике Србије Европској унији,<sup>74</sup> ЗО не прави разлику да ли се обавеза информисања испуњава према уговорачима осигурања који се осигуравају од великих ризика, којима стога није потребна посебна заштита, или према уговорачима „масовних“, тј. „потрошачких“ ризика, којима је нужно пружити заштиту као слабијој уговорној страни.

Код предуговорних информација и информација у току трајања уговора о осигурању код неживотних осигурања, ЗО је отишао корак даље у заштити потрошача од директива о осигурању. Знатно је проширен круг информација које је осигуравач дужан да пружи уговорачу неживотних осигурања, али ипак је требало ову обавезу сузити код уговора о осигурању великих ризика и предвидети да се не односи на уговоре о реосигурању и уговоре где уговарач захтева да му се одмах или моментално обезбеди покриће ризика.<sup>75</sup>

Преднацрт Грађанског законика предвиђа бројне одредбе којима се штити слабија уговорна страна.<sup>76</sup> То су одредбе којима се

---

бити тачне, целовите и јасне, морају се заснивати на поузданим подацима, не смеју прикривати праву сврху таквог информисања, нити на било који начин доводити у заблуду примаоце тих информација. Трошкове у вези са обавештавањем из ст. 1 и 2 овог члана сноси друштво за осигурање.

<sup>73</sup> У нашој правној литератури се сматра да обавеза предуговорног информисања треба да буде регулисана новим Грађанским закоником, али да је ипак боље увести у наше право што раније, макар и у „погрешном“ закону. Вид. Јован Славнић, Слободан Јовановић, „Обавеза давања предуговорних информација и информација после закључења уговора о осигурању потрошачима услуга осигурања према директивама ЕУ и законима држава чланица“, Ревизија за право осигурања 3/2008б, 48; Н. Петровић Томић (2015а), 193; Предраг Шулетић, „Уговор о осигурању у Преднацрту Грађанског законика Србије од 2010. године“, *Европске (ЕУ) реформе у праву осигурања Србије*, зборник радова, Удружење за право осигурања Србије, 2010, 167.

<sup>74</sup> ЗО, чл. 255.

<sup>75</sup> Ј. Славнић, С. Јовановић, (2008б), 49.

<sup>76</sup> Доступно на адреси: [http://www.kopaonikschool.org/dokumenta/C\\_Obligacioni\\_odnosi.pdf](http://www.kopaonikschool.org/dokumenta/C_Obligacioni_odnosi.pdf). 2014., 8. април 2016. године, даље у тексту и фуснотама: Преднацрт ГЗ.

прописује обавеза предуговорног информисања<sup>77</sup> и информисања у току трајања уговора,<sup>78</sup> о неправичним клаузулама уговора,<sup>79</sup> о одустанку од уговора закљученим између одсутних страна,<sup>80</sup>... Али, озбиљан пропуст је учињен пропуштањем да се утврди линија разграничења тзв. потрошачких од осталих осигурања.<sup>81</sup> Не само што може долазити до спорова око тога ко се сматра потрошачем услуга осигурања, већ ће потенцијално нека лица која се налазе у типичној потрошачкој позицији врло вероватно остајати без заштите.<sup>82</sup> Поготово што Закон о заштити потрошача предвиђа ужи појам потрошача, који може бити само физичко лице ван оквира своје професионалне делатности.

## 6. ЗАКЉУЧАК

У праву осигурања заштита корисника осигурања одвија се у два правца: правилима која се односе на финансијску заштиту корисника и правилима којима се регулише међусобни однос уговорних страна код уговора о осигурању.<sup>83</sup> Финансијска заштита корисника постиже давањем дозволе за рад друштву за осигурање и константним надзором над његовим пословањем. Тиме се постиже заштита свих корисника услуга осигурања, обезбеђује се да осигуравач у свако доба има довољно средстава да може да испуни уговорне обавезе према свим осигураницима и корисницима.

С друге стране не треба сваком уговорачу осигурања заштита приликом закључења и трајања уговора о осигурању. Осигуравачи који се осигуравају од ризика који су сврстани у „велике“ довољно су заштићени прописима којима се обезбеђује солвентност осигуравача. У том смислу је и у директиви Солвентност II истакнуто: Главни циљ прописа о осигурању и реосигурању, као и њиховог надзора је одговарајућа заштита уговорача осигурања и корисника осигурања. Израз корисник осигурања обухвата сваку физичко или правно лице која на основу уговора има неко право.<sup>84</sup>

<sup>77</sup> Преднацрт ГЗ, чл. 1143.

<sup>78</sup> Преднацрт ГЗ, чл. 1144.

<sup>79</sup> Преднацрт ГЗ, чл. 1139 назива их Клаузуле о злоупотреби (Непоштене клаузуле).

<sup>80</sup> Преднацрт ГЗ, чл. 11.

<sup>81</sup> Наташа Петровић Томић, „Заштита осигураника појединца и Преднарт Грађанског законика Србије“, *Право и привреда* 4–6/20156, 611.

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> Вид. Y. Lambert Faivre, L. Leveneur, 108.

<sup>84</sup> Преамбула директиве Солвентност II, тач. 16.

Заштита потрошача у области финансија и осигурања има задатак да обезбеди да потрошач добије одговарајући производ и да, у случају евентуалних проблема, може успешно и ефикасно да се позове на своја права.<sup>85</sup> Имајући то у виду, потребно је дефинисати појам потрошача у осигурању на начин којим ће бити омогућено да адекватан круг лица добије заслужену заштиту. Тако, појам потрошача може се проширити и на лица која би се могла означити као крајњи корисници, односно лица којима су производ или услуга намењени и који користе тај производ или услугу.<sup>86</sup> Или на лица који закључују атипичне уговоре, који представљају уговоре који нису директно повезани с њиховом професијом.<sup>87</sup>

У новијем законодавству Европске уније постоји тенденција да се појам потрошача уопште, па и у праву осигурања прошири и на и друга лица која су у слабијој уговорној позицији. То се, пре свега, може закључити анализом одредаба Принципа, који предвиђају широку заштиту уговарачу осигурања. Они нису званично усвојени документ, али врше велики утицај на комунитарно право и право држава чланица. Такође, примена прописа о обавези посредника на давање обавезних предговорних информација у Нацрту Директиве о дистрибуцији осигурања, као и читава директива је проширена са потрошача као субјекта заштите на *купца* осигурања.<sup>88</sup> Променом субјекта заштите заменом термина потрошач у купац, проширен је домен примене одредаба нацрта на првом месту на правна лица, која се у комунитарном праву не сматрају потрошачима.<sup>89</sup>

И у нашем праву постоји потреба да се потрошач осигурања схвати шире, да би му се пружила заштита и онда када не испуњава услове да се квалификује као потрошач у смислу важећег потрошачког законодавства. Нови ЗО је пропустио ову шансу, односно није јасно разграничио лица којима је потребна заштита приликом закључења уговора и лица којима ова заштита не треба. Зато, сматрамо да Преднацрт ГЗ треба да исправи овај пропуст како би заштиту стварно добила лица која је заслужују. То би се постигло увођењем појама великих ризика и у Преднацрт ГЗ, као што је то учињено и у Принципима. Тиме би појам потрошача био проширен и на предузетнике, припаднике слободних професија, непрофитне организације, мала и

<sup>85</sup> Н. Сасерат Алберти, 127.

<sup>86</sup> М. Ebers, 721.

<sup>87</sup> *Ibid*, 722.

<sup>88</sup> Јован Славнић, Никола Филиповић, „Транспарентно информисање и савезовање купца осигурања од стране посредника осигурања према нацрту Директиве о дистрибуцији осигурања“, *Право осигурања, управа и транспарентност основе правне сигурности*, зборник радова, Палић 2015, 317.

<sup>89</sup> *Ibid*.

средња предузећа, а ван круга заштите би остали само субјекти који поседују економске, информационе и техничке ресурсе као услов равноправне позиције с осигуравачем.

#### ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Антић, О., *Облигационо право, приручник за полагање правосудног испита*, Службени гласник, Београд 2010. (Antić, O., *Obligaciono pravo, priručnik za polaganje правосудног испита*, Službeni glasnik, Beograd 2010)
- Borselli, A., „Cognosceat emptor: о обавези осигуравача на давање информација потенцијалном осигуранику у Европи“, *Ревивија за право осигурања* 2/2012. (Borselli, A., „Cognosceat emptor: о обавези осигуравача на давање информација потенцијалном осигуранику у Европи“, *Revija za pravo osiguranja* 2/2012)
- Ebers, M., „The notion of ‘consumer’“, *EC Consumer Law Compendium. Comparative Analysis* (eds. Schulte-Nölke H., Twigg-Flesner C., Ebers M.), 2008, [http://www.eu-consumer-law.org/consumerstudy/part3a\\_en.pdf](http://www.eu-consumer-law.org/consumerstudy/part3a_en.pdf), 9. април 2016.
- Ђорђевић, С. „Принципи европског уговорног права осигурања – будући опционални инструмент права ЕУ?“, *Ревивија за право осигурања* 2/2011. (Đorđević, S. „Principi evropskog ugovornog prava osiguranja – budući opcionalni instrument prava EU?“, *Revija za pravo osiguranja* 2/2011)
- Kingisepp, M., Väriv, A., „The Notion of Consumer in EU Consumer Acquis and the Consumer Rights Directive – a Significant Change of Paradigm?“, *Juridica International*, XVIII/2011, [http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji\\_2011\\_1\\_44.pdf](http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2011_1_44.pdf), 9. април 2016.
- Lambert-Faivre, Y., Leveneur, L., *Droit des assurances*, Dalloz – Precis Dalloz, 2011<sup>13</sup>.
- Rokas, I., „Принципи европског уговорног права осигурања као напредан и уравнотежен систем заштите уговарача осигурања“, *Европска ревија за право осигурања* 1/2013. (Rokas, I., „Principi evropskog ugovornog prava osiguranja kao napredan i uravnotežen sistem zaštite ugovarača osiguranja“, *Evropska revija za pravo osiguranja* 1/2013)
- Tarasiuk-Flodrowska, A., „Клаузуле злоупотребе у потрошачким уговорима и уговору о осигурању – Најновији трендови у Европи“, *Европска ревија за право осигурања* 1/2014. (Tarasiuk-Flodrowska, A., „Klauzule zloupotrebe u potrošačkim ugovorima

- i ugovoru o osiguranju – Najnoviji trendovi u Evropi“, *Evropska revija za pravo osiguranja* 1/2014)
- Jelinić, S., Akšamović, D., „Ugovorno pravo Evropske unije na prekretnici“, *Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu* 1/2012.
- Keglević, A., „Zaštita osiguranika pojedinca kod ugovora o osiguranju“, *Zbornik Pravnog fakulteta sveučilišta u Rijeci* 1/2013.
- Keglević, A., „Načela europskog ugovornog prava osiguranja – razvoj, status i perspektive“, *Zbornik radova pravnog fakulteta u Splitu* 3/2013.
- Михајловић, Б., „Има ли места потрошачким уговорима у новом Грађанском закону Србије“, *Право и привреда* 4–6/2015. (Mihajlović, B., „Ima li mesta potrošačkim ugovorima u novom Građanskom zakonu Srbije“, *Pravo i privreda* 4–6/2015)
- Перовић, С., *Закон о облигационим односима*, Службени гласник, Београд 2009. (Perović, S., *Zakon o obligacionim odnosima*, Službeni glasnik, Beograd 2009)
- Перовић, С., *Облигационо право*, Привредна штампа, Београд 1980. (Perović, S., *Obligaciono pravo*, Privredna štampa, Beograd 1980)
- Петрић, С., „Увод у начела еуропског уговорног права (Ландова начела)“, *Зборник Правног факултета свеучилишта у Ријеци* 1/2008. (Petrić, S., „Uvod u načela europskog ugovornog prava (Landova načela)“, *Zbornik Pravnog fakulteta sveučilišta u Rijeci* 1/2008)
- Петровић Томић, Н., „Заштита осигураника појединца и Преднарт Грађанског законика Србије“, *Право и привреда* 4–6/2015. (Petrović Tomić, N., „Zaštita osiguranika pojedinca i Prednart Građanskog zakonika Srbije“, *Pravo i privreda* 4–6/2015)
- Петровић Томић, Н., *Заштита потрошача услуга осигурања – анализа и предлог унапређења регулаторног оквира*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд. (Petrović Tomić, N., *Zaštita potrošača usluga osiguranja – analiza i predlog unapređenja regulatornog okvira*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd)
- Сасерат-Алберти, Н., „Нове тенденције у области заштите потрошача у Европи и Немачкој“, *Право осигурања Србије у транзицији ка европском (ЕУ) праву осигурања*, зборник радова, Аранђеловац, 2013. (Saserat-Alberti, N., „Nove tendencije u oblasti zaštite potrošača u Evropi i Nemačkoj“, *Pravo osiguranja Srbije u tranziciji ka evropskom (EU) pravu osiguranja*, zbornik radova, Arandelovac, 2013)

