

---

UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

---

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ  
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА  
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 92 | ГОДИНА LX | 2021

**COLLECTION OF PAPERS  
FACULTY OF LAW, NIŠ**

№ 92 | YEAR LX | 2021

НИШ, 2021.

# ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2021.

## Издавач

Правни факултет у Нишу

## За издавача

Проф. др Горан Обрадовић, декан

## Главни и одговорни уредник

Др Ирена Пејић,  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

## Уредништво

Др Ирена Пејић, редовни професор  
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Невена Петрушић, редовни професор  
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Драган Николић, редовни професор  
Правног факултета Универзитета у Нишу  
у пензији

Др Мирослав Лазић, редовни професор  
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Марина Димитријевић, редовни  
професор Правног факултета  
Универзитета у Нишу

Др Небојша Раичевић, редовни професор  
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Душица Миладиновић Стефановић,  
ванредни професор Правног факултета  
Универзитета у Нишу

Др Михајло Цветковић, ванредни  
професор Правног факултета  
Универзитета у Нишу

Марија Драгићевић, асистент Правног  
факултета Универзитета у Нишу

## Научни савет

Др Владимир Ђурић, научни сарадник  
Института за упоредно право у Београду

Др Гордана Илић-Попов, редовни  
професор Правног факултета  
Универзитета у Београду

Др Весна Кнежевић Предић, редовни  
професор Факултета политичких наука,  
Универзитета у Београду

Др Хајрија Мујовић, научник саветник  
Института друштвених наука у Београду

Др Душан Николић, редовни професор  
Правног факултета Универзитета у  
Новом Саду

Др Владан Петров, редовни професор  
Правног факултета Универзитета у  
Београду

Др Дарко Симовић, редовни професор  
Криминалистичко-полицијског  
Универзитета у Београду

Др Драгољуб Тодић, редовни професор  
Института за међународну политику и  
привреду у Београду

Др Сања Ђоковић, виши научни сарадник  
Института за криминолошка и  
социолошка истраживања у Београду

## Међународни редакциони одбор

Др Жељко Бартуловић, редовни професор Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, Хрватска

Др Мартин Белов, редовни професор Правног факултета, Универзитет "Климент Охридски" у Софији, Бугарска

Др Серјогин Андреј Викторовић, доцент Правног факултета Јужног федералног универзитета, Ростов на Дону, Руска Федерација

Dr Spyridon Vrelis, Professor emeritus, Faculty of Law, University of Athens, Prof. and Dr. h.c. (ELTE Budapest)

Dr Michael Geistlinger, професор Универзитета, Салцбург, Аустрија

Др Сашо Георгијевски, редовни професор Правног факултета "Јустинијан Први" у Скопљу, Република Северна Македонија

Dr Mustafa Yasan, доцент Правног факултета, Универзитет "Sakarya", Турска

Др Тодор Каламатијев, редовни професор Правног факултета "Јустинијан Први" у Скопљу, Република Северна Македонија

Др Златан Мешкић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Зеници, Босна и Херцеговина

Др Дарко Радић, редовни професор Правног факултета у Бањој Луци, Република Српска, Босна и Херцеговина

Др Жељко Радић, редовни професор Правног факултета Свеучилишта у Сплиту, Хрватска

Др Димитрије Ђеранић, доцент Правног факултета у Источном Сарајеву, Република Српска, Босна и Херцеговина

**Уредник рубрике:** др Михајло Цветковић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

**Секретар Редакционог одбора:** Марија Драгићевић, асистент Правног факултета Универзитета у Нишу

**Лектура радова и превод резимеа:** Гордана Игњатовић (енглески)

**Лектура:** Александра Гојковић (српски)

**Технички уредник:** Ненад Милошевић

**Технички уредник онлајн издања:** Владимир Благојевић

**Штампа:** Медивест Ниш

**Тираж:** 100

Зборник радова Правног факултета у Нишу под називом Collection of Papers, Faculty of Law, Nis је у пуном тексту доступан у HeinOnline бази података, EBSCO бази Legal Source, као и у бази Central and Eastern European Online Library – CEEOL.

ЦЕНТАР ЗА ПУБЛИКАЦИЈЕ Правног факултета Универзитета у Нишу  
18 000 Ниш, Трг краља Александра 11, тел. +381 18 200 501,  
zbornik@prafak.ni.ac.rs  
www.prafak.ni.ac.rs

## COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS

Niš, 2021

### **Publisher:**

Faculty of Law, University of Niš

### **For the Publisher:**

Prof. dr Goran Obradović, Dean

### **Editor-in-Chief:**

Dr Irena Pejić, Full Professor  
Faculty of Law, University of Niš

### **Editorial Board of the Law Faculty Journal**

Dr Irena Pejić, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Dr Nevena Petrušić, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Dr Dragan Nikolić, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Retired

Dr Miroslav Lazić, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Dr Marina Dimitrijević, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Dr Nebojša Raičević, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Dr Dušica Miladinović Stefanović, Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš

Dr Mihajlo Cvetković, Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš

Marija Dragičević, Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Niš

### **Scientific Council**

Dr Vladimir Đurić, Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia

Dr Gordana Ilić-Popov, Full Professor, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia

Dr Vesna Knežević Predić, Full Professor, Faculty of Political Science, University of Belgrade, Serbia

Dr Hajrija Mujović, Research Fellow, Institute of Social Sciences, Belgrade, Serbia

Dr Dušan Nikolić, Full Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad, Serbia

Dr Vladan Petrov, Full Professor, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia

Dr Darko Simović, Full Professor, University of Criminal Investigation and Police Studies Zemun, Belgrade, Serbia

Dr Dragoljub Todić, Full Professor, Institute of International Politics and Economics, Belgrade, Serbia

Dr Sanja Čopić, Senior Research Associate, Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade, Serbia

## International Editorial Board

Dr Željko Bartulović, Full Professor, Faculty of Law, University of Rijeka, Croatia

Dr Martin Belov, Full Professor, Faculty of Law, Sofia University "St. Kliment Ohridski", Sofia, Bulgaria

Dr Seryogin Andrey Viktorovich, Assistant Professor, Faculty of Law, Southern Federal University, Rostov-on-Don, Russian Federation

Dr Spyridon Vrelis, Professor emeritus, Faculty of Law, University of Athens, Prof. and Dr. h.c. (ELTE Budapest)

Dr Michael Geistlinger, University of Salzburg, Department of Public International Law, Salzburg, Austria

Dr Sašo Georgijevski, Full Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, Macedonia

Dr Mustafa Yasan, Assistant Professor, Faculty of Law, Sakarya University, Turkey

Dr Todor Kalamatijev, Full Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, Macedonia

Dr Zlatan Meškić, Associate Professor, Faculty of Law, University of Zenica, Bosnia and Herzegovina

Dr Darko Radić, Full Professor, Faculty of Law, University of Banja Luka, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina

Dr Željko Radić, Full Professor, Faculty of Law, University of Split, Croatia

Dr Dimitrije Čeranić, Assistant Professor, Faculty of Law in East Sarajevo, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina

**Column Editor:** Dr Mihajlo Cvetković

**Secretary of the Editorial Board:** Marija Dragičević

**Proofreading and Translation (summaries):** Gordana Ignjatović (English)

**Proofreading:** Aleksandra Gojković (Serbian)

**Layout editor:** Nenad Milošević

**Online Journal editor:** Vladimir Blagojević

**Print:** Medivest Niš

**Circulation:** 100

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš  
Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia  
Telephone: +381 18 500 201,  
E-mail: zbornik@prafak.ni.ac.rs  
Website: <http://www.prafak.ni.ac.rs>

<http://www.ebscohost.com/public/legal-source>  
<http://home.heinonline.org/titles/Law-Journal-Library/Collection-of-Papers-Faculty-of-Law-Nis/?letter=C>  
Central and Eastern European Online Library – CEEOL



# САДРЖАЈ / CONTENTS

Уводна реч..... XI

Editor's Introductory Note..... XII

## ЧЛАНЦИ / ARTICLES

**Предраг Цветковић,**  
Уговор као алгоритам: уводна разматрања..... 15  
*Contract as an Algorithm: Introductory considerations*

**Сенад Јашаревић,**  
**Горан Обрадовић,**  
Актуелност радног права Србије и нови изазови ..... 35  
*The Contemporary Nature of Serbian  
Labour Law and New Challenges*

**Свјетлана Ивановић,**  
Ауторско право и претраживање текста и података..... 59  
*Copyright Law and Text and Data Mining*

**Наташа Стојановић,**  
Животиње и православна вера ..... 79  
*Animals and Orthodox Christianity*

**Урош Здравковић,**  
Појам битне повреде код уговора о  
међународној продаји робе..... 97  
*Definition of Fundamental Breach of Contract  
On International Sale of Goods*

**Милица Вучковић,**  
Еколошка функција права својине на непокретностима .. 115  
*Environmental Function of Land Ownership*

|   |     |
|---|-----|
| <b>Зоран Радивојевић,<br/>Небојша Раичевић,</b><br>Правни режим међународне хуманитарне помоћи у<br>оружаним сукобима .....                                   | 133 |
| <i>The Legal Regime of International Humanitarian<br/>Assistance in Armed Conflicts</i>   |     |
| <b>Инес Матић Матешковић,<br/>Дејан Бодул,<br/>Жељко Бартуловић,</b><br>Еволуција концепта суд/трибунал:<br>треба ли ићи у смјеру његове еуропеизације? ..... | 153 |
| <i>Evolution of the Court/Tribunal Concept:<br/>Should we pursue its Europeanization?</i>   |     |
| <b>Dubravka Klasiček,</b><br>Declarations of Will in the Digital<br>Environment and Wrap Contracts .....  | 173 |
| <i>Манифестације воље у дигиталном<br/>окружењу и online уговори</i>  |     |
| <b>Јелена Вучковић,</b><br>Дигитални медији и медијско<br>законодавство Републике Србије.....   | 195 |
| <i>Digital Media and Media Legislation of the Republic of Serbia</i>  |     |

## II ПРИКАЗ / REVIEW

|   |     |
|---|-----|
| <b>Александар Мојашевић,</b><br>Adam Oliver, „Reciprocity and the Art of Behavioural<br>Public Policy“, Cambridge University Press, 2019..... | 221 |
|---|-----|



**III РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ  
СТУДИЈА / PHD STUDENTS' PAPERS**

**Ирена Радић,**

Сузбијање законитог нелегитимног избегавања  
пореза општим антибузивним правилом у  
пореском праву ЕУ ..... 227

*Countering Unacceptable Tax Avoidance through  
General Anti-avoidance Rule in EU Tax Law*

**Драгана Миловановић,**

Поступак за остваривање права лица неосновано  
лишеног слободе или неосновано осуђеног ..... 259

*Procedure for Exercising the Rights of a Person Wrongfully  
Deprived of Liberty or Wrongfully Convicted*

**Упутство за ауторе / Guidelines for Authors .....276**



## Уводна реч

Поштовани читаоци,

Представљамо вам трећу свеску научног часописа Зборник радова Правног факултета у Нишу за 2021. годину. У овом броју објављени су оригинални и прегледни научни чланци из класичних научних области права, као и радови који истражују савремене теме о праву у дигиталном окружењу. Радовима студената докторских студија и приказима заокружили смо садржај овог броја часописа.

У Нишу, децембар, 2021.

*Главни и одговорни уредник  
Проф. др Ирена Пејић*

## **Editor's Introductory Note**

Dear Readers,

We are pleased to present the third issue of the scientific journal the Collection of Papers of the Law Faculty in Niš for the year 2021. This issue comprises original scientific articles and review articles dealing with traditional areas of legal science as well as papers exploring contemporary legal issues in the digital environment. In line with the established editorial policy, this issue also includes articles submitted by doctoral students and reviews.

Niš, December, 2021.

*Prof. Irena Pejić, LL.D.  
Editor-in-Chief*

# І ЧЛАНЦИ

---

---



**Др Предраг Цветковић,\***  
Редовни професор,  
Правни факултет, Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-34462

UDK: 339:004.658.2  
004.421

Рад примљен: 15.10.2021.  
Рад прихваћен: 17.11.2021.

## **УГОВОР КАО АЛГОРИТАМ: УВОДНА РАЗМАТРАЊА\*\***

**Апстракт:** Рад се бави могућношћу претварања уговора у форми текста у алгоритамски облик. „Алгоритмизација уговора“ требало би да омогући конверзију уговорних одредби у алгоритам у циљу њиховог коришћења код тзв. „дигитално унапређених уговора“ попут паметних уговора (е. Smart contracts), а да се при томе обезбеди правна валидност и ефикасност уговорних одредби. Алгоритам је план решавања одређеног проблема кроз предузимање појединачних корака. У правном контексту, алгоритам је посебан начин управљања понашањем уговорних страна. Описано управљање спроводи се одабиром информација о понашању страна, те контролом и усмеравањем спровођења уговора у складу са тим понашањем. Увођење алгоритма као форме дефинисања уговорних одредби утиче на формат и суштину уговорног права. Алгоритам уговора може бити у облику псеудокода, симбола формалне логике и дијаграма тока. Разумевању алгоритмизације уговора у облику псеудокода од помоћи су механизми и правила формалне логике. Ова правила омогућавају систематско „уситњавање“ правног текста кроз логичку матрицу, чиме се олакшава процес алгоритмизације кроз кораке. Развој принципа за алгоритмирање уговора процес је који траје. Кључна питања која траже одговор су, између осталог, основ и садржина нормативности уговора у форми кода и њихова подобност да буду квалификовани као правно ваљани формат.

**Кључне речи:** уговор, алгоритам, паметни уговори, псеудокод, формална логика.

---

\* pepi@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је представљен на међународној научној конференцији „Право и дигитализација“ одржаној на Правном факултету Универзитета у Нишу, априла 2021. године.

## 1. Увод

Правне норме садржане у уговору (такође у статутима, по законима) и написане природним језиком могу бити предмет алгоритамске конверзије у одређеним фазама трајања уговора (спровођење, праћење, контрола, тумачење). Коришћењем блокчејн концепта као структурног обрасца<sup>1</sup> отвара се могућност стварања уговора са аутоматизованим извршењем: „паметног“ уговора<sup>2</sup> (Цветковић, 2020: 127–144; о паметном уговору видети

1 *Blockchain* је сложеница речи *Block* (блок) и *chain* (ланац). Ради се о концепту заснованом на коришћењу криптографски заштићеног ланца трансакционих блокова. Трансакције се пакују у блокове, а блокови се везују у ланац. Блокови се везују криптографски, кроз Хеш (е. *Hash*) функцију: садржај блока не може да се промени а да се не измени садржај свих других блокова који му претходе. Дакле, блокчејн је датотека која информације складишти у блокове. Сваки је блок везан за следећи блок коришћењем криптографске сигнатуре. Ово омогућава да блокчејнови буду коришћени као деловодна књига која може да се дели (е. *share*) и потврђује од стране сваког са одговарајућом дозволом да то чини. Концепт верификације дигиталних података праћењем кроз блокове идентичан је деловној књизи: блокови функционишу као књиговодствени улошци дигиталног деловодника. Блокчејн омогућава складиштење и дељења информација кроз блокове у *peer to peer* мрежи (мрежи кроз коју учесници комуницирају без посредника). Идентичне копије блокова (који су функционално књиговодствени улошци) заједнички верификују чланови мреже. Верификована информација је садржана у блоковима који су додати у хронолошком ланцу постојећих и одобрених блокова коришћењем криптографске сигнатуре. Сваки нови блок има временски печат који кореспондира уносу нових информација (података): такав нови блок садржи информације о претходном блоку тако да сваки покушај измене једног блока захтева измену сваког раније евидентираног блока (који и сам садржи податке о блоковима који су му претходили). Суштински, сваки блок има учитане податке о свим претходним блоковима (трансакцијама) унутар једног блокчејна. Значај технологије блокчејна је што осигурава аутентичност дигиталних података: поверење у класичном правном односу замењено је верификацијом кроз податке у блоковима на горе наведени начин. Блокчејн концепт је транспарентан и омогућава ефикасну (брзу и јефтину) трансмисију информација у информатичким мрежама. Блокчејн ће за трансакције бити оно што је интернет за комуникацију: оно што је започело као средство поделе информација трансформисаће индустрију једном када се његова примена прошири.

2 На другом полу од „паметног“ („аналогног“) стоји традиционални (даље и „дигитални“ уговор). Концизна дефиниција паметног уговора је следећа: паметни уговор је уговор повезан са компјутерским протоколом, написан рачунарским програмским језиком, који аутоматски извршава програмиране функције као одговор на испуњење одређених услова. Описани концепт није нов: ипак, интегрисан са блокчејн технологијом гради потенцијал паметних уговора да аутоматизују и гарантују извршење великог броја различитих уговорних обавеза без потребе постојања централног ауторитета, правног система или спољашњег механизма спровођења. У овим случајевима, паметни уговори доносе јасноћу, предвидљивост, могућност контроле/ревизије/ и олакшавају извршење уговорних обавеза уз смањење ризика који су повезани са људским учешћем.



више у Цветковић, 2021: 61–71). Алгоритмирање се у контексту овог рада схвата као процес који омогућава да се текст уговора преведе у формат који је разумљив за програмере који развијају програмски код који би требало да омогући извршавање уговора: са тим разумевањем могло би да се приступи програмирању уговора у форми кода. У том циљу предлаже се коришћење следећих методологија: псеудокода, формалне логике и дијаграма тока (е. *flowchart*).<sup>3</sup> Алгоритам би требало да објасни логичку структуру обавеза и услова одговорности страна на начин који обезбеђује валидност и ефикасност уговора који је предмет кодирања.<sup>4</sup>

### **2.1. Тешкоће интегрисања права у код**

Проблеми интегрисања права у код су вишеслојни.

Прво, програмери не познају право.

Друго, разликује се динамика анализе програмера и правника. Програмер примењује *a priori* знање о програмским језицима и алгоритмима: ово је знање објективизирано програмским језиком независним од искуства. Синтакса и семантика програмских језика је стриктна и не дозвољава слободу формулација.<sup>5</sup> Правна норма се пак фокусира на интеракцију социјалних елемената посматрану из правне перспективе. Примењује се уз *a posteriori* знање (коришћење искуства, емпиријске доказе и резултате опсервација).

Правно програмирање подразумева интегрисање перспектива права и програмирања како би се обезбедили заједнички обрасци функционисања правног и програмских језика. Ово интегрисање омогућавају две чињенице.

Прво, заједнички именитељ правног и програмског језика јесте структура резоновања: и један и други језик базирани су на правилима. Програмски језик прати стриктна правила програмирања; језик правне прозе пак заснован је на језичким принципима природног језика у функцији формулисања правног правила.

---

3 О дијаграму тока видети више *supra* у тач. 4. 3.

4 Алгоритмизација се у овом раду анализира кроз визуру претварања уговора у програмски код као *de lege lata* процеса који је видљив и подобан за праћење и истраживање. То не искључује могућност да у блиској будућности буде могуће кодирање прописа и закона. Видети пример Новог Зеланда у Barraclough, Fraser, Barnes, 2021: 1–175.

5 Програмирање, поред познавања програмског језика у питању, укључује примену логике, коришћење математике и друге методе које иду изван простог учења програмског језика.

Друго, сличност правног правила и програмирања је што њихов процес настанка има дефинисану структуру и правила контроле. Програмер такође процесуира одређене податке према правилима програмског кода, поступајући у складу са задатим правилима структуре и формата (*Koch*, 2005: 238).

## **2.2. Трансформација уговора из прозе у алгоритам: техничка питања**

Правни документи пишу се на природном језику. Компјутери не разумеју овај језик, чак и када тај језик користи концизне сентенце писане у структурираној правној прози. Природан језик је експресиван али инхерентно двосмислен и неодређен. Са друге стране, програмски језици имају за циљ управо елиминисање неодређености.

Конвертовање правила из уговора на „природном језику“ (е. *Natural Language*) у програмски код захтева да се превазиђе разлика између ова два начина изражавања. Технике „конвертовања природног језика“ (е. *Natural Language Processing*) ослањају се на статистичке и стохастичке анализе а не на установљавање механизма за одређивање смисла. Илустрације ради: у програмском језику, реч „испорука“ посматра се само као низ симбола (е. *string*), а не назив за обавезу продавца да преда робу купцу. Илустрације ради, реч „испорука“ је у програмском језику објекат који захтева формализоване инструкције и дефинисање секвенци поступања усмерених ка предаји робе од продавца купцу. Рачунар анализира правну прозу (не чита га у контексту писаног текста) тако што је дели, детектује обрасце и дефинише статистичке податке о анализираном тексту (*Ashley*, 2017: 132–135).

За алгоритмирање уговора важно је разумети циљ кодирања (коме претходи алгоритмизација): код би требало да буде функционални еквивалент правног правила које је предмет интегрисања.

Интеграција уговора и кода одвија се у следећим фазама:

фаза 1: алгоритмизација уговора написаног на природном језику (путем псеудокода/формалне логике/дијаграма тока):

фаза 2: конверзија алгоритамског израза у изворни код;<sup>6</sup>

---

6 У рачунарству, изворни код (енгл. *Source code*) је колекција компјутерских инструкција написана на неком, за људе разумљивом програмском језику. Изворни код програма је специјално дизајниран за рад програмера који прецизира акције које ће обављати са компјутера писањем кодова. Изворни код је често трансформисан од стране програмског преводиоца (видети *infra* напомену 8) у код ниског нивоа који је разумљив

фаза 3: конверзија изворног кода у компилатор (преводаца програма)<sup>7</sup>

фаза 4: конверзија компилатора у машински код<sup>8</sup> (видети: Јовановић, 2005: 51–91).

Пут од реченице правне прозе до инструкције извршивог машинског кода је дуг: свака фаза интеграције права у код значи и удаљавање од природног језика, мању разумљивост за уговараче и самим тим мање контроле над текстом уговора. Описани процес носи ризике у свакој фази са којима се има рачунати приликом трансформације уговора у програмски код.<sup>9</sup>

### **2.3. Систем правне анализе (e. Legal Expert System).**

Успешно претварање правне прозе у код захтева сталну, холистичку и ефикасну сарадњу између правника и програмера. Интеграција уговорне одредбе у програмски код захтева интерпретацију правних правила: тумачи правних правила су правници. Циљ тумачења је да код буде дефинисан на начин који је у складу са правним правилима. Оквир те сарадње је установљавање тзв. „Система правне експертизе“. (e. *Legal Expert System*). У основи, овај систем генерише снагу „правног инжињеринга“: две експертизе које имају за циљ да обезбеде успешну дводимензионалну анализу ангажованих питања (правну и програмерску). Синтагма ЛЕС означава програм који су конципирали правници и који имитира решавање проблема од стране правника (*Susskind*, 1986: 172). Циљ ЛЕС јесте: стицање знања програмера о уговору као правном институту; интеграција тог знања у ЛЕС; контрола и тестирање програмског кода кроз сарадњу програмера и правника. Експерти који учествују у описаним активностима

---

компјутеру. Изворни код може да буде слободно доступан корисницима: било ко може да преузме изворни код, да га модификује и да дистрибуира његову модификовану верзију у неограниченом броју копија. Тада се ради о отвореном изворном коду. Не постоје новчане надокнаде за лиценцу или било која друга ограничења. Детаљнија и технолошки разрађена дефиниција дата је на веб страници *Open Source Initiative*; <https://opensource.org/osd>. Приступљено 14. 05. 2020.

7 Компилатор или програмски преводаца (енгл. *Compiler*) је рачунарски програм (или низ програма) који трансформише код једног програмског језика у други програмски језик. Код који се преводи обично се зове изворни код, а код добијен трансформацијом машински код.

8 Машински језик или машински код (бинарни код, машинац) је систем инструкција и података које централни процесор у рачунару непосредно извршава. Машински језик је у одређену руку примитиван програмски језик: јавља се у бинарном облику, што значи да се користе само 2 елемента (0 и 1).

9 Детаљнији преглед овог ризика подразумева технолошко-правну анализу која би својим обимом и суштином била изван оквира овог рада.

називају се „инжењерима правног процеса”. Они могу да буду правници и/или програмери; вероватније је да појам обухвата најмање два лица са различитом експертизом: примарном (право или програмирање) и секундарном (основна знања из права или програмирања).

### 3. Уговор као предмет алгоритмирања

Алгоритмирање уговора требало би да конвертује уговор из прозе у код, а да у исто време очува његову валидност и ефикасност. Тешкоћа у овом процесу је следећа: текст уговора има ограничени капацитет да буде презентован у алгоритму (и даље у програмском коду). Основно ограничење паметних уговора је смањена могућност да се комплексни правни стандарди и концепти конвертују у програмски код. Аналогно услужним машинама код којих се извршење ослања на математичку калкулацију (нпр. да ли је уплаћена довољна сума новца да би се испоручила роба), паметни уговори се ослањају на прецизну и унапред дефинисану логику извршења. Како у том контексту верификовати понашање које је у складу са стандардима попут „разумности“, „најбољих напора“ или других који се у традиционалним уговорима користе да би се обезбедила флексибилност? Њихово транслатовање у код или редуцирање у формулу алгоритма је тешко, уколико је уопште и могуће. Паметни уговори у овом тренутку не могу да решавају комерцијално комплексне сценарије: програмски код не може да обезбеди све могуће одговоре на сва могућа питања која се могу поставити у вези са одређеним пословним односом (*von Haller Grønbaek*, 2016). Стога је *de lege lata* примена паметних уговора као потпуне замене за традиционалне уговоре искључена.

Описани недостатак превазилази се прихватањем следеће концепције: уговор је испуњен онда када су извршене обавезе њиме предвиђене. Циљ алгоритмираног уговора је да обезбеди да се програмирањем аутоматизује извршење уговором предвиђених обавеза: циљ није анализа текста или интерпретација. Инструкције програмерима морају да буду прецизне и недвосмислене. Аутоматизује се извршење одређених задатака садржаних у уговорним обавезама (плаћање, испорука, слање обавештења о пријему итд.). Аутоматизација извршења праћена је гаранцијом да ће извршење у питању бити учињено управо како је уговором усаглашено. Перфектно извршење елиминише могућност кршења уговора и стога се у обавезу извршавања програмског кода стапа и питање решавања спорова и испуњења уговора (*Werbach, Cornell, 2017: 352*). Уговорни документ у форми кода више није отелотворење споразума већ алат за његово испуњење. За разлику од традиционалног уговора, који разликује текст уговора и његово

извршење, програмски код допушта да текст контракта у програмском језику буде истовремено и акција његовог испуњења. Тиме се потенцијално изједначава уговорно регулисање и испуњење уговора (самим постанком кода – нормирањем – оно што би требало да буде учињено као резултат уговора већ је извршено с обзиром на непроменљивост програмског кода и његову затвореност за интервенцију посредника). У стварности нема друге опције осим примене правила које представља норму у форми паметног уговора.

Стога се говори о валидности програмског кода паметног уговора у форми блокчејна: валидност програмског кода претпоставља да је код паметног уговора (за разлику од уговора у писаној форми, чија се валидност процењује како у моменту настанка, тако и у фази примене) та процена могућа искључиво у *ex ante* фази (у моменту настанка – дизајна кода). Дизајн програмског кода, дакле, има нормативни ефекат (Goldoni, 2015: 128).

### **3.1. Карактеристике уговорних одредби као објекта алгоритмирања**

Потенцијални објект алгоритмирања су тзв. примарне инструкције усмерене на извршење карактеристичне престације уговора. То нису клаузуле које служе решавању питања као што су избор меродавног права уговора, решавање спорова и слично.<sup>10</sup>

Када се ради о карактеру уговорне одредбе која има карактер примарне инструкције, она мора да буде дељива у кораке (секвенце) и да буде описана у условима коначног, бинарног резултата. Пример клаузула подобних за алгоритмирање су рецимо одредбе о плаћању: оне могу да се алгоритмирају тако што се функционисање алгоритма веже за објективне информације из рачуноводственог/књиговодственог система: тиме се обезбеђује независни параметар испуњења обавезе плаћања.

Нису сви параметри текста уговора до краја рашчлањиви (ово је рашчлањивање важно јер омогућава да се параметри преведу у алгоритам и учитају у програмски код). Прво, одређена права и обавезе имају форму стандарда (разумни напори, разумно лице итд.). Друго, текст може да има празнине и да захтева имплицирање из постојећег текста да би се дефинисала воља страна; треће, уговор упућује и на контекст трансакције. Све ово захтева додатну интерпретацију.

---

<sup>10</sup> Питање решавања спорова проистеклих из функционисања дигиталног окружења је предмет посебних академских анализа (видети. Kaulartz, 2019: 73–85).

Један од начина на који је могуће управљати овим неодређеностима кроз код је да се у самом тексту уговора ови стандарди преформулишу на начин који их чини подобним за алгоритмирање и касније кодирање. На пример, обавеза предузимања разумних напора може да се објективизира дефинисањем акција чије предузимање значи испуњење ове обавезе (коришћењем кључних индикатора извршења – е. *Key Performances Indicator*). Даље, обавеза извршења одређење радње „без непотребног одлагања“ може да се замени оквирним датумом извршења. Тиме обавеза поступања према стандардима постаје обавеза чије је извршавање објективно мерљиво. Чини се да би свест актера уговора да постоји могућност његове алгоритмизације и кодирања могла да обезбеди повратни утицај и утиче на њихов „алгоритамски приступ“ самом тексту уговора (да би ово била тенденција, алгоритмирање уговора мора да постане тржишно пожељно понашање чиме би се уговарачи мотивисали да поступају на напред наведени начин).

Циљ паметних уговора је да се аутоматизира извршење а не да се осигура синтаксичка или семантичка верност кодиране верзије тексту уговора. Перфектно транслатовање уговорне прозе у код је немогуће због разлике у природи програмског и природног језика. Али је стога могућа функционална конверзија уговорних клаузула у акцију алгоритма/кода: конвертује се уговор као форма засведочавања споразума у активан алгоритам који покреће компјутерске операције (Surden, 2012, 667). Уместо питања да ли линија кода одражава текстуално значење клаузуле, значајније је да ли извршење кода обезбеђује резултат који су стране дефинисале уговором.

Велики број спорова базираних на писаним документима има свој корен у пропусту креатора да јасно дефинишу њихово значење: некада је то пропуштање намерно (да би се обезбедила флексибилност функционисања нормe у датом социјалном, политичком, економском или другом правно релевантном контексту). Садашњи ниво развоја вештачке интелигенције није у стању да све клаузуле уговора преведе на језик програмског кода. Могући одговор је примена тзв. Рикардијанског уговора: Рикардијански уговор кључне уговорне одредбе дефинише у форми програмског кода, док су комплексније одредбе које се не могу конвертовати у алгоритам садржане у додатним инструкцијама које су део Рикардијанског уговора – нпр. линкове који обезбеђују текст ових комплексних одредби или пун текст споразума (видети: Цветковић, 2021: 65–75).

#### 4. Методе алгоритмизације уговора

Превазилажење јаза између уговорне прозе и кода могуће је уколико је уговор формулисан на начин који омогућава његово алгоритмирање. Могућност алгоритмирања отвара простор за представљање уговора у форми која је ближа програмском коду него текст уговора.

Алгоритам је процедура која се састоји од коначног сета недвосмислених правила (инструкција) која спецификују коначне секвенце акција које обезбеђују решење проблема. У контексту трансформације уговора у код, алгоритам може да буде потенцијални формат уговора који обезбеђује конвертовање уговорне прозе у симболе одређеног програмског језика: суштински би он био припрема текста уговора за конвертовање у програмски језик. Адекватан алгоритам којим је презентован текст уговора претпоставка је кодирања уговорних одредби на начин који обезбеђује њихову валидност и ефекат.

Алгоритам је план решавања одређеног проблема кроз предузимање појединачних корака: у контексту уговора, алгоритмизација је метод управљања понашањем уговорних страна. Описано управљање спроводи се одабиром информација о понашању страна, те контролом и усмеравањем спровођења уговора у складу са тим понашањем.

Три су методе алгоритмирања уговора.

Први је коришћење псеудокода.

Други је коришћење правила формалне логике.

Трећи је представљање уговора кроз дијаграм тока (е. „Flowchart“).

##### 4.1. Алгоритмирање уговора коришћењем псеудокода

Програмски језици имају специфичну синтаксу која се користи како би програм исправно функционисало. Псеудокод није функционални програмски језик у смислу да омогућава извршење програма: реч је (посматрано из визуре програмера) о неформалном систему изражавања којим се изражавају идеје настале током процеса развоја алгоритма. Псеудокод користи изразе (углавном на енглеском језику као *lingua franca* нашег доба) који имају прихваћена значења у највећем броју програмских језика. Реч је о следећим изразима.

*INPUT* – израз који означава уношење одређеног податка у алгоритам;

*OUTPUT* – израз који означава резултат обраде унетог податка кроз функцију алгоритма;

*WHILE* – израз за петљу (е. loop) извршења функције која има услов на почетку; док је услов испуњен, алгоритам се понавља;

*FOR* – израз који означава услов чије се постојање проверава: уколико је испуњен, алгоритам активира одређену функцију;

*REPEAT – UNTIL* – израз за петљу која понавља функцију и проверава да ли је испуњен услов за њено окончање: када се то деси, функција престаје да се извршава;

*IF – THEN – ELSE* – израз за доношење одлуке о избору одређеног понашања; у зависности од избора, активира се одређена функција алгоритма.

Следе две илустрације коришћења псеудокода.

Први је алгоритмирање уговора који за предмет има клађење. У алгоритму овог уговора, *IF-THEN- ELSE* принцип се ставља у алгоритам (рашчлањује у кораке) на следећи начин:

Почетни баланс у уговору: узети новац од А  
Нови баланс: узети новац од Б  
Примити и ускладиштити резултат утакмице као сигнал за испуњење услова  
Уколико (резултат = “Тим x је победио”) {Новац пренети на рачун А }  
У сваком другом случају {Пренети новац на рачун Б }

Други пример је уговор о пружању услуга оптимизације претраживања на интернету (е. *Service level agreement*).<sup>11</sup> Код овог уговора, компанија А нуди услугу оптимизације претраживања. У ту сврху креирала је уговор у форми блокчејна, на основу кога нуди услуге оптимизације за 1000 евра. Друга компанија (Б) која купује ову услугу депонује захтевану суму (1000 евра) у уговор у циљу добијања услуге оптимизације за свој домен. Паметни

---

11 *Service Level Agreement* (или скраћено СЛА) је део уговора (мада може да буде и посебан уговор) у ком се дефинише врста и ниво услуге између понуђача услуге оптимизације претраживања клијента на интернет претраживачима. Као што и сам назив каже, у питању је **ниво услуге**. Овим уговором, купац се осигурава да ће имати могућност одржавања система, као и могућност додатне надоградње већ развијеног система.



уговор требало би да процени да ли ће А бити у стању да домен компаније Б буде међу три најпопуларнија резултата претраживања у одређеном временском року (нпр. до 15. децембра). Уколико је овај услов испуњен, компанија А ће добити депоновану суму. У супротном, сума ће се вратити компанији Б. Паметни уговор би могао да изгледа на следећи начин.

*IF domain http://www. example. com/,*

*RANKS between 1 to 3,*

*USING SEARCH TERM example, IN SEARCH ENGINE http://www. google. rs/,*

*BY 2016-12-15,*

*THEN Term 1 IS MET, and*

*DEPOSIT is transferred to X.*

*OTHERWISE Term 1 NOT MET, and*

*DEPOSIT is returned to Y (Lauslahti, Mattila, & Seppala, 2017: 18-19).*

Документ са описаним алгоритмом дат је у псеудокоду и сличан је уговору. И субјекат А и субјекат Б изразили су вољу да буду обавезани уговором: субјекат А тиме што је припремио документ са псеудокодом и послао га Б, а субјекат Б тиме што је депоновао унапред дефинисану суму.

#### **4.2. Алгоритмирање коришћењем правила формалне логике**

Логика спада у каталог методолошких инструмената сваког правника. Правници су одувек користили логику. Сама конструкција норме (диспозиција и санкција) погодује представљању у форми логичког исказа. Правници логику схватају интуитивно: ипак, њено коришћење за формално представљање (па и рашчлањивање) правног правила захтева додатна знања. Ова знања су тим пре неопходна што постоје правила која нису подобна за логичко представљање: празнине, двосмисленост или нејасноћа неретко су свестан избор креатора норме (па и уговора) како би се обезбедила маргина флексибилности функционисања уговора.

Структура уговора (корелација права и обавеза праћена одговорношћу за неизвршење) погодује представљању у логичким исказима.

Пионир у овом смислу је Лејман Ален (е. *Lauman E. Allen*). Он је развио метод формулисања уговорних одредби (е. *Writings in signs*) симболима формалне логике (видети: Allen, 1956: 833). Ален користи формалну логику за експресију уговора употребом шест симбола:

импликација (*IFTTT*-е. “*If this, than that*”: „ако је ово, онда је то“);

коимпликација (коимпликација се дефинише као коњункција две посебне импликације: на пример, коимпликацијом се сматра коњункција две импликације: прве да „P“ имплицира „Q“ и друге да непостојање „P“ имплицира непостојање „Q“);

коњункција која повезује два исказа везником „и“

ексклузивна дисјункција (тврдња која је тачна уколико су први или други исказ тачни, али не и оба; „P“ или „Q“ али не и „P“ и „Q“);

инклузивна дисјункција (тврдња која је тачна уколико су обе премисе тачне или уколико је тачна само једна од њих: P или Q & P и Q), и

негација (Allen, 1956: 833–854).

Норма се претвара у алгоритам путем системског рашчлањивања (пулверизације) правног текста кроз кроз логичку матрицу чиме се омогућава процес алгоритмизације уговора кроз кораке. Однос примарних елемената уговора дефинише логички однос између њих коришћењем шест наведених оператера.

Ален је анализом силогизама правних текстова обезбедио основ за савремено истраживање о начинима на које се програмски језици могу користити за дефинисање правних докумената (пре свега уговора): тиме се омогућава раздвајање конститутивних елемената у правном документу и сведено дефинисање логичког односа између њих. Предност описане анализе је могућност детектовања и контрадикторности текста, као и различитих опција за интерпретацију норме (има ставова да је систем изражавања дефинисан правилима формалне логике прецизан и да допушта једноставно секвенцирање, али је за право недовољно експресиван (*Kuhn*, 2014: 121, 127).

Ево примера конвертовања текста у форми логичких симбола. Члан 2-714 Једнообразног трговачког законика Сједињених Америчких Држава предвиђа да када је купац прихватио робу, може да тражи надокнаду штете за губитак који је настао због било које несагласности испуњења, уколико је та штета настала током редовног тока ствари као последица кршења обавезе од стране продавца, под условом да га је купац о томе

обавестио. Наведена одредба се конвертује у алгоритам кроз употребу симбола формалне логике на следећи начин:

$\forall r \forall k \forall p \text{ Ш}(Pr \ \& \ Kk \ \& \ Pp \ \& \ Ark \ \& \ Okp \ \& \ -Cr) \rightarrow Nkp$

где је

R=роба

P=продавац

S=сагласност испоручене робе са условима уговора

K=купац

A=акцептирање робе од стране купца

O=обавештавање продавца од стране купца о несагласности робе условима уговора

D=надокнада штете продавца купцу због несагласности робе са условима уговора (Видети: Lipshaw, 2018: 34–38)

Корак у смислу примене логичких симбола на дефинисање правних докумената је тзв. Декларативно логичко програмирање.

Логички програмски језици су категорија декларативних програмских језика. Оно што разликује логичко програмирање од других декларативних програма је да је основна јединица програмирања логичко правило, а не линија кода дата у форми програмског језика.<sup>12</sup> Пример за програмски језик заснован на декларативном логичком програмирању је Пролог. Реч је о језику развијеном седамдесетих година прошлог века (Van Em-

---

<sup>12</sup> Декларативно програмирање дефинише се кроз разлике према императивном програмирању. Императивно програмирање утврђује кораке које би програм требало да изврши ради остварења одређеног циља, те да објасни на који начин сваки корак мења стање податка којим програм манипулише. Декларативни програмски језици, уместо спецификавања инструкција за извршење, дефинишу циљ који би програмом требало да се изврши. За разлику од императивног програмирања, декларативни језик дозвољава рачунару да дефинише инструкције у форми сопственог императивног програма за извршење одређене акције (императивног програма који зависи од проблема који се решава, а није унапред дат као код императивних програмских језика). Инструкције код декларативног програмирања не морају да се прате у одређеном редоследу. Битно је да имају жељени резултат: компјутер генерише сопствену императивну процедуру. Декларативно програмирање се, дакле, може разумети као симплификовани начин програмирања на језику који утврђује циљеве, не процесе.

den, Kowalski, 1976: 733–742). Врло брзо је добио примену у кодирању правног резонувања (пример је кодирање Закона о држављанству Велике Британије (Sergot, Sadri, Kowalski, R Kriwaczek, Hammond, & Cory, 1986: 370–386). Декларативно логичко програмирање омогућава да се уговорна норма преформулише на начин који је разумљив правницима. То би значило да би правник могао да чита и разуме (уз знање формалне логике и језика заснованог на симболима формалне логике, попут Пролога) линије алгорита на начин који му омогућава да процени да ли је алгоритам израз воље уговорача. Тиме се ствара простор за међукорак у коме се стварају јасни обрасци односа између уговора писаног на природном језику („аналогно“) и уговора у форми алгоритма (Ashley, 2017: 63).

### **4.3. Користићење дијаграма тока (e. Flowchart) као метода програмирања**

Метод дијаграма тока подразумева да се алгоритам презентује у геометријским облицима повезаном стрелицама. Дијаграм тока је метод представљања процеса у контексту програмирања (Brookshear, 2021: 267–268).

Дијаграм тока састоји се од геометријских облика (симбола) повезаних стрелицама.

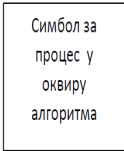
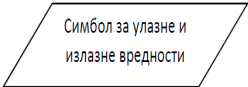


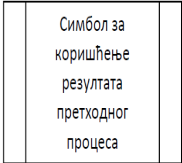
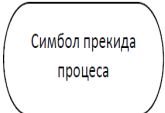
Сваки облик представља корак у процесу, а стрелице редослед тих корака.

Дијаграм тока комбиновањем симбола фигуративно приказује функционисање алгоритма.<sup>13</sup>

Постоји 6 базичних симбола дијаграма тока (унутар симбола уписано је њихово значење):

---

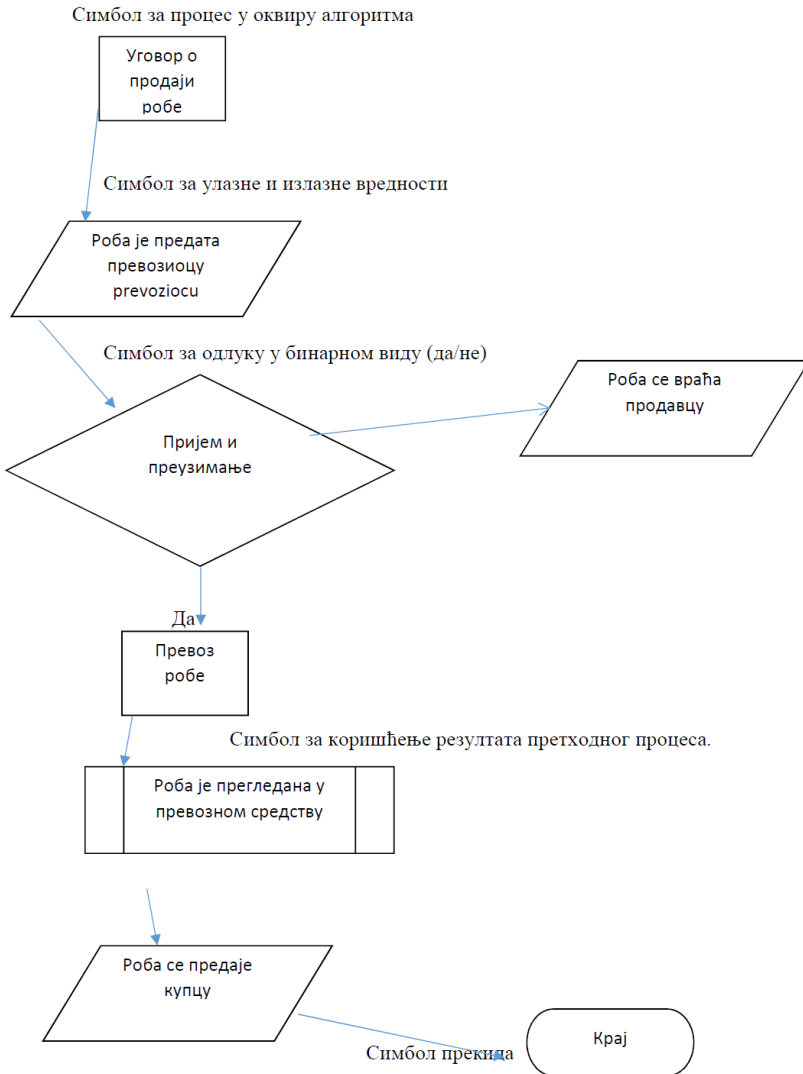
<sup>13</sup> Данас је овај метод превазиђен. Користи се углавном за презентацију програма али сасвим ретко као метод за алгоритмирање.

1.  Символ за процес у оквиру алгоритма
2.  Символ за улазне и излазне вредности
3.  Символ за одлуку у бинарном виду (да/не)
4.  Символ за непрекинути ток процеса
5.  Символ за коришћење резултата претходног процеса
6.  Символ прекида процеса

Стрелице показују правац кретања.



Ево примера илустрације алгоритма уговора о продаји кроз дијаграма тока



## 5. Алгоритмизација: отворена питања

Програмски код не само чини сајберспејс тиме што јесте, већ га и регулише тако што омогућава дигиталне активности. Заступници изједначавања програмског кода и права описану чињеницу узимају као аргумент за ново разумевање појма регулативе: оно је могуће искорак изван

традиционалних схватања права и његових елемената. Носилац новог разумевања регулативе је нови регулатор: програмски код (*Lessig, 2006: 5*). Наведено схватање, мада се *de lege lata* може сматрати екстремним, делом је већ данас вредно пажње због процеса рада на механизмима и технолошким алатима за алгоритмирање уговора (кроз појам паметних уговора).

У вокабулар права (као део мултидисциплинарности његовог проучавања условљеног упливом технологије у дефинисање, спровођење и контролу правне норме) улази појам дигиспруденције (*Diver, 2019: 304*). Дигиспруденција је појам који дефинише услове нормативности кода. Нормативни значај (и легитимност) кода требало би да се осигура већ у моменту настанка правне норме: то значи да би правници у фази дефинисања садржине правног правила требало да као полазну претпоставку имају да ће то правило бити предмет дигитализације, алгоритмирања и кодирања (када је реч о уговорним одредбама, ради се о некој од фаза трајања уговорног односа-закључење, извршење, контрола). Тиме би и право уважило чињеницу да дигитализација више није само фрагмент друштвене стварности који има интеракцију са правом: она је постала општи друштвени оквир (вештачка интелигенција се сматра технологијом опште примене – е. *General Purpose Technology*). Право функционише у дигитализованом оквиру. Стога би уговор (као прва степеница у процесу уједначавања норме и програмског кода) морао да настаје (тамо где је могуће, када се ради о уговорима чије одредбе омогућавају алгоритмирање) уважавајући реалност уплива технологије у настанак, функционисање и контролу уговорних одредби.

Концепција алгоритмизације уговора предмет је критичке пажње академске и пословне јавности: у том смислу, постоје упозорења у погледу применљивости овог концепта у области уговорног права. У техничкој литератури указује се да уговор који би требало да се алгоритмира мора да дефинише коначне, узајамно искључиве и исцрпне односе између страна. Он се не може свести на логичке операције: уговор да би био извршив мора да буде комплетан. Питање је да ли алгоритам може да обезбеди такву потпуност. Илустративан је пример покушаја да се дефинише логичка структура споразума о зајму (видети: *Flood, Goodenough, 2017: 19–24*). Дефинисање структуре је требало да: 1. омогући да се уговор креира и спроводи на основу доступних финансијских рачунарских алата; 2. докаже да фундаментална правна структура адекватно формулисаних финансијских уговора прати логику развоја уговора на начин да се та логика математички формализује. Описани процес је условио да уговор о зајму буде симплификован до мере која га чини комерцијално нереалним.

У пракси нема таквих уговора: комплексност уговора у форми природног језика одражава комплексност трансакције која је њиме регулисана. Та се комплексност не може увек и у потпуности конвертовати у алгоритам и пренети у код. Стога паметни уговори морају да буду реално структурирани: не да буду „примери играчке”, већ да допринесу практичној употреби.

Алгоритмизација уговора је процес који траје и ту је да остане. Значај овог процеса је неспоран: његов домет, динамика и претпоставке су и даље делимично дефинисане и тестиране. Потребан (али не и довољан услов) је да се алгоритамски/стохастички начин размишљања легитимизује у процесу дефинисања уговорних одредби. Даљи развој ће зависити од функционисања других елемената у окружењу у коме би кодирани уговори функционисали, а можда понајвише од комерцијалног одговора на читав процес: алгоритмирање уговора мора да постане тржишно исплативо понашање да би добило ширу примену.

### **Литература и извори**

Allen, L. E. (1956). Symbolic logic: A razor-edged tool for drafting and interpreting legal documents. *Yale LJ*, 66, 833.

Ashley, K. D. (2017). *Artificial intelligence and legal analytics: new tools for law practice in the digital age*. Cambridge University Press.

Barraclough, T., Fraser, H., & Barnes, C. (2021). *Legislation as Code for New Zealand*.

Brookshear, J. G. (2012). *Computer science: an overview*. Boston: Addison-Wesley.

Christodoulou, M., Szczygieł, E., Kłapa, Ł., & Kolarz, W. (2018). *Algorithmic and Programming*.

Cvetković, P. (2021). Синтеза правног текста и програмског кода: случај рикардијанског уговора. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, (90), 61–76.

Cvetković, P. (2020). Блокчејн као правни феномен: уводна разматрања. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, (87), 127–144.

Diver, L. E. (2019). *Digisprudence: the affordance of legitimacy in code-as-law*. University of Edinburgh, doctoral thesis.

Flood, M. D., & Goodenough, O. R. (2017). Contract as automaton: the computational representation of financial agreements. *Office of Financial Research Working Paper*, (15-04). Приступљено: 10. 09. 2021. <https://ccl.yale.edu/sites/default/>



files/files/OFRwp-2015-04\_Contract-as-Automaton-The-Computational-Representation-of-Financial-Agreements.pdf

Goldoni, M. (2015). The politics of code as law: towards input reasons. In: Reichel, J. and Lind, A.S. (eds.) *Freedom of Expression, the Internet and Democracy*. Brill: Leiden, pp. 115–133.

Jovanović, N. (2005). *Uvod u programiranje*. Viša poslovna školam str. 51–91.

Kaulartz, M. (2019). Smart Contract Dispute Resolution in Fries, Martin, and Boris P. Paal. *Smart contracts*. Mohr Siebeck,

Koch, K. L. (2005). A Multidisciplinary Comparison of Rules-Driven Writing: Similarities in Legal Writing, Biology Research Articles, and Computer Programming. *Journal of Legal Education*, 55(1/2), 234–251.

Kuhn, T. (2014). A survey and classification of controlled natural languages. *Computational linguistics*, 40(1), 121–170.

Lauslahti, K., Mattila, J., & Seppala, T. (2017). Smart contracts–How will blockchain technology affect contractual practices?. *Eta Reports*, (68).

Lawrence Lessig, *Code: Version 2.0* (Basic Books 2006)

Lipshaw, J. M. (2018). The Persistence of “Dumb” Contracts. Приступљено 10. 07. 2020. [https://www.researchgate.net/profile/Jeffrey\\_Lipshaw/publication/326475422\\_The\\_Persistence\\_of\\_'Dumb'\\_Contracts/links/5c3b4db7a6fdcc6b5a9e41f/The-Persistence-of-Dumb-Contracts.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Jeffrey_Lipshaw/publication/326475422_The_Persistence_of_'Dumb'_Contracts/links/5c3b4db7a6fdcc6b5a9e41f/The-Persistence-of-Dumb-Contracts.pdf)

Sergot, M. J., Sadri, F., Kowalski, R. A., Kriwaczek, F., Hammond, P., & Cory, H. T. (1986).

Surden, H. (2012). Computable contracts. *UCDL Rev.*, 46, 629.

Susskind, R. E. (1986). Expert systems in law: A jurisprudential approach to artificial intelligence and legal reasoning. *The modern law review*, 49(2), 168–194.

The British Nationality Act as a logic program. *Communications of the ACM*, 29(5), 370–386. Приступљено: 20. 09. 2021. <http://www.doc.ic.ac.uk/~rak/papers/British%20Nationality%20Act.pdf>

Van Emden, M. H., & Kowalski, R. A. (1976). The semantics of predicate logic as a programming language. *Journal of the ACM (JACM)*, 23(4), 733–742.

Von Haller Grønbaek, M. (2016). *Blockchain 2.0, Smart Contracts And Challenges*. Приступљено 02. 03. 2020. [https://www.twobirds.com/~media/pdfs/in-focus/fintech/blockchain2\\_0\\_martinvonhallergronenbaek\\_08\\_06\\_16.pdf](https://www.twobirds.com/~media/pdfs/in-focus/fintech/blockchain2_0_martinvonhallergronenbaek_08_06_16.pdf)

Werbach, K., & Cornell, N. (2017). Contracts ex machina. *Duke LJ*, 67, 313.

**Predrag Cvetković, LL.D.,**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

## **CONTRACT AS AN ALGORITHM: INTRODUCTORY CONSIDERATIONS**

### **Summary**

*Legal norms contained in text-driven contracts (as well as in statutes and bylaws), which are written in natural language, can be subject of algorithmic conversion in certain phases of the contract circle (implementation, monitoring, control, interpretation). The application of the blockchain concept as a structural pattern opens the possibility of creating a code-driven contract with automated execution: a “smart” contract. Algorithmization is understood as a process which enables the text of the contract to be translated into a format that is understandable to software developers. To this end, the use of the following methodologies is proposed: design of a pseudocode, application of formal logic symbols and the use of flowcharts. Successful conversion of legal prose into a code calls for cooperation between lawyers and programmers. The framework of that cooperation is the establishment of the so-called “Legal Expert System” (LES). Originally conceived by lawyers, LES is a program which allows the algorithm to solve the problem of contract execution. Contract algorithmization should convert contracts from prose to a code, while preserving contract validity and efficiency. For the time being, smart contracts cannot regulate commercially complex scenarios; thus, the de lege lata application of smart contracts as a complete replacement for traditional (analogous) contracts is excluded. A potential object of algorithmization are the primary instructions aimed at executing the characteristic performance of the contract. Contract algorithmization is an ongoing process, which is here to stay. The significance of this process is indisputable but its scope, dynamics and assumptions are still only partially defined and tested. The necessary condition (but hardly a sufficient one) is to legitimize the conception of a contract as an algorithm in the process of defining contractual provisions. Further development of this concept will depend on the functioning of other elements in the environment where code-driven contracts would be used and, above all, on the commercial response to the entire process of contract algorithmization. In effect, in order to be widely applied, contract algorithmization must become a commercially viable activity.*

**Keywords:** contract, algorithm, smart contracts, pseudocode, formal logic.

**Др Сенад Јашаревић,\***  
Редовни професор  
Правни факултет, Универзитет у Новом Саду  
**Др Горан Обрадовић,\***  
Редовни професор,  
Правни факултет, Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-34772

UDK: 349.2:004.932  
Рад примљен: 15.10.2021.  
Рад прихваћен: 17.11.2021.

## **АКТУЕЛНОСТ РАДНОГ ПРАВА СРБИЈЕ И НОВИ ИЗАЗОВИ\*\***

**Апстракт:** У тексту се даје кратак приказ и генега савременог радног права Србије. Анализира се актуелност и функционалност прописа у контексту нових потреба и праксе, као и усклађеност са међународним стандардима. Приказани су основни, посебни, специјални и помоћни извори радног права Србије. Говори се о слабостима у појединим прописима и о утицају нових околности у свету на потребу да се радно законодавство Србије осавремени.

**Кључне речи:** радно право, извори права, нове околности, дигитализација.

---

\* senad@pf.uns.ac.rs

\* obrad@prafak.ni.ac.rs

\*\* У делу који је писао проф. др Сенад Јашаревић овај рад представља резултат истраживања на пројекту који спроводи Правни факултет у Новом Саду, а финансира Министарство за науку и технолошки развој: Биомедицина, заштита животне средине и право (бр. 179079). У делу који је писао проф. др Горан Обрадовић овај рад је резултат финансирања од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС према уговору евиденциони број 451-03-9/2021-14/200120.

## 1. Увод

Радно право Србије је у последње три деценије претрпело велике измене. Основни покретачи тих промена у првој фази су били: напуштање социјализма, прелазак на тржишну привреду, реструктурирање економије, транзиција,<sup>1</sup> приватизација и економска криза. Крајем прошлог миленијума радно право је реформисано и осавременењено, односно боље прилагођено стандардима тржишне економије. Промењен је приступ радним односима, улога запослених и послодаваца и њихових организација, структура радноправне легислативе. Измењени су многи важни радноправни институти (извори права, заснивање радног односа, регулисање зарада, одговорност запослених, престанак радног односа). Поново се у наш правни систем уводе колективни уговори, расте значај уговора о раду, повећава се самосталност послодаваца у уређењу радних односа, либерализује се процес решавања вишкова запослених.

Након 2000. године значајан утицај на наше радно право извршиће право Европске уније (тзв. Комунитарно право). На прелазу два миленијума Србија започиње процес приближавања, а потом и приступања Европској унији, да би 2012. године стекла статус кандидата за чланство у Унији.<sup>2</sup> Захваљујући томе почиње прилагођавање права Србије праву ЕУ. Решења из многих аката Комунитарног права уграђују се директно или са мањим модификацијама у радно законодавство Србије (Јашаревић, 2014: 153–169). Сем тога, захваљујући утицају права Европске уније, развија се један посебан сегмент легислативе – антидискриминационо право. Такође, уводи се заштита узбуњивача, заштита од злостављања на раду, подстиче се социјални дијалог.

Крајем века и почетком новог миленијума одређене измене радног права дешавају се у свету, па и код нас, под утицајем глобализације, економске кризе, као и ступања азијских земаља на светско тржиште рада. Под притиском ових околности и ниских цена рада које намећу азијске земље, постојећа концепција радних односа постаје „преуска“ за успешно пословање (Cordova, 1986: 641; Kalleberg, 2009: 2). Уместо подизања радних стандарда, покреће се „трка ка дну“ у целом свету (константно погоршавање услова рада), коју ће обележити масовна дерегулација, либерализација и флексибилизација радног права. У том процесу све заступљенија пракса постаје да се рад не организује само на класичан

---

1 Транзиција представља трансформацију из планске привреде и социјалистичког друштва у тржишну економију, коју карактерише слободно тржиште.

2 Више о процесу придруживања видети: *Историјат односа Србије и Европске уније*, Република Србија, <https://www.mei.gov.rs/srp/srbija-i-eu/istorijat-odnosa-srbije-i-eu/>

начин – у форми сталног радног односа, већ уз употребу „флексибилних форми рада“.<sup>3</sup> Флексибилни облици рада продиру и у наше законе о раду (из 2001, и важећи – од 2005. године), а такође и у праксу. Све мање се људи стално запошљава. Уместо тога, користи се рад на одређено, привремени и повремени послови, (лажно) samozapošljavanje,<sup>4</sup> уступање запослених, рад по уговору о делу или пословној сарадњи.

У међувремену су се, под утицајем нових околности, појавиле и неке потпуно нове форме рада засноване на информатичкој технологији.<sup>5</sup> Оне ће у последњој деценији иницирати нове реформске процесе у радном законодавству у свету и код нас.

## 2. Извори радног права Србије

Када овде говоримо о изворима радног права Србије ограничићемо се на најважније акте – Устав и законе. Иначе, у изворе домаћег радног права спадају и подзаконски акти, колективни уговори, правилници о раду, други акти аутономног права и акти послодавца (статут, систематизација, акт о процени ризика).

Број извора радног права у Србији веома је велики, те их је скоро немогуће сврстати у један акт (кодекс).<sup>6</sup> Ради се о веома сложенем систему прописа којима се директно или индиректно уређује област рада. Акти којима се уређује радно право у Србији могу се сврстати у неколико група: 1) базични

---

3 Ту спада: рад са непуним радним временом; рад на одређено време; привремени и повремени послови, рад од куће и на даљину, привремено уступање радника преко агенција, „лажно samozapošljavanje“, рад по основу грађанскоправних уговора.

4 Лажно samozapošljavanje представља облик рада код којег се бивши или нови запослени приказују као samozaposleni, како би се избегле даџбине и социјална давања, а у ствари и даље настављају да раде за истог послодавца, под лошијим условима него раније.

5 У нове форме рада спадају нпр. масовни или групни рад – Crowd Employment, дељење запослених – Labour Pooling/Employee Sharing, мобилни рад заснован на информатичкој технологији – ICT based mobile work, заједничко запошљавање – Collaborative Employment и др. Видети: *New forms of employment*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (EUROFOND), Dublin, 2015: <http://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2015/working-conditions-labour-market/new-forms-of-employment>

6 Примера ради, француски Кодекс о раду (1910) представља компилацију већег броја прописа о раду и има 3.176 страница. Текст Кодекса видети на: *Code du travail Version consolidée au 21 février 2020*, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050>

– системски прописи, 2) посебни прописи, 3) специјални закони, 4) мешовити – помоћни извори радног права.

Базични извор радног права представља Устав,<sup>7</sup> којим се између осталог утврђују основна социјално-економска права (као што је право на рад, право на здраве и правичне услове рада, право на једнаку зараду, право на професионално удруживање, право на штрајк), извори радног права (закони, колективни уговори, општи акти) и субјекти који доносе радноправну регулативу.<sup>8</sup>

Најважнији – системски извор радног права, представља Закон о раду (ЗОР), усвојен 2005. године (ревидиран 2014).<sup>9</sup> Овај закон представља „кровни закон“ за све области што се тиче рада.<sup>10</sup> Законом о раду уређена су најважнија питања и институти радног права, као што су: извори радног права (ратификоване међународне конвенције, закони, колективни уговор, правилник о раду); права и обавезе запослених и послодавца, забрана дискриминације, заснивање радног односа (укључујући и уговор о раду), радно време, одмори и одуства, заштита запослених (заштита личних података, заштита омладине, жена, лица са инвалидитетом), зараде и друга примања, потраживања запослених у случају стечајног поступка, права запослених код промене послодавца, вишак запослених, клаузула забране конкуренције, накнада штете, удаљење запосленог, измена уговора о раду, престанак радног односа, остваривање и заштита права запослених, рад ван радног односа, организације запослених и послодаваца, колективни уговори, надзор, казнене одредбе.

У посебне законе – којима се уређују одређена, специфична и значајнија питања у вези са радним односима спадају: Закон о безбедности и здрављу на раду – из 2005,<sup>11</sup> Закон о социјално-економском савету – 2004,<sup>12</sup> Закон о мирном решавању радних спорова – 2004,<sup>13</sup> Закон о спречавању злостављања на раду – 2010,<sup>14</sup> Закон о штрајку,<sup>15</sup> Закон о агенцијском

---

7 Сл. гласник РС, бр. 98/2006.

8 Видети чл. 55, 60, 61, 97 Устава.

9 Сл. гласник РС, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 74/2014, 13/2017, 113/2017, 95/2018.

10 Сходно члану 2 Закона.

11 Сл. гласник РС, бр. 101/2005, 91/2015, 113/2017.

12 Сл. гласник РС, бр. 125/2004.

13 Сл. гласник РС, бр. 125/2004, 104/2009, 50/2018.

14 Сл. гласник РС, бр. 36/2010.

15 Службени лист СРЈ, бр. 29/96, 101/2005, Сл. гласник РС, бр. 103/2012.

запошљавању – 2019,<sup>16</sup> Закон о условима за упућивање запослених на привремени рад у иностранство и њиховој заштити – 1991,<sup>17</sup> Закон о поједностављеном радном ангажовању на сезонским пословима у одређеним делатностима – 2018,<sup>18</sup> Закон о евиденцијама у области рада – 1996,<sup>19</sup> Закон о заштити узбуњивача.<sup>20</sup>

Међу специјалним законима налазе се прописи којима се уређује радноправни положај специфичних категорија запослених. Ту спадају: Закон о државним службеницима – 2005,<sup>21</sup> Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе – 2016,<sup>22</sup> Закон о полицији – 2016,<sup>23</sup> Закон о Војци Србије – 2007,<sup>24</sup> Закон о запосленима у јавним службама – 2017.<sup>25</sup>

У помоћне – мешовите изворе радног права, спадају акти којима се уређују друге области права, али се ти прописи делом односе и на одређена питања из радног односа. Ту нпр. спадају: Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености – 2009,<sup>26</sup> Закон о волонтирању – 2010,<sup>27</sup> Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом – 2009,<sup>28</sup> Закон о заштити података о личности – 2018,<sup>29</sup> Закон о стечају – 2009,<sup>30</sup> Закон о привредним друштвима – 2011,<sup>31</sup> Закон о државним и

---

16 *Сл. гласник РС*, бр. 86/2019.

17 *Сл. гласник РС*, бр. 91/2015, 50/2018.

18 *Сл. гласник РС*, број 50/2018.

19 Службени лист СРЈ, број 46/1996, *Сл. гласник РС*, бр. 101/2005, 36/2009.

20 *Сл. гласник РС*, бр. 128/2014.

21 *Сл. гласник РС*, бр. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017, 95/2018, 157/2020.

22 *Сл. гласник РС*, бр. 21/2016, 113/2017, 95/2018.

23 *Сл. гласник РС*, бр. 6/2016, 24/2018, 87/2018.

24 *Сл. гласник РС*, бр. 116/2007, 88/2009, 101/2010-др.закон, 10/2015, 88/2015-одлука УС, 36/2018, 94/2019, 74/2021-одлука УС.

25 *Сл. гласник РС*, бр. 113/2017, 95/2018, 86/2019, 157/2020.

26 *Сл. гласник РС*, бр. 36/2009, 88/2010, 38/2015, 113/17, 113/17-др. закон.

27 Закон уређује волонтерски рад који се не одвија у форми радног односа (у циљу обављања професије). *Сл. гласник РС*, број 36/2010.

28 *Сл. гласник РС*, бр. 36/2009, 32/13.

29 *Сл. гласник РС*, бр. 87/2018.

30 Уређује се питање статуса запослених чији се послодавац нађе у стечају и евентуалног престанка радног односа. *Сл. гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 71/2012, 83/2014, 113/2017, 44/2018, 95/2018.

31 Законом се уређују одређена питања из радног односа (пословође, приликом уговора о статусној промени, прекршајна одговорност лица у радном односу). *Сл.*

другим празницима у Републици Србији – 2001,<sup>32</sup> Закон о уређењу судова – 2008,<sup>33</sup> Закон о парничном поступку – 2011,<sup>34</sup> Кривични законик – 2005.<sup>35</sup>

У ову групу извора улазе и акти антидискриминационог права. Међу њима су: Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом – из 2006,<sup>36</sup> Закон о забрани дискриминације – 2009,<sup>37</sup> Закон о равноправности полова – 2009.<sup>38</sup> Сви ови закони имају одговарајуће одредбе о заштити од дискриминације или узнемиравања на раду (у овај корпус легислативе спада и горе поменути Закон о спречавању злостављања на раду).

### **3. Усклађеност са међународним стандардима, квалитет и актуелност радноправних прописа**

С обзиром на бројност горе поменутих извора нашег радног права, очигледно је да се у једном оваквом тексту тешко може извршити квалитетна анализа. Зато ћемо се ограничити само на генералне закључке и најупечатљивије примере.

Прво, може се рећи да су прописи у већој мери него раније усклађени са међународним и упоредним стандардима. Наши прописи се традиционално базирају на усвојеним конвенцијама МОП и најважнијим документима УН који се тичу радних односа, а од недавно и правним стандардима Савета Европе и ЕУ. Ипак процес усклађивања са међународним стандардима није беспрекорно спроведен, нити је окончан, на шта се и указује у новијим у

---

*гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/14, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019.

32 Њиме се уређују нерадни (плаћени) дани. *Сл. гласник РС*, бр. 43/2001, 101/2007, 92/2011.

33 Уређује јурисдикцију у области радних спорова. *Сл. гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 78/2011 - др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018, 88/2018.

34 Регулише судску надлежност и процедуру у радним споровима (чл. 436), споровима поводом колективних уговора (чл. 442), могућност заступања од стране синдиката (чл. 85), као и дозвољеност ревизије (чл. 441). *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014, 87/2018.

35 Овим актом предвиђена су посебна „Кривична дела поводом рада“ (чл. 163–169). Закон је објављен у: *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019.

36 *Сл. гласник РС*, бр. 33/2006, 13/2016.

37 *Сл. гласник РС*, бр. 22/2009, 52/2021.

38 *Сл. гласник РС*, бр. 104/2009. Овај Закон престао је да важи ступањем на снагу Закона о родној равноправности (*Сл. гласник РС*, бр. 52/2021).



извештајима ЕУ,<sup>39</sup> и документима МОП који су посвећени Србији: *Програм достојанственог рада за Републику Србију 2019. до 2022*,<sup>40</sup> *Меморандум о техничким коментарима на Нацрт закона о штрајку*, из 2018. године,<sup>41</sup> *Меморандум о техничким коментарима на нацрт измена Закона о раду Републике Србије*, из 2014.<sup>42</sup> Разлога за то има више. Неки ранији стандарди поменутих организација су занемарени, поједини – новији документи још нису стигли на ред да буду инкорпорирани, а извесни документи су и уграђени у наше право, али површно или без довољно разумевања. Зато се дешава да, иако нека законска решења личе на она из конвенција МОП или Комунитарне регулативе, од њих у ствари одударају (Јашаревић, 2019: 69).

Примера ради, у Меморандуму о техничким коментарима на нацрт измена Закона о раду истакнуто је да законске измене у великој мери прате стандарде МОП и ЕУ. Ипак, запажа се да постоје многа решења која нису до краја у складу са стандардима МОП и да их треба ревидирати. Конкретне примедбе на текст ЗОР из 2014. године у Меморандуму МОП односе се нпр.: на могућност кумулативне примене рада на одређено време, нереално кратак рок за поновно запошљавање запослених који су проглашени вишком (три месеца), преиспитивање суспензије и новчане казне као дисциплинске мере, ограничавање исплате накнаде штете за годишњи одмор, прецизније регулисање могућности прерасподеле радног времена, ограничавање анекса уговора о раду кад је у питању измена зараде и још доста тога.<sup>43</sup>

---

39 *Мишљење Комисије о захтеву Србије за чланство у Европској унији*, {COM(2011) 668}, Европска комисија, 3.19. У анализи радног законодавства Србије (стр. 36), ЕК је оценила да постоји делимична усклађеност с правним тековинама ЕУ. По мишљењу ЕУ Закон о раду усвојен 2014. године (мисли се у ствари на текст са изменама из 2014), само је делимично усклађен са правним тековинама ЕУ, и да је и даље неопходан један број измена и додатних инструмената за спровођење ради потпуног усклађивања са правним тековинама ЕУ (стр. 115). Помиње се и да је законодавни рад заказао у областима као што су: право на штрајк, правни оквир за рад приватних агенција за запошљавање и сезонски рад. Оцењује се да Закон о штрајку из 1996. године није у складу са конвенцијама МОП и стандардима ЕУ, посебно када је реч о могућим ограничењима права на штрајк.

40 *Програм достојанственог рада за Републику Србију 2019. до 2022*, Међународна организација рада – Тим за техничку подршку достојанственом раду и Канцеларија за Средњу и Источну Европу, Женева, 2019.

41 *Memorandum of Technical Comments on Draft Strike Law*, International Labour Office, ILO, Geneva, November, 2018.

42 *Memorandum of Technical Comments on Draft Amendments to the Labour Code of the Republic of Serbia*, International Labour Organization, Geneva, 2014.

43 Видети више о томе која решења треба мењати на стр. 8–22 Меморандума.

Уз потребу даљег усклађивања са међународним стандардима, постоји још три врсте разлога због којих је потребно иновирање актуелног радног законодавства. То су: 1) *системска неусклађеност прописа*, 2) *несавршеност законских решења*, 3) *нове тенденције у области рада*.

Први разлог за промене је *непотпуна системска усклађеност* радноправних аката. Да би био функционалан, систем радног законодавства мора бити потпуно усклађен. При доношењу многих прописа писци закона су се углавном само уско руководили проблематиком која се уређује, занемарујући постојећи начин прегулисања појединих тема у раније донетим актима. Услед тога постоје различита решења за неке битне институте (као што су појам радног односа, запосленог, радно ангажовање, ангажовање преко агенција, заштита од дискриминације).<sup>44</sup> То отвара простор за злоупотребе.

Тако нпр. у праву Србије уопште не постоји прецизна законска *дефиниција радног односа*,<sup>45</sup> премда законодавац у више прописа користи појам „радни однос“, и сва права и обавезе запослених везује за радни однос. Такође, у Закону о раду се појам „запослени“ дефинише уз помоћ појма радни однос (који није дефинисан).<sup>46</sup> Тако оба кључна законска појма остају довољно неодређена, што је изузетно подобно за изигравање закона.

Такође, појам „запослени“ различито је уређен у више закона.<sup>47</sup> Исто тако се на различите начине дефинишу и појмови „радано ангажовано лице“, (чл.

---

44 Запажена је нпр. неусклађеност процесних одредби ЗОР и Закона о забрани дискриминације у погледу рокова и поступка заштите од дискриминације на раду. Док ЗОР предвиђа рок од 60 дана (чл. 195), према Закону о забрани дискриминације, право на судску заштиту не застарева. Такође, у ЗОР (чл. 21) није прописано да је узнемиравање и сексуално узнемиравање забрањено у односу на услове запошљавања и у свим фазама радног односа. Исто је пропуштено да се учини и код пребацивања терета доказивања на туженог (послодавца), у чл. 23 ЗОР.

45 У члану 30, ст. 1 ЗОР се каже: „Радни однос се заснива уговором о раду“. И то је све о радном односу. Овај важан појам се више нигде не објашњава.

46 „Запослени, у смислу овог закона, јесте физичко лице које је у радном односу код послодавца“ (чл. 5, ст. 1).

47 Нпр. према Закону о безбедности и здрављу на раду (Сл. гласник РС, бр. 101/2005, 91/2015, 113/2017), чл. 4: „*Запослени* јесте домаће или страном физичко лице које је у радном односу код послодавца, као и *лице које по било ком основу обавља рад* или се оспособљава за рад код послодавца, осим лица које је у радном односу код послодавца ради обављања послова кућног помоћног особља“. Дакле, према овом закону запослени је и лице које по било ком основу обавља рад или се за њега оспособљава.

5, ст. 2 ЗОР),<sup>48</sup> „запошљавање“,<sup>49</sup> а појавили су се и нови термини који уносе додатну забуну – као нпр. „лизинг запослених“, „уступање запослених“, „фриленсери“.<sup>50</sup>

Други проблем нашег радног законодавства је *несавршеност важних законских решења* у многим прописима. Нека таква решења озбиљно нарушавају позитивни ефекат закона, чиме се понекад доводи у питање и њихов смисао и циљ. Поред тога, цео систем уређења рада губи на ефикасности и уверљивости јер не служи да пружи заштиту, већ постиже само привид заштите. То нарушава веру у постојање правне државе.

Навешћемо неколико примера из Закона о раду. Овај закон би требало да пружи правне оквире за хуману употребу најамног рада од стране послодаваца, при чему ће се њима омогућити ефикасан и продуктиван рад, а запосленима достојанствени и праведни услови рада. Ову концепцију нарушава неколико несавршених или застарелих решења у Закону. То су нпр. поменуте норме о радном односу, другим видовима радног ангажовања, уређивању рада на одређено време, привременим и повременим пословима, уређењу топлог obroка,<sup>51</sup> о дисциплинском поступку, заштити од отказа, о односу правилника о раду и колективног уговора, престанку важења колективног уговора.

Законодавац у чл. 35 користи појам „радно ангажовано лице“, при чему се нигде више у Закону тај израз не помиње и није објашњено о којим се лицима ради, нити које се све заштитне норме из ЗОР примењују на њих. Послодавци ову законску аномалију злоупотребљавају тако што све масовније примењују облике рада изван радног односа (који спадају у „радно ангажовање“), пружајући радницима онолико права колико сами желе јер нису везани законом.

---

48 Нпр. према Закону о заштити узбуњивача из 2014. године, чл. 2, ст. 1, ал. 5: „радно ангажовање“ је радни однос, рад ван радног односа, волонтирање, вршење функције, као и сваки други фактички рад за послодавца“. Дакле, „радно ангажовање“ је шире од радног односа и обухвата и запослене.