- Славнић, Ј., Јовановић, С., „Обавеза давања предуговорних информација и информација после закључења уговора о осигурању потрошачима услуга осигурања према директивама ЕУ и законима држава чланица“, *Ревизија за право осигурања* 3/2008. (Slavnić, J., Jovanović, S., „Obaveza davanja predugovornih informacija i informacija posle zaključenja ugovora o osiguranju potrošačima usluga osiguranja prema direktivama EU i zakonima država članica“, *Revija za pravo osiguranja* 3/2008)
- Славнић, Ј., Јовановић, С., „Садржина уговора о осигурању у нацрту општег референтног оквира за европско уговорно право осигурања и законима држава чланица Европске уније“, *Ревизија за право осигурања* 1–2/2008. (Slavnić, J., Jovanović, S., „Sadržina ugovora o osiguranju u nacrtu opšteg referentnog okvira za evropsko ugovorno pravo osiguranja i zakonima država članica Evropske unije“, *Revija za pravo osiguranja* 1–2/2008)
- Славнић, Ј., Филиповић, Н., „Транспарентно информисање и саветовање купца осигурања од стране посредника осигурања према нацрту Директиве о дистрибуцији осигурања“, *Право осигурања, управа и транспарентност-основе правне сигурности*, зборник радова, Палић 2015. (Slavnić, J., Filipović, N., „Transparentno informisanje i savetovanje kupca osiguranja od strane posrednika osiguranja prema nacrtu Direktive o distribuciji osiguranja“, *Pravo osiguranja, uprava i transparentnost-osnove pravne sigurnosti*, zbornik radova, Palić 2015)
- Станковић, О., Водинелић, В., *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 1996. (Stanković, O., Vodinelić, V., *Uvod u građansko pravo*, Nomos, Beograd 1996)
- Шулејић, П., „Уговор о осигурању у Преднацрту Грађанског законика Србије од 2010. године“, *Европске (ЕУ) реформе у праву осигурања Србије*, зборник радова, Удружење за право осигурања Србије, 2010. (Šulejić, P., „Ugovor o osiguranju u Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije od 2010. godine“, *Evropske (EU) reforme u pravu osiguranja Srbije*, zbornik radova, Udruženje za pravo osiguranja Srbije, 2010)



Milena Ćorkalo, LL.M.

PhD candidate at the Faculty of Law, University of Belgrade

## CONSUMER IN INSURANCE LAW

### *Summary*

The paper analyses the notion of consumer in the European Union law, and, in particular, the notion of consumer in insurance law. The author highlights the differences between the notion of consumer is *in aquis communautaire* and in insurance law, discussing whether the consumer can be defined in both field in the same way, concerning that insurance services differ a lot from other kind of services. Having regarded unequal position of contracting parties and information and technical disadvantages of a weaker party, author pleads for broad definition of consumer in insurance law. In Serbian law, the consumer is not defined in consistent way. That applies on Serbian insurance law as well. Therefore, the necessity of precise and broad definition of consumes is underlined, in order to delimit the circle of subject who are in need for protection. The author holds that the issue of determination of the circle of persons entitled to extended protection as consumers is of vital importance for further development of insurance market in Serbia.

Key words: *Consumer. – Acquis communautaire. – Principles of European Insurance Contract Law. – Draft Civil Code of the Republic of Serbia. – Harmonization of Serbian insurance law with EU insurance law.*

Article history

Received: 25. 4. 2016.

Accepted: 16. 5. 2016.

Миња Ђокић, мастер \*

## УТИЦАЈ ОПОМЕНЕ ЗА ПЛАЋАЊЕ ПОРЕСКОГ ДУГА НА ТОК ПОРЕСКЕ ЗАСТАРЕЛОСТИ

*У чланку се анализира питање да ли опомена за плаћање пореског дуга прекида ток застарелости права Пореске управе на утврђивање и наплату пореза? Аутор је анализирао порескоправни институт опомене за плаћање пореског дуга кроз праксу пореских органа (службена мишљења Министарства финансија у погледу релевантног института) и судску праксу (Врховног суда, сада Врховног касационог суда, и Уставног суда). Установили смо да постоји разлика између схватања института пореске опомене и примене тог института у пореској пракси. Установљена је тенденција Пореске управе да, упркос томе што овај институт не сматра пореским управним актом, или актом правно решавајућег карактера, тумачи опомену као акт којим се застарелост прекида. Доказујемо да достављање опомене пореском дужнику не прекида ток пореске застарелости, јер није реч о акту правно решавајућег карактера, што закон изричито захтева.*

*Кључне речи: Опомена за плаћање пореског дуга. Застарелост права Пореске управе на утврђивање и наплату пореза. Порески акт. Порески управни акт. Јединство правног поретка.*

### 1. УВОД

Као и у облигационо правним односима (односима у домену приватног права), питање застарелости привлачи пажњу и субјеката јавног права. Иако доста слично институту застарелости облигационог потраживања, институт о којем ће овде бити речи има до-

---

\* Аутор је докторанд на Правном факултету Универзитета у Београду на смеру за Јавне финансије и финансијско право, ради као адвокат, [adminja.djokic@eunet.rs](mailto:adminja.djokic@eunet.rs)

ста посебних карактеристика које су својствене пореско правном односу.<sup>1</sup>

У раду се анализира утицај опомене за плаћање пореског дуга (даље: „Опомена“) на ток застарелости права Пореске управе на утврђивање и наплату пореског дуга. Доказујемо да опомена Пореске управе упућена пореском дужнику не може прекинути ток застарелости јер није реч о правном акту који је правно решавајућег карактера.

Питање утицаја опомене на застарелост јесте питање које се у пракси показало као спорно и стиче се утисак као да је стално актуелно. Конкретно, поставља се питање: да ли Пореска управа, достављањем опомене за плаћање доспелог пореског дуга пореском обвезнику, прекида ток застарелости права на утврђивање и наплату пореза и споредних пореских давања ? Уколико би одговор на ово питање био афирмативан, то би значило да се застарелост прекида и почиње да тече изнова. У супротном, негативан одговор на ово питање води престанку пореског дуга услед застарелости.<sup>2</sup>

Из изложеног се види да је питање значајно како за пореског обвезника, који сноси терет пореске обавезе па би застарео порески дуг свакако био знатно олакшање, тако и за Пореску управу, чија ажурност јемчи ефикасну наплату пореза. Циљ овог рада јесте да докажемо како опомена не прекида ток застарелости и покушамо да допринесемо уједначавању примене института застарелости у порескоправном односу, као и разумевању односа између опомене и тока застарелости. Ваља напоменути да, у ширем контексту, разумевање пореских института од стране пореских обвезника али и чиновника у Пореској управи може довести до умањења могућности за пореску евазију.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Овде се пре свега мисли на то да су застарелости подложна како права пореске управе с једне стране (право на утврђивање и наплату пореза и споредних пореских давања, право на покретање прекршајног поступка) тако и права пореских обвезника (право на повраћај, порески кредит, рефакцију, рефундацију, намирење доспелих обавеза путем прекњижавања пореза и повраћај споредних пореских давања). Такође, постоје различита правила по питању рачунања почетка тока застарелости. Више речи о овим карактеристикама биће у другом одељку рада.

<sup>2</sup> Закон о пореском поступку и пореској администрацији ЗПППА, *Службени гласник РС*, бр. 80/02, 84/02 исправка, 23/03 исправка, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05 др. закон, 62/06 др. закон, 61/07, 20/09, 72/09 др. закон, 53/10, 101/11, 2/12 исправка, 93/12, 47/13, 108/13, 68/14, 105/14, 112/15, чл. 114.

<sup>3</sup> Вид. Simon James, Christopher Nobes, *The Economics of Taxation Principles, Policy and Practice*, Pearson Educated Limited, Edinburgh Gate, Harlow 2002, 141. У цитираном делу се наводи како етички ставови могу бити од утицаја на добровољни пристанак обвезника на порески систем, тј. да су поједине студије показале како етичка уверења и разумевање материје имају антиевазиони утицај.

Рад је подељен у четири одељка. У уводном делу представљамо структуру рада и укратко излажемо садржину. У другом одељку рада биће постављене полазне претпоставке проблема који анализирамо, образложићемо правну природу управних аката генерално, што ћемо довести у везу с пореским управним актима. Ова веза се показује као значајна приликом оцене тога да ли се опомена као правни акт уопште може сматрати управним актом, а самим тим и пореским управним актом. С тим у вези ћемо изложити и правну природу опомене, као и правни оквир регулисања питања застарелости у пореском поступку. У трећем одељку ће бити представљена анализа прикупљеног узорка из праксе Пореске управе и судске праксе у области пореске управне материје, уз осврт на став праксе у погледу опомене као акта управе. Коначно, четврти одељак рада посвећен је закључним разматрањима где пажњу посвећујемо резултату истраживања и анализе.

## 2. ПОРЕСКА ЗАСТАРЕЛОСТ

Поступак утврђивања, наплате и контроле јавних прихода у Републици Србији је уређен на јединствен начин Законом о пореском поступку и пореској администрацији (даље: ЗПППА или „закон“). Поступак пред Пореском управом јесте управни поступак па ћемо се осврнути и на однос овог посебног закона с другим законима који уређују управни поступак. Тако, ако је другим законом питање из области коју уређује ЗПППА уређено на друкчији начин, примењују се одредбе ЗПППА. Али, ако ЗПППА није друкчије прописано, порески поступак се спроводи по начелима и у складу с одредбама којим се уређује општи управни поступак.<sup>4</sup> Речју, начела општег управног поступка важе и у пореском поступку, осим уколико ЗПППА не предвиђа неко себи својствено начело и сва питања из домена ЗПППА се решавају по правилима која предвиђа ЗПППА чак и ако су друкчије регулисана другим законом.

Према томе материја општег дела пореског права и пореског поступка, приоритетно је регулисана ЗПППА. Па тако институт застарелости више није предмет регулисања других пореских закона, већ је на јединствен начин уређен у ЗПППА. За одговором на питање односа опомене и тока застарелости трагамо управо у ЗПППА, те односу ЗПППА с другим релевантним прописима и коначно правном природом института застарелости и опомене.

Међутим, да бисмо пред собом имали целу слику овог проблема потребно је анализирати и питања дефиниције управног акта, пореског управног акта и института застарелости уопште. Зато ћемо

---

<sup>4</sup> ЗПППА, чл. 3, ст. 1 и 2.

изложити и став Уставног суда у вези с хијерархијом закона у правном систему Републике Србије и односом закона који регулишу једну материју (пореску) са законима који регулишу другу материју (облигационо правну). Овај однос се показује битним када се питање застарелости у пореском праву доведе у везу с питањем застарелости које дефинише Закон о облигационим односима (даље: ЗОО) на који се и Министарство финансија ослања у својим службеним мишљењима.

## 2.1. Радње којима се застарелост прекида

Застарелост представља једно ограничење у вршењу права које се састоји у протеку времена услед кога настаје губљење захтева, односно тужбе у материјалном смислу.<sup>5</sup> Ова општа дефиниција прихваћена је у грађанском праву и с одређеним специфичностима се примењује и у пореском праву. У приватноправним односима застарелост не представља разлог за гашење облигације, право се не губи застарелошћу, већ оно слаби и претвара се у природну облигацију.<sup>6</sup>

Предузимање материјално-процесних радњи повериоца од утицаја су на ток застарелости како у односима облигационог права, тако и у порескоправном односу који је однос јавно правног карактера. Према мишљењу аутора који се баве цивилистиком, ток застарелости прекидају само она правна средства која истовремено окончавају спорне односе и омогућују остварење права за која је застарелост била у току.<sup>7</sup> Тако се застаревање прекида подизањем тужбе и сваком другом повериочевом радњом предузетом против дужника пред судом или другим надлежним органом, с циљем утврђивања, обезбеђења или остварења потраживања.<sup>8</sup> Из реченог произлази да би се застарелост могла прекинути само оним актом Пореске управе који је правно решавајућег карактера, наравно под претпоставком да се у пореско правном односу може применити истоветна логика као и у облигационо правним односима.<sup>9</sup>

За тему овог рада нарочито је битна и чињеница да према ЗОО<sup>10</sup> за прекид застарелости није довољно да поверилац позове дужника

<sup>5</sup> Славко Царић *et al.*, *Коментар Закона о облигационим односима*, Културни центар Горњи Милановац, Правни факултет Крагујевац, Књига прва, Крагујевац 1980, 902.

<sup>6</sup> *Ibid.*, 903.

<sup>7</sup> *Ibid.*, 937.

<sup>8</sup> ЗОО, чл. 388.

<sup>9</sup> У наставку рада ћемо дати пример службеног мишљења Министарства финансија које ослонац за своју тврдњу проналази управо у ЗОО. Из тога се може извести закључак да би Министарство финансија могло да прихвати као оправдану аргументацију пореске ствари оне аргументе који се ослањају на примену ЗОО.

<sup>10</sup> ЗОО, чл. 391.