49 Нпр. у Закону о запошљавању странаца, у чл. 2, ст. 1, ал. 2 наводи се: „запошљавање странаца је закључивање уговора о раду или другог уговора којим странац без заснивања радног односа остварује права по основу рада у складу са законом“. Из овакве дефиниције произилази да је „запошљавање“ шири појам од „радног односа“, те укључује лица у радном односу и сва друга лица која по било ком другом правном основу раде за послодавца (нпр. у флексибилним формама рада).

50 То су лица која раде самостално, без уговора о раду.

51 Пошто у чл. 118 ЗОР нема законског лимита, формалноправно накнада за исхрану може да износи и један динар.

Члан 37 ЗОР лимитира употребу рада на одређено време, на рок од 24 месеца. Сматра се да је то коректно трајање и да ће након тога послодавац одлучити да запосленог прими за стално ако се испостави да је трајно потребан. Штавише, последњим ставом чл. 37 предвиђено је: „Ако је уговор о раду на одређено време закључен супротно одредбама овог закона или ако запослени остане да ради код послодавца најмање пет радних дана по истеку времена за које је уговор закључен, сматра се да је радни однос заснован на неодређено време.“ Делује да је тиме запослени потпуно заштићен од злоупотреба овог правног института, ако се нема у виду став 3 истог члана Закона, који гласи: „Прекид краћи од 30 дана не сматра се прекидом периода из става 2. овог члана.“ Послодавци ову одредбу и те како имају у виду. Уговор на одређено се редовно по истеку 24 месеца прекида на тридесет дана и потом потпуно легално обнавља и по неколико пута. Тако се догађа да поједини запослени већи део каријере проведу у раду на одређено.

Постоји и заштита из чл. 31, ст. 2 ЗОР, према којем: „Уговор о раду у коме није утврђено време на које се закључује сматра се уговором о раду на неодређено време.“ Заштиту формално допуњава и чл. 32, ст. 2: „Ако послодавац са запосленим не закључи уговор о раду у складу са ставом 1. овог члана, сматра се да је запослени засновао радни однос на неодређено време даном ступања на рад.“ Послодавци, свесни овога, изигравају Закон тако што или закључују уговор о раду на одређено време (који после обнављају), те тако легално регулишу трајање уговора – или закључују други уговор – о обављању привремених и повремених послова (из чл. 197 ЗОР). Потом га обнављају више пута или комбинују са уговорима о раду на одређено или уговором о делу. Тако се формалноправно не активира правна фикција из члана 31 ЗОР, пошто постоји други уговор.

Судови буквално тумачећи наведену заштитну норму, односно не водећи рачуна о њеном циљу, пресуђују да се ту не ради о изигравању закона, већ да „није постојала намера заснивања радног односа“, те се због тога привремени и повремени послови не могу ни трансформисати у стални радни однос.<sup>52</sup> Постоји пример сукцесивног заснивања уговора о привременим и повременим пословима чак 17 пута у периоду од око три и

---

52 Према Пресуди Врховног касационог суда, Рев2. 1153/2012 од 27. 02. 2013. године: „Обављање послова по уговору о обављању привремених и повремених пословима представља рад ван радног односа, односно закључењем таквог уговора се не заснива радни однос, због чега он не може постати радни однос на одређено време, а потом радни однос на неодређено време.“ Нешто слично помиње се и у Пресуди Врховног суда Србије, Рев. II 1696/07 од 27. 12. 2007. године: „Обављање привремених и повремених послова представља рад ван радног односа, отуда извршилац тих послова нема нити по том основу може стећи својство запосленог лица.“

по године, где је Суд коначно пресудио да се ипак не ради о сталном радном односу, односно злоупотреби флексибилног запошљавања.<sup>53</sup>

Коначно, Врховни касациони суд је поставио „рампу“ оваквом поступању, али би то требало да учини и законодавац, тако што ће установити функционално и ефикасно законско решење којим ће се спречити злоупотребе флексибилних форми рада. Врховни касациони суд је после низа година коначно променио своје становиште када се ради о злоупотреби привременог и повремениог ангажовања, те у пресуди из 2016. године између осталог наводи: „Правну природу уговора не одређује његов назив, већ суштина правног односа који је њиме заснован... ако би се у случају обављања истоврсних послова код истог послодавца, у континуитету, сваки уговор третирао као посебан уговор, омогућила би се злоупотреба права.“<sup>54</sup>

Такође, дисциплински поступак, који представља изузетно важан правни институт, изгубио је своје посебно место које је некад имао у законима о раду и уграђен је у поступак отказа од стране послодавца. Тачно је да исход дисциплинског поступка може да буде отказ, али и не мора тако да буде. Постоји читава скала могућих блажих, упозоравајућих мера. Због чега основна порука законодавца треба да буде, да када се ради о дисциплинском кажњавању, треба да постоји аналогија са отказном процедуром?

Законодавац је, да би ово делимично исправио, предвидео и блаже мере у случају повреда радне дисциплине, новим чл. 179а. Баш због тога сматрамо да је дисциплински поступак требало да буде издвојен, како би се посебно, јасније и прецизније уредио. Тако је уосталом и учињено у Закону о државним службеницима. У том Закону су, прво, одвојене лакше и теже повреде радне дисциплине (чл. 108 и 109), затим постоји шира скала дисциплинских казни (међу којима је отказ тек последња, пета могућност),<sup>55</sup> и посебно је регулисан дисциплински поступак (покретање, вођење, усмена расправа, избор и одмеравање казне). Тиме се установљавају процесне гаранције у овом важном поступку.<sup>56</sup> Уз то, предвиђено је и право на жалбу (чл. 117), које у ЗОР не постоји, што се коси са принципом двостепености, рационалности и правичности. Пре скупог и дугог судског поступка који се може водити поводом „дисциплинског отказа“ послодавцу би требало дати могућност да у спроведеном жалбеном

---

53 Одлука Основног суда у Новом Саду, Посл. бр. П1 – 1753/2014, 29. 02. 2016. године.

54 Рев2 601/2015, од 27. 12. 2016. године.

55 Видети чл. 110.

56 Видети чл. 112–116.

поступку провери своју одлуку (као и друге одлуке о правима запослених). И запосленом је много једноставније да послодавцу упути жалбу уместо да се упушта у скуп и компликован поступак парничења.

У чл. 179 законодавац неправилно класификује отказне разлоге.<sup>57</sup> Сем тога, експерти МОР сматрају да су они и конфузно изложени,<sup>58</sup> те да се не уклапају у категоризацију МОР о три основна отказна разлога (понашање радника, способност и економски и слични разлози), из Конвенције бр. 158 о отказу радног односа.<sup>59</sup>

Стручњаци МОР сматрају и да у ЗОР није правилно уређен однос правилника о раду и колективног уговора. Наиме, правилник о раду не може да супституише колективни уговор, будући да у упоредној пракси правилник има ужу садржину. Правилником се нпр. не уређују зараде, као што је то случај са колективним уговорима, већ радна дисциплина и слична питања.<sup>60</sup> Стога се сугерише да питање супституције колективног уговора правилником о раду из чл. 3 ЗОР треба другачије поставити.<sup>61</sup>

Доста проблема изазива и одредба о отказу колективног уговора. Према чл. 264 ЗОР, важење колективног уговора пре истека рока из члана 263 овог закона (три године), може престати споразумом свих учесника или отказом, на начин утврђен тим уговором. У случају отказа, колективни уговор се примењује „најдуже шест месеци од дана подношења отказа“, с тим што су учесници дужни да поступак преговарања започну најкасније у року од 15 дана од дана подношења отказа. Проблем је у формулацији да уговор важи „најдуже шест месеци од дана подношења отказа“. Ко одлучује о томе колико ће стварно важити након отказа? Страна која га је отказала сматра да је самим отказом престао да важи (најчешће послодавац) и жели да што пре престане да га примењује, док друга страна очекује да се примењује још шест месеци. У том „вакууму“ се јављају скупи судски спорови, највише у вези са зарадама и другим накнадама. Разлика није занемарива. Износи по „новом обрачуну“ и по претходно важећем колективном уговору могу бити и те како различити. Овако формулисана,

---

57 У ставу 1 тог члана наводе се разлози за отказ који се односе на „способност запосленог и његово понашање“, да би у ставу 2 и 3 истог члана били посебно регулисани разлози за отказ због повреде радне обавезе и радне дисциплине. Повреде радне дисциплине су исто тако разлози везани за понашање.

58 *Меморандум о техничким коментарима на нацрт измена Закона о раду Републике Србије.*

59 Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори бр. 4/1984, 7/1991.

60 Видети стр. 14–15 Меморандума.

61 *Ibidem.*

поменута норма Закона не пружа правну сигурност, већ је напротив, својом „растељивошћу“ (рока) нарушава.

Осврнућемо се и на један новији пропис. Као пример правне несавршености која може дословно да наруши дејство целог прописа поменули бисмо одредбу чл. 14 Закона о агенцијском запошљавању. У чл. 14 Закона регулисано је „Ограничење закључивања уговора о уступању запослених“, те се предвиђају лимити код тог облика радног ангажовања, како не би дошло до злоупотреба, односно претераног коришћења овог вида рада.<sup>62</sup> Према ст. 1, чл. 14 Закона, укупан број уступљених запослених у радном односу на одређено време код послодавца корисника не може да буде већи од 10% од укупног броја запослених код послодавца корисника на дан закључења уговора о уступању запослених, односно на дан измене тог уговора којима се мења број уступљених запослених.<sup>63</sup> Потом се све фактички неутралише одредбом ст. 3 истог члана: „У ограничење из ст. 1. и 2. овог члана не рачунају се уступљени запослени код послодавца корисника који имају са Агенцијом закључен уговор о раду на неодређено време, без обзира на који период су уступљени послодавцу кориснику.“ Довољно је да се, дакле, послодавац који прима раднике (послодавац корисник), договори са агенцијом да се запослени које користи воде као стално запослени код агенције, те да захваљујући томе трајно раде под много лошијим условима него његови запослени. То је иначе уобичајена пракса.

Наведеном одредбом је цео Закон о агенцијском запошљавању доведен у питање. Наиме, уступљени запослени требало би да код послодавца корисника ради под једнаким условима као „упоредни запослени.“<sup>64</sup> Међутим, послодавци се у пракси труде да не запошљавају сличну

---

62 Што се доста испољило у пракси у протеклој деценији, када ово питање није било уређено. Нпр. у једној од највећих компанија у Србији – „НИС“ (Нафтна индустрија Србије) 2018. године истицали су да је само 4.000 радника стално запослено, док 4.500 ради „на лизинг“ (како се популарно назива уступање запослених преко агенција). Видети више у поменутом тексту: „Рад на изнајмљивање“ од 18. јануара 2018.

63 Следи прецизирање овог ограничења сходно броју запослених код мањих послодавца – до 50 запослених (ст. 2, чл. 14).

64 Упоредни запослени је запослени који је у радном односу код послодавца корисника који обавља или би обављао исте послове с обзиром на захтевани степен и врсту стручне спреме, односно ниво квалификација и посебна знања и способности, односно компетенције, сложеност, одговорност, радно искуство и друге посебне услове за рад (чл. 2, ст. 4 Закона). Према чл. 18 Закона: „Уступљени запослени за време привременог обављања послова код послодавца корисника има право на једнаке услове рада као и упоредни запослени код послодавца корисника, у складу са овим законом.“

категорију лица, како не би постојали „упоредни запослени“, па уступљеним запосленима могу да утврде услове какве желе.

Поставља се питање шта је онда законодавац поменутом нормом у ствари желео да постигне? Да се рад преко агенција стави у одговарајуће оквире или само да се умире критичари оваквог облика запошљавања? Постоји унутрашња контрадикторност у Закону јер он најпре пружа заштиту, а онда је у истом плану обесмишљава. Тиме се повређује и чл. 19 Устава, којим се се између осталог гарантује људско достојанство и једнакост свих (фактички они у сталном радном односу и уступљени запослени неће бити једнаки).<sup>65</sup>

Да бисмо ово боље објаснили осврнућемо се на извор ЕУ који је служио као узор за израду поменутог закона. Одредбе нашег Закона веома личе на Директиву, али је дејство знатно другачије. Према Директиви (Упутству) ЕУ о привременом агенцијском раду преко предузећа за привремено запошљавање из 2008. године,<sup>66</sup> правило о једнакости утврђено је у чл. 5 на следећи начин: „1. Основни улови рада и запошљавања за раднике запослене код предузећа за привремено запошљавање морају за време трајања њиховог уступања предузећу кориснику да буду *најмање једнаки условима који би на те раднике били применљиви да их је на исто радно место директно запослило предузеће корисник.*“<sup>67</sup> Ту се, дакле, врши упоређење услова рада уступљеног запосленог са свима осталима запосленима код послодавца, те тако теже може да дође до тога да уступљени радник буде неповољније третиран. Веома битан је и став 5 истог члана Директиве: „Државе чланице предузимају одговарајуће мере у складу с националним правом и/или праксом са циљем спречавања злоупотреба у примени овог члана, а посебно са циљем *спречавања узастопних уступања* с намером избегавања одредаба ове Директиве.“ Такође, треба се осврнути и на чл. 6, ст. 4 Директиве: „...радници запослени код предузећа за привремено запошљавање имају приступ предностима или колективним погодностима у предузећу кориснику, посебно за исхрану, старање о деци и услуге превоза, уз исте услове као и радници које то предузеће директно запошљава, осим

---

65 Уставом се прописује: „Јемства неутуђивих људских и мањинских права у Уставу служе очувању људског достојанства и остварењу пуне слободе и једнакости сваког појединца у праведном, отвореном и демократском друштву, заснованом на начелу владавине права.“

66 Директива бр. 2008/104/ЕЗ о привременом агенцијском раду преко предузећа за привремено запошљавање (Directive on Temporary Agency Work), Official Journal of the European Union, L 327/9, 05. 12. 2018.

67 Истакао СЈ, као и у одредбама које следе.



ако је разлика у третману оправдана објективним разлозима.“ Дакле, тражи се суштински потпуно једнак третман, а не само „на папиру“.

Проблем већ више година уназад представља и превазиђеност многих решења у Закону о штрајку. МОР и ЕУ доношење новог закона о штрајку сматрају једним од најактуелнијих питања радног законодавства у Србији.<sup>68</sup> У поменутој анализи нацрта Закона о штрајку из 2018. године, МОР се залаже да се решењима о штрајку не поткопава позиција репрезентативних синдиката, да се штрајк дефинише тако да се то право гарантује свим радницима (и за све колективне спорове), да процедурални захтеви не треба да представљају препреку за вршење штрајка, да се јасније и флексибилније поставе одредбе о месту и начину одржавања штрајка, да се одговорност синдиката и запослених за незаконит штрајк тако уреди да они не могу бити одговорни за мање (битне) повреде.

Трећи разлог који намеће потребу иновирања нашег радног законодавства су *нове околности* у области рада. Њих је наметнула „дигитализација“. Под „дигитализацијом“ се подразумева масовна употреба информатичке, комуникационе и свих врста електронске технологије. Дигитализација је зашла у све области живота, те се под њеним великим утицајем данас масовно одвија и рад. Због интензитета промена поједини аутори овај процес називају „дигиталном револуцијом“, а модерну економију – „дигиталном економијом“.<sup>69</sup> Резултат новог начина рада је и низ нових појава и појмова у области радних односа, као што су (Kilhoffer et al., 2019: 7): дигитални рад (*digital work*),<sup>70</sup> дигитални радник (*digital worker*),<sup>71</sup> платформски рад (*platform work*), онлајн платформе (*online-platforms*),<sup>72</sup> платформска економија (*platform economy*).<sup>73</sup>

---

68 За став ЕУ о том питању видети нпр. у: *Мишљење Комисије о захтеву Србије за чланство у Европској унији, op. cit.*, стр. 116.

69 МОР дигиталну економију дефинише на следећи начин: Дигитална економија „укључује све економске активности које се ослањају или су знатно побољшане употребом дигиталних средстава, укључујући дигиталне технологије, дигиталну инфраструктуру, дигиталне услуге и податке. *World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, International Labour Office – Geneva: ILO, 2021, стр. 33.

70 Рад уз помоћ „дигиталне“ технологије.

71 Лице које ради уз помоћ дигиталне технологије.

72 Интернет услуга код које се у простору интернета формира „виртуелна платформа“ која олакшава комуникацију између једне или више страна, посебно за размену услуга за плаћање поводом обављања рада.

73 Економија у којој се велика количина пословања одвија уз помоћ и преко интернет платформи.

Једна од највећих последица дигитализације у области рада је све масовнији рад преко платформи – тзв. платформски рад. Рад „на платформи“ је врста посла који користи мрежну – интернет платформу за посредовање између радника, који преко те платформе пружају услуге, и клијената који их преко платформе ангажују и плаћају.<sup>74</sup> Платформе могу да буду: 1) интернационалне – када се рад обавља обавља широм света, по позиву (то су често програмерски, али и други послови, као нпр. превођење, рад са клијентима, административни послови, једноставнији послови са понављањем), и 2) локалне платформе – преко којих се рад обавља у ужем подручју. Код другог типа платформи најчешће се обавља превоз радника и достава (хране). Такође, врше се и занатске и сличне услуге. У Србији су тренутно више заступљене локалне платформе, махом које се баве доставом хране, али наша земља има и један од највећих процената радника у свету који раде преко интернационалних платформи.<sup>75</sup>

Лица која раде преко платформи у свету, а и код нас, обично не уживају никакву радноправну заштиту, пошто немају статус запослених. Углавном се платформе труде да створе привид да се ради о samozапосленима, којима они пружају само услугу повезивања са клијентима преко интернета, иако су исти радници по правилу веома зависни од самих платформи (платформа одређује интензитет рада, услове, стандарде квалитета, накнаду, те задржава и једнострано право да отпушта лица која недовољно раде). Циљ статуса samozапосљавања је да платформе немају било какву одговорност према лицима која ангажују. Оне скоро без било каквих улагања остварују велике профите јер радно ангажују велики број лица која их ништа не коштају.<sup>76</sup>

Масовни пораст рада преко платформи, уз злоупотребе које се испољавају, покренуо је широк покрет да се коначно уреди радни статус ових лица,

---

74 Ову дефиницију смо преузели и прилагодили из: *World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, op. cit, стр. 5.

75 У анализи Светске банке (Kuek, et all, 2015) Украјина, Румунија и Србија по први пут су означене као земље кључни снабдевачи радном снагом на глобалним дигиталним платформама, *per capita*. Љ. Радоњић, *Од мита до истине: да ли су Украјина, Румунија и Србија највећи снабдевачи радне снаге из Европе на глобалним дигиталним платформама?* Центар за истраживање јавних политика, 2020. Видети и текст: *У Србији више од 100.000 фриленсера зарађује преко интернета*, 021 Интернет портал, 09. 04. 2017. <https://www.021.rs/story/Info/Srbija/160183/U-Srbiji-vise-od-100000-fri-lensera-zaradjuje-preko-interneta.html>

76 Примера ради, Убер у Енглеској, само у Лондону ангажује 30.000 возача, а у целој земљи – 40.000. Видети у најновијој пресуди енглеског Врховног суда поводом случаја Убер: *JUDGMENT – Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)*, Supreme Court, UK, 19 February 2021, тачка 5 Одлуке.

односно да им се пружи одговарајућа заштита. Тај покрет је масован у европским земљама, али и САД,<sup>77</sup> Канади. Против великих платформи за превоз (као што је Убер) или доставу хране, воде се бројни судски спорови широм света (стотине).<sup>78</sup> Захваљујући томе отвара се процес регулисања у циљу побољшања положаја ове категорије радника. Углавном, води се међународна и национална дебата о томе да ли су они запослени, (лажни) samozапослени или међукатегорија између ове две (тзв. зависни samozапослени или „радници“ – како их негде називају).<sup>79</sup> И поред неуједначености праксе, начелни заључак како судова, представника МОП, ЕУ, све више влада – је да им треба пружити радноправну и социјалну правну заштиту, без обзира на формални статус који ће имати. Увођење ове категорије у национално законодавство и регулисање њиховог радноправног, социјалног, пореског статуса, биће један од примарних задатака и нашег законодавца (Милетић, 2019; Savanović, 2020).

Један од задатака биће и *модернизовање појма послодавца* – како би у ову категорију законски ушле и платформе, као и сви други који радно ангажују лица да за њих обављају послеве сличне раду у радном односу. Дефиниција послодавца у Закону о раду је застарела, пошто послодавац може бити сам један. Радник данас често нема само једног послодавца, већ може да исти посао обавља преко (и за) једног или преко (и за) више

---

77 Велику дебату покренуо је Законски предлог 22 који је крајем 2020. усвојен у Калифорнији, којим су радницима на платформама ускраћена многа права, која су им била додељена претходним законом из 2019. године. Видети: Eve Batey, *That Price Hike Delivery Apps Threatened If Prop 22 Failed? It's Happening Anyway, Prices on every Uber Eats and Doordash order are expected to rise by December 16*, Dec 15, 2020, Eater San Francisco, <https://sf.eater.com/2020/12/15/22176413/uber-eats-doordash-price-hike-fee-december-prop-22>; Alexander Aammon, *Prop 22 Is Here, and It's Already Worse Than Expected*, January 15, 2021, The American Prospect, <https://prospect.org/labor/prop-22-is-here-already-worse-than-expected-california-gig-workers/>

78 Поред горе поменуте преусуде Врховног суда Велике Британије, видети нпр. и: The Roamler Case A pending decision at the German Federal Labour Court, Panel II: Litigation strategies and digital platforms, International Lawyers Assisting Workers Network, Brussels, 15 Oct 2020, [https://www.etui.org/sites/default/files/2020-11/Helm\\_the%20Roamler%20Case\\_RethinkingLabourLaw2020\\_EN.pdf](https://www.etui.org/sites/default/files/2020-11/Helm_the%20Roamler%20Case_RethinkingLabourLaw2020_EN.pdf); Ben Wray, *Italian Union Hails Court Victory over 'Discriminatory' Deliveroo Algorithm*, Brave New Europe, January 8, 2021, <https://braveneweuropa.com/ben-wray-italian-union-hails-court-victory-over-discriminatory-deliveroo-algorithm>; *Study to gather evidence on the working conditions of platform workers*, *op. cit.*, стр. 69.

79 Та категорија нпр. постоји у законодавству Велике Британије од 1996 (Закон о радним односима - чл. 230(3)(b)).

послодаваца (посредника).<sup>80</sup> Треба отворити законску могућност да сви, често „прикривени послодавци“ сносе одговорност за положај, услове рада, безбедност, уплаћивање доприноса и плаћање пореза радника, уместо да се све преваљује на њих, као што је то сада случај.

#### **4. Закључак**

За радно право Србије могу се извести противречни закључци. Са једне стране, након напуштања социјализма, оно се прилично модернизовало и развило. Нови Закон о раду сачињен је по угледу на законе развијених земаља тржишне привреде и легислативу ЕУ. Модернизовани су и многи други битни закони (нпр. о запошљавању, социјалном осигурању, заштити здравља на раду). Такође, усвојени су акти који раније нису постојали у српском законодавству (о заштити од дискриминације, мобингу, социјалном дијалогу).

И поред нових прописа и модерније регулативе, заштита запослених у Србији опада, како због несавршености појединих законских решења, тако и нових дешавања у области рада због којих велика група лица која раде остаје изван заштите (дигитални и платформски радници). Неопходна је ревизија и прилагођавање радног законодавства Србије новим околностима. Такође, да држава не толерише масовно изигравање прописа, као што је то у последњој деценији случај са масовним злоупотребима флексибилних форми рада.

#### **Литература и извори**

Aammon, A. (2021). Prop 22 Is Here, and It's Already Worse Than Expected, January 15, 2021, The American Prospect, <https://prospect.org/labor/prop-22-is-here-already-worse-than-expected-california-gig-workers>

Batey, E. (2020). That Price Hike Delivery Apps Threatened If Prop 22 Failed? It's Happening Anyway, Eater San Francisco, <https://sf.eater.com/2020/12/15/22176413/uber-eats-doordash-price-hike-fee-december-prop-22>

Јашаревић, С. (2014). Закон о раду и комунитарни правни стандарди. Зборник радова Правног факултета у Новом Саду. Бр. 3.

Јашаревић, С. (2019). Усклађивање радног права Србије са новим тенденцијама, стандардима МОР и ЕУ. Радно и социјално право. Бр. 1.

---

<sup>80</sup> Нпр. многи радници преко платформи посао обављају преко посредника (ако немају своју регистровану фирму), преко којих им се исплаћује зарада.

Kalleberg, A. L. (2009). Precarious Work, Insecure Workers: Employment Relations in Transition. *American Sociological Review*. 2009, Vol. 74, No. 1.

Kilhoffer, Z. Pieter De Groen, W. Lenearts, K. Smits, I. Hauben, H. Waeyart, W. Giacumacatos, E. Lhernould, J-P. Robin-Olivier S. (2019). Study to gather evidence on the working conditions of platform workers, Luxembourg, European Commission, Publications Office of the European Union.

Милетић, М. (2019). Wolt i Glovo – inovacije u nepoštovanju radnih odnosa, *Mašina*, 23. 09. 2019. <https://www.masina.rs/?p=10871>

Savanović, A. (2020). Rad preko platformi u Srbiji – izbor ili nužnost. *Bilten, regionalni portal*. 07. 08. 2020, <https://www.bilten.org/?p=33977>

Радоњић, Љ. (2020). Од мита до истине: да ли су Украјина, Румунија и Србија највећи снабдевачи радне снаге из Европе на глобалним дигиталним платформама? Центар за истраживање јавних политика.

Cordova, E. (1986). From full-time wage employment to atypical employment: A major shift in the evolution of labour relations?. *International Labour Review*. Vol. 125, No. 6.

Wray, B. (2021). Italian Union Hails Court Victory over 'Discriminatory' Deliveroo Algorithm, *Brave New Europe*, January 8, 2021, <https://braveneweuropa.com/ben-wray-italian-union-hails-court-victory-over-discriminatory-deliveroo-algorithm>

## Правни извори

Директива бр. 2008/104/ЕЗ о привременом агенцијском раду преко предузећа за привремено запошљавање (Directive on Temporary Agency Work), *Official Journal of the European Union*, L 327/9, 5. 12. 2018.)

Закон о агенцијском запошљавању. *Службени гласник РС*. Бр. 86. 2019.

Закон о безбедности и здрављу на раду. *Службени гласник РС*. Бр. 101. 2005, 91. 2015, 113. 2017.

Закон о Војци Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 116. 2007, 88. 2009, 101. 2010, 10. 2015, 88. 2015, 36. 2018, 94. 2019, 74. 2021-одлука УС.

Закон о волонтирању. *Службени гласник РС*. Бр. 36. 2010.

Закон о државним и другим празницима у Републици Србији. *Службени гласник РС*. Бр. 43. 2001, 101. 2007, 92. 2011.

Закон о државним службеницима. *Службени гласник РС*. Бр. 79. 2005, 81. 2005, 83. 2005, 64. 2007, 67. 2007, 116. 2008, 104. 2009, 99. 2014, 94. 2017, 95. 2018, 157. 2020.

Закон о евиденцијама у области рада. *Службени лист СРЈ*. Бр. 46. 1996. *Службени гласник РС*. Бр. 101. 2005, 36. 2009.

Закон о забрани дискриминације. *Службени гласник РС*. Бр. 22. 2009, 52. 2021.

Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе. *Службени гласник РС*. Бр. 21. 2016, 113. 2017, 95. 2018.

Закон о запосленима у јавним службама. *Службени гласник РС*. Бр. 113. 2017, 95. 2018, 86. 2019, 157. 2020.

Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености. *Службени гласник РС*. Бр. 36. 2009, 88. 2010, 38. 2015, 113. 17, 113. 17-др. закон.

Закон о запошљавању странаца. *Службени гласник РС*. Бр. 128. 2014, 113. 2017, 50. 2018, 31. 2019.

Закон о заштити података о личности. *Службени гласник РС*. Бр. 87. 2018.

Закон о заштити узбуњивача. *Службени гласник РС*. Бр. 128. 2014.

Закон о мирном решавању радних спорова. *Службени гласник РС*. Бр. 125. 2004, 104. 2009, 50. 2018.

Закон о парничном поступку. *Службени гласник РС*. Бр. 72. 2011, 49. 2013, 74. 2013, 55. 2014, 87. 2018.

Закон о поједностављеном радном ангажовању на сезонским пословима у одређеним делатностима. *Службени гласник РС*. Бр. 50. 2018.

Закон о полицији. *Службени гласник РС*. Бр. 6. 2016, 24. 2018, 87. 2018.

Закон о привредним друштвима. *Службени гласник РС*. Бр. 36. 2011, 99. 2011, 83. 2014, 5. 2015, 44. 2018, 95. 2018, 91. 2019.

Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом – 2009. *Службени гласник РС*. Бр. 36. 2009, 32. 2013.

Закон о равноправности полова. *Службени гласник РС*. Бр. 104. 2009.

Закон о родној равноправности. *Службени гласник РС*. Бр. 52. 2021.

Закон о социјално-економском савету. *Службени гласник РС*. Бр. 125. 2004.

Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом. *Службени гласник РС*. Бр. 33. 2006, 13. 2016.

Закон о спречавању злостављања на раду. *Службени гласник РС*. Бр. 36. 2010.

Закон о стечају. *Службени гласник РС*. Бр. 104. 2009, 99. 2011, 71. 2012, 83. 2014, 113. 2017, 44. 2018, 95. 2018.

Закон о уређењу судова. *Службени гласник РС*. Бр. 116. 2008, 104. 2009, 101. 2010, 31. 2011 78. 2011 - др. закон, 101. 2011, 101. 2013, 106. 2015, 13. 2016, 108. 2016, 113. 2017, 65. 2018, 88. 2018.

Закон о условима за упућивање запослених на привремени рад у иностранство и њиховој заштити – 1991. *Службени гласник РС*. Бр. 91. 2015, 50. 2018.

Закон о штрајку. *Службени лист СРЈ*. Бр. 29. 96. *Службени гласник РС*. Бр. 101. 2005 - др. закон и 103/2012 одлука УС.

Историјат односа Србије и Европске уније, Република Србија, <https://www.mei.gov.rs/srp/srbija-i-eu/istorijat-odnosa-srbije-i-eu/>

Конвенција број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца. *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*. Бр. 4. 1984, 7. 1991.

Кривични законик. *Службени гласник РС*. Бр. 85. 2005, 88. 2005, 107. 2005, 72. 2009, 111. 2009, 121. 2012, 104. 2013, 108. 2014, 94. 2016, 35. 2019.

Мемо Memorandum of Technical Comments on Draft Amendments to the Labour Code of the Republic of Serbia, International Labour Organization, Geneva, 2014.

Memorandum of Technical Comments on Draft Strike Law, International Labour Office, ILO, Geneva, November, 2018.

Мишљење Комисије о захтеву Србије за чланство у Европској унији.

New forms of employment, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (EUROFOND), Dublin, 2015, <http://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2015/working-conditions-labour-market/new-forms-of-employment>

Одлука Основног суда у Новом Саду, Посл. бр. П1 – 1753/2014, 29. 02. 2016. године

Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 601/2015, од 27. 12. 2016. године.

Пресуда Врховног касационог суда, Рев2. 1153/2012 од 27. 02. 2013. године

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. II 1696/07 од 27. 12. 2007. године

Пресуда енглеског Врховног суда поводом случаја Убер: JUDGMENT – Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents), Supreme Court, UK, 19 February 2021, тачка 5 Одлуке.

Пресуда Врховног суда Велике Британије, видети нпр. и: The Roamler Case A pending decision at the German Federal Labour Court, Panel II: Litigation strategies and digital platforms, Интер International Lawyers Assisting Workers Network, Brussels, 15 Oct 2020, [https://www.etui.org/sites/default/files/2020-11/Helm\\_the%20Roamler%20Case\\_RethinkingLabourLaw2020\\_EN.pdf](https://www.etui.org/sites/default/files/2020-11/Helm_the%20Roamler%20Case_RethinkingLabourLaw2020_EN.pdf)

Code du travail Version consolidée au 21 février 2020, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050>

<https://www.021.rs/story/Info/Srbija/160183/U-Srbiji-vise-od-100000-frilensera-zaradjuje-preko-interneta.html>

World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work, International Labour Office – Geneva: ILO, 2021.



**Senad Jašarević,**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Novi Sad*

**Goran Obradović, LL.D.,**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

## **THE CONTEMPORARY NATURE OF SERBIAN LABOUR LAW AND NEW CHALLENGES**

### **Summary**

*The paper first provides a brief overview and genesis of contemporary Serbian labour law. Then, the authors analyze the subject matter and functionality of current regulations in the context of new needs and practices, as well as the compliance of current legislation with international standards. The analysis focuses on the primary, subject-specific, special and secondary sources of Serbian labour law. The authors elaborate on the drawbacks of some legal provisions and discuss the impact of new circumstances and new forms of labour in the global world which implicate the need to modernize Serbian labour legislation.*

**Keywords:** *labour law, legal sources, new circumstances, digitalisation.*



**Др Свјетлана Ивановић,\***  
Доцент,  
Правни факултет, Универзитет у Источном Сарајеву

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-34357

UDK: 347.78:004.658.2  
Раd примљен: 03.11.2021.  
Раd прихваћен: 08.12.2021.

## **АУТОРСКО ПРАВО И ПРЕТРАЖИВАЊЕ ТЕКСТА И ПОДАТАКА\*\***

**Апстракт:** Дигитално окружење из дана у дан поставља нове изазове класичном концепту ауторскоправне заштите. Нови, дигитални примјерци ауторских дјела, нови облици искоришћавања заштићених добара, немогућност адекватне заштите права на интернету и, с тим у вези, преиспитивање улоге посредника, само су нека од питања која посљедњих година окупирају пажњу научне и стручне јавности. Нове околности нужно намећу и промјене режима ауторскоправне заштите и увођење нових овлашћења али и нових ограничења ауторског права. Директива о ауторском праву на јединственом дигиталном тржишту, у право Европске уније уводи ограничења права која се односе на претраживање текста и података. У дигиталном окружењу, у условима када располажемо великом количином података, користи се техника претраживања, тачније прикупљања и обраде података, с циљем проналажења корелација и шаблона, и извлачења информација из великог броја података, уз употребу аутоматизованих метода. Претраживање текста и података се користи у различитим областима и у различите сврхе, од научног истраживања, истраживања у новинарству, медицини, привреди или у сврху истраживања тржишта. Подаци или текст који се претражују могу бити заштићени ауторским правом па се онда поставља питање евентуалне повреде права. Из тог разлога, новом Директивом су предвиђена два обавезна ограничења ауторског и сродних права у сврху претраживања текста и података, од којих је

---

\* svjetlana.ivanovic@pravni.ues.rs.ba

\*\* Раd је изложен на међународној научној конференцији „Право и дигитализација“, одржаној 23. 04. 2021. године у организацији Правног факултета Универзитета у Нишу.

*једно изричито предвиђено у сврху научног истраживања. Предвиђена ограничења су значајна за слободу истраживања у дигиталној сфери али и за нека питања која се односе на развој вјештачке интелигенције.*

**Кључне ријечи:** ауторско право, претраживање текста и података, Директива 2019/790, ограничења ауторског права, научно истраживање.

## 1. Увод

Дигитализација је процес који траје већ дуго али је његов убрзани развој у посљедњим деценијама створио нове изазове у различитим сегментима живота. Нове технологије неминовно обликују нашу садашњост и будућност, а упитно је само у којој мјери и којом брзином се можемо прилагодити одређеним промјенама, и да ли је то некада уопште неопходно. Нарочито је значајно питање да ли се и на који начин право прилагођава савременим технологијама и какав је њихов међусобни однос и утицај. С обзиром на чињеницу да сваког дана настане, на примјер, на десетине нових апликација, очекивано је да је технолошки развој знатно бржи и да право не може увијек да иде у корак са временом. Међутим, чак и када би то био случај, увијек постоји опасност брзог застаријевања и превазилажења постојећих рјешења, која постају непотребна или непримјенљива у датим околностима. Стога, законодавац увијек мора пажљиво да приступа проблему и да направи одговарајућу процјену о најбољем начину да се одређена област правно регулише.

Једна од области права која је можда и највише погођена убрзаним развојем технологије јесте ауторско право. Добро познати концепт заштите аутора, ствараоца креативних дјела, угрожен је у великој мјери новим облицима искоришћавања тих истих дјела. Класични модел јачања искључивих имовинскоправних овлашћења не даје одговарајуће резултате због тешке спроводивости, а осим традиционалног односа аутор – корисник – публика, данас се, прије свега, у дигиталним медијима, појављује мноштво нових учесника чија улога није у потпуности дефинисана, нити јасна. Поједина ауторскоправна овлашћења која су уврштена у садржину ауторског права крајем прошлог вијека, захваљујући савременим приликама и степену развоја дигиталних технологија, данас су скоро превазиђена, такорећи непотребна. Не улазећи у питање оправданости њиховог увођења у том тренутку, можемо истаћи да се и данас сусрећемо са још већим изазовима и питањима на која се одговор покушава дати јачањем улоге посредника у заштити ауторског права, проширивањем листе искључивих права аутора, као и прописивањем нових ограничења субјективног ауторског

права у корист трећих лица. На том трагу су и ограничења предвиђена у сврху претраживања текста и података, која су недавно уведена у право Европске уније.

## 2. Претраживање текста и података

Претраживање текста и података односи се на технику која би у дословном преводу са енглеског језика<sup>1</sup> могла да значи својеврсно „копање“ по руднику података, будући да се из текста и података који се претражују или анализирају покушавају извући, односно издвојити информације које имају одређену вриједност.<sup>2</sup> У теорији постоје различита схватања о томе шта би требало подвести под овај појам и шта он заправо обухвата. Претраживање текста и података представља аутоматизовану обраду дигиталног садржаја, који може да обухвата текст, податке, звук, слике или друге елементе, или њихову комбинацију, с циљем откривања новог знања или нових схватања (Triaille, Meeûs d'Argenteuil, de Francquen, 2014: 17). Сваки елемент наведене дефиниције може бити посебно анализиран. Ако говоримо о аутоматизованој обради или анализи података, то значи да се она спроводи примјеном аутоматизованих техника, најчешће путем рачунара, тј. одговарајућег софтвера. Главно обиљежје је да претраживање практично врши машина, односно одговарајући софтвер, а не човјек. Обрада података подразумијева извлачење, односно издвајање, копирање, упоређивање, класификацију и друге статистичке анализе података. Техника обраде или претраживања може да се примјени на свим врстама садржаја, као што су текст, звук, слике или било који други дигитални садржај, било појединачно на једној врсти садржаја, или на њиховој комбинацији. Сврха претраживања података је откривање нових знања, уочавање нових односа, образаца и слично, које би човјек веома тешко могао уочити или би му то одузело несразмјерно пуно времена. Дакле, ради се о техници претраживања или анализе која се врши с циљем прикупљања информација из велике количине дигиталних података, примјеном аутоматизованих рачунарских, односно софтверских алата. Директива о ауторском и сродним правима на јединственом дигиталном тржишту дефинише претраживање текста и података као сваку аутоматизовану аналитичку технику, чији је циљ анализа текста и података у дигиталном

---

1 *Text and data mining.*

2 У Хрватској је енглески израз *text and data mining* преведен управо као рударење текста и података. С обзиром на то да термин рударење није у духу српског језика, у раду ћемо се држати термина претраживање.

облику, с циљем стварања информација, које укључују, али нису ограничене на обрасце, трендове и корелације.<sup>3</sup>

Поступак претраживања одвија се кроз неколико фаза. Прво, идентификује се улазни материјал који треба да буде анализиран, као што су текстови, слике и уопште подаци, који су или појединачно сакупљени, или организовани у постојеће базе података. Други корак обухвата копирање, тј. умножавање велике количине материјала и то претварањем садржаја у машински читљив формат који је компатибилан са технологијом која се примјењује како би подаци могли бити извучени из тог садржаја и, у зависности од технике која се користи, постављање материјала на одговарајућу платформу. Сљедећа фаза подразумијева извлачење података, тј. информација и њихово комбиновање како би се идентификовали обрасци у излазном резултату (Geiger, Frosio, Bulayenko, 2019: 6).

Поље практичне примјене претраживања текста и података је скоро непрегледно, од претраживача на интернету, примјене у научном истраживању, фармацији и медицини, новинарству, маркетингу, до машинског учења и других облика вјештачке интелигенције.

Текстови и материјал који се претражују могу бити заштићени ауторским правом или неким обликом сродноправне заштите, најчешће путем заштите базе података. Кључно питање јесте да ли се претраживањем и анализирањем датих података може извршити повреда ауторског и сродних права. Повреда права постоји када неко неовлашћено врши радњу која представља овлашћење носиоца права, односно чини садржину субјективног права. Дакле, питање које се поставља је да ли радња претраживања задире у домен искључивих права аутора.

### **3. Повреда ауторског и сродних права**

Већи дио дигиталног садржаја који се претражује не ужива било какав вид заштите. Уколико је ријеч о претраживању података, битно је истаћи да подаци као такви остају изван домена ауторскоправне заштите. Подаци, информације, чињенице, идеје, остају изван обима заштите, чак и када су саставни дио ауторског дјела. Ауторско право штити креативни израз идеје, а не идеју као такву. Заштита је искључена јер се најчешће ради о неоригиналним елементима ауторског дјела, а као што је познато, заштиту уживају само оригинални елементи. Други разлог искључења заштите,

---

3 Чл. 2, ст. 2 Директиве ЕУ 2019/790 о ауторском праву и сродним правима на јединственом дигиталном тржишту и измјени директива 96/9/ЕЗ и 2001/29/ЕЗ, *Сл. лист ЕУ*, L 130/92, 17. мај 2019, (у даљем тексту: Директива 2019/790).

чак и у случају када су у питању оригиналне идеје, јесте потреба да остану слободне у јавном домену јер се њима не може монополисати. У теорији се наводи да разлог искључења идеја и чињеница из ауторскоправне заштите није само недостатак оригиналности, већ и слобода изражавања која би била угрожена и ограничена, а ограничење било ког права могуће је под унапријед предвиђеним условима (Margoni, Kretschmer, 2021: 23). Будући да техника претраживања текста и података обухвата само поједине податке и практично дијелове текста или било ког другог дигиталног материјала, упитно је да ли може доћи до повреде ауторског права ако се користе само дијелови тог истог дјела.<sup>4</sup>

### **3.1. Овлашћење на умножавање дјела**

Претраживање текста и података које се врши у дигиталном окружењу подразумева, између осталог, и њихово умножавање, односно прављење барем привремених копија. Умножавање или репродуковање представља фиксирање дјела на материјалном носачу, односно примјерку дјела, непосредно или посредно, привремено или трајно, дјелимично или у цјелини, било каквим средствима и на било какав начин.<sup>5</sup> Као један од облика умножавања изричито се наводи похрањивање дјела у електронској форми. То значи да се било која радња похрањивања у електронској, дакле дигиталној форми, може подвести под радњу умножавања дјела, без обзира на форму у којој се чини или трајност примјерка. Као што смо навели, претраживање текста и података подразумева прављење привремених копија, а уколико је материјал који се претражује заштићен ауторским правом, потенцијално може доћи до повреде овлашћења на умножавање дјела.

Поједини аутори с правом критикују концепт овлашћења аутора на умножавање дјела, истичући да оно губи своју сврху јер се посматра са техничког аспекта. Свједоци смо да се у посљедњих неколико деценија константно проширује списак искључивих овлашћења аутора, управо под утицајем дигитализације и потребе да се носиоцима права пружи контрола над новим облицима искоришћавања дјела. Међутим, примјетно

---

4 У теорији се истиче да у ери четврте индустријске револуције, ауторска дјела неће бити перципирана као дигитални садржај, већ као подаци који се користе као материјал за тренинг с циљем учења машина како да направе интелигентне одлуке, укључујући стварање алгоритамских креација. Дјела ће бити претворена у податке над којима ће се вршити аналитичко процесуирање које омогућава препознавање и издавање образаца, шаблона и других карактеристика (Chiou, 2019: 410).

5 Чл. 21, ст. 1 Закона о ауторском и сродним правима, *Сл. гласник БиХ*, 63/2010, (у даљем тексту: ЗАСП БиХ).

је да се у процесу „уситњавања“ овлашћења више води рачуна о техничким аспектима коришћења, него о функцији и смислу ауторскоправне заштите.<sup>6</sup> Проширивање обима заштите би могло да доведе до тога да чак и уживање крајњег корисника у садржају, као што је читање или слушање, буде обухваћено заштитом. Смисао ауторског права је да титуларима права обезбеди контролу над искоришћавањем дјела. Међутим, искоришћавање дјела нема само економску или тржишну димензију, већ и комуникациону, јер аутор представља дјело јавности. Права која су призната аутору не овлашћују га да се супротстави сваком коришћењу дјела, нити да контролише све активности на тржишту, већ треба да обезбеди аутору довољан степен аутономије, укључујући и финансијску, да своја дјела представи јавности (Dusollier, 2018: 22). Будући да примјерци који настану приликом претраживања текста и података настају као дио сложеног процеса, понекад и случајно, они суштински не угрожавају позицију носиоца права.

Овлашћење на умножавање ауторског дјела у било ком облику и на било који начин потиче још из Бернске конвенције о заштити књижевних и умјетничких дјела.<sup>7</sup> Временом, са појавом нових облика коришћења дјела, појам умножавања добија потпуно нове обресе. Примјерци дјела настали у дигиталном окружењу не морају нужно имати исти значај као тјелесни примјерци јер се разликују, не само по облику него и по сврси. На примјер, да би рачунарски програм могао да се користи, нужно је прављење привремене копије програма која има искључиво технички домаћај. Иако би се можда могло очекивати да ће дигитализација донијети и бољу економску валоризацију предмета заштите, она је обрнуто пропорционална економском искоришћавању дјела, нарочито на интернету. Већи број дигиталних копија не значи и већи приход за носиоца права, као што би можда био случај са тјелесним, тј. недигиталним примјерцима дјела. Већина дигиталних копија нема никакав значај, нити комерцијалну вриједност, јер је само карика у сложеном ланцу анализе дигиталног садржаја. Носиоци права погрешно очекују да свака копија, чак и она која нема економско оправдање, буде обухваћена ауторскоправном заштитом (Ducato, Strowel, 2021: 25).

---

6 У погледу регулисања ауторског права на интернету, поједини аутори истичу да је неопходно направити економску анализу постојећих овлашћења у дигиталном окружењу. Догматска преокупираност техничким аспектима умножавања може резултирати непожељним јачањем монопола који имају носиоци права (Hugenholtz, 1996: 40).

7 Чл. 9, ст. 1 Бернске конвенције о заштити књижевних и умјетничких дјела, 1886. Текст конвенције у: (Бесаровић, Жарковић, 1999: 329–356).



Претраживање текста и података у дигиталном окружењу поједини аутори упоређују са са читањем у аналогном свијету. Међутим, треба имати на уму да када рачунар „чита“ неки текст, неопходно је да направи копију тог текста. Рачунари не „читају“ нити уживају у ауторским дјелима на начин како људи то чине, већ их обрађују да би створили одређене податке. Свака радња почива на прављењу дигиталних копија, али ни једна од њих не угрожава ауторско право. Ако такве радње подведемо под ауторскоправни оквир и учинимо их недопуштеним, претраживање текста и података ће у неким областима бити озбиљно угрожено (Sag, 2019: 6).

Да би коришћење дјела, па самим тим и умножавање, могло да се сматра повредом права, истиче се да је неопходно да се дјело користи као дјело, односно да се користи због његовог садржаја, а не као информација или референца, и да такво коришћење онемогућава контролу носиоца права над искоришћавањем његовог дјела (Dusollier, 2018: 10). У прилог тези да се претраживањем текста и података не врши повреда права, поједини аутори истичу да копије које настају као резултат претраживања и анализе не садрже довољан степен оригиналности да би имали неког значаја и да би утицали на повреду права. Такве копије се чувају и користе само у сврху даљег истраживања и оне се не саопштавају јавности, па у том смислу нису ауторскоправно релевантне (Carroll, 2019: 954). Потврду таквог става индиректно је дао и Суд правде Европске уније у својој пракси. Наиме, у случају који се односио на умножавање и коришћење малог дјела ауторског дјела, који се састојао од свега 11 ријечи, Суд је установио да постоји повреда права ако дијелови који су умножени представљају израз интелектуалног стваралаштва аутора. Другим ријечима, повреда права постоји чак и када се умножава краћи одломак, или чак врло мали дијелови ауторског дјела, под условом да су оригинални.<sup>8</sup>

### **3.2. Ограничења ауторског права**

Претраживање текста и података подразумијева прављење привремених копија, те се поставља питање има ли мјеста за примјену постојећих ограничења ауторског права. Једно од ограничења односи се на привремено умножавање ауторског дјела и других предмета заштите. Привремено умножавање ауторског дјела је допуштено ако представља пролазну или пратећу радњу, која чини саставни и важан дио технолошког процеса и нема самостални економски значај, а њена једина сврха је да омогући пренос дјела у мрежи између трећих лица путем посредника, или његово

---

<sup>8</sup> Пресуда Суда правде Европске уније, C-5/08 *Infopaq International v Danske Dagblades Forening* [2009].

овлашћено коришћење.<sup>9</sup> Копије које настају могу имати пролазни карактер, али то није нужно, будући да се могу и чувати у дужем временском периоду. Осим тога, спорно је одсуство самосталног економског значаја јер то најчешће није случај ако се ради о претраживању текста и података. Дакле, предвиђено ограничење би се могло примјенити само уколико су кумулативно испуњени сви наведени услови. Процјена Европске уније је да се ограничење у виду привременог умножавања не може примјенити у свим ситуацијама, због чега су предвиђена посебна ограничења ауторског права.

Поједини аутори истичу да се техника претраживања текста и података може упоредити са коришћењем рачунарског програма и да је у том смислу требало предвидјети да претраживање представља тзв. нормално коришћење дјела. Наиме, Директивом о правној заштити рачунарског програма, предвиђено је посебно ограничење које се у теорији назива нормално коришћење рачунарског програма. Лице које има право да користи примјерак рачунарског програма, тј. лице које има законити приступ истом, има право да без одобрења носиоца права посматра, проучава или испитује рад програма с циљем утврђивања принципа на којима се заснива било који елемент програма, ако то чини приликом читавања, приказивања, извођења, преношења или похрањивања програма.<sup>10</sup> Вођени истом логиком, поједини аутори су предлагали да се претраживање текста и података подведе под посебан облик нормалног искоришћавања дигиталног садржаја (Hilty, Richter 2017: 5). Свако лице које има законит приступ дјелу или другом предмету заштите у дигиталном облику би могло да спроводи технику претраживања као вид нормалног коришћења дјела.

---

9 Чл. 43 ЗАСП БиХ, чл. 48 Закона о ауторском и сродним правима, *Сл. гласник РС*, 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 – одлука УС и 66/2019, (у даљем тексту: ЗАСП РС), по узору на чл. 5, ст. 1 Директиве 2001/29/ЕЗ о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву, *Сл. лист ЕЗ*, L 167, 22. јун 2001, (у даљем тексту: Директива 2001/29).

10 Чл. 5, ст. 3 Директиве 2009/24/ЕЗ о правној заштити рачунарских програма, *Сл. лист ЕЗ*, L 111/16. ЗАСП РС усклађен је са поменутом директивом те чл. 47, ст. 3 гласи: „Лице које има право да користи примјерак рачунарског програма овлашћено је да, без дозволе носиоца права, посматра, испитује или тестира рад рачунарског програма са циљем да утврди идеје и принципе на којима почива било који од елемената рачунарског програма, под условом да то чини док предузима радње читавања, приказивања, покретања, преноса или смештање програма за које је овлашћен да их чини.“ Скоро идентична одредба садржана је у чл. 105, ст. 3 ЗАСП БиХ. Иако није изричито наведено, ради се о нормалном коришћењу рачунарског програма као облику садржинског ограничења ауторског права на програму.

У упоредном праву постоје различити начини регулисања односа претраживања текста и података са ауторским правом, и углавном се крећу у оквирима посебног облика ограничења ауторског права. У праву САД техника претраживања текста и података обухваћена је ограничењем ауторског права у виду фер употребе.<sup>11</sup> У Јапану постоји ограничење права у сврху претраживања текста и података које није ограничено на некомерцијалну употребу, нити за истраживачке сврхе. У Европској унији су новом Директивом о ауторском праву на јединственом дигиталном тржишту предвиђена два посебна ограничења. Међутим, још прије усвајања поменуте Директиве, поједине европске државе предвидјеле су ограничење ауторског права у сврху претраживања текста и података. Прва европска држава у којој је уведено посебно ограничење је Велика Британија. Од 2014. године предвиђено је ограничење ауторског права за потребе анализе текста и података у сврху истраживања које се врши на некомерцијалној основи. Француска је 2016. године увела ограничења која се примјењују на ауторска дјела и на базе података, а односе се на умножавање, као и чување и саопштавање докумената који су настали као резултат анализе текста и података. Ограничење се може примјенити само у случају научног истраживања, уколико се спроводи у некомерцијалне сврхе. У Њемачкој је од 2018. године допуштено претраживање текста и података које се такође врши у сврху научног истраживања и на некомерцијалној основи. Разлика у односу на француско рјешење је то што се не тражи да постоји законити приступ садржају који се претражује (Geiger, Frosio, Bulayenko, 2019: 24–26).

#### **4. Ограничења ауторског права у Директиви о ауторском праву на јединственом дигиталном тржишту**

Директивом о ауторском и сродним правима на јединственом дигиталном тржишту предвиђена су два облика ограничења ауторског права. Прво ограничење односи се на претраживање које се врши у сврху научног истраживања и друго, опште ограничење за потребе претраживања текста

---

11 Све више аутора се залаже да се и у европско право уведе отворена норма или стандард сличан америчкој фер употреби, као облик ограничења ауторских права. Краткорочно гледано, неопходна је имплементација обавезног ограничења ауторског и сродних права у сврху претраживања текста и података, а дугорочна одрживост ауторскоправног оквира у Европској унији захтијева шире, опште и технолошки неутрално ограничење права, попут увођења облика фер употребе. Вид. Margoni, Dore, (2016), *Why We Need a Text and Data Mining Exception (But it is Not Enough)*. Преузето 21. 04. 2021. INTEROP-13.pdf (interop2016.github.io).

и података.<sup>12</sup> Нова ограничења у сврху претраживања текста и података уведена су у право Европске уније да би се очувала конкурентност Европе као истраживачког центра у ери дигиталних технологија (Sganga, 2020: 23). За разлику од претходних директива које предвиђају опциона ограничења ауторског права, конкретно Директива о информационом друштву, предвиђена ограничења су обавезне природе, односно државе чланице су дужне да их предвиде у својим законодавствима.<sup>13</sup>

#### **4.1. Претраживање текста и података у сврху научног истраживања**

Члан 3 Директиве о ауторском праву на јединственом дигиталном тржишту регулише ограничење које се односи на допуштено претраживање текста и података у сврху научног истраживања. Предвиђено ограничење примјењује се на тачно одређена овлашћења, и то овлашћење на умножавање дјела и других предмета заштите које је признато ауторима, извођачима, произвођачима фонограма, видеограма и организацијама за радиодифузију<sup>14</sup>, затим умножавање базе података<sup>15</sup>, издвајање и/или поновно коришћење цјелокупног или знатног дијела, квалитативно или квантитативно, садржаја базе података<sup>16</sup>, као и на ново право издавача информативних публикација.<sup>17</sup> Дакле, ограничење се односи на овлашћење на умножавање дјела и других предмета заштите и издвајање, које обављају истраживачке организације и институције културне баштине ради претраживања текста и података, за потребе научног истраживања.

---

12 У Приједлогу Директиве о ауторском праву на јединственом дигиталном тржишту, било је предвиђено само једно ограничење у сврху претраживања текста и података у корист истраживачких организација које се врши у сврху научног истраживања. Вид. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright on the Digital Single Market, COM (2016) 593 final.

13 Ограничења ауторског права у посљедњих двадесет година еволуирала су од простих ограничења искључивих права до инструмената који омогућавају коришћење дјела у друштвено корисне сврхе, као што су образовање, очување културе, приступ информацијама, научно истраживање и други друштвено пожељни циљеви који треба да допринесу развоју информационог друштва. Дакле, ограничење није само негација правила, оно постаје правило само за себе којим се постижу циљеви који претежу над заштитом аутора и других носилаца права (Dusollier, 2020: 981–982).

14 Чл. 2 Директиве 2001/29/ЕЗ.

15 Чл. 5, тачка а) Директиве 96/9/ЕЗ о правној заштити база података, *Сл. лист ЕЗ*, L 77/20, 27. март 1996, (у даљем тексту: Директива 96/9/ЕЗ).

16 Чл. 7, ст. 1 Директиве 96/9/ЕЗ.

17 Чл. 15, ст. 1 Директиве 2019/790.

Појам извлачење или издвајање<sup>18</sup> података заслужује посебан осврт. Термин је предвиђен Директивом о правној заштити база података и представља овлашћење произвођача базе података. Наиме, поменутом директивом предвиђена су два облика заштите базе података. Ако је база података довољно оригинална, штити се као ауторско дјело и у том случају аутор има овлашћења на умножавање, превод, прилагођавање, обраду или било коју другу промјену базе, дистрибуцију и саопштавање јавности базе података. Други облик заштите је путем сродног права произвођача базе података или, како се назива у Европској унији, *sui generis* права. Произвођач базе података има искључиво право да спријечи извлачење, односно издвајање података и право на поновно коришћење, углавном путем јавног саопштавања базе података. Извлачење или издвајање подразумијева трајан или привремен пренос цјелокупног или знатног дијела садржаја базе података на други медиј било којим средствима или у било којем облику.<sup>19</sup>

Смисао права произвођача базе података је у заштити „значајних улагања“, у квантитативном и квалитативном смислу, која врши произвођач базе података. Та улагања могу бити у новцу, времену, раду и на било који други начин. Значајна улагања се не односе на стварање података, већ на њихово прикупљање, верификацију и презентацију. Иако подаци нису заштићени, јер представљају тзв. „органски јавни домен“ они посредно бивају приватизовани, јер је њихова доступност отежана неопходном сагласношћу титулара права и плаћањем накнаде (Марковић, 2019: 849). Корисник базе података има право да извлачи и/или поново користи незнатне дијелове садржаја базе података у било коју сврху. Да ли су дијелови базе података незнатни, цијени се са квалитативног и квантитативног становишта. Ограничење се односи на право произвођача базе података, као сродно право. Осим наведеног, могуће је предвидјети и сљедећа ограничења: извлачење садржаја за приватне потребе, и то ако није у питању електронска верзија, извлачење намијењено приказивању у настави или научном истраживању, у мјери оправданој некомерцијалном сврхом, и извлачење и/или поновно коришћење за потребе јавне безбједности или управног или судског поступка.<sup>20</sup> Дакле, извлачење података у сврху научног истраживања које се врши на некомерцијалној основи је већ предвиђено као ограничење права произвођача базе података.

---

18 Енглески израз *extraction* преведен је као издвајање или извлачење.

19 Чл. 7, ст. 1, тачка а) Директиве 96/9/ЕЗ.

20 Чл. 9 Директиве 96/9/ЕЗ.

Проблем је у необавезној природи одредбе, те његова примјена зависи од имплементације у државама чланицама.<sup>21</sup>

Извлачење или издвајање података може да буде значајно у процесу претраживања јер управо подаци који су извучени из претраженог текста имају одговарајућу вриједност. Радња извлачења података је од суштинског значаја за примјену ове технике. Међутим, извлачење података у ауторском праву нема никакво значење и не представља посебно овлашћење аутора, те стога и не може представљати повреду права. То је искључиво овлашћење произвођача базе података и у том смислу би овај појам требало и тумачити у Директиви о ауторском праву на јединственом дигиталном тржишту.

Домашај примјене ограничења је врло узак јер је прецизно дефинисано ко су потенцијални корисници и у које сврхе се може користити. Корисници који се могу позвати на ограничење су истраживачке организације и институције културне баштине. Истраживачка организација, према слову Директиве, значи универзитет, укључујући и његове библиотеке, истраживачке институте или било који други ентитет, чији је главни циљ спровођење научног истраживања или образовних активности које укључују и научно истраживање. Заједничко обиљежје истраживачких организација је да дјелују на непрофитној основи, а ако се истраживањем остварује добит, она мора у цјелости бити поново уложена у научно истраживање. Други услов, алтернативно постављен, је да се истраживање врши у складу са мисијом јавног интереса коју је признала држава чланица, и на начин да приступ резултатима добијеним у том истраживању не може на основу повластица добити предузеће које остварује одлучујући утицај на такву организацију.<sup>22</sup> Институција културне баштине означава јавно доступне библиотеке и музеје, без обзира на врсту дјела и друге предмете заштите које држе у својим сталним збиркама, архиве и институције за очување филмске и аудио баштине.<sup>23</sup> Између осталог, ту спадају националне библиотеке и национални архиви, образовне установе, истраживачке организације и јавне организације за радиодифузију.

Сврха претраживања је такође изричито предвиђена. Наиме, ријеч је о претраживању које се врши за потребе научног истраживања у дјелима или

---

21 Закон о ауторском и сродним правима не познаје термин извлачење, односно издвајање, док је у Србији издвајање, заједно са поновним искоришћавањем укупног или значајног дијела базе података, предвиђено као искључиво овлашћење произвођача базе података. Вид. чл. 138 ЗАСП РС.

22 Чл. 2, ст. 1 Директиве 2019/790.

23 Чл. 2, ст. 3 Директиве 2019/790.

другим предметима заштите којима корисници имају законити приступ. То практично значи да истраживачке организације не би могле да врше претраживање у неке друге сврхе осим у сврху научног истраживања.<sup>24</sup>

Осим тога, они морају имати законит приступ дјелу, што може бити предмет тумачења. Законит приступ подразумијева приступ садржају који се темељи, прије свега, на уговору између носилаца права и истраживачких организација или институција културне баштине. Друга могућност је отворени приступ садржају, као и садржај који је бесплатно доступан на интернету.<sup>25</sup> Дјела којима корисници немају законити приступ не могу бити предмет допуштеног претраживања. То значи да уколико се садржају не може слободно приступити, неопходно је платити одговарајућу накнаду, најчешће претплату на одређене базе података, да би се вршило претраживање. Претплату углавном могу платити веће, моћније истраживачке организације, што наводи на закључак да ће мање истраживачке организације ријетко бити у прилици да се користе предвиђеним ограничењем. Иако се у теорији овај услов посматра као ограничавајући фактор, постоје мишљења да он доприноси јачању позиције носиоца права, нарочито његовог интереса да учествује у економској валоризацији интелектуалног добра. Контрола над приступом садржају овлашћује носиоца права да наплати сваки облик коришћења свог дјела или другог предмета заштите (Raue, 2018: 381). Са друге стране, неко ко има законит приступ је овлашћени корисник ауторског дјела, базе података и било ког другог предмета заштите. Ако корисник има приступ садржају који се заснива на уговору или претплати, аутоматска анализа дигиталног садржаја би могла да се упореди са читањем тог истог садржаја у аналогном свијету, за шта није потребна посебна дозвола носиоца права (Hilty, Richter 2017: 2).

Директивом је предвиђено да се копије дјела или других предмета заштите могу сачувати уз одговарајуће мјере безбједности и задржати за потребе научног истраживања и провјеру резултата истраживања.<sup>26</sup> Носиоци права могу да примјењују технолошке мјере заштите како би осигурали безбједност и интегритет мрежа и база података на којима су похрањена дјела или други предмети заштите. При томе, мора се водити рачуна да се таквим мјерама не прелази оно што је неопходно за остваривање тог циља. Технолошке мјере заштите увијек представљају изазов за примјену било ког ограничења. Наиме, уколико се предмет заштите може слободно

---

24 Универзитети би могли да врше претраживање само у сврху научног истраживања, а не, на примјер, за потребе наставе.

25 Рецитал 14 Директиве 2019/790.

26 Чл. 3, ст. 2 Директиве 2019/790.

користити, а на истом том предмету имамо одређену мјеру као брану, како недопуштеној, тако и допуштеној примјени, то у великој мјери угрожава смисао било ког ограничења. У крајњој линији, корисник се мора обратити носиоцу права, јер би у случају заобилажења или уклањања тих мјера извршио повреду права.

Изричито је предвиђено да корисници не могу искључити примјену предвиђеног ограничења уговором,<sup>27</sup> јер је ништава уговорна одредба којом се корисник спречава да врши претраживање. Међутим, могућност употребе технолошких мјера заштите угрожава примјену ограничења, између осталог и у контексту слободне размјене научних истраживања (Радовановић, 2018: 31). Иако се у тексту Директиве не спомиње изричито, у уводном дијелу је наведено да државе чланице не би требало да предвиђају накнаду за носиоце права због коришћења заштићених предмета у сврху претраживања текста и података. Разлог је у томе што би потенцијална штета коју би трпјели носиоци права због тих радњи била минимална.<sup>28</sup>

#### ***4.2. Ограничење за потребе претраживања текста и података***

Иако првобитно није било планирано, осим ограничења ауторског права у сврху претраживања текста и података у корист истраживачких организација, Директива предвиђа и опште ограничење у корист осталих лица. Претраживање текста и података има практични значај не само за научно истраживање, већ и у другим сегментима живота, као што је примјена у државној служби, развој нових технологија и апликација и неизоставан је дио приче о развоју вјештачке интелигенције. Наиме, државе чланице су дужне да предвиде изузетак или ограничење у погледу права умножавања базе података и извлачења, односно издвајања садржаја из базе, права умножавања ауторског дјела и предмета сродноправне заштите, умножавања рачунарског програма, превода, прилагођавања, обраде и било које друге измјене рачунарског програма, као и права издавача информативних публикација. Ограничење се односи на умножавање и извлачење, тј. издвајање дјела и других предмета заштите којима се може законито приступити у сврху претраживања текста и података.<sup>29</sup> За разлику од ограничења које се уводи у сврху научног истраживања, у овом случају нема ограничења ни у погледу корисника, нити у погледу сврхе претраживања. Једини ограничавајући фактор је законит приступ подацима који се претражују. Дакле, на ово ограничење могу се позвати

---

27 Чл. 7, ст. 1 Директиве 2019/790.

28 Рецитал 17 Директиве 2019/790.

29 Чл. 4, ст. 1 Директиве 2019/790.



различити субјекти, укључујући и оне који послују на комерцијалној основи и претраживање текста и података врше у комерцијалне сврхе. Умножени примјерци дјела и издвојени подаци, према слову Директиве, могу се задржати онолико колико је то потребно у сврху претраживања текста и података.

Ограничење за потребе претраживања текста и података примјењује се само под условом да носиоци права нису то забранили на одговарајући начин, као што је примјена алата за машинско читање. Дакле, носиоци права имају могућност да искључе примјену ограничења, тачније да забране претраживање текста и података на њиховим дјелима или другим предметима заштите. Управо ово рјешење је највише на мети критика јавности, будући да се на овај начин подрива конкурентност тржишта Европске уније са осталим тржиштима која предвиђају систем фер употребе. Могућност носиоца права да ограничи примјену технике претраживања текста и података и да је услови плаћањем одговарајуће накнаде може да угрози широк круг учесника на тржишту, од великих компанија, до индивидуалних истраживача. То је нарочито значајно у оним областима које се заснивају на вјештачкој интелигенцији (Geiger, Frosio, Vulayenko, 2019: 30). Због овог ограничења, у теорији се сматра да ауторско право представља препреку, а не подстицај развоју вјештачке интелигенције (Rosati, 2019: 23).

Постоје бројне недоречености и питања како ће се предвиђена ограничења примјенити у пракси. Нека од њих су већ наведена али је најважнији домашај ограничења посредно проширивање обима ауторскоправне заштите. Директивом су предвиђена ограничења ауторског и сродних права за потребе претраживања текста и података, што практично значи да све оно што није покривено ограничењима представља повреду права. На тај начин, обим ауторскоправне заштите се неоправдано шири јер се радње које би у ријетким ситуацијама представљале повреду права, сада подводе под дејство искључивих овлашћења. Према мишљењу неких аутора, потреба да се нагласи допуштеност технике претраживања текста и података довела је до потпуно погрешног, теоријски неутемељеног и непотребног смјештања овог питања у оквиру ауторског права (Margoni, Kretschmer, 2021: 24).

Поједини аутори истичу да претраживање текста и података представља основ истраживања у дигиталној сфери и да се његовим ограничавањем и условљавањем дозволом носиоца права на садржају који се претражује, нарушава слобода изражавања (Geiger, 2021: 7). Дакле, могло би се рећи да подвођење претраживања текста и података под режим ауторскоправне

заштите угрожава слободу истраживања и неповољно утиче на развој науке. Слобода изражавања гарантована је Универзалном декларацијом о људским правима, Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода, као и уставима држава. Свако има право на слободу мишљења и изражавања, као и право да тражи, прима и шири информације и идеје било којим средствима и без обзира на границе. У Уставу Републике Србије јемчи се слобода мишљења и изражавања, као и слобода да се говором, писањем, сликом или на други начин траже, примају и шире обавјештења и идеје.<sup>30</sup> Дакле, слобода изражавања обухвата не само ширење и примање, већ и активно тражење информација и идеја, односно истраживање, које у конкретном случају може бити условљено дозволом носиоца права.

## 5. Закључак

Претраживање текста и података представља технику која има широку употребу у савременом дигиталном окружењу. У времену преплављености различитим информацијама и садржајима, потребно је пронаћи најбржи и најефикаснији начин филтрирања тог садржаја и издвајања онога што потенцијално слободи као ново знање. Претраживање превазилази оквире статистичке анализе и налази примјену у најразличитијим областима, за које је заједнички именилац истраживање, у најширем могућем значењу те ријечи. Садржај који се претражује може уживати ауторскоправну или сродноправну заштиту, па се неминовно намеће питање евентуалне повреде права.

Претраживање текста и података обухвата различите технике, као што су копирање, упоређивање и издвајање података, али већина нема значај у праву интелектуалне својине. Умножавање дигиталног садржаја може да буде правно релевантно, нарочито ако узмемо у обзир широку дефиницију радње умножавања у ауторском праву, према којој свако умножавање, у било којој форми и на било који начин, привремено или трајно, представља повреду права. У већини случајева, умножавање је привременог и пролазног карактера, па има услова да се примјени посебно ограничење права које се односи на привремено умножавање. Међутим, чак и у оним ситуацијама када се поменуто ограничење не може примјенити, упитно је да ли умножавање представља повреду права, нарочито ако су у питању краћи одломци ауторског дјела који нису оригинални. Извлачење или издвајање података из дигиталног садржаја не представља повреду ауторског права, већ се може посматрати само у контексту права произвођача базе података.

---

<sup>30</sup> Чл. 46, ст. 1 Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 98/2006.

Прописивање ограничења ауторског и сродних права за потребе претраживања текста и података, како општег, тако и посебног, у сврху научног истраживања, наводи на закључак да се том радњом врши повреда права. Посредни учинак је да је у свим ситуацијама у којима се не може примјенити ограничење, потребна дозвола носиоца права. Неоправдано се проширује обим ауторскоправне заштите, обухватајући и претраживање текста и података, које, суштински, у највећем броју случајева, не штети интересима аутора. Заштита било ког интереса и права, а тиме и њихово ограничавање, мора имати упориште у реалним потребама друштва и мора постојати легитиман циљ и смисао прописивања. Ако је циљ несметано научно истраживање, повећање конкурентности на тржишту информација и допринос развоју технологије, он није споран, али је средство за остварење тог циља погрешно. Проширивање заштите и увођење на „мала врата“ технике претраживања текста и података у домен ауторског права, неоправдано је, јер у већини случајева неће бити ауторскоправно релевантно. Регулисање технике претраживања текста и података је само један од сегмената у процесу прилагођавања ауторског и сродних права дигиталном окружењу. С обзиром на то да су предвиђена ограничења обавезна, вријеме ће врло брзо показати њихов практични домашај.

### **Литература и извори**

Carroll, M. W. (2019). Copyright and the Progress of Science: Why Text and Data Mining Is Lawful. *University of California, Davis Law Review*. 53. 893–964.

Chiou, T. (2019). Copyright lessons on Machine Learning: what impact on algorithmic art? *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law – JIPITEC*. 10 (3). 398–411.

Ducato, R., Strowel, A. (2021). Ensuring Text and Data Mining: Remaining Issues With the EU Copyright Exceptions and Possible Ways Out. *European Intellectual Property Review*. 5. Преузето 08. 06. 2021. <https://ssrn.com/abstract=3829858>.

Dusollier, S. (2018). Realigning Economic Rights with Exploitation of Works: The Control of Authors over the Circulation of Works in the Public Sphere. У Hugenholtz, B. (ed.). *Copyright Reconstructed: Rethinking Copyright's Economic Rights in a Time of Highly Dynamic Technological and Economic Change*. Kluwer Law International. 163–201.

Dusollier, S. (2020). The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some progress, a few bad choices, and an overall failed ambition. *Common Market Law Review*. 4 (57). 979–1030.

Geiger, C. (2021). The Missing Goal-Scorers in the Artificial Intelligence Team: Of Big Data, the Fundamental Right to Research and the failed Text and Data Mining limitations in the CSDM Directive. PIJIP/TLS Research Paper Series. 66. Преузето 24. 07. 2021. <https://digitalcommons.wcl.american.edu/research/66>.

Geiger, C., Frosio, G., Bulayenko, O. (2019). Text and Data Mining: Articles 3 and 4 of the Directive 2019/790/EU. Center for International Intellectual Property Studies Research Paper No. 2019-08. Преузето 10. 03. 2021. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3470653](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3470653).

Hilty, R., Richter, R. (2017). Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules, Part B Exceptions and Limitations (Art. 3 – Text and Data Mining). Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper. 17-02. Преузето 12. 04. 2021. <https://ssrn.com/abstract=2900110>.

Hugenholtz, P. B. (1996). Adapting Copyright to the Information Superhighway. У Hugenholtz, P. B. (ed.). The Future of Copyright in a Digital Environment. The Hague – London – Boston: Kluwer Law International.

Margoni, T., Dore, G. (2016). Why We Need a Text and Data Mining Exception (But it is Not Enough). Преузето 21. 04. 2021. INTEROP-13.pdf (interop2016.github.io).

Margoni, T., Kretschmer, M. (2021). A Deeper Look Into the EU Text and Data Mining Exceptions, Harmonization, Data Ownership and the Future of Technology. CREATE Working Paper 2021/7.

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright on the Digital Single Market. COM (2016) 593 final.

Raue, B. (2018). Free Flow of Data? The Friction Between the Commission's European Data Economy Initiative and the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market. International Review of Intellectual Property and Competition Law – IIC. 4 (49). 379–383.

Rosati, E. (2019). Copyright as an Obstacle or an Enabler? A European Perspective on Text and Data Mining and its Role in the Development of AI Creativity. Asia Pacific Law Review. Преузето 12. 02. 2021. <https://ssrn.com/abstract=3452376>.

Sag, M. (2019). The New Legal Landscape for Text Mining and Machine Learning. Journal of the Copyright Society of the USA. 66. Преузето 13. 04. 2021. <https://ssrn.com/abstract=3331606>.

Sganga, C. (2020). A New Era for EU Copyright Exceptions and Limitations? Judicial Flexibility and Legislative Discretion in the Aftermath of the Directive

on Copyright in the Digital Single Market and the Trio of the Grand Chamber of the European Court of Justice. ERA Forum. 21. Преузето 14. 04. 2021. <https://ssrn.com/abstract=3804228>.

Triaille, J. P., Meeûs d'Argenteuil, J., De Francquen, A. (2014). Study on the legal framework of text and data mining (TDM). Преузето 02. 04. 2021. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/074ddf78-01e9-4a1d-9895-65290705e2a5/language-en>.

Бернска конвенција о заштити књижевних и умјетничких дјела. 1886.

Бесаровић, В., Жарковић, Б. (1999). Интелектуална својина: Међународни уговори. Београд: Досије.

Директива 2009/24/ЕЗ о правној заштити рачунарских програма. Службени лист ЕЗ. L 111/16. 5 мај 2009.

Директива 2001/29/ЕЗ о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву. Службени лист ЕЗ. L 167. 22. јун 2001.

Директива 96/9/ЕЗ о правној заштити база података. Службени лист ЕЗ. L 77/20. 27. март 1996.

Директива ЕУ 2019/790 о ауторском праву и сродним правима на јединственом дигиталном тржишту и измјени директива 96/9/ЕЗ и 2001/29/ЕЗ. Службени лист ЕУ. L 130/92. 17. мај 2019.

Закон о ауторском и сродним правима. Службени гласник БиХ. Бр. 63. 2010.

Закон о ауторском и сродним правима. Службени гласник РС. Бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 – одлука УС и 66/2019.

Марковић, С. (2019). Информационо друштво између права интелектуалне својине и јавног домена. Зборник радова Правног факултета у Новом Саду. 3 (LIII). 833–856.

Пресуда Суда правде Европске уније. C-5/08 Infopaq International v Danske Dagblades Forening [2009]. ECLI:EU:C:2009:465.

Радовановић, С. (2018). Отворена наука и ауторско право, с посебним освртом на Предлог директиве ЕУ о ауторском праву на јединственом дигиталном тржишту. У Поповић, Д. (ур.). Интелектуална својина и интернет. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. 21–36.

Устав Републике Србије. Службени гласник РС. Бр. 98. 2006.

***Svjetlana Ivanović, LL.D.,***

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of East Sarajevo,*

*Pale, Republika Srpska, Bosnia and Herzegovina*

## **COPYRIGHT LAW AND TEXT AND DATA MINING**

### **Summary**

*Digital environment poses new challenges to the traditional concept of copyright protection. Digital copies of works, new forms of exploitation of copyrighted goods, the impossibility of adequate enforcement of intellectual property rights on the Internet and, in this regard, the reexamination of the role of intermediaries, are just some of the issues that have occupied the scientific and professional public. New circumstances necessarily impose changes in the copyright protection regime, including the introduction of new rights but also new exceptions and limitations on copyright.*

*The EU Directive (2019/790) on copyright and related rights in the Digital Single Market introduced exceptions on text and data mining. Given the huge amount of data in the digital environment, the analytical technique is commonly used for text research, data collection and processing. This technique is aimed at finding correlations and patterns, and extracting information from large amounts of data by using automated methods. Text and data mining may be performed in a variety of fields and for different purposes: scientific research, research in journalism, medicine, business, or for market research purposes. Such text and data may be protected by copyright, which gives rise to the question of possible copyright infringement. The new Directive introduced two mandatory exceptions on copyright and related rights for the purpose of text and data mining, one of which is explicitly provided for scientific research purposes. These exceptions are important for the freedom of scientific research in the digital environment but also for some issues related to the development of Artificial Intelligence.*

**Keywords:** *copyright law, text and data mining, Directive 2019/790, copyright exceptions and limitations, scientific research.*

**Др Наташа Стојановић,\***  
Редовни професор,  
Правни факултет, Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-34085

UDK: 591.5:271.22(497.11)  
Раd примљен: 22.09.2021.  
Раd прихваћен: 08.12.2021.

## **ЖИВОТИЊЕ И ПРАВОСЛАВНА ВЕРА\*\***

**Апстракт:** Мишљење појединаца о природним, социјалним, економским и другим појавама, великим делом, гради се захваљујући: примени правних норми, утицају моралних или обичајних правила, образовних програма, деловању медија, активизму организација цивилног друштва, али и религији. У раду аутор пажњу фокусира на однос животиња и православне вере, са нарочитим акцентом на став свештенства Српске православне цркве према животињама. Истраживање је конципирано тако да пронађе одговоре на питања: какав је утицај православља, а нарочито Српске православне цркве, на заштиту животиња и да ли се, захваљујући православној вери, животиње могу на српском правном поднебљу третирати као субића људског рода која уз то „заслужују“ да имају ограничен правни субјективитет?

**Кључне речи:** животиње, Свето писмо Старог и Новог завета, православље, Српска православна црква.

---

\* natasa@prafak.ni.ac.rs

\*\* Раd је настао као резултат финансирања од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије према уговору, евиденциони број 451-03-9/2021-14/200120.

## 1. Уводне напомене

Између животиња и људи постоји вишевековна условно зависна повезаност.

Готово одувек животиње људима служе за исхрану,<sup>1</sup> одећу, обућу, економски опстанак, али и напредак. Опет, животиње, поготово припитомљене, зависе од људи, јер они брину о њима, ослобађајући их на тај начин борбе за опстанак у природи (Hefe, 2001: 94).

Осим тога, повезаност између људског рода и животиња огледа се и у анатомској сродности примата са људима, великој подударности састава мозга делфина и људи, сличности у својствима ткива свиња и представника људске врсте, али и, врло често, у емотивној блискости између људи и кућних љубимаца.

На однос човека према животињама делом има утицаја и религија.

Прожимање религијских канона и односа између људи и животиња, без сумње, потврђује и српски Закон о добробити животиња<sup>2</sup> који регулише религиозно клање животиња. Оно мора да буде, како српски законодавац каже, обављено по прописима верске заједнице која је регистрована у Републици Србији и од стране лица које је за такву врсту клања животиња овластила верска заједница којој припада.<sup>3</sup>

На територији Републике Србије највећи део становништва су хришћани, православне вероисповести (Републички завод за статистику, 2020: 41). Осим припадника других хришћанских вероисповести (у првом реду, католичке и протестантске), у Републици Србији живе и муслимани – верници који поштују каноне Курана (ислам), јевреји – верници који примењују правила Торе (јудаизам) и верници источњачких вероисповести, у првом реду, будизма, који поштују правила Типитакe (Pāli canon).

У раду чинимо покушај са сагледамо однос православне вере према животињама, посебно српског православља, са циљем да утврдимо у којој мери религијска веровања могу допринети хуманијем односу према животињама, заштити њихове добробити и побољшању њиховог правног статуса.

---

1 Према Светом писму, Адаму и Еви Свевишњи је, све до грехопада, дозвољавао да једу храну искључиво биљног порекла. Видети: Даничић, Стари завјет, Прва књига Мојсијева која се зове Постање, 1: 29 (превод), 2003: 1–2.

2 Закон о добробити животиња Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 41/2009.

3 Видети: чл. 30, ст. 1, тач. 3 и чл. 32 Закона о добробити животиња Републике Србије.



## 2. Укратко о односу појединих религија према животињама

### 2.1. Ислам

Ислам као монотеистичка религија утемељен је на начелу *tewhida* (јединство). Овај принцип подразумева да су „i čovjek i sve drugo u prirodi povezani, integrirani u božanskoj osnovi i da su sva bića različiti izrazi jednog života“ (Hodžić, 2008: 362). Отуда и Куран, света књига муслимана,<sup>4</sup> поистовећује заједницу живота са људском заједницом.<sup>5</sup>

Куран учи своје вернике да је Алах „stvorio svaku životinju od vode: neke od njih gmižu na svom truhu, neke idu na dvije noge, a neke na četiri“.<sup>6</sup>

Ислам подстиче људе на хумано поступање према животињама, како би их Алах наградио (D’Silva, 2012: 130).<sup>7</sup> Ова религија промовише бригу о животињама<sup>8</sup> и уважавање њиховог емотивног живота.<sup>9</sup> Ислам захтева од људског рода да се са животињама поступа са љубазношћу и поштовањем (D’Silva, 2012: 130).<sup>10</sup>

У исламу забрањена је окрутност према животињама. Животиње не смеју да буду непотребно мучене, повређиване и сакаћене. Такође, не смеју се убијати ради рекреације, нити служити као мета за вежбање (D’Silva, 2012: 131). Окрутност према животињама може довести до Божије казне (D’Silva, 2012: 130).

Куран у многобројним својим правилима ставља у први план интересе људи у односу на интересе животиња. То потврђује и ајета: „I stoku On

---

4 За потребе овог рада коришћен је превод Курана на босански језик, на интернет страници [https://www.orbus.be/religion/islam/kuran\\_bos/](https://www.orbus.be/religion/islam/kuran_bos/). Преузето 28. 7. 2021.

5 Видети: Куран, 6: 38.

6 Видети: Куран, 24: 45.

7 „Svakom muslimanu koji zasaди drvo или posije sjemenke, pa то bude jela ptica, osoba или bilo која životinja, sve će се то vrednovati као milosrđe“. Hodžić, 2008: 363.

8 „Ne koristite leđa vaših životinja као govornice. Uzvišeni Bog ih је učinio sredstvom samo да вас превезу до мјеста до којег не бисте на другаčiji начин могли доћи без велике теškoће“. Hodžić, 2008: 363.

9 „Vjerovjesnik (напомена аутора, пророк Мухамед) је узвикнуо: Ко је prouzročio žalost ове ptice узимајући јој јаја из njezinog гнезда. Vratite ih“. Hodžić, 2008: 363 и тамо наведену литературу.

10 „Alah је заиста на страни оних који се njega боје и grijehа klone и који добра дела čине“. Куран, 16: 128.

za vas stвори; njome se od hladnoће štитите, а и других користи имате, njome se највише и храните“.<sup>11</sup>

Муслиманима је дозвољено убијање животиња само ради задовољена глади или са циљем заштите од опасности коју агресивна животиња проузрокује (Hodžić, 2008: 365).

Како је речено, у исламу је допуштена употреба меса у исхрани. Куран, међутим, муслиманима строго забрањује да једу угинулу животињу, крв, свињско месо и месо животиње која је заклана у име другог, осим у Алахово име, као и животињу коју је дивљач начела.<sup>12</sup>

Ислам познаје ритуалну методу клања животиња (халал). Ова религија забрањује клање једне животиње пред другом животињом.<sup>13</sup>

Да ли животиње у исламу имају душу (грч. psihe, лат. anima), то јест бестелесну есенцију живог бића, која обухвата менталне способности, попут: осећаја, сећања, опажања, мисли, разума, воље и слично?<sup>14</sup> Муслимански теолози генерално сматрају да животиње имају душу, која за разлику од душе људског рода није вечна и као таква не може учествовати у светском уму<sup>15</sup> (Hodžić, 2008: 365). Отуда, према Курану, будући да су животиње свесне Алаха, оне га славе.<sup>16</sup>

## 2.2. Јудаизам

У јудаизму, баш као и у хришћанству, Бог је творац живота на Земљи. Јеврејска света књига Тора, која заправо представља целину састављену од првих пет књига хришћанске Библије каже да је Јахве, Бог, животиње створио од земље са циљем да човеку буду од помоћи у животу.<sup>17</sup> На то да је људски род као круна Божијег стварања (Da Don, Da Don, 2018: 463),

---

11 Видети: Куран, 16: 5. Такође, видети: Куран, 2: 28, 6: 143, 16: 5, 16: 66, 16: 80 и 22: 34.

12 Видети: Куран, 5: 3 и 16: 115.

13 Видети: Куран, 41: 43.

14 Видети: Soul – religion and philosophy. *Encyclopedia Britannica*. Преузето 18. 6. 2021. <https://britannica.com/topic/soul-religion-and-philosophy>; Soul (noun). *Oxford Learner's Dictionaries*. Преузето 18. 6. 2021. [https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/american\\_english/soul](https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/american_english/soul).

15 Поједини представници мутезилијске теолошке школе сматрају да, као и код људи, душе добрих животиња ће после смрти уживати у вечном животу на небу, а лоших животиња боравиће у паклу. Hodžić, 2008: 365.

16 Видети: Куран, 24: 41.

17 Видети: Даничић, Стари завјет, Прва књига Мојсијева која се зове Постање, 2:19 (превод), 2003: 2.

владар целокупног животињског света, јасно упућују речи садржане у овој светој књизи: „И све звијери земаљске и све птице небеске и све што иде по земљи и све рибе морске нека вас се боје и страше; све је предано у ваше руке“.<sup>18</sup>

Јудаизам препознаје вредност исправног понашања према јединкама животињског света (Da Don, Da Don, 2018: 463) и код Јевреја подстиче самилост према животињама. На то недвосмислено упућују канони Торе који говоре о: обавези храњења животиња пре него што човек једе,<sup>19</sup> о забрани ометања животиње док се храни,<sup>20</sup> о одмарању радних животиња у време шабата,<sup>21</sup> о обавези човека да животињу-мајку удаљи док узима њена јаја или пилиће,<sup>22</sup> о забрани да се истог дана закољу животиња и њено младунче.<sup>23</sup>

Света књига Тора садржи више канона којима се забрањује наношење бола животињама. Тако, „ако видиш где је непријатељу твојему пао магарац под теретом својим, немој да га оставиш, него му помози“.<sup>24</sup> У истом правцу гласи и правило о забрани орања, уз истовремено упрезање говеда и магараца или неких других, различитих животиња,<sup>25</sup> или правило о забрани једења делова животиње која је још жива.<sup>26</sup> Треба имати у виду да забрана окрутног поступања према животињама није апсолутног карактера, већ је ограничена потребама људског рода у вези исхране, медицинских захвата, отклањања опасности од напада животиња, контроле штеточина

---

18 Видети: Даничић, Стари завјет, Прва књига Мојсијева која се зове Постање, 9: 2 (превод), 2003: 6.

19 Видети: Даничић, Стари завјет, Пета књига Мојсијева која се зове Закони поновљени, 11: 15 (превод), 2003: 157.

20 Видети: Даничић, Стари завјет, Пета књига Мојсијева која се зове Закони поновљени, 25: 4 (превод), 2003: 167.

21 Видети: Даничић, Стари завјет, Друга књига Мојсијева која се зове Излазак, 20:10 (превод), 2003: 61.

22 Видети: Даничић, Стари завјет, Пета књига Мојсијева која се зове Закони поновљени, 20: 6–7 (превод), 2003: 165.

23 Видети: Даничић, Стари завјет, Трећа књига Мојсијева која се зове Левитска, 22: 28 (превод), 2003: 101.

24 Видети: Даничић, Стари завјет, Друга књига Мојсијева која се зове Излазак, 23: 5 (превод), 2003: 63.

25 Видети: Даничић, Стари завјет, Пета књига Мојсијева која се зове Закони поновљени, 22: 10 (превод), 2003: 165.

26 Видети: Даничић, Стари завјет, Пета књига Мојсијева која се зове Закони поновљени, 12: 23 (превод), 2003: 158.

и смањивања прекобројности појединих врста животиња (Da Don, Da Don, 2018: 464).

Јудаизам не забрањује Јеврејима употребу меса. Попут ислама, и ова религија познаје ритуално клање животиња, кошер методом.

Света књига Тора разликује „чисте“ и „нечисте“ животиње. Јевреји могу конзумирати месо, по правилу, чистих животиња које имају раздвојене папке и преживају. Кошер храном сматра се и месо од припитомљених птица, попут кокошака, препелица, гусака, ћурки, голубова, итд.<sup>27</sup> Јеврејима је забрањено да употребљавају месо дивљачи, као и месо угинуле животиње или животиње коју је нека звер растргла (опширније: Cvitković, 2021: 143).

У јудаизму нема јединственог гледања на питање да ли животиње имају душу, и ако је имају да ли је она бесмртна? Вишевековно несагласије међу теолозима јудаизма чини се да је последица различитог дефинисања „душе“ (детаљније: Gershom, 2011). Стиче се утисак да претеже схватање о постојању душе код животиња, на шта упућују и света књига,<sup>28</sup> али да је, за разлику од човека који, осим тзв. „животињске душе“ (која настаје рођењем), има и „божанску душу“ – виши ниво душе (који се мора развијати током живота и усавршавати ка духовним стварима), животиње једино имају овај „нижи“ ниво душе (Gershom, 2011; Widmala, 2020).

### **2.3. Будизам**

За разлику од хришћанства, ислама и јудаизма, у будизму идеја Бога као творца света се негира и као таква је у несагласу са Будиним учењем. Будизам свет види као феномен који постоји, захваљујући току узрока и последица (Dayasaro).

Будизам је, попут других источњачких религија: ђаинизма и хиндуизма, утемељен на етичком начелу ахимса – ненаношења штете другим живим бићима мислима, речима или делима.<sup>29</sup> Отуда, прво племенито правило будизма гласи: „Свестан патње изазване разарањем живота, заветујем се да ћу неговати саосећање и научити начине да сачувам животе људи, животиња, биљака и минерала. Одлучан сам да не убијам, нити допустим

---

27 Које су све животиње „чисте“, то је наведено у једанаестом поглављу треће књиге Мојсијевој и у четрнаестом поглављу пете књиге Мојсијевој.

28 Видети: Даничић, Стари завјет, Прва књига Мојсијева која се зове Постање, 1: 20–21, 30; Књига о Јову, 12: 7–10 (превод), 2003: 1–2 и 419.

29 О значењу овог појма видети: Ahimsa – religious doctrine. *Encyclopedia Britannica*. Преузето 18. 8. 2021. <https://britannica.com/topic/ahimsa>.

другима да убијају, да не оправдавам било какав чин убијања на овом свету, својим размишљањем и својим начином живота“ (Hanh). Ахимса, дакле, промовише поштовање свачијег живота, не само људског, осуђује окрутност, у било којој форми, и „наглашава једнакост између свих облика живота“ (Vučković, 2014). Основни, градивни елемент ахимсе је саосећајност према свим живим бићима, што је уједно и један од стубова носача будизма као религије, поред мудрости (Dayasaro).

На прво племенито правило будизма надовезује се друго правило, које учи људе да спречавају једни друге да извлаче користи из патње било ког живог бића на планети Земљи (Hanh).

Будизам, као и хиндуизам и ђанизам, подржава вегетеријански начин исхране (Rozen, 2008: 17). Буда је био противник коришћења меса у исхрани, сматрајући жељу за једењем меса жудњом пуном незнања. Према Будином упутству, његови следбеници нису смели употребљавати месо, уколико су: непосредно видели убијање животиње, ако су дозволили убијање животиње или су знали да је животиња убијена ради њихове исхране (Rozen, 2008: 40).

Типитака, у правилима за монахе, у поглављу посвећеном животињама, посебно осуђује намерно лишавање живота било које животиње или употребу воде у којој има живих организама од стране монаха.<sup>30</sup> Ово из разлога што, према будизму, умишљајно убиство како човека, тако и животиње, ствара лошу карму за убицу (Dayasaro).

Будизму је потпуно стран концепт душе. Отуда, овај појам се не везује ни за човека, а ни за животињу. Оно што је својствено сваком људском бићу и јединкама из животињског света јесу различити облици свести, у зависности од поступака у претходном животу, који одређују ко сте у садашњем животу – човек или животиња (Briggs, 2021).

### **3. Закон о добробити животиња Републике Србије и његова примена**

Република Србија је, како је већ речено, Закон о добробити животиња донела 2009. године и њиме на целовит начин уредила питање заштите добробити домаћих животиња и дивљих животиња у заточеништву.

---

<sup>30</sup> Видети: Pāli kanon, Vinaya pitaka I.1, Patimokkha, Pravila za monahe, br. 61–62 (prevod Kovačević, B.). Преузето 8. 8. 2021. <https://srednjiput.rs/pali-kanon/vinaya-pitaka/suttavibhanga/patimokkha/>.

Иако је у теорији овај законски текст оцењен као квалитетан законодавни подухват „раме уз раме“ са, рецимо, законима о заштити животиња Немачке, Швајцарске и Аустрије (Стојановић, 2019: 444), у пракси његова примена није на завидном нивоу. То потврђује, примера ради, готово свакодневно присуство великог броја паса на улицама у градовима широм Србије, свирепо и агресивно поступање према животињама о којем јавност обавештавају медији или удружења за заштиту животиња путем друштвених мрежа, и више него „скромна“ пракса надлежних судова у случајевима противправног поступања према животињама, санкционисаног Законом о добробити животиња.

Оваковој примени Закона о добробити животиња, слободни смо да кажемо, у великој мери доприноси, готово редовно, третирање животиња као покретних ствари.<sup>31</sup> Па тако, релативно честа је појава да се, када кућни љубимци остаре или досаде, избацују на улицу, или да се код чиповања животиња наводе нетачне адресе власника, телефони који нису у функцији и сл., или да се велики број кућних љубимаца патолошки прикупља и чува у скученом стамбеном простору, без потребне количине хране, воде и одговарајуће ветеринарске неге<sup>32</sup> (Stanojković, Dražilović, 2014). Појединици третирају животиње као ствари чак и када оне имају значајну економску вредност. Из сујете, снобизма и ароганције набављају се скупочени кућни љубимци, чиме појединац показује више љубав према себи него ли према животињи (Морозов, 2015: 115).

На овакву примену слова Закона о добробити животиња, свакако, утиче и оскудица едукативних (на свим нивоима образовања) и информативних садржаја посвећених добробити животиња и промоцији принципа одговорног власништва над животињама.

(Не)примени Закона о добробити животиња посредно доприноси и став судова о третирању животиња као опасних ствари када је реч о одговорности за штету коју животиња проузрокује.<sup>33</sup>

31 О третирању животиња као ствари, детаљније видети код: Стојановић, 2018: 327–330.

32 Ради се о социјалној појави „хордашење“.

33 Видети, примера ради: одлуку Врховног суда Народне Републике Србије, Гж.1148/58, од 16. јуна 1961. Наведено према: Kostić, 1975: 103; одлуку Врховног суда СР Србије бр. Гж. 11/66. Наведено према: Šeparović, 1987: 997; одлуку Врховног суда Републике Србије, Рев. 2984/91, од 3. децембра 1991; одлуку Врховног суда Републике Србије, Рев. 2655/97, од 9. септембра 1997. Наведено према: Vabić, 2009: 224, нап. бр. 379; пресуду Врховног суда Републике Србије, Рев. 3454/2004, од 22. фебруара 2005. године, *ParagrafLex*-ова база прописа и судске праксе; пресуду Округног суда у Новом Саду, Гж. 3545/2005, од 17. новембра 2005. године, *ParagrafLex*-ова база прописа и судске праксе;

На степен спровођења Закона о добробити животиња у пракси, такође, има утицаја и „неизантересованост“ државе да, путем одговарајућих правних механизма, попут омбудсмана за животиње, обезбеди његову доследну примену, као и недовољно анагажовање ветеринарских инспектора у контроли спровођења овог законског текста (Стојановић, 2019: 460–461).

#### 4. Како Српска православна црква „види“ животиње?

Српска православна црква нема званичан став о животињама. Постоје само мишљења светих отаца и свештенства Српске православне цркве на ову тему, као и многобројни примери њиховог хуманог поступања са животињама које православна вера промовише као једини исправни пут у понашању православног хришћанина према животињама (Арсенијевић, 2001: 103–175).

Генерално узевши, православна вера подржава став о бризи и поштовању животиња као Божијих творевина. То се најбоље може видети из канона Светог писма који каже: „Праведник брине за душу животиње своје“.<sup>34</sup> <sup>35</sup> Проповедници православља промовишу милосрђе према животињама јер су оне, попут људи „деца једног небеског оца“ (Кузин, 2015: 97).

Руководећи се правилом садржаним у Светом писму „рађајте се и множите се, и напуните земљу, и владајте њом, и будите господари од риба морских и од птица небеских и од свега звјериња што се миче по земљи“,<sup>36</sup> православно свештенство не осуђује и не забрањује употребу меса и рибе у исхрани, и не сматра убијање животиња ради прехране неморалним чином.<sup>37</sup> Дакле, канон у будизму који промовише неубијање животиња, православна вера не прихвата (Морозов, 2015: 114).

Премда се из горе наведене заповести Свевишњег људском роду јасно наглашава његова дужност да буде „чувар живота на земљи“ (Поповић, 1899: 18), представници православља између ње и убијања животиња ради исхране не виде никакву противречност, што у крајњој линији потврђује и

---

пресуду Окружног суда у Ваљеву, Гж. 170/2006, од 27. јануара 2006. године, *ParagrafLex-ова база прописа и судске праксе*, пресуду Вишег суда у Ваљеву, Гж. 1213/2012, од 22. новембра 2012. године, *ParagrafLex-ова база прописа и судске праксе*.

34 Видети: Бакотић, Пословице, 12:10 (превод), 2003: 427.

35 У прилог бриге о животињама иду и друга правила Светог писма. Видети: Даничић, Стари завјет, Друга књига Мојсијева која се зове Излазак, 23: 4, 5 и 12 (превод), 2003: 63–64.

36 Видети: Даничић, Стари завјет, Прва књига Мојсијева која се зове Постање, 1: 28 (превод), 2003: 1.

37 То нарочито потенцира Лав Николаевич Толстој у есеју „Први корак“.

канон Светог писма „што се год миче и живи, нека вам буде за јело, све вам то дадох као зелену траву“.<sup>38</sup> Став проповедника православне вере у Србији о конзумирању меса и рибе донекле је ублажен позивом на умереност у исхрани и постом, који подразумева углавном употребу биљака у исхрани.<sup>39</sup>

И поред тога што се у православљу промовише љубав и поштовање према животињама, нема залагања за признавање права животињама, већ се прихвата Божија воља о доминацији људског рода над животињским светом (Отас Gavriilo, 2021). Томе у прилог, свакако, иде канон Светог писма „... владајте њом и будите господари од риба морских и од птица небеских и од свега звјериња што се миче по земљи“.<sup>40</sup>

Будући да православна вера животиње сматра Божијим креацијама, она оштро осуђује, јер сматра грехом, свако окрутност поступање према њима.<sup>41 42</sup> У исту раван, међутим, она ставља и претерану везаност људи за животиње, посебно за кућне љубимце (Пестов, 2001: 57; Кузин, 2015: 94). Међу проповедницима православља углавном претеже став да љубав према животињама, као нашој „најмањој браћи“<sup>43</sup>, треба да буде умерена и никако изнад љубави према Богу и људима, посебно ближњима (Пестов, 2001, 121).

Проповедници православља осуђују свако поступање према животињама које третира кућне љубимце као људе, попут: облачења, фризирања, венчавања са припадником људског рода, остављања у њихову корист наследства, сахрањивања и подизања надгробног споменика, и томе слично.<sup>44</sup>

Премда на ову тему има разлике у мишљењу међу свештенством, православље директно не забрањује држање кућних љубимаца у кући или њихово присуство у цркви или манастиру. Штавише, готово је редовна

---

38 Даничић, Стари завјет, Прва књига Мојсијева која се зове Постање, 9: 3 (превод), 2003: 6.

39 Пост у православном духовном животу заузима централно место и представља „духовни подвиг уз учешће тела“. Отас Gavriilo, 2021. Такође, видети: Поповић, 1899: 18.

40 Видети: нап. бр. 37.

41 Видети: Даничић, Стари завјет, Псалми Давидови, 11: 5 (превод), 2003: 439.

42 „Свака повреда без потребе нанета животињи, па чак и биљци противречи закону благодати“. Наведено према: Арсенијевић, 2001: 65.

43 Стефановић Карацић, Нови завјет господина нашег Исуса Христа, Свето јеванђеље по Матеју, 25: 40 (превод), 2003: 27.

44 Детаљније о томе, видети: Вашта Balkana. *Kućni ljubimci i odakle dolazi opsesija za njima*. Преузето 30. 7. 2021. <https://bastabalkana.com/2015/03/kucni-ljubimci-i-odakle-dolazi-opsesija-za-njima/>.



појава присуства већег броја животиња, посебно мачака, унутар зидина православних манастира о којима брину монахиње/монаси манастира (Иљуњина, 2015: 150).<sup>45</sup>

Иако Свето писмо разврстава животиње на „чисте“ и „нечисте“, у зависности од тога да ли њихово месо Свевишњи допушта да се једе и да ли се може приносити на жртву, православна вера не прави такву поделу животиња (Морозов, 2015: 116).

## 5. Да ли животиње имају душу у православљу?

За разлику од појединих светаца православне вере који, позивајући се на правило Светог писма: „А свему звјерињу земаљском и свјема птицама небеским и свему што се миче на земљи и у чем има душа жива, дао сам сву траву да једу. И би тако.“<sup>46</sup>, тврде да животиње имају душу, додуше различиту од душе човека (Затворник, 2001: 77; Војно-Јасенецки, 2001: 90), српски патријарх Павле сматра да животиње немају душу. Његова идеја налази утемељење у канону Светог писма који јасно одређује да је човек створен по слици и прилици Божијој,<sup>47</sup> а да су животиње креиране по врстама својим.<sup>48</sup> Патријарх Павле своје размишљање додатно поткрепљује аргументима да су животиње бића без разума, осећања, способности усавршавања, воље и слободе.<sup>49</sup>

Међу проповедницима православне вере који заговарају идеју о постојању душе код животиња има разлике у њеном поимању. Тако, поједини свеци сматрају да је душа животиње нижег реда у односу на душу људи. За то налазе оправдање у чињеници да човек, као и животиња, има душу, а у

---

45 Такође, видети: Манастир Лепавина. *Све што дише, хвала Господу* (превод са руског језика Убовић). Преузето 26. 7. 2021. <http://www.manastir-lepavina.org/vijesti.php?id=307>.

46 Видети: Даничић, Стари завјет, Прва књига Мојсијева која се зове Постање, 1: 30 (превод), 2003: 2.

47 Даничић, Стари завјет, Прва књига Мојсијева која се зове Постање, 1: 27 (превод), 2003: 1.

48 Даничић, Стари завјет, Прва књига Мојсијева која се зове Постање, 1: 25 (превод), 2003: 1.

49 Видети: Patrijarh Pavle, Da li životinje imaju dušu? You Tube, Sloboda za životinje, 30. 12. 2019.

односу на животињу, има и разум, који се поистовећује са духом.<sup>50 51</sup> Зато се за човека каже да је „разумна животиња“ или „одуховљена животиња“ (Затворник, 2001: 80–81). Други представници православне вере износе мишљење да се душа животиње налази у њеној крви, а да, као и човек, животиња има тело, душу и дух, тзв. дух (дах) живота (Војно-Јасенецки, 2001: 90). Према Библији, душа се разликује од духа по томе што је душа нераскидиви део живота, али му није извор. Живот извире из Бога који је људском телу удахнуо дах (дух) живота.<sup>52</sup> Притом, духу животиње нису својствене „више“ особине духовности, попут моралних осећања, побожности, научних размишљања, осећаја за уметност и слично, али зато јесу – срећа, туга, страх, љубав према својој породици, зачеци алтруизма, као и осећај за естетику (Војно-Јасенецки, 2001: 98).

У православљу, такође, нема јединственог гледања на питање да ли је душа животиње бесмртна. С једне стране, има схватања да је душа животиње смртна. Она тренутком смрти нестаје, не одлазећи у рај или пакао, јер животиња није створена по слици и прилици Божијој (Војно-Јасенецки, 2001: 98). У прилог овом схватању иде и аргумент да су животиње лишене самосвести – свести о себи, сопственим поступцима, потребама, мотивима и слично, и да као такве нису способне за стицање знања о Богу, да верују у њега и држе се његових заповести.<sup>53</sup> Дакле, нису способне да буду учесници у небеском позиву.<sup>54</sup> Само човек који има „рационалну душу“ има способност за то, и стога је предодређен за небо или пакао (Нагакас, 2019). С друге стране, опет, има мишљења да је дух животиње бесмртан, „јер и он има почетак у духу Божијем, Духу бесмртном“ (Војно-Јасенецки, 2001: 94). Ово утолико пре, што је Бог животиње створио пре људи, а све што је створено пре његовог грехопада „било је нетрулежно“ (Кузин, 2015: 90), те самим тим и бесмртно.

---

50 То одговара схватању Аристотела да животиње имају чулну душу, док разумску душу, која у себи укључује и душу којој је основа чулна осетљивост, има само човек. Видети: Aristotle's Psychology. In Encyclopedia of Philosophy. Преузето 22. 7. 2021. <https://plato.stanford.edu/entries/aristotle-psychology/>.

51 О разликовању разумске (својствене човеку), чулне (својствене животињи) и вегетативне душе (својствене биљкама), видети: Павловић, 1997.

52 Видети: Даничић, Стари завјет, Прва књига Мојсијева која се зове Постање, 2: 7 (превод), 2003: 2.

53 Видети: Стефановић Караџић, Нови завјет господина нашег Исуса Христа, Свето јеванђеље по Матеју, 19: 17 и Свето јеванђеље по Јовану, 3: 16, 17: 3 (превод), 2003: 20, 82 и 98.

54 Стефановић Караџић, Нови завјет господина нашег Исуса Христа, Јеврејима посланица светога Апостола Павла, 3: 1 (превод), 2003: 189.

## 6. Закључна разматрања

С обзиром на то да Српска православна црква нема званичан став о животињама, овим радом не можемо прецизно одредити релацију која се тиче животиња и православне вере на српском поднебљу.

Оно што је извесно јесте да се православно свештенство, под утицајем канона Светог писма, формално залаже за поштовање животиња и бригу о њима, а осуђује свако окрутност поступање према њима. Притом, љубав према животињама мора да буде умерена, и никако изнад љубави према Богу и ближњима.

Будући да православна вера не забрањује употребу меса и рибе у исхрани, и не сматра убијање животиња неморалним чином, блиска је исламу и јудаизму, а супротставља се будизму који се, кроз принцип ахимса, залаже за поштовање свих облика живота. Очигледно је да православље не признаје право на живот животињама, те самим тим и не прихвата њихов правни субјективитет.

Дванаестогодишња примена Закона о добробити животиња показала је да више фактора онемогућава квалитетну заштиту њихове добробити. Томе у „доброј“ мери доприноси и Српска православна црква која својим актима и деловањем не промовише заштиту животиња и хуманије поступање, посебно према напуштеним животињама.

## Литература и извори

Ahimsa – religious doctrine. Encyclopedia Britannica. Преузето 18. 8. 2021. <https://britannica.com/topic/ahimsa>.

Aristotel's Psychology. In Encyclopedia of Philosophy. Преузето 22. 7. 2021. <https://plato.stanford.edu/entries/aristotle-psychology/>.

Babić, I. (2009). Obligaciono pravo. Beograd, Sremska Kamenica: Fakultet za evropske pravno-političke studije.

Bašta Balkana. Kućni ljubimci i odakle dolazi opsesija za njima. Преузето 30. 7. 2021. <https://bastabalkana.com/2015/03/kucni-ljubimci-i-odakle-dolazi-opsesija-za-njima/>.

Briggs, R. (2021). Imaju li psi i mačke dušu? Преузето 4. 8. 2021. <https://hr.spaziodecor.com/do-dogs-cats-have-souls-6500>.

Cvitković, I. (2021). Drveće i životinje u religijama. Socijalna ekologija. Vol. 30, No. 1. 131-153.

Da Don, E., Da Don, K. (2018). Stav judaizma prema životinjama u starozavjetnim spisima Biblije, u židovskome pravbu i rabinskoj literaturi. Nova prisutnost. Vol.16. No. 3. 453-475.

D'Silva, J., Turner, J., ed. (2012). *Animals, Ethics and Trade. The Challenge of Animal Sentience*. Routledge.

Đayasaro, A. Budistički pogled na svet. Srednji put (prevod Kovačević, B.). Преузето 16. 8. 2021. <https://srednjiput.rs/uvod-u-budizam/sve-o-budizmu/budisticki-pogled-na-svet/>.

Gershom, Y. (2011). Notes from a Jewish Thoreau. Do Animals Have Souls? (Part I). Преузето 12. 8. 2021. <http://rooster613.blogspot.com/2011/03/do-animals-have-solus-part-i.html?m=1>.

Hanh, N. T. Pet plemenitih pravila. Srednji put (prevod Kovačević, B.) Преузето 16. 8. 2021. <https://sredniput.rs/uvod-u-budizam-za-pocetnike-pet-pravila-morala/pet-divnih-pravila/>.

Harakas, S. (2019). O životinjama i kućnim ljubimcima u pravoslavnoj tradiciji. Преузето 12. 6. 2021. <https://www.vjeronauka.net/pravoslavne-novosti/concerning-animals-and-pets-in-orthodox-tradition>.

Hefe, O. (2001). Pravda – Filozofski pogled (prevod sa nemačkog jezika Milosavljević, V.). Novi Sad: Akademski knjiga.

Hodžić, Dž. (2008). Živa bića u islamskoj religijskoj bioetičkoj perspektivi. Socijalna ekologija. Vol. 17, No. 4. 361-369.

Kostić, D. (1975). Pojam opasne stvari. Beograd: Savremena administracija.

Kuran (bosanski prevod). Преузето 12. 8. 2021. [https://www.orbus.be/religion/islam/kuran\\_bos/](https://www.orbus.be/religion/islam/kuran_bos/).

Otac Gavriilo, manastir Lepavina. Post ili vegetarijanstvo. Преузето 10. 6. 2021. <https://www.manastir-lepavna.org/vijesti.pxp?id=6873>.

Pāli kanon, Vinaya pitaka I.1, Patimokkha, Pravila za monahe (prevod Kovačević, B.). Преузето 8. 8. 2021. <https://srednjiput.rs/pali-kanon/vinaya-pitaka/suttavibhanga/patimokkha/>.

Patrijarh Pavle. Da li životinje imaju dušu? You Tube, Sloboda za životinje, 30. 12. 2019.

Rozen, S. (2008). Hrana za duh: vegetarijanstvo i svetske religije (prevod Đusić, A.). Beograd: Esotheria.

Soul – religion and philosophy. Encyclopedia Britannica. Преузето 18. 6. 2021. <https://britannica.com/topic/soul-religion-and-philosophy>.

Soul (noun). Oxford Learner's Dictionaries. Преузето 18. 6. 2021. [https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/american\\_english/soul](https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/american_english/soul).

Stanojković, M. Dražilović, M. (2014). Patološki „kolekcionari životinja“, (2014) 781 ZOV. Преузето 8. 6. 2021. <https://www.zov.rs>.

Šeparović, V. (1987). Odgovornost za štetu od opasne stvari ili opasne delatnosti. Naša zakonitost. Br. 9–10. 995–1008.

Vučković, M. (2014). Ahimsa – etičko načelo nenasilja kao vodilja na putu ličnog i kolektivnog napretka. Преузето 10. 8. 2021. <https://maja-vuckovic.com/eseji/ahimsa-eticko-nacelo-nenasilja-kao-vodilja-na-putu-licnog-i-kolektivnog-napretka.html>.

Widmalm, M. (2020). Do Animals Have Souls? What the Bible Says. Преузето 12. 8. 2021. <https://blogs.timesofisrael.com/do-animals-have-souls-what-the-bible-says/>.

Арсенијевић, М. (2001). Преп. Силуан светогорац о хришћанском односу према животињама. У Никчевић, В. (ур.). Праведник брине за живот сваког створења – О хришћанском односу према биљкама и животињама. Цетиње: Светигора. 61–65.

Арсенијевић, М. (2001). Светитељи Божији и дивље звери. У Никчевић, В. (ур.). Праведник брине за живот сваког створења – О хришћанском односу према биљкама и животињама. Цетиње: Светигора. 103–131.

Бакотић, Л. (2003). Библија – Стари и Нови завет (превод). Београд: Метафизика.

Војно-Јасенецки, архиепископ Л. (2001). Душа животиње и душа човека. У Никчевић, В. (ур.). Праведник брине за живот сваког створења – О хришћанском односу према биљкама и животињама. Цетиње: Светигора. 90–99.

Даничић, Ђ. (2003). Стари завјет (превод). У Свето писмо Старога и Новог завјета (десето издање). Београд: Библијско друштво Србије и Црне Горе и Партеон. 1–705.

Затворник Св. Т. (2001). По чему се људска душа разликује од душе животиња? У Никчевић, В. (ур.). Праведник брине за живот сваког створења – О хришћанском односу према биљкама и животињама. Цетиње: Светигора. 77–82.

Иљуњина, Љ. (2015). Свете животиње. У Милићевић, К. (ур.), Човек и животиње – хришћански поглед. Земун: Ризница. 142–151.

Кузин, В. И. (2015). Православни однос према животињама. У Милићевић, К. (ур.), Човек и животиње – хришћански поглед. Земун: Ризница. 89–97.

Манастир Лепавина. Све што дише, хвала Господу (превод са руског језика Убовић, Н.). Преузето 26. 7. 2021. <http://www.manastir-lepavina.org/vijesti.pxr?id=>

Павловић, Б. (1997). Филозофски речник. Београд: Плато.

Пестов, Н. (2001). Животињски свет. У Никчевић, В. (ур.), Праведник брине за живот сваког створења – О хришћанском односу према биљкама и животињама. Цетиње: Светигора. 49–57.

Поповић Ј. Ж. (1899). Одношај хришћанина према неразумној природи (превод). Источник. Бр. 2. Сарајево. 6–33.

Републички завод за статистику (2020). Статистички годишњак. Београд.

Стефановић Караџић, В. (2003). Нови завјет господа нашега Исуса Христа, (превод). У Свето писмо Старога и Новог завјета, десето издање. Београд: Библијско друштво Србије и Црне Горе и Партенон. 1–229.

Стојановић, Н. (2018). Одговорност за штету коју животиња проузрокује према Преднацрту грађанског законика Републике Србије. Зборник радова Правног факултета у Нишу. Бр. 81. 321–348.

Стојановић, Н. (2019). Десет година Закона о добробити животиња Републике Србије. Зборник радова Правног факултета у Новом Саду. Вол. 53. Бр. 2. 441–466.

**Nataša Stojanović, LL.D.**

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## **ANIMALS AND ORTHODOX CHRISTIANITY**

### **Summary**

*Religion has always had a special impact on man's attitude towards animals. In this context, this paper explores the correlation between animal welfare and Orthodox Christianity, with specific reference to the position of the Serbian Orthodox Church on this issue. The research has been conducted with the aim of examining the links between animals and Orthodox Christianity, establishing whether the official position of the Serbian Orthodox Church (SOC) promotes animal welfare, and whether its activities embody the recognition and protection of animal rights. For the purposes of this paper, the author has applied the sociological, legal-dogmatic, and historical-critical methods.*

*The conducted research shows that the Serbian Orthodox Church does not have an official position on animals; thus, the correlation between animal welfare and Orthodox Christianity cannot be precisely determined. Yet, due to the impact of the canons of the Holy Scriptures, it is quite certain that the Serbian Orthodox priests formally advocate for animal welfare and observance of animal rights, and officially condemn any cruel treatment against animals. On the other hand, man's love for animals must be moderate and never above man's love for God and other human beings. Orthodox Christianity does not prohibit the use of meat and fish in nutrition, nor does it consider killing animals an immoral act. Such an approach is also pertinent to Islam and Judaism, while Buddhism advocates respect for all forms of life by promoting the principle of ahimsa (non-violence), which applies to all living beings. It is clear that Orthodox Christianity does not advocate for the recognition of animals' rights to life, nor does it recognize animals as legal subjects.*

*The twelve-year application of the Animal Welfare Act in the Republic of Serbia has shown that a number of factors hinder a better protection of animal welfare. The Serbian Orthodox Church largely contributes to such a situation by failing to promote animal welfare, protection and a more humane treatment of animals (particularly stray or abandoned animals) in its regulatory acts and social activities.*

**Keywords:** *animals, Holy Scriptures (Old and New Testament), Orthodox Christianity, Serbian Orthodox Church, animal welfare.*





**Др Урош Здравковић,\***  
Доцент,  
Правни факултет, Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-34163

UDK: 347.75/76:339.5  
Рад примљен: 28.09.2021.  
Рад прихваћен: 16.11.2021.

## **ПОЈАМ БИТНЕ ПОВРЕДЕ КОД УГОВОРА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ\*\***

**Апстракт:** *Битна повреда уговора о међународној продаји робе представља квалификовани облик повреде уговора. Дефинисана је у члану 25 Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године и представља један од њених најзначајнијих института. За разлику од обичне повреде, битна повреда даје оштећеној страни право да раскине уговор. Да би се повреда уговора окарактерисала као битна, потребно је да буду испуњена два услова: а) да повреда уговора проузрокује такву штету која једну уговорну страну суштински лишава оног што је оправдано очекивала од уговора и б) да је последицу суштинског лишавања предвидела страна која повреду чини, односно да је могло предвидети разумно лице истих својстава у истим околностима. Текст члана 25 Конвенције је многа питања оставио отвореним, што је омогућило велики простор за потоње интерпретативно деловање судова и арбитража. Питање битне повреде уговора о међународној продаји робе такође заокупља велику пажњу домаће и стране академске јавности, чија се запажања понекад разликују од ставова судова и арбитража.*

**Кључне речи:** *битна повреда уговора, уговор о међународној продаји робе, Бечка конвенција, раскид уговора.*

---

\* uros@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту“ који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2021–2025. године.

## 1. Увод

Битна повреда уговора представља један од најзначајнијих института и појмова садржаних у Конвенцији УН о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године (у даљем тексту и: Конвенција; Бечка конвенција; БК). Од потписивања Конвенције, овај појам привлачи пажњу академске јавности, па је стога до сада објављено доста радова у земљи и иностранству који елаборирају ову тему. Упоредо са тим, судови и арбитраже широм света су се, у протеклих тридесетак година, бавили овим питањем и у довољној мери га разјаснили. Без обзира на то, ова тема је и даље актуелна и захтева стално „освежавање“ путем нових елаборација и погледа.

Овај рад покушава да баца светло на појам битне повреде уговора у контексту права међународне продаје робе. То чини, превасходно, кроз анализу доступне праксе судова и арбитража. Ништа мање није заступљена ни анализа доктрине која је аутору рада била доступна путем домаће и стране литературе.

Рад је подељен на три дела. У првом делу се даје општи осврт на појам, односно дефиницију, битне повреде уговора, кроз призму члана 25 Бечке конвенције. Други део рада се бави првим условом за постојање битне повреде уговора, а то је суштинско лишавање једне уговорне стране онога што је оправдано очекивала од уговора. Коначно, трећи и последњи део рада, анализира други услов из члана 25 Конвенције: предвидивост суштинског лишавања друге уговорне стране, као последице повреде уговора.

## 2. Дефиниција битне повреде уговора

Битна повреда уговора дефинисана је чланом 25 Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе. Текст ове одредбе Конвенције у целости гласи: „Поведа уговора коју чини једна страна сматраће се битном уколико се њоме проузрокује таква штета другој страни да је суштински лишава онога што је оправдано очекивала од уговора, изузев ако такву последицу није предвидела страна која чини повреду, нити је може предвидети разумно лице истих својстава у истим околностима.“

Смисао цитиране одредбе БК се састоји у успостављању разграничења између битне повреде уговора и оних повреда уговора које се могу означити као „обичне“. Наведено разграничење је битно јер оно детерминише и правна средства која уговорне стране могу употребити у зависности од конкретне ситуације. Уколико се ради о „обичној“ повреди уговора,

уговорна страна има право на надокнаду штете, купац има право да тражи евентуално смањење цене и сл. Међутим, у таквим ситуацијама, уговорне стране не могу изјавити раскид уговора. Битна повреда представља посебан или **квалификовани облик** повреде уговора и може постојати код повреде било које уговорне обавезе (Вукадиновић, 2012: 535). Када наступи битна повреда уговора, купац или продавац имају право на „драстичније“ средство – да раскину уговор. Раскид уговора представља последње правно средство (енг. *remedy of last resort*), у ситуацији када остала правна средства за „излечење“ поремећеног уговорног односа постану неделотворна (Pauly, 2000: 225). Битна повреда уговора, као основ за раскид уговора, има општи карактер и није условљена постојањем неког одређеног облика повреде уговора (Јовичић, 2017: 52). Другим речима, свака повреда уговора може се протумачити као битна, уколико се испуне услови из члана 25 Конвенције.

Текст члана 25 БК је у својој коначној верзији у одређеној мери остао недоречен, тако да је остао велики простор за будуће деловање судова, арбитража, али и академске јавности, у правцу тумачења појмова који су садржани у датој дефиницији битне повреде уговора (Magnus, 2005: 425). Важно је, међутим, напоменути, да иако су аутори Конвенције за своје полазиште несумњиво имали одговарајућа решења националних правних система, тумачењу члана 25, као и свих осталих одредби Конвенције, мора се приступити аутономно од општеприхваћених појмова који егзистирају у националним правима. У складу са тим, релевантан је члан 7(1) Конвенције, који наводи да ће се приликом тумачења њених одредби водити рачуна о међународном карактеру Конвенције и потреби да се унапреди једнообразност њене примене и поштовање савесности у међународној трговини (Faуад, 2019: 113–14). Судови у земљама потписницама БК су заузели став да се тумачењу битне повреде уговора мора приступати рестриктивно,<sup>1</sup> па чак и то да у случају постојања сумње да ли се ради о битној повреди, треба прихватити становиште да нема такве повреде.<sup>2</sup>

За постојање битне повреде уговора, на основу члана 25 Конвенције, потребно је да буду испуњена два критеријума. Први критеријум је објективне природе и полази од тога да:

а) постоји повреда обавезе која је предвиђена уговором, или произлази из Конвенције и

---

1 Пресуда Врховног федералног суда Швајцарске (Bundesgericht) у предмету *Packaging machine (Abfüll- und Verpackungsanlage)*, бр. 4А\_68/2009, од 18. маја 2009. године.

2 *Ibidem*.

б) да таква повреда обавезе суштински лишава другу уговорну страну онога што је оправдано очекивала од уговора.

Други критеријум је субјективне природе. Страна која чини повреду морала је да предвиди да ће њена повреда обавезе имати за последицу суштинско лишавање друге стране онога што је оправдано очекивала од уговора. Иако је, по себи, субјективне природе, овај критеријум је објективизиран кроз употребу стандарда разумног лица. Наиме, чак и кад уговорна страна није предвидела последице повреде своје обавезе, сматраће се да постоји битна повреда уговора уколико је такве последице могло предвидети разумно лице истих својстава у истим околностима.

### **3. Први услов за постојање битне повреде уговора: повреда обавезе која другу уговорну страну суштински лишава онога што је оправдано очекивала од уговора**

#### **3.1. Појам суштинског лишавања**

За постојање битне повреде уговора прво треба да се испуни објективан услов у виду повреде обавезе која је предвиђена уговором или произлази из Конвенције, а која другу уговорну страну суштински лишава онога што је оправдано очекивала од уговора. Повреда треба да изазове губитак или озбиљно умањење користи за другу уговорну страну. За постојање битне повреде уговора, штета за другу уговорну страну треба да буде нарочито тешка, док притом, није битан степен штете, него интерес који су уговор и конкретна обавеза имали за другу уговорну страну (Фишер Шобот, 2014: 162). Одговор на питање која су очекивања друге стране била оправдана зависи од конкретних околности уговора, обичаја и од одредби БК. Интересантно је то да је у члану 25 Конвенције, уз термин „штета“ (енг. *damage*), употребљен и термин „лишавање“ (енг. *detriment*). Штавише, Конвенција само у члану 25 помиње термин „лишавање“, што већ указује на специфичност ове одредбе, која се мора узети у обзир када се приступа њеном тумачењу. У литератури се може наићи на мишљење да овај термин није аналоган термину „штета“ (који се употребљава на више места у тексту Конвенције) већ да представља шири појам, који поред тога што укључује тренутни и будући новчани губитак, укључује и све остале негативне последице у форми материјалне и нематеријалне штете (Ferrari, 2006: 495).

Конвенција не садржи дефиницију нити појашњење (путем примера или на други начин) термина „лишавање“. У литератури је, као што смо

видели, заступљено становиште да појам „лишавање користи“ обухвата све садашње и будуће негативне последице које настају услед било какве повреде уговора. Ту не спада само тренутна и будућа штета која се изражава у монетарној форми, већ и свака друга негативна последица (Ferrari, 2005: 390–91). Као својеврсни водичи за тумачење термина „лишавање“ могу послужити и незванични коментари приликом израде нацрта Конвенције, из којих произлази нешто уже тумачење „лишавања користи“. Из тих коментара се може закључити да је намера креатора Конвенције била да термин „лишавање“ уподобе штети која се исказује у монетарној форми (Babiak, 1992: 120). Дакле, „суштинско лишавање користи која се оправдано очекивала“ треба се, према коментарима нацрта БК, тумачити у контексту материјалне штете која се изражава у новцу.

Када је у питању моменат који је релевантан приликом утврђивања оправданог очекивања користи од уговора, треба прихватити становиште да се ради о моменту закључења уговора (Јовићић, 2018: 46).

### **3.2. Повреда уговора**

Разумљиво је да потпуно неизвршење неке од основних уговорних обавеза (на пример испорука робе или неплаћање цене) представља битну повреду уговора, осим уколико страна има оправдан разлог да своју обавезу не изврши.<sup>3</sup> Коначно неизвршење испоруке, дакле, конституише основ за постојање битне повреде уговора. Ако продавац не предузима ништа да би своју обавезу испунио онда је то, готово без изузетка, довољан основ за конституисање битне повреде уговора (Јовичић, 2017: 53). Међутим, уколико се само мањи део уговорне обавезе не изврши (на пример једна од неколико сукцесивних испорука не буде извршена), ради се

---

3 Пресуда Округног суда у Парми у предмету *Foliopack Ag v. Daniplast S.p.A.* од 24. новембра 1989. године (CLOUT case No. 90); пресуда Вишег регионалног суда у Целеу (Немачка), у предмету *Used printing machines*, бр. 20 U 76/94, од 24. маја 1995. године (CLOUT case No. 136); пресуда Вишег регионалног суда у Дизелдорфу у предмету *Winter shoes*, бр. 17 U 146/93, од 14. јануара 1994. године (CLOUT case No. 130); одлука Међународне трговачке арбитраже при трговачко-индустријској комори Руске Федерације у предмету бр. 53/1998, од 05. октобра 1998. године (CLOUT case No. 468); пресуда Округног суда Западног дистрикта Мичиген у предмету *Shuttle Packaging Systems, L.L.C. v. Tsonakis, Ina S.A. and Ina Plastics Corporation*, бр. 1:01-691 од 17. децембра 2001. године (CLOUT case No. 578); одлука Кинеске међународне економске и трговинске арбитражне комисије, поводом одбијања отварања документарног акредитива, од 08. априла 1999. године (CLOUT case No. 810); одлука Кинеске међународне економске и трговинске арбитражне комисије у предмету *Hats* од 10. маја 2005. године, бр. CISG/2005/02 (CLOUT case No. 983) (према мишљењу ове Арбитраже, чак и изостанак плаћања последње рате може установити битну повреду уговора).

о обичној повреди уговора.<sup>4</sup> Ипак, када се ради о уговорима са сукцесивним испорукама, став судске праксе је другачији уколико продавац не изврши прву испоруку. У тој ситуацији, купац има право на претпоставку да ће изостати и остале испоруке, па се стога може протумачити да је дошло до битне повреде уговора.<sup>5</sup>

Када се ради о закаснелом извршењу уговорне обавезе, било да се ради о закаснелој испоруци или предаји робних докумената, односно о закаснелој исплати цене, такве чињенице саме по себи не конституишу битну повреду уговора.<sup>6</sup> Задоцњење у испоруци, односно плаћању цене или преузимању испоруке, се по правилу не сматра битном повредом. Конвенција, у том случају, дозвољава могућност другој уговорној страни да додели додатни рок за извршење. Уколико страна која чини повреду не изврши своју обавезу ни у оквиру додатно остављеног рока, таква (до тада обична) повреда ће се преквалификовати у битну, и друга уговорна страна има право да раскине уговор.<sup>7</sup>

Изузетак од горе описаног става постоји уколико је време извршења обавезе у уговору означено као битно<sup>8</sup>; или уколико се из очигледних околности може установити да је време извршења битно (на пример код продаје сезонске робе).<sup>9</sup> Уколико су уговорне стране предвиделе фиксни рок за извршење испоруке (што је чест случај код продаје сезонске робе), доцња у испоруци, без сумње, представља битну повреду уговора (Перовић, 2002: 169). У таквим ситуацијама се закаснело извршење уговорне обавезе

---

4 Пресуда Вишег регионалног суда у Дизелдорфу у предмету *Italian shoes*, бр. 6 U 87/96 од 24. априла 1997. године (CLOUT case No. 275).

5 Пресуда Привредног суда Кантона Цирих у предмету *Sunflower oil*, бр. HG950347 од 05. фебруара 1997. године (CLOUT case No. 214).

6 Пресуда Апелационог суда у Милану у предмету *Italdecor S.a.s. v. Yiu's Industries (H.K.) Ltd*, бр. 790 од 20. марта 1998. године; пресуда Вишег регионалног суда у Дизелдорфу у предмету *Italian shoes*, бр. 6 U 87/96 од 24. априла 1997. године (CLOUT case No. 275); одлука Арбитражног суда Међународне трговачке коморе у предмету *Machinery for a production line of foamed boards*, бр. 7585 из 1992. године (CLOUT case No. 301); пресуда Врховног суда Онтарија (Канада) у предмету *Diversitel Communications Inc. and Glacier Bay Inc.* бр. 1702 од 26. априла 2004. године (CLOUT case No. 859).

7 Видети чланове 49 (1) (б) и 64 (1) (б) Конвенције. Видети и одлуку Арбитражног суда Међународне трговачке коморе у предмету *Machinery for a production line of foamed boards*, бр. 7585 из 1992. године (CLOUT case No. 301).

8 Пресуда Вишег регионалног суда у Хамбургу у предмету *Iron-molybdenum*, бр. 1 U 167/95 од 28. фебруара 1997. године (CLOUT case No. 277) (задоцнела испорука испарљиве робе је од стране Суда протумачена као битна повреда уговора).

9 Пресуда Апелационог суда у Милану у предмету *Italdecor S.a.s. v. Yiu's Industries (H.K.) Ltd*, бр. 790 од 20. марта 1998. године.

има сматрати битном повредом.<sup>10</sup> Ипак, кратко задоцњење у испоруци робе не мора увек представљати битну повреду, иако је у уговору предвиђен фиксни датум за извршење испоруке, под условом да интереси купца нису оштећени.<sup>11</sup>

Испорука несаобразне робе такође не мора увек подразумевати битну повреду. Међутим, такав пропуст продавца ће представљати битну повреду уговора уколико се испуне одговарајући услови. Сходно одредбама Бечке конвенције, продавац чини повреду уговора ако купцу преда робу несаобразну уговору, што обухвата следеће ситуације: испорука робе са материјалним недостацима, испорука робе друге врсте уместо уговорене, недостаци амбалаже и делимична испорука (Јовичић, 2017: 54).<sup>12</sup> Судови у државама потписницама Конвенције су склони да тумаче да несаобразност у погледу квалитета не представља битну повреду, уколико купац може, без неразумног напора, користити робу или је препродати, чак и ако је препродаје уз попуст.<sup>13</sup> На пример, у једном случају је продавац испоручио смрзнуто месо које је одступало од уговореног квалитета, јер је садржало више масти и воде. Због тога је тржишна вредност тог меса била 25 одсто мања него тржишна вредност меса чији је квалитет уговорен. Суд је установио да испорука такве несаобразне робе ипак не представља битну

---

10 Пресуда Вишег регионалног суда у Дизелдорфу у предмету *Italian shoes*, бр. 6 U 87/96 од 24. априла 1997. године (CLOUT case No. 275); пресуда Врховног суда Онтарија (Канада) у предмету *Diversitel Communications Inc. and Glacier Bay Inc.* бр. 1702 од 26. априла 2004. године (CLOUT case No. 859) (Суд је оценио да се ради о битној повреди уговора услед задоцнеле испоруке јер је продавац знао да се купац ослонио на уговорено време испоруке како би и сам ваљано извршио испоруку (препродао робу) свом купцу).

11 Пресуда Апелационог суда САД (3rd Circuit) у предмету *Valero Marketing & Supply Co. v. Greeni Oy* од 19. јула 2007. године (CLOUT case No. 846) (Суд је протумачио да закашњење у испоруци од два дана које није од суштинског значаја за интерес купца не представља битну повреду уговора).

12 Члан 35, ст. 1 Конвенције. Ако у уговору нема експлицитних одредби о овим питањима, онда се (не)саобразност робе утврђује према правилима чл. 35, ст. 2 Конвенције. Значај несаобразности робе у конкретном случају цени се с обзиром на циљ због кога је купац закључио уговор, тј. на основу процене да ли испорука коју је учинио продавац омогућава да тај циљ буде остварен или не (Јовичић, 2017: 54).

13 Пресуда Врховног Народног суда Народне Републике Кине у предмету *ThyssenKrupp Metallurgical Products GmbH v. Sinochem International (Overseas) Pte Ltd* од 30. јуна 2014. године, *Min Si Zhong Zi No. 35 Civil Judgment* (према ставу Суда, када купац може да употреби или препрода робу без неразумног напора, чак и ако продају врши уз смањену цену, несаобразност испоручене робе у погледу квалитета се и даље сматра обичном повредом уговора); пресуда Савезног суда Немачке у предмету *Cobalt sulphate*, бр. VIII ZR 51/95 од 03. априла 1996. године (CLOUT case No. 171); пресуда Федералног суда Швајцарске у предмету *Frozen meat*, бр. 4C.179/1998 од 28. октобра 1998. године (CLOUT case No. 248).

повреду уговора, са образложењем да је купац имао могућност да преради такво месо или да га препрода по нижој цени.<sup>14</sup> У том случају, купац би имао право на друга правна средства, попут смањења цене или надокнаде штете, док би уговор остао на снази. Са друге стране, уколико купац не може, уз разуман напор, да употреби или препрода несаобразну робу, онда се таква повреда од стране продавца сматра битном повредом уговора, па стога купац има право на раскид.<sup>15</sup> Уколико је роба оштећена до тог нивоа да се не може повратити у првобитно стање, иако је и даље употребљива до одређеног степена, ради се о битној повреди (у једном случају из праксе се радило о цвећу које услед оштећења изгубило способност да цвета током целог лета, иако је могло да цвета неко краће време).<sup>16</sup>

Судови нису увек били склони да цене околност да несаобразна роба може да се употреби или препрода, као чињеницу која не даје основ за постојање

---

14 Пресуда Врховног Народног суда Народне Републике Кине у предмету *ThyssenKrupp Metallurgical Products GmbH v. Sinochem International (Overseas) Pte Ltd* од 30. јуна 2014. године, *Min Si Zhong Zi* No. 35 Civil Judgment (према ставу Суда, испорука нафтног деривата са вишим садржајем тврде материје него што је предвиђено уговором не конституише битну повреду уговора, с обзиром да се услед те околности купац једино суочио са незнатно дужим чекањем за препродају робе); пресуда Федералног суда Швајцарске у предмету *Frozen meat*, бр. 4С.179/1998 од 28. октобра 1998. године (CLOUT case No. 248); одлука Кинеске међународне економске и трговинске арбитражне комисије у предмету *Souvenir coins* бр. CISG/2000/17 од 01. јануара 2000. године (CLOUT case No. 988) (према одлуци Арбитраже, испорука несаобразних сувенира, које је потом купац препродао, и то у количини од 75 одсто од оне количине коју је примио, не може се сматрати битном повредом уговора).

15 Пресуда Касационог суда Француске у предмету *Socinter v. Wallace*, бр. Appeal No. 12-23998 од 17. децембра 2013. године (CLOUT case No. 1505) (случај са испоруком меса које није произведено на адекватан начин и коме је истекао рок трајања); пресуда Касационог суда Француске у предмету *Société Sacovini v. S.A.R.L. Les Fils de Henri Ramel*, бр. В 93-16.542 од 23. јануара 1996. године (CLOUT case No. 150) (испорука вештачки заслађеног вина које је забрањено регулативом ЕУ и националним регулативама); пресуда Вишег регионалног суда у Франкфурту у предмету *Italian shoes* бр. 5 U 15/93 од 18. јануара 1994. године (CLOUT case No. 79) (испорука ципела са пукнутом кожом); пресуда Окружног суда у Ландшуту (Немачка) у предмету *T-shirts* од 05. априла 1995. године (испорука мајци које се смањују за два броја након првог прања); пресуда Врховног федералног суда Швајцарске (Bundesgericht) у предмету *Packaging machine (Abfüll- und Verpackungsanlage)*, бр. 4А\_68/2009, од 18. маја 2009. године (испорука машине за паковање која је достигла само једну трећину предвиђене експлоатације).

16 Пресуда Вишег регионалног суда у Инсбруку (Аустрија) у предмету *Garden flowers* бр. 4 R 161/94 од 01. јула 1994. године (CLOUT case No. 107); пресуда Окружног суда у Копенхагену у предмету *Annika Gustavsson (Denmark) v. LRF N.V. (Belgium)*, бр. BS 01-6В-2625/2005 од 19. октобра 2007. године (CLOUT case No. 992) (испоруку понија који је боловао од неизлечиве хромости, а који је купљен ради учествовања у тркама, суд је протумачио као битну повреду уговора).



битне повреде уговора. Ако се ради о испоруци робе која има крупан недостатак, а купцу је била потребна саобразна роба ради производње других производа, онда ће се то сматрати битном повредом учињеном од стране продавца.<sup>17</sup> Исти став судови су заузели и кад се радило о таквој несаобразности која је узрокована додавањем одређене супстанце роби, која је илегална у државама обе уговорне стране.<sup>18</sup>

Ако је испоручена роба несаобразна услед постојања дефекта који се може отклонити брзом и разумном оправком, онда нема услова за постојање битне повреде уговора.<sup>19</sup> Судови нису исказали склоност да испоруку несаобразне робе тумаче као битну повреду уколико је продавац извршио брзу оправку робе (или је понудио купцу да изврши оправку) без додатног отежавања околности по купца.<sup>20</sup> То предвиђају одредбе члана 37 и 48 Конвенције, по којима продавац има право да отклони „недостатке саобразности својих обавеза”, односно „свако неизвршење својих обавеза”, под условом да је у стању да то учини без неразумног одлагања и без наносења купцу неразумних непогодности, или неизвесности да ће му надокнадити трошкове које је с тим у вези имао (Јовичић, 2017: 54). Овом праву продавца корелативна је дужност купца да му омогући да то право

---

17 Пресуда Апелационог суда САД (2nd Circuit) у предмету *Delchi Carrier SpA v. Rotorex Corp.* од 06. децембра 1995. године (CLOUT case No. 138) (испурука компресора са слабијим капацитетом хлађења, који притом троше и већу количину струје, у поређењу са уговореним карактеристикама компресора, суд је оценио као битну повреду уговора, будући да су купцу компресори били потребни за производњу клима уређаја); пресуда Касационог суда Француске у предмету *Société Sacovini v. S.A.R.L. Les Fils de Henri Ramel*, бр. В 93-16.542 од 23. јануара 1996. године (CLOUT case No. 150) (испурука вештачки заслађеног вина које је забрањено регулативом ЕУ и националним регулативама); пресуда Касационог суда Француске у предмету *Karl Schreiber GmbH v. Société Thermo Dynamique Service et al.* од 26. маја 1999. године (CLOUT case No. 315) (испурука металних лимова који су апсолутно неодговарајући за предвиђену производњу).

18 Пресуда Касационог суда Француске у предмету *Société Sacovini v. S.A.R.L. Les Fils de Henri Ramel*, бр. В 93-16.542 од 23. јануара 1996. године (CLOUT case No. 150) (испурука вештачки заслађеног вина које је забрањено регулативом ЕУ и националним регулативама); пресуда Окружног суда у Триру (Немачка) у предмету *Italian wine*, бр. 7 НО 78/95 од 12. октобра 1995. године (CLOUT case No. 170) (испурука вина које је разблажено водом).

19 Пресуда Привредног суда Кантона Цирих у предмету *Floating centre container* бр. НГ 920670 од 26. априла 1995. године (CLOUT case No. 196); пресуда Кантоналног суда у Јури (Швајцарска) у предмету *Industrial furnace for thermal processing*, бр. I.37/04 од 26. јула 2007. године (CLOUT case No. 937).

20 Пресуда Апелационог суда у Греноблу у предмету *Marques Roque, Joaquim v. S.A.R.L. Holding Manin Rivière*, бр. 93/4879 од 26. априла 1995. године (CLOUT case No. 152); пресуда Вишег регионалног суда у Кобленцу (Немачка) у предмету *Acrylic blankets*, бр. 2 У 31/96 од 31. јануара 1997. године (CLOUT case No. 282).

врши (под наведеним условима). Ипак, купац нема такву обавезу ако је право продавца у супротности са правом купца да уговор раскине због битне повреде уговора, јер у међусобном односу ова два права, приоритет има наведено право купца (Јовичић, 2017: 54; Перовић, 2004: 196). Ако купац пак сам изврши оправку робе и затим је употреби, то су судови тумачили као доказ да купац није суштински лишен интереса којем се надао приликом закључења уговора, па стога и нема битне повреде од стране продавца. Ово важи и у случају када је продавац безуспешно покушавао да отклони несаобразност.<sup>21</sup>

Купац, по правилу, не може оправдано очекивати да ће испоручена роба бити у складу са регулативом и стандардима у његовој земљи.<sup>22</sup> У једном случају, суд у Немачкој је посебно елаборирао ово питање. Наиме, радило се о спору поводом испоруке шкољки. Суд је оценио да испорука шкољки које садрже кадмијум (врста метала) изнад нивоа који је препоручен у земљи купца не може бити протумачена као битна повреда уговора. Штавише, суд је оценио да се ова околност не може окарактерисати ни као обична повреда. Према мишљењу суда, купац није могао оправдано да очекује да ће се продавацу бити позната регулатива и стандарди у земљи, као и да ће се продавац постарати да у погледу испоруке испоштује такву регулативу и стандарде, посебно због тога што конзумирање шкољки у умереним количинама не може угрозити здравље.<sup>23</sup> Суд је, међутим, ипак истакао да се ово правило може подвргнути одговарајућим изузецима. Наиме, од продавца се може оправдано очекивати да је знао за регулативу и стандарде у земљи купца уколико:

---

21 Пресуда Савезног суда Немачке у предмету *Werkzeug*, бр. VIII ZR 394/12 од 24. септембра 2014. године.

22 Пресуда Савезног суда Немачке у предмету *New Zealand mussels*, бр. VIII ZR 159/94 од 08. марта 1995. године (CLOUT case No. 123); пресуда Окружног суда Источног дистрикта Луизијане у предмету *Medical Marketing International, Inc. v. Internazionale Medico Scientifica, S.r.l.* бр. 99-0380 од 17. маја 1999. године (CLOUT case No. 418); пресуда Врховног суда Аустрије у предмету *Used machines*, бр. 2 Ob 100/00w од 13. априла 2000. године (CLOUT case No. 426); пресуда Покрајинског суда Гранаде (Шпанија) у предмету *Frozen hen and chicken legs* од 02. марта 2000 (испоруку пилећег меса које није било саобразно прописима земље купца који су се односили на начин клања, суд чак није сматрао ни обичном повредом уговора); пресуда Врховног суда Аустрије у предмету *Frozen pork liver*, бр. 7 Ob 302/05w од 25. јануара 2006. године (испорука свињске џигерице чији је увоз био забрањен због тога што роба није била саобразна унутрашњој регулативи земље купца).

23 Пресуда Савезног суда Немачке у предмету *New Zealand mussels*, бр. VIII ZR 159/94 од 08. марта 1995. године (CLOUT case No. 123)

а) су стандарди и регулатива по питању предмета уговора исти у земљи купца и продавца;

б) је купац пре или приликом закључења уговора информисао продавца о регулативи и стандардима и

в) нарочите околности указују да је продавац знао или морао знати о постојању стандарда и регулативе, на пример ако се ради о продавцу који је специјализован за извоз одређене робе у земљу купца или уколико има своје представништво у земљи купца.<sup>24</sup>

Битна повреда уговора не мора нужно наступити услед неизвршења, или неуредног извршења испоруке робе, односно исплате цене. Битна повреда може проистећи и услед повреде осталих обавеза. Неопходно је, међутим, да таква повреда лишава уговорну страну главне користи коју је очекивала од уговора, и да је друга страна то могла предвидети. Судска и арбитражна пракса је заузимала рестриктиван приступ приликом оцене повреде осталих обавеза. Тако је у једном случају суд заузео становиште да продавац није извршио битну повреду уговора зато што је предао купцу погрешан сертификат о роби, ако је сама роба исправна, или ако је купац лако могао сам да обезбеди, на трошак продавца, одговарајући сертификат за ту робу.<sup>25</sup> Такође, безначајна типографска грешка на фактури не представља битну повреду уговора и не даје основ купцу да одбије исплату цене.<sup>26</sup> Са друге стране, неоправдано негирање фундаменталних права друге уговорне стране која логично проистичу из уговора, Конвенције или обичаја, може створити основ за битну повреду. На пример, негирање права купца да располаже робом након продаје<sup>27</sup>, или негирање постојања ваљано закљученог уговора од стране купца, након што купац добије узорке робе од продавца,<sup>28</sup> окарактерисано је од стране судова као битна повреда уговора. У једном другом случају, арбитража је оценила да је купац учинио битну повреду уговора зато што није уговорио превоз робе бродом,

---

24 *Ibidem*; пресуда Окружног суда Источног дистрикта Луизијане у предмету *Medical Marketing International, Inc. v. Internazionale Medico Scientifica, S.r.l.* бр. 99-0380 од 17. маја 1999. године (CLOUT case No. 418).

25 Пресуда Савезног суда Немачке у предмету *Cobalt sulphate*, бр. VIII ZR 51/95 од 03. априла 1996. године (CLOUT case No. 171)

26 Одлука Кинеске међународне економске и трговинске арбитражне комисије (СИЕТАС) у предмету *Industrial raw materials* од 04. јуна 1999. године (CLOUT case No. 808).

27 Пресуда Федералног суда Аустралије у предмету *Roder Zelt- und Hallenkonstruktionen GmbH v. Rosedown Park Pty. Ltd. and Reginald R. Eustace*, бр. SG 3076 of 1993 FED No. 275/95 од 28. априла 1995. године (CLOUT case No. 308).

28 Пресуда Апелационог суда у Греноблу у предмету *Société Calzados Magnanni v. SARL Shoes General International (SGI)* од 21. октобра 1999. године (CLOUT case No. 313).

а био је у обавези да то учини (уговор је садржао FOB клаузулу), па стога продавац није могао извршити испоруку робе на начин који предвиђа та клаузула.<sup>29</sup> Са друге стране, задоцњење купца да прими испоруку се углавном не тумачи као битна повреда, нарочито уколико се ради о кратком задоцњењу (пар дана).<sup>30</sup>

Повреда споредне обавезе се може протумачити као битна, уколико околности случаја дају основ за то. У контексту битне повреде уговора, Бечка конвенција не разликује обавезе на главне и споредне, док год је споредна обавеза у блиској вези са економском суштином уговора (Ferrari, 2005: 390). На пример, судови су тумачили да се ради о битној повреди уговора када продавац, тј. произвођач, који се уговором обавезао да ексклузивно за купца резервише робу са одређеним жигом, ту робу излаже на сајмовима ради продаје (упркос упозорењу купца да то не чини).<sup>31</sup>

Уколико уговорна страна да коначну изјаву о својој намери да не жели да изврши своју обавезу, за шта притом нема оправдања, то се такође може сматрати битном повредом.<sup>32</sup> Такође, несолвентност купца која је наступила након закључења уговора може бити протумачена као битна повреда, услед тога што тиме продавац остаје лишен онога што је оправдано очекивао од уговора, а то је исплата цене.<sup>33</sup> Одбијање купца

---

29 Одлука Кинеске међународне економске и трговинске арбитражне комисије (CIETAC) у предмету *Mung beans*, бр. CISG/2001/02 од 22. марта 2001. године (CLOUT case No. 987).

30 Пресуда Апелационог суда у Греноблу у предмету *SARL Ego Fruits v. La Verja*, бр. RG 98/02700 од 04. фебруара 1999. године (CLOUT case No. 243).

31 Пресуда Вишег регионалног суда у Франкфурту у предмету *Italian shoes*, бр. 5 U 164/90 од 17. септембра 1991. године (CLOUT case No. 2); пресуда Привредног суда Кантона Аргау у Швајцарској у предмету *Cutlery* бр. OR.96.00013 од 26. септембра 1997. године (CLOUT case No. 217); пресуда Апелационог суда у Греноблу у предмету *S.A.R.L. Bri Production "Bonaventure" v. Société Pan Africa Export* од 22. фебруара 1995. године (CLOUT case No. 154); пресуда Вишег регионалног суда у Кобленцу (Немачка) у предмету *Acrylic blankets*, бр. 2 U 31/96 од 31. јануара 1997. године (CLOUT case No. 282).

32 Пресуда Вишег регионалног суда у Целеу (Немачка), у предмету *Used printing machines*, бр. 20 U 76/94, од 24. маја 1995. године (CLOUT case No. 136) (продавац је обавестио купца да је намењену робу продао другом купцу); пресуда Вишег регионалног суда у Минхену у предмету *Upholstered furniture*, бр. 7 U 2959/04 од 15. септембра 2004. године (CLOUT case No. 595) (продавчево одбијање да изврши испоруку на основу његове претпоставке да је уговор раскинут је протумачено као битна повреда).

33 Пресуда Федералног суда Аустралије у предмету *Roder Zelt- und Hallenkonstruktionen GmbH v. Rosedown Park Pty. Ltd. and Reginald R. Eustace*, бр. SG 3076 of 1993 FED No. 275/95 од 28. априла 1995. године (CLOUT case No. 308).

да, на основу акредитивне клаузуле из уговора, отвори документарни акредитив, такође представља битну повреду уговора.<sup>34</sup>

Код кумулативног неизвршења већег броја обавеза постоји повећана вероватноћа да дође до битне повреде уговора, мада она не наступа аутоматски на основу саме чињенице да је повређено неколико појединачних обавеза.<sup>35</sup> Да ли је у таквој ситуацији заиста дошло до битне повреде је питање на које се одговор има дати у зависности од околности случаја, и од тога да ли услед тога уговорна страна заиста бива лишена користи и интереса које је оправдано очекивала од уговора.<sup>36</sup>

#### **4. Други услов за постојање битне повреде уговора: предвидивост суштинског лишавања**

Члан 25 БК, поред услова суштинског лишавања користи коју је друга уговорна страна оправдано очекивала од уговора, наводи још један услов: уговорна страна која чини повреду је морала предвидети да ће таква повреда довести до суштинског лишавања користи друге уговорне стране. Овај услов је субјективне природе, то јест, захтева установљавање да ли је конкретна уговорна страна, која чини повреду, знала да ће такав поступак имати за последицу суштинско лишавање. Члан 25 БК, међутим, коригује овај услов увођењем објективног критеријума разумног лица. Наиме, чак и када се не може установити да је конкретна уговорна страна предвидела суштинско лишавање, постојаће битна повреда уговора уколико је то могло предвидети разумно лице истих својстава у истим околностима.