писмено или усмено да обавезу испуни. Једно такво писмено јесте опомена за плаћање пореског дуга, па би аналогна примена института облигационог права на пореске ствари водила закључку како је опомена недовољна за прекид застарелости.

## 2.2. Особености пореске застарелости

Застарелост подразумева престанак неког права због његовог невршења у законом одређеном периоду. Пореска застарелост обухвата како губитак права пореског повериоца пореско-имовинског карактера, тако и губитак права пореско-казненог карактера.<sup>11</sup>

Прва разлика института застарелости у пореском праву од застарелости грађанског права јесте у томе што у грађанском праву дужник има дискреционо право да истакне приговор застарелости, док се у пореском праву овај приговор мора *ex officio* уважити.<sup>12</sup> Практичне последице ове специфичности огледају се у томе што је Пореска управа заправо дужна да пази на застарелост пореског дуга, без обзира на то да ли се порески дужник на застарелост позива.

Друга разлика у односу на застарелост грађанског права јесте у томе што се почетак застарелости у пореском праву рачуна од првог дана наредне пореске године у односу на годину у којој је наступио догађај релевантан за почетак застарелости. Па тако права Пореске управе према пореском обвезнику застаревају за пет година.<sup>13</sup> Исти рок важи и за права пореског обвезника према Пореској управи.

Застарелост права на *утврђивање* пореза и споредних пореских давања почиње да тече од првог дана наредне године од године у којој је требало утврдити порез, односно споредно пореско давање, док застарелост права на *наплату* пореза и споредних пореских давања почиње да тече од првог дана наредне године од године у којој је обавеза пореског дужника доспела за плаћање.<sup>14</sup>

Према томе, Пореска застарелост подразумева застарелост права: 1) Пореске управе на *утврђивање* пореза и споредних пореских давања; 2) Пореске управе на *покретање* прекршајног поступка; 3) Пореског обвезника на *повраћај* пореза и споредних пореских

<sup>11</sup> Дејан Поповић, *Наука о порезима и пореско право*, Институт Отворено друштво/Институт за уставну и законодавну политику, Београд 1997, 119; Упор. Момо Кијановић, *Порески поступак и Пореска администрација*, Рачуноводство д.о.о, Београд 2007.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Дејан Поповић, *Коментар закона о пореском поступку и пореској администрацији*, Секос in, Београд 2003, 177. Након израде Коментара дошло је до измене пореског законодавства па је сада рок од три године преиначен у рок од пет година.

<sup>14</sup> ЗПППА, чл. 114, ст. 2 и ст. 3.

давања; 4) Пореске управе на *наплату* пореза и споредних пореских давања.

Напомињемо да се овај рад бави утицајем опомене за плаћање пореског дуга на ток застарелости, што значи да смо пажњу посветили имовинскоправној компоненти пореско-правног односа, тј. застарелосту права Пореске управе на утврђивање и наплату пореза и споредних пореских давања. Прекршајни поступак и права пореског обвезника нису предмет анализе.

Примећује се да је почетак тока пореске застарелости знатно одложен у односу на то како је уређено прописима приватног права. Дакле, за почетак тока пореске застарелости узима се први дан наредне пореске године од године у којој је обавеза пореског дужника доспела за плаћање, или први дан наредне пореске године од године када је порез требало утврдити. С тим у вези, Пореска управа на застарелост пази по службеној дужности. Евентуално плаћен порез, пошто је наступила застарелост, не представља природну облигацију, с обзиром на природу порескоправног односа као односа јавног права. Отуда порески обвезник који се нађе у таквој ситуацији има право на повраћај, који и сам застарева.<sup>15</sup>

Могло би се рећи да је положај пореског дужника „повољнији“ од дужника у облигационоправном односу у том смислу што порески дужник може да захтева повраћај плаћеног застарелог пореског дуга, док дужник облигационог права не може тражити повраћај извршене натуралне облигације по правилима за стицање без основа. С друге стране, примећује се да је почетак тока пореске застарелости дефинитивно на уштрб пореских дужника и установљен је у корист фиска.

Пореска застарелост се прекида сваком радњом Пореске управе предузетом против пореског дужника с циљем утврђивања и наплате пореза и споредних пореских давања. Радња пореске управе мора бити усмерена на утврђивање и наплату, што значи да мора бити порески управни акт.<sup>16</sup> Овде напомињемо да је отворено питање то да ли је опомена усмерена ка утврђивању и наплати пореза, или је пак опомена само нужна процесна претпоставка за одређивање принудне наплате уколико се по њој не поступи. Више о овом питању у наставку рада.

### 2.3. Пореска застарелост као начин престанка пореске обавезе

ЗПППА је подељен у осам делова, а сваки од делова у поглавља (главе) и у таквом облику је у примени од 1. јануара 2003.

<sup>15</sup> Дејан Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 144.

<sup>16</sup> *Ibid.*, 143.

Овде напомињемо да се, због учесталих измена и допуна закона, ограђујемо у погледу анализе на садржину прописа 2016. године, с изузетком примера из периода пре него што је ЗПППА почео да се примењује. Примери су илустративног карактера и за сврху имају да прикажу како је законска логика константна.

Застарелост је регулисана у седмој глави другог дела, од чл. 114 до чл. 115а, с тим да је од нарочитог значаја чл. 114д који регулише искључиво прекид рока застарелости. Седма глава другог дела носи назив „Остали облици престанка пореског дуга“ што јасно говори о томе да је застарелост облик престанка пореског дуга.

Пошто наступањем застарелости порески дуг престаје, тумачење и разумевање овог института свакако је од значаја како за пореске обвезнике тако и за Пореску управу. Наступањем застарелости порески обвезник је ослобођен плаћања пореског дуга, али то онда значи да Пореска управа није успела да наплати онај приход који је по сили закона морао припасти буџету. Зато сматрамо да је уједначена примена начина на који се прекида ток застарелости од суштинског значаја.

Утврђивање пореза је делатност Пореске управе, односно пореског обвезника, која се састоји у издавању управних аката, односно у предузимању законом прописаних радњи, којима се установљава постојање појединачне пореске обавезе и одређују порески обвезник, пореска основица и износ пореске обавезе. Утврђивање пореза обавља Пореска управа, доношењем пореског решења.<sup>17</sup> За утврђивање пореске обавезе је неопходан управни акт и то, када га доноси Пореска управа, пореско решење. Дакле, дикција закона је јасна у погледу тога да се порез утврђује пореским решењем (онда када радње утврђивања врши Пореска управа).

Интересантно је напоменути то да пре доношења ЗПППА, сваки закон је за потребе појединачног фискалног облика регулисао и материјалноправни институт застарелости. Тако се, на пример, наводи да се решење о утврђивању пореза, донето после наступања застарелости права на утврђивање пореза, поводом жалбе обвезника ништи.<sup>18</sup> А с тим у вези, поступак принудне наплате који се покреће решењем пореског органа о одређивању принудне наплате се обуставља, уколико је извршни поступак покренут после наступања застарелости.<sup>19</sup> Дакле, и у периоду пре ЗПППА опомена је претходила решењу о принудној наплати. Па пошто се поступак принудне

<sup>17</sup> ЗПППА, чл. 54.

<sup>18</sup> Александар Митровић, *Наплата пореза на доходак грађана у пракси*, Проинком, Ниш 1998, 101.

<sup>19</sup> *Ibid.*



наплате обуставља решењем, уколико је покренут по застарелости, произлази закључак да претходно упућена опомена није прекинула застарелост.

Према приручнику за запослене у локалној пореској администрацији, фискално мање издашни јавни приходи утврђују се решењем пореског органа.<sup>20</sup> Апстрахујући напомену „фискално мање издашни јавни приходи“ сматрамо јасним да и приручник за пореску администрацију налаже како је управо решење Пореске управе подобно да прекине застарелост права на утврђење пореза и споредних пореских давања.

С друге стране, Пореска управа почиње поступак принудне наплате пореза доношењем решења о принудној наплати.<sup>21</sup> Дакле, ако опомена није уредно достављена, порески орган не може прећи на следећу фазу – доношење решења о принудној наплати.<sup>22</sup> Али уколико је опомена уредно достављена, а порески обвезник не плати порез у року из опомене, решењем се одређује принудна наплата.<sup>23</sup> Произлази да решењем, а не опоменом, почиње поступак принудне наплате. Што значи да је решење, а не опомена, акт Пореске управе усмерен ка наплати пореза.

Према закону, застарелост се прекида сваком радњом Пореске управе предузетом против пореског дужника с циљем утврђивања и наплате пореза и споредних пореских давања.<sup>24</sup> Оно што се може закључити *prima facie* јесте да забуну у примени института може изазвати синтаagma *свака радња*. Међутим, подсетимо да је радња Пореске управе којом се утврђује порез – пореско решење, док радња пореске управе којом отпочиње поступак принудне наплате пореза јесте решење о принудној наплати пореза, које се доноси по службеној дужности.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> Радна група за верификацију материјала за обуку образована решењем директора Пореске управе од 1. августа 2005, *Приручник за запослене у локалној пореској администрацији*, Министарство финансија Пореска управа, Београд 2006, 192.

<sup>21</sup> *Ibid.*, 233.

<sup>22</sup> Пореска управа Сектор за образовање и комуникацију, *Приручник за приправнике пореске управе*, Министарство финансија Пореска управа, Београд 2008, 156. Иако је реч о приручнику за приправнике пореске управе, интересантно је да нема детаљнијег појашњења застарелости и прекида застарелости, већ се само на воде релевантне одредбе закона.

<sup>23</sup> Радна група за верификацију материјала за обуку образована решењем директора Пореске управе од 1. августа 2005, *Приручник за запослене у локалној пореској администрацији*, Министарство финансија Пореска управа, Београд 2006, 233.

<sup>24</sup> ЗПППА, чл. 114д.

<sup>25</sup> ЗПППА, чл. 77.

Систематским тумачењем закона као целине, може се извести закључак да је чл. 114д у виду имао само решење о утврђивању пореза и споредних пореских давања и решење о принудној наплати пореза као акте Пореске управе којима се прекида ток застарелости.

#### 2.4. Управноправни аспект опомене

Након излагања о застарелости уопште, пореској застарелости и нормативној анализи института у меродавном пропису, сматрамо да је потребно изложити и управноправни приступ овој материји. У овом одељку ћемо представити појам управних аката и управних радњи и испитати институт опомене у погледу тога да ли својим особинама испуњава критеријуме да се квалификује као управни акт или управна радња. Од тога да ли је опомена управни акт или управна радња зависи да ли се опомена може квалификовати као акт Пореске управе, у смислу чл. 114д Закона.

Генерално прихваћен став јесте да је управни рад правно регулисана, влашћу подупрта државна делатност оперативнокорективног карактера која се своди на примену правних прописа у појединим ванспорним ситуацијама ради остварења јавног и приватних интереса, а исказује се кроз управноправни акт и управноматеријални акт.<sup>26</sup> Дакле, акти јавне управе јесу (у)правни акти и фактички (материјални) акти. Првопоменути се деле на опште и појединачне, док се материјални акти јавне управе деле на неауторитативне и ауторитативне.<sup>27</sup> Назире се питање да ли је опомена правни или материјални акт. Одговор можемо дати након анализе обележја управног акта. Управни акт је правно решавајућег карактера, ауторитативност је повезана с једностраношћу, има појединачни карактер, заснован је на закону, непосредно је извршив и уређује управну ствар.<sup>28</sup> Решавајући карактер подразумева да акт ствара, мења, гаси или утврђује неку правну ситуацију. Дакле одлучује се о одређеном праву.<sup>29</sup> По овој особини се управни акт разликује од управне радње која је фактички акт без правног дејства. Ауторитативност и једностраност је израз неравноправности и осликава чињеницу да воља потиче од једног правног субјекта.<sup>30</sup> Особина појединачности значи да је акт конкретан и индивидуалан, да се издаје за конкретан

---

<sup>26</sup> Зоран Томић, *Опште управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 183.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Ibid.*, 195.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> *Ibid.*

случај и усмерен је на одређено лице.<sup>31</sup> Заснованост на закону, илити формалнопроцесна законитост<sup>32</sup>, подразумева да је управни акт донет применом меродавног прописа на утврђено чињенично стање. Непосредна извршивост акта је особина која обухвата могућност непосредног спровођења управним путем за неновчане обавезе, а судским путем за новчане обавезе.<sup>33</sup> Уређивање управне ствари јесте особина која је за опредељење опомене у свету управних радњи најзначајнија. *Управна ствар се везује за управне акте, у виду њиховог садржинског обележја. То је појединачна ванспорна животна ситуација од јавног интереса коју је на основу закона неопходно непосредно и конкретно правно уредити односно корективно усмерити њено правно уређивање.*<sup>34</sup>

Опомена, као акт који обавештава пореског дужника о главници, камати и року за уплату пореског дуга, нема решавајући карактер, нема непосредно дејство, нема својство извршивости и не уређује управну ствар. Из нормативне анализе смо видели да је опомена само процесна претпоставка за доношење решења о принудној наплати, али да у поступку принудне наплате нема непосредног правног дејства и значаја. Отуд, уколико као особине управног акта узмемо наведене критеријуме, закључујемо да опомена није управни акт.