Оцена предвидивости последица се може извести на основу самог уговора, али и из околности у којима је уговор закључен или се извршава (Ђирић, 2018: 162). Постојање предвидивости код оне уговорне стране која чини повреду (субјективна предвидивост), је чињеница која се утврђује на основу знања те уговорне стране, њеног личног статуса, искуства и перцепције, као и на основу свих повезаних околности. Када је у питању објективни

---

34 Пресуда Врховног суда у Квинсленду (Аустралија) у предмету *Downs Investments Pty Ltd. v. Perwaja Steel SDN BHD*, бр. 10680 of 1996 од 17. новембра 2000. године (CLOUT case No. 631); пресуда Округног суда Јужног дистрикта Њујорка у предмету *Helen Kaminski Pty. Ltd. v. Marketing Australian Products, Inc. doing business as Fiona Waterstreet Hats*, бр. 1997 WL 414137 од 23. јула 1997. године (CLOUT case No. 187); пресуда Кинеске међународне економске и трговинске арбитражне комисије у предмету *Styrene monomer*, бр. CISG/2002/03 од 04. фебруара 2002. године (CLOUT case No. 986).

35 Пресуда Савезног суда Немачке у предмету *Cobalt sulphate*, бр. VIII ZR 51/95 од 03. априла 1996. године (CLOUT case No. 171).

36 *Ibidem*.

стандард „разумног лица истих својстава“, узима се у обзир целокупни социјално-економски контекст у којем је уговор настао, укључујући религију, језик, културу итд. Исто важи и код тумачења термина „у истим околностима“, где се узимају у обзир сви релевантни спољни фактори, као што су правила и обичаји тржишта, економска ситуација, национална легислатива, претходна сарадња уговорних страна и слично (Will, 1987: 212; Fayyad, 2019: 133).

Конвенција не говори о времену када последице повреде уговора морају бити предвидиве, како за уговорне стране, тако и за разумно лице. Члан 25 Конвенције у том погледу омогућава флексибилан приступ судова и арбитража, да на основу конкретних околности случаја, процене време предвидивости. Судска пракса је установила да је то време закључења уговора<sup>37</sup>, док се у литератури могу пронаћи мишљења да и комуникација и поступци након закључења уговора могу бити меродавни за тумачење времена предвидивости (Ferrari, 2005: 392). Неки аутори сматрају да то може бити и моменат када страна која трпи повреду информише другу уговорну страну о чињеници да је лишена оправдано очекиване користи услед повреде уговора (Honold, 1999: 209). Уговорне стране, међутим, могу у тексту уговора експлицитно предвидети тренутак од ког све информације везане за извршење уговора неће бити релевантне, па самим тим неће утицати на потоње утврђивање предвидивости (Babiak, 1992: 123).

Терет доказивања непредвидивости суштинског лишавања користи лежи на страни која чини повреду уговора: она мора доказати да није предвидела последицу суштинског лишавања, као и то да разумно лице истих својстава и у истим околностима не би предвидело такву последицу.<sup>38</sup> Према становиштву у литератури, оваква интерпретација другог дела члана 25 БК произлази из употребе термина „изузев“ или „уколико“ (енг. *unless*) - ...“изузев ако такву последицу није предвидела страна која чини повреду, нити је може предвидети разумно лице истих својстава у истим околностима“ (Ishida, 2020: 68; Babiak, 1992: 121).<sup>39</sup> Хронолошки, страна

---

37 Пресуда Вишег регионалног суда у Дизелдорфу у предмету *Italian shoes*, бр. 6 U 87/96 од 24. априла 1997. године (CLOUT case No. 275); одлука Кинеске међународне економске и трговинске арбитражне комисије у предмету *Vitamin C*, од 18. августа 1997. године (CLOUT case No. 681).

38 Пресуда Савезног суда Немачке у предмету *Cobalt sulphate*, бр. VIII ZR 51/95 од 03. априла 1996. године (CLOUT case No. 171).

39 Нацрт БК предвиђао је другачију формулацију: „Повреда уговора коју чини једна страна сматраће се битном уколико се њоме проузрокује таква штета другој страни да је суштински лишава онога што је оправдано очекивала од уговора, и ако је такву

која претпостављено трпи повреду уговора дужна је да најпре докаже постојање првог услова из члана 25 БК: суштинско лишавање користи које је оправдано очекивала; након што успешно докаже ту чињеницу, на другој страни је да докаже непредвидивост. Ипак, у одређеним околностима, део терета доказивања се може пренети и на страну која тврди да је дошло до битне повреде уговора. Наиме, било би неправично прихватити тезу по којој је без изузетка довољно да једна уговорна страна само тврди да су последице суштинског лишавања биле предвидиве, док би друга страна истовремено прихватила целокупан терет доказивања супротног. Такав је нарочито случај када се уговорна страна која трпи повреду позива на одређене специфичне околности уговора (на пример, када купац тврди да је продавац требало да зна за специфичности процеса производње, који обавља купац, а у оквиру којег је требало да употреби предметну робу). У таквим ситуацијама, уговорна страна која се позива на битну повреду треба да пређе „минимални праг“ доказивања, односно да своје тврдње учини макар вероватним, како би се потом терет доказивања пребацио на другу уговорну страну.

Увођењем критеријума разумног лица код теста предвидивости, у комбинацији са критеријумом легитимног очекивања користи оштећене стране (који такође егзистира као независни критеријум), редактори Бечке конвенције су донекле креирали контрадикторни нормативни амбијент. Наиме, логично је претпоставити да ће разумно лице предвидети легитимна (и истовремено разумна) очекивања користи друге уговорне стране. Ова околност наводи на закључак да критеријум предвидивости формално фигурира у тексту члана 25 БК, док му је суштинска функција истовремено значајно лимитирана (Ishida, 2020: 67). Многи писци се слажу да се непредвидивост и не може доказати, и да представља неделотворно средство у одбрани стране која чини повреду уговора (Malkawi, 2020: 34). Страни која чини повреду уговора ће тешко бити да докаже да разумно лице истих својстава и у истим околностима није могло предвидети суштинско лишавање легитимних очекивања.

---

последицу предвидела страна која чини повреду, или је предвидело разумно лице истих својстава у истим околностима.“ Наведена формулација из Нацрта Конвенције указује да је терет доказивања предвидивости на страни која трпи повреду уговора. Током преговора, од оваквог концепта се одустало и усвојена је формулација која је и данас присутна у тексту члана 25 БК.

## 5. Закључак

Битна повреда уговора представља један од најзначајнијих института и појмова садржаних у Конвенцији УН о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године. Иако је ова тема до сада у приличној мери елаборирана путем активности судова, арбитража и академске јавности, постоји стална потреба да се додатно анализира и расветљава, јер и даље представља изразито „живу“ и актуелну област.

Битна повреда уговора дефинисана је чланом 25 Конвенције. Представља посебан или квалификовани облик повреде уговора и може постојати код повреде било које обавезе. Када наступи битна повреда уговора, купац или продавац имају право да раскину уговор.

За постојање битне повреде уговора прво треба да се испуни објективан услов у виду повреде обавезе која је предвиђена уговором или произлази из Конвенције, а која другу уговорну страну суштински лишава оног што је оправдано очекивала од уговора. Повреда треба да изазове губитак или озбиљно умањење користи за другу уговорну страну. Одговор на питање која су очекивања друге стране била оправдана зависи од конкретних околности уговора, обичаја и од одредби БК.

Члан 25 БК, поред услова суштинског лишавања користи коју је друга уговорна страна оправдано очекивала од уговора, наводи још један услов: уговорна страна која чини повреду је морала предвидети да ће таква повреда довести до суштинског лишавања користи друге уговорне стране. Овај услов је субјективне природе, то јест, захтева установљавање да ли је конкретна уговорна страна, која чини повреду, знала да ће такав поступак имати за последицу суштинско лишавање. Члан 25 БК, међутим, коригује овај услов увођењем објективног критеријума разумног лица. Наиме, чак и када се не може установити да је конкретна уговорна страна предвидела суштинско лишавање, постојаће битна повреда уговора уколико је то могло предвидети разумно лице истих својстава у истим околностима. Оцена предвидивости последица се може извести на основу самог уговора, али и из околности у којима је уговор закључен или се извршава.

## Литература и извори

Babiak, A. (1992). Defining Fundamental Breach under the United Nations Convention on

Contracts for the International Sale of Goods. *Temple International and Comparative Law Journal*. 6(1). 113–144.



- Fayyad, M. (2019). Fundamental Breach of Contract in Terms of the UN Sales Convention and Emirates Law: A Comparative Legal Study. *Arab Law Quarterly*. 33.109–151.
- Ferrari, F. (2006). Fundamental Breach of Contract Under the UN Convention on the International Sale of Goods – 25 Years of Article 25 CISG. *Journal of Law and Commerce*. 25/2006. 489–500.
- Ferrari, F. (2005). Fundamental breach of contract under the un sales convention 25 years article 25 cisp. *International Business Law Journal*. 2005(3). 389–400.
- Honnold, J. (1999). *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. The Hague: Kluwer Law International.
- Ishida, Y. (2020). Identifying Fundamental Breach of Articles 25 and 49 of the CISG: The Good Faith Duty of Collaborative Efforts to Cure Defects – Make the Parties Draw a Line in the Sand of Substantiality. *Michigan Journal of International Law*. 41(1). 63–108.
- Jovičić, K. (2018). The Concept of the Fundamental Breach of Contract in the CISG. *Strani pravni život*. 4/2018. 39–50.
- Jovičić, K. (2017). Posebni slučajevi kada se ugovor može raskinuti prema Bečkoj konvenciji. *Strani pravni život*. 1/2017. 51–62.
- Magnus, U. (2005). The Remedy of Avoidance of Contract Under CISG – General Remarks and Special Cases. *Journal of Law and Commerce*. 25. 423–436.
- Malkawi, B. (2020). CISG: The Relation among Cure, Fundamental Breach, and Avoidance. *Journal of Law, Policy and Globalization*. 93. 24–44.
- Pauly, C. (2000). The concept of fundamental breach as an international principle to create uniformity of commercial law. *Journal of Law and Commerce*. 19(2). 221–244.
- Perović, J. (2004). *Bitna povreda ugovora – Međunarodna prodaja robe*. Beograd: Službeni list SCG.
- Perović, J. (2002). Raskid ugovora prema Konvenciji UN o međunarodnoj prodaji robe. *Ekonomski anali*. 155. 163–177.
- Will, M. (1987). Article 25. U Bianca, C.M. i Bonell, M. J. (Prir.). *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention*. Milan: Giuffrè. 209–212.
- Вукадиновић, Р. (2012). *Међународно пословно право*. Крагујевац: Центар за право Европске уније.
- Ђирић, А. (2018). *Међународно трговинско право – Посебни део*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.
- Фишер Шобот, С. (2014). *Право међународне продаје*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

**Uroš Zdravković, LL.D.,**  
*Assistant Professor,*  
*Faculty of Law, University of Niš*

## **DEFINITION OF FUNDAMENTAL BREACH OF CONTRACT ON INTERNATIONAL SALE OF GOODS**

### **Summary**

*The fundamental breach of contract is defined in Article 25 of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), which states: "A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result." When a fundamental breach of contract occurs, the deprived party (seller or buyer) has a right to avoid a contract. Avoidance of contract is the last resort remedy applicable in case other remedies are ineffective.*

*Pursuant to Article 25 of the CISG, there are two criteria which must be fulfilled for a fundamental breach of contract to exist. The first criterion is objective; it comprises two conditions: a) there is a breach of obligation defined in the contract or in the CISG; and b) such a breach substantially deprives the other party of what the party is entitled to expect under the contract. The second criterion is subjective: the breaching party has to foresee such a result. Although this criterion is essentially subjective, it contains an objective element, embodied in the use of the reasonable person standard. Hence, even when the breaching party has not foreseen substantial deprivation of the other party as a result of breach, a substantial breach of contract will be deemed to exist if a reasonable person of the same kind in the same circumstances could have foreseen such a result.*

**Keywords:** *fundamental breach of contract, contract on international sales of goods, CISG, avoidance of contract.*

**Др Милица Вучковић,\***  
Доцент,  
Правни факултет, Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-34336

UDK: 502:347.23  
349.6:347.23

Рад примљен: 08.10.2021.  
Рад прихваћен: 15.12.2021.

## **ЕКОЛОШКА ФУНКЦИЈА ПРАВА СВОЈИНЕ НА НЕПОКРЕТНОСТИМА\*\***

**Апстракт:** *Тема овог истраживања је еколошка функција права својине на непокретностима, отеловљена у два грађанскоправна института. То су sui generis службености анлоамеричког права и реалне (propter rem) облигације француског права. Наведени институти представљају синтезу различитих, више или мање искрених покушаја, да се из свих правних области и правних грана пружи допринос хибридној и иновативној природи еколошког права. Истовремено, грађанскоправни институти са еколошком сврхом представљају доказ да грађанско право, иако најстарија и најутемељенија правна област, а можда и баш као таква, садржи у себи бројне еволутивне могућности.*

**Кључне речи:** *еколошка функција права својине, еколошке стварне службености, еколошке реалне облигације.*

---

\* milica@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања у оквиру ангажовања по Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2021. години, евиденциони број 451-03-9/2021-14/200120.

## 1. Увод

Право заштите животне средине и право својине, пре свега право својине на непокретностима, налазе се у непомућеном непријатељству дуги низ година. То непријатељство тек поједини правни институти преображавају у конструктивну сарадњу (нпр. еколошке реалне облигације из француског права или еколошке стварне службености из англоамеричког права). У већини случајева победу односи или право својине на штету животне средине, или еколошкоправни прописи на штету приватновласничких интереса (Volpé, 2007: 18–25).

Земљиште као основа грађанскоправног појма непокретности је и елемент екосистема и важна компонента животне средине. Земљиште је други по реду најважнији депо нежељеног угљен-диоксида<sup>1</sup>. Његова улога у остваривању „еколошких функција и услуга“ (ecosystem goods and services) је незаменљива<sup>2</sup>. Стручњаци тврде да је удео земљишта у укупним доприносима или услугама екосистема немерљив и да опису те улоге одговара једино термин „бесконечно“: „Земљиште пружа читав спектар екосистемских доприноса који су толико базични за живот да се њихова укупна вредност може изразити једино кроз меру бесконачности“ (Daily, Matson, Vitousek, 1997: 128). Основне функције земљишта у остваривању укупног екосистемског доприноса биолошком и културном опстанку људског друштва састоје се у томе што његове органске компоненте складиште и ослобађају основне животне нутријенте, микроорганизми који у њему живе омогућавају уравнотежено животно окружење за

---

1 Soil: Worth Standing Your Ground for. *Arguments for the Soil Framework Directive*. The European Environmental Bureau, The German League for Nature and Environment. Преузето 07. 07. 2021. <https://eeb.org/>.

2 Под доприносима или услугама екосистема (ecosystem services) подразумевају се „стања и процеси путем којих природни екосистеми подржавају људски живот“, кроз омогућавање основних животних функција екосистема, као што су чишћење, рециклажа и обнављање, и кроз производњу еколошких добара (дрво, морски плодови, природна влакна итд.) и снабдевањем људског друштва различитим културним (естетским, духовним итд.) предностима. Доприноси или услуге екосистема су: чишћење ваздуха и воде, кроз детоксификацију и декомпозицију отпада, транслокација нутријената, одржавање и обнављање земљишта и плодности земљишта, опрашивање усева и природне вегетације, дисперзија семена, одржавање регионалних шаблона падавина, контрола ерозије, очување и одржавање природних станишта биљака и животиња, контрола штеточина које нападају биљке, животиње и људе, заштита од ултравиолетног зрачења, парцијална стабилизација климе, модерација температурних екстрема и снаге ветрова и таласа, и ублажавање поплава и суша. Добра екосистема (ecosystem goods) су: стене и минерали, фосилна горива, дивљач и риба, биљке, вода, ваздух, земљиште и рекреационе, естетске и образовне шансе и могућности (Brown, Bergstrom, Loomis, 2007: 333; De Groot, Wilson, Boumans, 2002: 397–402).

раст биљака и њихову заштиту и доприносе чишћењу воде, уклањању загађивача и производњи неких антибиотика. Земљиште је извор сировина које се употребљавају у различитим делатностима и база различитих активности. Оно је део пејзажа и баштине човечанства и извор је бројних генетских информација<sup>3</sup>. Због тога је земљиште у средишту пажње многих међународних и регионалних организација и предмет веома опсежних и скувих истраживања на међународном, регионалном и националном плану (Jones, Houšková, Bullock, Montanarella, 2005: 3–8)<sup>4</sup>. Изграђени део грађанскоправног појма непокретности – као ентитет зван културно добро, такође се сматра драгоцености у очима еколошког права (Moliner-Dubost, 2015: 173–175).

Резултати нашег истраживања о еколошкој функцији права својине на непокретностима биће изложени кроз две целине овог рада. У првом делу ћемо се бавити појмом непокретности као елемента животне средине. Затим ћемо се осврнути на класична схватања права својине и учење о социјалној и еколошкој функцији права својине, као корективе класичног појма права својине. У другом делу рада се бавимо еколошким службеностима и еколошким реалним облигацијама, као грађанскоправним конкретизацијама еколошке функције права својине на непокретностима.

## **2. Непокретност као елемент животне средине. Еколошка функција права својине на непокретностима.**

Појам непокретности сматра се чврсто утемељеном правном категоријом, чија дефиниција делује апстрактно и далеко, због чега су можда стари римски правници и избегавали да дефинишу појаве у свету права. Могло би се рећи да је најбоље време и најбољи начин да их разумемо ово садашње, време еколошких катастрофа, и начин на који свет посматрају сви посленици заштите животне средине. Тако се грађанскоправни појам непокретности окружује ауром свакодневице.

### **2.1. Појам непокретности**

Појам права својине и његова садржина су са чврстим и веома старим правним утемељењем опстали и чине срж и модерних схватања која

---

3 Soil: Worth Satnding Your Ground for. *Arguments for the Soil Framework Directive*. The European Environmental Bureau, The German League for Nature and Environment. Преузето 07. 07. 2021. <https://eeb.org/>.

4 European Environment Agency. *Land Accounts for Europe 1990-2000. Report No 11/2006*. Преузето 13. 07. 2021. [https://www.eea.europa.eu/publications/eea\\_report\\_2006\\_11](https://www.eea.europa.eu/publications/eea_report_2006_11).

се наслањају на ове традиционалне правне концепције. Због тога их не можемо занемарити ни у истраживању еколошке функције права својине на непокретностима.

У грађанском праву непокретност као јединствен правни појам састоји се из две компоненте. Једна компонента, коју можемо назвати носећом, јер без ње нема грађанскоправног појма непокретности, јесте земљиште. Друга компонента, која се може сматрати акцесорном, с обзиром на то да не може самостално представљати непокретност, јесу грађевине, засади и други објекти који су трајно и чврсто спојени са земљиштем. У аустријском праву непокретношћу се сматрају земљиште са надградњом трајног карактера („куће и друге грађевине са ваздушним простором изнад у вертикали“) и вегетацијом на земљишту („трава, дрвеће, воће и друге корисне ствари које даје земља, док се не одвоје од ње“), чак и дивљач у шуми и риба у рибњаку (док се не упеца, односно улови)<sup>5</sup> (Koziol, Welser, Kletečka, 2014: 268–269). У праву Немачке непокретност такође представља сложен објекат састављен од земљишта и ствари које су трајно и чврсто спојене са земљиштем („нарочито: зграде, вегетација и други производи земљишта, све док су спојени са земљиштем“)<sup>6</sup> (Zerres, 2019: 467–469). По француском грађанском закону, непокретности су земљиште и грађевине, при чему је неопходно да између грађевине и земљишта постоји чврста веза, која не мора да и буде и трајна<sup>7</sup> (Cornu, 2018: 465, 469). Сличне дефиниције садрже и други грађански законици и закони<sup>8</sup>.

5 Пар. 295-297 ABGB-a, *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*. Преузето 13. 07. 2021. <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>.

6 §94, §95 BGB-a, *Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)*. Преузето 13. 07. 2021. <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.

7 Cass.com. 10 juin 1974 no 73-10.696. <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006992650>.

8 Хрватски Закон о власништву и другим стварним правима у чл. 2, ст. 3 нормира: „Некретнине су честице земљине површине, заједно са свиме што је са земљиштем трајно спојено на површини или испод ње, ако законом није друкчије одређено.“ Иста таква је дефиниција и у Федерацији БиХ, по Закону о стварним правима ФБиХ, као и у Републици Српској, по њиховом Закону о стварним правима. У оба случаја је у питању чл. 6, ст. 2. Преднацрт Грађанског законика Републике Србије чл. 132 предлаже нормативни појам непокретности на следећи начин: „Непокретне су оне ствари које се не могу преместити са места на место без повреде њихове суштине. Непокретности су земљишне парцеле, а зграде или други грађевински објекти који су изграђени као трајни објекти су прираштаји земљишта. Непокретност и ствари трајно спојене са њом чине јединствену ствар и у правном промету, по правилу, имају исту правну судбину. Непокретности су земљишта и зграде“.

У еколошком праву непокретност се сматра физичким ентитетом одређеним параметрима топографије и простора<sup>9</sup>.

## **2.2. Садржина и обим права својине на непокретностима**

Својина на непокретности се по дефиницији не разликује од својине на другим стварима. Већина грађанских законика регулише најширу могућу правну власт титулара на ствари. Тако, BGB предвиђа да власник ствари може, у мери у којој се томе не противе закон или права трећих лица, располагати са ствари по својој вољи, и искључити сва трећа лица од утицаја на њу, као и да се право својине на земљишту простире изнад површине и испод површине земљишта<sup>10</sup>. Code Civil (Art. 544) дефинише својину на следећи начин: „Право својине је право уживања и располагања стварима на најапсолутнији начин, под условом да се не врши употреба забрањена законима и уредбама.“ У овој, најчувенијој дефиницији права својине, садржана су и ограничења овог права: „(...) под условом да се не врши употреба забрањена законима и уредбама.“<sup>11</sup> Грађански законик Луксембурга је исказао еколошку свест својих састављача, када је у дефиницију права својине укључио и суседскоправна ограничења: „Право својине је право коришћења и располагања стварима, под условом да се не врши употреба забрањена законом и уредбама, или да се суседству узрокују сметње (и штете) којима се прекорачује граница нормалних, уобичајених суседских сметњи, којима се нарушава равнотежа између једнаких права.“<sup>12</sup>

Закон о власништву и другим стварним правима Републике Хрватске је укључио у своје одредбе и чувену немачку уставноправну обавезу власника, предвидевши, у оквиру правила о општим ограничењима права својине, да право својине обавезује и да је власник дужан да при вршењу овог права обзирно поступа према општим и туђим интересима који нису у супротности са његовим правом<sup>13</sup>. Ипак, хрватски законодавац се није

---

9 *Agenda 21*, Chapter 10: „Integrated Approach to the Planning and Management of Land Resources“. Ови „ентитети“ у појмовнику Агенде интегришу у својим оквирима и земљиште, минерале, воду и биљни и животињски свет, а наведене компоненте формирају екосистеме са бројним функцијама, односно улогама и доприносима животу на земљи (ecosystem services).

10 §903 *Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)*. Преузето 13. 07. 2021. <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.

11 Art. 544 *Code civil français*. Преузето 13. 07. 2021. <https://www.legifrance.gouv.fr/>

12 Art. 544 *Code civil luxembourgeois*. Преузето 06. 07. 2021. <https://legilux.public.lu/>.

13 Чл. 30 Закона о власништву и другим стварним правима Републике Хрватске, *Narodne novine* 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09,

задржао на општим ограничењима овог права, већ је, врло прецизно и готово казуистички, регулисао и посебна ограничења права својине, при чему садржина ових ограничења указује на постојање брига о заштити животне средине и свести да грађанско право никако не треба занемарити због његовог приватноправног карактера у регулисању ове области. Тако, предвиђено је, у оквиру посебних ограничења права својине, да власник не сме при вршењу овог права прекорачити границе које су свим власницима оваквих ствари постављене законом са циљем заштите интереса и сигурности државе, природе, животне средине и здравља људи. Уколико је објект његовог права ствар која је прописима утврђена као посебно значајна за интересе државе, и поводом чијег коришћења је успостављен посебан режим, он је дужан да се при вршењу права својине управља по том режиму, уз право на накнаду због трпљења таквих ограничења. Чак је предвиђена и могућност секвестрирања ствари у погледу које је предвиђено да је власник мора третирати на нарочит начин због њеног посебног значаја за интересе и сигурности државе, природе, споменика културе, животне средине или здравља људи, а он за то није заинтересован, нити постоји могућност принудног подвргавања власника тим нарочитим обавезама поводом ствари<sup>14</sup>.

### ***2.3. Непокретност као елемент животне средине***

Иако припадају општем појму ствари, и својина на њима се управља према општим правилима о садржини, вршењу и ограничењима права својине, непокретности се одликују особинама које их издвајају од осталих ствари, те се својина на непокретностима мора донекле засебно посматрати.

Вршење права својине на непокретности има утицаја и на околину из разлога што база грађанскоправног појма непокретности – земљиште, природно представља целину, и само је вештачки, применом правних и техничких прописа, подељено на парцеле различитих власника и корисника. Свака непокретност има своју правну сферу, али и своју животну средину, коју дели са животним окружењем других. Земљиште представља компоненту животне средине, и незаобилазан је објект регулисања у еколошком праву.

Шта је животна средина? Наизглед једноставно питање на које се привидно може дати једноставан одговор. Довољно прецизну и коначну дефиницију

---

153/09, 143/12, 152/14.

14 Чл. 32 Закона о власништву и другим стварним правима Републике Хрватске, *Narodne novine* 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14.



животне средине признају да не могу дати ни стручњаци у области права заштите животне средине, при чему је олакшавајућа околност та да се ради о растељивом и променљивом појму, и у простору и у времену, што ипак не омета непрекидан и веома плодан развој међународног и националних права заштите животне средине (Moliner-Dubost, 2015: 36). Овај појам се претежно описује кроз набрајање елемената који се сматрају њеним саставним деловима. Тако, по Конвенцији о грађанскоправној одговорности за штету проистеклу из активности опасних по животну средину, животну средину чине ове компоненте: природни елементи, биотски и абиотски, као што су земљиште, флора, фауна и природни процеси и интеракције, и антропогени елементи – имовина која представља део културне баштине, као карактеристични аспекти пејзажа<sup>15</sup>. Са становишта правне науке прилично неодређену, али суштински најтачнију описну дефиницију животне средине дао је Међународни суд правде, у мишљењу о законитости употребе или претње употребе нуклеарног оружја. Овај суд је у свом саветодавном мишљењу животну средину описао као животни простор садашњих и будућих генерација људских бића: „Животна средина није апстракција, већ представља животни простор, квалитет живота и здравља људских бића, укључујући и нерођене генерације.”<sup>16</sup>

У преамбули Штокхолмске декларације наглашено је да су обе компоненте животне средине, и природни и антропогени, суштински важни за благостање човечанства и за уживање основних људских права, чак и самог права на живот.

Закључили смо да елементе животне средине, у њеном појму, прихваћеном у дескриптивном виду, можемо поделити у две групе, групу природних и групу антропогених елемената. Природни елементи животне средине су: ваздух, вода, земљиште, заштићени природни простори и станишта, флора и фауна и екосистеми (Moliner-Dubost, 2015: 36, 42, 252–257). Антропогени елементи животне средине су културна и археолошка баштина и материјална добра (ствари) (Moliner-Dubost, 2015: 170–189).

Можемо приметити да у обе групе сусрећемо непокретности, земљиште са различитим вегетативним акцесоријумима на страни природних елемената животне средине, и непокретна културна добра на страни антропогених елемената. У оба случаја, врло су бројни прописи који

---

15 Article 2(10) *Convention on Civil Liability for Damage resulting from Activities Dangerous to the Environment*. Преузето 28. 09. 2021. <https://www.ecolex.org/>.

16 International Court of Justice. *Legality of the Threat or use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996*. Преузето 01. 08. 2021. <https://www.icj-cij.org/en/case/95>.

регулишу вршење права својине и ограничења у том вршењу, са циљем заштите животне средине и очувања одговарајућег нивоа њеног квалитета.

#### ***2.4. Еколошка функција права својине на непокретностима***

Еколошка функција права својине на непокретности је релативно нова функција својине. Може се посматрати и као продужетак њене социјалне функције и као засебна друштвена и правна категорија. Она је резултат стремљења, на готово свим пољима људске делатности, инспирисаних покретима и пројектима за заштиту животне средине, и правно утемељена са оформљењем и применом права заштите животне средине. Она је доживела, било под тим називом, било у неким другим видовима, приличну научну елаборацију, пре свега у француском и англоамеричком праву. Тако, схватање о прогресивној својини, полазећи од класичног схватања језгра појма приватне својине, установљава скуп хуманих вредности и људских односа којима својина треба да служи и да их обликује. Те вредности се односе на индивидуалне интересе, потребе и развој људске личности, али подразумевају моралну и друштвену одговорност, укључујући и одговорност за одрживи развој и утицај вршења права својине на стање животне средине (Alexander, Penalver, Singer, Underkuffler, 2009: 743–744). У том смислу се говори и о одрживом стварном праву (Akkermans, 2018: 2–3). Еколошка функција права својине подразумева обавезу на еколошку свесност власника при вршењу прерогатива које му дају грађански законици, или усклађеност вршења права својине са начелима еколошког права. У француској правној теорији се истиче да ова функција има два вида, да се јавља као пасивна еколошка функција и као активна еколошка функција. Пасивна еколошка функција подразумева подвргавање вршења права својине еколошкоправним ограничењима, чак и њихово интернализовање у састав појма права својине, док се активна еколошка функција односи на активно и свесно усмеравање вршења појединих својинских овлашћења на остваривање циљева и вредности права заштите животне средине (Grimonprez, 2015: 542–545, 548–550). Полазећи од оваквих схватања еколошке функције права својине, институти које у овом раду истражујемо могли би се сматрати реализацијом активне еколошке функције права својине на непокретности.

Сматрамо вредном помена и теорију о праву својине као дрвету. У овој теорији право својине је сликовито представљено као разгранато дрво. Његово стабло чине класична својинска овлашћења у језгру, са омотачем састављеним од забране наношења штете другоме вршењем права својине и забране злоупотребе права. Гране су различити посебни својински режими одређени врстом ствари и посебним функцијама права својине у

оквиру социјалне функције (Di Robilant, 2013: 872). Овако схваћеном праву својине могу се доделити бројни задаци и ограничења у циљу остваривања њене еколошке функције, у зависности од врсте ствари, окружења и историјске епохе.

### **3. Еколошке службености и еколошки реални терети**

Непокретности као елемент животне средине представљају један од најважнијих носилаца еколошких функција и добара. Када се ради о непокретностима у приватној својини, њихов допринос очувању животне средине по правилу зависи од јачине притиска јавноправних прописа. Међутим, те непокретности од XIX века до данас припадају свету који је створен индивидуализмом грађанских кодификација. Приватни интерес је још увек суверени покретач економске добробити, тако да прописи еколошког права, као јавног права, наилазе на велики отпор. Због тога се као могуће решење намеће примена инструмената стварног права. Њима би требало помирити економске циљеве са еколошким нужностима. То се показало добрим подухватом, за шта је пример институт еколошке службености у праву САД (*conservation easements*). По узору на ове службености, слични институти су настали и у Канади и у Француској. У француском праву је такође у питању институт грађанског права, сличан службеностима, али прилично оспораван због асоцијација на феудални својински систем. То је институт реалних облигација, у овом случају стављених у службу еколошке заштите, због чега и назив еколошке реалне облигације – *obligation reelle environnementale*.

#### **3.1. Еколошке службености**

Еколошке службености настале су у САД 30-их година прошлог века. Оне су специфичан институт који се не уклапа у традиционалне стварноправне форме *common law*-а, и представљају револуционарну новину која се само донекле наслања на постојеће институте (Morrisette, 2001: 375). Њихов постанак био је инспирисан потребом да се приватна својина мотивише одговарајућим њој својственим интересом за заштиту животне средине на непокретности. Ову потребу је створила емпиријски потврђена чињеница да се велики број екосистема налази на непокретностима у приватном власништву и да велики број ових непокретности заслужује етикету еколошки осетљивог подручја (Morrisette, 2001: 374–375). Поред заштите биолошке, односно природне компоненте животне средине, у неким државама САД се еколошке службености примењују и на заштиту антропогеног, људски створеног елемента, који можемо схватити као

непокретну културну баштину човечанства (Morrisette, 2001: 384). Иако је већина америчких држава усвојила своје законе који садрже различите дефиниције ових службености, ми ћемо парафразирати дефиницију њиховог појма коју је дао *Uniform Conservation Easement Act* (UCEA). По овој дефиницији, еколошка службеност је непосесорни стварноправни инструмент који се конституише искључиво на непокретностима, и који намеће ограничења и позитивне обавезе власнику оптерећене непокретности, да се уздржава од вршења појединих својинских овлашћења или да предузима конкретне чинидбе, са циљем очувања еколошки вредних потенцијала непокретности. Конкретно, циљеви еколошких службености могу бити: очување и заштита природних и пејзажних вредности непокретности, обезбеђење њене расположивости или доступности за употребу у пољопривреди и шумарству, за рекреацију и друге активности на отвореном простору, заштита природних извора, одржавање и побољшавање квалитета ваздуха или воде, очување историјских, архитектонских, археолошких или културних потенцијала непокретности<sup>17</sup>.

Када говоримо о правној природи еколошких стварних службености са становишта европскоконтиненталног права, можемо закључити да су оне најприближније реалним теретима, док их амерички правници сматрају новом творевином која се не уклапа у познате стварноправне институте (*easements, real covenants, equitable servitudes*), већ се најприближније може означити као *negative easements in gross*. То је комбинација двеју засебних врста службености: негативне стварне службености и личне службености, што значи да оптерећује непокретност у смислу забране предузимања одређених активности на њој, али не у корист неке друге непокретности. Титулар је, по правилу, добротворна организација – *land trust*. *Negative easement in gross* не постоји у америчком стварном праву, и заправо се сматра аномалијом (Morrisette, 2001: 382), већ постоје два засебна института: *negative easement* и *easement in gross*. *Negative easement* из права САД је правна појава која се поклапа са институтом негативне стварне службености континенталног права, што значи да представља стварноправно оптерећење на једној непокретности, које ограничава власника те непокретности да ову користи на одређени начин и у одређеној мери. То је истовремено карактеристика и еколошке службености, и једина њихова заједничка црта (Morrisette, 2001: 382). *Easement in gross* је институт англоамеричког права коме у европскоконтиненталном праву најприближнији пандан представљају личне службености, због тога што

---

17 §1 *Uniform Conservation Easement Act (UCEA)*. Преузето 21. 07. 2021. [https://knrc.org/wpcontent/uploads/2015/08/Uniform\\_Conservation\\_Easement\\_Act\\_UCEA.pdf](https://knrc.org/wpcontent/uploads/2015/08/Uniform_Conservation_Easement_Act_UCEA.pdf).

код овог института постоји само послужно добро (servient estate), а корист од примене стварноправног ограничења везује се за личност титулара – физичко или правно лице, у конкретном случају земљишни траст (land trust). Међутим, у праву САД easements in gross подразумевају готово искључиво доделу права на одређене комерцијалне позитивне чинидбе које користе некој трговачкој делатности (нпр. право постављања каблова за провођење електричне енергије или за одржавање компјутерског система итд.) (Morrisette, 2001: 380–381).

Установљењем еколошке службености на непокретности, власник се, уз испуњеност и других одговарајућих услова, квалификује за значајно умањење пореског терета. То се сматра најважнијим разлогом њихове велике популарности (McLaughlin, Cheever, 2015: 119). Због могућих злоупотреба, предвиђени су строги услови. У параграфу 170 захтева се најпре да се ради о добродиној службености конституисаној ради одређених еколошких циљева, у корист „квалификоване“ организације. Еколошка стварна службеност мора бити трајног карактера. Допуштени еколошки циљеви (permitted conservation purposes) су: очување земљишта за рекреацију и образовање шире јавности, заштита релативно природног станишта риба, дивљих животиња и биљака или других сличних екосистема, очување отворених простора, укључујући и фарме и шуме. Уколико је то очување намењено естетском уживању опште јавности, или обухваћено јасно дефинисаном федералном, државном или локалном политиком заштите животне средине и служи значајној јавној добробити, и ради очувања историјски важних непокретности или сертификованих историјских структура<sup>18</sup>. Износ умањења пореза једнак је вредности еколошке службености, која се утврђује проценом вредности непокретности пре и после установљења службености, па је износ пореског умањења једнак разлици тих двеју вредности. Квалификоване организације су правна лица јавног права и приватне организације чији циљ деловања је очување и заштита природних и културних друштвених ресурса (Morrisette, 2001: 394). То су у највећем броју случајева тзв. „земљишни трастови“ (land trusts), приватне непрофитне организације чија се делатност састоји у активностима и пројектима за очување земљишта и екосистема на њима<sup>19</sup>.

---

18 §170, h, 4, A *Internal Revenue Code, Title 26, United States Code. (26 U.S.C.)*. Преузето 24. 07. 2021. <https://www.govinfo.gov/app/details/USCODE-2009-title26>.

19 *Land Trust Alliance*. Посећено 24. 07. 2021. <https://www.landtrustalliance.org>. *Montana land reliance*. Посећено 24. 07. 2021. [www.montanalandreliance](http://www.montanalandreliance), *Jackson hole land Trust*. Посећено 24. 07. 2021. [www.jhlaqndtrust](http://www.jhlaqndtrust), *The Nature conservancy of California*. Посећено 24. 07. 2021. [www.tnc.org](http://www.tnc.org).

По овом акту еколошке службености се конституишу, мењају, преносе и гасе као и све друге службености. Правило је да су трајног карактера, с тим што суд може, у складу са принципима права и правичности, донети одлуку о изменама и престанку службености. Најчешћи разлог јесу промењене околности које значајно утичу на непокретност и њено окружење, престанак постојања титулара еколошке службености или престанак служења општем добру (McLaughlin, 2005: 424).

### **3.2. Еколошке реалне облигације**

Одредбама Еколошког законика Републике Француске регулисано је да сваки власник непокретности може закључити уговор са правним лицем или другом врстом јевноправне организације, или са правним лицем приватног права, чија се делатност налази у сфери заштите животне средине, са циљем конституисања, на његову и на терет његове непокретности (дакле и на терет свих потоњих власника те непокретности), одговарајућу реалну облигацију, која има за циљ очување, одржање, управљање или рестаурацију елемената биодиверзитета или еколошких функција<sup>20</sup>. Овај институт у француском праву представља конкретизацију опште дужности грађана, предвиђене уставом, да допринесу заштити животне средине, у којој је садржан и извор еколошке функције права својине на непокретности: „Свако је дужан да узме учешћа у очувању и побољшању животне средине.“<sup>21</sup>

Еколошке реалне облигације једнако су намењене титуларима приватне и титуларима јавне својине. Сауговарачи власника који се добровољно ангажује уговором о еколошкој реалној облигацији могу бити држава, општине, департмани, региони, различита удружења која се баве заштитом животне средине, национални паркови итд. Сауговарач такође преузима обавезе закључењем овог уговора, и оне се могу састојати у одговарајућем давању у новцу или у натури, другим чинидбама и у пружању стручне и техничке помоћи и подршке (Reboul Maupin, Grimonprez, 2016: 2080–2082). Законом је прописана обавезна минимална садржина уговора о еколошкој реланој облигацији. Мора садржати дефинисане обавезе уговарача, одређено време трајања и предвиђену могућност измене и раскида због одређених околности. Сврха еколошких реалних облигација је заштита еколошких функција и елемената биодиверзитета. Конкретне обавезе власника могу се састојати у чињењу (подизање или одржавање живих

20 Art. L132-3 *Code de l'environnement*. Преузето 23. 08. 2021. <https://www.legifrance.gouv.fr/>

21 Art. 2 *Charte de l'environnement de 2004*. Преузето 23. 08. 2021. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/>.

ограда, гајева или шумарака ради очувања еколошког континуитета, отварање ограђених терена да би се омогућило кретање појединих сорти фауне, рестаурација баре, одржавање типа земљишта које је погодније за одређене биодиверзитете, формирање кишних башти, стварање погодних станишта за поједине биљне и животињске врсте) и у нечијењу (удржавање од грађења на оптерећеном земљишту, удржавање од уклањања, премештања или уништавања појединих елемената биодиверзитета, удржавање од исушивања зоне хумидитета, од употребе штетних хемијских супстанци итд.). Уговор мора бити закључен у форми нотарске исправе и мора бити уписан у јавни регистар непокретности.

Постојање обавеза које терете непокретности и могу се састојати у различитим чинидбама, као и одсуство повласне непокретности, удаљује овај институт од службености, којима је врло сличан (Reboul-Maupin, Grimonprez, 2016: 2074; Lvovschi-Blanc, Vignon, 2016: 23–24). У француском праву он се ипак не сматра неком специфичном службеношћу већ подврстом *proprieté* облигација, врстом личноправног терета власника непокретности, који је реалан у смислу да се везује за право својине на непокретности, без обзира на то ко је њен власник у конкретном случају. Његова правна природа није спорна, што можда не иде на руку теоретичарима грађанског права, који, ако и нису до сада, можда баш у тренутку писања ових речи налазе нешто спорно у њему.

#### 4. Закључак

Еколошка функција права својине је ново поље истраживања (које представља прави изазов) за једног посленика грађанскоправне мисли. Еколошко право, као новија научна дисциплина, за своју пуноћу и кохерентност може да захвали, између осталих, и грађанском праву. Грађанско право, као најстарија и најчвршће утемељена правна област и научна дисциплина, носи у тим својим особинама, као што свака врлина носи додатак неке мане, конзервативност. Због тога тешко прилагођава своје правне институте модерним друштвеним и правним појавама, иако их несебично даје на послугу, али без икаквог свог ангажовања у њиховом прилагођавању тим новим појавама. Поред конзервативизма, за ригидност у сусретима са новим стварностима грађанско право може да криви и три своја стуба – приватну својину, индивидуализам и аутономију воље. Због тога често са жаљењем констатујемо да приватна својина и животна средина непрекидно ратују, са неједнаким резултатима али чешћим тријумфима својине.

Ово скромно истраживање представљало је покушај излагања из зачараног круга и откривања еволутивних могућности грађанског права. Доказ за постојање еволутивних потенцијала за којима смо трагали јесу два института која смо у кратким цртама, у складу са могућностима овог рада, представили – еколошке службености и еколошке реалне облигације. Ови институти делују као успешно средство помирења наших љутих непријатеља, и то без примене силе и на обострану корист. Њихово креирање и примена носе важну поруку, а то је да непокретности грађанског права треба у будућим научним елаборацијама, законодавним пројектима и пракси увек посматрати као оно што у стварности јесу – земљиште са надградњом или вегетацијом, смештено у одређено окружење, које је животна средина и те непокретности и животна средина свих.

### **Литература и извори**

- Akkermans, B. (2018). Sustainable property law? *European property law journal*. 7(1). 2–3.
- Alexander, G. S. (2003). Property as a Fundamental constitutional Right? The German Example. *Cornell Law Faculty Working Papers*. 4. 1–62.
- Alexander, G. S. Penalver, E. M. Singer, J. W. Underkuffler, L. S. (2009). A Statement of Progressive Property. *Cornell Law Reviev*. 4 (94). 743–744.
- Bertrand, M. (2018). *La protection des sols dans le cadre de l'Union européenne*. Lyon: Université Lyon 3, J. Moulin: Thèse de Doctorat.
- Brown, T. C. Bergstrom, J. C. Loomis, J. B. (2007). Defining, Valuing and Providing Ecosystem Goods and Services. *Natural Resources Journal*. 47. 329–376.
- Volpé, J. R. (2007). *Conflit émergent entre la propriété privée et la protection de l'environnement: Les appropriations de fait causées par les réglementations environnementales*. Moncton: Thèse.
- Grimonprez, B. (2015). La fonction environnementale de la propriété. *RTDCiv: Revue trimestrielle de droit civil*. 3. 539–550.
- Di Robilant, A. (2013). Property: A Bundle of Sticks or a Tree? *Vanderbilt Law Review*. 66. 869–932.
- Daily, G. Matson, P. Vitousek, P. (1997). Ecosystem Services Supplied by Soil. In Daily, G. (ed.). *Nature services: Societal Dependence on Natural Ecosystems*. Washington, D. C. Covelo, California: Island Press. 113–133.
- De Groot, R. S. Wilson, M. A. Boumans, R. M. J. (2002). A Typology for the Classification, Description and Valuation of Ecosystem Functions, Goods and Services.



*Ecological Economics. Special Issue: The Dynamics and Value of Ecosystem Services: Integrating Economic and Ecological Perspectives.* 41. 393–408.

Jones, R. J. A. Houšková, B. Bullock, P. Montanarella, L. (2005). *Soil Resources of Europe*. Ispra: The European Soil Bureau.

Koziol, H. Welsch, R. Kletečka, A. (2014). *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht*. Wien: MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Lvoyschi-Blanc, C. Vignon, V. (2016). L'obligation réelle environnementale. *Le bulletin chevreux notaires*. 4. 20–28.

McLaughlin, N. (2005). Rethinking the Perpetual Nature of Conservation Easement. *Harvard Environmental Law Review*. 29. 422–521.

McLaughlin, N. Cheever, F. (2015). An Introduction to Conservation Easements in the United States: A Simple Concept and a Complicated Mosaic of Law. *Journal of Law, Property and Society*. 1. 107–186.

Merenlender, A. M. Huntsinger, L. Guthay, G. Fairfax, S. K. (2004). Land Trusts and Conservation Easements. Who is Conserving What for Who? *Conservation Biology*. 1 (16). 65–75.

Moliner-Dubost, M. (2015). *Droit de l'environnement*. Paris: Dalloz.

Morrisette, P. M. (2001). Conservation Easements and the Public Good: Preserving the Environment on Private Lands. *Natural Resources Journal*. 2 (41). 373–426.

Planiol, M. Ripert, G. (1952). *Traité pratique de droit civil Français, Tome III, Les Biens*. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence.

Račinska, I. Vahtrus, S. (2018). *The Use of conservation Easements in the European Union*. Berlin: ELCN – European Private Land Conservation Network.

Rebouil-Maupin, N. Grimonprez, B. (2016). L'obligation réelle environnementale: chronique d'une naissance annoncée. *Recueil Dalloz*. 2074–2083.

Thiel, F. (2011). Property Entails Obligation: Land and Property Law in Germany. *European-Asian Journal of Law and Governance*. 1. 77–89.

Hagan, M. Brady, J. (2019). Facing the Growing Tension between Conservation Easements and the Common Law. *Kentucky Law Journal*. 2 (108). 335–369.

Hamilton, J. E. (2008). *Conservation Easement Drafting and Documentation*. Washington, DC: Land Trust Alliance.

Cornu, G. (2018). *Vocabulaire juridique*, Paris: Presses Universitaires de France.

Zerres, T. (2019). *Bürgerliches Recht*. Berlin: Springer.

**Прописи:**

*Agenda 21*. Преузето 13. 07. 2021. <https://sustainabledevelopment.un.org/outcomedocuments/agenda21>.

*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*. Преузето 13. 07. 2021. <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>.

*Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)*. Преузето 13. 07. 2021. <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>

*Charte de l'environnement de 2004*. Преузето 23. 08. 2021. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/>.

*Code civil français*. Преузето 06. 07. 2021. <https://www.legifrance.gouv.fr/>

*Code civil luxembourgeois*. Преузето 06. 07. 2021. <https://legilux.public.lu/>.

*Code de l'environnement*. Преузето 23. 08. 2021. <https://www.legifrance.gouv.fr/>

*Convention européenne du paysage*. 2006. Преузето 06. 07. 2021. <https://rm.coe.int/168008062a>.

*Convention on Civil Liability for Damage resulting from Activities Dangerous to the Environment*. Преузето 28. 09. 2021. <https://www.ecolex.org/>.

*Internal Revenue Code, Title 26, United States Code. (26 U.S.C.)*. Преузето 24. 07. 2021. <https://www.govinfo.gov/app/details/USCODE-2009-title26>.

*Stockholm Declaration*. Преузето 01. 08. 2021. <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/29567/ELGP1StockD.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

UNESCO Convention Concernant la Protection du Patrimoine mondial culturel et naturel. 1972. Преузето 06. 07. 2021. <https://whc.unesco.org/fr/convention-texte/>

*Uniform Conservation Easement Act (UCEA)*. Преузето 21. 07. 2021. [https://knrc.org/wpcontent/uploads/2015/08/Uniform\\_Conservation\\_Easement\\_Act\\_UCEA.pdf](https://knrc.org/wpcontent/uploads/2015/08/Uniform_Conservation_Easement_Act_UCEA.pdf).

Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske, *Narodne novine* 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14.

Закон о стварним правима Републике Српске. *Сл. гласник РС*. бр. 124.2008, 3. 2009 - испр., бр. 58.2009, 95.2011, 60.2015, 18.2016 - одлука УС бр. 107. 2019.

Закон о стварним правима ФБиХ. *Службене новине Федерација БиХ*. бр. 66. 2013 и бр. 100. 2013.

*Преднацрт Грађанског законика Републике Србије*. Преузето 13. 07. 2021. [www.paragraf.rs](http://www.paragraf.rs)

**Судске одлуке:**

Cass.com. 10 juin 1974 no 73-10.696. Преузето 13. 07. 2021. <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006992650>.

Електронски извори:

European Environment Agency. *Land Accounts for Europe 1990-2000. Report No 11/2006*. Преузето 13. 07. 2021. [https://www.eea.europa.eu/publications/eea\\_report\\_2006\\_11](https://www.eea.europa.eu/publications/eea_report_2006_11).

International Court of Justice. *Legality of the Threat or use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996*. Преузето 01. 08. 2021. <https://www.icj-cij.org/en/case/95>.

*Land Trust Alliance*. Посећено 24. 07. 2021. <https://www.landtrustalliance.org>. *Montana land reliance*. Посећено 24.07.2021. [www.montanalandreliance.org](http://www.montanalandreliance.org), *Jackson hole land Trust*. Посећено 24. 07. 2021. [www.jhlaqndtrust.org](http://www.jhlaqndtrust.org), *The Nature conservancy of California*. Посећено 24. 07. 2021. [www.tnc.org](http://www.tnc.org).

Soil: Worth Satnding Your Ground for. *Arguments for the Soil Framework Directive*. The European Environmental Bureau, The German League for Nature and Environment. Преузето 07. 07. 2021. <https://eeb.org/>.

**Milica Vučković, LL.D.,**  
*Assistant Professor,*  
*Faculty of Law, University of Niš*

## **ENVIRONMENTAL FUNCTION OF LAND OWNERSHIP**

### **Summary**

*Subject of this research is the environmental function of land ownership, materialised in two civil law institutes. These are sui generis easements of common law and propter rem obligations of french law. Those institutes are a sintesis of different, more or less sincere strivings to give contributions to the Environmental Law from all of the fields of law studies. At the same time, civil law institutes attest to the great evolutive potentials of Civil Law, despite it being so old branch of law.*

**Keywords:** *environmental function of the ownership right, conservation easements, environmental real obligations.*

**Др Зоран Радивојевић,\***  
Редовни професор,  
Правни факултет, Универзитет у Нишу  
**Др Небојша Раичевић,\***  
Редовни професор,  
Правни факултет, Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-35063

UDK: 341.3:623.4  
Раd примљен: 23.11.2021.  
Раd прихваћен: 08.12.2021.

## **ПРАВНИ РЕЖИМ МЕЂУНАРОДНЕ ХУМАНИТАРНЕ ПОМОЋИ У ОРУЖАНИМ СУКОБИМА\*\***

**Апстракт:** Правни режим међународне хуманитарне помоћи која се пружа у току оружаних сукоба заснива се на неколико општих правних начела. То су руководни принципи који важе у свим околностима и ситуацијама независно од карактера оружаног сукоба. Поред њих, међународна хуманитарна помоћ регулисана је низом посебних правила која обухватају различите аспекте њеног пружања током оружаних сукоба. Притом постоји разлика између правила која регулишу операције хуманитарне помоћи у међународним оружаним сукобима и оних која важе у немеђународним сукобима. Прва група правила је далеко бројнија и разрађенија и њима су детаљно уређена различита питања у вези са акцијама помоћи. Кад је реч о немеђународним оружаним сукобима, правила о хуманитарној помоћи знатно су малобројнија, краћа и уопштенија.

**Кључне речи:** хуманитарна помоћ, оружани сукоби, међународно хуманитарно право, цивилно становништво, Женевске конвенције, Допунски протоколи.

---

\* zoranr@prafak.ni.ac.rs

\* raicko@prafak.ni.ac.rs

\*\* Раd је настао као резултат финансирања од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС према уговору евиденциони број 451-03-9/2021-14/200120.

## 1. Увод

Државе имају обавезу да се старају о задовољењу основних потреба становништва како на својој, тако и на територији над којом имају ефективну контролу. То је последица суверености, која поред низа права, државама намеће и одређене обавезе. Дужност задовољења основних потреба становништва постоји не само у мирнодопским условима, већ и током оружаних сукоба. Пошто услед ратних околности државе често нису у стању да становништву под својом јурисдикцијом обезбеде све животне потрештине, поставља се питање да ли и на који начин остале државе и међународне организације могу пружити хуманитарну помоћ угроженим особама. За разлику од интерне, за регулисање ове хуманитарне помоћи која стиже изван граница држава захваћених оружаним сукобима релевантна су међународна правила.

Иако се термин „хуманитарна помоћ” дуго и често употребљава, међународно право не садржи његову дефиницију. Поједине одредбе међународног хуманитарног права (даље: МХП) само *exempli causa* побрајају шта спада у хуманитарну помоћ у појединим ситуацијама, без нуђења неке свеобухватне дефиниције те помоћи. У доктрини се хуманитарна помоћ дефинише као „давање материјалне (робне) помоћи као и услуга, као што су санитетска, социјална или служба тражења, цивилна заштита, пружање духовне помоћи, као и особље које је на разне начине укључено у спровођење и пружање хуманитарне помоћи” (Јаковљевић, 1996: 341–342). Хуманитарна помоћ обухвата све оне акције које имају за циљ ублажавање људских патњи у некој држави, без обзира на њихове узроке. Она подразумева не само помоћ у производима, већ и приступ особља и допремање опреме неопходне за обављање хуманитарних операција (Fisher, 2010: 47). Сви ти производи, услуге и опрема морају бити искључиво хуманитарне природе и од суштинске важности за збрињавање угроженог становништва.

Као што је речено, пружање хуманитарне помоћи у оружаним сукобима регулисано је међународним правилима, међу којима су свакако најважнија она из домена МХП, али одређен значај имају и поједине одредбе међународног права људских права. Међу свим тим правилима најпре треба издвојити неколико општих правних начела која се примењују независно од врсте оружаног сукоба. Поред њих, постоји читав низ посебних правила МХП која уређују различите аспекте пружања помоћи током оружаних сукоба. Том приликом прави се разлика између правила која регулишу акције хуманитарне помоћи у међународним оружаним сукобима и правила која важе у немеђународним сукобима. Управо ће те три групе међународних правила бити предмет анализе у овом раду.

## 2. Општа начела за пружање хуманитарне помоћи

Међународна хуманитарна помоћ која се пружа у току оружаног сукоба заснива се на неколико општих правних начела. То су руководни принципи који важе у свим околностима и ситуацијама независно од карактера оружаног сукоба (Akande, Gillard, 2016b: 11–37). Они се могу извести како из међународног права људских права, тако и самог МХП. У питању су неке норме међународног обичајног права (Henckaerts, Doswald-Beck, 2009: Rule 55), али и већи број правила која су садржана у уговорима из ових области.

На првом месту налази се начело према коме је првенствена дужност и одговорност државе да становништву под својом јурисдикцијом које је изложено оружаном сукобу обезбеди задовољење основних животних потреба. Оваква одговорност последица је суверености државе (Schwendimann, 2011: 996) која подразумева њену врховну власт, *suprema potestas* над свим лицима која се налазе на њеној територији. Стога је држава дужна да становништву на својој територији осигура животне намирнице неопходне за његов опстанак. Та обавеза не произилази директно из МХП, већ из међународних уговора о људским правима који гарантују право на живот. Уколико држава у таквим ситуацијама намерно пропусти да делује она се „може сматрати директно одговорном за произашле губитке људских живота” (Stoffels, 2004: 517). Држава ће једино бити ослобођена ове обавезе уколико у току оружаног сукоба изгуби контролу над територијом на којој живи њено становништво. У том случају одговорност за осигурање задовољења основних потреба људи преузима она страна у сукобу која врши ефективну контролу над датом територијом.<sup>1</sup>

Следеће опште начело је да треће државе и међународне хуманитарне организације могу понудити пружање хуманитарне помоћи уколико страна у сукобу пропусти да изврши своју дужност обезбеђења намирница неопходних за опстанак становништва. До тога најчешће долази када држава која врши контролу није у могућности или једноставно не жели да пружи потребну помоћ цивилном становништву на својој територији које због тога није довољно или на одговарајући начин снабдевано основним стварима потребним за преживљавање.<sup>2</sup> У том случају се као корелат неиспуњења дужности државе појављује право међународних владиних

---

1 У немеђународним оружаном сукобима као страна којој је наметнута ова обавеза сматра се организована оружана група унутар државе која је успоставила ефективну контролу над делом државне територије. У овом смислу: (Akande, Gillard, 2016a: 487).

2 Чл. 59, ст. 1 Конвенције о заштити грађанских лица за време рата (даље: ЖК IV); за текст Конвенције видети: (Knežević Predić, Avram, Ležaja, 2007: 116–168).

и невладиних хуманитарних организација, као и трећих држава које обављају хуманитарну функцију, да понуде предузимање акција помоћи.<sup>3</sup>

Пружање помоћи треба да буде хуманитарно и непристрасно по свом карактеру и да се одвија без икакве дискриминације међу корисницима помоћи.<sup>4</sup> Понуда за хуманитарну помоћ не сматра се мешањем у оружани сукоб нити непријатељским актом (Stoffels, 2004: 533). Штавише, свака страна може сама да затражи помоћ у ситуацијама када јој је неопходна. Понуде и захтеви за пружање хуманитарне помоћи немају утицај на правни статус страна у оружаном сукобу.<sup>5</sup>

Према трећем општем принципу захтева се сагласност свих заинтересованих страна за пружање хуманитарне помоћи.<sup>6</sup> Као стране чији је пристанак неопходан сматрају се како држава која контролише територију на коју помоћ стиже, тако и државе преко чијих подручја она пролази, укључујући и непријатељске стране, али и недржавне ентитете који ефективно контролишу део државне територије у немеђународним сукобима. То значи да су акције хуманитарне помоћи у сваком оружаном сукобу условљене одобрењем свих субјеката који су укључени у њихово спровођење. Овакав услов последица је државне суверености (Gillard, 2013: 356), али и потребе да се успостави баланс између хуманитарних потреба становништва и политичких и војних интереса страна у сукобу (ICRC, 2014: 369).

Међутим, право заинтересоване стране да слободно одлучује о прихватању хуманитарне помоћи није апсолутно и неограничено (Schwendimann, 2011: 998). Држава може ускратити одобрење за допремање хуманитарне помоћи само из ваљаних и оправданих разлога. Уколико то није случај, одбијање пристанка сматра се самовољним (арбитерним) или из каприциозних разлога (Sandoz, Swinarski, Zimmermann, 1987: 819, para. 2805). Поред тога, у МХП постоје ситуације и одређене категорије заштићених лица код којих

3 Чл. 3, ст. 2 који садрже све четири ЖК. С друге стране, према коментару члана 10 ЖК IV под хуманитарном делатношћу подразумева се врло широки спектар посредних и непосредних активности, које неспорно укључују и допремање и расподелу хуманитарне помоћи (хране, одеће, лекова и друге медицинске опреме). О домашају овог члана више видети: (Pictet, 1958: 97).

4 Чл. 70, ст. 1 Допунског протокола уз Женевске конвенције од 12. августа 1949. године о заштити жртава међународних оружаних сукоба (даље: ДП I); за текст видети: (Knežević Predić et al. 2007: 182–238) и чл. 18, ст. 2 Допунског протокола уз Женевске конвенције од 12. августа 1949. године о заштити жртава немеђународних оружаних сукоба (даље: ДП II); за текст видети: (Knežević Predić et al. 2007: 249–258).

5 Чл. 3, ст. 4 који садрже све четири ЖК.

6 Чл. 70, ст. 1 ДП I и чл. 18, ст. 2 ДП II.



се не тражи сагласност за пружање хуманитарне помоћи. Овде, дакле, на основу међународног права постоји обавеза да се пружи хуманитарна помоћ, те је дужност да се она прихвати апсолутне природе.<sup>7</sup>

Четврто опште начело везано је за спровођење акција хуманитарне помоћи. По њему, стране у оружаном сукобу, као и све треће државе, морају одобрити и олакшати брз и неометан пролаз свих пошиљки помоћи, опреме и особља преко територија над којима врше ефективну контролу. Ова обавеза постоји чак и када је таква помоћ намењена цивилном становништву противника.<sup>8</sup> Стране, међутим, имају право да пропишу техничке аранжмане под којима се такав пролаз одобрава. Ово укључује право сваке државе да врши контролу садржаја помоћи и договорених рута за кретање.<sup>9</sup>

Олакшавање транзита подразумева поједностављење свих административних формалности везаних за издавање виза и улазак у државе, пореска и финансијска питања, увозне и извозне дозволе, царине, здравствене и безбедносне захтеве (Sandoz et al. 1987: 823, para. 2829). Пролаз помоћи мора бити што је могуће бржи имајући у виду стање путне инфраструктуре и место извођења активних непријатељстава (Akande, Gillard, 2016b: 27). Само у случају императивних војних потреба кретање се може привремено обуставити.<sup>10</sup> Захтев за неометан транзит значи да се испорука хуманитарне помоћи не сме самовољно заустављати, отежавати или ометати. Контрола помоћи врши се са искључивим циљем да страна у сукобу провери да ли је она хуманитарног и непристрасног карактера, као и да ли одговара прописаним техничким условима.<sup>11</sup> Контрола не сме бити таква да потпуно онемогући или битно отежа спровођење акције хуманитарне помоћи.

Сагласно последњем начелу, особље које учествује у операцијама пружања помоћи мора се поштовати и штитити.<sup>12</sup> Оно не сме бити предмет директних напада нити изложено другим облицима насиља,

7 Такве ситуације предвиђене су правилима МХП и односе се на случај окупације и становништво окупиране територије, слободан пролаз пошиљки лекова и санитетског материјала, као и предмета верске природе намењених искључиво цивилном становништву и обавезујуће резолуције које је усвојио Савет безбедности УН у циљу пружања хуманитарне помоћи. Кад су у питању лица, имају се у виду особе које су лишене слободе кретања, као што су ратни заробљеници или интернирани цивили. Више о томе видети: (Gillard, 2013: 357–359; Jakovljević, 1996: 344).

8 Чл. 59, ст. 3 ЖК IV и чл. 70, ст. 2 ДП I.

9 Чл. 59, ст. 4 ЖК IV и чл. 70, ст. 3 ДП I.

10 Чл. 71, ст. 3 ДП I.

11 Чл. 23 и 59 ЖК IV и чл. 70, ст. 3 ДП I.

12 Чл. 71, ст. 2 ДП I; (Henckaerts et al. 2009: Rules 31–32).

укључујући ту и њихово узимање као талаца (Akande, Gillard, 2016b: 32). Стране у сукобу морају да осигурају слободу кретања особља овлашћеног за пружање хуманитарне помоћи која је неопходна за вршење њихових функција. Активност и кретање може се ограничити једино у случају императивних војних потреба, као што су, рецимо, војне операције које се изводе на одређеном подручју. Такво ограничење, међутим, може бити само привременог карактера (Henckaerts et al. 2009: Rule 56).

Поред поменутих општих принципа хуманитарне помоћи, у обичајном и кодификованом МХП постоји серија посебних правила која уређују различите аспекте пружања помоћи током оружаних сукоба. Притом су правила која регулишу акције хуманитарне помоћи у међународним оружаним сукобима далеко бројнија и разрађенија у односу на правила која важе у немеђународним сукобима. То је општа карактеристика кодификације МХП, јер због заштите своје суверености државе нису спремне на шире и чвршће обавезивање међународним правилима током оружаних акција против побуњеника на својој територији.

### **3. Правила о хуманитарној помоћи у међународним оружаним сукобима**

Правила о пружању хуманитарне помоћи током међународних оружаних сукоба првенствено су садржана у ЖК IV и ДП I, али се неке релевантне одредбе могу наћи у Статуту Међународног кривичног суда из 1998. године<sup>13</sup> (даље: Римски статут), као и неким другим уговорима. Тим правилима регулисана су различита питања у вези са акцијама хуманитарне помоћи, почевши од услова за пролаз, допремање и расподелу пошиљки, преко врста роба и услуга које могу бити предмет помоћи и категорија лица којима је она намењена, па све до положаја особља ангажованог у овим операцијама и техничких аспеката њиховог спровођења (Jakovljević, 1987: 474–475). Њима треба придодати посебне одредбе садржане у ЖК IV и ДП I које се тичу хуманитарне помоћи намењене цивилима на окупираној територији. На крају, у Трећој женевској конвенцији<sup>14</sup> (даље: ЖК III), ЖК IV и ДП I постоје посебна правила за пружање хуманитарне помоћи лицима која су лишена слободе кретања, односно ратним заробљеницима и интернираним цивилима.

Прилично детаљна правила о слободном пролазу хуманитарне помоћи налазе се у чл. 23 ЖК IV. Овим чланом регулисане су обавезе страна

---

13 За текст видети: (Knežević Predić et al. 2007: 628–698).

14 Конвенција о поступању са ратним заробљеницима; за текст видети: (Knežević Predić et al. 2007: 46–98).

уговорница да допусте активности на достављању помоћи намењене искључиво цивилном становништву друге стране уговорнице, макар она била и противничка. Дужност пропуштања помоћи односи се како на стране у оружаном сукобу, тако и на све друге државе уговорнице преко чије територије хуманитарна помоћ мора проћи. У чл. 23, међутим, није предвиђена обавеза држава уговорница на пружање хуманитарне помоћи сопственом становништву које се налази на територији под њиховом контролом (Spieker, 2011: 12). Наведени члан, наиме, има у виду само операције хуманитарне помоћи у случајевима опсаде или поморске блокаде (Рејс, 2001: 1103), док су изван његовог предмета регулисања остале друге ситуације у оружаним сукобима (на пример, помоћ становништву неопседнуте и неокупиране територије) (Bothe, 1982: 174). Иако се ово нигде изричито не каже у тексту чл. 23, такав закључак у погледу његовог домаћаја *ratione loci* може се недвосмислено извести из припремних радова који су претходили усвајању предложеног текста (Dinstein, 2000: 81).

Допуштајући слободан пролаз помоћи уз сва ова ограничења, чл. 23 прави разлику између две врсте пошиљки у зависности од тога којим су категоријама лица оне намењене. У прву групу спадају пошиљке лекова и санитарског материјала, као и предмета потребних за верске обреде који су искључиво намењени цивилном становништву. Обавеза држава уговорница да пропуштају помоћ која садржи ове предмете не подлеже никаквим условима. Оно што, међутим, пада у очи је да чл. 23 ЖК IV знатно сужава круг ствари које се у оквиру хуманитарне помоћи могу слати целокупном цивилном становништву противничке стране, свдећи их само на лекове, санитарски материјал и верске предмете. Уколико је пак хуманитарна помоћ намењена рањивим категоријама становништва, а то су деца до 15 година, труднице и породиље, круг тих ствари је донекле проширен. Ова друга врста пошиљки, чији је пролаз такође слободан и не подлеже никаквим условима, обухвата и животне намирнице, одећу и средства за негу и јачање деце.

Држава која пропушта пошиљке предвиђене чл. 23 ЖК IV има право да обави контролу њиховог садржаја, и може одбити да их пропусти једино ако има добар разлог за сумњу да оне могу бити употребљене у војне сврхе. Како би хуманитарна помоћ дошла у праве руке, држава може пропуштање помоћи условити расподелом од стране силе заштитнице. Међутим, највеће ограничење садржано у чл. 23 је оно које допушта држави да одбије пропуштање пошиљки уколико посумња да та помоћ може непријатељској страни у сукобу донети корист тиме што ће јој ослободити средства која би иначе морала издвојити за помоћ сопственом становништву да хуманитарне помоћи није било. Оваква формулација

омогућава злоупотребу поменутог услова и тиме изигравање установе хуманитарне помоћи.

На основу изложеног може се видети да су главне слабости чл. 23 ЖК IV што само ограниченом кругу лица гарантује слободно допремање помоћи и то искључиво ако се налазе на територији под опсадом и блокадом. Уз то, хуманитарна помоћ цивилном становништву своди се на лекове и санитетски материјал, док је снабдевање храном и одећом предвиђено само за рањиве категорије становништва. Овај члан, дакле, нема за циљ заштиту целокупног становништва од глади и оскудице одеће као последица блокаде, већ само посебно осетљивих особа које су у њему побројане. На крају, али не и најмање значајно, овај члан оставља широку дискрецију која омогућава ускраћивање хуманитарне помоћи уколико се посумња у њену злоупотребу или се очекује да она посредно повољно утиче на борбени потенцијал непријатеља.

Недостаци и ограничења домаћаја члана 23 ЖК IV у персоналном и материјалном смислу отклоњени су у великој мери ДП I. Њиме је попуњена постојећа празнина у погледу права на хуманитарну помоћ сопственог становништва које је до тада свака страна у сукобу сматрала унутрашњим питањем настојећи да за себе задржи право одлучивања о томе хоће ли оно и од кога примати помоћ (Kalshoven, 2001: 129). На овај начин ДП I режим пружања помоћи проширује на целокупно цивилно становништво на било којој територији које се налази под контролом стране у сукобу, изузимајући окупиране територије (Sassoli, Bouvier, 1999: 182). Уз то, изостављено је разликовање према врстама пошиљки помоћи, а уклоњен је и тежак услов из чл. 23 ЖК IV који је омогућавао странама да изиграју акције помоћи.

Ново решење из чл. 70 ДП I предвиђа да ће се у случају недовољне снабдевености материјалима и намирницима потребним за живот предузети акције помоћи за снабдевање целокупног цивилног становништва. Међутим, овај члан изричито наводи једно значајно ограничење: да би помоћ била пружена неопходно је да постоји споразум постигнут између заинтересованих страна за пружање хуманитарне помоћи, тј. између субјеката који пружају помоћ и држава које држе под контролом територију на коју помоћ стиже или преко чијих територија она пролази.

С тим у вези поставило се питање да ли је и у ком обиму држава обавезна да прихвати помоћ у корист сопственог становништва. Према данас широко прихваћеном мишљењу држава је дужна да прими помоћ уколико су испуњена два услова: а) да је помоћ неопходна, тј. да цивилно становништво није на одговарајући начин снабдевано стварима потребним за живот, а

страна која је одговорна пропусти да им ту помоћ пружи; б) да субјект који нуди помоћ поступа на искључиво хуманитаран и непристрасан начин не чинећи никакву дискриминацију. Сматра се да у том случају заинтересована држава не би смела да ускрати одобрење за допремање хуманитарне помоћи (Bothe, 1982: 175–176). Ускраћивање пристанка на акције хуманитарне помоћи, дакле, не представља ствар дискреционе оцене сваке државе. Држава може одбити давање сагласности само изузетно из оправданих и ваљаних разлога, док се свако друго одбијање пристанка сматра самовољним или каприциозним актом (Sandoz et al. 1987: 819, para. 2805). Као значајна потпора дужности држава да дају пристанак на пружање хуманитарне помоћи појављује се и одредба ДП I која забрањује изгладњивање цивилног становништва као метод ратовања.<sup>15</sup> Томе треба придодати правила међународног кривичног права садржана у Римском статуту која, између осталог, предвиђају да се намерно прибегавање изгладњивању цивила као методу ратовања, засновано на лишавању намирница неопходних за њихов опстанак, сматра ратним злочином.<sup>16</sup>

Чл. 70 ДП I даље прописује да су стране дужне да заштите пошиљке помоћи и олакшају њихову брзу расподелу. Оне не могу ни на који начин скретати пошиљке од циља за који су намењене нити задржавати њихово допремање. Стране у сукобу имају право да пропишу техничке аранжмане, укључујући и преглед под којим се такав пролаз одобрава, а могу условити давање дозволе тиме да се расподела помоћи врши под локалним надзором силе заштитнице. Државе у питању морају да подстичу и олакшавају ефикасну међународну координацију акција помоћи.

ДП I, такође, предвиђа у чл. 71 да особље које учествује у акцијама помоћи мора бити поштовано и заштићено. Страна која прима помоћ има обавезу да у највећој практично могућој мери помаже особљу у вршењу његове мисије. Само у случају императивних војних потреба дозвољено је да се активност или кретање особља привремено ограничи. Поред тога, заштита овог особља је појачана Римским статутом, у којем је истакнуто да напади на особље, инсталације, материјале, јединице или возила укључена у пружање хуманитарне помоћи представљају ратни злочин.<sup>17</sup>

ЖК IV и ДП I садрже посебне одредбе које се тичу пружања хуманитарне помоћи цивилима на окупираној територији. Тим одредбама детаљно су

---

15 Чл. 54, ст. 1 ДП I.

16 У чл. 8, ст. 2(b) (ххv) Римског статута такав метод борбе инкриминисан је као ратни злочин.

17 Чл. 8, ст. 2 (b) (iii) Римског статута.

регулисана права и обавезе како окупационе силе, тако и других држава и организација које учествују у пружању помоћи. Основно је правило да окупациона сила на територији коју контролише мора обезбедити задовољење основних животних потреба цивилног становништва. Према чл. 55 ЖК IV њена је дужност да осигура адекватно снабдевање становништва животним намирницама и медицинским материјалом.<sup>18</sup> Члан 69 ДП I овом списку додаје одећу, постељину, рубље, средства за заклон и остале предмете снабдевања битне за живот цивилног становништва на окупираној територији, као и предмете за верске обреде.<sup>19</sup> Та дужност укључује обавезу увоза наведених добара када залихе на окупираној територији нису довољне. Међутим, правила МХП не игноришу материјалне, финансијске и транспортне тешкоће са којима окупациона сила у пракси може бити суочена приликом набавке животних намирница и других предмета неопходних за преживљавање цивилног становништва. У том смислу правни инструменти из ове области предвиђају да обавеза задовољења основних животних потреба за окупатора постоји само „у мери у којој му то средства допуштају”.<sup>20</sup>

С друге стране, када окупациона власт није у стању да снабде цивилно становништво потребним намирницама, онда она мора прихватити хуманитарну помоћ која се пружа у корист угроженог становништва.<sup>21</sup> За разлику од претходне обавезе која зависи од могућности окупирајуће силе, ова дужност је апсолутна и безусловна. Према томе, окупациона сила дужна је или да сама обезбеди снабдевање цивилног становништва неопходним животним намирницама или да одобри операције достављања хуманитарне помоћи од стране трећих држава или непристрасних хуманитарних организација. У овом другом случају она је обавезна да олакша акције помоћи свим средствима која јој стоје на располагању, као и да помаже особљу које учествује у њеном пружању. Окупациона сила је, такође, дужна да олакша брзу расподелу пошилики које морају бити изузете од плаћања било каквих дажбина, пореза и такси, осим ако је то нужно за привреду окупиране територије. Она посебно не сме да мења намену пошилики помоћи која им је одређена, изузев у случајевима неодложне потребе у интересу становништва окупиране територије и уз пристанак силе заштитнице.<sup>22</sup>

---

18 Чл. 55, ст. 1 ЖК IV.

19 Чл. 69, ст. 1 ДП I.

20 Чл. 55, ст. 1 ЖК IV.

21 Чл. 59, ст. 1 ЖК IV.

22 Чл. 61 ЖК IV и чл. 70, ст. 3 и 4 и чл. 71, ст. 3 ДП I.

Све остале државе су дужне да преко својих територија допусте слободан пролаз хуманитарних поштиљки намењених становништву на окупираној територији и да обезбеде њихову заштиту. Ова обавеза се односи и на државу чија територија је окупирана, а чије становништво је бенефицијар хуманитарне помоћи. Она, међутим, има право да контролише поштиљке, да регулише њихов пролаз по утврђеном времену и трасама, као и да од силе заштитнице захтева довољно уверење да се помоћ неће злоупотребити и користити у војне сврхе непријатељске окупационе силе. Све државе су, исто тако, обавезне да допусте бесплатан пролаз и превоз поштиљки намењених окупираним територијама.<sup>23</sup>

МХП се није задовољило само заштитом слободног пролаза хуманитарне помоћи, већ пружа заштиту и особљу које учествује у акцијама пружања те помоћи. ДП I садржи такве одредбе које, између осталог, предвиђају да ће то особље „бити поштовано и заштићено” и да ће му се „помагати у највећем практично могућем обиму ...у вршењу његове мисије”.<sup>24</sup>

Треба, на крају, додати да постоје посебна правила за пружање хуманитарне помоћи лицима која су лишена слободе кретања, односно ратним заробљеницима и интернираним цивилима. Одредбе о личним и колективним поштиљкама помоћи садрже ЖК III и ЖК IV и оне су веома сличне за обе категорије ових лица. Појединачне поштиљке по правилу долазе од породице, док колективне поштиљке упућују друштва Црвеног крста, Међународни комитет Црвеног крста или друге хуманитарне организације, које у оба случаја преузимају одговорност за њихов превоз и расподелу.

Ратни заробљеници и интернирана лица имају право да примају поштиљке које обично садрже животне намирнице, одећу, лекове, као и књиге и предмете намењене задовољењу њихових потреба. У погледу ових категорија лица, страна у сукобу која их држи има апсолутну обавезу да прихвати поштиљке хуманитарне помоћи. Она је овлашћена да врши преглед поштиљки, али се контрола не сме обављати под условима који би изложили опасности одржавање хране коју оне садрже. Преглед се врши у присуству примаоца или лица које он уредно овласти. Предаја поштиљки не сме се одлагати под изговором тешкоћа у вези са њиховом контролом. Све поштиљке помоћи су ослобођене царина и других увозних дажбина.<sup>25</sup>

Пракса је показала да су наведене одредбе ЖК IV и ДП I прерасле у норме обичајног међународног права, тако да оне обавезују све државе,

23 Чл. 59, ст. 2–4 ЖК IV.

24 Чл. 71, ст. 2 и 3 ДП I.

25 Чл. 72–76 ЖК III и чл. 108–112 ЖК IV.

укључујући и оне које још увек нису уговорнице тих уговора. Томе у прилог говоре многи национални војни приручници, бројне резолуције Савета безбедности, као и званичне изјаве и извештаји о пракси држава (Henckaerts et al. 2009: Rules 55–56).<sup>26</sup>

#### **4. Правила о хуманитарној помоћи у немеђународним оружаним сукобима**

Правила о пружању хуманитарне помоћи у немеђународним оружаним сукобима, као иначе и сва друга правила за ову врсту сукоба, знатно су оскуднија у односу на таква правила у међународним сукобима. Осим што су малобројнија, она су веома кратка и много општија услед чега су понекада недоречена.

С обзиром на интензитет сукоба, у МХП обично се прави разлика између немеђународних сукоба нижег и вишег интензитета (Janković, Radivojević, 2019: 501). У овим двама врстама сукоба не важи исти круг правила МХП, тако да је режим пружања хуманитарне помоћи различит.

Од целокупног Женевског права у немеђународним оружаним сукобима нижег интензитета примењује се само заједнички чл. 3 ЖК. Овај члан поставља минималне стандарде човечности које стране у сукобу морају поштовати. Међу њима се, међутим, нигде изричито не помиње нити регулише питање пружања хуманитарне помоћи. Упркос таквој празнини, по мишљењу неких коментатора овај члан на неколико места имплицитно омогућава и дозвољава предузимање акција помоћи за цивилно становништво.

На првом месту то је одредба која захтева да се према лицима која не учествују непосредно у непријатељствима, укључујући ту и припаднике оружаних снага који су положили оружје и лица онеспособљена за борбу услед болести, рањавања, лишења слободе или било ког другог разлога „поступа човечно у свакој прилици и без икакве дискриминације”. Начело хуманог третмана формулисано на овај начин свакако укључује и обавезу страна у сукобу да се заштићена лица не лишавају приступа основним животним намирницама и лековима. Свако ускраћивање могућности снабдевања храном и другим егзистенцијалним предметима сматрало би се нехуманим поступком и повредом живота, телесног и менталног интегритета у смислу заједничког чл. 3 ЖК (Swiss Federal Department of Foreign Affairs, 2014: 34; Pejić, 2001: 1106).

---

<sup>26</sup> Даље видети: Henckaerts et al. 2009: 193–202.



Принцип хуманог третмана, надаље, значи да је забрањено уништавање објеката неопходних за преживљавање цивилног становништва, укључујући основне животне намирнице. Иако заједнички чл. 3 не садржи ову забрану, Римски статут у делу у којем говори о другим озбиљним повредама правила која се примењују у немеђународним оружаним сукобима „намерно усмеравање напада на особље, инсталације, материјале, јединице или возила хуманитарне помоћи” инкриминише као ратни злочин.<sup>27</sup> У теорији се сматра да забрана изгладњивања цивилног становништва као метод ратовања, такође, представља „конкретан израз начела хуманог третмана” из заједничког чл. 3 упркос чињеници што се та забрана у њему изричито не помиње (Рејс, 2001: 1106). Постоји чак схватање према којем је забрана изгладњивања цивилног становништва као метод борбе постала део обичајног права како у међународним, тако и у немеђународним оружаним сукобима (Henckaerts at al. 2009: Rule 53), а њена повреда представља ратни злочин.

Конечно, у ставу 2 заједничког чл. 3 истакнуто је да свака непристрасна хуманитарна организација, као што је МКЦК може да понуди своје услуге странама у сукобу. То „нуђење услуга” свакако подразумева и понуду хуманитарне помоћи (Dinstein, 2000: 84). Међутим, имајући у виду формулацију ове одредбе, прихватање понуђених услуга, а самим тим и хуманитарне помоћи, зависи од воље стране у сукобу. Постоје мишљења да се нуђење таквих услуга не може сматрати као „недопустив покушај мешања у послове државе у питању” и третирати као „непријатељски акт”, те се стога не сме самовољно одбити (Рејс, 2001: 1106).

У немеђународним оружаним сукобима вишег интензитета, поред заједничког чл. 3 ЖК, примењује се и ДП II који даље развија и допуњава поменути члан. ДП II заправо садржи неколико правила којима је изричито регулисано питање пружања хуманитарне помоћи.

Поред одредбе о помоћи коју у вршењу својих традиционалних функција могу понудити домаће хуманитарне организације,<sup>28</sup> ДП II у чл. 18 има правило о хуманитарној помоћи која долази изван граница државе на чијој територији се одвија оружани сукоб. Та међународна помоћ је предвиђена као комплементарна, и до ње може доћи само уколико је цивилно становништво изложено неоправданим патњама због несташице ствари неопходних за живот, као што су храна и лекови. Услов за допремање хуманитарне помоћи из иностранства у ситуацији када одговорна власт не може задовољити основне потребе цивилног становништва је да она

---

27 Чл. 8, ст. 2 (е) (iii) Римског статута.

28 Чл. 18, ст. 1 ДП II

буде искључиво хуманитарног и непристрасног карактера и да се дели без дискриминације. Као и код међународних оружаних сукоба, и у овом случају се за спровођење акција хуманитарне помоћи тражи сагласност стране уговорнице на чијој територији се сукоб одвија.<sup>29</sup>

Иако у поређењу са заједничким чл. 3 ЖК ДП II несумњиво представља корак напред у заштити цивилног становништва, наведено решење из његовог чл. 18 предмет је озбиљних критика у доктрини. Посебно му се замера што операције хуманитарне помоћи доводи у зависност од пристанка одговорне власти. Стога неки аутори сматрају да овај члан треба читати и тако да подразумева обавезу власти да дају свој пристанак када се испуне предвиђени услови (Sassoli, Bouvier, 1999: 182). Постоји, затим, схватање да у ситуацијама када је опстанак цивилног становништва доведен у питање, а има организација које желе да непристрасно и без дискриминације пруже хуманитарну помоћ, таква се помоћ мора прихватити. У том смислу се у коментару овог члана каже да „власти одговорне за заштиту становништва на читавој државној територији не могу одбити такву помоћ без оправданих разлога. То одбијање би било еквивалент кршењу правила које забрањује изгладњивање као метод борбе ...” (Sandoz et al. 1987: 1479, para. 4885).

Поједини писци одбијање одобрења за допремање хуманитарне помоћи које је арбитрерно и не заснива се на ваљаним разлозима квалификују као кршење МХП, додајући да то важи „не само за иницијални пристанак, већ такође и у погледу обавезе неометања хуманитарних радника током операције дистрибуције” (Khoury, 1994: 48). Имајући у виду међународну праксу, а посебно дешавања у Сомалији, Ираку и бившој Југославији, неки аутори чак тврде да би ограничена и сразмерна хуманитарна помоћ и без пристанка државе требало да буде један од расположивих одговора међународне заједнице који се има сматрати правно допуштеним (Heldtop, 1992: 375). Са своје стране Савет безбедности је у неколико својих резолуција спречавање и ометање достављања хуманитарне помоћи у немеђународним оружаним сукобима оквалификовао као кршење МХП.<sup>30</sup>

29 Чл. 18, ст. 2 ДП II.

30 Тако је поводом ситуације у Босни и Херцеговини Савет безбедности у Резолуцији 771 изразио своју забринутост због „кршења МХП, укључујући ... ометање допремање хране, и лекова цивилном становништву ...”, а у Резолуцији 819 подсетио да „ометање испоруке хуманитарне помоћи представља озбиљно кршење МХП”. У Резолуцији 794 Савет безбедности је изразио своју узнемиреност због „повреда МХП у Сомалији, укључујући извештаје о насиљу и претњама насиљем против особља које законито учествује у непристрасним хуманитарним активностима; намерне нападе на ... транспорте помоћи и возила, и медицинске и објекте за пружање хуманитарне помоћи;

Треба још нагласити да, за разлику од заједничког чл. 3 ЖК, ДП II изричито забрањује изгладњивање цивилног становништва као метод борбе и штити објекте неопходне за опстанак цивилног становништва. У том смислу забрањено је напасти, уништити, уклонити или учинити некорисним објекте неопходне да би цивилно становништво преживело, као што су намирнице, пољопривредне области за производњу хране, жетва, жива стока, инсталације за пијаћу воду и резервоаре и постројења за наводњавање.<sup>31</sup>

## 5. Закључак

Оружани сукобидоводенесамо дољудскихжртава, већ и доразарањаматеријалних добара и објеката неопходних за живот цивилног становништва. Трајни или привремени прекид производње одређених производа, отежани транспорт путника и робе, ограничења у функционисању служби које имају витални значај само су неке од непосредних последица војних операција. У таквој ситуацији становништво државе која је погођена оружаним сукобом изложено је патњама и страдањима због оскудице или недостатка намирница и одсуства услуга битних за преживљавање. Међународна хуманитарна помоћ коју пружају треће државе и различите међународне владине и невладине организације управо има за циљ да се угроженим особама обезбеде неопходне ствари и услуге, као што су храна, вода, лекови, одећа, средства за хигијену, санитарски материјал, здравствене услуге или објекти за привремени смештај.

Правни режим пружања међународне хуманитарне помоћи заснива се на неколико општих правних начела. У питању су руководни принципи који важе у свим околностима и ситуацијама независно од врсте оружаног сукоба. Међу њима на првом месту налази се начело према коме је првенствена одговорност државе да становништву под својом јурисдикцијом током оружаног сукоба обезбеди задовољење основних животних потреба. У тесној вези са овим је начело да треће државе и међународне хуманитарне организације могу понудити пружање помоћи уколико страна у сукобу пропусти да изврши своју дужност обезбеђења намирница неопходних за опстанак становништва. Њима треба придодати принцип који захтева сагласност свих заинтересованих страна за пружање хуманитарне помоћи, затим дужност страна у сукобу и свих трећих држава да одобре и олакшају неометани пролаз помоћи, као и начело сагласно коме

---

и угрожавање доставе хране и медицинских потрепштина неопходних за опстанак цивилног становништва”.

31 Чл. 14 ДП II.

се особље које учествује у операцијама пружања помоћи мора поштовати и штитити.

Поред ових општих правних начела, међународна хуманитарна помоћ регулисана је серијом посебних правила која обухватају различите аспекте њеног пружања током оружаних сукоба. Притом постоји разлика између правила која регулишу операције хуманитарне помоћи у међународним оружаним сукобима и оних која важе у немеђународним сукобима. Прва група правила је далеко бројнија и разрађенија и њима су детаљно уређена питања у вези са акцијама помоћи, почевши од услова за пролаз, допремање и расподелу пошилики, преко врста робе и услуга које могу бити предмет помоћи и категорија лица којима је она намењена, па све до положаја особља ангажованог у овим операцијама и техничких услова њиховог спровођења. Уз њих, постоје посебна правила за пружање хуманитарне помоћи намењене цивилима на окупираним територијама, као и лицима која су лишена слободе кретања, односно интернираним цивилима и ратним заробљеницима.

Правила о хуманитарној помоћи у међународним оружаним сукобима резултат су компромиса између настојања да угрожено становништво буде снабдевено животним потрепштинама и захтева заштите суверенитета свих страна у сукобу, а посебно државе у коју се помоћ шаље. У циљу поштовања суверености и војне потребе прописано је да се акције хуманитарне помоћи спроводе само уз услов добијања сагласности страна у сукобу. Заинтересоване државе, такође, имају право да врше контролу и обуставе операције хуманитарне помоћи уколико посумњају да би се оне могле употребити у војне сврхе, а у корист противничке стране. Како би се спречила злоупотреба овог правила и изигравање хуманитарне помоћи, што се у пракси неретко догађало, прихваћено је тумачење по коме држава може одбити давање сагласности само изузетно из оправданих и ваљаних разлога, док се свако друго ускраћивање пристанка сматра самовољним актом. Поред тога, у међународном праву су предвиђене одређене ситуације и посебне категорије заштићених лица код којих се не тражи пристанак за пружање хуманитарне помоћи, што значи да је овде дужност да се помоћ прихвати апсолутне природе.

Кад је реч о немеђународним оружаним сукобима, правила о хуманитарној помоћи знатно су малобројнија, краћа и уопштенија. То је заједничка карактеристика кодификације правила у овој области без обзира да ли је реч о сукобима нижег или вишег интензитета. Државе, наиме, ради заштите своје суверености нису спремне на преузимање ширих и чвршћих обавеза у погледу акција пружања хуманитарне помоћи угроженом становништву

током оружаних акција против побуњеника на својој територији. Услед тога ова оскудна правила су понекад недоречена и свде се углавном на начело хуманог третмана и право међународних хуманитарних организација да понуде своју помоћ. Уз то, захтева се да хуманитарна помоћ из иностранства у ситуацији када одговорна власт не може задовољити основне потребе цивилног становништва буде искључиво хуманитарног и непристрасног карактера, да се дели без дискриминације, као и да се за спровођење акција помоћи тражи и добије сагласност стране на чијој се територији сукоб одвија.

Пошто су немеђународни сукоби данас преовлађујући облик оружаних сукоба, постоји снажна тенденција да се на њих прошири примена кодификованих правила међународног права која регулишу пружање хуманитарне помоћи. Постоје два начина да се тај циљ оствари. Први, непосредни, који се понекад користио у пракси, огледа се у могућности страна у немеђународним оружаним сукобима да закључе посебне споразуме којима ће се обавезати да примењују правила о хуманитарној помоћи која важе за међународне сукобе. Други начин који има много већи и шири значај везан је за међународно обичајно право, односно могућност прерастања уговорних правила о хуманитарној помоћи која се примењују у међународним оружаним сукобима у норме обичајног међународног права. Практика поштовања готово свих кодификованих правила која регулишу пружање хуманитарне помоћи у савременим оружаним сукобима и њено широко прихватање од стране држава и других учесника потврђује да су у овој области створена правила обичајног МХП подједнако примењива у међународним и немеђународним оружаним сукобима.

### **Литература и извори**

Akande, D., Gillard, E. C. (2016a). Arbitrary Withholding of Consent to Humanitarian Relief Operations in Armed Conflict. *International Law Studies*. Vol. 92, 483–511.

Akande, D., Gillard, E.C. (2016b). *Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict*. Oxford: Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict.

Bothe, M. (1982). Relief Actions. In Bernhardt, R. (Ed.). *Encyclopedia of Public International Law - Use of Force, War and Neutrality, Peace Treaties*. Vol. 4. Amsterdam-New York-Oxford: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

Dinstein, Y. (2000). The Right to Humanitarian Assistance. *Naval War College Review*. 4 (53). 7791 .

Fisher, D. (2010). The Right to Humanitarian Assistance. *Studies in Transnational Legal Policy*. XLI. 47–128.

Gillard, E. C. (2013). The law regulating cross-border relief operations. *International Review of the Red Cross*. 890(95). 351–382.

Helton, A. C. (1992). The Legality of Providing Humanitarian Assistance Without the Consent of the Sovereign. *Interantional Journal of Refugee Law*. 3(IV). 373–375.

Henckaerts, J. M., Doswald-Beck, L. (2009). *Customary International Humanitarian Law - Volume I: Rules*. Cambridge: ICRC and Cambridge University Pres.

ICRC. (2014). Scope of the law in armed conflict – ICRC Q&A and lexicon on humanitarian access, *International Review of the Red Cross*. 893(96). 359–375.

Jakovljević, B. (1987). The right to humanitarian assistance – Legal aspects. *International Review of the Red Cross*. 260(27). 469–484.

Jakovljević, B. (1996). Humanitarna pomoć u jugoslovenskoj krizi. U Šahović, M. (Prir.). *Međunarodno pravo i jugoslovenska kriza*. Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu. 340–383.

Janković, B., Radivojević, Z. (2019). *Međunarodno javno pravo*. Niš: Punta.

Kalshoven, F. (2001). *Ograničenja vođenja rata*. Zagreb: Međunarodni odbor Crvenog Križa.

Khoury, A. (1994). *Armed Intervention for Humanitarian Purposes in the Resolutions of the United Nations Security Council*. Geneva.

Knežević Predić, V., Avram, S., Ležaja Ž. (Prir.). (2007). *Izvori međunarodnog humanitarnog prava*. Beograd: FPN-Crveni krst Srbije-MKCK.

Pejic, J. (2001). The right to food in situations of armed conflict: The legal framework. *International Review of the Red Cross*. 844 (83). 1097–1109.

Pictet, J. (1958). *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*. Vol. IV. Geneva: ICRC.

Sandoz, Y., Swinarski, C., Zimmermann B. (1987). *Commentary on the Additonal Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Geneva: ICRC.

Sassoli, M., Bouvier, A. (1999). *How Does Law Protect in War?*. Geneva: ICRC

Schwendimann, F. (2011). The legal framework of humanitarian access in armed conflict. *International Review of the Red Cross*. 884(93). 993–1008.

Spieker, H. (2011). The Right to Give and Receive Humanitarian Assistance. In Neinze, H. J. and Zwitter, A. (Eds.). *International Law and Humanitarian Assistance*. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag. 731.

Stoffels, R. A. (2004). Legal regulation of humanitarian assistance in armed conflict: Achievements and gaps. *International Review of the Red Cross*. 855 (86). 515–546.

Swiss Federal Department of Foreign Affairs. (2014). *Humanitarian Access in Situations of Armed Conflict: Handbook on the International Normative Framework*. 2<sup>nd</sup> ed., Bern: Federal Department of Foreign Affairs.

**Zoran Radivojević, LL.D.,**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš  
**Nebojša Raičević, LL.D.,**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

## **THE LEGAL REGIME OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN ASSISTANCE IN ARMED CONFLICTS**

### **Summary**

*The legal regime of international humanitarian assistance provided during armed conflicts is based on several general legal principles. They are guiding principles that apply in all circumstances and situations, regardless of the nature of the armed conflict. The first principle entails that the state has primary responsibility to ensure that the basic needs of population under its jurisdiction are met during the armed conflict. The second principle, closely related to the first one, is the principle that third countries and international humanitarian organizations may offer assistance if a party to the conflict fails to undertake its duty to provide supplies necessary for the survival of the population. The next principles calls for the consent of all concerned parties in the provision of humanitarian assistance, as well as the duty of the parties to the conflict and all third countries to approve and facilitate the unimpeded passage of aid. The last principle is that staff involved in relief operations must be respected and protected.*

*In addition to these general legal principles, international humanitarian assistance is regulated by a dozen of special rules covering various aspects of providing international humanitarian assistance during armed conflict. These rules are the result of a compromise between efforts to provide the vulnerable population with the necessities of life and a demand to protect the sovereignty of all parties to the conflict, but particularly of the state in which the aid is being sent. There is a difference between the rules governing humanitarian aid operations in international armed conflicts and the rules applicable in non-international conflicts. The first group of rules is far more numerous; they regulate in detail the issues related to relief actions, including the conditions for passage, delivery and distribution of consignments, the types of goods and services that can be sent, the category of persons who they are intended for, the position of the personnel engaged in these operations, and the technical conditions for implementing these rules.*

*As regards non-international armed conflicts, the rules on humanitarian assistance are fewer, shorter and more general. These scarce rules are sometimes vague, and they mainly come down to the principle of humane treatment and the right of international humanitarian organizations to offer their assistance. Given that non-international conflicts are the predominant form of armed conflict today, there is a strong tendency to extend the application of codified rules of international law governing the provision of humanitarian assistance to these conflicts. The practice of respecting almost all codified rules governing the provision of humanitarian assistance in modern armed conflicts and its wide acceptance by states and other participants confirms that the rules of customary International Humanitarian Law created in this area are applicable in both international and non-international armed conflicts.*

**Keywords:** humanitarian assistance, armed conflicts, international humanitarian law, civil population, Geneva Conventions, Additional Protocols.



**Др. сц. Инес Матић Матешковић,\***

Доцент,

Правни факултет, Свеучилиште у Ријеци, Република Хрватска

**Др. сц. Дејан Бодул,\***

Ванредни професор,

Правни факултет, Свеучилиште у Ријеци, Република Хрватска

**Др. сц. Жељко Бартуловић,\***

Редовни професор,

Правни факултет, Свеучилиште у Ријеци, Република Хрватска

UDK: 347.9(091)

347.9:341.24(4-672EU)

Рада примљен: 11.10.2021.

Рада прихваћен: 28.11.2021.

## **ЕВОЛУЦИЈА КОНЦЕПТА СУД/ТРИБУНАЛ: ТРЕБА ЛИ ИЋИ У СМЈЕРУ ЊЕГОВЕ ЕУРОПЕИЗАЦИЈЕ?\***

**Апстракт:** Живимо у вријеме брзих социјалних, економских па и правних промјена. Устаљени правни концепти, као суд/трибунал, еволуирају. Модернизација права хармонизира га с потребама времена. Организацијска и функционална модернизација судова требала би се одвијати у смјеру еуропеизације. То је шири процес од рецепције еуропског права и преузимања правних института из других права, без анализе што они значе у правном поретку из којег су трансплантирани и да ли су у складу с правном традицијом и/или се могу и на који начин укључити у домаћи правни систем. Аутори анализирају историјске аспекте судства, да ли реформирати судове и којим организацијским структурама тада повјерити обављање судске власти, да ли је могуће задржавање принципе утемељене на класичним правним стандардима.

**Кључне ријечи:** појам суда, поступак *in statu nascendi*, еуропеизација.

---

\* ines.matic@pravri.uniri.hr

\* dbodul@pravri.hr

\* zeljko@pravri.hr

\*\* This paper was funded under the project line ZIP UNIRI of the University of Rijeka, for the project ZIP-UNIRI-130-7-20 / Rad je financiran u okviru projektne inicijative ZIP UNIRI Sveučilišta u Rijeci, projekta ZIP-UNIRI-130-7-20.

## 1. Увод – историјски развој судова и суђења

### 1.1. Доба антике – Атина

О рјешавању спорова у првобитној заједници у освиту културе можемо само нагађати. Негдје су повјерење скупине добили старији и угледнији (старјешине), а другдје они који су се наметнули силом (самодршци). Неке од најранијих одредби које регулирају поступак рјешавања спорова налазимо у државама Старог истока у другом миленијуму прије Христа.

У Атени долази до развоја демократије па и судовања. Дракон оснива *Суд ефета* састављен од базилеуса, полемарха, епонима и 48 наукрара који суди у вијећима од по 17 чланова. Солон 594. г. пр. Кр. утемељује врховни народни поротни суд *Хелиају* с 6.000 чланова (5.000 редовитих и 1.000 додатних), бираних коцком између чланова прва три имовинска разреда друштва. Свака *фила* (племе) бирала је по 600 судаца старијих од 30 година на годину дана. Суд суди у вијећима (дикастерији) од 201 (за имовинске предмете), 501 (изричу и смртну казну) и 1.501 члана (спорови опћег интереса). Сваки дан се коцком бирају чланови вијећа и вијеће које рјешава спор, како би се спријечила корупција. Суди се на отвореном како би богови, а заправо народ надгледао суђење и злочинци не би окужили суце. Пизистрат за грађанске предмете уводи *Суд диетета* с 200 чланова. Суд једанаесторице суди имовинске деликте те надзире извршење казне слично као и Суд четрдесеторице. Постојале су и изабране арбитраже (Бартуловић, 2014: 43, 44, 46). Даје се предност јавном суђењу и колективним судовима изабраним на начин који онемогућује корупцију.

### 1.2. Доба антике – Рим

Развој римског цивилног поступка почиње настанком државе и ограничењем самопомоћи (Новаковић, 2020: 141–161). Сазнање о грађанском поступку темељи се на малом броју извора у примјерима из четврте књиге Гајевих Институција, иако се она односи на тужбе, а не на правила поступка. Недостатак извора оставља простор за различита тумачења којима се попуњавају празнине (Metzger, 2004: 246 *et seq.*).

У римском праву под појмом судица се подразумевају различите особе: изабрани магистрат који има *ius dicendi* и *ius iudicandi*, појединац именован да одлучује о чињеницама и доноси пресуду у случају за који је изабран (*iudex privatus*), судски орган *recuperatores* (најмање тројица изабраних судаца) који је одлучивао у поступку с јавним интересом, центумвирски

судови и изванредни судови за казнена дјела против државе (*questiones perpetuae*) (Plescia, 2001: 51–70).

У грађанском поступку припремна фаза и фаза расправе одвијале су се прије него што је судач добио *iurisdictio*, а фаза доказивања и одлучивања проведене пред судским тијелом (Caroli, 2017: 140). Овај дио поступка започиње након литисконтестације те се одвија пред изабраним суцем који је *iudex privatus*. Он је требао утврдити истинитост тврдњи странака, провести доказе и изрећи пресуду. Грађански поступак, легисакцијски и формуларни, карактеризирала је чињеница да је коначну одлуку донио субјект изван правног састава, којег су странке одабрале.

Суца одабиру странке, али одабир верифицира правосудни магистрат (*dare iudicem*) дајући суцу налог да проведе поступак и упућу (*ius dicere*) како да пресуди (*iussum iudicandi*) (Karakocali, 2013: 71–72). Из овлаштења *iussum iudicandi* произлазе функције суца, а прва међу њима је суђење и доношење одлуке. Радило се о *munus publicum* у пуном смислу, о чему свједочи Д. 5.1.78. *Quippe iudicari munus publicum est*.

Ауторизација правосудног магистрата суцу приватнику чини одлуку у спору државном одлуком и она има снагу по држави овршиве пресуде, за разлику од одлуке коју доноси обични приватни судач (*arbiter ex compromisso*) (Хорват, 1998: 344–346).

Странке суца изабиру с посебних судачких листи (*album iudicium*) у којима су уписани сенатори, а касније и витезови те је објављиван за наредну годину. Гаљарди (Gagliardi, 2007: 199) истиче да је улога суца посебно прижељкивана, да је изазивала ривалство и напетости прџ одређивању особа. Можда је то био повод да се формира службена листа (*album iudicium*) с које ће се извући имена судача.

*Album iudicium* почетно је обухватио само грађане сенаторског сталежа. Они су јамчили непристраност и часност, захваљујући великом угледу. Еквидистанција сенатора према странкама била је читија у спору субјеката који припадају различитим друштвеним класама. Именовањем искључиво сенатора за функције суца приватника избјегнута је опасност да социјално јача странка додијели спор појединцу од свог повјерења.

*Album iudicium* припремао је претор сваке године на почетку службе те га образлагао, заједно с едиктом. Странке су за конкретан случај с пописа бирале суца или би га одредиле коцком. Суци су били лаици па су потребне правне савјете тражили од правника (Ромац, 1975: 253). Судачку функцију је, осим суца појединца (*unus iudex*) вршио и *arbiter* којем је припадала већа слобода код расуђивања.

*Iudex privatus* не примјењује аутоматски правила нити изражава властито мишљење већ вриједност одлуке произлази из његове аутентичности као гласа за заједнички осјећај за право (Baron, 1884: 425). *Iudex privatus* приватно обавља дјелатност и особно је одговоран за рад у појединачном случају у којем има улогу правосудног тијела.

У класичном раздобљу постојала су ограничења за именовање приватних судца, идентифицирана у Пауловом фрагменту Д.5.1.12.2 (Paul. Ad ed. 17) и разврстана у три скупине: природна неспособност, правна неспособност и неспособност због посебног стања одређених особа лишених темељног статуса, попут жена и робова. Даљњи захтјев представљала је *aetas legitima*, добно ограничење од 25 година.

*Iudex privatus*, једном именован, био је обвезан вршити грађанску дужност и није се могао одрећи именовања без ваљаног разлога. Режим *excusationes* уређивао је попис оправданих разлога. Апсолутна обвеза је постојала за суца без *excusatio*. Судац није могао одлучити хоће ли прихватити дужност или не. Извори то не потврђују, али претпоставља се да би судца, који је одбио задатак, био осуђен на новчану казну, предвиђену преторским едиктом. Разлози за необављање дужности судца били су предвиђени законима или едиктом. Попис разлога није био таксативан већ га је претор могао допуњавати. Главни разлози односили су се на старост, број дјеце, болести и постојање политичких или вјерских обвеза.

Аугуст је смањио потребну доб с 35 на 25 година. Према Улпијану, функцију судца могла је вршити особа старија од 18 година и млађа од 25 година ако су странке свјесне старости судца и прихваћају да он изрекне пресуду. *Senatus consultum Calvisiano* утврђује горњу границу доби од 70 година, коју је *Lex Acilia* спустио на 60 година. Минимална граница од 25 година под одређеним увјетима може се смањити на 18, а максимална је 60 година. Жене и робови били су искључени из судачке службе.

Непристраност судца и непостојање особног интереса у спору регулира начело *nemo iudex in re sua*. Неке хипотезе се могу реконструирати из Дигеста.

Судац је имао грађанскоправну одговорност да саслуша странке, суди према упуту из поступовне формуле и пресуду донесе у доброј вјери, објективно и непристрано (Plescia, 2001: 58). Уколико судца не би дошао на суд без оправданог разлога (*iusta causa*), тужитељ губи спор с обзиром на учинак литисконтестације у легисакцијском и формуларном поступку. Тада тужитељ може захтјев усмјерити према суцу темељем квазиделикта *iudex qui litem suam fecit*. Од раздобља ране републике регулирано је питање судачке одговорности за корупцију па је у Законику XII плоча, према начелу

талиона, прописана смртна казна за суца у казненом поступку који је примио мито и зато изрекао смртну казну у поступку.

Извори указују да је судач одговарао за *culpa* (када је занемарио темељне претпоставке поступка, нпр. појављивање на суду или суђење према упутама у формули), *dolus* (када је био пристран или примио мито) и *error* (када је због судачке погрешке настала штета некој од странака). Судач приватник осуђен за корупцију (*crimen repentudarium*) трпио је последице инфамије, није могао бити именован за суца, изабран у Сенат, бити свједоком или заступати пред судом (Plescia, 2001: 67–68). То је утјецало да особе дужност суца обављају савјесно.

У раздобљу принципата, паралелно с *iudicium privatum*, појављује се поступак у којем царски службеник који прими тужбу води поступак, изриче и извршава пресуду. Користио се изнимно за неке спорове, због чега се и назива *extraordinaria cognitio*.

Модел судства приближан данашњем организиран је у раније царско доба када нестаје подјела поступка на двије фазе. Вођење судских поступака препуштено је државним суцима, који су истовремено били органи управе јер идеја о одвајању судства од управе тада није постојала. Државни суци су водили поступак, изрицали и извршавали пресуду (Хорват, 1998: 344 *et seq*). Од 3. ст. н. е. *iudicium privatum* с изабраним суцем лаиком ишчезава па улогу суца преузима државни орган.

### **1.3. Средњовјековно доба**

#### **1.3.1. Средњовјековна Еуропа**

Франачка је егземпларна држава западног феудализма. То је патримонијална држава у којој владар има право заповиједања (*ban*) који, према модерној подјели, обухваћа: мировни (судски), наредбодавни (законодавни) и управни бан. Краљ, као највиши судач предсједа краљевом суду од 7 особа, а касније га замјењује дворски управитељ (*maior domus*, за Каролинга *comes palatii*). Суд је надлежан за веће спорове (нпр. смртну казну) угледних особа, привилегије црквама и сл. Сваки носитељ власти добивене од владара суди у мањим предметима подређеним људима. Остале предмете по сатнијама (*centenata*), опћинама слободних војника сељака, суди народни суд (*ting, mallum*). У 7. ст. предсједа му гроф (*comes*) који обилази грофовију (некадашњи *pagus*). Важну улогу има 7 присједника (*rahimburgi*), које раније бира народ као суце. Они су предлагали пресуду, а скупштина народа је прихваћа или одбија. Пресуду је извршавао гроф уз

помоћ *rahimbarga*. У мањим предметима суду предсједа сатник (*centenarius*). У том раздобљу видљива је јача улога народа у судовању.

Карло Велики је 770. провео реформу. Скупштина слободних становника подручја (*placita generalia*) одржава се три пута годишње, а предсједа јој гроф. Судски присједници су 7–12 скабина, трајно изабраних угледних локалних људи који познају право. Ако предмети нису ријешени, нпр. због бројности на *placita generalia*, упућују се на *placita minora*, гдје суди грофов замјеник (*vicarius*) и *centenarius* са скабинима без скупштине. Од 811. разликују се већи спорови (*causae maiores*) гдје предсједава *comes*, од *causae minores* којима предсједава *vicarius*. Странка незадовољна пресудом изазива предлагача пресуде на двобој. Ако побиједи предлагала се нова пресуда. У каролиншко доба развио се призив на виши суд, не против странке, већ против предлагача пресуде (Бартуловић, 2014: 50 и 56). У ово доба владар жели судовање ставити под свој надзор.

У Њемачкој сусрећемо екстремне примјере улоге судаца и поротника. Предсједник суда (*Richter*) бира присједнике (скабини, *Schöffen*) који доносе пресуду, док он води строго формалан поступак. Ако предсједник суда сазна за злочин, наступа као тужитељ (*Getüge*) и свједочи, а скабини доносе пресуду. Уз присегу 6 поротника (*Übersiebnung*) да је нетко злочинац, започиње сумаран поступак против те особе. У Баварској и Аустрији у 13. ст. повјерљиве особе на тајним сједницама (*consilium secretum*) заклетвом проказују особе за које само сумњају да су злочинци па се с њима поступа као са злочинцима ухваћеним на дјелу. *Градски тужитељ* брине да се особа затвори, а докази прибаве и тортуром јер је признање *краљица* доказа (*confessio est regina probationum*). Утврђивање чињеничног стања прелази на суд и замјењује тужбу с присегом чиме се уводи инквизицијски поступак. Уводи се јавни тужитељ (*фискалат*) и прогон по службеној дужности. У поступку се од 18. ст. разликује генерална инквизиција с утврђивањем злочина и *corpus delicti*, од специјалне која почиње затварањем осумњиченога. Радње у поступку се записују, јер пресуду потврђује виши суд, а у случају правних дилема тражило се мишљење правних факултета. Судац је везан доказним правилима: пун доказ су два свједока и запечаћена исправа (*instrumentum guarantigiatum*), а пословне књиге треба ојачати присегом (*Bucheid*) (Бартуловић, 2014: 70–71).

Енглеска показује специфичности германске традиције суђења, а могу се тражити и сличности с римским правом иако је формално дошло до забране његове примјене. Води се борба за демократизацију суђења и стављања краљеве власти под надзор пороте као паралеле парламента у законодавној власти. *Magna Carta* 1215. уводи поротно судовање у чл. 39:

*Ниједан слободан човјек неће бити убијен или затворен, или лишен својих права или имовине, или стављен ван закона или прогнан, или на било који начин лишен свог положаја... осим на основи законите пресуде њему једнаких или права земље.* Потврђује се начело праведности и ефикасности судовања у чл. 40: *Никоме нећемо продавати право и правду, никоме их нећемо одрећи и одуговлачити.* Од 12. ст. слободни људи незадовољни локалном правдом обраћају се краљу, али он не суди редовно па *Magna Carta* уводи суђење на сталном мјесту. Тако настаје краљевски суд у Вестминстеру.

У 14. ст. настају мировни судови, чији суци подузимају превентивне мјере и разматрају казнене спорове. Суце именује краљ из редова локалних земљопосједника. Суде као појединци, лакша дјела удвоје (тзв. мале сједнице), а већа четири пута годишње. Захваљујући централним и путујућим судовима феудални судови су релативно брзо изгубили важност. Насупрот судовима Опћег права од Едварда III 1327. настаје Суд Лорда канцелара или Суд „правичности“ који не суди по *Common law* већ по принципу правичности (*equity law*) и без пороте.

Краљевски суци су од 12. ст. професионалци. У суђењу се користи краљев налог (*writ*). Он садржи наредбу да прекршитељ права удовољи налогу или се приводи пред Краљевски суд и оправдава се. Крајем 12. ст. лорд канцелар ствара низ указа дајући заштиту разним односима чиме настаје регистар указа. Извор права постају и пресуде краљевских судова које се од 12. ст. воде у регистрима (*plea rolls*), доносе се неслужбени годишњаци (*Yearbooks*) најважнијих пресуда, а јављају се и преседани (*precedent*), пресуде које се користе за будућа рјешења.

Османска Турска је спецификум. Судство је одвојено од управе и спахија који немају управну и судску власт као феудалци на Западу. Држава се дијели на судске јединице (*кадилук*) чија подјела се не поклапа с управном. Разликује се пет ступњева судаца. *Велике моле*, надлежне у већим и *мале моле* у мањим градовима. *Кадидје* суде у осталим мјестима, а *наиб* су замјеници. *Муфетиши* су надлежни за побожне закладе. Суци се могу обратити познавателу шеријата (*муфтији*) за правно мишљење у облику *фетви* (Бартуловић, 2014: 91).

Ново доба доноси промјене у положају судова. Реперкусија Француске револуције у 18. ст. је и признавање Монтескјеовог принципа подјеле власти и одвајање судске и извршне власти. Закон из 1790. уводи бирање судаца чак и највише инстанце (Касациони суд). Одвојеност је убрзо укинута и суци се интегрирају у државну управу. Након Другог свјетског рата, принцип одвојености опет јача у контрапозицији између правосудне и извршне власти.

### 1.3.2. Средњовјековна Хрватска

На простору уже Хрватске, у Златној були Беле IV Градецу 1242. краљ даје грађанима право избора највишег службеника (градског суца) на годину дана, а он га потврђује. Град добива да ужива одређену самосталост у управи у судству.

Први познати Славонски сабор 1273. доноси и одлуке о суђењу и саставу суда. Развојем градова и повећањем броја племениташа изузетих из власти жупана, ниже племство, „краљеви слуге“ (*servientes regis*) желе потврду права, као и нижи слој, тзв. тврђавних војника (*iobagiones castri*) спрам великаша (баруни) који их желе подвргнути себи. Прописано је да судско вијеће у жупанији, као јединици њихове самоуправе, сачињава: жупан, четири племића (*servientes regis*) и два тврђавна јобагиона. Из тога се види да су тврђавни војници изједначени с племићима, јер према средњовјековној традицији нижи слој не може судити вишем (Бартуловић, 2008: 9 *et seq.*).

Дубровачка република организира судове закључцима Великог вијећа у 15. ст. Судство није одвојено од управе јер је највиши суд Велико вијеће. Овласти кнеза у судству временом су се смањивале. Велико вијеће је овласти пренијело на Велики двор (*Curia Maior*), који има 15 чланова (10 бира Велико вијеће, а 5 Мало вијеће), али има касациске овласти над њим. Мање спорове суди Мали двор (*Curia Minor*), који има три члана бирана на годину дана. Изван града суде делегирани органи Сената, а призив рјешава Велико вијеће. Црквени суд надлежан је за спорове између припадника клера, али и грађана ако се ради о питањима, везаним уз вјеру и Цркву (Бартуловић, 2008: 16).

Ријечки статут из 1530. спомиње двојицу судца, које је можда раније бирала опћина сама, а од 14. ст. феудалац бира једнога (*iudex capitanealis*), господског суца. Другога, опћинског суца (*iudex populi, i. communis*), бира опћина. Угледнији грађани желе ојачати свој утјецај па се суци бирају између опћинских вијећника. Бирани су на годину дана, а статут то скраћује на шест мјесеци. Они суде мање грађанске и казнене предмете ако их не суди градски викар, који мора бити странац и искусни правник (Херков, 1948: 50–64). Капетан бира господског суца из Малог вијећа. Вијеће цедуљама бира опћинскога, тако да се међу празне ставе три означене па тројица који их добију кажу имена кандидата уз заклетву да нису наговарани, умољени, потплаћени ни подмићени, него да бирају по савјести доброг, прикладнога и способног. Изабран је кандидат који добије већину гласова (Херков, 1948: 125). Суци се не смију удаљити из комуне под пријетњом новчане казне, осим с дозволом капетана одређујући једног вијећника за замјеника. Двије особе из исте куће или обитељи не могу, до трећег кољена, истодобно бити



суци (Херков, 1948: 128). У Ријеци постоје и изабрани судови који суде у скраћеном поступку у парницама. У арбитражама суде грађани добра гласа (*arbitri boni viri*), у другима пријатељи – одабрани суци (*arbitratores*), а у трговачким арбитражама одабрани суци – трговци (*comissarii calculatores* или *boni viri mercatores*) (Херков, 1948: 70).

У револуционарним збивањима 1848. у *Захтијевањима народа*, политичком програму грађанства, тражи се и: троподјела власти, модерно, поротно судство, јавно и усмено суђење (Бартуловић, 2008: 38). Независност судства од управе била је предмет политичких борби и правне регулативе за бана Ивана Мажуранића када је дошло до одвајања и за Кхуена Хедерварија када је су они поновно спојени (Бартуловић, 2008: 51–53).

## 2. Хрватски судови на почетку демократске транзиције

Хрватски судови су у декади прије транзиције несклони промјенама и нису могли у потпуности одговорити на нове потребе јер су формирано као социјалистички, а кадар судаца је уништен негативном селекцијом и критеријем политичко-правне подобности. Циљеви реформе били су неовисно, професионално, поштено и ефикасно судство као принципи преточени у законе. Хрватски устав уводи принцип подјеле власти, а из њега начело неовисности и самосталности судске власти. Начело подјеле власти није било у потпуности оперативно, у правосудним законима било је одступања чиме се довела у питање неовисност судаца и судова од других облика власти. Ову су тезу потврдила истраживања Узелца и Пађена. Појединачни случајеви из праксе нису били предметом квалитативног истраживања јер интенција анализа није била да идентифицира конкретне примјере неетичног понашања, већ да методом апстракције те индикативном методом утврђивања чињеница укаже на системске празнине које могу представљати ризик неетичног понашања у сектору правде, без обзира на постојеће механизме за јачање интегритета правосуђа. То је, по мишљењу већине аутора, превазиђено реформама Закона о судовима, Закона о државном судбеном вијећу, Закона о државном одвјетништву те Закона о државно одвјетничком вијећу. Наведене тезе укључују анализу домаћег и међународног правног оквира и консултације са представницима стручне заједнице у форми интервјуа. Најјачи потицај за реформе био је и процес придруживања Еуропској унији (даље: ЕУ), испуњавања Копенхашких критерија о владавини права опћенито, тј. усклађивању законодавства и праксе земље кандидата с ЕУ (Узелац, 1992: 582–590).

### 3. Еуропски правни стандарди у дефинирању концепта суд/трибунал

Путем праксе Еуропског суда за људска права (даље: ЕЦХР) и Суда Еуропске уније (даље: СЕУ) афирмира се принцип прецедената и јудикатуре као формалног извора права. Појам *суд*, како у чл. 6, ст. 1 Конвенције<sup>1</sup> тако и у пракси СЕУ не треба нужно схватити као суд у *класичном смислу*, интегриран у стандардни судски апарат земље (в. чл. 2 ЗоЦ),<sup>2</sup> већ као тијело које одлучује о питањима у оквиру своје надлежности на темељу правних правила и након поступка који се спроводи на начин како је прописано законима.

Доктрина указује да је појам *суда/трибунала* аутономни појам права ЕУ. Неовисно о конкретном уређењу правосудног сустава држава чланица, одређено тијело ће се сматрати судом уколико удовољава критеријима произашлим из тумачења права ЕУ од стране СЕУ, односно праксе ЕЦХР.

Јудикатура СЕУ указује како административна тијела са судским функцијама могу представљати *суд* у смислу чл. 267 УФЕУ,<sup>3</sup> нпр. уреди за јавну набаву (предмети Ц-411/00, Felix Swoboda; Ц-92/00 (XI); Ц-393/06, инг. Аигнер); Ц-407/98, Abrahamsson, т. 35). Предувјет је да су: успостављена законом; стална; имају обвезујућу надлежност; проводе поступак *inter partes*; примјењују правна правила и да су неовисна (Мартиновић, Пошчић, 2018: 223 *et seq*). Доктрина указује, анализирајући јудикатуру СЕУ, да критерији морају бити испуњени кумулативно. При тому СЕУ усваја функционални приступ дефиницији појма *суд* испитујући улогу и функције тијела у конкретном предмету, а не да ли је оно формално дио правосудног сустава државе чланице (Мартиновић, Пошчић, 2018: 223 *et seq*).

Чл. 6, ст. 1 Конвенције гласи: *Ради утврђивања својих права и обвеза грађанске нарави или у случају подизања оптужнице за казнено дјело против њега сватко има право да законом установљени независни и непристрани суд правично, јавно и у разумном року испита његов случај...*

У предмету *Le Compte, Van Leuven и De Meure* против Белгије<sup>4</sup> ЕЦХР је навео: *У складу с праксом ЕЦХР, кориштење израза „суд/трибунал“ може се јамчити само за тијело које задовољава сљедеће захтјеве – независност од извршне*

---

1 (Еуропска) Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода, НН-МУ, 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06. и 2/10. (даље: Конвенција).

2 Закон о судовима, НН, 28/13, 33/15, 82/15. 82/16, 67/18. и 126/19. (даље: ЗоС).

3 Уговор о функционирању ЕУ (прочишћена верзија из 2016), СЛ Ц 202, 7. 6. 2016.

4 ЕЦХР, *Le Compte, Van Leuven и De Meure* против Белгије, пресуда, 23. 6. 1981, Серија А, бр. 43.

*власти и од странака у поступку, трајност дужности те поступовна јамства – од којих се неколико налази и у тексту чл. 6, ст. 1.*

То је резултирало дефиницијом појма суд у предмету Белилос против Швицарске:<sup>5</sup> *...појам „суд“ одређен је његовом судском функцијом што значи да он одлучује о предмету у оквиру своје надлежности, на темељу владавине права, а наконведеног поступка који мора бити регулиран одговарајућим прописима... Појам суда мора испуњавати и сљедеће захтеве – независност, посебице од егзекутиве; непристраност; одређено временско трајање мандата његових запосленика; постојање поступовних јамстава – од којих се неколико налази и у тексту чл. 6, ст. 1.* Дефиниција је сувише апстрактна јер садржи и организацијске и поступовне елементе који су према мишљењу ЕЦХР-а уврштени или се могу подвести под друга јамства из чл. 6, ст. 1.

#### **4. Искуства у одређивању појма суд/ трибунал у хрватској легислативи**

Закон о јавном биљезништву<sup>6</sup> цјеловито уређује физиономију јавно-биљезничке службе у организацијском, статусном, компетенцијском и функционалном смислу. У циљу потицања концилијацијске функције јавних биљезника и унапређења функционализације грађанскоправне заштите дошло је до делегирања послова из судске надлежности у изванпарничним пословима на јавне биљезнике за оставинске поступке (пренесена надлежност) и специјалне егзекуције/оврхе (изворна надлежност) (Бодул, Грбић, 2014: 35–52). Но, пресуде у предметима Ц-484/15 и Ц-551/15 Ибрица Зулфикарпашић/Славен Гајер и Пула Паркинг д.о.о./Свен Клаус Тедерахн указују да се јавни биљезници, када поступају у овршним поступцима на темељу *вјеродостојне исправе*, не могу сматрати *судом* ни у смислу Уредбе о еуропском налогу за извршење<sup>7</sup> ни за потребе примјене Уредбе о признавању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима.<sup>8</sup>

5 ЕЦХР, Белилос против Швицарске, пресуда, 29. 4. 1988, Серија А, бр. 132.

6 Закон о јавном биљезништву, НН, бр. 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09. и 120/16, даље: ЗЈБ.

7 Уредба (ЕЗ) бр. 805/2004 Еуропског парламента и Вијећа од 21. 4. 2004. о увођењу еуропског налога за извршење за неспорне тражбине, СЛ 2004, Л 143, стр. 15, СЛ, посебно издање на хрватском језику, поглавље 19, свезак 3, стр. 172.

8 Уредба (ЕУ) бр. 1215/2012 Еуропског парламента и Вијећа од 12. 12. 2012. о надлежности, признавању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима, СЛ 2012, Л 351, стр. 1, СЛ, посебно издање на хрватском језику, поглавље 19, свезак 11, стр. 289; исправци у СЛ 2014, Л 160, стр. 40 и СЛ 2016, Л 202, стр. 57.

Иако је одређивање оврхе на темељу вјеродостојне исправе код хрватских јавних биљежника релативно нови институт, имплементиран у Овршни закон Новелом из 2005.<sup>9</sup> предмет је честих критика. Даљњи корак дејудицијализације је направљен 2010. имплементацијом ЗПОНС-а,<sup>10</sup> према којем оврху на новчаним средствима проводи Финанцијска агенција, Хрватска народна банка и банке (чл. 2). Након имплементације ЗПОНС, уз (тадашњи) Овршни закон из 2010,<sup>11</sup> чија се рјешења такођер могу проблематизирати, уводи се још један нови модел извансудске оврхе путем ЗЈО.<sup>12</sup> Законом је извршена радикална редефиниција и редизајн правила поступка оврхе. Законодавац одустаје од службе јавних овршитеља и увођења новог-старог законодавног модела судске оврхе иако је 71 особа већ положила стручни испит и испунила све материјалноправне увјете.<sup>13</sup>

Дуготрајни спорови око трошкова присилне наплате РТВ пристојбе резултирали су даљњом дејудицијализацијом овршног поступка 2017. и тадашњим чл. 36.а Закона о допуни Закона о Хрватској РТВ.<sup>14</sup> ХРТ као јавна установа добива обвезу сама проводити овласти вођења поступка присилне наплате доспјеле, а неплаћене РТВ пристојбе. За разлику од претходног законског рјешења, ХРТ не смије у вођењу тог поступка користити наплатне услуге одвјетника, осим у случају да оснивач – Хрватска, да посебно одобрење. Уставни суд РХ је одлуком бр.: У-І-3197/17 и др. од 16. 10. 2018. укинуо Закон о допуни Закона о Хрватској РТВ (НН, бр. 46/17 и 73/17) у цијелости, и зато што је изостала процјена оправданости новог модела наплате пристојбе успоредбом његове дјелотворности за остваривање легитимног циља, с једне стране, и издатака које ће проузрочити обвезнику његове provedбе, с друге стране (Бодул, 2017: 56–71).

ЗФППН<sup>15</sup> имплементирао је поступак исхођења предстечајне нагодбе. Циљ је поступком предстечајне нагодбе и финансијског реструктурирања потакнути дужнике који су великвидни или инсолвентни да подуму одговарајуће кораке како би их поновно успоставили, односно да се, ако је

9 Овршни закон, НН, 88/05.

10 Закон о provedби оврхе на новчаним средствима, НН, 91/10, (112/12.), 68/18, 02/20, 46/20 и 47/20 (даље: ЗПОНС).

11 Овршни закон, НН, 139/10, 150/11, 154/11, 12/12, 70/12, 80/12.

12 Закон о јавним овршитељима, НН, 139/10, 50/11 и 70/12 (даље: ЗЈО).

13 Закон о престанку важења Закона о јавним овршитељима, НН, 112/12.

14 Закон о допуни Закона о Хрватској радиотелевизији, НН, 137/10, 76/12, 78/16, 46/17, 73/17, 94/18.

15 Закон о финансијском пословању и предстечајној нагодби, НН, бр. 108/12, 144/12, 81/13, 112/13, 71/15 и 78/15. (даље: ЗФППН).

то могуће, реструктурирају и наставе пословање. У поступку предстечајне нагодбе Финанцијска агенција (даље: ФИНА), као тијело јавне власти, има важну улогу. ЗФППН ФИНА-у одређује као овлаштено тијело које проводи поступак предстечајне нагодбе те као подршку у разрјешавању дужничко-вјеровничких односа у поступцима рехабилитације дужника и повољнијих увјета намирења вјеровника од увјета које би вјеровник остварио да је против дужника покренут стечајни поступак. У оквиру ФИНА-е поступке предстечајне нагодбе је проводило трочлано нагодбено вијеће. Иако Уставни суд РХ није одлучивао о уставности концепта предстечајне нагодбе, наведени институт утемељен је на кривим тезама и законски је подрегулиран, што су потврдиле учестале измјене ЗФППН па и његово стављање изван снаге (Матић, Грбић, Бодул, 2016: 11–41). Притисак за овакве реформе, односно за јачу улогу суда у предстечајним нагодбама, вршила је и примјена чл. 6 Конвенције. Наиме, пракса ЕЦХП-а назначује како се чл. 6, ст. 1 примјењује на стечајни поступак па је прва дилема која се односи на легитимност процеса дејудикализације кроз модел предстечајне нагодбе чињеница да стечајно правна заштита мора бити у надлежности оног тијела које Конвенција означава синтагмом *трибунал* (који без обзира на то којој власти припада), а данас та својства у позитивном праву има само суд. То је резултирало *брисањем* законодавног рјешења по којем је ФИНА *de facto* и *de iure* одлучивала у поступцима предстечајне нагодбе. Ново рјешење указује на самосталност суда што подразумијева да је суд посебна врста тијела државне власти за који важе посебна правила организирања (Бодул, Вуковић, 2015: 181–213).

ОПЗ<sup>16</sup> прописује да порезни акт којим се одлучује о појединачним правима и обвезама из порезно-правног односа јест порезно рјешење. Уређујући питање правне заштите порезних обвезника, ОПЗ-ом је прописао да се против порезног акта којим је одлучено о појединачним правима и обвезама из порезно-правног односа може поднијети жалба надлежном другоступањском порезном тијелу – Самосталном сектору за другоступањски управни поступак (даље: Служба) који је организацијска јединица Министарства финансија (даље: МФ). Поступак пред Службом дефиниран је као управни поступак па се примјењује ЗОУП. У оквиру својих широких надлежности, Служба рјешава о жалбама против управних аката порезне управе, управних тијела жупанија и великих градова прописаних посебним законима *et seq.* ОПЗ уређује право порезног обвезника на судску заштиту прописујући да се против рјешења којим је одлучено о жалби може поднијети тужба надлежном суду. Сама Служба удовољава критеријима о сталном тијелу, утемељеном на закону које у *inter partes* поступку

---

16 Опћи порезни закон, НН, бр. 115/16, 106/18, 121/19. и 32/20. (даље: ОПЗ).

доноси одлуку судског карактера, али је спорна неовисност чланова, с обзиром да Уредба<sup>17</sup> којом је Служба основана не садржи никакве одредбе о неовисности Службе нити њених чланова. Ни ОПЗ којим се заснива надлежност Службе нема посебне одредбе којима би се јамчила неовисност тијела (нема, *exempli gratia*, забране давања инструкција тијелу и јамстава сталности положаја чланова) па није за вјеровати како би Служба могла добити статус суда/трибунала (Жунић Ковачевић, 2016: 279–295).

Треба споменути и Државну комисију за контролу поступака јавне набаве (даље: ДКОМ) јер се у пракси поставља питање, има ли она статус суда у складу са захтјевима еуропског права (независно од националног законодавства). Сукладно одредбама ЗоДКОМ-у,<sup>18</sup> ДКОМ рјешава о жалбама у вези с поступцима јавне набаве, давања концесија и одабира приватног партнера у пројектима јавно-приватног партнерства. Такав правни и институционални оквир највећим је дијелом посљедица рецепције *acquis communautaire* тог подручја (Турудић, 2017). Према одредби ЗоДКОМ, ДКОМ је самостално и неовисно тијело државне власти надлежно за рјешавање и одлучивање о жалбама. Полазећи од опћих критерија за признавање статуса суда или трибунала у пракси Суда ЕУ и ЕЦХР-а, видимо како је ДКОМ тијело: утемељено законом, сталне природе, чије су одлуке обвезујуће, пред којим поступак тече *inter partes*, одлуке доноси темељем правних норми и које је самостално и неовисно.

## 5. Закључна разматрања

Концепт људског права на приступ суду/трибуналу, утјеловљен у законодавним инструментима представљенима у раду, резултат је дуготрајне повијесне и културне (р)еволуције која је далеко од завршетка. У прошлости, правни систем није био комплексан, нити је имао исти број посебних правила или сличног правног исхода уз различите доносиоце правила у истој држави (централни, савезни, регионални, ЕУ); друштво није тако захтјевно према суцима и другим службеницима, тржиште се није кретало данашњом брзином. Данас суци морају одговорити на захтјеве друштва које тражи све више правне извјесности у економским трансакцијама желећи брзе и разумне пресуде, што се може остварити само ако судица познаје правна правила и поступак. С друге стране, едукација судица мора узети у обзир захтјеве за већом стручношћу у примјени основних инструмената – правила поступка.

17 Уредба о унутарњем устројству Министарства финансија, НН, бр. 54/17, 26/18 и 79/19, чл. 36.

18 Закон о Државној комисији за контролу поступака јавне набаве, НН, бр. 18/13-98/19. (даље: ЗоДКОМ).

Из хрватске перспективе видљиве су двије посљедице. Прва, да се од Устава из 1990. (НН, 56/90), који је на битно другачији начин регулирао организацију и положај судбене власти у Хрватској, суставно ради на реформи, развоју и унапређењу стања у судству. Лоши процесни параметри навели су законодавца да промишља и проводи поступак дејудицијализације. Дејудицијализацију, у овом раду, је процес преношења одређених послова судбености особама које нису суци, у нашем случају на јавне билежнике, јавне овршитеље, Финанцијску агенцију (ФИНА), ДКОМ те ХРТ.

Иако је према одредбама ЗоС суд прецизно дефиниран, уважавајући чињеницу да се преко јудикатуре еуропских судова афирмира принцип прецедената и јудикатуре као формалног извора права, појам *суд* не треба нужно схватити као суд у *класичном смислу*, који је интегриран у стандардни судски апарат одређене земље (чл. 2 ЗоС), већ као тијело које одлучује о питањима у оквиру своје надлежности на темељу правних правила и након поступка који се проводи на начин како је прописано законима. Такво тијело мора задовољити низ критерија, првенствено независности и непристраности, начин постављања и трајање мандата, постојање гаранција против вањског притиска те оставља ли оно дојам независности. Важно је споменути да су се уласком Хрватске у ЕУ почела примјењивати нова прецедентална правила и уредбе из подручја грађанскога парничног поступка, при чему је уочено да се исте односе само на судове и таксативно набројана тијела. Слобода избора нормативног оквира или законодавног модела поступка претпоставља законодавчеву овласт да на одговарајући начин уређује организацију и надлежност судова у поступку те положај странака у поступку, укључујући и њихов међусобни однос, овисно о циљевима који се у подручју поступка желе постићи. Одабир је по сили Устава у искључивој надлежности законодавца. Искључива је овласт законодавца да поједине институте прихвати, задржи, уклони или промијени. Једина обвеза законодавца је да при уређивању појединих института поступка уважава захтјеве које поставља Устав, особито оне који произлазе из начела владавине права и оне којима се штите одређена уставна добра и вриједности. Њихово уређење мора бити такво да осигурава остварење легитимних циљева поступка, правну сигурност објективног правног поретка, одређеност, приступачност, предвидљивост и правну извјесност норми, те процесну равноправност положаја странака у поступцима у Хрватској у складу са захтјевима који произлазе из владавине права, највише вриједности уставног поретка која је темељ за тумачење Устава (чл. 3 Устава). Концепт суда или трибунала ЕУ не овиси о статусу тијела у складу с националним

законодавством. У поступку пред тим тијелима, исто као и да се ради о националним судовима, може се појавити питање тумачења права, односно оцјене ваљаности права ЕУ. Тада национално тијело које води поступак у којему је потребно примијенити еуропско право може затражити од СЕУ да одлучи по претходном питању, а СЕУ ће га узети у разматрање само ако установи да тијело које га поставља има статус суда или трибунала.

### **Литература и извори**

Baron, J., (1884). *Institutionen und Zivilprozeß*, Leonhard Simion, Берлин.

Caroli E., (2017). *Studi sulla bipartizione del processo privato romano*, tesi di dottorato, Università degli Studi di Milano.

Gagliardi, L., (2007). *La figura del giudice privato del processo civile romano, Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, Edizioni Universitarie di Lettere, Economia, Diritto, Milano.

Karakocali, A., (2013). *Magistrete: The Most Important Political Body of Roman Republic*, Ankara, *Bar Review*, бр. 2, стр. 67–82.

Metzger, E., (2004). *Roman Judges, Case Law and Principles of Procedure*, *Law and History Review*, 22 (2), стр. 243–275.

Plescia, J., (2001). *Judicial Accountability and Immunity in Roman Law*, *The American Journal of Legal History*, 45 (1), стр. 51–70.

Бартуловић, Ж. (2008). *Повијест хрватског права и државе (компендиј)*, Ријека, Правни факултет Свеучилишта у Ријеци.

Бартуловић, Ж., (2014). *Повијест права и државе (I. дио – Опћа повијест права и државе)*, Правни факултет Свеучилишта у Ријеци.

Бодул, Д., (2017). *Рефлексије о неким хрватским моделима дејудичијализације*, ХАРМОНИУС – *Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, Досије студио, Београд.

Бодул, Д., Вуковић, А., (2015). *(Још једна) реформа стечајног законодавства функционализација стечајно правне заштите или плацебо ефект*, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, 36 (1), стр. 181–213.

Бодул, Д., Грбић, С., (2014). *О међусобној комплементарности појмова „суд“ и „јавни биљежник“ у пракси Еуропског суда за људска права*, *Часопис Јавни биљежник*, 40, стр. 35–52.

Жунић Ковачевић, Н., (2016). *Управносудска контрола у порезним стварима*, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, 53 (1), стр. 279–295.



Мартиновић, А., Пошчић, А., (2018). Постављање претходног питања Суд еуропске уније, Грађанско право – спорна питања и актуална судска пракса, Зборник радова, Врховни суд и Правосудна академија, стр. 223–251.

Матић, И., Грбић, С., Бодул Д., (2016). Улога суда као тијела државне власти у инсолвенцијским поступцима – од римских „праетора“ до новог хрватског Стечајног закона и конвенцијских „трибунала“, Анали Правног факултета Универзитета у Зеници, 9 (17), стр. 11–41.

Новаковић, Ф., (2020). Стални судови у римском праву, Анали Правног факултета у Зеници, 25 (13), стр. 141–161.

Ромац, А., (1975). Рјечник римског права, Информатор, Загреб.

Турудић, М., (2017). Право јавне набаве, Народне новине, Загреб. Узелац, А. (1992). Зависност и независност, приједлози уз положај судства у Хрватској, Зборник Правног факултета у Загребу, 42 (4), стр. 582–590.

Херков, З., (1948). Статут Града Ријеке из 1530, Накладни завод Хрватске, Загреб.

Хорват, М., (1998) Римско право, Правни факултет, Загреб.

#### Правни извори:

(Еуропска) Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода, НН-МУ, 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06. и 2/10.

27. Уредба о унутарњем устројству Министарства финансија, НН, бр. 54/17, 26/18 и 79/19.

Закон о допуни Закона о Хрватској радиотелевизији, НН, 137/10, 76/12, 78/16, 46/17, 73/17, 94/18.

Закон о Државној комисији за контролу поступака јавне набаве, НН, бр. 18/13-98/19.

Закон о престанку важења Закона о јавним овршитељима, НН, 112/12.

Закон о provedби оврхе на новчаним средствима, НН, 91/10, (112/12), 68/18, 02/20, 46/20 и 47/20.

Закон о судовима, НН, 28/13, 33/15, 82/15. 82/16, 67/18. и 126/19.

Закон о финансијском пословању и предстечајној нагодби, НН, бр. 108/12, 144/12, 81/13, 112/13, 71/15 и 78/15.

Закон о јавним овршитељима, НН, 139/10, 50/11 и 70/12.

Закон о јавном биљежништву, НН, бр. 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09. и 120/16.

Овршни закон, НН, 139/10, 150/11, 154/11, 12/12, 70/12, 80/12.

Овршни закон, НН, 88/05.

Опћи порезни закон, НН, бр. 115/16, 106/18, 121/19. и 32/20.

Уговор о функционирању ЕУ (прочишћена иначица из 2016), СЛ Ц 202, 7. 6. 2016.

Уредба (ЕЗ) бр. 805/2004 Еуропског парламента и Вијећа од 21. 4. 2004. о увођењу еуропског налога за извршење за неспорне тражбине, СЛ 2004, Л 143, стр. 15, СЛ, посебно издање на хрватском језику, поглавље 19, свезак 3, стр. 172.

Уредба (ЕУ) бр. 1215/2012 Еуропског парламента и Вијећа од 12. 12. 2012. о надлежности, признавању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима, СЛ 2012, Л 351, стр. 1, СЛ, посебно издање на хрватском језику, поглавље 8, свезак 11, стр. 289; исправци у СЛ 2014, Л 160, стр. 40 и СЛ 2016, Л 202, стр. 57.

Судска пракса:

ЕCHR, Белилос против Швицарске, пресуда, 29. 4. 1988, Серија А, бр. 132.

ЕCHR, Le Compte, Van Leuven и De Meuere против Белгије, пресуда, 23. 6. 1981, Серија А, бр. 43.

**Ines Matić Matešković, LL.D.**

*Assistant Professor,  
Faculty of Law, University of Rijeka*

**Dejan Bodul, LL.D.**

*Associate Professor,  
Faculty of Law, University of Rijeka*

**Željko Bartulović, LL.D.,**

*Full Professor,  
Faculty of Law, University of Rijeka  
Republic of Croatia*

### **EVOLUTION OF THE COURT/TRIBUNAL CONCEPT: SHOULD WE PURSUE ITS EUROPEANIZATION?**

#### **Summary**

*We live in times of rapid social, economic and legal changes. Traditional legal concepts, such as court or tribunal, are evolving. The modernization of law contributes to its alignment with the needs of the time when it is applied. Organizational and functional modernization of courts should be oriented towards Europeanization. This must be understood as a broader process than the mere reception of European law and taking over legal institutes from other legal systems without analyzing their actual meaning in the legal order which they are transplanted from, and without assessing whether they are in line with the domestic legal tradition and/or how they are to be included in the national legal system. The authors of this paper analyze key historical aspects in the development of the court system, European standards in defining the concept of a court/tribunal, and the Croatian experience in defining this concept. The authors discuss issues pertaining to the organizational and functional reform of the court system. which organizational structures should be vested with the judicial power and whether it is possible to maintain the principles rooted in classical legal standards.*

**Keywords:** *concept of court/tribunal, procedure in statu nascendi, Europeanization.*



**Dubravka Klasiček\*, LL.D.**

Associate Professor,

Faculty of Law, University J.J. Strossmayer in Osijek,

Republic of Croatia

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

10.5937/zrpfno-34212

UDK: 339:004.658.2

004.421

Раđ примљен: 30.09.2021.

Раđ прихваћен: 23.10.2021.

## **DECLARATIONS OF WILL IN THE DIGITAL ENVIRONMENT AND WRAP CONTRACTS\*\***

**Abstract:** *Declarations of will made in a digital environment are undeniably different from the ones done in a “physical” world and some persons might not be aware of their significance. Many people join various Internet Service Provider’s (ISP) sites daily. To do that, they usually have to agree to terms of service (ToS) that govern those sites. These declarations of will are sometimes direct: by clicking ‘I agree’, a person knows that he/she has agreed to ToS, whether he/she has read them or not. What is more important, a person is aware (or should be aware) that he/she has entered into some sort of an agreement with an ISP – a clickwrap agreement. However, on some Web pages, a person is consenting to the ISP’s ToS simply by staying on and browsing the page, which constitutes a browswrap agreement. These declarations are not direct and a person is often unaware that he/she has entered into an agreement with ISP. Furthermore, ToS often change and an ISP will sometimes not inform users about it. In those instances, users will not be aware of the changes to ToS and that, by continuing to use the ISP’s services, they are agreeing to them. These are some examples of will being declared in a digital environment, without the person declaring it being aware of what he/she has done. It seems that, for some reason, people take what happens online less seriously than what happens in a “physical” world. This paper will try to show that this is a serious mistake in a digital environment.*

**Keywords:** *declaration of will, terms of service (ToS), Internet Service Provider (ISP), online agreements, clickwrap / browswrap agreements.*

---

\* dklasiccek@gmail.com

\*\* This paper is a product of research that has been fully supported by the Faculty of Law, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, under the project IP-PRAVOS-7 „Civil law and civil procedural law in the 21st century - current situation and future tendencies“.

\*\*\* This paper was presented at the International scientific conference “Law and Digitalization“, held at the Faculty of Law, University of Niš, in 2021.

## 1. Introduction

It is probably inconceivable to most people to be a party to a contract without even being aware of its existence and the fact that their behavior means assent to it. Most people think that, in order to enter into a contract, they need to directly declare their will, sign the contract or certify it. However, there are certain contracts, known as adhesion contracts, where it is sometimes not clear to the party who agreed to them, i.e. that he/she has become a party to a contract. These contracts are concluded on a daily basis; they are so common today that many people do not even register that they have become their participants. This applies to offline, but particularly, to online adhesion contracts.

Online adhesion contracts are contracts that regulate the relationship between users and Internet Service Providers (ISPs). Today, it is almost impossible to access and use a Web site, for whatever purpose, if a person does not agree to the terms of use of that site. These terms are contained in online adhesion contracts and users have to agree to them, if they want to use the Web site. At the same time, because of various factors, most users are not aware that these terms exist, that they are placed in a contract, and that some of their behavior constitutes assent to the contract, thus becoming its party.

This paper will discuss typical types of online contracts and the ways in which parties declare their will in order to conclude them. It will also present (mostly) U.S. case law, which was used for a simple reason: probably the largest number of lawsuits, concerning online contracts, have been filed before U.S. courts in the last 15 to 20 years. The paper also mentions one decision from the Court of Justice of the European Union (CJEU) but U.S. case law on online contracts is more comprehensive and it dealt with all types of online contracts that are discussed in this paper. Besides, the goal of this paper is to present problems associated with declarations of will in regards to online contracts, in general. It does not aim to deal with any particular legal system or jurisdiction. That being said, as the decision from the CJEU will show, most courts, no matter which legal system they belong to, would reach similar decisions like U.S. courts, if presented with similar facts.

The first part of the paper will talk about various ways of declaring one's will in civil law, while concluding traditional contracts. The second part provides a brief overview of adhesion contracts, and the similarities and differences between those concluded offline and online. The third part of the paper deals with typical types of online contracts, the ways in which ISPs inform users of their existence and effects, and the ways in which users agree to the terms of use contained in those contracts. The fourth part deals with possible ways in

which online contracts could be improved, in terms of alerting users of their existence and users assenting to them.

## 2. Various ways of declaring one's will in civil law

When concluding traditional contracts, both parties have to declare their intentions to conclude a contract. One party has to declare his/her will as an offer to conclude a contract and the other has to accept it (Smits, 2017:41-42). An offer can be made to a specific person, but it can also be made to a larger number of people (Klarić, Vedriš, 2014-402). Sometimes the offer will be accepted as is, and a contract will be concluded, because only an acceptance that fully corresponds to the offer in terms of content represents its acceptance (Klarić, Vedriš, 2014-403). However, it is not uncommon for the other party to reject the offer and place a counter-offer with modified terms (Česić 2, 2021-18).

Regardless of how the contract was concluded (with or without negotiations), the will of the contracting parties must be clearly and seriously expressed (Gavella, 2019:240-214). There must exist a serious intention to enter into a particular contract; the parties have to agree to it and all of the persons involved need to be fully aware that they became parties to a particular contract.

When talking about various ways of declaring a will in civil law, we primarily have in mind direct declarations of will, where it is completely clear to everyone what the true will of the one making the declaration is. The simplest and certainly the most reliable way to express one's will is orally or in writing (Klarić, Vedriš, 2014:127-128). If one declares one's will in those ways, there is usually no doubt as to what the person wanted to declare and how she did it, provided that there are no defects of a declaration of will, in which case the contract resulting from such a statement will generally be either void or voidable (Gavella, 2019:308). Even when the will is declared by signs (nodding a head or hand gestures), normally there should be no problems as to what one is declaring, since declaration of will by signs is also a direct way of declaring one's will (Česić 2, 2021-12).

Of course, the will can also be declared in indirect ways, i.e. by conduct or, as designated in Croatian law, by conclusive actions (Klarić, Vedriš, 2014:129-130; Smits, 2017: 57-58). In these cases, the will of the person must be interpreted from one's behavior. There is a typical example in inheritance law, where it is quite clear that, when a testator disposes of the property included in a testament while still alive, the testator is, in fact, revoking a testament or a part of it, by conduct.<sup>1</sup>

---

1 Art. 66 of Inheritance Act, *National Gazette of the Republic of Croatia*, 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15, 14/19. Given that this is an indirect way of declaring one's will, where others

However, whether a person has declared his/her will directly or indirectly, there is no ambiguity on her part (or at least there should not be) of what was done, and undoubtedly, it is clear to that person what the consequences of the declaration of will are going to be, regardless of whether the same can be said about the other party.

In the digital environment, people are declaring their will all the time. However, because of distinctiveness of online environment, those declarations often differ from the ones made offline. The will online can be declared in different situations, but this paper will deal exclusively with the ones made in order to access various ISPs' services. It will deal with users' assent to online contracts that dictate their relationship with ISPs and ISPs' notice of the existence of the contract and the consequences of users' behavior. When it comes to assent to online contracts, it will be shown *infra* that a will can be declared in different, peculiar ways, when compared to the offline world. However, one of the biggest differences between declarations of will made offline and online is probably that persons declaring their will online often have no knowledge that they have done so and, correspondingly, are not aware of the consequences of their declarations.

### **3. Adhesion contracts – offline and online**

The terms of use governing users' relationship with an ISP are arranged in the form of adhesion contracts, whose clauses are set on a "take-it-or-leave-it" principle (Kamantauskas, 2015:61). These terms are determined and published by an ISP, while it is up to users to either accept or reject them and, thereby, lose access to ISP's services.

It has to be emphasized that most contracts today (both offline and online) are made as standard-form contracts or adhesion contracts (Preston, McCann, 2012:133-134; Smits, 2017:13). An adhesion contract is a standardized contract, the content of which is determined in advance by one contracting party, which decides on the conditions under which the contract will be concluded and offers the conclusion of the contract to a larger number of persons (Petrić, 2002:59). As already said, adhesion contracts are widely used today, and have been for some time (Smits, 2017:10, 13). Although, they might have a bad reputation, they are not innately bad for consumers (Condon, 2003:437). There are a lot of advantages to these types of contracts: lower costs (all transactions of the same type are processed in the same way); bargaining about future contracts takes time and

---

can only speculate that a person wants the usual consequences of his/her behavior, the person making the declaration must be given an opportunity to waive those consequences and protect herself from misunderstanding of his/her behavior; in Croatian civil law, it can be made by making statements called *reservatio* and *protestatio* (Klarić, Vedriš, 2014:130).



money, so concluding adhesion contracts saves both; most standard terms have been tested in courts so that parties (at least theoretically) save on litigation expenses as well; also, adhesion contracts are more suited for mass consumer transactions (Kunz, Ottaviani, Ziff, Moringiello 2003:289; Kim, 2011:1328). It would be unthinkable for every consumer who wants to use certain company's services to be able to negotiate with the company and to have to sign the contract in the end.

However, there is a an obvious downside to all adhesion contracts; the party that puts together these contracts chooses which terms they will consist of, and the other party has no choice in the matter. Therefore, the party accepting terms put in adhesion contracts is at a disadvantage, compared to those composing the contract.<sup>2</sup> It is reasonable to conclude that sometimes those accepting the contract do not want to do so (at least when it comes to certain provisions), but have no choice if they want to gain desired goods or services. Another issue with most adhesion contracts is that assent is not given in a direct manner, as is usually the case with traditional contracts; rather, it is presumed or constructed (Kim, 2011:1330). Therefore, the party assenting to the terms of adhesion contract is sometimes not aware that his/her behavior led her to enter into a binding contract.