С тим у вези се наводи и то да су управни акти основна врста појединачних правних аката које у вршењу управне делатности доноси управа. То је акт којим државни орган или организација која располаже јавним овлашћењима решава о неком праву, обавези или правном интересу одређеног појединца или правног лица у каквој управној ствари.<sup>35</sup> У наведеном контексту ауторитативност акта се не схвата као вршење власти и принуде, већ као стручно, ефикасно и законито доношење управних аката. Изузетно, поједини аутори управноправне материје наводе да ауторитативност као принуда постоји у области пореза.<sup>36</sup> Доношење акта се састоји у решавању о конкретним правима, обавезама и правним интересима правних субјеката прописивањем примарне диспозиције у управним ствари, а извршење акта може бити добровољно или принудно.<sup>37</sup> Отуда, посматрано у контексту порескоправног односа, опомена не би била

<sup>31</sup> *Ibid.*, 196.

<sup>32</sup> *Ibid.*, 197.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> *Ibid.*, 198.

<sup>35</sup> Стеван Лилић, *Управно право управно процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008, 314.

<sup>36</sup> Вид. *ibid.*

<sup>37</sup> *Ibid.*, 317.

управни акт јер у себи не садржи извршни наслов. Опомена није по-добна за непосредно извршење.

Даље, при квалификацији аката управе на правне и фактичке (материјалне), другопоменути представљају укупност многобројних и разноврсних појединачних радњи и аката које управа доноси и спроводи, али који немају непосредно правно дејство. Из тога се закључује будући да, за разлику од управних аката, материјални акти управе обухватају појединачне акте и радње управе које немају непосредно правно дејство, то се материјални акти управе могу назвати и управне радње.<sup>38</sup> Можемо извести јединствен закључак како су управне радње с управним актима у непосредној вези и често им претходе. Отуд би опомена била управна радња, јер претходи решењу које јесте управни акт. У поменутом контексту, опомена би се могла квалификовати као саопштење које је по својој природи материјални акт, јер нема непосредно правно дејство. Под саопштавањем се подразумевају разноврсне радње обавештавања, стављања до знања, упозоравања или давања савета о постојању или непостојању одређених чињеница, околности или стања.<sup>39</sup> Можда овај став управне теорије најбоље описује опомену и њену управно-правну природу. Опомена обавештава и пореском дужнику ставља до знања да постоји доспео, а неизмирен, порески дуг.

Аутори управног права се, дакле, генерално слажу око тога да је управни акт врста појединачног правног акта управе. Да је то конкретан и ауторитативан правни акт донет у управној ствари. Да је заснован на закону, непосредан и извршан и доноси га орган управе. С тим да се узима да је управна ствар она појединачна ситуација од јавног интереса у којој непосредно из правних прописа произлази потреба да се будуће понашање странке ауторитативно уреди.<sup>40</sup> У вези с тим, за одређење правне природе опомене и њеног правног дејства интересантан је појам акта саопштења. У теорији се акти саопштења суштински подударају са већ поменутиим саопштавањем. Реч је о материјалном акту, односно радњи управе, који је појединачни акт без непосредног правног дејства. Служи лакшем остваривању поступка, ефикаснијем и потпунијем остваривању права. Акти саопштења имају сервисну улогу управе.<sup>41</sup>

У делу рада који се бави нормативном анализом видели смо да опомена претходи принудној наплати. У контексту акта саопштења опомена онда има за сврху саопштење чињеница пореском дужнику уз позив да се обавеза изврши. Могло би се рећи и то да опомена има

<sup>38</sup> *Ibid.*, 353.

<sup>39</sup> *Ibid.*, 355.

<sup>40</sup> Богољуб Милосављевић, *Управно право*, Пројурис, Београд 2014, 51.

<sup>41</sup> *Ibid.*, 58.

за сврху и превенцију поступка принудне наплате, јер је добровољно плаћање знатно ефикасније с аспекта Пореске управе, као и превенцију увећања трошкова поступка. Опомена води ефикаснијем и потпунијем остваривању права, односно обавезе дужника јер на једноставан начин саопштава пореском дужнику колико износи главница и камата пореског дуга на одређени дан и позива га да дуг у остављеном року плати. Будући да је опомена акт саопштења, она не би могла да се подведе под акт Пореске управе из чл. 114д ЗПППА и да због тога не би могла да прекине застарелост.

### 2.5. Пореско решење и порески закључак као правно решавајући акти

Аутори материје пореског права, али и сам закон, поред управних аката и управних радњи познају још један правни феномен специфичан пореском поступку и пореском праву. Реч је о пореском управном акту којим Пореска управа решава о појединачним правима и обавезама пореског дужника из пореско правног односа, а то је пореско решење и закључак.<sup>42</sup> Дакле, закон не оставља простор за тумачење по питању одређености пореског управног акта. Порески управни акт је јасно дефинисан и то на тај начин да се тачно именују акти Пореске управе који представљају порески управни акт (пореско решење и закључак). У лексичком смислу закон је недвосмислен, али ипак нешто детаљнија анализа је неопходна. Зато ћемо у овом одељку укратко изложити и став правне науке у погледу пореског акта и пореског управног акта, а све како бисмо извршили правилну квалификацију акта опомене.

Порески акт представља акт Пореске управе којим се, применом пореских и других прописа, утврђују права и обавезе пореског дужника.<sup>43</sup> Порески управни акт представља акт којим Пореска управа у пореском поступку на конкретан случај примењује пореске и друге правне прописе с циљем утврђивања права и обавеза пореског дужника.<sup>44</sup> Дакле, опомена не би могла да се сматра пореским управним актом, јер нема решавајући карактер, већ карактер

<sup>42</sup> ЗПППА, чл. 34, ст. 2.

<sup>43</sup> Мирко Кулић, *Пореско процесно право*, Мегатренд Универзитет, Београд 2007, 115.

<sup>44</sup> *Ibid.* На овом месту би се могло приметити то да аутор прави разлику између пореског акта и пореског управног акта само у погледу конкретизације права и обавеза дужника. У том смислу би се основано могло поставити питање да ли и налог за пореску контролу утврђује неко право или обавезу (јер се односи на тачно одређеног пореског дужника). Налог за пореску контролу је свакако порески акт, али је питање да ли се њиме утврђују права и обавезе у том ширем смислу? Слично томе би се онда могло рећи и за опомену за плаћање пореског дуга. Мишљења смо да је нагласак ипак на томе да је порески управни акт онај акт којим Пореска упра

акта саопштења.<sup>45</sup> У том смислу, порески управни акти јесу пореско решење и порески закључак који јесу акти правно решавајућег карактера.<sup>46</sup> У домену пореских управних аката, како су дефинисани законом и како их дефинише правна наука, за опомену нема места.

До јасне дистинкције између пореских управних аката и опомене долази и у поступку принудне наплате пореза. Надлежна организациона јединица Пореске управе (филијале и Центар за велике пореске обвезнике) почиње поступак принудне наплате неплаћене пореске обавезе доношењем, по службеној дужности, решења о принудној наплати ако порески обвезник није платио доспелу пореску обавезу или је није платио у целини у року који је наведен у опомени (одмах, а најкасније у року од пет дана од дана пријема опомене).<sup>47</sup> Поступак принудне наплате почиње доношењем решења, с тим да решењу претходи опомена. Опомена дакле не покреће поступак принудне наплате и зато не би ни могла да прекине застарелост.<sup>48</sup>

### 3. АНАЛИЗА ПРАКСЕ ПОРЕСКИХ ОРГАНА

Овде наводимо праксу пореских органа и судова која осликава њихов доживљај института застарелости и опомене кроз примену на конкретну пореску ситуацију. Судска пракса је прибављена путем интернет платформи судова који се наводе, док је пореска пракса прибављена из библиотеке Министарства финансија – Центра за велике пореске обвезнике и састоји се од службених мишљења Министарства финансија.

У склопу своје редовне делатности, Министарство финансија, у складу са законом, даје и одговоре на питања пореских обвезника у вези с разним институтима пореског права. Тако, мишљење је Министарства финансија да опомена Пореске управе представља радњу Пореске управе предузете против пореског дужника с циљем наплате пореза и споредних пореских давања, те да прекида рок застарелости.<sup>49</sup> Ваља напоменути да је у конкретном примеру Министарство финансија давало мишљење на питање пореског обвезника које се тиче управо застарелости његовог пореског дуга (дакле о дуж-

---

ва *решава* о појединачним правима и обавезама пореског дужника. Дакле, правно решавајући карактер је пресудан, а не конкретизација права и обавеза дужника.

<sup>45</sup> Упор. Б. Милосављевић.

<sup>46</sup> М. Кулић, 117.

<sup>47</sup> М. Кијановић, 170.

<sup>48</sup> Вид. супротно *Ibid.*, 250.

<sup>49</sup> Мишљење Министарства финансија Републике Србије бр. 413 00 00548/2011 04 од 28. јуна 2006.

ности да се порез плати). С друге стране, службено мишљење Министарства финансија у погледу дозвољености жалбе против пореске опомене налаже: *Опомена за плаћање пореза донета у смислу члана 71 став 1 ЗПППА, не представља порески управни акт (имајући у виду да опоменом порески орган не решава о појединачним правима и обавезама пореског дужника, нити се у односу на њу утврђује доспелост пореског дуга), већ предузимање ЗПППА прописаних радњи ради оцене оправданости спровођења поступка принудне наплате пореског дуга. Стога није дозвољена жалба против опомене.*<sup>50</sup> Иако овај узорак од два службена мишљења није репрезентативан, примећује се тенденција Министарства финансија да службено мишљење формулише по принципу *in dubio pro fisco* када је реч о дужностима да се порез плати. Не споримо овде општу уставну дужност плаћања пореза, већ аналогију коју Министарство финансија примењује у оцени релевантних института. Наиме, када даје одговор на питање да ли опомена прекида застарелост чини се да нема дилеме око тога да опомена представља радњу Пореске управе предузете против пореског дужника с циљем наплате пореза и споредних пореских давања. Међутим, када одговара на питање о дозвољености жалбе против опомене став је категоричан да опомена нема правно решавајући карактер те да није дозвољена жалба против опомене.

Опште је прихваћено и неспорно то да против опомене није допуштена жалба. Ово управо зато што је жалба дозвољена само против *пореског управног* акта којим је одлучено о појединачним правима и обавезама из порескоправног односа, а жалбу може поднети лице о чијим је *правима или обавезама одлучено* у првостепеном пореском поступку и лице које има правни интерес.<sup>51</sup> Пошто опомена није порески управни акт и пошто опоменом није одлучено о правима или обавезама обвезника, логично је да ће и првостепени и другостепени орган поступка такву жалбу одбацили као недопуштену.<sup>52</sup> Тим пре ова чињеница, коју Пореска управа и судска пракса узима као неспорну, треба да наведе на закључак како опомена није акт у смислу чл. 114д Закона.

Интересантно је и мишљење где Министарство финансија изводи аналогију са сродним институтом регулисаним ЗОО. Министарство финансија се у свом службеном мишљењу осврће на ЗОО,<sup>53</sup> па наводи да се застаревање прекида када дужник призна дуг, а признање се може учинити не само изјавом повериоцу, него и на по-

<sup>50</sup> Мишљење Министарства финансија Републике Србије бр. 430 03 00312/2010 04 од 12. јануара 2011.

<sup>51</sup> ЗПППА, чл. 140, ст. 1 и чл. 141.

<sup>52</sup> ЗПППА, чл. 144, ст. 1.

<sup>53</sup> ЗОО, чл. 387.

средан начин, као и што су давање отплате, плаћање камате, давање обезбеђења.<sup>54</sup> Спора око овог става нема. Међутим, исто је тако тачно да ЗОО<sup>55</sup> предвиђа како за прекид застаревања није довољно да поверилац позове дужника писмено или усмено да обавезу испуни.<sup>56</sup> Осим лексичке, између института опомене и позива дужника из чл. 391 ЗОО нема суштинске разлике. Опомена пореском дужнику да плати дуговани порез јесте писмено обавештење о стању дуга (главнице и камате) на одређени дан са позивом да се добровољно плати у року од пет дана од дана пријема опомене.<sup>57</sup> У супротном, одредиће се принудно извршење.

У једном поступку пред Врховним судом Србије спорно је било питање могућности жалбе против опомене. Образложење суда је имплицитно обухватило и проблематику утицаја опомене на ток застарелости. Том приликом суд је закључио како опоменом за плаћање пореза, порески орган није решавао о каквом праву или обавези пореског дужника, јер ове није ни утврђивао, већ је пре доношења оцене о нужности покретања поступка принудне наплате предузео радњу ради давања оцене о нужности – оправданости провођења поступка принудне наплате пореског дуга.<sup>58</sup> Опомена није самосталан порески акт и није подобан за извршење.<sup>59</sup> Министарство финансија цитира ову одлуку у свом приручнику за наплату пореза, те уз осврт на поменуту пресуду наводи како порески орган опоменом не решава о пореском праву или дужности пореског дужника. Опомена, у том смислу, представља радњу процене нужности принудне наплате пореза, сматра Министарство финансија.<sup>60</sup> И овде, као и у претходном примеру, могао би се извести закључак да опомена нема карактеристике акта из чл. 114д ЗПППА, те да зато не може да прекине ток застарелости.