Online contracts, concluded between users and ISPs, exist for a reason and are very important for both parties. They are made in the form of adhesion contracts because there is probably no other way to compose them (Kim, 2010:1). They govern the relationship between these two parties and they consist of a variety of terms. Among other, these terms include: software licensing; terms of use for utilizing a Web site; terms of sale; forum selection; arbitration clauses; copyright rules; security, privacy and return policies; choice of law, etc. (Brehm, Lee, 2015:4; Kamantauskas, 2015:62).

While there are a lot of similarities between paper adhesion contracts and the ones made online, there are also significant differences. One of the differences is the size of offline and online adhesion contracts. With paper contracts, companies that draft them will be very careful not to make them too long because

---

<sup>2</sup> The ones composing adhesion contracts have to be carefull not to overstep while deciding what terms they will put in them because, if they do, it might lead to unconscionability, violation of consumer protection laws, unfair trade practices, etc. (Kunz, 2003:290). For example, Article 296 (para. 1) of the Croatian Obligations Act (*National Gazette of the Republic of Croatia*, 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18) states that the provisions of general terms and conditions of the contract which, contrary to the principle of good faith and fairness, cause obvious inequality in the rights and obligations of the parties, to the detriment of the party that is agreeing to those terms and conditions, or jeopardize the achievement of the purpose of the contract, are null and void.

every consumer will be reluctant to agree to a contract that comes on many pages (Preston, McCann, 2012:135). The bigger the document, the more cautious the consumer will be because she will suspect that some of those numerous provisions might be overly burdensome. With online contracts, the size of the contract does not come across because they are not printed out; so, users will not have a real comprehension of their actual size (Kim, 2011:1349, 1351).

Also, in paper contracts, there is often a human intermediary, whose knowledge of the contract might be limited, might have no bargaining power, and may exert pressure over the other party, but who can still be helpful answering some questions about the terms of the contract, products and services (Kunz, 2003:290). In online contracts, there is usually no such person and users are left to tend for themselves. That might be one of the reasons why online users are often unaware of the existence of these contracts, while accessing ISPs' websites. Even if users are aware of them, they usually feel powerless to negotiate them in any way and perceive them as overly broad and restrictive (Founds, 1999:100).

#### **4. Declarations of will in online contracts: How do ISPs give notice and users their assent?**

##### ***4.1. Types of online (wrap) contracts***

There are several types of online adhesion contracts (further on, they will be referred to as "wrap contracts"<sup>3</sup>), and their names derive from the ways users declare their will to assent to them. Authors generally mention three typical types of wrap contracts: Shrinkwraps, Clickwraps and Browsewraps.<sup>4</sup>

*Shrinkwraps* are included in the package with the purchased product, usually software, which the user finds out about and assents to after opening a plastic wrapping or a shrink wrap (hence the name) (Kim, 2007:799). Of all the contracts that will be discussed in this paper, this is the only one that comes in a printed form. The user declares his/her will that he/she is assenting to a Shrinkwrap by tearing open a package. This declaration is not as explicit as in Clickwraps but is much more direct than it is in Browsewraps (Condon, 2003:435).

---

3 This term is used by prof. Kim, among others, in some of her papers (e.g. Kim 2010, 2014, 2016).

4 It has to be noted that all wrap contracts do not fit within these three categories. There are hybrid wrap contracts that have features of more than one of the typical wrap contracts (e.g., click-browsewrap hybrids, scrollwraps, sign-in wraps, multiwraps: shrink-clickwrap hybrid or shrink-click-browsewrap hybrids) (Kim, 2016(b):25-29).

*Clickwraps* are contracts in which users' will must be declared in a direct way; there is an explicit manifestation of assent to the terms (Condon, 2003:435). Therefore, users often know, or at least should be aware of their assent. These contracts are concluded after the user clicks (hence the name) on the box next to the statement "I agree", "Agree", "OK" or something similar (Scranton, 2002:291). If the user does not click on the box, he/she cannot proceed to the website. Here, the assent is given in probably the most direct way possible in a digital environment.

*Browsewraps* are the third type of wrap contracts which will be the most difficult for the user to be aware of. These contracts exist behind a hyperlink, which is located somewhere on the ISP's website. In most cases, the website or the Browsewrap itself states that, by browsing the page (hence the name) or downloading from it, the user indicates assent to the terms (Kamantauskas, 2015:52). Here, assent is given merely by remaining on the site or downloading from it, which the user is usually not aware of. There is only an implied declaration of will to assent to that contract, nothing as explicit as clicking or even tearing a plastic wrapping. In Browsewraps, the user is able to achieve whatever he/she wanted on a website, without doing anything at all, and to assent to the terms of use, without even knowing they exist. Therefore, the user often has no knowledge that, merely by browsing the site, he/she became a party to a binding contract (Condon, 2003:435-436).

The following few pages will deal with how these wrap contracts came into being, the case law pertaining to them, and certain controversies surrounding them.

#### 4.1.1. *Shrinkwraps*

In the 1990s, software industry sparked a debate by making End User License Agreements (EULAs)<sup>5</sup> in the form of Shrinkwrap licenses (Garcia, 2013:34). A software would arrive in a plastic wrapping (also called shrinkwrap), usually with a sticker across the front or a user manual, containing the conditions for use. This was a shortened version of the licensing agreement, and its full version

---

5 A EULA is a legal agreement between a customer (end user) and the software developer (licensor). It ensure that developer retains full ownership rights and control over the software while a customer receives a license to merely use the software. This agreement only specifies how users can use the purchased software license. It does not cover other contractual terms for that ISP's use of Terms of Service (whether they are called ToS or given a similar name); see: <https://www.privacypolicies.com/blog/eula-vs-terms-conditions/>  
ToS is a contract between an ISP and a user, which defines the rules by which a user must abide by in order to use an ISP's service; see: <https://odinlaw.com/the-differences-between-a-eula-tos-and-sla/>

was inside the plastic wrapping (Garcia, 2013:34). The user would agree to the terms by opening a plastic wrapping and would be able to examine the contract only after she has already opened the product, and thus consented to the terms (Condon, 2003:435).

It would be unimaginable for software developers to have to compose a written contract, which every purchaser would have to sign; in order to have a valid licensing agreement with a user, this is probably the only way they could think of (Kim, 2011:1336.). The biggest issue concerning Shrinkwraps, which generated the most controversy when it first appeared, was that users would first give assent to the terms (by opening the package) and only after that would they be able to read them (Garcia, 2013:35.). Sometimes, a user would have certain period of time to return the software and decline the agreement, but not always (Garcia, 2013:35; Kim, 2016(b):14).

In the U.S., Shrinkwraps were largely invalidated before 1996.<sup>6</sup> However, in 1996, a landmark case *ProCD, Inc. v. Zeideberg*, changed all that. In *ProCD*, the court found that Shrinkwrap licenses were valid and enforceable contracts "... unless their terms are objectionable on the grounds applicable to contracts in general".<sup>7</sup> The court did not find a problem with user assenting to terms before being able to read them because, in *ProCD*, the defendant had an opportunity to return the purchased software after he had read the terms of use and decided that he did not agree with them (Condon, 2003:439). In other words, in *ProCD*, the court decided that a Shrinkwrap is not unenforceable just because of the way a user declares his/her will to assent to it and learns about its content. From then on, Shrinkwraps became standard among software companies and other related industries, which soon started packaging licensing agreements in the form of Shrinkwraps, regardless of the fact that scholars and authors severely criticized them (Garcia, 2013:38 – 39).

#### 4.1.2. Clickwraps

A Clickwrap would appear to a software user as a screen (or a few of them) and, in order to proceed, the user would have to click that he/she has read the terms listed on the screen and agreed to them (Garcia, 2013:35). Unlike Shrinkwraps, Clickwraps lacked physical form; they only existed online. Here, users' decla-

---

<sup>6</sup> See: *Step-Saver Data Sys., Inc. v. Wyse Tech*, <https://cyber.harvard.edu/metaschool/fisher/contract/cases/step.htm>

<sup>7</sup> *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, see: [https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=11811009805458694240](https://scholar.google.com/scholar_case?case=11811009805458694240)

This case is usually linked to Shrinkwraps, but it has to do with Clickwraps as well, since this contract was a hybrid Shrinkwrap-Clickwrap: users were also required to click that they agree to the terms, or they could not use the software (Davis, 2007:580).

ration of will was direct and they would first have the chance to read all of the terms, unlike with Shrinkwraps.

Clickwraps also sparked a lot of controversy, but not for the same reasons as Shrinkwraps. The biggest issue with Clickwraps was that software developers did not give users notice of the existence of the terms; so, users were not aware what their clicking entailed (Garcia, 2013:39).<sup>8</sup> To elaborate: in order to attract and keep users' interest, websites try to be extremely user-friendly; so, ISPs try not to bother users with legal information. For this reason, most users were not given the notice that they have entered into a binding legal contract by clicking (Garcia, 2013:39-40).

Regardless of the controversy surrounding them, Clickwraps were considered by courts to be valid until 1998. Since then, courts have (for the most part) taken a stand that, if a click can be proven, it does not matter whether the user has actually read or understood the terms, nor was it important whether the user was aware what the clicking entailed. If the box next to "I Agree" was clicked, assent was given (Davis, 2007:579). For example, while deciding in *Groff v. America Online, Inc.* (1998), the court stated something very important: "Here, the plaintiff effectively "signed" the agreement by clicking "I agree" not once but twice. Under these circumstances, he should not be heard to complain that he did not see, read, etc., and is bound to the terms of his agreement."<sup>9</sup> Therefore, a click was equalized with a signature in a physical world. As already noted, from then on, courts have largely enforced most Clickwraps.<sup>10</sup>

In the EU, in *El Majdoub vs. CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH*, the EU Court of Justice took a similar stand in 2015. The Court indicated that clicking "Yes" meant assent, which the users had to have been aware of, especially since they could not move forward without clicking.<sup>11</sup>

To summarize, while deciding on enforceability of Clickwraps, the courts will want to establish if the user assented to the terms (Davis, 2007:583-587). The-

---

8 For example, in *Hoffman v. Supplements Togo Management, L.L.C.* (see: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/appellate-division-unpublished/2011/a5022-09-opn.html>), the court took a stand that Clickwrap is enforceable as long as there was a button with some indication that clicking amounts to acceptance. A similar stand was taken in *Grosvenor v. Quest Communications Intern. Inc.* (Garcia, 2013:42-43).

9 *Groff v. America Online, Inc.*; see: <https://casetext.com/case/groff-v-america-online-inc>

10 In few instances when courts refused to enforce Clickwraps, there was no sufficient evidence that the click was made, or the terms of the contract were void based on traditional contract principles (Davis, 2007:582).

11 *El Majdoub vs. CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH*, CJEU (2015); see: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62014CJ0322&from=EN>

refore, if an ISP could prove that the user declared his/her will in a direct way, by clicking, courts will uphold the contract. Courts will not consider users' claims that they have not read or understood the contract, that it was too lengthy and ambiguous, or that they did not remember clicking or were not aware that clicking meant agreeing to anything (Davis, 2007:588.). However, as with paper contracts, courts will consider users' claims that certain terms were, for example, against public policy or the principle of conscientiousness and honesty (Davis, 2007:590; Condon, 2003:447-452).

#### 4.1.3. *Browsewraps*

Browsewraps developed after Clickwraps and they refer to agreeing to terms of a website, merely by browsing or making a transaction which originated on the website (Garcia, 2013:35). They are mostly used by email, retail and social networking sites (Preston, McCann, 2012:135). The user declares his/her will to be bound by a Browsewrap, by visiting, viewing, using or just navigating the website. The issue here is that the user usually does not know that his/her behavior means assent, considering that some websites do not give notice to users or their notice is not visible or understandable to an average user. Even if the user is aware that his/her browsing means assent, it is sometimes hard to know what he/she assented to because the terms are often located in such a place that it makes them hard to find (Garcia, 2013:36).

An early mention of the term "browsewrap" occurred in 2000, in *Pollstar v. Gigmania, Ltd.*<sup>12</sup>, but the landmark case concerning Browsewraps was *Specht v. Netscape Communications Corp.* In *Specht*, the court found a Browsewrap contract to be unenforceable. In this case, the contract in question was actually a hybrid Clickwrap-Browsewrap.<sup>13</sup> The Browsewrap part of the contract could be visible only if the user scrolled all the way down, below the button that activated the program and below the download instructions; thus, users were actually encou-

---

12 In *Pollstar v. Gigmania, Ltd.*, the court actually upheld this contract, which was not conventional. Although it stated that the notice was "in small gray print on gray background" and not underlined, as is the custom on the Internet, the court also noted: "The court hesitates to declare the invalidity and unenforceability of the browse wrap license agreement at this time. Taking into consideration the examples provided by the Seventh Circuit, showing that people sometimes enter into a contract by using a service without first seeing the terms, the browser wrap license agreement may be arguably valid and enforceable." See: [https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=1097855858429084707&q=170+F.Supp.2d+974&hl=en&as\\_sdt=2002](https://scholar.google.com/scholar_case?case=1097855858429084707&q=170+F.Supp.2d+974&hl=en&as_sdt=2002)

13 In order to download the software, users first had to click that they agree to the terms. However, the downloaded software contained a plug-in which was bundled with another software; but, for that particular software, there was no clicking to agree to its terms; its mere download meant that the user agrees to terms (Garcia, 2013:44).

raged to download the software before seeing the terms (Scranton, 2002:292). For that reason, the plaintiffs claimed that they had no adequate notice of the existence of those terms and, therefore, should not be bound by them. The court agreed, stating: “Reasonably conspicuous notice of the existence of contract terms and unambiguous manifestation of assent to those terms by consumers are essential if electronic bargaining is to have integrity and credibility. We hold that a reasonably prudent offeree in plaintiffs’ position would not have known or learned, prior to acting on the invitation to download, of the reference to SmartDownload’s license terms hidden below the “Download” button on the next screen.”<sup>14</sup>

This proved to be very important in deciding whether a Browsewrap should be enforceable in the future: the emphasis was put on a notice (or the lack of one) given by an ISP. On the basis of this case, we may reach the following conclusion: if an ISP gives adequate notice to users that their browsing or downloading constitutes assent to terms of use, even a contract made in the form of a Browsewrap can be enforceable. From then on, Browsewraps continued to be used and soon courts started to uphold more and more of these contracts (Scranton, 2002:294-295).<sup>15</sup>

#### 4.2. Adequate notice and assent

When problems concerning wrap contracts arise and cases end up in front of the court, users’ claims depend on what type of wrap contract is in question. They might claim that they did not declare their will (in any way) in order to assent to ISPs’ terms. How could they assented to something if they were not even aware it existed (Kamantauskas, 2015:66)? They might also claim that ISPs did not give them any notice that some of their behavior constitutes assent to a wrap contract.

It is obvious from case law that courts agree that there has to be a reasonable notice of the existence of terms of use. ISPs need to announce to users, as directly as possible, what their actions mean. Reasonable notice might mean

---

14 *Specht v. Netscape Communications Corp.* [https://cyber.harvard.edu/stjohns/Specht\\_v\\_Netscape.pdf](https://cyber.harvard.edu/stjohns/Specht_v_Netscape.pdf) p. 28

15 For example, in *Hubbert v. Dell Corp.*, the court stated: „The blue hyperlink simply takes a person to another page of the contract, similar to turning the page of a written paper contract. Although there is no conspicuousness requirement, the hyperlink’s contrasting blue type makes it conspicuous. Common sense dictates that because the plaintiffs were purchasing computers online, they were not novices when using computers. A person using a computer quickly learns that more information is available by clicking on a blue hyperlink.” See: [https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=16411101656811779909&q=359+Ill.App.3d+976&hl=en&as\\_sdt=2002](https://scholar.google.com/scholar_case?case=16411101656811779909&q=359+Ill.App.3d+976&hl=en&as_sdt=2002)

actual notice about the existence of terms but also constructive notice, which implies that a “reasonably prudent offeree” would be aware of their presence (Kim, 2016(a):243). When U.S. courts considered notice given by ISPs, they took into account different elements: placement of the notice; the size and type of its font; words used; presentation, form and functionality; web design; colors; hyperlink labeling; and the user experience (Kunz *et al.*, 2003:292; Brehm, Lee 2015:6-7; Kim, 2016(a):252).

#### 4.2.1. ISPs’ notice

For example, the user can be given notice by a scroll box revealing (at least a portion of) the terms, or by an appropriately placed sentence that will be apparent to an average user (Kunz *et al.*, 2003:293). It has to be positioned somewhere where a reasonable person would be able to find it. So, if scrolling is required to get to the notice, a website should be designed so as to entice an average user to scroll all the way to the notice (Macdonald, 2011:297).<sup>16</sup> Also, there is another important thing concerning ISPs’ notice: if the website can be reached through multiple pages, the notice should occur on all of those pages.<sup>17</sup>

If the terms are found behind a hyperlink (i.e. in Browsewraps), it should be underlined and marked by a different color (usually blue).<sup>18</sup> The hyperlink leading to terms of use has to be immediately visible and should not require users to search for it. Especially, it should not require users to have to click on multiple hyperlinks to find multiple terms of the agreement (Kunz *et al.*, 2003:305).<sup>19</sup> Also, there has to be a sentence or a phrase alerting users that terms are located behind a hyperlink, and that sentence or a phrase has to be located in such a place on a website that it can be easily seen by an average user (Kunz *et al.*,

---

16 For this reason, the court found that a Browsewrap was unenforceable in *Specht*: “... a reasonably prudent offeree in plaintiffs’ position would not have known or learned (...) of the reference to (...) license terms hidden below the “Download” button on the next screen.” See note 14.

17 This is called „deeplinking“, the process of linking to a website located beneath the home page (Tontodonato, 2000:201)

18 In *Long v. Provide Commerce, Inc.*, the hyperlink leading to terms of use was in “light green” on a “lime green” background of a website. The court found that: “...the Terms of Use hyperlinks—their placement, color, size and other qualities ... are simply too inconspicuous to meet that standard. Indeed, our review of the screenshots reveals how difficult it is to find the Terms of Use hyperlinks in the checkout flow even when one is looking for them.” See: <https://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1729412.html>

19 In *Sgouros v. TransUnion Corp.*, the court noted: “A website might be able to bind users to a service agreement by placing the agreement, or a scroll box containing the agreement, or a clearly labeled hyperlink to the agreement, next to an “I Accept” button that unambiguously pertains to that agreement.” See: <https://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1730191.html>



2003:293).<sup>20</sup> The phrases used should be simple and straightforward: “Use of this Web site is subject to our terms of use...” or “By going beyond this page, you are deemed to have agreed to our terms of use” (Kunz *et al.*, 2003:294.).

The language used also has to be taken into account. It should not be ambiguous and users should be aware that they are entering in a binding contract. However, in *AvePoint, Inc. v. Power Tools, Inc.*; the court held that, if an ISP could prove that a user had actual or constructive knowledge of the terms of use (“...knew, or should have reasonably known...”), the Browsewrap could be enforceable, regardless of an ISP not giving users notice of the term’s existence.<sup>21</sup>

All that has been said about notice given by ISPs leads to the conclusion that it should be as direct and as explicit as possible. This makes sense, given that ISPs are the only ones capable of alerting users of terms’ existence and of the ways users assent to them (Kim, 2011:1331). ISPs are the ones that decide how they will present (or not) terms to users, who are in no way capable of influencing that. ISPs decide what the contract will look like and what it will comprise; they can put emphasis on some terms and decide to hide others; they may require users to click once, many times or not at all; they can spread terms on different pages or locate them all in one place (Kim, 2011:1351). Because of that, ISPs should take care to do whatever is in their power to notify users of the terms and their meaning, but it seems that they are doing exactly the opposite; they try to hide the terms of the contract and diminish their importance. Certainly, putting a Browsewrap below an enticing offer urging users to click and buy items on sale is the same as hiding them or not putting them there at all (Cicirelli, 2016:1007).

After an ISP has given users adequate notice of the existence of the terms and an opportunity to read them, users have to be made aware that taking a certain action means they have assented to the terms (Kunz *et al.*, 2003:306). Therefore, ISPs have to inform users, in advance, that their conduct (opening a plastic wrapping, clicking on a box, or just browsing the website) will be considered a

---

20 In *Sgouros v. TransUnion Corp.*, the court found that the title “Service Agreement” on a scroll window did not indicate what terms it governed. Also, there was no way for the user to be alerted to the nature of a document that the hyperlink led to, since it was titled “Printable version” and not Terms of Use or Service agreement or some similar phrase (Kim, 2016(a):252). In this case, the court actually took a stand that an ISP “actively misleads the customer”: „But what cinches the case for Sgouros is the fact that TransUnion’s site actively misleads the customer. The block of bold text below the scroll box told the user that clicking on the box constituted his authorization for TransUnion to obtain his personal information. It says nothing about contractual terms. No reasonable person would think that hidden within that disclosure was also the message that the same click constituted acceptance of the Service Agreement.“

21 *AvePoint, Inc. v. Power Tools, Inc.*; See: <https://cases.justia.com/federal/district-courts/virginia/vawdce/7:2013cv00035/88318/62/0.pdf?ts=1411607234>

valid assent. It is not important whether users have to take a direct action or whether assent is given by conduct; they have to be informed of how assent is given and what it means (Kunz *et al.*, 2003:307).

#### 4.3.2. *User's assent*

1) In Clickwraps, users have to click a box next to the terms, indicating they have read and assented to the contract. Their declaration of intent to enter into a contract with an ISP is direct. In Shrinkwraps, opening the plastic wrapping constitutes assent to the contract inside, like in Clickwraps. Thus, users will not be able to claim that they had no knowledge of these contracts.

In Browsewraps, things might be a little different since there is often no notice of their existence or the notice is not adequate. A hyperlink leading to terms of use is sometimes "hidden" somewhere on a website and it might be difficult to find it, even if the user was notified that it existed and was looking for it. In those instances, users could successfully claim they were not aware of contracts existence, or that they could not find it. If that is the case, it would be impossible for ISPs to prove users' knowledge of the terms of a Browsewrap and their assent to it. If ISPs gave users adequate notice, they might be in a better position but, if they did not, users would have to admit they were aware of the contract's existence and have read the terms. But, since users are the ones arguing that a Browsewrap is unenforceable, they will never admit to it (Cicirelli, 2016:996). Therefore, if an ISP decided to use a Browsewrap, it has to be much more cautious, in terms of notifying users that they are assenting to a Browsewrap by conduct.

As shown earlier, assent can be given either actively: by doing something (by clicking), or passively: by failing to act after being notified (not leaving the website) (Kim, 2016(b):24). However, no matter how assent was given, for a wrap contract to be enforceable it is important for an ISP to be able to prove that the user has taken an action that constitutes assent. They have to be able to prove that the user has declared his/her will in a way necessary to agree to a wrap contract. ISPs can do that, for example, by preserving evidence of an actual "click-stream data", or proving that the user could not go any further on a website without first performing an action that constitutes assent (Kunz *et al.*, 2003:308-309). The case law pertaining to Clickwraps shows that, if an ISP was able to prove user's click and the user was given reasonable notice of the contract itself, these contracts will be enforceable (Condon, 2003:446). As expected, proving assent in Browsewraps is much more difficult (Kim, 2016(b):24-25).

Therein lies a problem with assent to wrap contracts: users might be alerted of the terms existence and how to assent to them but they will, more often than not, be unaware that they have entered into a binding contract (Condon,

2003:434). Even in Shrinkwraps and Clickwraps, users might not know that they have become a party to a wrap contract by taking a direct action. Then, imagine what happens to users assenting to Browsewraps; their behavior alone has led them to be parties to a contract but most will have no knowledge of that fact (Macdonald, 2011:289).

**2)** When it comes to user's assent, another issue needs to be discussed: should assent to terms of use mean that the user has given a "blanket assent" to all of the terms in the wrap contract? In many wrap contracts, there are provisions that have nothing to do with what the user wanted to achieve on the website (Kim, 2013:182). Some of those provisions give ISPs rights they have never had, while severely limiting users' rights. Does a user's assent mean that he/she has agreed to all of the provisions in a wrap contract, even the precarious ones? Some authors advocate that users should be compelled to assent multiple times to multiple problematic provisions.

Even if ISPs give users adequate notice about terms' existence, they do not inform them of the terms' content (Kim, 2013:183). It is up to users to read the terms and decide whether they will assent to them or not. However, users usually do not read wrap contracts; many users are completely unaware that they exist at all. Also, users presume that provisions found in the wrap contract are related to the transaction made between them and an ISP. However, that is not the case for all of the provisions because each of them serves a different purpose.

Some terms shield ISPs from different problems, e.g. from liability (provisions limiting warranty or stating that there is no warranty at all) or they put limitations on the use of the product (license instead of transferring ownership) (Kim, 2011:1337-1339). These terms are there to protect ISPs, and users probably expect them in a wrap contract. Some provisions in wrap contracts are there to limit or terminate users' rights (e.g. provisions on exclusive jurisdiction or an arbitration clause). These provisions, unlike the ones used to shield ISPs, might put users at a disadvantage, but they are also used by ISPs to minimize risks by cutting down costs and unpredictability. Users might not like them but they understand the rationale behind them. Both of these types of provisions are used for a defensive purpose and are typically found in most adhesion contracts (Kim, 2011:1339-1341).

However, with the development of wrap contracts, certain provisions that secure ISPs benefits unrelated to the subject of the transaction started to emerge (e.g. giving ISP the license to user content that is much broader than is necessary, giving ISPs intellectual property rights, etc.) (Kim, 2011:1342, 1354). These provisions were not normally found in adhesion contracts, and if they were, consumers would have to specifically assent to them, together with assenting to the rest of

the contract.<sup>22</sup> In wrap contracts, if the user assents to the terms, his/her assent covers all of the provisions, including those that are to users' disadvantage. A name "blanket assent" is used for one assent to all of the terms, regardless of what they might refer to (Kim, 2007:803; Kim, 2010:3; Kim, 2011:1330, 1339; Kim, 2013:196; Kim, 2014:319).

As mentioned before, some authors propose that these overburdening provisions should not be accepted by one click alone, especially not by simply browsing the site. Rather, it would be more prudent for the user to have to click multiple times, in order to assent to multiple problematic provisions, giving ISPs benefits or rights it should not normally have (Kim, 2011:1353). Multiple clicking would serve another purpose: ISPs might give up putting too many of such provisions in wrap contracts because, if users have to click on each provision that is to their disadvantage, and there are too many of those, users might forgo that ISP's website altogether (Kim, 2014:319). This would certainly draw users' attention to those provisions and would make them reconsider giving assent, in the first place.<sup>23</sup>

However, this might also create a counter effect. For example, under Directive E 2009/136/EC<sup>24</sup> it is required in all EU countries that websites have to obtain users' consent if they are to store information on or retrieve it from users' computer or some other device (e.g. smartphone). All of the ISPs' have to inform users that they are using cookies. They have to let users know what those cookies are being used for and acquire users' assent before placing cookies on their device.<sup>25</sup> The assent has to be given every time when a user accesses the website. Even if the user accesses the same site from the same device every day, assent has to be given over and over again. As a result, users are now so desensitized to clicking that most just automatically click that they agree, in a hurry to access the website, without giving ISP's notice a second glance and, in many cases, without even being aware what they have assented to. It is imaginable that the same might happen with wrap contracts, which would require users to click multiple times on multiple, overly burdensome, provisions.

---

22 For example, if a hotel wanted to charge additional fees for late check-outs, consumers would have to be informed about the rate and agree to the fee in advance (Kim, 2011:1342).

23 Multiple clicks assenting to multiple „problematic“ provisions might seem too annoying for a user, but that is exactly the point: users should not relinquish their rights too easily, with one click or by merely browsing, without even being aware what that click or a browse meant (Kim, 2011:1363).

24 Directive E 2009/136/EC; <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:337:0011:0036:en:PDF>

25 Privacy Policies.com: Ultimate Guide to EU Cookie Laws; <https://www.privacypolicies.com/blog/eu-cookie-law/>

## 5. How to improve wrap contracts in terms of notice and user's assent?

After even a brief analysis of the problems and case law concerning wrap contracts' and declarations of will made in order for them to be concluded, it can be summarized that there are some things ISPs could do to improve wrap contracts.

First, it seems that the more a wrap contract looks like a Clickwrap, the fewer problems ISPs and users will have later on. ISPs will have less risk, if contract's enforceability is discussed in front of the court, and users will be better informed what action constitutes assent to terms of use (Cicirelli, 2016:995, 1013; Kamantauskas, 2015:51, 8). Also, there has to be a notice that clicking means assent to the terms found in a Clickwrap. Furthermore, a user should not be able to proceed to a website if he/she does not click the box manifesting assent to the terms, which have to be available in a visible screen. Many authors agree that clicking is the surest way of giving assent and later proving it. It is not overly burdensome to users and it leaves little or no room for doubt that users are aware that they have entered into a contract by clicking (Macdonald, 2011:305).

Regardless of all that was said, if the terms are composed in a form of a Browsewrap, a hyperlink has to be discernible in lettering and color. It has to be located on a website so that an average user would have no problem finding it. Terms should not be composed in a way requiring users to click on multiple hyperlinks to view them. Also, if a Web site consists of more than one page or can be accessed through more than one page, terms of use should be visible on all of those pages (Brehm, Lee, 2015:7). Most importantly, an ISP has to inform users by using a visible, simple and straightforward phrase, stating that they are assenting to the terms of use by staying on a website or downloading from it.

If a contract is made in the form of a Shrinkwrap, the best way to ensure that there are no problems with its enforceability is usually to let users return purchased products, if they do not agree with the terms found in the contract. They might not be able to read it before assenting to it, but they should be given an opportunity to withdraw from it within a certain time frame.<sup>26</sup>

However, the biggest problem with improving wrap contracts seems to be that even ISPs do not take them seriously and do not consider them important. It is understandable that there were issues when wrap contracts were a novelty. But, a lot of time has passed since then and the courts still encounter the same problems. Therefore, it seems that ISPs have done little to nothing in order to improve wrap contracts, in terms of their conclusion (Kamantauskas, 2015:78).

---

26 As stated in *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*. See note 7.

## 6. Conclusion

This paper has tried to demonstrate different ways of declaring one's will in order to enter into typical types of wrap contracts. As shown, those declarations vary: from straightforward (clicking) through unconventional (tearing a plastic wrapping) to extremely ambiguous ones (just browsing the website). Each of the wrap contracts analyzed in this paper has its own set of issues but, according to the presented literature and case law, it seems that Clickwraps are the best way to go. They are almost risk free for ISPs and foolproof for users. They are convenient for users who will not have to look for them and who will have no doubt as to what they have assented to. They are useful for ISPs because, if there is trouble, they only need to prove that a user clicked that he/she agreed to the terms of the contract.

However, many ISPs still choose Browsewraps, thus ending in problems when they have to prove that users were notified about contracts' existence, that they were given an opportunity to read them, and that they knew what their behavior constituted. It is understandable that Browsewraps do not overwhelm users by burdening them with boring legalese, which makes them user-friendly and convenient. However, if a Browsewrap's enforceability is questioned in front of the court, problems will emerge, mostly for an ISP. User friendliness aside, it almost seems as though ISPs use Browsewraps for another reason: to hide the fact that there are terms of use somewhere on the website, regardless of the fact that these terms are crucial for user-ISP relationship.

## Literature

- Davis, N. J. (2007). Presumed Assent: The Judicial Acceptance of Clickwrap, *Berkeley Technology Law Journal* 22, no. 1. 577-598
- Founds, G. L. (1999). Shrinkwrap and Clickwrap Agreements: 2B or Not 2B, *Federal Communications Law Journal* 52, no. 1. 99-124
- Garcia, M. (2013). Browsewrap: A Unique Solution to the Slippery Slope of the Clickwrap Conundrum, *Campbell Law Review* 36, no. 1. pp. 31-74
- Gavella, N. (2017) *Privatno pravo*, Narodne novine, Zagreb
- Kamantauskas, P. (2015). Formation of Click-Wrap and Browse-Wrap Contracts, *Teises Apzvalga Law Review* 12, 51-88
- Kim, N. S. (2007). Clicking and Cringing, *Oregon Law Review* 86, no. 3. 797-864
- Kim, N. S. (2011), Contract's Adaptation and the Online Bargain, *University of Cincinnati Law Review*, 79, no. 4. 1327-1370

- Kim, N. S. (2013). The Duty to Draft Reasonably and Online Contracts. In: L.A. DiMatteo, Q.Zhou, S.Saintier, K.Rowley (ed.), *Commercial Contract Law*, Cambridge University Press (pp.181-200)
- Kim, N. S. (2014). The Wrap Contract Morass, *Southwestern Law Review*, 44 no. 2. 309-326
- Kim, N. S. (2016). Online Contracting, *Business Lawyer* 72, no. 1 (A). 243-253
- Kim, N. S. (2016). Wrap Contracting and the Online Environment: Causes and Cures. In: *Research Handbook on Electronic Commerce Law, Research Handbooks in Information Law*, John A. Rothchild (B) (pp. 11-34).
- Klarić, P., Vedriš, M. (2014). *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb
- Kunz, C.L., Ottaviani J.E., Ziff E.D., Moringiello J.M. (2003). Browse-Wrap Agreements: Validity of Implied Assent in Electronic Form Agreements, *Business Lawyer (ABA)* 59, no. 1. 279-312
- Macdonald, E. (2011). When is a Contract Formed by the Browse-Wrap Process, *International Journal of Law and Information Technology* 19, no. 4. 285-305
- Matić, T. (2008). Formulary Contracts in the Electronic Form, *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu* 58, no. 3. 779-804
- Petrić, S. (2002). O nepravničnim klauzulama općih uvjeta ugovora u pravo Europske unije, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 39, no. 1-2. 59-82
- Scranton, D. F. (2002). Clickwrap or Browsewrap: Enforceable Website Agreements, *Banking Law Journal* 119, no. 3. 290-299
- Smits J. M. (2017) *Contract law, A comparative introduction*, 2<sup>nd</sup> edition, Edward Elgar, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA
- Tontodonato, J. A. (2000). Deep-Linking: Sure You Can Exploit My Trademark, Weaken Its Strength, and Make Yourself Money While Doing It, *Thomas Jefferson Law Review* 22, no. 2. 201-218
- Cicirelli, L. (2016). Online Shopping: Buy One Lose Legal Rights for Free, *Seton Hall Law Review* 46, no. 3. 991-1020
- Condon Jr. W.J. (2003). Electronic Assent to Online Contracts: Do Courts Consistently Enforce Clickwrap Agreements, *Regent University Law Review* 16, no. 2. 433-458
- Ćesić, Z. (2021). *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Posebni dio, Knjiga druga, Libertin naklada, Rijeka

## **Legislation**

*Directive 2009/136/EC* of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009, amending Directive 2002/22/EC on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services, Directive 2002/58/EC concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector and Regulation (EC) No 2006/2004 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws. Retrieved 28 September 2021 from <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:337:0011:0036:en:PDF>

Zakon o nasljeđivanju (Inheritance Act), *Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15, 14/19

Zakon o obveznim odnosima (Obligations Act), *Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18

## **Web sources**

Brehm, A. S., Lee, C. D. (2015). Click Here to Accept the Terms of Service, *Communications Lawyer* 31, no. 1. (str. 4-7) Retrieved 28 September 2021 from [https://images-insite.sgp1.digitaloceanspaces.com/dunia\\_buku/koleksi-buku-lainnya/communications-lawyer-vol-31-no-1-pdfdrivecom-56661583873353.pdf](https://images-insite.sgp1.digitaloceanspaces.com/dunia_buku/koleksi-buku-lainnya/communications-lawyer-vol-31-no-1-pdfdrivecom-56661583873353.pdf)

Kim, N. S. (2010). *Wrap Contracts and Privacy*, Association for the Advancement of Artificial Intelligence Press Technical Report SS-10-05. Retrieved 28 September 2021 from [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1580111&download=yes](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1580111&download=yes)

Odin Law and Media (2018): *The differences between a EULA, TOS and SLA*, (1 August 2018). Retrieved 28 Sept. 2021 from <https://odinlaw.com/the-differences-between-a-eula-tos-and-sla/>

Private Policies.com (n,d): *EULA versus Terms and Conditions*. Retrieved 28 September 2021 from <https://www.privacypolicies.com/blog/eula-vs-terms-conditions/>

Private Policies.com (n,d): *Ultimate Guide to EU Cookie Laws*. Retrieved 28 September 2021 from <https://www.privacypolicies.com/blog/eu-cookie-law/>

## **Case law**

*AvePoint, Inc. v. Power Tools, Inc.* (2013), U.S District Court for the Western District of Virginia, Retrieved 28 September 2021 from <https://cases.justia.com/federal/district-courts/virginia/vawdce/7:2013cv00035/88318/62/0.pdf?ts=1411607234>



*El Majdoub vs. CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH.* (2015), CJEU, retrieved 28 Sept. 2021 from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62014CJ0322&from=EN>

*Groff v. America Online, Inc.* (1998), C.A. No. PC 97-0331, Superior Court of Rhode Island, SC, retrieved 28 Sept. 2021 from <https://casetext.com/case/groff-v-america-online-inc>

*Hoffman v. Supplements Togo Management, L.L.C.* (2011), Superior Court of New Jersey, Appellate Division, A-5022-09T3, retrieved 28 Sept. 2021 from <https://law.justia.com/cases/new-jersey/appellate-division-unpublished/2011/a5022-09-opn.html>

*Hubbert v. Dell Corp.* (2005), Appellate Court of Illinois, 5<sup>th</sup> District, retrieved 28 Sept. 2021 [https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=16411101656811779909&q=359+Ill.App.3d+976&hl=en&as\\_sdt=2002](https://scholar.google.com/scholar_case?case=16411101656811779909&q=359+Ill.App.3d+976&hl=en&as_sdt=2002)

*Long v. Provide Commerce, Inc.*, Court of Appeal, Second District, California, B257910, 2016, Retrieved 28 Sept. 2021 from <https://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1729412.html>

*Pollstar v. Gigmania, Ltd.* (2000) U.S. District Court, E.D. California, retrieved 28 Sept. 2021 [https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=1097855858429084707&q=170+F.Supp.2d+974&hl=en&as\\_sdt=2002](https://scholar.google.com/scholar_case?case=1097855858429084707&q=170+F.Supp.2d+974&hl=en&as_sdt=2002)

*ProCD, Inc. v. Zeidenberg* (1996), U.S. Court of Appeal, 7<sup>th</sup> Circuit, Illinois, retrieved 28 Sept. 2021 from [https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=11811009805458694240](https://scholar.google.com/scholar_case?case=11811009805458694240)

*Sgouros v. TransUnion Corp.* (2016), U.S. Court of Appeal, 7<sup>th</sup> Circuit, Illinois, retrieved 28 Sept. 2021 from <https://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1730191.html>

*Specht v. Netscape Communications Corp.* (2002), U.S. Court of Appeals, 2<sup>nd</sup> Circuit, New York, retrieved 28 Sept. 2021 from [https://cyber.harvard.edu/stjohns/Specht\\_v\\_Netscape.pdf](https://cyber.harvard.edu/stjohns/Specht_v_Netscape.pdf)

*Step-Saver Data Sys., Inc. v. Wyse Tech* (1991), U.S. Court of Appeals, 3<sup>rd</sup> Circuit, Philadelphia, PA, Retrieved 28 Sept. 2021 from <https://cyber.harvard.edu/metaschool/fisher/contract/cases/step.htm>

**Др. сц. Дубравка Класичек,**

Ванредни професор,

Правни факултет, Универзитет Ј. Ј. Стросмайера у Осигеку,

Република Хрватска

## **МАНИФЕСТАЦИЈЕ ВОЉЕ У ДИГИТАЛНОМ ОКРУЖЕЊУ И ONLINE УГОВОРИ**

### **Резиме**

Манифестације воље дате у дигиталном окружењу, несумњиво се разликују од оних која се дају у „физичком“ свету, а поједине особе можда нису ни свесне њиховог значаја. Велики број особа свакодневно приступа разним Web страницама пружаоца интернетских услуга (Internet Service Providers). Да би то учинили, обично морају пристати на услове пословања пружаоца услуга (Terms of Service), који уређују споменуто Web страницу. Овакве манифестације воље понекад су директне: након што кликне на ‘Слажем се’, особа постаје свесна да је пристала на услове пословања, без обзира да ли их је прочитала или не. Оно што је још важније, особа је свесна (или би требала бити) да је закључила неку врсту уговора с пружаоцем интернетске услуге – тзв. clickwrap уговор. Међутим, на неким Web страницама, особа пристаје на услове пословања пружаоца интернетских услуга самим тим што остаје на страници и прегледава њен садржај – тзв. browsewrap уговори. Овакве манифестације воље нису директне и корисник често није свестан да је склопио уговор с пружаоцем услуге. Надаље, услови пословања се често мењају, а пружалац интернетске услуге понекад неће обавестити кориснике о томе. У тим случајевима корисници неће бити свесни промена услова те чињенице да настављањем коришћења пружаочевих услуга, пристају на те измјене. Ово су само неки од примера очитовања воље у дигиталном окружењу, код којих особа која је очитовање учинила, уопште није свесна онога што се догодило. Чини се да, из неког разлога, људи мање озбиљно схватају оно што се догађа на интернету од онога што се догађа у “физичком” свету. Овај ће рад покушати показати да је то озбиљна грешка коју корисници услуга могу направити у дигиталном окружењу.

**Кључне речи:** манифестација воље, услови пословања (ToS), пружалац интернетских услуга (ISP), online уговори, clickwrap и browsewrap уговори.

**Др Јелена Вучковић,\***  
Ванредни професор,  
Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-33993

UDK: 659.3/4:004.932(497.11)  
659.3/4:34(497.11)

Рад примљен: 16.09.2021.

Рад прихваћен: 27.10.2021.

## **ДИГИТАЛНИ МЕДИЈИ И МЕДИЈСКО ЗАКОНОДАВСТВО РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

**Апстракт:** Интернет је медијум који је омогућио такав модел комуникације у коме су комуникатори расути по целом свету а корисници информација се од пасивних примаоца информација трансформишу у активне медијске учеснике. Нови медији су нови изазов за право и вредности. Селекција информација и контролисање протока информација показују сву моћ али и потенцијалне опасности медија. Право не треба да затвара очи пред виртуелним информатичким временом. Информациона политика и законодавство морају да адекватно одговоре изазовима новог доба.

Правно регулисање треба да буде једнако за све медије (традиционалне и нове). То је циљ медијског законодавства али и велики изазов. Због тога, треба појам медија широко и реално поставити и тиме признати нове медије. Друго, сматрамо да медијска регулатива и принципи који се односе на нове медије треба да буду флексибилнији и мање стриктни у односу на традиционалне медије (нпр. појам уређивачке контроле). Непрепознавање и нерегулисање информационе десеминације путем интернета отвара могућности nanoшења много веће штете по јавни интерес.

**Кључне речи:** дигитални медији, интернет, друштвене мреже, онлајн новинарство, ново медијско законодавство.

---

\* v\_jelena0405@yahoo.com

## 1. Увод

Настанак и развој интернета је историјски условљен и настао је као одговор на потребе модерног капитализма (Михајлов Прокоповић, 2016: 37–39). Појава дигиталне технологије довела је до промена традиционалних медија и до појаве нових форми медија, нових креатора садржаја и активности налик медијским. Захваљујући дигитализацији сви традиционални медији могу постати „нови“ медији. Сваки медијски садржај може добити дигиталну манифестацију (веб-сајтови традиционалних медија, профили на друштвеним мрежама, streaming садржаји и подкаст) јер долази до дигитализације свих облика комуницирања и сваког начина испоруке садржаја. На тај начин, традиционални медији, који су ушли у озбиљну финансијску кризу, путем дигиталних платформи превазилазе ограничења која су им наметали време и простор (Downie, Schudson, 2009: 5).<sup>1</sup>

Савремени медији функционишу у новим условима насталим развојем интернета и настанка умреженог друштва као својеврсне комуникационе парадигме (Михајлов Прокоповић, 2016: 39). Умрежено друштво је динамичко и отворено и у њему настају промене у начину испоруке медијских садржаја у смислу индивидуализације њихове продукције и рецепције. Масовна комуникација у традиционалном смислу сада функционише помоћу интернета. Поред тога, настаје и нови облик комуникације, тзв. „масовна самокомуникација“, односно нови мултиканални систем дигиталне комуникације који интегрише све облике медија. Грађани стварају сопствене системе масовне комуникације на основу СМС порука, блогова, подкаста итд. То истовремено значи и прожимање између традиционалних масовних медија и интернет комуникационих мрежа (Kastels, 2014: 8).

У савременим медијима провера информација се убрзава и скраћује. Има све мање анализе и провере истинитости информација, а све важнији критеријум за њихово објављивање постаје занимљивост (Вучковић, 2021: 527).<sup>2</sup> Ова појава је толико присутна да неки стручњаци говоре да

---

1 Више од сто дневних листова одустало је од суботњег издања или издања неког другог радног дана, а дневни листови у Денверу, Сијетлу и Таксону престали су да излазе. Многе области о којима се до тада извештавало и које су биле од јавног интереса, попут извештавања о владиним активностима и економским темама, постале су слабо „покривене“ или су потпуно изостале из новина. Downie, L. Jr. & Schudson, M. (2009). The Reconstruction of American Journalism, *Columbia Journalism Review*, [Electronic version] Преузето 23. 06. 2021. [http://www.cjr.org/reconstruction/the\\_reconstruction\\_of\\_american.php](http://www.cjr.org/reconstruction/the_reconstruction_of_american.php)

2 Доступност и брзина протока информација, као и хиперпродукција медија у дигиталном простору довела је и до мноштва произвољности у њиховом тумачењу и

ће одговорност за проверу извора убудуће припадати читаоцима, нарочито код текстова са интернета (Vordl, Derakšan, 2017: 15).<sup>3</sup>

Мултимедијске корпорације „заузимају“ интернет који није отпоран на разне врсте штетног садржаја (нпр. екстремна политичка гледишта). Критички дијалог је важан за јавни живот. На интернету постоје онлајн истраживачки медији и онлајн издања традиционалних, професионалних медија. Сви ови онлајн медији обављају улогу информисања у складу са професионалним стандардима новинарске професије. Међутим, има примера да је на друштвеним мрежама онлајн дебата подложна тривијализацији, односно да не постоји професионални приступ темама.

## 2. Појам медија

Медије треба посматрати као део једног ширег социјалног и комуникационог система (Radojković, Miletić, 2005: 18). Одређивање појма медија са аспекта правне регулативе важно је због одређивања питања одговорности за јавно изговорену реч. Ако пођемо од језичког тумачења самог појма медиј, он се може веома широко поставити. Појам медија потиче од латинске речи *medium* која значи средина или оно што је између. У том смислу, медији су било које средство којим се могу емитовати, послати поруке у јавност. Медиј је посредник у изражавању између даваоца (онога ко емитује) и примаоца информације – аудиторијума (Вучковић, 2020: 48).<sup>4</sup> Овако дефинисан појам медија указује на његову социолошку улогу преносиоца информација са циљем умрежавања и повезивања потенцијално свих чланова једног глобалног комуникационог система. Медиј се може схватити као свако средство помоћу кога се преносе информације (нпр. телефон,

---

разумевању. Проблем дезинформисања и лажних вести постао је један од доминантних проблема савременог медијског екосистема.

3 Ово је због континуираног ажурирања вести на интернету, па новинари имају све мање времена за проверу извора. Све траје краће јер има све више вести, а времена за њихову „потрошњу“ је све мање. Vordl, K., Derakšan, H. (2017). *Informacijski poremećaj: ka interdisciplinarnom okviru za istraživanje i kreiranje sektorske politike, Izveštaj Saveta Evrope DGI(2017)09*, [Electronic version] Преузето 22. 05. 2021. <https://rm.coe.int/srp-information-disorder-study/16809405c8>

4 Медији могу и сами бити комуникатори када производе ауторске емисије или када објављују ауторске чланке новинара итд. Појам медија употребљава се заједно са појмом мас-медија и међу њима нема разлике осим што се термином мас-медији прецизније утврђује суштина овог појма. Термин мас-медиј указује да је он намењен унапред неодређеном броју лица, тј. публици, маси која није лично одређена, а она је притом просторно (радио, тв програми, телетекст, итд) и временски (новине) раздвојена од медија.

таблет, компјутер, писмо, фотографија, имејл, интернет). Они имају улогу посредника у комуникацији између људи.

Међутим, питање правног одређивања овог појма има ужи, али подједнако важан смисао. Како право, поред слободе, подразумева и одговорност за изношење, преношење и стварање информација, то је важно одредити појам медија у правном смислу речи. Теоретичари права се нису у значајнијем обиму бавили одређивањем појма медија с обзиром на то да се ради о једној младој правној дисциплини. Медиј (јавно гласило) јесте програм чији је оснивач физичко или правно лице, који представља редакцијски осмишљен склоп информација, намењених унапред неодређеном броју лица – публици (Водинелић, 2003: 8).<sup>5</sup> У позитивноправном смислу медиј нема својство правног лица. Када се у праву говори да су медији слободни, односно када се прокламује слобода медија, онда се под појмом медиј не подразумева средство, јер слобода не може бити својство ствари. Слободе и права везују се за лица која чине персонални супстрат, субјект медијске комуникације у својству преносиоца информационих садржаја (Вучковић, 2021: 37). Медије би условно могли означити и као средство намењено информисању неодређеног броја корисника (Николић, 2010: 20).

Дакле, медији у суштини означавају систем јавног информисања и комуникације, који је уреднички осмишљен и функционално усмерен ка неограниченом и свеукупном аудиторијуму са циљем и очекивањем да га информише и обавести, образује, оплемени, упозори или забави. У медије спадају новине, радијски и телевизијски програми као и разноврсне форме медијске продукције које се пласирају преко интернета.<sup>6</sup>

Појам медија у правном смислу речи поред домаћих медијских закона (Закон о јавном информисању и медијима и Закон о електронским медијима), одређују и међународни правнополитички акти Комитета министара земаља чланица Савета Европе. Медији се дефинишу као програми усмерени на пренос информација широј јавности, чији је број унапред неодређен. Ова питања детаљније ће бити размотрена у другом делу рада.

Савремена информациона технологија поново актуализује потребу одређивања појма медија са правног аспекта, с обзиром на то да је убрзала

---

5 В. Водинелић на овим просторима један је од првих професора и теоретичара права који одређује медије са правног аспекта, што преузимају и тада важећи медијски закони и то: Закон о јавном информисању, *Сл. гласник РС*, 43/03, који користи појам јавног гласила, и Закон о јавном информисању и медијима, *Сл. гласник РС*, 83/2014.

6 Чл. 29 Закона о јавном информисању и медијима, *Сл. гласник РС*, 83/2014, 58/2015, и 12/2016-аутентично тумачење.

и олакшала стварање, преношење и примање информација у медијском екосистему, и тиме учинила још изазовнијим питање одређивања одговорности за јавно пласирану информацију. Ова технологија омогућава интерактивну информациону комуникацију у форми нпр. контакт ТВ и радио емисија у којима имамо интерактивно учешће медија и гледалаца, односно слушалаца, где се и једни и други појављују као они који шаљу информације (комуникатори), и исто их и примају (реципијенти). Слично постоји у случају интерактивне комуникације на интернету. Сва интернет издања класичних медија омогућавају интерактивни приступ и комуникацију кроз коментарисање информативних садржаја од стране грађана (нпр. <https://nova.rs>, <https://www.politika.rs>, <https://rs.n1info.com>). Интерактивна комуникација много је присутнија на друштвеним мрежама које у медијском законодавству Републике Србија не представљају медије у правном смислу речи. Међутим, медијска правна регулатива мора да гарантује прокламоване слободе, права али и одговорност медијских субјеката и на новим друштвеним медијима.

Време у којем живимо веома често дефинишемо као време којим владају информације. Значај у одређивању појма медија је у томе што се његовим прецизним дефинисањем могу правилно применити правне норме медијског права које регулишу друштвене односе у вези са медијима (Вучковић, 2020: 41).

### **3. Промена обележја традиционалних медија**

Чињеница је да се већина општег знања о политичким и друштвеним збивањима у свету данас базира на медијским информацијама, посебно оним које се преносе путем социјалних мрежа, што указује да у значајнијој мери медији могу утицати на људске ставове (Вучковић, 2021: 526).<sup>7</sup> Медији, као један од камена темељаца модерног демократског друштва, представљају кључни елемент у уобичавању јавног мњења. То их обавезује да служе јавном интересу и да испуњавају циљеве од ширег и дугорочнијег значаја за друштво у целини. На значај медија у дигиталном окружењу указује и једна стара идеја, да онај ко контролише медије индиректно

---

<sup>7</sup> Нове технологије замагле су линију разграничења између аутора и корисника информације. Као основно поставља се питање одговорности у простору интернета за креирану информацију (услугу), питање поузданости, истинитости и веродостојности извора из кога потичу, као и способности, вештине грађанина, корисника информације да је правилно разуме. За разлику од традиционалних медија у којима се одговорност за информацију обезбеђује уреднички обликованим информацијама и правном регулативом која јасно предвиђа процедуру за заштиту уочене повреде, дигитални медији овакву одговорност не предвиђају.

контролише мишљење људи, а да то може бити у интересу носилаца моћи (Van Dijk, 2008: 13).

О ефектима интернета као платформе и његовом утицају на медије се говори у смислу како трансформисани медији функционишу у друштву које се променило.

Данас се одвија процес конвергенције, који значи спајање телекомуникација, компјутера и традиционалних медија. Осим технолошке конвергенције, одвија се и економска конвергенција медијског власништва (процес спајања и припајања компанија) као и културна и глобално друштвена конвергенција (Herman, Mekčesni, 2004: 105). Нове дигиталне медије, поред конвергентности, одликује још истовременост, мобилност и интерактивност.<sup>8</sup>

Традиционални медији добијају прилику да у својим онлајн издањима користе могућности које пружа интернет као што су: тренутно објављивање, стално ажурирање текстова, интеракција са корисницима,<sup>9</sup> коришћење аудио и видео снимака, повезивање са другим текстовима, прилагођавање садржаја захтевима корисника и архивирање. Традиционални медији у свом интернет издању могу да усвоје нов начин обраде и представљања информација.

Дигитални медији добијају нова обележја, и то: свеприсутност вести, приступ глобалним информацијама, извештавање у току трајања догађаја, интерактивност,<sup>10</sup> мултимедијалност,<sup>11</sup> хипертекстуалност,<sup>12</sup> као и сарадња са корисницима и прилагођавање садржаја, нпр. нови жанр – блог уживо (Hrnjić Kuduzović, 2016: 583). Ови трансформативни процеси требало би да се базирају на принципима слободног, отвореног интернета. У новом дигиталном окружењу интегритет и веродостојност медија је

---

8 Стратегија развоја система јавног информисања у Републици Србији за период 2020–2025. Преузето 01. 07. 2021. [www.srbija.gov.rs](http://www.srbija.gov.rs)

9 На онлајн вести више могу да утичу корисници кроз коментаре, путем имејла и кроз форуме, као и слањем својих садржаја, него читаоци штампе, зато су ове вести више окренуте корисницима. Затим, у вестима се појављују многа гледишта и различити гласови у складу са природом интернета који је отворен за кориснике (блог).

10 Интерактивност подразумева комуникацију новинара и медијског аудиторијума коришћењем веб-портала.

11 Мултимедијалност значи конвергенцију различитих врста медија у један, односно обједињену медијску информацију која садржи текст, слику, аудио и видео запис.

12 Хипертекст је сама мрежа која омогућава корисницима индивидуализован приступ медијским садржајима, јер пружа могућност да медијски корисници бирају на који начин ће приступити жељеном садржају захваљујући вези (линку) која постоји између текстова и информација на истој или различитим веб-локацијама.



од изузетне важности, јер се они као такви сматрају чуварима јавности, отвореним форумима друштвених дебата, извором плуралитета мишљења и несметаног протока информација.

С друге стране, постоје и претње које доноси дигитална технологија. Наиме, свако ко има приступ интернету може постати глобални издавач. Сада и сами грађани долазе у могућност да објављују своје садржаје, тако да улога новинара као „чуvara капија“ одлази у други план (Вељановски, 2010: 48).<sup>13</sup> Поготово ако се узме у обзир да савремени медији инсистирају на тренутности, интерактивности и хипертекстуалности медијских садржаја. То може да доведе у питање неке новинарске вредности, као што су: истинитост, тачност, провера извора информација и др.

#### 4. Дигитални медији

Настанак и развој дигиталних медија условљен је економским, политичким и културним факторима и представља фазу у развоју глобалног капитализма, који ствара умрежено глобално друштво јер то одговара кружењу финансијског капитала у глобалним финансијским мрежама.

Како је долазило до разних техничких и технолошких открића, тако су се традиционални медији замењивали новим медијима. Некадашње новине и телевизијске вести замениле су онлајн странице и дигиталне платформе (Информисање, 2020: 7).<sup>14</sup> Постепени развој технологије нас је увео у интернет, а затим су се развили социјални медији или друштвене мреже, нпр. Facebook, Twitter, LinkedIn, Viber. Друштвене мреже су онлајн платформе које омогућавају корисницима интернета да сарађују у изради садржаја, деле мишљења и ставове и повезују се из пословних разлога или због дружења и задовољства. Друштвене мреже стварају глобалну медијску публику која захтева међународну медијску пажњу не само публике већ и права и правне регулативе (Bossio, D. 2017: 48).

---

13 Једна од важних улога медија је селекција медијских догађаја. На селекцију вести утичу: ставови и искуство новинара, унутрашња правила редакције, захтеви претпостављених и осталих колега, уређивачка политика и др. Критеријуми за селекцију информација су и професионални и лични ставови новинара. У процесу селекције одлучују и новинари и уредници и њихова улога је улога „вратара“.

14 Међу онима који се информишу онлајн постоје три главна извора вести: сајтови традиционалних медија (35%), друштвене мреже (32%), и телевизија (30%). Мобилни телефон је главни уређај којим долазе до вести сви који се информишу на интернету (76%). Рачунари (десктоп и лаптоп) се користе много ређе, за само 17% је то најважнији уређај у онлајн информисању, док је употреба осталих уређаја маргинална.

Разлика између тзв. традиционалних и дигиталних медија постаје све мања и полако ишчезава. Тако, телевизија прелази на дигитални пренос, а све више сајтова, као што су iTunes, Akimbo.com, нуде гледање телевизије и филмова преко рачунара. Заправо, мултиканални систем дигиталне комуникације интегрише све облике медија. Долази до прожимања традиционалних масовних медија и интернет комуникационих мрежа. Ова технолошка конвергенција ствара нову медијску стварност чији пошиљаоци су глобално расути и глобално интерактивни.

Дигитални (електронски) медији су електронски алати који се користе да би се сачувале, преносиле или примале дигитализоване информације. У електронске медије спадају: радио, кабловска телевизија, интернет, факс, мобилни телефони. Они могу бити бесплатни (компанијски блог) или плаћени (туђа web страна на којој је компанија поставила сопствену плаћену рекламу). Они се могу поделити и на:

- 1) broadcast медије који имају могућност приступа широкој публици,
- 2) narrowcast (нпр. кабловска телевизија) медије који су усмерени на мање циљне групе и
- 3) pointcast медије који су усмерени на конкретног појединца (Hrnjić Kuduzović, 2016: 586).<sup>15</sup>

Захваљујући развоју интернета и настанку нових медија или медијских платформи можемо уочити нове карактеристике дигиталних медија.

1. Једна од њих је партиципација. Партиципација код дигиталних медија значи могућност великог учешћа аудиторијума у креирању медијских садржаја (тзв. садржајна партиципација), али и у доношењу одлука везаних за управљање медијским организацијама (тзв. структурна партиципација). Тај партиципаторни потенцијал нових медија брише јасне границе између јавне и приватне комуникације, масовне и интерперсоналне комуникације, медијских организација и индивидуалних комуникатора, као и професионалних и аматерских новинара (Михајлов Прокоповић, 2016: 37).<sup>16</sup>

---

15 Pointcast медији су електронски медији са могућношћу преноса индивидуализованих информација појединцу. Персонализоване поруке се могу примати преко мобилног телефона, ПДА уређаја, рачунара, ТВ, факса и др. Појединац је у могућности најчешће да узврати поруком пошиљаоцу.

16 Гесло „сви смо сада новинари“ указује на велике могућности коришћења информација претраживањем интернета. Новинари могу да стварају своје текстове у сарадњи са заинтересованим појединцима на мрежи. Интернет вишеструко смањује трошкове медијске производње и дистрибуције, тако да се уз мала улагања може остварити велика посећеност, односно стећи велика публика.

2. Друга карактеристика новог концепта медија је појава нових креатора садржаја и облика које они стварају (блог, друштвене мреже, подкастови). Ове нове облике могу стварати институције и организације које се директно појављују на интернету, грађани или нови интермедијатори (интернет провајдери, претраживачи и др.).

Иако су многе новине покушале да смање трошкове и да остваре приход од онлајн оглашавања на свом сајту, још увек овај модел не омогућава одрживо новинарство у јавном интересу. Дани када су велики штампани медији зарађивали толико да су могли да обезбеде финансирање одговорног новинарства (accountability journalism) су прошли (Михајлов Прокоповић, 2016: 22). Да би се одржали сајтови посвећени аналитичком новинарству потребно је ангажовати професионалне новинаре, а приходи онлајн медија су скромни да би могли да финансирају велике редакције. Да би се обезбедило онлајн извештавање у јавном интересу, које више није профитабилно као што је то било у време процвата штампе крајем XX века, када су приходи од оглашавања омогућили финансирање великих редакција и разноврсно и квалитетно извештавање, потребна је државна помоћ из фондова као и ослобађање од пореза.

Трећа карактеристика је појава интермедијатора, као што су агрегатори садржаја и претраживачи који, иако нису медији, обављају извесне медијске функције или функције налик медијским.

## **5. Нови концепт медија**

Велики део промена које су условљене технолошким иновацијама долази из најразвијенијих земаља (нарочито су САД седиште највећих компанија, попут Google-а, Facebook-а, Amazona, Twitter-а и сл.), али ове промене подједнако утичу и на медије у мање развијеним земљама (Максић, 2020: 5).

Због све већег броја медија, односно софтверских медијских апликација и промена особина медија, долази до преиспитивања медија као концепта, односно до трагања за новим појмом медија у дигиталном окружењу. Основна питања су шта су то све медији данас и да ли се традиционална начела и критеријуми могу употребити у одређивању појма медија. Дигиталне софтверске медије чине алгоритми и база података. Медији се свде на интерактивне апликације. Промене у дигиталној медијској сфери бришу границе између јавне и приватне комуникације, масовне и интерперсоналне комуникације, медијских организација и индивидуалних комуникатора, као и професионалних и аматерских новинара.

Све то отвара питање новог концепта медија. Јављају се нове дефиниције медија: „Медиј је специфична врста вештачке технике или средства изражавања детерминисаног материјалом који је коришћен или креативним методама које су укључене“ (Manovich, 2013: 206). Дакле, медиј се схвата као скуп техника, изражајних средстава и креативних метода.

Нови концепт медија полази од следећих претпоставки: промена традиционалних медија и појава нових форми медија, нови креатори садржаја и облици које они стварају (блогови, викији, друштвене мреже, подкастови итд.) и најзад, појава активности налик медијским. Сви традиционални медији могу постати нови медији. Нове облике могу стварати организације које се директно појављују на интернету, грађани, интернет провајдери, претраживачи, који, иако нису медији, обављају извесне функције налик медијским (Jakubowicz, 2009: 26).

Нове медије карактеришу три особине: интеграција, интерактивност и дигитални код. Нови медији су „медији који су интегрисани, интерактивни и који користе дигитални код на преласку из 20. у 21. век“ (Van Dijk, 2006: 9). Интеграција је спајање телекомуникација, компјутерске технологије и масовних комуникација у један медиј (процес конвергенције). Трансформација садржаја у дигитални довела је до лакше продукције и дистрибуције.

## **6. Предности и недостаци дигиталних медија**

У поређењу са традиционалним медијима, социјални медији имају и позитивне и негативне аспекте. Најпозитивнији аспект социјалних медија јесте могућност окупљања великог броја људи за кратко време. Постоји могућност да се достигне глобално тржиште једном поруком. Захваљујући интернету, друштвени медији пружају људима неограничену слободу, која понекад може бити ограничена цензуром, или, како је најчешће примењивано у социјалним медијима, након објаве непримереног текста долази до проналажења аутора и брисања тог садржаја, а може доћи и до гашења тог профила. Најзад, постоји и флексибилност у погледу дужине поруке и времена слања.

Друга предност социјалних медија јесте економичност. Њиховом употребом олакшано је пробијање нових личности у политици. Социјалне медије је први пут активно у политици користио Barack Obama (Барак Обама), који је 2008. године био кандидат за председника на америчким председничким изборима. Поред тога што је добио 52% јавне подршке, Обама је постигао успех који у последњих 30 година није постигао ниједан председнички

кандидат Демократске странке. Обама је био свестан да су млади склонији друштвеним мрежама него традиционалним медијима.<sup>17</sup>

Следећа предност дигиталних медија је велика брзина којом се деле вести, резултати анкета,<sup>18</sup> као и директна комуникација и интерактивност.<sup>19</sup> Док су пре интернета људи морали да сачекају следеће новине или ТВ емисије да би добили најновије информације, вести на интернету су увек доступне. Већина људи више времена проводи на платформама као што су Twitter и Facebook него на озбиљним вестима и политичким веб-сајтовима. Корисници креирају сопствене медијске садржаје кроз нове облике масовне самокомуникације (users-turned-producers). Тако, Јутјуб (You Tube) постаје нова форма (платформа) за масовну самокомуникацију (свако може да постави материјал на интернет, корисници бирају шта ће да гледају и ако желе могу да коментаришу).

Дигитализација је омогућила да велики број информација буде доступан онлајн и тако створила прилику свима да се информишу, истражују, проверавају изворе информација.<sup>20</sup> Осим што могу преузимати садржаје, корисници могу постављати своје постове са мишљењима и коментарима, што интернет чини најбољим интерактивним медијем.

Политичари приликом употребе социјалних медија у политичке сврхе користе таргетирање (информисање усмерено на тачно одређене циљне

---

17 Бивши амерички председник Donald Trump (Доналд Трамп) активно је користио социјалне медије у политичком управљању. Посебна пажња скренута је његовом употребом Twitter-а, тиме је он ишао директно ка бирачком телу. Он је знао да је у свакој политици најважније приближити се гласачима, јер заправо од њих зависи и опстанак на политичкој сцени.

18 На социјалним медијима се могу пронаћи резултати анкета, али се може и учествовати у бројним анкетама. Резултати анкета имају велики утицај на изборе. На пример, ако људи мисле да је један кандидат далеко испред у трци, могу сматрати да нема сврхе гласати за друге.

19 Велика предност социјалних медија јесте и могућност директне интеракције са политичарима. Раније, ако сте желели да упознате политичара или кандидата, морали бисте да присуствујете догађају уживо. Са модерном технологијом сада је могуће присуствовати виртуелним догађајима на којима можете учествовати у догађајима за стримовање уживо и комуницирати са политичарима и кандидатима.

20 Како је постало лакше доћи до информација и објавити приче на дигиталним платформама, развила се и потпуно нова грана новинарства, тзв. data-новинарство или новинарство засновано на подацима. Новинарске приче засноване на подацима имају бројне предности, између осталог, пружају опипљиве, мерљиве доказе, омогућавају праћење трендова и упоређивање података.

групе), како би се осигурало да огласи и поруке дођу до правих корисника.<sup>21</sup> Политичари и људи који се кандидују за своју функцију могу да циљају своје кампање. Ако кандидат жели да се позабави проблемима студената, пензионера, жена или других група гласача, сада може да прилагоди своје поруке (Валић Недељковић, 2020: 17).

Постоји и тамна страна интернета и дигиталних медија, од сексуалног злостављања, трговине децом и других незаконитих активности које штете деци, до говора мржње и насилне екстремизације. Дигитални медијски простор све више постају место где се слобода изражавања и медијске слободе сусрећу са бројним изазовима и проблемима. Један од њих јесте лако ширење гласина, лажних вести и завера. Интернет омогућава стварање глобалног форума за заговарање нетолеранције и неједнакости. Потребно је раздвојити стварне од лажних вести на мрежама. Треба размислити и проверити тачност појединих информација на друштвеним мрежама. Данас је интернет постао најсигурније и најмоћније средство за ширење говора мржње. Количина и брзина ширења дезинформација је толика да понекад озбиљно угрожава друштвени дијалог. Број корисника друштвених мрежа непрестано расте, а њихова медијска писменост, односно способност разумевања информација добијених посредством медија, на ниском је нивоу.

Ова појава је омогућена и чињеницом да дигитална технологија даје могућност емитовања децентрализованих извора информација (медијска децентрализација) па то ствара услове да ова експлозија медијских информација доведе до „виртуелне дезинформације“ (Михајлов Прокоповић, 2016: 16).

Социјални медији садрже још једну опасност а то је прилагођавање већини. Како социјални медији омогућавају слободу изражавања, постоје велике шансе да се појединци поистовете са групом, односно да прихвате ставове већине. Алгоритамско и платформско усмерено информисање доводи до тога да се људи информишу у затвореним круговима својих истомишљеника или познаника (Максић, 2020: 6).

Дигитални медији стварају услове за већу рањивост система за заштиту приватности и података о личности (Максић, 2020: 18).<sup>22</sup> Интернет има

---

21 Плаћено политичко оглашавање, будући да је на YouTube-у бесплатно, помера се ка том дигиталном новом медију све више из кампање у кампању.

22 Подаци о личности се означавају као „нова нафта“ јер се многи онлајн бизнис модели заснивају на коришћењу и продаји личних података. Компанија Фејсбук (Facebook) је на овим подацима развила бизнис вредан 40 билиона долара. Током 2018. године амерички Конгрес покренуо је истрагу о томе како су се лични подаци

децентрализовану структуру која онемогућава јединствену примену прописа. Смештањем садржаја на сервере, који се налазе у другим земљама, онемогућава се примена националних прописа на њих.

Интернет је створио канале комуникације који играју кључну улогу у кружењу вести, а социјални медији имају моћ да промене не само поруку, већ и вредности и динамику сукоба у друштву и политици (у изборним процесима).

Најзад, постоји велика концентрација у свету дигиталних медија јер је капитал заузео интернет и закочио његове демократске могућности (Михајлов Прокоповић, 2016: 24).<sup>23</sup> Концентрација у дигиталном свету је већа него у свету традиционалних медија.

## 7. Европска медијска политика и регулатива

Појам медија одредио је *Комитет министара земаља чланица Савета Европе* у неколико својих политичко-правних аката:

*Резолуција (74) 26* Комитета министара *о праву на одговор* дала је значење израза „медиј“ које се односи на сва средства комуникације периодичног карактера намењена за ширење информација јавности, као што су: новине, радио и телевизија.<sup>24</sup>

*Препорука бр. Р (97) 19.* Комитета министара државама чланицама *о приказивању насиља у електронским медијима* одређује појам „електронских медија“ наводећи да они означавају радио и телевизијске програмске сервисе и сервисе као што су видео на захтев, интернет, интерактивна телевизија, или производе као што су видео-игре, итд., осим свих приватних комуникација недоступних јавности“. Овде имамо један

---

87 милиона корисника друштвене мреже Facebook нашли у поседу фирме Cambridge Analytica која их је користила за кампању промоције изласка Велике Британије из ЕУ. Овај глобални скандал отворио је бројне дебате о приватности и употреби личних података у дигиталном екосистему.

23 Да би неко предузеће зарадило новац у онлајн новинарству мора бити велико, централизовано, са скоро монополском позицијом. Концентрација је ојачана принципом који је уграђен у претраживаче на интернету који повећавају посету најпосећенијих сајтова. Четири најпосећенија сајта су Гугл (Google), Мајкрософт (Microsoft), Јаху (Yahoo) и Фејсбук (Facebook), а исте ове компаније привукле су две трећине прихода од оглашавања на интернету. И док велики постају све већи, слабо посећени сајтови остају мали. Интернет је увећао тензију између комерцијализације и новинарства и генерисао лаке и забавне садржаје (soft news).

24 Recommendation on the right of reply – Position of the individual in relation to the press. Res(74)26. Преузето 06. 07. 2021. <https://rm.coe.int/090000168077c49a>

важан елиминаторни критеријум – да средства за пренос речи, звука и слике не могу бити медиј ако се ради о приватним комуникацијама недоступним јавности. Дакле, шта се може сматрати медијем одлучује критеријум – могућност приступа јавности његовом програму. Приватне комуникације које су недоступне јавности не сматрају се медијима.

Промене у медијској области под утицајем дигиталне технологије формулисане су у неколико докумената који су донети на Првој конференцији министара надлежних за медије и нове комуникационе услуге у земљама чланицама Савета Европе у Рејкјавику 2009. и то:

- Политичка декларација;
- Резолуција: ка новом поимању медија;
- Акциони план: ка новом поимању медија и последицама које из тога могу произаћи; и
- Резолуција: управљање интернетом и критички ресурси интернета.<sup>25</sup>

У њима се указује на неопходност разматрања појма медија који укључује уређивачку одговорност и поштовање етичких норми али и на могућност редефиниције самог концепта медија с обзиром на појаву нових облика медијске праксе на интернету.

Уређивачка контрола је кључни критеријум за одређивање да ли неки облик комуникације у новом медијском простору спада у категорију медија. Другим речима, уређивачка одговорност је један од кључних критеријума за одређење новог, ширег значења појма медија у европској медијској политици.<sup>26</sup> Наиме, *Препорука CM/Rec(2011)7* садржи укупно шест критеријума за одређивање неког облика комуникације као медија:

- намера актера да делује као медиј,
- сврха и основни циљеви медија,
- уређивачка контрола,
- професионални стандарди,
- домет и дистрибуција,

---

25 MCM(2009)01. Prva konferencija ministara nadležnih za medije i nove komunikacione usluge u zemljama članicama Saveta Evrope. *Novo poimanje medija?* (28–29. мај 2009, Рејкјавик, Island). Преузето 02. 07. 2021. <http://www.ndnv.org/?p=6834>

26 Препорука CM/Rec(2011)7. *Комитет министара државама чланицама о новом поимању медија* 2011. Преузето 26. 06. 2021. [http://www.coe.org.rs/REPOSITORY/3600\\_зборник\\_одабраних\\_правних\\_инструмената\\_савета\\_европе\\_у\\_вези\\_с\\_а\\_медијима\\_2007-2014.pdf](http://www.coe.org.rs/REPOSITORY/3600_зборник_одабраних_правних_инструмената_савета_европе_у_вези_с_а_медијима_2007-2014.pdf)



- очекивање јавности.

На основу обима испуњења ових критеријума можемо утврдити да ли нека комуникациона услуга представља медиј или нешто друго, односно посредничку или помоћну активност медијског сервиса.

Сви критеријуми нису важни у истој мери. Обавезујући критеријуми, према овој *Препоруци* СМ/Rec(2011)7 су:

- сврха медија,
- уређивачка контрола и
- домет или дисеминација.

Ово су битни елементи појма медија па и дигиталних медија. Препорука разрађује сваки од ових битних критеријума кроз више показатеља. Тако, показатељи важни за сврху медија су: „производња, прикупљање или ширење медијског садржаја; управљање апликацијама или платформама које су осмишљене да олакшају интерактивну масовну комуникацију или укупну масовну комуникацију (друштвене мреже) и/или да омогуће велика интерактивна искуства заснована на садржају (онлајн игрице); уз основне медијске циљ(еве): анимирати и омогућити простор за јавну расправу и политички дијалог, уобличити и утицати на јавно мишљење, промовисати вредности, омогућити испитивање и повећати транспарентност и одговорност, осигурати едукативне, забавне, културне и уметничке изразе, створити нова радна места, генерисати приход – или најчешће комбинација поменутог; и периодично обнављање и ажурирање садржаја“.<sup>27</sup>

Показатељи на основу којих се цени (не)постојање уређивачке контроле су уређивачка политика, уређивачки процес, ублажавање корисничког садржаја и постојање редакције.

Као трећи битан елемент (критеријум) дигиталних медија јесте *домет и дистрибуција*. Међутим, овде важи правило „да ако су домет и ширење садржаја на ниском нивоу, такав сервис не би требало сматрати медијем“.<sup>28</sup>

Примена *Препоруке* СМ/Rec(2011)7 се заснива на *принципима диференцијације и степеновања*. Диференцијација значи да треба узети у обзир

---

<sup>27</sup> Препорука СМ/Rec(2011)7. *Комитет министара државама чланицама о новом поимању медија* 2011. Преузето 26. 06. 2021.

[http://www.coe.org.rs/REPOSITORY/3600\\_зборник\\_одабраних\\_правних\\_инструмената\\_савета\\_европе\\_у\\_вези\\_с\\_а\\_медијима\\_2007-2014.pdf](http://www.coe.org.rs/REPOSITORY/3600_зборник_одабраних_правних_инструмената_савета_европе_у_вези_с_а_медијима_2007-2014.pdf)

<sup>28</sup> Важно је раздвојити „испоруку садржаја“ од „приступа том садржају“ јер то доводи до феномена укупне публице, односно на који начин одредити шта је велика публика.

мноштво начина и облика медијске активности (садржаја) у дигиталном окружењу (нпр. забавни или информативни медији), али да приступ треба прилагодити конкретном случају. У складу са улогом медија примењује се степенована регулација, односно одређује се различит степен права, обавеза и одговорности конкретне медијске форме, односно медија. Диференцирана и степенована регулација зависе од улоге медија и његовог утицаја.

У дигиталном медијском окружењу значајну улогу играју „посредници и помоћници медијских сервиса“, који су бројни актери у дигиталном простору али се разликују од нових медија јер не испуњавају све критеријуме из Препоруке а посебно не битне елементе „новог“ појма медија у дигиталном свету. Ту се пре свега мисли на уређивачку контролу па и на сврху медија (Михајлов Прокоповић, 2016: 59).

## 8. Медијска регулатива у Србији

Појам медија представља позитивноправни појам, дефинисан законским прописима. У Србији *Закон о јавном информисању* (2003)<sup>29</sup> није помињао термин медиј већ је користио термин *јавно гласило*.<sup>30</sup> *Закон о јавном информисању и медијима* (2014)<sup>31</sup> користи термин медиј и одређује његов појам.<sup>32</sup> Медиј је „средство јавног обавештавања које речима, сликом, односно звуком преноси уреднички обликоване информације, идеје и мишљења и друге садржаје, који су намењени јавној дистрибуцији и неодређеном броју корисника.“<sup>33</sup>

Ова дефиниција садржи термин „уреднички обликоване“, по чему се медији у позитивноправном смислу разликују од медија у социолошком смислу, који немају уредника. Под медијима се у смислу овог закона нарочито подразумевају дневне и периодичне новине, сервис новинске агенције, радио-програм и телевизијски програм и електронска издања тих медија,

29 Закон о јавном информисању, *Сл. гласник РС*, 43/03.

30 ЗЈИ (2003) јасно прецизира појам јавног гласила, одређујући његов обим најпре тако што даје позитивну дефиницију јавног гласила (чл. 11), сматрајући под јавним гласилом: новине, радио програме, телевизијске програме, сервисе новинских агенција, интернет и друга електронска издања наведених јавних гласила, али и друга средства јавног информисања која помоћу речи, слике или звука објављују идеје, информације и мишљења намењене јавној дистрибуцији и неодређеном броју корисника.

31 Чл. 29 Закона о јавном информисању и медијима, *Сл. гласник РС*, 83/14.

32 Термин медиј у српско позитивно право уведен је тек доношењем Устава РС 2006. године. Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 98/06.

33 Чл. 29 Закона о јавном информисању и медијима, *Сл. гласник РС*, 83/14.

као и самостална електронска издања (уређивачки обликоване интернет странице или интернет портали), а који су регистровани у Регистру медија, у складу са овим законом.

*Закон о јавном информисању и медијима (2014)* утврђује по први пут да су медији и „самостална електронска издања (уређивачки обликоване интернет странице или интернет портали)“ уколико су регистрована у Регистру медија. Међутим, онлајн медији немају обавезу да се региструју у наведеном регистру.<sup>34</sup>

Законодавац користи позитивни приступ таксативног набрајања (чл. 31) у одређивању појма и врсте медија. Медијем сматра се: (1) свака новина са посебним називом, (2) сва издања једних новина која излазе под истим називом, (3) сваки појединачни радио или телевизијски програм, без обзира на начин дистрибуције, (4) сваки сервис новинске агенције који се посебно дистрибуира и (5) самостално електронско издање. Ово је корисно са аспекта медијске концентрације.

Појам медија се додатно прецизира методом негативне енумерације. Наиме, медијима се, у смислу ЗЈИМ, не може сматрати: књига, филм, носач аудио и аудио-визуелног садржаја, научни и стручни часопис (намењен првенствено информисању или образовању одређене професионалне групе), остале штампане публикације, каталог који садржи искључиво обавештења, огласе, рекламе и информације намењене тржишту или билтен и сличне публикације намењене интерном информисању, електронска публикација државних органа и организација, установа, јавних предузећа и привредних друштава, предузетника и њихових удружења, службено гласило, штампана ствар попут летака, плаката и сличних средстава јавног обавештавања, друга публикација у смислу прописа којим се уређује издаваштво, као ни интернет-претраживачи и агрегатори.<sup>35</sup>

---

34 Чл. 29 Закона о јавном информисању и медијима, *Сл. гласник РС*, 83/14. Уколико се региструју, онлајн медији тада уживају неколико права, попут заштите извора информације, новинари регистрованог медија су под повлашћеним режимом строже кривично правне заштите, олакшан је приступ информацијама и акредитацијама, као и приступ државним фондовима и могућност конкурисања за пројекте у области јавног информисања ради остваривања јавног интереса.

35 Чл. 30 Закона о јавном информисању, *Сл. гласник РС*, 43/03 под појмом јавног гласила није обухватио: периодично издање из одређене стручне области намењено искључиво информисању или образовању одређене професионалне групе (научни и стручни часописи), публикације, каталоге и програме који садрже искључиво огласе, рекламе и информације намењене тржишту, новине, билтене и сличне публикације намењене интерном информисању које се не дистрибуирају јавно, службена гласила државе, јединица територијалне аутономије и локалне самоуправе, као ни друга службена гласила, а такође ни летке, плакате и сличне облике јавног обавештавања (чл. 12).

Медији нису „платформе, попут интернет форума, друштвених мрежа и других платформи које омогућавају слободну размену информација, идеја и мишљења њених чланова, нити било која друга самостална електронска публикација, попут блогова, веб презентација и сличних електронских презентација, осим ако нису регистроване у Регистру медија, у складу са овим законом“.<sup>36</sup> Тиме је, заправо, „гарантована“ слобода изражавања на интернету.<sup>37</sup> Овим сужавањем појма медија, важећи закон (ЗЈИМ) није уважаио постојећу реалност коју је дигитализација медија донела, иако је и у време његовог доношења (2014) било јасно да друштвене мреже и интернет портали имају растући потенцијал, нарочито када је у питању нова генерација корисника. Тако законодавац остаје на темељима класичног схватања медија по коме уређивачку делатност обављају новинари професионалци у оквиру уређивачког колегијума и уз одговорност главног и одговорног уредника за пласирани садржај. Документи ЕУ у којима се медији дефинишу на шири начин (медиј је све оно што није приватна комуникација), такође говоре о уређивачкој контроли као једном од битних критеријума за одређивање својства медија, али се и овај појам очигледно схвата у ширем смислу, па су у том контексту друштвене мреже и интернет портали несумњиво медији, јер имају интерна правила пласирања садржаја која поштују одређене стандарде (забрана говора мржње, пласирања порнографског материјала, нарушавања приватности, забрана политичког оглашавања и сл.). Ова интерна правила пласирања информација, идеја и мишљења путем друштвених мрежа се могу тако, у ширем смислу, схватити као уређивачка контрола. У прилог овоме говори и чињеница да се одређени садржаји који не одговарају стандардима и политици компаније (која је власник друштвене мреже) уклањањају и пре него се утврди да ови стандарди заиста нису испоштовани. Довољна је само пријава одређеног садржаја од стране корисника или регистровање од стране алгоритма друштвене мреже да постоји потенцијална опасност од кршења прописаних стандарда. Дакле, на власницима налога је да доказују да до кршења стандарда није дошло. Ово свакако указује на постојање уређивачке контроле и на друштвеним мрежама. Чак се може поставити и питање да ли овако постављене мере контроле уводе неки нови облик цензуре, па и аутоцензуре. На основу овога се може закључити да постојећи закон који регулише медије у Републици Србији треба променити у правцу проширивања

36 Чл. 30, ст. 2 Закона о јавном информисању, *Сл. гласник РС*, 43/03.

37 Али, и слобода изражавања на интернету, као и било које јавно иступање, подлеже Закону о забрани дискриминације, *Сл. гласник РС*, 22/09, 52/21, као и одредбама Кривичног законика о делима против части и угледа. Кривични законик, *Сл. гласник РС*, 85/2005-30, 88/2005-51 (исправка), 107/2005-171 (исправка), 72/2009-53, 111/2009-36, 121/2012-3, 104/2013-3, 108/2014-3, 94/2016-7, 35/2019-3.

појма медија и на друштвене мреже. Оне се још увек не налазе у систему позитивно-правне заштите, вероватно из разлога неспособности правног система да исту и пружи. То је можда могло имати смисла у ранијем периоду у коме глобализација није узела маха у области правне регулативе. Данас, мање-више све демократски уређене земље или оне које теже да то постану, у своју правну регулативу уносе исте стандарде који се тичу слободе изражавања и протока информација, забране говора мржње, заштите малолетника, промовисања толеранције, права на одговор, самосталности регулаторних тела, независности јавних медијских сервиса итд. Интензивирани су и сарадња правних и медијских експерата на европском нивоу у усаглашавању правила у третману нових технологија и њихове примене у медијској индустрији и јавној сфери уопште (Вељановски, 2010: 45). Нема разлога да то не буде случај и са Србијом, нарочито јер је она своје законодавство у области медија прилагодила европским стандардима у приличној мери од почетног периода реформисања ове области (2003. г.), до данас. Оно што у Србији представља изазов је (не)примена ових стандарда у пракси.

Најзад, ЗЈИМ оставља могућност креаторима онлајн садржаја да одлуче да ли желе да региструју своју дигиталну платформу као медиј или не. Уколико дигитална платформа буде уписана у Регистар медија, она ће имати сва права и обавезе које имају и остали (традиционални) медији па ће се на њих односити одредбе закона које се тичу: обавезе новинарске пажње, забране говора мржње, заштите малолетника, права на исправку итд.

Аудиовизуелне услуге регулисане су *Законом о електронским медијима* (ЗЕМ)<sup>38</sup>, који је ову област уредио у складу са *Директивом Европске уније о аудиовизуелним услугама – Директива 2010/13/ЕУ*.<sup>39</sup> ЗЕМ дефинише многе појмове као што су: аудиовизуелна медијска услуга, програмски садржај и уређивачка одговорност.<sup>40</sup>

---

38 Закон о електронским медијима, *Сл. гласник РС*, 83/ 14.

39 Direktiva 2010/13/EU europskog parlamenta i vijeća o koordinaciji određenih odredaba utvrđenih zakonima i drugim propisima u državama članicama o pružanju audiovizualnih medijskih usluga (Direktiva o audiovizualnim medijskim uslugama). Преузето 13. 08. 2021. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/hr/TXT/?uri=CELEX%3A32010L0013>

40 ЗЕМ од Директиве преузима и два основна принципа – *принцип технолошке неутралности* и *принцип степеноване регулације*. Принцип технолошке неутралности значи да су све аудио-визуелне услуге регулисане овим Законом на исти начин, без обзира на начин њихове дистрибуције и врсту екрана на ком их гледамо (телевизијски, компјутерски или екран мобилног телефона). Принцип степеноване регулације одређује два нивоа уређења аудиовизуелних услуга – један ниво за линеарне услуге телевизијског емитовања, а други за нелинеарне услуге – услуге на захтев.

*Закон о електронским медијима* (ЗЕМ) користи термин „електронски медиј” и дефинише га као „програм, односно програмски садржај радија и телевизије, као и програмски садржај доступан на захтев путем мрежа електронских комуникација и садржај електронског издања”.<sup>41</sup>

## 9. Закључак

Друштвене мреже су унеле нову еру глобалног медијског активизма. Нове технологије могу да промене свет због своје техничке способности да савладају простор и време. Сматрамо да традиционални концепт медија треба заменити новим интернет концептом онлајн медија, као и да правни (нормативни) приступ треба заменити ширим, социолошким приступом који респектује нову дигиталну реалност. Према томе, појам медија мора да одговара новим медијским платформама јер медијско право мора да прати медијски фактицитет. Оно што се јавља као највише спорно питање је тзв. уређивачка контрола као услов који треба да испуни сваки облик медија, не само према домаћим правним изворима већ и према релевантним међународним медијским стандардима.

Власници друштвених мрежа су велике интернет компаније које имају своја интерна правила емитовања медијских информација. Ова правила јесу својеврстан облик уређивачке контроле. Било би добро када би та интерна правила била прилагођена међународним стандардима слободе изражавања и слободе медија у смислу слободног изражавања мишљења, провере извора информација, забране цензуре и аутоцензуре, итд., а не интересима медијских компанија и профита.

Савремени концепт медија представља шири и обухватнији појам од тренутно важећег законског појма медија у Републици Србији. Ако би домаће медијско законодавство пратило међународне медијске стандарде и уважавало дигиталну медијску реалност, имали би корак више у правној покривености дигиталних медија код нас.

## Литература и извори

Bossio, D. (2017). *Journalism and Social Media: Practitioners, Organisations and Institutions*, Cham: Palgrave Macmillan.

Direktiva 2010/13/EU europskog parlamenta i vijeća o koordinaciji određenih odredaba utvrđenih zakonima i drugim propisima u državama članicama o pru-

---

41 Чл. 4 Закона о електронским медијима, *Сл. гласник РС*, 83/ 14.

žanju audiovizualnih medijskih usluga (Direktiva o audiovizualnim medijskim uslugama). Преузето 13. 08. 2021.

Downie, L. Jr. & Schudson, M. (2009). The Reconstruction of American Journalism, *Columbia Journalism Review*, [Electronic version] Преузето 23. 06. 2021. [http://www.cjr.org/reconstruction/the\\_reconstruction\\_of\\_american.php](http://www.cjr.org/reconstruction/the_reconstruction_of_american.php).

Herman, E. S., Mekčesni, R.V. (2004). *Globalni mediji*, Beograd: Clio.

Hrnjić Kuduzović, Z. (2016). Hipertekstualnost, multimedijalnost i interaktivnost vijesti na bosanskohercegovačkim web portalima Klix.com i nezavisne.com. *Medijski dijalozi*, No 24. Vol. 9. 579–595.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/hr/TXT/?uri=CELEX%3A32010L0013>

Jakubowicz, K. (2009). A new notion of media? 1st Council of Europe Conference of Ministers responsible for Media and New Communication Services, 28-29 May, Reykjavik, Council of Europe.

Kastels, M. (2014). *Moć komunikacija*, Beograd: Clio.

Manovich Lev. M. (2013). *Software Takes Command*, New York, London: Bloomsbury Publishing.

MCM (2009)01. Prva konferencija ministara nadležnih za medije i nove komunikacione usluge u zemljama članicama Saveta Evrope. Novo poimanje medija? (28 – 29. maj 2009, Rejkjavik, Island). Преузето 02. 07 2021. <http://www.ndnv.org/?p=6834>

Radojković, M., Miletić, M. (2005). *Komuniciranje, mediji i društvo*, Novi Sad, Stylos.

Recommendation on the right of reply - Position of the individual in relation to the press. Res (74)26. Преузето 06. 07. 2021. <https://rm.coe.int/090000168077c49a>

Van Dijk, T. A. (2006). *The Network Society: Social Aspects of New Media*, Sage. London.

Van Dijk, T. A. (2008). *Discourse and Power*, Palgrave/ MacMillan, New York.

Vordl, K., Derakšan, H. (2017). Informacijski poremećaj: ka interdisciplinarnom okviru za istraživanje i kreiranje sektorske politike, *Izveštaj Saveta Evrope DGI(2017)09*, [Electronic version] Преузето 22. 05. 2021. <https://rm.coe.int/srp-information-disorder-study/16809405c8>

Валић Недељковић, Д. (2020). Предизборна кампања без новинарског извештавања: друштвене мреже као успешан комуникативни канал. *Дијалог о изборима 2020. Факултет политичких наука, Билтен*. 4. 17–33.

Вељановски, Р. (2010). Изазови и могућности online новинарства, *Слобода изражавања на интернету*. Фонд за отворено друштво, 41–55.

Водинелић, В. (2003). *Право масмедија*, Београд: Факултет за пословно право.

Вучковић, Ј. (2021). Нека питања дигитализације медијских услуга. *Зборник радова „Услуге и владавина права“ Правног факултета у Крагујевцу*. XVII. 521–539.

Вучковић, Ј. (2020). *Медијско право*, Ниш: Свен.

Закон о јавном информисању и медијима, *Сл. гласник РС*, 83/14, 58/15, и 12/16-аутентично тумачење.

Закон о електронским медијима, *Сл. гласник РС*, 83/ 14.

Закон о забрани дискриминације, *Сл. гласник РС*, 22/09, 52/21,

Закон о јавном информисању, *Сл. гласник РС*, 43/03.

*Информисање у дигиталном окружењу у Србији*. (2020). Београд: Центар за медијска истраживања Факултет политичких наука Универзитет у Београду

Кривични законик, *Сл. гласник РС*, 85/2005-30, 88/2005-51 (исправка), 107/2005-171 (исправка), 72/2009-53, 111/2009-36, 121/2012-3, 104/2013-3, 108/2014-3, 94/2016-7, 35/2019-3.

Максић, Т. (2020). *Медији и нове политике управљања Интернетом*. Београд: Фондација за отворено друштво.

Михајлов Прокоповић, М. А. (2016). *Трансформација традиционалних медија у новом технолошком окружењу*. Докторска дисертација. Београд: Факултет политичких наука.

Николић, Д. (2010). *Медијско право*, Београд: Службени гласник.

Препорука СМ/Рес (2011)7. *Комитет министара државама чланицама о новом поимању медија* 2011. Преузето 26. 06. 2021. [http://www.coe.org.rs/REPOSITORY/3600\\_зборник\\_одабраних\\_правних\\_инструмената\\_савета\\_европе\\_у\\_вези\\_с\\_а\\_медијима\\_2007-2014.pdf](http://www.coe.org.rs/REPOSITORY/3600_зборник_одабраних_правних_инструмената_савета_европе_у_вези_с_а_медијима_2007-2014.pdf)

Стратегија развоја система јавног информисања у Републици Србији за период 2020–2025. Преузето 01. 07. 2021. [www.srbija.gov.rs](http://www.srbija.gov.rs)



**Jelena Vučković, LL.D.,**

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Kragujevac

## **DIGITAL MEDIA AND MEDIA LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF SERBIA**

### **Summary**

*The contemporary technological developments have been redefining human communication, concurrently raising the question whether users of online services and various media platforms can cope with so much freedom. Thus, the Internet as a global medium opens new legal issues and poses new challenges in the field of media legislation. Information policy, and legislation must adequately respond to the challenges of the new digital age. New media pose a new challenge for law and values, not only in a speculative sense but also in a real procedural and human sense. In times of Information and Communication Technologies (ICT), law should not turn a blind eye to the developments in the virtual space.*

*The development of new digital environments and media platforms raises the question whether the legislation should be the same for all media, traditional and new ones alike. The first step in addressing this issue should be the provision of a broad and realistic definition of the concept of media, which will ensure the recognition of the new media. Secondly, media regulations and principles referring to the new media should be more flexible and less strict as compared to the traditional media (but only provisionally), which is more purposeful than turning a blind eye to the new media. Non-recognition and non-regulation of information dissemination via the Internet opens the possibility of causing much greater damage to the public interest.*

**Keywords:** digital media, Internet, social networks, online journalism, new media legislation.



## II ПРИКАЗИ

---

---



**Др Александар Мојашевић,\***  
Ванредни професор,  
Правни факултет, Универзитет у Нишу

ПРИКАЗ  
10.5937/zrpfno-35253

Рад примљен: 06.12.2021.  
Рад прихваћен: 13.12.2021.

## **Adam Oliver, „Reciprocity and the Art of Behavioural Public Policy“, Cambridge University Press, 2019.**

Да ли сте се икада питали у чему лежи научно објашњење реципроцитета? Да ли сте себе преиспитивали због чега се понашате правично према неким, а према другима не? Због чега нека друштва постижу виши ниво кооперације, самим тим и економског просперитета, а друга обитавају у друштвеним конфликтима и споровима? Да ли држава сме да усмерава понашања људи, и ако да, где је граница преко које се задире у аутономију и личну слободу? Како креирати јавне политике (енгл. *public policies*) које ће подстаћи кооперацију у друштву, без великог уплива у личне слободе и изборе?

На ова и бројна друга питања одговор даје Адам Оливер (*Adam Oliver*), професор бихевиористичке економије и јавне политике са Лондонске школе економије и политичких наука (LSE), у својој најновијој књизи *Reciprocity and the art of Behavioural Public Policy* (срп. *Реципроцитет и уметност бихевиористичке јавне политике*). Књига је публикована 2019. године од стране реномираног издавача *Cambridge University Press* и још увек није преведена на српски језик.

Друштвени феномен који Оливер проучава, и који уједно обједињује одговоре на горенаведена питања, јесте реципроцитет или реципрочно понашање (енгл. *reciprocity*). На самом почетку књиге (стр. 3–18), Оливер објашњава различите типове реципроцитета, експерименте (игре) који доказују реципрочно понашање (томе касније посвећује целу четврту главу, стр. 57–75), као и сврху реципрочног понашања у друштву. Оливер преузима Колмову (*Kolm, 2008*) дефиницију реципроцитета према којој је то *третирање других као што они третирају нас у условима добровољности и непостојања обавезујућег споразума* (стр. 3). С тим у вези, Оливер прави „суптилну“ разлику између *себичне форме личног интереса* – када је

---

\* [mojasevic@prafak.ni.ac.rs](mailto:mojasevic@prafak.ni.ac.rs)

појединац увек спреман да наруши групну динамику чим се створи прилика за задовољење његове/њене потребе/жеље и *просвећеног личног интереса* који такође лежи у основи међуљудских односа. Аутор наглашава да ова потоња форма представља „погонско гориво” реципрочних односа, чиме пружа одговор на питање базичне мотивације која стоји иза њих.

Оливер (стр. 3–7) сагледава реципроцитет као *директни* – у дијадичном односу („лицем у лице”) и *индиректни* – који постоји у широј друштвеној заједници. Први тип реципроцитета даље разврстава на *реципроцитет равнотеже* (иза кога стоји осећање правичности), *реципроцитет допадања* (иза кога стоје позитивне емоције допадања, свиђања или симпатије) и *континуирани реципроцитет* (вођен личним интересом). Други тип реципроцитета дели на *генерализовани и општи* и тзв. „*обрнути реципроцитет*”. Генерализовани реципроцитет означава то да када је особа добро третирана од других, велика је вероватноћа да ће и он/она добро третирати друге. Рецимо, замислите возача у градској саобраћајној гужви коме други возач уступа првенство пролаза – вероватно ће и он/она слично поступити према другим возачима. Супротно се дешава када је особа повређена, унижена или дискриминисана – у даљој друштвеној игри, она ће се вероватно исто или слично понашати према другима. Генерализовани реципроцитет се може проширити и на општи реципроцитет (енгл. *general reciprocity*), који се заснива на реципрочном осећању према другима или друштву као целини. „Обрнути реципроцитет” значи да када је особа великодушна или помаже другима, вероватно ће јој други пружити помоћ или узвратити услугу, иза чега следи да она *заслужује награду*, као и да се великодушност „исплати”. Следи да позитивна репутација, односно грађење слике „великодушне и помажуће особе” има важну друштвену улогу и служи као „мотор” друштвене сарадње. С друге стране, особа с негативном репутацијом ризикује да буде „изоштена” од другог/других, као што се то често у историји и дешавало (рецимо, остракизам у античкој Грчкој).

Свестраност аутора долази до изражаја у другој глави (19–37), у којој обрађује прво реципроцитет код животиња, ослањајући се на референтну литературу из те области, а потом и питање репутације и престижа код деце. У наредној, трећој глави (38–56), полазећи од идеја значајних филозофа (Хјума, Хобса, Русоа), Оливер покушава да одгонетне порекло реципрочних тенденција код човека. Да ли се то порекло крије у скорашњој културној пракси или у самој људској природи, аутор покушава да одговори сагледавањем литературе и студија реципрочног понашања у племенским заједницама. Овај антрополошки угао реципроцитета додатно осветљава овај феномен и полако нас уводи у наредну, пету главу (стр. 76–92), под

називом „Домен (поље) реципроцитета”. У овој глави аутор повезује реципроцитет и егоистично понашање са економском и друштвеном разменом, и утврђује разлику између њих.

Аутор у књизи проучава и тамну страну реципроцитета, чему посвећује шесту главу (стр. 93–110). Зашто смо спремни да нанесемо штету другима по цену наношења штете себи – другим речима, зашто се инатимо? Зашто се светимо другима? Да ли чињење „услуге за услугу” може оштетити интересе групе којој припадамо? Зар у томе није корен кронизма? Због чега осећамо непријатељска осећања према онима који нису део наше групе? Зар то није срж и покретач национализма и/или расизма? Све су ово питања на која Оливер пружа одговоре у овој глави.

*Због чега су ова питања значајна и зашто је важно проникнути у срж реципроцитета – његове светле и тамне стране?* Један од одговора крије се у другом делу наслова ове књиге: „уметност бихевиористичке јавне политике” (томе аутор посвећује седму и осму главу). Наиме, схватити корен реципрочних односа, њихову динамику и појавне облике, што Оливер у овој књизи и чини, представља основу за креирање делотворних јавних политика. Овај аутор с правом поставља питање да ли су постојећи стандардни економски модели засновани на економском човеку (*homo economicus*) добра полазна основа за креирање квалитетних јавних политика? Овом актуелном питању аутор прилази темељито, промишљено, без предубеђења (тзв. конфирмацијске пристрасности) да је бихевиористичка економија та која пружа одговоре на сва питања (тзв. *панацеа*). Тежња ка објективности аутора се нарочито испољава ако се узме у обзир то да је он сâм бихевиористички научник (економиста). Међутим, оно по чему се издваја из масе других бихевиориста (а бихевиористичка економија понекад поприма примесе „помодности”) јесте његов продубљени интердисциплинарни приступ, који надилази оквире стандардне економије и обухвата и антрополошка и знања других друштвених наука.

С друге стране, одговор на питање о важности разумевања реципроцитета не крије се само у информисању стваралаца јавних политика о томе какво је заиста људско понашање. Разумети друштвено понашање и његову важну димензију – реципроцитет, значи, а то није претенциозно рећи, проникнути у суштину људске природе и људских односа. Реципроцитет је основа темељног етичког и религијског начела на коме почивају све познате културе, тзв. „златног правила” – третирај друге као што желиш да други третирају тебе, као и његове негативне форме – не чини другима оно што не желиш себи (тзв. „сребрно правило”). Позната је и латинска изрека „do ut des” (дајем да би могао да даш). Речником теорије игара, у

питању је „реципрочни алтруизам“ или „условна сарадња (кооперација)“, без које ниједно друштво не би могло да опстане. Додајмо и то да је принцип „do ut des“ нашао своје место и у правној науци и пракси. Ако би се једном реченицом могло рећи, онда је разумевање реципроцитета у ствари разумевање нашег бивствовања као „друштвених животиња“.

На крају, сагледајмо и везу између специфичности наше културе и питања реципроцитета, нарочито његове тамне стране. Познате су културолошке одреднице које се везују за народ са овог простора: „инације“, „радити или победити из ината“ и тако даље. Мали је број студија које се баве овим занимљивим питањем, ако изузмемо „Психологију ината“, професора Бојана Јовановића. Нарочито је мали број радова и студија које би инат сагледале из угла експерименталне и бихевиористичке економије. Тек се у последње време јављају такви интелектуални напори код нас (Мојашевић, Радуловић, 2020; Радуловић, Мојашевић, 2021).

Све у свему, инат, себичност и генерално реципроцитет могу се сагледати из угла различитих дисциплина и тек у њиховом садејству ови сложени друштвени феномени могу бити осветљени. У споменутој књизи учињен је такав покушај сагледавања реципроцитета. Она представља добру концептуалну основу и, надамо се, подстицај за даље изучавање овог феномена и код нас.



# III РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

---

---



**Ирена Радић,\***  
Виши асистент,  
Правни факултет, Универзитет у Бањој Луци

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-29165

UDK: 336.228.32 (061.1)  
Раđ примљен: 08.06.2021.  
Раđ прихваћен: 14.10.2021.

## **СУЗБИЈАЊЕ ЗАКОНИТОГ НЕЛЕГИТИМНОГ ИЗБЈЕГАВАЊА ПОРЕЗА ОПШТИМ АНТИАБУЗИВНИМ ПРАВИЛОМ У ПОРЕСКОМ ПРАВУ ЕУ**

**Апстракт:** Један од највећих изазова са којим су суочене модерне државе јесте изнајлажење начина за спречавање нелегиитимног (недопуштеног) законитог избјегаванја плаћања пореза, а нарочито различитих облика агресивног пореског планирања везаних за тзв. пореске оазе. Како би одговориле овом изазову, све већи број држава у своје законодавство уграђује опште антибузивно правило (енгл. *general anti-avoidance rule*, даље: GAAR) које омогућава пореским органима да ускрате пореске погодности остварене абузивним аранжманима који су у складу са словом закона али изигравају његову сврху.

На нивоу Европске уније, опште антибузивно правило је предвиђено Директивом 2016/1164 о утврђивању правила против пракси избјегаванја пореза којима се директно утиче на функционисање унутрашњег тржишта. С обзиром на велики значај овог института у борби против законитог, нелегиитимног избјегаванја пореза, као и на чињеницу да он не постоји у домаћем праву, предмет рада ће бити управо анализа GAAR-а према одредбама Директиве.

Како је борба против агресивног пореског планирања немогућа без јаче сарадње пореских администрација и веће транспарентности пореских информација, направимо кратку анализу прописа у овој области на нивоу ЕУ, и указати на перспективе хармонизације у области пореза на добит.

**Кључне ријечи:** пореска евазија, избјегаванје пореза, агресивно пореско планирање, опште антибузивно правило – GAAR, специфична антибузивна правила, аутоматска размјена пореских информација, BEFIT, GloBe.

---

\* irena.radic@pf.unibl.org

## 1. Уводна разматрања – Легитимно и нелегитимно избјегавање плаћања пореза (Зашто нам је потребан GAAR?)

Избјегавање плаћања пореза је појава стара колико и сами порези и јавља се у свим државама свијета, независно од степена развијености. Али како је избјегавање плаћања пореза стална тежња пореских обвезника, тако је и спречавање ове појаве једно од најважнијих питања пореске политике већине држава. Иако је у јавности већ дуго присутан утисак да изузетно богати појединци и велике мултинационалне компаније не плаћају свој „правични дио“ пореза (*fair share*), те да „обични“ грађани плаћају њихов рачун, овај проблем је постао нарочито изражен након свјетске економске кризе 2008. године, када су јавне финансије великог броја држава дошле у кризу. Осим тога, глобализација и дигитализација економије су довеле до тога да су шеме којима се избјегава плаћање пореза све софистицираније и сложеније, а порески обвезници увијек за корак испред законодавца. Како би одговорили на нове облике избјегавања плаћања пореза којима се изиграва сврха и циљ пореских прописа, законодавци усвајају нова правила којима настоје да затворе постојеће правне празнине и „рупе“ у прописима, због чега порески прописи постају све компликованији. „Бујање“ пореских прописа, такође, има негативне ефекте – оно неизбјежно подиже трошкове усклађивања и административне трошкове, и нарушава правну сигурност пореских обвезника.

Кључни проблем који се јавља приликом конципирања инструмената за спречавање избјегавања плаћања пореза је што не постоји јединствен концепт избјегавања плаћања пореза (пореске евазије)<sup>1</sup>, односно што не постоји јасна линија разграничења између онога што је законито и прихватљиво и онога што је законито, али није прихватљиво. У том смислу, на једном крају је понашање којим порески обвезници настоје да смање своју пореску обавезу легитимним методама (што се још назива и пореском митигацијом, од лат. *mitigatio* – ублажавање, смањивање, енгл. *tax mitigation*), односно да остваре уштеде које је законодавац имао на уму и које порески прописи јасно допуштају или подстичу. Лорд Нолан дефинише закониту легитимну пореску евазију као „случај где порески обвезник користи фискално примамљив избор који му пружа пореско законодавство и стварно сноси економске посљедице које је парламент сматрао да је потребно да снесе они који користе пружену могућност (Костић, 2016:

1 У енглеској терминологији се под „*tax evasion*“ сматра незаконито избјегавање пореза, док се под „*tax avoidance*“ сматра законито избјегавање пореза које може бити прихватљиво (*acceptable tax avoidance*) и неприхватљиво (*unacceptable tax avoidance*), док наш појам „пореска евазија“ обухвата и законито и незаконито избјегавање плаћања пореза.

118). Како је овакво дјеловање у складу и са словом закона и са оним што је законодавац имао на уму приликом доношења закона, оно није предмет антиабузивног дјеловања. Ипак, могућности за *легитимно* законито избјегавање плаћања пореза нису неограничене, па ће у једном моменту држава сматрати да је порески обвезник отишао предалеко у настојању да смањи своју пореску обавезу и управо тада он више није на терену легитимног умањења пореске обавезе, већ прелази у неприхватљиво избјегавање пореза (Kessler, 2004: 375–376).

О *нелегитимној законитој* пореској евазији, односно нелегитимном минимизовању пореске обавезе говоримо када се порески обвезник понаша у складу са словом закона, али изиграва циљеве ради којих је закон донесен. Наиме, очигледно је да законодавац не може да предвиди све ситуације које се могу јавити у свијету који се непрестано мијења, тако да настају правне празнине и рупе у прописима (Поповић, 2017: 54). Порески обвезник управо користи те рупе или празнине у закону с главним циљем да се смјести ван домаћаја пореза или под удар норме која му намеће мањи порески терет (*ibid*, 55). Нелегитимно минимизовање пореске обавезе “гура границе” онога што је у закону допуштено и отуда се на овом терену покреће антиабузивно дјеловање (*ibid*).

На другом крају је *незаконита* пореска евазија која обухвата поступке пореског обвезника усмјерене на избјегавање плаћања пореза којима се крши порески закон. Овдје заправо говоримо о пореским кривичним дјелима (нпр. пореска утаја, неосновано исказивање износа за повраћај пореза и порески кредит и сл.).

Видимо да се нелегитимно минимизовање пореске обавезе налази негдје у „сивој зони“ између допуштеног и забрањеног, јер порески обвезник остварује уштеде на начин да поштује слово али не и дух закона, односно на начин којим се порески прописи користе да би се постигла сврха коју законодавац није имао на уму.

Државе се на различит начин супротстављају законитој нелегитимној пореској евазији. На једној страни имамо државе које примјењују судски обликоване доктрине засноване на тумачењима пореске регулативе и то: тумачење према економској суштини (енгл. *substance over form doctrine*), ослањање на тзв. економску интерпретацију, грађанскоправни концепт ништавости симулованих правних послова, општи стандард забране злоупотребе права – *fraus legis*; а на другој државе које се ослањају на општа законодавна (антиабузивна) правила која омогућавају пореским властима опорезивање пословне активности не према законском облику него према економској суштини (Анђелковић, 2014: 84).

Иако општа антибузивна правила (енгл. *general anti-avoidance rule*, даље у тексту *GAAR*) још увијек нису универзално прихваћена, она постоје у већини пореских система и све већи број држава се ослања на *GAAR* како би заштитиле интегритет пореске основице (у Уједињеном Краљевству, Канади, Аустралији, Новом Зеланду, Кини, Индији, државама чланицама Европске уније итд.). Ипак, чини се да не постоји општеприхваћено схватање о томе шта је *GAAR*, као што не постоји сагласност око појма избегавања плаћања пореза. Упркос разликама, сва општа антибузивна правила имају више-мање исти ефекат (бар теоретски). Она омогућавају пореским властима да одбаце бузивне шеме које умањују пореску обавезу пореског обвезника испод нивоа који је законодавац имао на уму приликом усвајања одређеног прописа, тако што се за пореске сврхе таква шема (трансакција, аранжман и сл.) не узима у обзир. Поред тога, модерна општа антибузивна правила омогућавају надлежном пореском органу да “реконструишу” трансакцију (како би она одражавала економску реалност) и према тако реконструисаној трансакцији да опорезују пореског обвезника (Prebble, Prebble, 2010: 25).

У пореском праву ЕУ, опште антибузивно правило је предвиђено Директивом 2016/1164 о утврђивању правила против пракси избегавања пореза којима се директно утиче на функционисање унутрашњег тржишта<sup>2</sup> (енгл. *The Anti Tax-Avoidance Directive*, даље у тексту – *ATAD*). У наставку рада ћемо анализирати однос општих у односу на специфична антибузивна правила и указати на основне разлике, а потом ћемо анализирати елементе *GAAR*-а предвиђене Директивом и посљедице његове примјене. У трећем дијелу ћемо указати на изазове у примјени *GAAR*-а, нарочито на проблем правне сигурности пореских обвезника. На крају ћемо се осврнути на питање међународне пореске сарадње у погледу аутоматске размјене пореских информација, с обзиром на то да борба против избегавања плаћања пореза и агресивног пореског планирања није могућа уколико пореске администрације не располажу неопходним информацијама. Како је *ATAD* усвојена као дио Пакета за спречавање избегавања пореза, заједно са Директивом о измјенама и допунама Директиве о административној сарадњи,<sup>3</sup> то ћемо у раду хронолошки представити измјене и допуне ове Директиве које су у посљедњих неколико година извршене управо с

2 Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market *Official Journal of the European Union*, L 193, 19. 7. 2016.

3 Council Directive 2011/16/EU of 15 February 2011 on administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive 77/799/EEC, OJ L 64/1, 11. 3. 2011.

циљем увођења, а потом проширења обима обавезне аутоматске размјене пореских информација између држава чланица ЕУ.

## 2. Општа и посебна антибузивна правила

Антибузивна правила можемо подијелити на специфична и општа. Специфична антибузивна правила су уско конципирана, с намјером заустављања одређеног вида понашања пореских обвезника (Čičin Šain, 2016: 12), а њихова примјена се своди на „просто механичко ускраћивање појединих погодности под одређеним околностима (Поповић, 2017: 60). Порески закони су пуни оваквих правила, а српско пореско право познаје лимитирање расхода на репрезентацију, прописивање цијене ван дохвата руке у трансакцијама између повезаних лица, правила о утањеној капитализацији и др. Међутим, показало се да ова правила подстичу тзв. “креативно усклађивање”, путем којег порески обвезници заправо избјегавају плаћање пореза користећи њихове недостатке и празнине које остављају. Када законодавац реагује и попуни празнину, игра почиње испочетка. Дакле, специфична антибузивна правила имају ту слабост да не могу да се супротставе свим оним креативним формама избјегавања пореза које законодавац не може унапријед предвидјети (Prebble, Prebble, 2010: 25). Осим тога, супротстављање различитим случајевима законите, нелегитимне пореске евазије специфичним антибузивним правилима доводи до тога да порески прописи постају све сложенији и све мање разумљиви пореским обвезницима. Стога се општим антибузивним правилима настоје отклонити посљедице пореских пракси злоупотребе које се не могу ефикасно сузбити специфичним антибузивним правилима. Отуда се *GAAR* често описује као средство које чува и слово и дух закона, али он треба да буде крајње средство за којим посежемо онда када су друге одредбе пореских закона неуспјешне у остваривању њиховог антибузивног дејства (Wright, 2015: 15).

Према одредбама АТАД, сврха *GAAR*-а је да попуни празнине које остављају специфична антибузивна правила, али он не утиче на њихову примјену.<sup>4</sup> Због различите улоге општих и посебних антибузивних правила, могућа је њихова симултана примјена. Примјера ради, у случају зајма између повезаних сестринских компанија, у ситуацији када се правила о утањеној капитализацији примјењују само на зајмове које матична компанија даје својим зависним компанијама, порески органи би прво могли да примјене *GAAR* како би редефинисали аранжман, тако да се сматра да је матична компанија дала зајам директно зависној компанији, умјесто

---

4 *ATAD*, rec. 11.

што је зајам дала преко друге зависне компаније, а потом да примјене правила о утањеној капитализацији како би ограничили износ камате која се признаје као расход у пореском билансу (Krever, 2016: 14).

### 3. Елементи GAAR-а према ATAD

Поменута Директива предвиђа да за потребе израчунавања пореза на добит, „државе чланице неће узимати у обзир аранжмане или низ аранжмана који нису аутентични с обзиром на све релевантне чињенице и околности, а којима је главна сврха или једна од главних сврха стицање пореске предности којом се поништавају циљ или сврха примјењивог пореског права“.<sup>5</sup>

Да бисмо разумјели значење и начин примјене наведене одредбе ATAD, потребно је одређене појмове и елементе GAAR-а тумачити не само на основу текста Директиве већ и других извора ЕУ права, прије свега Препоруке о агресивном пореском планирању (*Recommendation on Aggressive Tax Planning*, даље и тексту: ATPR)<sup>6</sup>, те на основу праксе Европског суда правде.

Први предуслов за примјену GAAR-а је постојање “аранжмана” или “серије аранжмана”. ATAD не садржи дефиницију аранжмана, али ATPR под тим појмом подразумева “било коју трансакцију, шему, акцију или операцију”.<sup>7</sup> Дакле, појму аранжман треба дати широко значење које ће обухватити све облике дјеловања пореских обвезника, како би се спријечило да порески обвезници избјегну примјену GAAR-а употребом одређеног облика дјеловања (Atkinson, 2012: 19). Такође, ирелевантна је форма аранжмана (писани, усмени или прећутни споразум), као и да ли је правно обавезујући или не (Waerzeggers, Cory, 2016: 16).

Други предуслов за примјену GAAR-а је да се аранжманом или серијом аранжмана остварује одређена пореска погодност. Пореске погодности обухватају пореску олакшицу или увећану пореску олакшицу, повраћај или увећани повраћај пореза, избјегавање или умањење пореске обавезе, избјегавање могућег утврђивања пореза, одлагање плаћања или убрзавање повраћаја пореза, увећавање одбитака или губитака, умањење основице (Поповић, 2017: 63).

Ипак, да би дошло до примјене GAAR-а, потребно је да аранжман којим се остварује одређена пореска погодност испуњава још три кумулативна

---

5 ATAD, чл. 6.

6 Commission Recommendation (EU) 2012/772, *Official Journal of the European Union*, L 338, 12.12.2012 – ATPR.

7 ATPR, чл. 4.3.



услова (теста): 1) аранжман је неаутентичан (*тест артифицијелности*), 2) остваривање пореске погодности је главна или једна од главних сврха аранжмана (*тест мотива – субјективни тест*) и 3) пореска погодност остварена аранжманом је супротна сврси или циљу примјењивог пореског права (*објективни тест*) (Smit, 2018: 531).

### **3.1. Аутентичност аранжмана (тест артифицијелности)**

Према тексту *ATAD* за примјену *GAAR*-а потребно је да аранжман или серија аранжмана нису аутентични (енгл. *non-genuine*) имајући у виду све релевантне чињенице и околности.<sup>8</sup> При томе, *ATAD* додаје да ће се аранжман или серија аранжмана сматрати неаутентичним “у мјери у којој нису предузети из ваљаних пословних разлога који одражавају привредну стварност”.<sup>9</sup> Неаутентичним се може сматрати аранжман који не би био предузет или не би био предузет у том облику, да се њиме није настојала остварити нека пореска погодност. Како примјеђује Поповић (2017: 56), правна конструкција се може назвати вјештачком када је „добар привредник” не би примјењивао у пословне сврхе; а то што је користи је искључиво посљедица настојања да избјегне порез.

Директива не садржи разраду појма „неаутентичних аранжмана“, али *ATPR* примјеричним методом наводи индикаторе који показују да је одређен аранжман неаутентичан, односно артифицијелан:

- правна форма појединих корака (дијелова) аранжмана није конзистентна са правном суштином аранжмана као цјелине;
- аранжман или низ аранжмана је предузет на начин који не представља разумно пословно понашање;
- аранжман или низ аранжмана садржи дијелове (елементе) који се међусобно поништавају;
- трансакције су циркуларне природе;
- остварена пореска погодност није пропорционална предузетом пословном ризику аранжмана или току капитала;
- очекивана добит прије опорезивања је занемарива у односу на очекивану пореску погодност.<sup>10</sup>

---

8 *ATAD*, чл. 6(1).

9 *ATAD*, чл. 6(2)

10 *ATPR*, чл. 4.4.

Сматрамо да би у домаћем законодавству требало разрадити појам неаутентичних аранжмана на начин како је то предложено Препоруком.

Занимљиво је да је Европски суд правде у водећем случају *Cadbury Schweppes*, захтијевао да аранжман буде „у цјелости вјештачки“ (енгл. *wholly artificial arrangement*) што значи да предметни аранжман не би требало да има никакву пословну сврху да би се сматрао абузивним.<sup>11</sup> Међутим, у *Thin Cap* случају, суд је прихватио да ће тест артифицијелности бити задовољен иако аранжман није у цјелости вјештачки, односно ако има и неку пословну сврху.<sup>12</sup> Текст Директиве указује да се неаутентичним могу сматрати и они аранжмани који имају неку пословну сврху, али остаје отворено питање колико је „пословне сврхе“ потребно и довољно да аранжман не потпадне под примјену GAAR-а. У сваком случају, приликом примјене GAAR-а треба имати на уму да порески обвезници најчешће могу доказати да је њихов аранжман имао одређену пословну сврху (куповина, продаја, инвестирање и сл.), па пореска администрација треба да се фокусира на доказивање да не постоје валидни пословни разлози за неки корак или серију корака предузетих у оквиру аранжмана, те да су они предузети из пореских разлога (Krever, 2016: 9).

### **3.2. Остваривање пореске погодности је главна или једна од главних сврха аранжмана (тест мотива – субјективни тест)**

Овај тест треба да да одговор на питање да ли је главни циљ или један од главних циљева (енгл. *main purpose or one of the main purposes*) предузимања одређеног аранжмана био остваривање пореске погодности. ATAD не даје одговор на питање шта се сматра „главним циљем“ аранжмана, али одговор можемо потражити у ATPR према којој се одређена сврха сматра „основном“ или „главном“ ако је „било која друга сврха која може бити приписана аранжману или серији аранжмана незнатна имајући у виду све околности случаја.“<sup>13</sup> Дакле, остваривање пореске погодности је главни циљ када су други циљеви безначајни у поређењу са њим, из чега произилази да аранжман може имати порески циљ све док други циљеви преовлађују над пореским циљевима (Aaltonen, 2016: 45). Ипак, субјективни тест ће бити задовољен не само ако је остваривање пореске погодности представљало главни циљ аранжмана, већ и ако је остваривање пореске погодности било „један од главних циљева“. Из тога би се могло закључити да чак и аранжмани који су првенствено мотивисани ваљаним комерцијалним

11 ECJ, Case C-196/04 Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas, par. 55.

12 ECJ, Case C-524/04 Thin Cap Group, par. 81.

13 ATPR, čl. 4(6).

разлозима могу потпасти под примјену GAAR-а, уколико је остваривање пореске погодности било “један од главних циљева”. Неки аутори, попут Де Вилдеа (De Wilde, 2017: 6–7) критикују овако постављен субјективни тест, јер је праг за његову примјену врло низак и готово увијек ће бити испуњен. Наиме, Де Вилде истиче да фирме правно структурирају своје пословање вођене бројним мотивима, али ако имамо на уму висину пореских стопа пореза на добит корпорација, неспорно је да је порески аспект увијек присутан и увијек значајан, те да ће субјективни тест из Директиве готово увијек бити задовољен – то је економска логика (*ibid.*). Ипак, Кемерен (Kemmeren, 2014: 193) сматра да и у ситуацији када неки акт секундарног права ЕУ у антиабузивној клаузули садржи синтагму „главни циљ или један од главних циљева“, минимални праг за ускраћивање пореске погодности мора да буде захтјев да је стицање такве погодности било доминантан циљ. У том смислу би ријечи „један од главних циљева“ требало тумачити тако да је „суштински“ или „главни“ циљ трансакције обезбјеђивање пореске погодности (*Ibid.*). Ако се анализира пракса Европског суда правде, чини се да овакав закључак није без основа. Наиме, иако Директива о заједничком систему опорезивања статусних промјена које се тичу компанија из различитих држава чланица<sup>14</sup> садржи антиабузивно правило чији је субјективни тест конципиран на сличан начин (“основни или један од основних циљева је пореска евазија”), Европски суд правде је у случајевима *Foggia*<sup>15</sup> и *Kofoed*<sup>16</sup> заузео став да је антиабузивна клаузула из наведене Директиве одраз општег принципа забране злоупотребе права и да може бити примијењена само ако је абузивни мотив “предоминантан” (Magres, 2018: 263). Можемо закључити да није неопходно да остваривање пореске погодности буде “једини” или “главни” циљ аранжмана, али је важно да овај циљ претеже над осталим, односно да је евентуални пословни циљ поприлично маргиналан у односу на порески циљ. Можемо закључити да конструкција „један од главних циљева“ има за циљ да обезбиједи да постојање неке „помоћне“ пословне сврхе не заштити абузивно понашање од примјене GAAR-а уколико је најважнија сврха трансакције избјегавање пореза, а не да допусти пореским властима да примјене GAAR на аранжмане који су предузети првенствено из ваљаних економских разлога, односно код којих је доминантна пословна сврха.

Друго питање на које је потребно одговорити јесте питање чији “главни циљ или један од главних циљева” треба да буде – пореског обвезника или

14 Council Directive 2009/133/EC, *Official Journal of the European Union*, L 310, 25. 11. 2009. њ. 15 (1)

15 ECJ, Case C -126/10, *Foggia - Sociedade Gestora de Participates Sociais SA*, par. 50.

16 ECJ, Case C-321/05, *Hans Markus Kofoed*, таč. 38.

самог аранжмана, односно да ли се тест мотива заснива на субјективним или објективним чињеницама и околностима. Чини се да овдје говоримо о циљу пореског обвезника или других лица која су укључена у аранжман, а који се процјењује на основу објективних индикатора. Наиме, субјективни тестови у пореском праву су веома проблематични и веома је тешко доказати намјеру и мотиве пореских обвезника, имајући у виду комплексност пореског права и чињеницу да се многи порески обвезници у цјелости ослањају на своје пореске савјетнике у овој области (Freedman, 2014: 171). Отуда је Европски суд правде у својој пракси обично тражио постојање одређених објективних чињеница процјењивих од стране трећих лица (нпр. одсуство пословне суштине, одступање од принципа “ван дохвата руке”, трансакција за коју је извјесно да има негативне ефекте на пословање пореског обвезника, изузев пореских ефеката и сл.) које би бациле свјетло на (претпостављену) намјеру пореског обвезника (Smit, 2018: 533). Ако из објективних чињеница и околности произилази да је предузимање одређеног аранжмана немогуће објаснити ако се игноришу његови порески ефекти, онда можемо претпоставити да је посриједи порески мотив аранжмана (*Ibid.*).

Међутим, када би за примјену GAAR-а било довољно да аранжман пореског обвезника не одговара економској суштини трансакције, GAAR би се могао примијенити и на ситуације у којима је порески обвезник употребљава одређен аранжман грешком, без намјере да умањи порески терет (Lang *et al.* 2016: 7). Стога, тест мотива има за циљ да пребаци терет доказивања на пореског обвезника – ако чињенична основа показује да је посриједи аранжман којим се избјегава плаћање пореза, онда је на пореском обвезнику да докаже супротно, односно да докаже значајну непореску сврху аранжмана. (Smit, 2018: 533). На овај начин, субјективни тест представља механизам који штити пореске обвезнике и обезбјеђује правну сигурност у примјени GAAR-а (Chen, 2018: 111).

### ***3.3. Пореска погодност остварена аранжманом је супротна сврси и циљу примјењивог пореског права (објективни тест)***

С обзиром на то да је GAAR средство које се примјењује у ситуацијама када се порески обвезници понашају у складу са словом закона, али не и у складу са његовим циљем и сврхом, неопходно је да GAAR садржи тест избјегавања циља или сврхе примјењивог пореског права (објективни тест). Објективни тест обезбјеђује да се GAAR примијени на оне случајеве у којима порески обвезник кроз аранжман или серију аранжмана избјегава пореску обавезу, иако је сврха пореског прописа била управо да опорезује пореског обавезника у таквој фактичкој ситуацији, односно у којима

порески обвезник кроз аранжман или серију аранжмана остварује одређену пореску погодност, док сврха пореског прописа није била пружање пореске погодности у таквој фактичкој ситуацији. На овај начин, *GAAR* представља “лијек” за ситуације у којима постоји несклад између текста правне норме и циља који је законодавац имао на уму усвајајући такву норму (Lang *et al.* 2016: 92). Стога је, прије примјене *GAAR*-а, потребно одговорити на два питања: шта је циљ релевантног пореског прописа (нпр. неутралност ПДВ система унутар Заједнице, у вези са VI директивом у случају *Halifax*) и да ли је пореска погодност остварена аранжманом требало да буде остварена имајући у виду циљ релевантног пореског прописа (Sellam, 2017: 31).

Сматрамо да овај тест, прије свега, служи да подсјети судове да су приликом тумачења пореских прописа дужни узети у обзир њихову сврху и циљеве, односно да су дужни открити намјеру законодавца. Ово је нарочито значајно у јурисдикцијама у којима се порески прописи редовно стриктно тумаче, односно у којима се сматра да пореска обавеза постоји само онда када она јасно и недвосмислено произилази из текста закона, док су циљ и дух закона ирелевантни (Arnold, 2001: 22). Можемо рећи да *GAAR* заправо позива судове да ријечи закона тумаче у њиховом контексту, да поред језичког тумачења воде рачуна о хармонији тих ријечи у односу на цјелину прописа, те да узму у обзир циљ прописа и намјеру законодавца. У супротном, без циљног односно телеолошког тумачења пореских прописа, *GAAR* би био бесмислен, јер се њиме не бисмо могли супротставити законитој неприхватљивој пореској евазији. Осим тога, стриктно тумачење пореских прописа током низа година, још од познатог случаја *Duke of Westminster*,<sup>17</sup> управо и јесте довело до појаве разноврсних, софистицираних и агресивних шема избјегавања плаћања пореза.

Поједини аутори истичу да би проблем са утврђивањем циља или сврхе примјењивог пореског права могао бити тај што порески прописи често немају неку другу евидентну сврху осим сврхе убирања прихода (Navarro, Prada, Schwartz, 2016: 124–125). Они сматрају да би на основу тога судови могли доћи до апсурдног закључка да усклађивање са сврхом пореских прописа значи да су порески обвезници дужни да организују своје пословање на начин који им представља највеће пореско оптерећење<sup>18</sup> (*Ibid.*). Међутим, не би требало мијешати, односно изједначавати циљ и сврху појединих одредаба у пореским прописима са сврхом опорезивања уопште. Док опорезивање има за циљ убирање пореских прихода, односно пуњење државног буџета с циљем финансирања јавних расхода, поједине

17 *Duke of Westminster v. Commissioner of Inland Revenue*, доступно на: [https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1935/TC\\_19\\_490.pdf](https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1935/TC_19_490.pdf).

18 У литератури се ово означава термином „*cash justice*“.

одредбе пореских прописа (било оне које намећу обавезу или оне које пружају одређену погодност) имају своје специфичне циљеве, који се морају утврдити у сваком конкретном случају.

Посебно је интересантно питање примјене GAAR-а на аранжмане којима се остварују пореске погодности коришћењем неусклађености између различитих пореских система (енгл. *hybrid mismatches*). Наиме, карактеристика ових аранжмана је да користе диспаратете између пореских прописа различитих држава, али су најчешће у складу и са словом и духом пореских прописа сваке поједине државе. Дакле, са аспекта сваке од тих држава, аранжман може бити у складу са циљем и сврхом примјењивог пореског права, због чега поједини аутори (Smit, 2018: 573; De Boer, Marges, 2015: 14) указују да GAAR није ефикасно средство за супротстављање овим аранжманима, а нарочито оним којима је основна сврха двоструко неопорезивање. Осим тога, отвара се и питање која од укључених држава би требало да примијени GAAR. Отуда би се хибридни аранжманима требало супротстављати специфичним антиабузивним правилима, односно специфичним антихибридним правилима (енгл. *specific anti-hybrid rules*), а тек ако неки аранжман излази из опсега ових правила, размотрити могућност примјене GAAR-а.

#### 4. Посљедице примјене GAAR-а

Да би се GAAR примијенио, Пореска управа би морала да докаже да су испуњене претпоставке за његову примјену (да је аранжман вјештачки, да је главни или један од главних циљева аранжмана остваривање пореске погодности и да није у складу са циљем и сврхом примјењивог пореског права). Ако се установи да је одређен порески аранжман абзузиван, према тексту ATAD, он се неће узети у обзир, а *пореска обавеза ће се израчунати у складу са националним пореским правом*. Из наведене одредбе произилази да надлежни порески орган може у цјелости игнорисати абузивни аранжман (не узети га у обзир) и на тај начин успоставити стање које би постојало да он није ни предузет. Ово ће бити случај уколико је посриједи аранжман који је у цјелости вјештачки, односно који нема другу значајну сврху осим пореске. Међутим, уколико аранжман има и неку другу значајну пословну сврху поред пореске сврхе или садржи само неке вјештачке дијелове, надлежни порески орган треба да редефинише предметни аранжман према његовој “економској суштини”. Наиме, у случају *Halifax*, Европски суд правде је заузео став да “*тамо гдје је утврђена абузивна пракса, предметна трансакција мора бити редефинисана тако да се успостави стање које би највјероватније постојало у одсуству трансакције која је*

представљала абузивну праксу”.<sup>19</sup> Слично, према тексту АТПД „вјештачки аранжман или серија вјештачких аранжмана који су предузети са главним циљем избегавања пореза и којима се остварују пореске погодности, биће игнорисани. Државне власти ће за пореске сврхе ове аранжмане процјењивати по њиховој економској суштини”.<sup>20</sup> У Извјештају Грејема Аронсона (*Graham Aaronson*) такође се препоручује да би опорезивање требало извршити према „одговарајућем неабузивном аранжману“ који постиже исту/ истоврсну пословну сврху као и абузивни аранжман, али које не постиже абузивни порески резултат.<sup>21</sup> Уколико у конкретном случају не би било могуће одредити „одговарајући неабузивни аранжман“ требало би извршити усклађивања која су „разумна и правична”.<sup>22</sup>

Приликом одређивања тог одговарајућег, неабузивног алтернативног аранжмана пореске власти не би смјеле да користе онај аранжман који би за пореског обвезника представљао највећи терет, јер то не би било правично са аспекта пореског обвезника – порески обвезници имају право да умање своју пореску обавезу, а антиабузивна правила немају казни карактер<sup>23</sup> (Aaltonen, 2017: 46). Наведено јасно произлази из праксе Европског суда правде, који је става да сврха примјене *GAAR* није да казни пореског обвезника, већ да се прикупи порез који би порески обвезник платио да није предузео абузивни аранжман.<sup>24</sup> Стога би надлежни порески орган требало да пореди абузивни порески аранжман са аранжманом који би према свим околностима случаја представљао највјероватнији начин дјеловања пореског обвезника који би желио да постигне неки комерцијални циљ, а не желећи при томе да постигне абузивну пореску предност (Поповић, 2017: 64) и да на основу тога израчуна његову пореску обавезу. Можемо закључити да би надлежни порески орган требало да изабере онај аранжман који са аспекта пореског обвезника представља рационалан начин дјеловања, а то би највјероватније био онај који би резултирао у најнижем пореском оптерећењу које је прихватљиво са аспекта пореских власти (Aaltonen, 2017: 46). Пореском обвезнику би требало омогућити да доказује супротно – да предложени алтернативни неабузивни аранжман није најрационалнији начин дјеловања за постизање комерцијалног циља који је обвезник намјеравао да постигне (Krever, 2016: 12).

---

19 ECJ, Case C-255/2, Halifax, par. 98.

20 ATPR, чл. 4(2).

21 Report By Graham Aaronson, 2011. sec. 9(4)

22 *Ibid*, sec. 9(5).

23 Види, ECJ, Case C-255/02, Halifax and others, par. 93.

24 *Ibid*.

Дакле, правила у вези са примјеном *GAAR*-а и посљедицама његове примјене треба да овласте Пореску управу не само да просто игнорише аранжман, већ и да “редефинише” абузивне аранжмане према њиховој „економској суштини“, односно да изврши усклађивања која су “разумна и правична”. Осим тога, пажња би се морала посветити и процедуралним питањима примјене *GAAR*-а. Костић (2016: 127) с правом указује да би циљ тих процедуралних правила требало да буде да се обвезницима пружи заштита која је примјерена снази овлашћења које се ставља на располагање Пореској управи. Примјера ради, у Великој Британији се на општу антиабузивну норму могу позвати само за то посебно овлашћени порески инспектори који су дужни да обвезнику упуте допис у коме га обавјештавају о разлозима зашто сматрају да има мјеста примјени *GAAR*-а (*ibid*, fn. 39). Порески обвезник има 45 дана (овај рок може бити продужен на захтјев пореског обвезника) да одговори, а уколико порески инспектор и даље сматра да има мјеста примјени *GAAR*-а, он предмет просљеђује на одлучивање посебном панелу (*GAAR Advisory Panel*) кога чине независни представници пореске струке (*ibid.*).

## 5. Проблем правне сигурности у примјени *GAAR*-а

Једно од најважнијих и најкомплекснијих питања која се јављају приликом примјене општих антиабузивних правила јесте питање правне сигурности пореских обвезника. Наиме, општа антиабузивна правила су дизајнирана да служе као оружје против свих оних агресивних и креативних сценарија избјегавања пореза које законодавац у вријеме доношења прописа није могао предвидјети. С обзиром на то да *GAAR* треба да се супротстави неочекиваним облицима избјегавања пореза, он мора бити довољно апстрактан и флексибилан како би уопште могао остварити своју сврху. Управо због његове апстрактности и флексибилности *GAAR*-у се често приговара да нарушава принцип правне сигурности. Неријетко се истиче да су општа антиабузивна правила толико нејасна и магловита да се не може говорити о томе да се управа понаша у складу са законом када их примјењује (Cooper, 1997: 13–15). С обзиром на то да се *GAAR* примјењује на аранжмане након што су они предузети, порески обвезници не могу унапријед знати пореске ефекте њихових одлука, као што не могу са сигурношћу знати какве ће посљедице имати примјена *GAAR*-а на њихове пословне активности (Krever, 2016: 2). Стога постоји реална опасност да ће се правило примјењивати различито на различите пореске обвезнике у истим околностима (*ibid.*).



Из наведеног би се могло закључити да је потребно да *GAAR* буде прецизно дефинисан, а његове спољашње границе јасно одређене како би задовољио захтјев правне сигурности. Међутим, ефективно супротстављање неприхватљивој пореској евазији искључиво путем специфичних и детаљних правила није могуће из два разлога: први је што и сам појам неприхватљиве пореске евазије није јасно одређен па се не можемо нејасном феномену супротстављати јасним и прецизним нормама, други је што детаљна правила подстичу евазију, односно “креативно усклађивање” како је то назвао Мек Барнет (*Mc Barnett*), кроз злоупотребу ових правила, тако што их порески обвезници користе као путоказ за избегавање пореза (Freedman, 2004: 346). Пребле и Пребле (Prebble, Prebble, 2008: 151) истичу да са “општошћу долази несигурност”, али да су, с друге стране “специфична и конкретна правила” погоднија за злоупотребу. Управо зато, *GAAR* редовно користи уопштenu и генералну терминологију умјесто да набраја све специфичне трансакције и аранжмане на које би се односио. Другим ријечима, ако бисмо *GAAR* формулисали прецизније, тако да се примјењује на тачно одређене трансакције, то би створило нове празнине у пореском систему и слово закона би опет било злоупотријебљено, те је општа природа *GAAR*-а неопходна како би се пореска основица заштитила од ерозије (Fernandes, Sadiq 2016: 176).

Овдје се поставља питање да ли је нарушавање правне сигурности општим антибузивним правилима мање од два зла, односно да ли је нелегитимна законита пореска евазија тако велико зло за друштво да је повреда владавине права (и правне сигурности) прихватљива нуспојава примјене *GAAR*-а. Фридман (Freedman, 2004: 346) истиче да законита нелегитимна пореска евазија користи формализам прописа и то на начин да искориштава вриједности владавине права, тј. она напада ове вриједности док се претвара да их поштује. Стога се може рећи да је одређен степен несигурности у односу на “граничне” случајеве цијена коју вриједи платити зарад остварења вишег циља – заштите интегритета пореске основице (Krever, 2016: 3).

Инхерентна аномалија *GAAR*-а да је ефикасан само ако је нејасан, навела је поједине ауторе да устврде да је просто неприкладно тежити да општа антибузивна правила задовоље принцип правне сигурности. Питање које они постављају је да ли такви несавјесни порески обвезници (моћне мултинационалне компаније и веома богати појединци), који тумаче пореске законе онако како то њима највише одговара, уопште заслужују да уживају правну сигурност када својим понашањима крше нека основна пореска начела и угрожавају саме основе националних пореских система.

Мишљења смо да држава није обавезна несавјесним пореским обвезницима који “ходају по ивици закона” обезбиједити да унапријед предвиде које ће бити посљедице њихових активности којима искориштавају недостатке и празнине у позитивним пореским прописима настојећи да изиграју намјеру законодавца. Ипак, сматрамо да не треба отићи ни у другу крајност, те да је потребно наћи равнотежу између захтјева за правном сигурношћу и захтјева за спречавањем избегавања пореза. Не можемо очекивати да *GAAR* буде правило које је јасно и прецизно дефинисано, али можемо захтијевати да буде обликовано тако да пореској администрацији и судовима пружи довољно смјерница за његову примјену. Поповић и Илић Попов (2019: 21) истичу да релативно широк маневарски простор који општа антиабузивна правила морају да оставе не смије бити терен на којем ће меко ограничена дискрециона овлашћења пореских органа уништити принцип владавине права. Аутори сматрају да би *GAAR* требало да садржи јасне и конзистентне стандарде, унапријед познате пореским обвезницима, али такве да не уклањају потребу за одређеним дискреционим овлашћењима пореске администрације (*Ibid.*). Да би се то обезбиједило, *GAAR* мора бити написан јасним језиком који ће обезбиједити да његова сврха буде очигледна, да се идентификују одређени индикатори за његову примјену и да буде јасно које су посљедице његове примјене, односно на који начин ће Пореска управа третирати аранжман на који примијени *GAAR*. С обзиром на то да је инхерентна неодређеност *GAAR*-а посљедица немогућности законодавца да јасно и прецизно одреди сам појам законите, неприхватљиве пореске евазије, чини се да је потребно, прије свега, предвидјети индикаторе који би пореској администрацији и судовима омогућили да идентификују ову појаву, а пореским обвезницима да боље разумију разлику између онога што представља прихватљиво пореско планирање и неприхватљиву пореску евазију. На овај начин би се обезбиједило да *GAAR* буде примјењив само на изразито вјештачке и абузивне аранжмане у односу на које је општеприхваћен став да се не могу толерисати, док не би утицао на легитимно пореско планирање. *ATAD* не садржи такве индикаторе, али их можемо наћи у *ATPR*<sup>25</sup> која би могла да служи као модел законодавцу.

У упоредном праву се могу наћи бројне заштитне мјере које имају за циљ да спријече „злоупотребу“ *GAAR*-а од стране пореске администрације и његову примјену учине сигурнијом за пореске обвезнике. Тако, примјера ради, у Француској, ако постоји сумња да је порески обвезник злоупотребио неко пореско правило, он има право да сазове независно тијело које се састоји од представника обје стране (и пореских обвезника и пореске администрације) чији је задатак утврдити да ли је било злоупотребе

---

25 Види горе, стр. 10.

(Čičin Šain, 2016: 15–16). То тијело даје мишљење које није обавезујуће, али утиче на терет доказивања у евентуалном судском поступку: ако је мишљење негативно, пореска администрација мора доказати да је дошло до злоупотребе; ако је позитивно, порески обвезник је дужан доказати да није било злоупотребе (*ibid.*). Сличне непристрасне комисије постоје у Великој Британији и Аустралији. Поред тога, ту су и листе заштићених трансакција, које уживају имунитет (енгл. *safe harbours*, “*angel’s lists*”), прописивање новчаног прага испод кога аранжмани не би потпадали под примјену GAAR-a; (Види: Loutinsky, 2011: 124), претходна пореска мишљења (енгл. *advance rulings*, *clearances*) и сл.

## **6. Перспективе спречавања избјегавања плаћања пореза у ЕУ – хармонизација у области пореза на добит компанија?**

Иако су директни порези (па тиме и порез на добит, као облик непосредног, односно директног пореза) у надлежности држава чланица, то не спречава у потпуности дјеловање ЕУ на овом пољу. Наиме, одређена питања у области директних пореза могу утицати на функционисање унутрашњег тржишта, те усвајање правних аката у овој области спада у тзв. подијељене надлежности између ЕУ и држава чланица. Вршење надлежности које дијели са државама чланицама од стране ЕУ ограничено је примјеном два фундаментална принципа, предвиђена чланом 5 Уговора о ЕУ: принципом супсидијарности и пропорционалности. Принцип супсидијарности значи да ЕУ може доносити правне акте у подручјима у којима нема искључиву надлежност, него је дијели са државама чланицама, само уколико циљеве које тим актима жели постићи може остварити боље и ефикасније од својих чланица (Fayos, 2019, 104). Принцип пропорционалности значи да мјере предузете на нивоу ЕУ не смију прелазити оквире онога што је неопходно да би се постигли циљеви уговора.<sup>26</sup> Наведени принципи су кључни принципи хармонизације директних пореза.

Члан 115 Уговора о функционисању ЕУ (односно ранији члан 94 Уговора о Европској заједници) је редовно служио као правни основ за хармонизацију у овој области, иако не помиње *expressis verbis* директне порезе.<sup>27</sup> На основу ове одредбе, доношење директива у одређеној области је могуће само

---

26 О принципу супсидијарности и пропорционалности мјера предвиђених АТАД види више: Fayos, 2019, 104–106.

27 Наведени члан предвиђа да “Савјет, одлучујући једногласно у складу са посебном законодавном процедуром, по обављеним консултацијама са Европским парламентом и Економским и социјалним савјетом, доноси директиве о приближавању законских, подзаконских и административних одредби држава чланица које имају непосредног утицаја на успостављање и функционисање заједничког тржишта”.

у односу на питања која су од непосредног утицаја на успостављање и функционисање унутрашњег тржишта и уз једногласност Савјета. Дакле, свака предложена мјера у области пореза на добит би морала задовољити интересе и захтјеве свих држава чланица, што је усљед великих разлика између националних пореских политика изузетно тешко оствариво. Историја указује да је процес хармонизације пореза на добит био спор и трновит, и да је обично био праћен већим бројем неуспјеха прије него што би се коначно дошло да консензуса о одређеном питању. Отуда су резултати хармонизације у овој области били прилично скромни, те је усвојено свега неколико директива којима су се настојали ријешити одређени, специфични проблеми опорезивања добити компанија. Тако су 1990. године усвојене директиве којима је регулисано опорезивање исплате дивиденде и удјела у добити које зависна компанија исплаћује матичној компанији из друге државе чланице и порески третман статусних промјена, преноса имовине и размјене акција привредних друштава из различитих држава чланица.<sup>28</sup> Потом је 2003. године усвојена Директива која је утврдила заједнички систем опорезивања исплате камата и ауторских накнада између повезаних лица из различитих држава чланица.<sup>29</sup> Основни циљ ових директива било је смањење административног оптерећења, отклањање препрека у пословању компанијама које послују у више држава чланица, те отклањање двоструког опорезивања (Poza, 2019: 82) Дакле, пореска политика ЕУ у области директног опорезивања на првом мјесту је имала за циљ промоцију унутрашњег тржишта, унапређење пословног окружења и смањење трошкова и препрека за пословање унутар ЕУ. Протеклих неколико година, доминантан циљ пореске политике ЕУ у области опорезивања пословања је заштита пореске основице држава чланица од стратегија агресивног пореског планирања, како би се постигло праведније и ефикасније опорезивање добити, односно враћање повјерења у праведност пореских система и заштита пореског суверенитета држава чланица. До овог заокрета у пореској политици ЕУ дошло је под утицајем *BEPS (Base Erosion and Profit Shifting)* акционог плана, усвојеног од стране Организације за економску сарадњу и развој (даље: ОЕЦД) и подржаног од стране лидера Г20. *BEPS* пројекат настоји ријешити проблем правних празнина које олакшавају избјегавање плаћања пореза на добит предузећа

---

28 Council Directive 90/435/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, OJ L 225 of 20 August 1990 and Council Directive 90/434/EEC of 23 July 1990 on the common system applicable to mergers, divisions, transfer of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States, OJ L 225 of 20 August 1990.

29 Council Directive 2003/49/EC of June 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments, OJ L 157 of 26 June 2003.

и пронаћи рјешења за савремене изазове у подручју опорезивања, прије свега, оне које настају као посљедица дигитализације економије. Завршни *BEPS* извјештај (усвојен у октобру 2015. године) је идентификовао 14 акција којима би се на свеобухватан начин супротставило ерозији основице и премјештању добити.

Свега неколико мјесеци по усвајању завршног *BEPS* извјештаја, у јануару 2016. године, на нивоу ЕУ је усвојен Пакет за спречавање избјегавања пореза (*Anti-tax avoidance Package*) који садржи два типа мјера: мјере које имају за циљ повећање транспарентности и размјене информација између пореских администрација и мјере усмјерене на спречавање штетних пореских пракси. Раније поменута *ATAD*, као дио Пакета, садржи 5 обавезујућих мјера у области опорезивања добити компанија које све државе чланице морају транспоновати у своје законодавство, од којих су три мјере предвиђене *BEPS* акцијама: правила о страниј контролисаној компанији (енгл. *controlled foreign company rule – CFC*), правило о ограничењу камате (енгл. *interest limitation rule*) и антихибридна правила (енгл. *anti-hybrid rules*). Опште антиабузивно правило и излазни порез (енгл. *exit tax*) представљају корак даље од онога што је предвиђено *BEPS* акцијама<sup>30</sup>. Дио Пакета је и Препорука о примјени мјера против злоупотребе пореских уговора<sup>31</sup> и Комуникација о вањској стратегији за ефикасно опорезивање,<sup>32</sup> која садржи мјере за промоцију доброг управљања у подручју пореза на међународном нивоу и којом је отворен пут за успостављање листе “некооперативних јурисдикција”.

Други дио Пакета за спречавање избјегавања пореза обухвата мјере за продубљивање административне пореске сарадње, првенствено кроз унапређење размјене пореских информација и јачање транспарентности. Мјере за спречавање избјегавања плаћања пореза би остале мртво слово на папиру уколико пореска администрација не може доћи до неопходних пореских информација, па су напори ЕУ, али и других међународних организација попут ОЕЦД-а, на овом пољу разумљиви. Како је то сликовито описао Јозеф Стиглиц: “Новац не одлази на Кајманска острва јер боље расте због сунчеве свјетлости; управо супротно, расте због њеног изостанка”. Можемо се само придружити ставу да су пореска евазија

---

30 Годињу дана касније, *ATAD* је измијењена Директивом 2017/952/ЕУ у погледу хибридних неусклађености са трећим земљама.

31 European Commission, Commission Recommendation of 28 January 2016 on the implementation of measures against tax treaty abuse, C(2016) 271 final, Brussels.

32 European Commission, Communication From the Commission to the European Parliament and the Council on the External Strategy for Effective Taxation, COM(2016) 24 final, Brussels, 28 January 2016.

и нетранспарентност података о физичким и правним лицима чија је имовина “скривена” у сложеним структурама пореских оаза повезани “пупчаном врпцом” (Gadzo, Meštrović, 2016: 124). Аутоматска размјена пореских информација, као нови глобални порески стандард, требало би да пресијече ову “пупчану врпцу” и омогући откривање агресивних форми пореског планирања и сузбијање законитог нелегитимног избјегавања плаћања пореза. Отуда, посљедњих година, нарочито након свјетске економске кризе, ЕУ интензивно ради на унапређењу административне пореске сарадње у погледу аутоматске размјене пореских информација, с циљем оспособљавања пореских администрација да благовремено утврде агресивне аранжмане избјегавања плаћања пореза.

У том свјетлу је, као дио Пакета за спречавање избјегавања пореза, усвојена Директива о измјенама Директиве 2011/16/ЕУ о административној сарадњи у подручју директног опорезивања, у погледу обавезне аутоматске размјене пореских информација,<sup>33</sup> којом је предвиђена обавеза извјештавања по државама за одређене мултинационалне групације чији консолидовани годишњи приход прелази прописани праг (енгл. *Country by country reporting*, даље: *CbC*). Наиме, ове компаније треба да сваке године сачине извјештај за сваку пореску јурисдикцију у којој послују посебно, у коме наводе износ прихода, добит прије опорезивања, износ плаћеног и обрачунатог пореза на добит, као и број запослених, пријављени капитал, акумулирану добит и материјалну имовину. Ово би требало да обезбиједи пореским администрацијама држава чланица детаљнији увид у информације о расподјели прихода и пореза по појединим јурисдикцијама, на основу чега би могле идентификовати штетне пореске праксе и евентуалне шеме којима ове компаније вјештачки извлаче приходе у порески повољније окружење.<sup>34</sup> У бити, приступ овим информацијама требало би да да одговор на питање да ли је добит остварена у одређеној јурисдикцији детерминанта стварних пословних активности и вриједности које ствара одређено друштво.