Примећује се очигледно разилажење између разумевања института опомене и примене тог института у пракси Пореске управе. Пореска управа не спори то да опомена нема правну природу по-

<sup>54</sup> Мишљење Министарства финансија Републике Србије бр. 412 04 00012/2003 04 од 1. августа 2003.

<sup>55</sup> ЗОО, чл. 391.

<sup>56</sup> Вид. С. Царић *et al.* Аутори сматрају да ток застарелости прекидају само она правна средства која истовремено окончавају спорне односе и омогућују остварење права за која је застарелост била у току.

<sup>57</sup> У анексу рада се налази пример опомене за плаћање пореског дуга који Пореска управа користи, а прибављен је за потребе овог рада из базе података Центра за велике пореске обвезнике „Секос Ин Експерт“.

<sup>58</sup> Пресуда Врховног суда Србије У. 584/04 од 26. јануара 2005.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> Министарство финансија Пореска управа, *Приручник за наплату пореза*, Београд 2008, 493.



реског управног акта. Напротив, службена мишљења Министарства финансија се управо на недостатак те карактеристике ослањају када оцењују дозвољеност, нпр. жалбе против опомене.<sup>61</sup> Врховни суд Србије (сада Врховни касациони суд) такво схватање потврђује својим пресудама. Пореска управа, међутим, изводи закључак да је, упркос томе, опомена довољна како би се прекинуо ток застарелости.

Дакле, став Пореске управе јесте да опомена није пореско-правни акт и да зато против опомене није могућа жалба, али да истовремено и упркос својој правној природи акта који нема непосредно правно дејство опомена прекида ток застарелости.

#### 4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Из излагања смо видели особености института пореске застарелости и поједине карактеристике која га издвајају од застарелости приватног права. Нормативна анализа је указала на то да је чл. 114д Закона у виду имао само решење о утврђивању пореза и споредних пореских давања и решење о принудној наплати пореза, као акте Пореске управе којима се прекида ток застарелости. Закључак се изводи из систематског тумачења закона, а нарочито чл. 54, 77 и 114д ЗПППА, али и из става Уставног суда у контексту јединства правног поретка и односа закона који регулишу различиту материју.

Неспорно је то да утврђивање пореза врши Пореска управа издавањем управних аката којима се установљава постојање појединачне пореске обавезе и одређују порески обвезник, основица и износ обавезе, тј. доношењем пореског решења.<sup>62</sup> Застарелост се прекида сваком радњом Пореске управе предузетом против пореског дужника с циљем утврђивања и наплате пореза и споредних пореских давања.<sup>63</sup> Дакле, тумачећи заједно чл. 114д и чл. 54 Закона изводи се закључак како је радња Пореске управе којом се утврђује порез пореско решење. Зато је само пореско решење о утврђивању пореза акт Пореске управе у смислу чл. 114д Закона који прекида застарелост права Пореске управе на утврђивање пореза.

С друге стране, у домену наплате пореза, радња Пореске управе којом отпочиње поступак принудне наплате пореза јесте решење о принудној наплати које се доноси по службеној дужности.<sup>64</sup> Опомена

<sup>61</sup> Мишљење Министарства финансија Републике Србије бр. 413 00 251/2014 04 од 25. септембра 2015.

<sup>62</sup> ЗПППА, чл. 54.

<sup>63</sup> ЗПППА, чл. 114д.

<sup>64</sup> Радна група за верификацију материјала за обуку образована решењем директора Пореске управе од 1. августа 2005. године, *Приручник за запослене у*

јесте нужна процесна претпоставка за отпочињање поступка принудне наплате пореза. Уколико порески обвезник не плати порез у року из опомене, решењем се одређује принудна наплата.<sup>65</sup> Према томе, произлази да је решење о принудној наплати акт Пореске управе из чл. 114д Закона којим се прекида ток застарелости права Пореске управе на наплату пореза.

Пракса пореских органа показује да у погледу примене института опомене на институт застарелости постоји неслагање. Видели смо да Министарство финансија у својим образложењима аргументовано истиче како против опомене није допуштена жалба јер није реч о пореском управном акту. Овакав став своје упориште има како у управноправној теорији, тако и у самом закону, што је у раду и истицано. Међутим, видели смо такође да Министарство финансија тумачење института опомене, у контексту застарелости, врши *in dubio pro fisco*, али на уштрб права пореских обвезника и на уштрб уставне категорије јединства правног поретка, што би се са становишта правне сигурности могло довести у питање.

Подсетимо овде да је Министарство финансија становишта да се застаревање прекида када дужник призна дуг, а признање се може учинити не само изјавом повериоцу, него и на посредан начин, као и што су давање отплате, плаћање камате, давање обезбеђења.<sup>66</sup> У овом службеном мишљењу Министарство финансија се ослања на примену закона који регулише другачију правну материју од ЗПППА, на ЗОО и то чл. 387. У домену облигационог права, наука је заузела став како ток застарелости прекидају само она правна средства која истовремено окончавају спорне односе и омогућују остварење права за која је застарелост била у току. Поред тога, будући да Министарство финансија своја службена мишљења подупире аргументацијом ЗОО, онда се не би могла игнорисати норма тог закона која предвиђа да за прекид застарелости није довољно да поверилац позове дужника писмено или усмено да обавезу испуни.<sup>67</sup> У том смислу, опомена није ништа друго него писмено којим се порески дужник позива да дуг плати. Можда комбинована примена ЗПППА и ЗОО може да доведе до јединственог става Министарства финансија у погледу утицаја опомене на ток застарелости.

Међутим, у овом погледу би се, у том случају, основано поставило питање примене правила приватног права у домену пореског управног права. Сам закон наводи да ако је другим законом питање из

локалној пореској администрацији, Министарство финансија Пореска управа, Београд 2006, 233.

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> Вид. фн. 54.

<sup>67</sup> ЗОО, чл. 391.

области коју уређује ЗПППА уређено на друкчији начин, примењују се одредбе ЗПППА. Из чега произлази да је главно питање то да ли је чл. 387 ЗОО на другачији начин уређено питање опомене у смислу ЗПППА. Читањем закона се не стиче утисак да је опомена уређена другачије од писменог позива и обратно, из чега следи закључак да је комбинована примена закона и ЗОО начелно могућа.

У прилог реченом можда највећу подршку даје и став Уставног суда о јединству правног поретка који провејава кроз одлуке у домену управно правне материје. У једном поступку, Уставни суд налази да уставно начело јединства правног поретка подразумева међусобну усклађеност свих правних прописа у оквиру правног система Републике Србије, што начелно искључује могућност да се законом којим се уређује једна правна област могу мењати, односно допуњавати поједина законска решења садржана у закону којим се уређује друга правна област.<sup>68</sup> У још једном поступку, Уставни суд указује да правни поредак одражава своје јединство регулисањем друштвених односа тако што се обезбеђује да сви акти и све норме које га чине буду у складу и да дејствују у истом правцу, испуњавајући одговарајућу друштвену функцију – заштиту основних права и интереса појединаца, с једне стране, односно друштва као целине, с друге. Сагласно наведеном, Уставни суд сматра да заштита јавног интереса не може бити обезбеђена на штету начела законитости (тј. неоснованог одступања од системских решења), које такође мора бити заштићено, не само на основу одредаба закона о општем управном поступку, као системског закона из ове области, већ и на основу сваког посебног закона којим су регулисана питања управног поступка у областима друштвеног живота, која су предмет тог закона.<sup>69</sup> Уставни суд сматра да уколико се у одређеном управном поступку предвиде одступања из закона о општем управном поступку, тада се одређеним правним решењима мора обезбедити баланс којим би се предвиђена заштита правног интереса појединца, и фактички могла остварити.<sup>70</sup> Уставни суд је овде на трагу става појединих аутора да је за поштовање права пореских обвезника битно да њихове дужности немају примат над њиховим правима. А с тим у вези и да је за добро функционисање пореског система битно доследно спровођење пореске регулативе.<sup>71</sup>

Дакле, начело јединства правног поретка онемогућава да се законом који уређује једну правну област (ЗПППА) искључују решења закона који уређује другу правну област (ЗОО). С тим у вези, зашти-

<sup>68</sup> Одлука Уставног суда IV з 225/2005 од 19. априла 2012.

<sup>69</sup> Одлука Уставног суда IV з 17/2011 од 23. маја 2013.

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> Милева Анђелковић, *Пореске реформе у Републици Србији*, Проинком, Београд 2003, 191 225.

та јавног интереса (наплата пореза) не може бити на штету начела законитости одступањем од системског решења које је прихваћено у ЗОО. У том случају, а нарочито јер ЗПППА изричито не уређује другачије, опомена се може сматрати као институт еквивалентан институту писменог позива из ЗОО који не прекида застарелост.

Наравно, овом образложењу нужно следи и питање специфичности материје коју уређује ЗПППА у односу на материју ЗОО. С тим у вези би се могло тврдити како би закон морао да садржи одступања од правила приватног права и у погледу института опомене и његове правне природе. Наиме, да би одређени закон садржао посебна правила и правне изузетке у односу на системске законе у одређеној области, законодавац са становишта Устава и правног поретка Републике Србије мора преиспитати у поступку прописивања тих посебних правила и правних изузетака испуњеност одређених предуслова.

Према ставу Уставног суда<sup>72</sup> то је: 1) постојање оправдане потребе и легитимног циља на коме се заснива одступање од општих, системских правних правила у одређеним успостављеним друштвеним односима у конкретној области; 2) прецизно се мора сагледати да ли се посебна правила и правни изузеци у потпуности ослањају на системска правила, тако да се у целини посматрано општа правила из системског закона могу несметано применити на сва питања која нису обухваћена и посебно уређена на изузетан, посебан начин; 3) мора се сагледати и да ли су посебна правила и правни изузеци у складу с Уставом и целокупним правним системом Републике Србије. Дакле, јасно је да се опомена у смислу закона не може уредити суштински другачије од писменог позива у смислу ЗОО.

Остављајући простор за даље испитивање предмета рада и дубљу анализу проблема, сматрамо да је анализа показала да је опомена за плаћање пореског дуга процесна претпоставка за одређивање принудне наплате, која има правну природу управног материјалног акта – акта саопштавања без непосредног правног дејства.

Без обзира на то да ли би паралелна примена ЗОО дошла у обзир, сам закон даје за право како опомена не би могла сама по себи прекинути ток застарелости јер су акти који утврђују пореску обавезу и који отпочињу принудну наплату решења Пореске управе.

Закључимо да је акт Пореске управе који прекида ток застарелости права Пореске управе на утврђивање пореза, у смислу чл. 114д ЗПППА, решење Пореске управе, док је акт Пореске управе који прекида ток застарелости права Пореске управе на наплату пореза, у смислу чл. 114д ЗПППА, решење о принудној наплати. Стога, опомена не може прекинути ток застарелости права на утврђивање и наплату пореза и споредних пореских давања.

---

<sup>72</sup> Одлука Уставног суда IVз 27/2011 од 3. октобра 2013.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Анђелковић, М., *Пореске реформе у Републици Србији*, Проинком, Београд 2003. (Anđelković, M., *Poreske reforme u Republici Srbiji*, Proinkom, Beograd 2003)
- Царић, С. *et al.*, *Коментар Закона о облигационим односима*, Културни центар Горњи Милановац, Правни факултет Крагујевац, Књига прва, Крагујевац 1980. (Carić, S. et al., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Kulturni centar Gornji Milanovac, Pravni fakultet Kraгујеваc, Књига прва, Крагујеваc 1980)
- Кијановић, М., *Порески поступак и Пореска администрација*, Рачуноводство д.о.о, Београд 2007. (Kijanović, M., *Poreski postupak i Poreska administracija*, Računovodstvo d.o.o, Beograd 2007)
- Кулић, М., *Пореско процесно право*, Мегатренд Универзитет, Београд 2007. (Kulić, M., *Poresko procesno pravo*, Megatrend Univerzitet, Beograd 2007)
- Лилић, С., *Управно право управно процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008. (Lilić, S., *Upravno pravo upravno procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2008)
- Милосављевић, Б., *Управно право*, Пројурис, Београд 2014. (Milosavljević, B., *Upravno pravo*, Projuris, Beograd 2014)
- Митровић, А., *Наплата пореза на доходак грађана у пракси*, Проинком, Ниш 1998. (Mitrović, A., *Naplata poreza na dohodak građana u praksi*, Proinkom, Niš 1998)
- Поповић, Д., *Коментар закона о пореском поступку и пореској администрацији*, Секос ин, Београд 2003. (Popović, D., *Komentar zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji*, Sekos in, Beograd 2003)
- Поповић, Д., *Наука о порезима и пореско право*, Институт Отворено друштво/Институт за уставну и законодавну политику, Београд 1997. (Popović, D., *Nauka o porezima i poresko pravo*, Institut Otvoreno društvo/Institut za ustavnu i zakonodavnu politiku, Beograd 1997)
- Поповић, Д., *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012. (Popović, D., *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012)
- Simon, J., Nobes C., *The Economics of Taxation, Principles, Policy and Practice*, Pearson Educated Limited, Edinburgh Gate, Harlow 2002.

Томић, З., *Опште управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011. (Tomić, Z., *Opšte upravno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2011)

Minja Djokić, LL.M.

Attorney at Law

PhD candidate at the Faculty of Law, University of Belgrade

## THE EFFECTS OF ADMONISHMENT ON STATUTE OF LIMITATIONS IN TAX LAW

### *Summary*

The scope of analysis in this article is an issue that has been disputed in practice. We ask ourselves does admonishment for tax debt interrupt the term of statute of limitations in tax law? Author has analysed the statute of limitations in tax law through legal practice of tax authorities (official opinions of the Ministry of finance regarding the issue at hand) and judicial practice (Supreme court and the Constitutional court). It has been established that there is a difference in understanding the institute of admonishment and its application. It has also been established that, in spite of the fact that tax authorities do not consider admonishment as a tax administrative act or addressing legal act, it is interpreted as sufficient to break the term of statute of limitations. We shall prove that delivery of admonishment to a tax payer does not interrupt or break the term of statute of limitations because it is not an addressing legal act, which is expressly demanded by the law.

Key words: *Admonishment for tax debt. – Statute of limitations of Tax administration to establish and collect tax debt. – Tax act. – Tax administrative act. – Union of the judicial order.*

Article history

Received: 12. 4. 2016.

Accepted: 16. 5. 2016.

Др Борис Беговић\*

Dani Rodrik, *Economics Rules: Why Economics Works, When It Fails and How to Tell the Difference*, Oxford University Press, Oxford, 2015, 253.

Каква је то економија наука? Да ли она производи универзалне истине? Да ли је и зашто супериорна у односу на (остале) друштвене науке? Шта су данас производи економске науке? Како економисти комуницирају између себе, а како с људима из других струка? Да ли одбојност многих према економској науци и њеним налазима произлази из неразумевања, из великог шума при комуницирању? Да ли, макар у том погледу, постоји процеп између економиста и оних који то нису?

Када се одговарања на ова питања прихвати Дени Родрик, онда то свакако завређује пажњу и подиже очекивања читалаца. Већ на самом почетку књиге њен аутор, узимајући наведени процеп за неупитну чињеницу, исказује свој циљ – његово премошћавање, па је стога књига намењена и економистима и онима који то нису. Како би се избегао неспоразум, аутор већ у уводном поглављу дефинише економску науку и то на основу методологије коју она примењује, а не на основу области која је предмет њене научне анализе. Другим речима, у духу Бекерове традиције, прихвата да економска наука залази у „забран“ других друштвених наука и нуди своја, често алтернативна објашњења различитих друштвених феномена.

Своју анализу Родрик започиње наводећи три случаја у којима су економисти, својом тачном анализом и на њој заснованим препорукама, омогућили три добра институционална решења, односно три економске политике којима је знатно унапређено друштво благостање: систем међународних (бретонвудских) финансијских институција, који је, по мишљењу аутора, омогућио дотад незабележен привредни раст развијених земаља, Викријеве цене при вршном

---

\* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [begovic@ius.bg.ac.rs](mailto:begovic@ius.bg.ac.rs)

оптерећењу,<sup>1</sup> као и систем условних новчаних давања сиромашнима. Када су економисти у праву, целом свету је боље, сматра аутор. А шта се дешава када нису у праву? И због чега се то догађа?

Тражећи одговор, аутор указује на то да економску науку не представља један, већ читав скуп различитих модела, сваки од њих прикладан у специфичном контексту, односно важи за различите услове, наравно с различитим резултатима. Не постоји универзалан модел, сматра аутор, и највеће грешке економске науке произлазе из тога што се бира погрешан модел. Као пример погрешно изабраног модела Родрик наводи хипотезу о ефикасности финансијског тржишта, према којој је цена финансијских инструмената на тржишту ефикасна, будући да она представља синтезу свих информација расположивих учесницима на том тржишту. Какве су последице налаза тог модела? Аутор сматра да је прихватање овог модела, односно његовог налаза, довело до смањење регулације финансијских тржишта, а таква регулација довела је, по његовом мишљењу, до велике финансијске кризе из 2008. године. Прилично натегнута узрочно-последична веза, тим пре што се не залази у анализу због чега хипотеза о ефикасном тржишту не одговара условима на финансијским тржиштима у САД или било којој другој земљи.

Родрик, међутим, у потпуности одбацује критику економских модела као нереалистичних, односно примедбе које често долазе од оних који нису економисти да модели економске науке, услед нереалистичних полазних претпоставки, представљају поједностављење стварности. Наравно да представљају, управо им је то сврха, то им даје њихову аналитичку снагу и омогућава усредсређивање на кључне узрочно-последичне везе и њихове механизме. Поједностављивање је врлина модела, оно омогућава спознају стварности, уместо њеног пуког описивања. Тражећи аргументе који су пријемчиви за оне који нису економисти, Родрик се позива на Борхесову кратку причу *Прецизност науке*, причу о картографима неког митског царства који су желели да у своје карте унесу све више детаља, што је довело до карте у размери 1:1, коју морепловци никако нису могли да употребе за навигацију. Без поједностављивања, без занемаривања детаља, без модела, овог пута економске науке, не може се пловити у савременом свету.

Универзалност економских модела зависи од његових претпоставки. Да ли увођење минималних надница доводи до (повећања) незапослености? Аутор одбија да одговори на то питање – економска наука нема универзалан одговор, сматра, све зависи од тога каква је структура тражње на тржишту радне снаге. Уколико на тржишту радне снаге постоји монопсон, уколико постоји само један послода-

<sup>1</sup> Вилијам Викри (*William Vickrey*), добитник Нобелове награде за економију 1996. године.



вац, онда ће увећање наднице умањити незапосленост. Исто тако, наводи Родрик, одређивање максималне цене цигарета или закупнине станова не доводи до умањења већ до увећања понуде, уколико на тржишту цигарета постоји монопол или уколико постоји само један станодавац. Дакле, не мора у свакој ситуацији ограничење цене да доведе до пада понуде. Битна је тзв. критична претпоставка, од ње све зависи. Оно што Родрик не наводи јесте да је монополсон на тржишту радне снаге веома редак, углавном представља локалну појаву. Нити наводи да се на монополе који постоје на тржишту добара и услуга примењује економска регулација, тако да су његови примери из књиге тачни, али ирелевантни. Универзалност налаза економске науке није апсолутна, наравно да се могу пронаћи макар хипотетички случајеви који су изузеци, него је везана за доминантне случајеве, за највећи, мада не и максималан могући број исхода. Аутор је у праву када економске моделе пореди с баснама, стилизацију представљају претпоставке, налази су јаке поуке, а онда све нестаје његовом тврђом да увек постоје изузеци и да нема универзалне истине.

Родрик одбацује и критику у погледу (претеране) математизације, тј. формализације економских модела, тврдећи да она омогућава да се кристално јасно разуме шта је налаз модела, чиме омогућава да не расправља на тему шта је писац хтео да каже и шта је заправо рекао. Стога, данас, за разлику од налаза Маркса, Кејнза или Шумпетера, не расправљамо о томе шта су налази модела, него расправљамо о томе да ли се с тим налазима слажемо, како се могу емпиријски тестирати и какве су њихове последице. Ипак, математика није сама себи циљ, она је само средство да се налази јасно изложе. За савремену економску науку су најзначајнији нови увиди у погледу релевантних тема, попут привредног раста, сиромаштва, јавних финансија, финансијских криза и сличних тема, а најзначајнији економисти су они који су понудили нове увиде у тим областима, који су омогућили да боље разумемо стварност, а не најспособнији математичари и њихова најпрефињенија решења.

Предност моделског приступа лежи и у томе што, сматра аутор, разјашњавају логику теоријске хипотезе која из њих произлази, што омогућавају експанзију акумулираног знања, омогућавају и поспешују, готово призивају њихову емпиријску верификацију и успостављају професионалне стандарде због којих се не поставља питање ко је направио неки модел, него каква је његова методологија и који су његови резултати. Као пример јасне логике, Родрик наводи Самјуелсонов<sup>2</sup> одговор на Уламов<sup>3</sup> изазов да му наведе било

<sup>2</sup> Пол Самјуелсон (*Paul Samuelson*), добитник Нобелове награде за економију 1970. године.

<sup>3</sup> Станислав Улам (*Stanislaw Ulam*), математичар који је развио модел (Телер Уламов механизам) на коме је заснована (америчка) хидрогенска бомба.

коју тврдњу у области друштвених наука која је истовремено тачна и контраинтуитивна: теорема о компаративним предностима, један од првих модела економске науке – земља која у производњи одређеног производа има компаративну предност извозиће тај производ у земљу која у његовој производњи има апсолутну предност. Стандардна интуиција ту једноставно не би помогла, нити би то могла у свим оним случајевима у којима треба сагледавати ефекте на нивоу привреде у целини (општа равнотежа), а не на нивоу појединачног тржишта (парцијална равнотежа), још мање у условима тзв. другог најбољег решења, оног у којем нису испуњени услови првог најбољег решења. Надаље, модели омогућавају економистима да превазиђу стање у којем се долази до ситуација да се нечији исказани став, нечије размишљање чак није ни погрешно – није досегло такав резултат – будући да се не може сагледати логика која је до тог става довела. Економска наука, пише Родрик, није ништа друго до дисциплинована интуиције. Чак и да је то тако, акценат свакако треба да буде на дисциплиновању, а из онога што је Родрик написао произлази да је та дисциплина – гвоздена.

Економска наука, сматра Родрик, не напредује тако што старе моделе замењује новима, већ тако што се шири, производи нове моделе и објашњава нове феномене. Напредује хоризонтално уместо вертикално. Шире се области којима се економија бави, уносе се нове претпоставке, феномени који су предмет истраживања посматрају се на нови начин. Нови модели добију се надограђивањем старих или њиховим померањем на нова поља која треба да се објасне. Акумулација знања, па тиме и напредак економске науке, сматра Родрик, није вертикална, већ хоризонтална. Занимљива теза.

Наравно, уколико не постоји универзалан модел, треба изабрати између модела, па је потребно дефинисати процедуру тог избора. Родрик сматра да се поставља питање верификације критичних претпоставки модела, верификације механизма и верификације директних и индиректних резултата. Очигледно, аутор моделе посматра као средство за вођење различитих економских политика, средство избора између различитих опција, а не као аналитичко средство за спознају стварности – то су модели дијагностике у одређеној ситуацији, на пример, због чега је ниска стопа раста одређене привреде. Да се ради о моделима за вођење економских политика јасно се види када аутор инсистира на анализи нежељених последица, анализи ефеката до којих доводи или може да доведе одређено институционално решење, односно економска политика. На пример, на налазу да повећани степен регулације великих предузећа (велики регулаторни захтеви који се стављају пред њих) доводи до тога да предузећа не желе да расту – одређена економска политика условљава њихово

прилагођавање и тиме доводи до исхода који не одговара жељеном. Изузетно користан налаз, многи га често заборављају, али треба рећи да дијагностика сама по себи није економска наука. Она је предуслов лечења, заснована је на науци, али сама по себи није наука, већ струка. Најслабији део књиге.

Да ли је теорија само друго име за модел? Теорија има призив амбициозности, пише Родрик. Она, по његовом мишљењу, треба да буде грађевинарска скела којом ће се прићи свему оном што се дешава у стварном свету. Савремена економска наука је, пре свега, емпиријска дисциплина, па се метафора скеле свакако може прихватити. Који је најважнији елемент те скеле? Свакако, сматра Родрик, теорија вредности, па тиме и цена, и теорија расподеле. У овом случају, међутим, нема хоризонталног, већ долази до вертикалног напретка. Све теорије вредности које су настале пре маргиналистичке револуције, пре успостављања и кодификације неокласичне економске теорије, данас једноставно не важе. На пример, радна теорија вредности, она којом су марксистички економисти деценијама покушавали да објасне порекло вредности и која је потребан услов за њихову теорију експлоатације, једноставно је теорија коју је још одавно одбацила економска наука. То што се она, из идеолошких разлога, деценијама, у статусу катехизиса, учила на економским факултетима социјалистичких земаља (на те мучне часове ишао је и аутор овог приказа), друга је ствар. Ипак, дакле, постоји и вертикално напредовање. Да ли је неокласична теорија вредности и расподеле универзална, да ли увек важи? Родрик и ту покушава да исказе свој скептицизам према универзалности економске науке. Своју скепсу према универзалности теорије он исказује тако што наводи да у стварности 80 до 90 одсто варијабилитета надница може да се објасни варијабилитетом граничне продуктивности радне снаге (објашњење неокласичне економске теорије). Дакле, није 100 одсто. То никако није доказ да се не ради о универзалности, будући да се онај мали део варијабилитета који се не може објаснити теоријом, може објаснити и грешкама у мерењу и дејству фактора који нису обухваћени економетријским моделом.

Из налаза да у економији нема универзалних истина, па стога економија није наука, следи да увек крећемо од нуле – све је могуће и све је допуштено. То Родрик није написао, али је то импликација његове тезе – својим инсистирањем на непостојању универзалности, својим инсистирањем на егзотичним примерима услова при којима неки налази економске науке не важе, он је управо, таквом релативизацијом, пружио онима који нису економисти интелектуалну муницију за овакве тврдње.

Родрик објашњава да се економисти појављују више у јавности него научници из осталих друштвених наука. Бар је то тако у САД, па је стога прионуо на посао истраживања онога што се назива психологија и социологија економиста. Економисти, сматра Родрик, имају веома чврста убеђења или су спремни да пређу преко могућих негативних последица решења које они заступају. Бар је то тако у САД. Економисти далеко више заступају тржишна решења. Бар је то тако у САД. То чине због тога што верују у тржиште и због тога што сматрају, с правом, да о функционисању тржишта знају више од других, бар је тако у САД. И због тога зато што се економисти понашају као еснаф, пре свега због тога што деле истоветну методологију и што према другима, онима који то нису, заузимају заједнички, често ниподаштавајући став, будући да аутсајдери нису методолошки оспособљени да прате расправу – не разумеју модел.

Конечно, Родрик износи уобичајене критике које јавност има према економистима и према, по његовом мишљењу, узвишеном статусу које економска наука има међу друштвеним наукама. Углавном одбија ту критику, многи би му замерили да се понаша као део еснафа, да би на крају, изнео сугестију да економисти када предвиђају треба увек да се ограђују, да предвиђају у кондиционалу. Две су наведене критике занимљиве. Једна је да су економисти вредносно опредељени (ефикасност као једини критеријум), а други је да економисти не допуштају плурализам, да немају разумевања за ставове других, оних који нису економисти. Родрик и једну и другу критику одбацује, имајући, међутим, разумевања за оне који је износе. Многе његове колеге не би биле толико милосрдне.

Кад смо већ код универзалности, многи наведени налази о улози економиста у јавној расправи нису универзални, већ важе за ситуацију у САД. Овде више није реч о економској науци, већ је реч о месту које та наука и њени посленици имају у јавном животу. Мало који од тих налаза може да се примени на данашњу Србију. Јер то што неко има диплому неког од домаћих економских факултета не значи неминовно да је економиста.

Занимљива књига. Чак и за економисте!

Ана Одоровић\*, мастер

Lanny Ebenstein, *Chicagonomics: The Evolution of Chicago Free Market Economics*, New York: St. Martin's Press, 2015, 278.

У опису својих студентских дана на Универзитету у Чикагу, један од студената је написао: „Интелектуални цинови увек постоје. Није идеализација рећи да су цинови у економији тог времена, необично велики број њих, шетали ходницима Универзитета у Чикагу. Чињеница да се радило о циновима различитих сорти, ставова и порекла само је увећало њихов утицај на нас обична бића“.

Институција о којој је реч је међу својим студентима и предавачима до данас имала двадесет осам добитника Нобелове награде из економије, више него било која друга институција у свету. Поред тога, схватања чикашких економиста на челу с Милтоном Фридманом имала су одлучујући утицај на успостављање економских политика у САД и Великој Британији од осамдесетих година прошлог века. Ипак, није сасвим јасно да ли постоји, и још мање који је методолошки и концептуални оквир Чикашке школе мишљења. У покушају да одговори на ово питање, Лени Ебенстеин сублимира историју идеје о слободном тржишту, посебно наглашавајући њену трансформацију од класичног либерализма до савременог либертаријанизма.

У првом делу књиге аутор образлаже како се корени Чикашке школе могу пронаћи у делима класичних либералних мислилаца Адама Смита, Цереми Бентама и Џона Стјуарта Мила. У основи, ради се о Смитовој идеји да су слободна трговина и заштита приватне својине најважнији предуслови поделе рада, односно специјализације, која доводи до општег просперитета. Бентам је Чикашку школу задужио једним од најважнијих постулата модерне економске науке, идејом о максимизацији друштвене корисности: „Једино мерило исправног је највећа срећа највећег броја људи“. У том смислу, класични либерали, како аутор истиче, нису били заговорници идеје о друштву које би било подељено на привилеговану неколицину и обесправљену

---

\* Ауторка је асистенткиња Правног факултета Универзитета у Београду, [ana.odorovic@ius.bg.ac.rs](mailto:ana.odorovic@ius.bg.ac.rs)

већину. Међутим, они су истовремено веома високо вредновали идеју индивидуалне слободе, чији се значај огледа у једној од основних Милових теза да просперитет целокупног човечанства у суштини зависи од малог броја људи чији експерименти уносе побољшања у односу на постојећи начин рада.

У наставку књиге аутор најпре описује историјски контекст настанка Универзитета у Чикагу, а затим посвећује засебно поглавље најистакнутијим представницима ове школе. Од оснивања универзитета крајем 19. века од стране Џона Д. Рокфелера, примарно обележје истраживања у области економске науке подразумева снажно усредсређивање на емпиријску анализу, с циљем формулисања препорука за вођење економске политике. Међутим, како аутор често наводи, не може се говорити о јединственој Чикашкој школи мишљења, будући да постоји значајна разлика у ставовима чикашких економиста пре и после Другог светског рата.

У првим деценијама двадесетог века, време тзв. прве Чикашке школе, економско одељење Универзитета обележила су имена Џејкоба Винера, Френка Најта и Хенри Симонса. Према мишљењу аутора, рани чикашки економисти по својим схватањима нису били либертаријанци, они који се залажу за минималну улогу државе у привреди, већ класични либерали који, иако истичу значај слободног тржишта, признају да постоји сфера у којој је државна интервенција пожељна. Аутор посебно наглашава да су представници прве Чикашке школе предлагали опорезивање и прераспodelу дохотка како би се умањила неједнакост до које доводи *laissez-faire* систем.

За Винера оптималан друштвени поредак је онај у коме је тржиште што слободније, у мери у којој је то конзистентно с државом благостања, која тежи да искорени сиромаштво и обезбеди једнаке прилике. Најт је, такође, остављао простор за позитивну улогу државе у привреди, иако је као велики интелектуални елитиста сматрао да ће она бити несавршено одређена и имплементирана кроз несавршене институције. Симонс је био класични либерал по томе што је наглашавао значај конкурентског процеса. Међутим, сматрајући да конкуренција може слободно да се одвија само уколико је економска моћ дисперзована међу великим бројем малих тржишних учесника, предлагао је прогресивно опорезивање и прераспodelу дохотка од богатих ка сиромашним.

Непосредно након Велике светске економске кризе, схватања Винера, Најта и Симонса нису се много разликовала од остатка економске професије која је веровала у кејнзијанску идеју о моћи фискалне и монетарне политике државе у превазилажењу кризе, с том особеношћу да су били снажни опоненти директном мешању државе у одлуке о производњи и ценама, као и екстензивној регулацији.

Међутим, будући да су чикашки економисти сматрали да је увећана улога државе у привреди оправдана само привремено, као последица нарушеног „природног поретка ствари“, који су поистовећивали са слободном тржиштем, након Другог светског рата они постају главни критичари кејнзијанизма. Ово драстично удаљавање од тадашње догме интервенционизма, али и математизације економске науке, означило је формирање друге Чикашке школе мишљења.

Зачетак друге школе на Универзитету у Чикагу везује се за долазак њеног најеминентнијег представника Милтона Фридмана. Иако је Фридман, према речима аутора, у раној фази своје каријере заступао мишљење да је прерасподела дохотка оправдана с циљем постизања веће једнакости, брзо се радикално удаљио од ове идеје, критикујући државну интервенцију „у сваком погледу и у свакој прилици“. Његов допринос економској теорији био је посебно значајан у области методологије економске науке и монетарне економије. Надовезујући се на чикашку традицију емпиризма, Фридман није веровао у веома ригидне и формализоване економске моделе који се удаљавају од своје основне сврхе да тачно описују и предвиђају стварност. Такође, сматрао је да је од мање важности да ли су претпоставке модела у потпуности реалистичне, уколико модел наилази на емпиријску потврду. Фридманово интересовање за област монетарне економије потиче од његове фасцинације Великом депресијом чији је узрок објаснио неадекватном монетарном политиком.

Аутор посебно истиче да је Фридман био и један од најистакнутијих јавних интелектуалаца свог времена заслужан за покретање неолибералног покрета светских размера осамдесетих година двадесетог века. То је коинцидирало с избором Роналда Регана у САД и Маргарет Тачер у Великој Британији, који су били Фридманови велики поштоваоци. Своју критику социјализма који је у то време био пред крахом, изградио је на следећој премиси: „Није проблем у томе што човечанство не поседује доброту која је потребна да социјализам успе. Проблем је што не поседује знање. Цене, профит и приватна својина су институције неопходне за превазилажење поделе или фрагментираниости знања коју доноси специјализација рада.“

Други послератни економиста коме аутор посвећује посебну пажњу је Фридрих Хајек. Попут Фридмана, Хајек је у својим раним академским данима прихватио неке идеје државе благостања, да би касније, према мишљењу аутора, постао догматски заговорник *laissez-faire*, ограничавајући улогу државе на обезбеђивање безбедности и ефикасног правног система. У свом најпознатијем делу које је настало на Универзитету у Чикагу, *Constitution of Liberty*, Хајек описује слободу на сличан начин као и Мил: „Слобода коју ће користити један појединац у милион може бити значајнија за човечанство

и кориснија за већину људи него слобода коју сви користимо“. Сматрао је да је неједнакост која настаје као резултат слободног тржишта, управо оно што доводи до прогреса, да „јучерашњи луксуз постане данашња потреба“. „Спречавање да појединци присвајају нова добра и услуге или да их присвајају у већој мери у односу на друге, до момента када она постану доступна свима, довело би до окончања људског прогреса.“

На Универзитету у Чикагу оставили су траг и други велики економски теоретичари којима је у књизи посвећено знатно мање пажње: Џорџ Стиглер, Роналд Коуз, Арон Дајректор, Џејмс Бјукенан и други. Њихов допринос се огледа у развоју дисциплина попут индустријске организације, економске анализе права, теорије јавног избора и политичке филозофије.

У закључку ове књиге аутор посебно наглашава разлику између класичног либерализма и савременог либертаријанизма. Оно што их повезује је значај приватне својине над средствима за производњу и слободног тржишта. Класичан либерализам који подразумева традицију Смита, Бентама, Мила, Винера, Најта, Симонса и младих Фридмана и Хајека допушта да држава пружа одређене услуге, одржава макроекономску стабилност и користи прогресивно опорезивање за обезбеђивање веће једнакости. Савремени либертаријанизам чији су представници Хајек и Фридман у својој зрелој фази, по мишљењу аутора, фаворизује дубоку друштвену неједнакост, ограничавајући улогу државе на обезбеђивање сигурности правног поретка. Аутор се веома критички осврће на ову тенденцију изједначавајући је с „неоанархијом“, и коначно, залаже се за увођење веома високих прогресивних стопа опорезивања имовине и дохотка с циљем обезбеђивања веће друштвене једнакости.

Књига је помало непрегледна, а аутор се на појединим местима непотребно понавља. Наслови поглавља најпре сугеришу да се ради о хронолошком приказу личности и идеја Чикашке школе, што се затим преплиће с предметом истраживања чикашких економиста, а да заправо ни један од ова два критеријума није доследно примењен. На концептуалном плану аутору се пре свега може замерити то што се чини да је најважнија порука ове књиге идеолошка критика савремених либертаријанаца, уместо да, као што наслов наговештава, анализа буде усредсређена на најзначајније доприносе Чикашке школе економској теорији. Утолико не изненађује то што су идеје појединих важних представника ове школе у потпуности занемарене. Међутим, оно што у овој књизи сасвим неочекивано изостаје јесте коначан закључак о томе која то теоријска или методолошка матрица недвосмислено повезује чикашке економисте и истовремено их



раздваја од других, како би се уопште могло говорити о посебној школи мишљења.

Иако аутор веома вешто описује колико могу да буду идеолошки удаљене позиције појединих либералних теоретичара, његова дистинкција између класичног либерализма и савременог либертаријанизма је карикатурна. Судајући по редовима ове књиге, читалац би скоро могао да закључи да су представници класичног либерализма били преокупирани идејом прерасподеле дохотка, док је најважнији циљ савременог либертаријанизма обезбеђивање што веће друштвене неједнакости. С тим у вези, чини се сасвим излишно да аутор у закључку свог разматрања о Чикашкој школи елаборира сопствени „пакет препорука“ које су усмерене на постизање веће једнакости у америчком друштву, а посебно је неоправдано да се оне представљају као пројекција класичних либералних идеја у савременом контексту.

Стога, не може се рећи да ова књига представља допринос научној расправи о историји економских идеја, али је она успешна у ономе што је била изворна намера аутора, а то је да неверзираном читаоцу кроз врло питак и наративан стил изражавања, обогаћен мноштвом детаља из приватног и јавног живота чикашких економиста и њихових међусобних односа, приближи основне идеје неисцрпне, вечито актуелне, полемике о слободном тржишту.

## УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Чланци предати за објављивање у часопису „Анали Правног факултета у Београду“ подлежу обавезној анонимној рецензији два рецензента којима није познат идентитет аутора, као што ни аутору није познат идентитет рецензента.

Радови се предају у електронском облику на адресу *anali@ius.bg.ac* или путем платформе за електронске публикације Правног факултета Универзитета у Београду на <http://ojs.ius.bg.ac.rs/>.

Текстови се куцају ћирилицом и по правилу не треба да буду дужи од једног табака. Изузетно, максимални обим текстова је 1,5 табак. Један табак износи 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт Times New Roman 12.

Уколико текст пређе дозвољени обим, биће одмах враћен аутору на неопходно скраћивање. Рецензенти неће бити одређени све док дужина текста не задовољи предвиђени обим.

У горњем левом углу, пре наслова рада, наводи се академска титула, име и презиме аутора, а у пратећој фусноти која се означава звездицом, установа у којој је аутор запослен или друга афилијација, звање аутора и електронска адреса.

Текст намењен за рубрику „Чланци“ мора да на почетку садржи резиме с основним налазима рада, обима до 20 редова (апстракт) и до пет кључних речи. На крају текста се налази резиме (summary) приближног обима и до пет кључних речи, са насловом рада на енглеском језику. Додатно, потребно је навести и списак литературе, фонт Times New Roman 11. Списак обухвата уџбенике, монографије и чланке цитиране у раду, као и интернет адресе на којима су доступни. Приликом навођења литературе, прво се наводи презиме, затим прво слово имена цитираног аутора, а потом остали подаци у складу са правилима цитирања.

У интересу аутора је да наслов и кључне речи што верније и концизније одражавају садржај рада. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури и анонимним рецензијама.

Наслов рада се пише на средини, великим словима – верзалом (фонт 14). Поднаслови се пишу на средини, великим словима (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне са такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. – курентом, тј. малим обичним словима (фонт 12), 1.1.1. – малим италиком словима (фонт 12), итд. са мањим фонтом.

За објављивање се предају искључиво оригинални радови, који не представљају део одбрањене тезе, објављене монографије или књиге, као и они који нису објављени или понуђени другом часопису. О томе аутор доставља изјаву приликом слања текста Редакцији. У супротном Редакција може да прекине сваку будућу сарадњу с аутором.

Етички кодекс је доступан на интернет страници „Анала“.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског језика у погледу правописа, граматике и стила.

Рок за достављање радова за први број часописа је 1. април, док је рок за објављивање првог броја крај јуна месеца.

Рок за достављање радова за други број часописа је 30. јун, док је рок за објављивање другог броја крај септембра месеца.

Рок за достављање радова за трећи број, међународно издање, је 30. септембар, док је рок за објављивање трећег броја крај календарске године.

## ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. **Књиге** се наводе на следећи начин: прво слово имена (после чега следи тачка) и презиме аутора, назив курзивом, место издања курентом – обично, година издања. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., р., рр., ff., dd. и слично). После места издања не ставља се зарез.

Уколико се наводи и издавач, пише се курентом – обично, пре места издања.

Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Савремена администрација, Београд 1994, 35.

Уколико књига има више издања, може се навести број издања у суперскрипту (нпр. 1994<sup>3</sup>).

Уколико се упућује на фусноту, после броја стране пише се скраћеница „фн.“.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Београд 1994, 35 фн. 3.

Уколико се у књизи помиње више места где је издата, наводе се прва два раздвојена цртом.

Пример: S. Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin – New York 2003, 34–38.

2. **Чланци** се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка курентом – обично под наводницама, назив часописа (новина или друге периодике) курзивом, број и годиште, број стране без икаквих додатака (као и код цитирања књига).

Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора. Уколико је назив часописа дуг, приликом првог цитирања у загради се наводи скраћеница под којом ће се периодика надаље појављивати.

Пример: М. Петровић, „Ефекти посредног опорезивања“, *Анали Правног факултета у Београду* (Анали ПФБ) 3/1995, 65.

3. Уколико постоји више аутора књиге или чланка (до три), раздвајају се зарезом.

Пример: М. Петровић, М. Поповић, В. Илић,

Уколико се цитира књига или чланак са више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице речи *et alia* (*et al.*) курзивом. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Пример: М. Петровић *et al.*,

4. Уколико се у раду цитира само један текст одређеног аутора, код поновљеног цитирања тог текста, после првог слова имена и презимена аутора, следи само број стране и тачка (без додатака *op. cit.*, нав. дело и сл.).

Пример: М. Петровић, 53.

Уколико се цитира више радова истог аутора, било књига или чланака, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у загради година издања књиге или чланка. Уколико исте године аутор

има више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају латинична слова a, b, c, d, итд., после чега следи само број стране.

Пример: М. Петровић (1995а), 67.

5. Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после чега следи тачка. Уколико се цитира више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву страну наводи се „и даље“ с тачком на крају.

Пример: М. Петровић, 53–67.

Пример: М. Петровић (1995а), 53 и даље.

6. Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Пример: *Ibid.*

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница *ibid*, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају.

Пример: *Ibid.*, 69.

Када се цитира чланак у зборнику радова на енглеском или другом страном језику, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводе имена уредника. Уколико их је више ставља се назнака „eds.“ пре њихових имена, а ако је само један уредник, назнака пре његовог имена је „ed.“, односно одговарајућа скраћеница у другом језику (нпр. у немачком „Hrsg.“). Када се цитира чланак у зборнику радова на српском или другом језику овог говорног подручја, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводи име или имена уредника са знакомом „ур.“ пре имена.

Пример: А. Buchanan, „Liberalism and Group Rights“, *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

7. Прописи се наводе пуним називом у куренту – обично, потом се курзивом наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања, поново у куренту – обично.

Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 или Закон о извршном поступку – ЗИП, *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

Уколико је пропис измењиван и допуњаван, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, *Службени гласник РС*, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

8. Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а иза последњег броја се не ставља тачка.

Пример: чл. 5, ст. 2, тач. 3 или чл. 5, 6, 9 и 10 или чл. 4–12, итд.

9. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

10. Латинске и друге стране речи, интернет адресе и сл. се пишу курзивом.

11. Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице исписану курзивом и датум приступа страници.

Пример: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL\\_AD\(2007\)004\\_e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL_AD(2007)004_e.asp), 24. мај 2007.

12. Инострана имена се транскрибују на ћирилици на српском језику како се изговарају, а приликом првог помињања у тексту њихово презиме се наводи у загради у изворном облику на страном језику курзивом, нпр. Годме (*Gaudemet*).

13. За „видети“ користи се скраћеница „Вид.“, а за „упоредити“ се користи скраћеница „Упор.“



CIP – Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд  
34(497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис  
за правне и друштвене науке = Annals of the Faculty of  
Law in Belgrade : Belgrade Law Review : Journal of  
Legal and Social Sciences / главни уредник Мирко  
Васиљевић. – Српско изд. – Год. 1, бр. 1 (1953)– . –  
Београд : Правни факултет Универзитета у Београду,  
1953– (Београд : Службени гласник). – 24 cm

Три пута годишње. – Од 2011. преузима енгл. изд.: Annals  
of the Faculty of Law in Belgrade = ISSN 1452-6557

ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду  
COBISS.SR-ID 6016514



**Библиотека Уџбеници**

- Зоран Томић, *Ојшће ујравно јраво*, девето издање, 407 стр.  
Драгош Јефтић, Драгољуб Поповић, *Народна јравна исјорија*, седмо издање, 308 стр.  
Б. Коштуји, Б. Ракић, Б. Милисављевић, *Увод у јраво евројских инјерација*, пето измењено и допуњено издање, 294 стр.  
Јадранка Мешић, *JUST ENGLISH енјески језик у јраву*, треће издање, 249 стр.  
Данка Стојаковић, *Немачки језик у јраву*, друго издање, 207 стр.  
Љубомирка Кркљуш, *Правна исјорија срјској народа*, осмо издање, 341 стр.  
Саша Бован, *Основи соцојојје јрава*, прво ћирилично издање, 233 стр.  
М. Митровић, Д. Вуковић, *Основи соцојојје јрава*, треће измењено издање, 322 стр.  
Миленко Крећа, *Мејународно јавно јраво*, осмо издање, 822 стр.  
Т. Варади, Г. Кнежевић, Б. Бордаш, В. Павић, *Мејународно јривајно јраво*, петнаесто издање, 661 стр.  
М. Крећа, Б. Милисављевић, *Мејународно јраво јредстављања*, 386 стр.  
Ратко Марковић, *Усјавно јраво*, двадесетпрво поновљено издање, 588 стр.  
Игор Вуковић, *Прекршајно јраво*, друго издање, 218 стр.  
М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Мејународна јудска јрава*, пето издање, 365 стр.

**Библиотека Монојрафије**

Вук Цуцић, *Ујравни сјор јуне јурисдикције*, 382 стр.

**Библиотека Зборници**

- М. Караникић Мирић, М. Давинић, И. Вуковић, *Живојшње и јраво*, 208 стр.  
Стеван Лилић, *Персјективне имјлементјације евројских сјандарда у јравни систем Србије* књига 5, 357 стр.  
Душан Поповић, *Инјелективална својина и инјернеј* (2016), 215 стр.  
Радмила Васић, Милена Полојац, *Иденјшћјетјски јреображај Србије: јрилози Пројекту 2015*, колективна монојрафија, 268 стр.

**Библиотека Crimen**

- Нилс Кристи, *Границе јашње*, 120 стр.  
Вања Бајовић, *О чињеницама и исјини у кривичном јосјуйку*, 233 стр.  
Џон Хауард, *Сјање у зајворима*, 174 стр.  
Часопис *Crimen*, бр. 2/2015, 104 стр.

**Библиотека Приручници**

- Саша Бован, *Правна херменеујшќа измеју филозофије и лојке соцојојски мејојо јјумачењу и јримени јрава*, друго издање, 195 стр.  
Стеван Ђорђевић, *Рајна шћетја*, Јујославија и мејународно јраво, 399 стр.

**Библиотека Светјска јравна бајшћина**

Херберт Харт, *Ојледи из јурисјруденције и филозофије*, 436 стр.

**Библиотека Трајови**

Светлана Мирчов, *Књие и јериодичне јубликације објављене шќоком Првој светјској рајна на Крфу, у Солуну и Бизерји*, 182 стр.

**Библиотека Зајис**

Сања Лакић, Марко Шукало, *Дан кад је јала једна срјска држава* РСК, 283 стр.

**Библиотека Ридери**

Радмила Васић, Ивана Крстић, *Чшћанќа јравна клиника за сузбијање корујције*, 293 стр.

**Библиотека Анали**

- Часопис *Анали Правној факултјетја у Бејојраду*, бр. 2/2015, 262 стр.  
Часопис *Анали Правној факултјетја у Бејојраду*, бр. 3/2015, 276 стр.

У ОВОМ БРОЈУ:

Дејан ПОПОВИЋ, Гордана ИЛИЋ-ПОПОВ

/Однос пореског права и приватног права

Ђорђе ИГЊАТОВИЋ

/Условни отпуст правна и пенолошка анализа

Владимир Павић

/Одлучним полукоракком напред осврт на Закон о улагањима

Марко ЂУРЂЕВИЋ, Драган ПАВИЋ

/О условљеној и усмереној слободи уговарања привредних субјеката

Марија КАРАНИКИЋ МИРИЋ

/Штета услед нежељеног рођења и нежељеног живота: осврт на Зојин закон

Marko DAVINIĆ

/The Legalization of Informal Roma Settlements in The Republic of Serbia a Necessary Step Prior to Legitimation

Бранислав Р. РИСТИВОЈЕВИЋ, Иван Д. МИЛИЋ

/Одговорност родитеља за прекршаје које учине њихови потомци

Мирјана РАДОВИЋ

/Опозив чека

Светислав ЈАНКОВИЋ

/Привилегије на броду у ситуацији стечаја бродовласника

Зоран КЕСИЋ

/Друштвена стигматизација као генератор дискриминативног поступања полиције теоријске основе

Тамара МАТОВИЋ

/Прилог проучавању средњовековног права: ослобађање у византијским тестаментима

Милена ЧОРКАЛО

/Потрошач у праву осигурања

Миња ЂОКИЋ

/Утицај опомене за плаћање пореског дуга на ток пореске застарелости