Наведена измјена је трећа од укупно шест измјена и допуна Директиве о административној сарадњи у подручју директног опорезивања. Основни циљеви Директиве (и свих измјена и допуна) су унапређење капацитета држава чланица у борби против прекограничних пореских превара, пореске евазије и избјегавања плаћања пореза, нарочито против агресивног пореског планирања великих мултинационалних компанија

33 Council Directive (EU) 2016/881 of 25 May 2016 amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation, OJ L 146, 3. 6. 2016.

34 Види рецитал 4, преамбуле Директиве 2016/881/ЕУ.

и богатих појединаца; спречавање штетне пореске конкуренције кроз већу транспарентност пореских правила и подстицање добровољног испуњавања пореских обавеза.

Најзначајнији домет Директиве је што је предвидјела обавезну аутоматску размјену пореских информација у погледу пет категорија дохотка и капитала пореских обвезника: доходак од несамосталног рада, накнаде директорима, пензије, производе животног осигурања, власништво над непокретностима и доходак од власништва над непокретностима. Измјене и допуне Директиве су углавном ишле у правцу проширивања обима обавезне аутоматске размјене пореских информација. Од 2014. године обавезна аутоматска размјена пореских информација обухвата и информације о финансијским рачунима унутар Уније. Тиме је на нивоу ЕУ усвојен заједнички стандард извјештавања (енгл. *common reporting standard*, даље: *CRS*) као глобални стандард размјене информација који је развијен у оквиру ОЕЦД-а. Друге измјене и допуне Директиве из 2015. године<sup>35</sup> предвидјеле су обавезну размјену информација о претходним пореским мишљењима с прекограничним дејством (енгл. *advance cross-border rulings*) и претходним споразумима о трансферним цијенама (енгл. *advance pricing agreements*). Ове измјене су биле дио Пакета за пореску транспарентност који је представљао одговор Комисије на “*Luxembourg leaks*” случај.<sup>36</sup>

С обзиром на корист коју пореске администрације могу имати од информација о спречавању прања новца, измјенама и допунама Директиве из 2016. године<sup>37</sup> предвиђена је обавеза држава чланица да обезбиједи пореским администрацијама приступ информацијама о стварним власницима (енгл. *beneficial ownership*) прикупљеним у складу са прописима о спречавању прања новца. Напосљетку, 2018. године Директива о административној сарадњи је измијењена у погледу обавезне аутоматске размјене пореских информација у вези са одређеним прекограничним аранжманима<sup>38</sup> чиме је наметнута обавеза пореским савјетницима,

---

35 Council Directive (EU) 2015/2376 of 8 December 2015 amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation, OJ L 332, 18. 12. 2015.

36 Види: <https://www.icij.org/investigations/luxembourg-leaks/leaked-documents-expose-global-companies-secret-tax-deals-luxembourg/>

37 Council Directive (EU) 2016/2258 of 6 December 2016 amending Directive 2011/16/EU as regards access to anti-money-laundering information by tax authorities, OJ L 342, 16. 12. 2016.

38 Council Directive (EU) 2018/822 of 25 May 2018 amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation in relation to

финансијским институцијама, адвокатима и другим посредницима из ЕУ да пријаве надлежним пореским тијелима потенцијалне аранжмане агресивног пореског планирања (*reportable cross-border arrangements*), уз обавезу држава чланица да аутоматски размјењују информације о откривеним аранжманима.

Иако је аутоматска размјена пореских информација изузетно важно средство које пореским администрацијама помаже у откривању агресивних форми пореског планирања и законитог нелегитимног избегавања плаћања пореза, ширење обима аутоматске размјене информација, само по себи, није довољно. Прије свега, поред адекватног правног оквира, потребно је да националне пореске администрације посједују капацитет да анализирају примљене податке и информације. Извјештај Комисије о примјени Директиве о административној сарадњи<sup>39</sup> указује да поједине државе чланице недовољно користе примљене податке и информације усљед ограничених вјештина и експертизе, те ограниченог капацитета (недовољно особља за рад са све већим обимом информација). Комисија је утврдила да, иако размјена информација повезана са Директивом о административној сарадњи функционише и обезбјеђује размјену великог броја података, не постоји јасан доказ да се прикупљени подаци и информације заиста користе (Вид. Извјештај Комисије, 2017: 3). Комисија је стога закључила да “без адекватних ресурса на располагању пореским администрацијама држава чланица, мало се може постићи и са још више података” (*Ibid*, 6). Поред тога, значајно је да држава прималац пореских информација располаже адекватним механизмима и процедурама за осигурање повјерљивости примљених информација и спречавање њихове злоупотребе од стране пореских администрација. Извјештај Комисије из 2019. године, такође, указује да је употреба прикупљених пореских информација и даље ограничена, те да постоји потреба за унапређењем у том погледу.<sup>40</sup>

---

reportable cross-border arrangements, OJ L 139, 5. 6. 2018.

39 Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Council Directive (EU) 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of direct taxation. {SWD(2017) 462 final} Доступно на:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0781&from=EN>

40 Доступно на:

[https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/system/files/2019-09/2019\\_staff\\_working\\_document\\_evaluation\\_on\\_dac.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/system/files/2019-09/2019_staff_working_document_evaluation_on_dac.pdf),



### **6.1. На путу ка глобалној реформи система пореза на добит корпорација?**

Политички консензус који је створен кроз *BEPS* пројекат омогућио је институцијама ЕУ да активније раде на хармонизацији пореза на добит, тако да практично за сваку *BEPS* акцију постоји одговор у актима ЕУ. Пакет за спречавање избегавања пореза, нарочито *ATAD* као дио пакета, је један од најамбициознијих подухвата које је ЕУ до тада предузела у правцу хармонизације у овој области. Поред тога, ЕУ је све вријеме радила и на проблему опорезивања дигиталне економије, што је, такође, фокус цјелокупног *BEPS* пројекта. У марту 2018. године Европска комисија је објавила Пакет о опорезивању дигиталне економије, у оквиру кога је предложена Директива о опорезивању значајног дигиталног присуства, заједно са Препоруком о опорезивању значајног дигиталног присуства и Директива о заједничком систему опорезивања дигиталних услуга. Иако ове директиве још нису усвојене, ЕУ и даље интензивно ради на рјешавању пореских изазова дигитализације економије, а нови приједлог пореза на дигиталне услуге – дигиталног намета (*digital levy*) очекује се у октобру 2021. године.

У мају 2021. године Европска комисија је објавила Комуникацију о опорезивању пословања у 21. вијеку,<sup>41</sup> која је поставила дугорочне и краткорочне циљеве пореске политике ЕУ. Порески програм ЕУ ће бити посвећен усвајању нових мјера за подстицање продуктивних улагања и предузетништва, бољу заштиту националних прихода и подршку зеленој и дигиталној транзицији. Мјере ће бити усмјерене ка спречавању злоупотребе фиктивних компанија (енгл. *shell companies*), обавезивању одређених великих компанија које послују у ЕУ да објављују своје ефективне пореске стопе, подстицању предузећа да се финансирају сопственим капиталом умјесто позајмљивањем, кроз предвиђање пореских олакшица за финансирање сопственим капиталом, уз антибузивне мјере које ће осигурати да олакшице не користе у недопуштене сврхе (енгл. *Debt Equity Bias Reduction Allowance – DEBRA*) и др. Најамбициознији дио програма јесте најављени нови оквир пореза на добит корпорација у ЕУ (*Business in Europe: Framework for Income Taxation*, даље у тексту: *BEFIT*) који ће садржавати јединствена правила корпоративних пореза, заснована на кључним елементима “заједничке консолидоване пореске основице” (*Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*) и алокацији прихода између

---

41 European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Business Taxation For The 21st Century, COM(2021) 251 Final, доступно на: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/system/files/2021-05/communication\\_on\\_business\\_taxation\\_for\\_the\\_21st\\_century.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/system/files/2021-05/communication_on_business_taxation_for_the_21st_century.pdf)

држава чланица на основу формуле (енгл. *formulary apportionment*). *BE-FIT* ће омогућити консолидацију добити повезаних друштава – чланица мултинационалне групације у ЕУ у јединствену пореску основицу, те расподелу пореске основице између држава чланица на основу унапријед утврђене формуле, а потом опорезивање додијељене добити у појединој држави чланици домаћим стопама пореза на добит. Дакле, повезане компаније, иако одвојени правни субјекти, третираће се као једна пословна целина за потребе утврђивања опорезиве добити, а потом ће се укупно остварена добит расподијелити државама чланицама на бази формуле. Ова формула би требало да ослика у довољној мјери факторе попут обима продаје на одређеном тржишту (потрошаче), имовину (укључујући и нематеријалну имовину) и рад (особље и плате).

Ипак, примјена формуле не отклања у цјелости могућност мултинационалних компанија да “премјештају” профит у јурисдикције са нижим пореским оптерећењем – док мултинационалне компаније не могу манипулисати локацијом потрошача, имовину и рад могу преселити у јурисдикције са нижим пореским оптерећењем, како би већи дио добити “премјестиле” у те државе. Потенцијално рјешење које би у значајнијој мјери смањило могућности за агресивно пореско планирање и штетну пореску конкуренцију назире се у извјештајима на приједлог Првог и Другог стуба за рјешавање пореских изазова дигитализације економије, сачињеног у оквиру ОЕЦД/Г20 *BEPS* Инклузивног оквира.<sup>42</sup> Приједлог тзв. Првог стуба заснива се на два повезана нова правила: а) правило о новој тачки везивања (*nexus*) између субјекта који се опорезује и пореске јурисдикције, која ће се заснивати на добити од продаје или локацији корисника, како би се признало право опорезивања добити и тзв. јурисдикцијама тржишта односно корисника (државама на чијој територији се налази потрошачко тржиште које генерише потражњу за одређеним добрима или гдје се налазе корисници у случају одређених високо-дигитализованих пословних модела, енгл. *market jurisdictions*), у ситуацијама када примјена правила о физичком присуству у виду сталне пословне јединице показује недостатке и б) нова правила о алокацији

42 Види: OECD (2020), *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, доступно на: [Foreword | Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint : Inclusive Framework on BEPS | OECD iLibrary \(oecd-ilibrary.org\)](#) и OECD (2020), *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, доступно на: [Foreword | Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint : Inclusive Framework on BEPS | OECD iLibrary \(oecd-ilibrary.org\)](#)

добити која треба да признају право опорезивања јурисдикцији тржишта на чијој територији се добра продају потрошачима, чиме би се омогућило овим државама да опорезују један мањи дио добити најпрофитабилнијих и највећих мултинационалних компанија, у складу са тим који дио од укупног свјетског прихода (*global revenue*) остварују у свакој појединој држави. Други стуб садржи приједлог под називом *Global anti-base erosion proposal – GloBE* који подразумева усвајање минималне ефективне стопе пореза на добит мултинационалних компанија, при чему националне јурисдикције задржавају право да саме утврђују регулативу у области пореза на добит, укључујући и висину пореских стопа, али се даје право осталим јурисдикцијама да наплате разлику пореза до износа који би био плаћен примјеном минималне ефективне пореске стопе, у случајевима када је профит у појединој држави ефективно опорезован испод минималне стопе предвиђене *GloBE* приједлогом. Тренутни приједлог је да минимална ефективна стопа пореза буде на 15%. До 12. августа 2021. године овај приједлог су подржале 133 од укупно 139 чланица ОЕЦД-а (изузетак су Естонија, Ирска, Мађарска, Кенија, Нигерија и Шри Ланка), а коначно формулисан приједлог очекује се већ у октобру.<sup>43</sup>

Усвајање правила предвиђених Првим и Другим стубом представља „глобално рјешење“ за два различита али повезана проблема: *сајберизација* пореске основице у јурисдикцијама тржишта (постојећа правила пореза на добит корпорација почивају на пословним моделима који подразумевају значајно физичко присуство у виду сталне пословне јединице у држави извора, што се показује неадекватним у данашњој дигитализованој економији) и б) измјештање пореске основице из држава са високим пореским оптерећењем у државе са ниским пореским оптерећењем или тзв. пореске рајеве кроз шеме агресивног пореског планирања мултинационалних корпорација, којима се искоришћавају разлике у националним пореским системима, који су често дизајнирани да задовоље само уске националне интересе (Li, 2021: 84). Први стуб настоји да ријешити проблем сајберизације пореске основице, додјељујући право опорезивања државама тржишта, а Други стуб проблем премјештања пореске основице, кроз омогућавање државама да опорезују добит која нема извор на њиховој територији, тј. која није под њиховом пореском јурисдикцијом како би се обезбиједило да велика предузећа која послују на међународном нивоу плаћају бар одређен минималан износ пореза (*ibid*). Иако се велика реформа система опорезивања компанија на глобалном нивоу већ дуго времена назире на хоризонту, чини се да ће она ускоро постати реалност.

43 <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-july-2021.pdf>

Можемо рећи да живимо у тренутку када је највећи број држава спреман да се лиши дијела свог *de iure* пореског суверенитета, како би сачувале свој *de facto* порески суверенитет који бива знатно угрожен могућностима за остваривање пореске евазије великих размјера у условима глобализације и дигитализације.

## 7. Закључак

Иако је проблем избјегавања плаћања пореза стар колико и сами порези, савремени изазови настали као посљедица глобализације и дигитализације економије, интензивирали су напоре држава широм свијета да пронађу механизме којима би се ефикасно супротставиле овој штетној појави. Након свјетске економске кризе 2008. године, када су јавне финансије великог броја држава дошле у кризу, појачани су напори ка изналажењу начина за спречавање нелегитимног (недопуштеног) законитог избјегавања плаћања пореза, а нарочито различитих облика агресивног пореског планирања везаних за тзв. пореске оазе. Како би одговориле овом изазову, све већи број држава у своје законодавство уграђује опште антиабузивно правило које омогућава пореским органима да ускрате пореске погодности остварене абузивним аранжманима који су у складу са словом закона али изигравају његову сврху. Ова правила су препозната као „крајње средство“ које ће сачувати и слово и дух закона и којим ће се супротставити свим оним неочекиваним облицима избјегавања плаћања пореза, против којих специфична антиабузивна правила нису ефикасна.

Потенцијал општег антиабузивног правила у борби против законитог, нелегитимног избјегавања плаћања пореза препознат је и на нивоу ЕУ, те је оно предвиђено Директивом против пракси избјегавања плаћања пореза којима се директно утиче на унутрашње тржиште, усвојеном 2016. године као дио Пакета за спречавање избјегавања пореза. Према тексту Директиве, за примјену *GAAR*-а потребно је да аранжман буде неаутентичан, односно да није предузет из ваљаних пословних разлога који одражавају привредну стварност. Једноставније, потребно је да је ријеч о аранжману који не би био предузет или не би био предузет у том облику, да се њиме није настојала остварити нека пореска погодност. Даље је неопходно да је главна или једна од главних сврха аранжмана остваривање пореске погодности. При томе, није неопходно да остваривање пореске погодности буде једини или главни циљ аранжмана али је важно да овај циљ претеже над осталим (пословним) циљевима, односно да је евентуални пословни циљ прилично маргиналан у односу на порески циљ. Видјели смо кроз анализу ове одредбе да конструкција „један од главних циљева“ треба да обезбиједи

да постојање неке „помоћне“ пословне сврхе не заштити абузивно понашање од примјене *GAAR*-а уколико је најважнија сврха трансакције избјегавање пореза, а не да допусти пореским властима да примјене *GAAR* на аранжмане који су предузети првенствено из ваљаних економских разлога, али је и порески мотив био присутан. Осим тога, овај услов треба да обезбиједи да се *GAAR* примјењује само на аранжмане оних пореских обвезника који су имали намјеру да изиграју пореске прописе. Међутим, како је веома тешко доказати намјеру и мотиве пореских обвезника, постојање субјективног елемента (мотива односно сврхе) се процјењује на основу објективних чињеница и околности процјењивих од стране трећих лица, које би бациле свјетло на (претпостављену) намјеру пореског обвезника. Ако из објективних чињеница и околности произилази да је предузимање одређеног аранжмана немогуће објаснити ако се игноришу његови порески ефекти, онда можемо претпоставити да је посриједи порески мотив аранжмана. На крају, посљедњи услов за примјену *GAAR*-а је да је пореска погодност остварена аранжманом супротна сврси и циљу примјењивог пореског права. Овај услов обезбјеђује да се *GAAR* примијени на оне случајеве у којима порески обвезник кроз аранжман или серију аранжмана избјегава пореску обавезу, иако је сврха пореског прописа била управо да опорезује пореског обвезника у таквој фактичкој ситуацији, односно у којима порески обвезник кроз аранжман или серију аранжмана остварује одређену пореску погодност, док сврха пореског прописа није била пружање пореске погодности у таквој фактичкој ситуацији.

Кроз рад смо указали да су кључни проблеми у примјени *GAAR*-а правна несигурност и селективна примјена. Стога, приликом формулисања општег антиабузивног правила треба водити рачуна да правило буде довољно свеобухватно и флексибилно како би остварило своју сврху, а да истовремено задовољи захтјев правне сигурности. Поред тога, неопходно је предвидјети одређене индикаторе (примјере) законите нелегитимне пореске евазије; дефинисати кључне појмове; обезбиједити да терет доказивања буде на Пореској управи; донијети посебна процесна правила за примјену *GAAR*-а; јасно одредити које су посљедице примјене *GAAR*-а, те размислити о евентуалним додатним заштитним механизмима који постоје у упоредном праву.

Мјере за спречавање избјегавања плаћања пореза би остале мртво слово на папиру уколико се пореској администрацији не омогући приступ неопходним пореским информацијама. Стога се на нивоу ЕУ и међународних организација попут ОЕЦД-а се интензивно ради на унапређењу административне сарадње у подручју опорезивања, а нарочито на проширењу обухвата обавезне аутоматске размјене пореских

информација. У раду смо указали на „еволуцију“ (а можемо слободно рећи и револуцију) у овој области на нивоу ЕУ, кроз 6 измјена и допуна Директиве о административној сарадњи у подручју опорезивања.

Активности на нивоу ОЕЦД-а и Г20, које су снажно подржане од стране ЕУ иду у правцу реформе система опорезивања пореза на добит корпорација на међународном нивоу, како би се он прилагодио модерним изазовима који настају као посљедица глобализације и дигитализације економије. Иако државе још увијек настоје да сачувају свој порески суверенитет, прихватањем глобалних пореских стандарда усвојених од стране наднационалних и међународних тијела, оне се *de facto* одричу одређених фискалних овлашћења на својим територијама. Чињеница да је највећи број држава подржао усвајање заједничке минималне ефективне стопе пореза на добит корпорација говори томе у прилог. Такође, Нови оквир опорезивања пословања најављен на нивоу ЕУ представља до сада најамбициознији подухват ЕУ на пољу хармонизације директних пореза. Проблем опорезивања дигиталне економије који је препознат кроз *BEPS* пројекат нарочито је дошао до изражаја услед пандемије COVID-19, јер је драматично повећан обим пословања преко интернета. Стога се намеће закључак да живимо у тренутку када је највећи број држава спреман да се лиши дијела свог *de iure* пореског суверенитета како би сачувале свој *de facto* порески суверенитет, који бива знатно угрожен могућностима за остваривање пореске евазије великих размјера у условима глобализације и дигитализације економије.

### Литература и извори

Aaltonen, E. (2017). GAAR of the Anti-tax avoidance Directive - interpretation and effects on the Finnish GAAR of VML sec. 28. Master's thesis. University of Helsinki.

Анђелковић, М. (2014). Законита неприхватљива пореска евазија – проблеми дефинисања и спречавања, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 67. 79–98.

Atkinson, C. (2012). General anti-avoidance rules: Exploring the balance between the taxpayer's need for certainty and the government's need to prevent tax avoidance. *Journal of Australian Taxation*. 14(1). 1–56.

Chen, S.C. (2018). Predicting the “unpredictable” general anti-avoidance rule (GAAR) in the EU Tax Law. *InterEULawEast*. 5(1). 91–120.

Prebble, R. (2005). Does Croatia Need a General Anti-Avoidance Rule? Recommended Changes to Croatia's Current Legislative Framework. *Financial Theory and Practice*. 29(3). 211–227.

Čičin Šain, N. (2016). Opće pravilo za sprječavanje izbjegavanja poreza uvedeno u sustav poreza na dobitak. *Pravo i porezi*. (10). 12–17.

De Boer, R., Marres, O. (2015). BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements. *Intertax*. 43(1). 14–41.

De Wilde, M. F. (2017). The ATAD's GAAR: A Pandora's Box? Доступно на: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3040709](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3040709)

Fayos, C. (2019) The Scope of the Directive and the Principle of Subsidiarity, in: *Combating Tax Avoidance in the EU Harmonization and Cooperation in Direct Taxation*, Eds. J.M. Almudí Cid, J.A. Ferreras Gutiérrez, P.H. Hernández González-Barreda: Wolters Kluwer, 101–111.

Fernandes, D., Sadiq, K. (2016). A Principled Framework for Assessing General Anti-Avoidance Regimes. *British Tax Review*. 2. 172–207.

Freedman, J. (2014). Designing a General Anti-Abuse Rule: Striking a Balance, *Asia-Pacific Tax Bulletin*. 20(3). 167–173.

Freedman, J. (2004). Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti-Avoidance Principle. *British Tax Review*. 4. 332–357.

Gadžo, S., Meštrović, M. (2016). Razmjena informacija u poreznim stvarima: Analiza hrvatskoga normativnog okvira u svjetlu zahtjeva FATCA-e. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka*. 37(3), 1253–1288.

Gadžo, S., Klemenčić, I. (2014). Time to stop avoiding the tax avoidance issue in Croatia? A proposal based on recent developments in the European Union. *Financial Theory and Practice*. 38 (2). 272–302.

Gadžo, S., Klemenčić, I. (2014). Analiza normativnog okvira za sprječavanje zakonitog izbjegavanja poreza u Hrvatskoj: Prijedlog izmjena u skladu sa pravom Europske unije. Odabrani prijevodi, Institut za javne finansije. 25.

Jones, A. J. (1999). The David R Tillinghast Lectue: Are Tax Treaties Necessary? *Tax Law Review*. 53(1). 1–38.

Костић, С. (2016). Начело фактицитета у српском пореском праву. *Harmoinius*. 5. 112–128.

Kesslee, J. (2004). Tax Avoidance Purpose and Section 741 of the Taxes Act 1988. *British Tax Review*. 375. (нав. Према Xuereb, A. (2015). Tax avoidance or tax evasion? *Symposia Malitensia*. 10. 217–229).

Koroncziova, A. Kačaljak, M. (2017). GAAR as Tax Treaty Override – Slovak Perspektive. *Danube: Law and Economics Review*. 8(3). 139–155.

Krever, R. (2016). General Report: GAARs. In: *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post – BEPS TAX World*. Lang M. et al. (ed), Amsterdam: IBFD. WU Institute for Austrian and International Tax Law: European and International Tax Law and Policy Series, Volume 3.

Loutinsky, G. (2010). Gladwellian Taxation: Deterring Tax Abuse Throuh General Anti-Avoidance Rules. *Temple Political & Civil Rights Law Review*. 19 (2). 101–135.

Lang, M. (2016). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World*. Amsterdam: IBFD.

Li, J. (2021). The Legal Challenges of Creating a Global Tax Regime with the OECD Pillar One Blueprint. *Bulletin for International Taxation*. 75(2). 84–93.

Marres, O. (2018). The Parent Subsidiary Directive, 219–278. in *European Tax Law - 7th Edition*, Wattel, J. P. Marres, O. Vermeulen, H. (eds.) Deventer: Wolters Kluwer.

Nayak, R. (2012). Navigating India’s Proposed GAAR. *International Tax Review*. 23(7).

Navarro, A., Parada, L., Schwarz, P. (2016). The proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some preliminary thoughts”. *EC Tax Review*. 25(3). 117–131.

Поповић, Д. (2017). *Пореско право, 15. измењено и допуњено издање*. Београд: Правни факултет Универзитет у Београду.

Поповић, Д., Илић Попов, Г. (2019). (Не)уставност одредбе о тесту главног циља трансакције или аранжмана из пореских уговора. *Анали Правног факултета у Београду*. 67(2). 7–30.

Poza, R. (2019). The BEPS Project in the European Union: Working Up the ATAP Package. in: *Combating Tax Avoidance in the EU Harmonization and Cooperation in Direct Taxation*, Eds. J. M. Almodí Cid, J.A. Ferreras Gutiérrez, P. H. Hernández González-Barreda: Wolters Kluwer, 81–97.

Prebble, R. Prebble, QC J. (2010). Does the Use of General Anti-Avoidance Rules to Combat Tax Avoidance Breach Principles of the Rule of Law? *Saint Louis University Law Journal*. 55 (1). 21–46.

Prebble, J., Prebble, R. (2008). Comparing the General Anti-Avoidance Rule of Income Tax Law with the Civil Law Doctrine of Abuse of Law. *Bulletin for International Taxation*. 62 (4). 151–170.



Smit, D. (2018). The Anti-Tax-Avoidance Directive (ATAD). in *European Tax Law, Volume 1 – General Topics and Direct Taxation, 7th Edition*. Wattel, J. P. Marrés, O. Vermeulen, H. Deventer: Wolters Kluwer. 485–538.

Teijeiro, O. G. (2017/18). *Anti-avoidance Measures of General Nature and Scope – GAAR and Other Rules (Argentine Report)*. Seul IFA Congres.

Waerzeggers, C. Hiller, C. (2016). Introducing a General Anti-Avoidance Rule (GAAR): Ensuring that a GAAR Achieves its Purpose. *Tax Law IMF Technical Note. 1*.

Wright, N. dePencier. (2015). GAAR: Reconciling Legal Certainty with Laudable Public Policy Objective. <https://www.wrightbusinesslaw.ca/wp-content/uploads/2015/12/Nick-Wright-GAAR-Reconciling-Legal-Certainty-LLM-Tax-Policy-151215.pdf>.

Way, QC P. (2013). The Rule of Law, Tax Avoidance and the GAAR. *GITC Review*. 12(1).

**Irena Radić,**

*Teaching Assistant,*

*Faculty of Law, University in Banja Luka*

## **COUNTERING UNACCEPTABLE TAX AVOIDANCE THROUGH GENERAL ANTI-AVOIDANCE RULE IN EU TAX LAW**

### **Summary**

*One of the greatest challenges modern states are faced with is finding a way to tackle unacceptable tax avoidance, especially aggressive tax planning schemes and the use of the so-called tax heavens. In this process, many states adopt a general anti-avoidance rule that allows for tax administration to deny tax benefits realized through the use of abusive tax arrangements, which are in accordance with the letters of the law but circumvent its purpose.*

*At the EU level, Article 6 of the Directive 2016/1164 (Anti-Tax-Avoidance Directive, ATAD), laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market, contains the general anti-avoidance rule (GAAR). This paper aims to analyze the ATAD's GAAR and related case law of the European Court of Justice in tax avoidance cases in the context of abuse of EU law. In the first section, the author defines tax avoidance and tax evasion in order to clearly distinguish the two terms, and explains the need for the GAAR. The second part presents the elements of the GAAR and the consequences of its application. The third section addresses the issue of legal certainty in applying the GAAR. As one of the prerequisites for tackling the unacceptable tax avoidance and aggressive tax planning is enhanced cooperation of tax administrations and greater transparency of tax information, the author analyzes the 2011 Directive on administrative cooperation in tax matters (DAC) and its numerous amendments. Finally, we present perspectives on the harmonization of direct taxes and depict a potential global solution to reform the outdated international corporate tax system, with action on the reallocation of taxing rights and minimum effective taxation.*

**Keywords:** *tax avoidance, tax evasion, general anti-avoidance rule (GAAR), automatic exchange of tax information, harmonization of direct taxes, BEFIT, GloBE.*

**Драгана Миловановић,\***  
Докторанд,  
Правни факултет, Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-33698

UDK: 343.1:343.21  
Раd примљен: 27.08.2021.  
Раd прихваћен: 02.11.2021.

## **ПОСТУПАК ЗА ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА ЛИЦА НЕОСНОВАНО ЛИШЕНОГ СЛОБОДЕ ИЛИ НЕОСНОВАНО ОСУЂЕНОГ**

**Апстракт:** Закоником о кривичном поступку предвиђен је посебан поступак за остваривање права лица неосновано лишеног слободе или неосновано осуђеног. Увођење оваквог поступка у кривично законодавство Републике Србије јавља се као последица енормног броја ослобађајућих пресуда, након што је према окривљеном, у току вођења поступка, била спроведена најтежа мера обезбеђења присуства окривљеног у кривичном поступку. Такође, овај поступак се јавио као неопходан и ради спровођења обештећења осуђеног у оним ситуацијама кад је, након улагања ванредних правних лекова, дошло до преиначења правноснажне судске одлуке, те ослобађања неосновано осуђеног. У таквим ситуацијама спроводи се поступак који се састоји из две фазе које су повезане. Сходно томе, уколико оштећени своја права не оствари на основу поднетог захтева којим покреће управни поступак, стиче право на покретање судског поступка пред надлежним судом против Републике Србије као одговорног лица. Имајући у виду чињеницу да је циљ законодавца приликом прописивања овог поступка био растерећење судова масовних тужби, на тај начин што ће оштећени своја права остварити у управном поступку, циљ овог рада је указивање на начин покретања и вођења обе фазе поступка, те пропусте од стране Комисије за накнаду штете при вођењу управног поступка, што се директно коси са намером законодавца, а осим тога, иде и на штету оштећеног. Такође, неопходно је указати и на главне пропусте поступка како би се исти у будућности предупредили.

**Кључне речи:** неосновано осуђени, неосновано лишење слободе, накнада штете, поступак, правична накнада.

---

\* draganaammm@gmail.com

## 1. Увод

Вођење кривичног поступка резултира доношењем пресуде, која доводи до ограничавања људских права и слобода уколико се након спроведеног доказног поступка утврди кривица окривљеног. Међутим, само лишење слободе окривљеног ради несметаног вођења кривичног поступка може бити основ за одговорност државе и подношење захтева за накнаду штете, уколико се кривични поступак оконча у корист окривљеног. Такође, само окончање поступка и доношење пресуде која протеклом одређеног законског времена бива снабдевена клаузулама правноснажности и извршности, не значи нужно да је иста без грешака и недостатака, те да је донета одлука исправна. До неосноване осуде може доћи из бројних разлога и различитих опструкција доказа, што државу не ослобађа одговорности да надокнади штету осуђеном лицу. Механизам заштите окривљеног односно осуђеног остварује се уз помоћ редовних, али посебно ванредних правних лекова, услед чега се омогућава остваривање материјалне и моралне репарације неосновано окривљеног односно осуђеног (Кнежевић, 2001: 199).

## 2. Појмовно одређење лица неосновано лишеног слободе или неосновано осуђеног

Нашироко уређивање поступка на међународном плану за остваривање права лица неосновано лишених слободе, односно неосновано осуђених, довело је до уређивања овог поступка и националним законодавством. Тако је Закоником о кривичном поступку таксативно наведено да је „неосновано лишено слободе оно лице:

- 1) које је било лишено слободе, а није дошло до покретања поступка, или је правноснажним решењем поступак обустављен или је оптужба одбијена, или је поступак правноснажно окончан одбијајућом или ослобађајућом пресудом;
- 2) које је издржавало казну затвора, а поводом захтева за понављање кривичног поступка или захтева за заштиту законитости, изречена му је казна затвора у краћем трајању од издржане казне, или је изречена кривична санкција која се не састоји у лишењу слободе, или је оглашено кривим, а ослобођено од казне;
- 3) које је било лишено слободе дуже времена него што траје кривична санкција која се састоји у лишењу слободе која му је изречена;

4) које је услед грешке или незаконитог рада органа поступка лишено слободе или је лишење слободе трајало дуже или је дуже задржано у заводу ради извршења кривичне санкције која се састоји у лишењу слободе.”<sup>1</sup>

С друге стране, „неосновано осуђено је оно лице против кога је правноснажно изречена кривична санкција или које је оглашено кривим, а ослобођено од казне, а поводом ванредног правног лека је нови поступак правноснажно обустављен или је оптужба правноснажно одбијена или је окончан правноснажном ослобађајућом пресудом.”<sup>2</sup>

Посебно треба истаћи чињеницу да у случају стицаја, осуђени има право на накнаду штете за поједина кривична дела уколико су испуњени законски услови. Оваква законска конструкција предвиђа право неосновано осуђеног да, уколико се након спроведеног поступка установи да његова кривица не постоји за сва кривична дела у стицају на која се односи правноснажна и извршна пресуда, осуђени може да поднесе захтев за накнаду штете уз таксативно навођење за која кривична дела је дошло до неосноване осуде, те да у складу са тим сразмерно тражи накнаду штете.<sup>3</sup>

### **3. Основне карактеристике поступка за остваривање загарантованих права и правна регулатива**

Правно регулисање поступка за остваривање права лица неосновано лишених слободе или неосновано осуђених установљено је као последица повреде основних људских права услед вођења и/или начина окончања кривичног поступка. Упркос овој чињеници и регулисању поступка превасходно одредбама кривичног законодавства, у поступку за накнаду штете доминантну улогу имају грађанскоправни елементи.

Ако говоримо о самом регулисању предметног поступка, како на унутрашњем, тако и на међународном плану, неопходно је првенствено нагласити да је Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода прописано да свако ко је био ухапшен или лишен слободе у супротности с одредбама члана 5 Конвенције има утуживо

---

1 Чл. 584 Законика о кривичном поступку (*“Сл. гласник РС” бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019 и 27/2021 – одлука УС*).

2 Чл. 585, став 1. Законика о кривичном поступку (*“Сл. гласник РС” бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019 и 27/2021 – одлука УС*).

3 Правни портал (2016) *Неосновано осуђени, накнада штете и став Уставног суда*. Преузето дана 01. 09. 2021. године <https://www.pravniportal.com/neosnovano-osudeni-naknada-stete-stav-ustavnog-suda/>

право на накнаду.<sup>4</sup> Временом се јавила потреба за додатном заштитом људских права, како заштитом касније прописаних, тако и ефикаснијим спровођењем и заштитом постојећих права, те је усвојен, између осталог, Протокол бр. 7 уз Конвенцију, новембра 1984. године, којом приликом је чланом 3 детаљније установљено право на накнаду штете у случају погрешне осуде. Наиме, наведеним чланом се наводи да „лице које је правноснажном пресудом било осуђено због кривичног дела, након чега је дошло до укидања пресуде или до помиловања на основу чињеница које указују да је осуда била неоснована, неосновано осуђени има право на накнаду штете у складу са законом државе чији је држављанин”.<sup>5</sup> Прихватање међународних стандарда којима се обезбеђује заштита права на слободу и безбедност, омогућило је заштиту пред Европским судом за људска права лицима која су неосновано лишена слободно или неосновано осуђена (Мрвић-Петровић, Петровић, 2010: 8).

Кад је у питању регулисање на унутрашњем плану, ово је питање које улази у ред основних права човека и има свој правно-политички основ у Уставу Републике Србије (Грубач, 1979: 20-21). Осим што је Уставом предвиђено право на рехабилитацију и накнаду штете у случају неосноване осуде или противправног лишења слободе, такође је истакнуто да је „законом прописано под којим условима се може поднети захтев за покретање поступка, уперен против државе”.<sup>6</sup> Упркос оваквом уставном уређењу, неспорна је историјска традија националих законодавстава која указује на теоријско утемељење одговорности државе за штету (Петровић, 2001: 3-24).

Без обзира на то да ли је неоснованог лишења слободе или неосноване осуде дошло услед грешке у раду поступајућег органа, оштећени има право на накнаду штете. Наиме, институт права на накнаду штете у случају неоснованог лишења слободе или неосноване осуде установљен је у интересу државе, како би се омогућило остварење правила да нико невин не буде осуђен, што је еквивалентно са правним интересом оштећеног који држава штити. Сходно томе, постојање кривице на страни поступајућег органа не мења ни правни основ ни начин накнаде штете у конкретном случају (Марковић, 2014: 42). Држава се може ослободити

4 Чл. 5. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода са додатним протоколима бр. 4, 6, 7, 11, 12 и 13 од 1950. год., *Службени лист СЦГ – Међународни уговори* бр. 5/2005 и 7/2005.

5 Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода са додатним протоколима бр. 4, 6, 7, 11, 12 и 13 од 1950. год., *Службени лист СЦГ – Међународни уговори* бр. 5/2005 и 7/2005.

6 Чл. 35. Устава Републике Србије (*“Службени гласник РС”* бр. 98/2006).

одговорности у таксативно наведеним случајевима. Наиме, „лице које је неосновано лишено слободе нема право на накнаду штете уколико је својим недозвољеним поступцима проузроковало лишење слободе или ако је поступак обустављен услед смрти окривљеног”.<sup>7</sup> С друге стране „осуђени нема право на накнаду штете ако је својим лажним признањем или на други начин намерно проузроковао своју осуду, осим ако је на то био принуђен”. Осим наведеног, постоји и један случај „ослобађања одговорности државе и у случају неоснованог лишења слободе и у случају неосноване осуде, а то је ако је до обуставе поступка или одбијања оптужбе дошло због тога што је у новом поступку оштећени као тужилац, односно приватни тужилац, одустао од гоњења, или што је оштећени одустао од предлога, а до одустанка је дошло на основу споразума са окривљеним”.<sup>8</sup>

У складу са наведеним, Закоником о кривичном поступку је прописано да „право на накнаду штете од државе и друга права има лице које је неосновано лишено слободе или осуђено за кривично дело”, услед чега се овај поступак сврстава у ред посебних поступака.<sup>9</sup> Међутим, имајући у виду да поступак обилује грађанскоправним елементима, недвосмислено је да тужилац свој захтев за накнаду нематеријалне штете уперује према држави имајући у виду и одредбе члана 199 и 200 Закона о облигационим односима. Сходно томе, оштећени може осим подношења захтева за накнаду штете, чије усвајање и висина зависе од значаја повређеног добра и циља којем служи та накнада, да захтева и објављивање пресуде односно њене исправке.<sup>10</sup>

#### 4. Поступак за остваривање права на накнаду штете

Након испуњења већ поменутих и ближе описаних законских услова, раније окривљени односно осуђени постаје оштећени, на основу чега стиче могућност покретања поступка за остваривање права на накнаду штете. Накнада штете се може захтевати под условом да између настале врсте, облика и висине штете и неосноване осуде или неоснованог лишења слободе постоји узрочно-последична веза, као и уколико није наступила

7 Чл. 584, став 2. Законика о кривичном поступку (*«Сл. гласник РС»* бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019 и 27/2021 – одлука УС).

8 Чл. 585, став 2. Законика о кривичном поступку (*«Сл. гласник РС»* бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019 и 27/2021 – одлука УС).

9 Чл. 18. Законика о кривичном поступку (*«Сл. гласник РС»* бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019 и 27/2021 – одлука УС).

10 Закон о облигационим односима (*“Сл. лист СФРЈ”* бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *«Сл. лист СРЈ»*, бр. 31/93, *«Сл. лист СЦГ»*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *«Сл. гласник РС»*, бр. 18/2020).

застарелост потраживања до дана подношења захтева (Симовић, Јовашевић, 2017: 89).

Сам поступак накнаде штете се састоји из две фазе – прва је подношење захтева за накнаду штете (управни поступак), а друга је подношење тужбе надлежном суду (судски поступак). Оно што је специфично јесте да су ове две фазе узрочно-последично повезане, односно, да би оштећени поднео тужбу, неопходно је да првенствено истакне свој захтев за добровољно испуњење обавезе од стране дужника, па тек у случају изостанка испуњења траженог се може поднети тужба (Вујаклија, 1982: 1301–1311).

Законом о кривичном поступку је предвиђено да „право на накнаду штете застарева за три године од дана правноснажности првостепене одбијајуће или ослобађајуће пресуде, односно правноснажности првостепеног решења којим је поступак обустављен или је оптужба одбијена, а ако је поводом жалбе решавао Апелациони суд – од дана пријема одлуке Апелационог суда”.<sup>11</sup>

Приликом подношења предметног захтева, односно тужбе за накнаду нематеријалне штете, тужилац, као оштећени, се позива на одредбе члана 200 Закона о облигационим односима. Уколико надлежни суд утврди да је захтев оштећеног основан, обавезаће Републику Србију, као тужену страну, на исплату нематеријалне штете, „независно од захтева материјалне штете, као и у њеном одсуству, којом приликом ће посебно водити рачуна о значају повређеног добра и циљу којем служи досуђена накнада”.<sup>12</sup>

Врховни касациони суд је, у бројним пресудама, заузео став да се тужиоцу, ради отклањања штетних последица, досуђује правична накнада нематеријалне штете као вид сатисфакције, ради успостављања психичке и физичке равнотеже која је постојала пре штетног догађаја, а имајући у виду чињеницу да реституција није могућа. Истом приликом, Врховни касациони суд позивао се на одредбе члана 200, став 2 Закона о облигационим односима, којим је предвиђено да накнада нематеријалне штете не сме бити циљ већ средство за ублажавање претрпљене штете и да не сме погодвати тежњама које нису спојиве са њеном природом и сврхом.<sup>13</sup>

---

11 Чл. 591. Законика о кривичном поступку («Сл. гласник РС» бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019 и 27/2021 – одлука УС).

12 Чл. 200. Закона о облигационим односима (“Сл. лист СФРЈ” бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, «Сл. лист СРЈ», бр. 31/93, «Сл. лист СЦГ», бр. 1/2003 – Уставна повеља и «Сл. гласник РС», бр. 18/2020).

13 Одлука Врховног касационог суда, Рев 2931/2019.



#### **4.1. Захтев за накнаду штете**

Захтев за накнаду штете подноси се Министарству надлежном за послове правосуђа (у даљем тексту: Министарство) ради постизања споразума о постојању штете, о врсти и висини накнаде, при чему о захтеву одлучује Комисија за накнаду штете (у даљем тексту: Комисија). Уз захтев се неминовно подноси и пропратна документација, у виду доказа, којом се поткрепљују тврдње оштећеног. Комисија је дужна да у року од три месеца донесе одлуку и о истој обавести оштећеног. У случају ћутања управе, односно уколико Комисија у остављеном року не реши по захтеву, оштећени може покренути судски поступак, што се има тумачити као да је Комисија негативно одлучила по поднетом захтеву. Иако није јасно наглашено, може се закључити да је у том случају оштећени у обавези да надлежном суду достави доказ да је првенствено покренуо управни поступак, односно да је упутио захтев на начин како је то предвиђено, те да након протеча рока није решено по његовом захтеву. С друге стране, уколико након разматрања захтева и документације, Комисија усвоји захтев, Министарство оштећеном доставља Предлог споразума о врсти и висини накнаде штете, којом приликом оштећеном оставља рок за изјашњење о прихватању, односно неприхватању споразума.<sup>14</sup> На овај начин оштећеном је остављена могућност одбијања потписивања споразума уколико сматра да новчани износ предложен споразумом од стране државе не представља еквивалент претрпљеној штети. У том случају, оштећени има право да се обрати надлежном суду, да приликом подношења тужбе достави и споразум, те образложење за његово одбијање, а усвајање тужбеног захтева, уз навођење других чињеница и доказа којима поткрепљује свој захтев за накнаду штете. Такође, уколико је између оштећеног и Комисије постигнута делимична сагласност путем споразума, „оштећени задржава право да делимичну накнаду оствари путем споразума, док за намирење до преосталог дела накнаде, може да поднесе тужбу надлежном суду”.<sup>15</sup>

---

14 Република Србија, Министарство правде, *Захтев за накнаду штете неосновано осуђених и неосновано лишених слободе*. Преузето дана 30. 07. 2021. <https://www.mpravde.gov.rs/tekst/15039/zahtev-za-naknadu-stete-neosnovano-osudjenih-i-neosnovano-lisenih-slobode.php>

15 Чл. 589, став 2. Законика о кривичном поступку («Сл. гласник РС» бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019 и 27/2021 – одлука УС).

#### **4.2. Статистички подаци управне фазе поводом неоснованог притвора/неоснованог лишења слободе у Републици Србији**

Разматрајући податке којима располаже Комисија за накнаду штете, а који су прибављени од стране Београдског центра за људска права у Србији у периоду од 2012. године до 2017. године, можемо видети да је у наведеном периоду поднето 4.383 захтева за накнаду штете, те је на име тако поднетих захтева, а након закључених споразума, неосновано осуђеним лицима, односно лицима неосновано лишеним слободе, исплаћено укупно 83.838,00 динара, што можемо видети у Табели бр. 1.

| Година                     | Број поднетих захтева | Број захтева које је Комисија разматрала | Број закључених споразума | Износи исплаћени по закљученим споразумима (у РСД) |
|----------------------------|-----------------------|--|---------------------------|--|
| 2012. година               | 607                   | 342                                      | 51                        | 6.424.000,00                                       |
| До 1. октобра 2013. године | 658                   | 408                                      | 85                        | 47.573.000,00                                      |
| 2014. година               | 913                   | 208                                      | 19                        | 1.669.000,00                                       |
| До 30. јуна 2015. године   | 450                   | 172                                      | 20                        | 1.939.500,00                                       |
| 2016. година               | 940                   | 243                                      | 61                        | 15.485.000,00                                      |
| 2017. година               | 815                   | 235                                      | 38                        | 10.474.500,00                                      |
| <b>Укупно</b>              | <b>4.383</b>          | <b>1.608</b>                             | <b>274</b>                | <b>83.838.000,00</b>                               |

Табела бр. 1

Наиме, од укупног броја поднетих захтева, Комисија је размотрила једино 1.608 захтева, док је број закључених споразума свега 274. Сходно наведеном, можемо закључити да је чак 4.109 лица своја права морало да остварује и штити пред надлежним судом. Највећи број поднетих захтева био је у 2016. години (940 захтева), те је исте године закључен и највећи број споразума – 61. Током 2013. године, Комисији је поднето чак 658 захтева, а потписано је 85 споразума. Најмањи број споразума закључен је у првој половини 2014. године – 19 споразума, од укупно поднетих 913 захтева (а разматрано је свега 208 захтева).

На основу приложених података, можемо закључити да је у периоду од 2012. године до 2017. године, несразмеран број оштећених који добију могућност за закључење споразума у односу на број поднетих захтева. Такође, имајући у виду податак колики број оштећених се одлучује на закључење споразума уколико Комисија размотри захтев, можемо закључити да оштећени често бивају незадовољни одлуком Комисије која у том случају може бити или негативна (односно негативно решен захтев) или пак може доћи до прениско одређеног износа за накнаду штете од стране Комисије, према субјективном виђењу оштећеног. Из наведених разлога, оштећени ће се често наћи у улози тужиоца пред надлежним судом, ради заштите својих основних људских права.

У периоду од 1. новембра 2013. године до 31. децембра 2017. године, на основу усвојених тужбених захтева судова у парничном поступку, оштећенима је исплаћено 593.977.496 динара, односно нешто мање од 5 милиона евра. Такође, током 2017. године, одлучујући по поднетим захтевима, надлежни судови су у парничном поступку утврдили да је, поводом 33 правноснаже пресуде, број дана неоснованог лишења слободе 8.732, а укупан новчани износ досуђен по наведеним пресудама је 40.631.000 динара (Београдски центар за људска права, 2017: 88-89).

С друге стране, имајући у виду новије податке, који су добијени директно од Министарства правде, од стране овлашћеног лица за поступање по захтеву за приступ информацијама од јавног значаја, а у сврху детаљније обраде овог рада, приказ за период од 2018. године до 2020. године можемо видети у Табели бр. 2.

| Година        | Број поднетих захтева | Број захтева које је Комисија разматрала | Број закључених споразума | Износи исплаћени по закљученим споразумима (у РСД) |
|---------------|-----------------------|--|---------------------------|--|
| 2018. година  | 798                   | 257                                      | 69                        | 14.466.000,00                                      |
| 2019. година  | 767                   | 208                                      | 51                        | 8.939.948,26                                       |
| 2020. година  | 739                   | 133                                      | 43                        | 7.791.500,00                                       |
| <b>Укупно</b> | <b>2.304</b>          | <b>598</b>                               | <b>163</b>                | <b>31.197.448,26</b>                               |

Табела бр. 2

Имајући у виду податке дате у Табели бр. 2, можемо закључити да је незнатна разлика у броју поднетих захтева током сваке године појединачно, те да и даље постоји несразмера у броју захтева о којима је Комисија одлучивала. Наиме, током 2018. године, број поднетих захтева био је 798, а Комисија је разматрала 257, од којих се 69 окончало потписивањем споразума са оштећеним. У 2020. години поднето је нешто мање захтева, односно 739, док је Комисија разматрала свега 133 захтева, а број закључених споразума је 43. Такође, током 2019. године, потписан је 51 споразум, након 257 разматраних захтева, од 767 укупно поднетих.

Битни подаци односе се и на висину износа који је исплаћен из буџета Републике Србије оштећеним лицима. Можемо јасно видети да је у првој години, односно 2018. године, исплаћено чак 14.466.000,00 динара, што је скоро дупло више у односу на сваку наредну годину која је следила. Тај износ драстично опада 2019. године, кад је исплаћено 8.939.948,26 динара на основу постигнутих споразума са оштећенима, док тај износ пада даље и током 2020. године, кад је исплаћено 7.791.500,00 динара. Међутим, овакви подаци не смеју заваравати. Дубљом анализом можемо закључити да се исплаћени износи нису смањивали, већ да је једино број како разматраних захтева, тако и успешно окончаних споразумом опадао сваке надолазеће године, те је аналогно томе буџет Републике Србије био мање утрошен у ове сврхе. Такође, не сме се занемарити чињеница да ни током година није отклоњен недостатак на који се указивало – на несразмеру у броју захтева који подлежу разматрању у односу на број поднетих захтева.

Београдски центар за људска права вршио је анализу броја покренутих парничних поступака пред надлежним судом против Републике Србије који се нису претходно решили пред Комисијом, а поводом накнаде штете на име неоснованог притвора, односно неоснованих осуда оштећених. Наиме, подаци обухватају период од 1. новембра 2013. године до 31. децембра 2017. године. На основу пружених података од стране Државног правобранилаштва, утврђено је да је за наведени период држава на име накнаде штете исплатила износ од нешто мање од 5 милиона евра (односно 593.977.496,00 динара). Такође, током 2017. године, 33 пресуде којима је тужбени захтев био усвојен, те утврђена обавеза државе за исплатом одређеног новчаног износа на име накнаде нематеријалне штете због неоснованог лишења слободе, снабдевене су клаузулама правноснажности и извршности. Према овим пресудама, број дана неоснованог лишења слободе износио је 8.732, а укупна новчана обавеза државе према оштећенима била је 40.631.000,00 динара (Београдски центар за људска права, 2017: 89).

С друге стране, на основу поднетог Захтева за приступ информацијама од јавног значаја, Државно правобранилаштво Републике Србије, са седиштем у Београду, доставило је свој одговор, дана 26. јула 2021. године. На основу електронске евиденције којом располажу, прибављени су подаци за период од 1. јануара 2018. године закључно са 31. децембром 2020. године, те се наводи следеће:

- за период од 1. јануара 2018. године до 31. децембра 2018. године, донето је укупно 65 пресуда пред надлежним судом, којима се усваја тужбени захтев за накнаду нематеријалне штете због неоснованог лишења слободе оштећеног против државе. Број дана неоснованог лишења слободе, према наведеним пресудама, износи 10.500 дана, док је укупан новчани износ досуђен наведеним пресудама 38.508.220,00 динара.
- за период од 1. јануара 2019. године до 31. децембра 2019. године, донето је укупно 96 пресуда пред надлежним судом којима се усваја тужбени захтев за накнаду нематеријалне штете због неоснованог лишења слободе оштећеног против државе. Број дана неоснованог лишења слободе, према наведеним пресудама, износи 10.215 дана, док је укупан новчани износ досуђен наведеним пресудама 70.708.714,00 динара.
- за период од 1. јануара 2020. године до 31. децембра 2020. године, донето је укупно 98 пресуда пред надлежним судом којима се усваја тужбени захтев за накнаду нематеријалне штете због неоснованог лишења слободе оштећеног против државе. Број дана неоснованог лишења слободе, према наведеним пресудама, износи 18.894 дана, док је укупан новчани износ досуђен наведеним пресудама 93.786.860,50 динара.

Имајући у виду пружене податке, можемо закључити да је за период од три године исплаћено укупно 203.0003.794,50 динара, а на основу укупног броја дана проведених у притвору – 36.609 дана, што је утврђено на основу 259 правноснажних пресуда. Овакви подаци се односе једино на Државно правобранилаштво у Београду, сходно томе да не постоји јединствена електронска база података на нивоу целог Државног правобранилаштва (седишта и одељења).

#### **4.3. Тужба за накнаду штете**

Уколико не дође до усвајања захтева од стране Комисије, те потписивања споразума, као и уколико Комисија не одлучи у остављеном року по

поднетом захтеву, оштећени има право да поднесе тужбу за накнаду штете надлежном суду против Републике Србије.

Приликом подношења тужбе, тужилац, као оштећени, у обавези је да надлежни суд, пре свега, обавести у ком периоду је поднео захтев за накнаду штете ради вансудског решења спора и добровољног измирења обавезе од стране државе, те како је тај поступак пред Министарством окончан. У складу са наводима из тужбе, тужилац је у обавези да достави доказе у прилог својим тврдњама (нпр. прослеђен захтев са потврдом о датуму слања, документацију приложују уз захтев, негативну одлуку Комисије по захтеву и слично). Наиме, документација која је приложена првенствено уз захтев, сада постаје и саставни део тужбе, којом приликом суд, узимајући у обзир све околности случаја, доноси одлуку у првом степену.

Уколико тужилац не буде задовољан исходом првостепеног поступка, он има на располагању све редовне и ванредне правне лекове ради доношења потенцијално другачије одлуке од стране суда вишег степена. Такође, у случају негативне одлуке националних судова, након што исцрпи сва домаћа правна средства, тужилац може поднети представку Европском суду за људска права, позивајући се на повреду члана 5, став. 5 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, као и члана 3 Протокола бр. 7 уз Конвенцију.<sup>16</sup>

#### **4.4. Аналитички и критички осврт**

На основу изнетих података, приказаних у овом раду, изводи се закључак о неадекватном вансудском решавању предмета од стране Комисије за накнаду штете, сходно броју поднетих захтева. Наиме, уколико упоредимо податке поднетих захтева са бројем решених предмета пред Комисијом, евидентна су два проблема: први је често пасивно држање Комисије, односно непоступање по захтеву, док је други незадовољство оштећених предложеном висином новчаног износа на име накнаде штете. Оваквим поступањем Комисије, ниподаштава се циљ законодавца, да се без покретања парничног поступка реши питање накнаде штете у сваком конкретном случају, услед чега би се растеретили надлежни судови масовних тужби.

Осим непоступања по захтеву (или непоступања у законом предвиђеном року, услед чега оштећени бива приморан да поднесе тужбу надлежном

---

<sup>16</sup> Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода са додатним протоколима бр. 4, 6, 7, 11, 12 и 13 од 1950. год., *Службени лист СЦГ – Међународни уговори* бр. 5/2005 и 7/2005.

суду), у пракси је чест проблем одређивања висине накнаде штете која се треба досудити оштећеном. Наиме, имајући у виду одредбе члана 200 Закона о облигационим односима, неспорно је да се у сваком конкретном случају треба одредити висина накнаде штете (што од стране Комисије, што од стране поступајућег суда) имајући у виду све чињенице случаја,<sup>17</sup> што уједно значи да не постоји фиксно одређен износ од стране државе који се исплаћује по сваком започетом дану проведенем неосновано у притворским, односно затворским јединицама. Овакав закључак потврђен је пресудом Европског суда за људска права *Vasilevskiy and Bogdanov v. Russia*, где је утврђено да је први апликант био лишен слободе у трајању од годину и по дана, док је други апликант неосновано осуђен на казну затвора у трајању од 4 месеца. Разматрајући чињенице случаја, Европски суд је утврдио да је држава повредила Конвенцију, сходно чињеници да је одлука националних органа била да оштећенима припада ниско одређен износ на име накнаде штете, свега 2,70 евра и 7 евра по дану, што никако не може бити еквивалент претрпеленој штети, те је утврђено да је држава у обавези да оштећенима плати по 5000 евра на име накнаде штете због неоснованог лишења слободе, односно неосноване осуде. Осим тога, Европски суд је истакао да право на накнаду штете мора да представља уједно и накнаду за сваку невољу, анксиозност и фрустрацију које је особа могла претрпети услед кршења члана 5, став 5 Конвенције, да се износ накнаде одређује за сваки предмет појединачно, сходно чињеницама датог случаја, те да је ниско одређење висине накнаде претрпљене штете од стране државе недопустиво.<sup>18</sup>

Још један од недостатака предметног поступка за остваривање права на накнаду штете јесте да је покретање и вођење парничног поступка, те извођење доказа, пропраћено спорашћу, те да оштећени, како би као тужилац доказао своје наводе, мора да сноси одређене трошкове, попут трошкова плаћања судских такси, плаћања предујма ради потенцијалног одређивања вештачења и сл (Марковић, 2016).

Имајући у виду све напред наведено, можемо закључити да је неопходно адекватно поступање од стране Комисије, и то на тај начин што ће се о поднетим захтевима, пре свега, благовремено одлучивати, у законом прописаном року. Осим тога, неопходно је разматрање свих чињеница случаја пре доношења одлуке у управном поступку, на који начин би се исправно одредила висина износа која припада оштећеном на име накнаде штете, у сваком конкретном случају. На самом крају, али не и мање

---

17 Одлука Врховног касационог суда, Рев 52/2017. *Case 9647/02 Shilyayev v. Russia*, [2006] ECHR, § 21.

18 *Case 52241/14 74222/14 Vasilevskiy and Bogdanov v. Russia* [2018] ECHR, §17–26.

битно, неопходно је одређивање посебног механизма функционисања судских поступака у предметима који проистекну због неосноване осуде и неоснованог лишења слободе, како би се решавање предмета спровело у разумном року, без одуговлачења и без непотребних трошкова које првенствено мора предујмити оштећени.

## 5. Поступак за остваривање права на морално задовољење

Поступак за остваривање права на морално задовољене „може покренути оштећени, као тужилац, под истим условима који се односе на неосуђивано лице, као и кад је поводом ванредног правног лека измењена правна квалификација кривичног дела, ако је услед правне квалификације у ранијој пресуди био теже повређен углед осуђеног; након смрти осуђеног лица, поступак може покренути лице са којим је осуђени живео у брачној или ванбрачној заједници живота, деца, родитељи, браћа и сестре”.<sup>19</sup>

Могуће су две ситуације. „Ако је случај на који се односи неосновано лишење слободе или неоснована осуда неког лица приказиван преко средстава јавног информисања и тиме био повређен углед тог лица, суд ће на његов захтев, објавити у средству јавног информисања саопштење о одлуци из које произилази неоснованост лишења слободе, односно неоснованост осуде”.<sup>20</sup> Реч је о тзв. моралној рехабилитацији. У супротном, што представља другу ситуацију, „овакво саопштење ће се, на захтев тог лица, доставити државном и другом органу, предузећу и другом правном или физичком лицу код кога је лице неосновано лишено слободе или неосновано осуђено у радном односу”.<sup>21</sup> Закоником о кривичном поступку је предвиђено да „се овај поступак може покренути, иако није поднет захтев за накнаду штете”.<sup>22</sup>

„Захтев за остваривање права на морално задовољење подноси се у року од шест месеци суду који је у кривичном поступку судио у првом степену, док о самом захтеву одлучује веће”.<sup>23</sup>

---

19 Чл. 592. Законика о кривичном поступку («Сл. гласник РС» бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019 и 27/2021 – одлука УС).

20 Чл. 592, став 1. Законика о кривичном поступку («Сл. гласник РС» бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019 и 27/2021 – одлука УС).

21 Чл. 592, став 2. Законика о кривичном поступку («Сл. гласник РС» бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019 и 27/2021 – одлука УС).

22 Чл. 592, став 4. Законика о кривичном поступку («Сл. гласник РС» бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019 и 27/2021 – одлука УС).

23 Чл. 593. Законика о кривичном поступку («Сл. гласник РС» бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019 и 27/2021 – одлука УС).



## **6. Поступак за остваривање права на признање радног стажа или стажа осигурања**

Законик о кривичном поступку предвиђа да „лице којем је због неоснованог лишења слободе или неосноване осуде престао радни однос или својство осигураника социјалног осигурања, признаје се радни стаж, односно стаж осигурања као да је остао на раду, за време за које је због неоснованог лишења слободе или неосноване осуде стаж изгубило, те да се у стаж урачунава и време незапослености до које је дошло због неоснованог лишења слободе или неосноване осуде, а која није настала кривицом тог лица”.<sup>24</sup>

У случају непоштовања законских одредби приликом вршења урачунавања стажа, оштећени има „право на подношење тужбе против органа или организације која оспорава признати стаж и против Републике Србије, при чему ће се исплатити из буџетских средстава прописани допринос за време за које је стаж признат, на захтев органа, односно организације код које се право на радни стаж, односно стаж осигурања остварује”.<sup>25</sup>

Околност да је тужилац ослобођен од оптужбе зато што није доказано да је извршио кривично дело које му је оптужницом стављено на терет, не даје му право на накнаду материјалне штете – изгубљене зараде због престанка радног односа, по основу незаконитог и неправилног поступања јавног тужилаштва које је без доказа покренуло кривични поступак. Овакво тумачење се може применити једино у случајевима кад је надлежно јавно тужилаштво покренуло кривични поступак за кривично дело које се гони по службеној дужности у складу са овлашћењем и обавезом предвиђеном у тада важећем Закону о кривичном поступку.<sup>26</sup>

## **7. Закључак**

Циљ вођења кривичног поступка јесте извођење доказа ради утврђивања и доношења одлуке да ли је окривљени крив за кривично дело које му се ставља на терет. Међутим, сама сумња у извршење кривичног дела може довести до одређивања притвора из законом предвиђених разлога, а самим тим и до доношења осуђујуће пресуде. Ово не значи уједно да су такве одлуке биле оправдане. Осуђујућа пресуда се може побијати редовним, а изузетно и ванредним правним лековима – у случају да се иста

<sup>24</sup> Чл. 595. Законика о кривичном поступку (*«Сл. гласник РС»* бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019 и 27/2021 – одлука УС).

<sup>25</sup> Чл. 595, став 3. и 4. Законика о кривичном поступку (*«Сл. гласник РС»* бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019 и 27/2021 – одлука УС).

<sup>26</sup> Одлука Врховног касационог суда, Рев 395/2017.

побија након правноснажности, што у сваком случају може резултирати њеним преиначењем. Такође, доношење ослобађајуће пресуде, а након спроведеног притвора, рађа обавезу на страни државе за накнаду штете оштећеном.

У таквим случајевима, лице неосновано лишено слободе, односно неосновано осуђено, може захтевати на основу закона поновно успостављање нарушених права. Из тог разлога, прописан је и детаљно уређен поступак који се покреће првенствено подношењем захтева Комисији, те надлежном суду, у законом предвиђеном року. Да би права оштећеног била остварена, неопходно је да Комисија у законом предвиђеном року доноси одлуке, те да накнаду штете одређује имајући у виду све околности случаја, односно да сама висина одређене накнаде заиста одговара претрпљеној штети. У супротном, заштита права се мора захтевати пред надлежним судом.

Сврха прописивања посебног поступка од стране законодавца јесте, свакако, успостављање онаквог стања какво би постојало да оштећени није у прошлости неосновано лишен слободе, односно неосновано осуђен. Како се, по природи ствари, не може увек извршити реституција, неопходно је да држава измири своју облигациону обавезу накнадом материјалне и/или нематеријалне штете на основу споразума, односно правноснажне судске пресуде која ће бити еквивалентна штети коју је претрпео оштећени.

### **Литература и извори**

Београдски центар за људска права (2017) *Људска права у Србији 2017, Право, пракса и међународни стандарди људских права*. Београд: Београдски центар за људска права.

Вујаклија, Д. (1982). Накнада штете причињене неоправданом осудом и неоснованим лишењем слободе. *Правни живот* (12). 1301–1311.

Грубач, М. (1979). *Накнада штете за неоправдану осуду и неосновано лишење слободе*. Београд: Савремена администрација.

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода са додатним протоколима бр. 4, 6, 7, 11, 12 и 13 од 1950. год., *Службени лист СЦГ – Међународни уговори* бр. 5/2005 и 7/2005.

Закон о облигационим односима. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 29.78. 39.85. 45.89 – одлука УСЈ 57.89. *Службени лист СРЈ*. Бр. 31.93. *Службени лист СЦГ*. Бр. 1.2003 – Уставна повеља. *Службени гласник РС*. Бр. 18.2020.

Законик о кривичном поступку. *Службени гласник РС*. Бр. 72.2011. 101.2011. 121.2012. 32.2013. 45.2013. 55.2014. 35.2019. 27.2021 – одлука УС.

Кнежевић, С. (2001). Отклањање штетних последица неосноване осуде и неоснованог лишења слободe у сфери радних односа и социјалног осигурања. *Зборник радова Правног факултета у Нишу бр. 40–41*. 198-213.

Марковић, М. (2014). Основ одговорности за штету због неоснованог лишења слободe и неосноване осуде. *Право – теорија и пракса, вол. 31, бр. 1–3*. 40-52.

Марковић, М. (2016). *Грађанскоправна одговорност за штету због неоснованог лишења слободe и неосноване осуде*. Преузето 07. 10. 2021. <https://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/id/58656/Disertacija3869.pdf>.

Мрвић-Петровић, Н., Петровић, З. (2010). Накнада штете због неоснованог лишења слободe или неосноване осуде у страним законодавствима. *Страни правни живот, 54(3)*. 7-32.

Одлука Врховног касационог суда, Рев 52/2017.

Одлука Врховног касационог суда, Рев 395/2017.

Одлука Врховног касационог суда, Рев 2931/2019.

Петровић, З. (2001). Накнада штете за неоправдану осуду и неосновано лишење слободe. *Право – теорија и пракса 18 (4)*. 3–24.

Правни портал (2016). *Неосновано осуђени, накнада штете и став Уставног суда*. Преузето 01. 09. 2021. године <https://www.pravniportal.com/neosnovano-osudeni-naknada-stete-stav-ustavnog-suda/>

Република Србија, Министарство правде, *Захтев за накнаду штете неосновано осуђених и неосновано лишених слободe*. Преузето 30. 07. 2021. <https://www.mpravde.gov.rs/tekst/15039/zahtev-za-naknadu-stete-neosnovano-osudjenih-i-neosnovano-lisenih-slobode.php>

Симовић, М, Јовашевић, Д. (2017). Заштита права неосновано осуђеног лица и лица неосновано лишеног слободe у кривичном и прекршајном праву Републике Србије. *Српска правна мисао вол. 1. бр. 50*. 81-102.

Устав Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 98.2006.

Case 52241/14, 74222/14 *Vasilevskiy and Bogdanov v. Russia* [2018] ECHR.

Case 9647/02 *Shilyayev v. Russia*, [2006] ECHR.

**Dragana Milovanović,**  
PhD Student,  
Faculty of Law, University of Niš

**PROCEDURE FOR EXERCISING THE RIGHTS OF A PERSON WRONGFULLY  
DEPRIVED OF LIBERTY OR WRONGFULLY CONVICTED**

**Summary**

*The Criminal Procedure Code of the Republic of Serbia provides special proceedings for exercising the rights of a person wrongfully deprived of liberty or wrongfully convicted (Chapter 25, Articles 583-595 CPC). The introduction of such proceedings in the Serbian criminal legislation is a consequence of an enormous number of acquittals, particularly in cases where the defendant has been subjected to the most serious security measure aimed at ensuring presence of the accused person in criminal procedure. These proceedings appeared to be necessary for the purpose of exercising the wrongfully detained or convicted person's right to compensation for damage. In particular, it refers to situations where the final court decision was reversed and the person was acquitted after lodging an appeal for extraordinary legal remedies. In such circumstances, the procedure includes two interconnected stages: initiating an administrative proceeding and initiating court proceedings. Thus, if the injured party does not exercise the envisaged rights on the basis of the submitted request for initiating the administrative procedure, he/she is entitled to initiate court proceeding before the competent court against the Republic of Serbia as a responsible party. By introducing the possibility of exercising the injured party's rights in administrative proceedings, the legislator's primary goal when prescribing this procedure was to ease the courts' workload in handling collective lawsuits. In that context, the aim of this paper is to describe the process of initiating and conducting both phases of these proceedings, and to point out to some omissions in the work of the Damage Compensation Commission in the course of administrative proceedings, which are detrimental to the injured party and directly contrary to the legislator's intention. For the purpose of precluding future omissions, the author draws attention to the main drawbacks of the entire procedure.*

**Keywords:** *wrongfully convicted, wrongfully detained, damage compensation claim, procedure, fair compensation.*

## ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ (M51)

### УПУТСТВО АУТОРИМА

|   |  |
|---|--|
| <b>Опште напомене</b>                   | Рукопис рада компјутерски обрадити коришћењем програма <b>Word</b> , у фонту <b>Times New Roman ћирилица (Serbian-Cyrillic)</b> , (осим оригиналних латиничних навода), <b>величина фонта 12 pt</b> , размак између редова 1,5. Формат странице треба да буде <b>A4</b> .  |
| <b>Обим рада</b>                        | Један ауторски табак - рад не треба да има више од <b>40.000 карактера</b> , односно 6.000 карактера када се ради о приказима, укључујући размаке.   |
| <b>Језик и писмо</b>                    | Језици на којима се могу објављивати радови су српски, енглески, руски, француски и немачки.   |
| <b>Наслов рада</b>                      | <b>Наслов рада</b> купати величином фонта <b>14 pt, bold</b> , Times New Roman<br>Наслов рада приложити и на енглеском језику.   |
| <b>Аутор(и)</b>                         | Не уносити име(на) аутора у текст рада да би се обезбедила анонимност рецензирања. Подаци о аутору(има) биће доступни редакцији преко Асистент програма.   |
| <b>Подаци о пројекту или програму*</b>  | На дну прве странице текста, треба навести у фусноти следеће:<br>Назив и број пројекта, назив програма, назив институције која финансира пројекат.   |
| <b>Подаци о усменом саопштењу рада*</b> | Ако је рад био изложен на научном скупу у виду усменог саопштења под истим или сличним називом, податак о томе треба навести у оквиру посебне напомене на дну прве стране текста (фуснота).  |
| <b>Апстракт</b>                         | Апстракт садржи 100-250 речи.  |
| <b>Кључне речи</b>                      | Не више од 10 кључних речи на српском и енглеском језику (Key words).  |
| <b>Напомена о анонимности</b>           | У тексту се не смеју користити изрази који упућују или откривају идентитет аутора (нпр. „о томе видети у нашем раду...“ или „...мој рад под називом ...“ и слично). Неопходно је избрисати из самог документа било коју персоналну информацију/име које упућује на аутора. Могу се приложити документи у чијем опису као и тексту нема персоналних информација.                  |
| <b>Структура текста</b>                 | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Увод</li> <li>2. Поднаслов 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Поднаслов 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Поднаслов 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Поднаслов 2</li> <li>4. Закључак</li> </ol> <p>Наслови и поднаслови пишу се фонтом 12 pt, <b>bold</b>.</p>              |
| <b>Литература (References)</b>          | Пише се након текста, као посебна секција. Поређати све јединице азбучним редом по презимену аутора, а код истог аутора, по години издавања (од најновије до најстарије). Молимо ауторе да искључе команду numbering, тј. без бројева испред. (Погледати табелу на крају упутства).  |
| <b>Резиме (Summary)</b>                 | Пише се на крају текста после Литературе, дужине до 2 000 карактера (укључујући размаке), на српском и енглеском језику.   |
| <b>Табеле, графикони, слике</b>         | Табеле урадити у Wordу или Excelу.<br>Фотографије, графиконе или слике доставити у формату .jpg.   |
| <b>Ауторска права</b>                   | Аутори радова потписују сагласност за пренос ауторских права.<br>Изјаву преузети <a href="#">овде</a> .  |
| <b>Достава радова</b>                   | Радови се предају путем онлајн система за електронско уређивање АСИСТЕНТ, <a href="https://aseestant.ceon.rs/index.php/zpfn/index">https://aseestant.ceon.rs/index.php/zpfn/index</a><br>ПРИЛИКОМ ПРЕДАЈЕ РУКОПИСА ПОТРЕБНО ЈЕ ДА АУТОРИ ПОПУНЕ СВЕ ПОДАТКЕ О СЕБИ У РУБРИЦИ "МЕТАПОДАЦИ" (АФИЛИЈАЦИЈА, ЗВАЊЕ, СТАТУС, ИНСТИТУЦИЈА, ГРАД, ДРЖАВА), КАО И КЉУЧНЕ РЕЧИ ЗА РУКОПИС. |

\* Ови подаци уносе се само у случају да рад испуњава наведене услове (пројекат или саопштење)

## УПУТСТВО ЗА ЦИТИРАЊЕ ЛИТЕРАТУРЕ

Навођење цитата треба урадити у тексту, као што је наведено у упутству. **Фус ноте** користити само када је неопходно пружити додатно објашњење или пропратни коментар, као и у случају позивања на нормативни акт, службена гласила и одлуке судова.

**Цитати и позиви на литературу у тексту и листа библиографских јединица на крају текста морају се у потпуности слагати.** Сваки цитат из текста и позив на литературу мора да се нађе на листи библиографских јединица, односно, свака библиографска јединица наведена у литератури мора да се нађе у тексту. Позив на библиографске јединице наводи се у оригиналном писму, без превођења.

| Врста рада                             | Референце – литература  | Цитирање у тексту  |
|--|---|--|
| Књига,<br>1 аутор                      | Келзен, Х. (2010). <i>Општа теорија права и државе</i> . Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.  | (Келзен, 2010: 56)   |
| Књига,<br>Више аутора                  | Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Београд: Београдски центар за људска права.   | <b>Прво цитирање у тексту:</b><br>(Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128)<br><b>Наредно цитирање у тексту:</b><br>(Dimitrijević et al. 2007: 200)  |
| Колективно ауторство                   | <i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.  | (Oxford, 1996: 245)  |
| Рад или део књиге која има приређивача | Nolte, K. (2007). <i>Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga</i> . U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Београд: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.  | (Nolte, 2007: 280)   |
| Чланак у часопису                      | Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46   | (Марковић, 2006: 36)   |
| Енциклопедија                          | Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.   | (Pittau, 1983: 3)  |
| Институција као аутор                  | Републички завод за статистику. (2011). <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11.   | (Републички завод за статистику, 2011)   |
| Прописи                                | Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 62. 2004.   | <b>Фус нота:</b><br>Чл. 12. Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Сл. гласник РС</i> , 62/04  |
| Судске одлуке                          | Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 или <i>Отојуди v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IY-197/2002. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 57. 2003.   | <b>Фус нота:</b><br>Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] или Одлука Уставног суда IY-197/2002  |
| Електронски извори                     | Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Преузето 15.11.2005.<br><a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> или European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007.<br><a href="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</a> | <b>Навођење у тексту:</b><br>(Wallace, 2001)<br><b>Фус нота:</b><br>European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007.<br><a href="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</a> |

## ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

### UPUTSTVO AUTORIMA

|  |  |
|--|--|
| <b>Opšte napomene</b>                    | Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fontu <i>Times New Roman</i> ćirilica (Serbian-Cyrillic), (osim originalnih latiničnih navoda), <b>veličina fonta 12 pt</b> , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da bude <b>A4</b> .  |
| <b>Obim rada</b>                         | Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od <b>40.000 karaktera</b> , odnosno 6.000 karaktera kada se radi o prikazima, uključujući razmake.  |
| <b>Jezik i pismo</b>                     | Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemački.  |
| <b>Naslov rada</b>                       | <b>Naslov rada</b> kucati veličinom fonta <b>14 pt, bold</b> , Times New Roman<br>Naslov rada priložiti i na engleskom jeziku.   |
| <b>Autor(i)</b>                          | Ne unositi ime(na) autora u tekst rada da bi se obezbedila anonimnost recenziranja. Podaci o autoru(ima) biće dostupni redakciji preko Asistent programa.  |
| <b>Podaci o projektu ili programu*</b>   | Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće:<br>Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.   |
| <b>Podaci o usmenom saopštenju rada*</b> | Ako je rad bio izložen na naučnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili sličnim nazivom, podatak o tome treba navesti u okviru posebne napomene na dnu prve strane teksta (fusnota).   |
| <b>Apstrakt</b>                          | Apstrakt sadrži 100-250 reči.  |
| <b>Ključne reči</b>                      | Ne više od 10 ključnih reči na srpskom i engleskom jeziku (Key words).   |
| <b>Napomena o anonimnosti</b>            | U tekstu se ne smeju koristiti izrazi koji upućuju ili otkrivaju identitet autora (npr. „o tome videti u našem radu...“ ili „...moj rad pod nazivom ...“ i slično). Neophodno je izbrisati iz samog dokumenta bilo koju personalnu informaciju/ime koje upućuje na autora. Mogu se priložiti dokumenti u čijem opisu kao i tekstu nema personalnih informacija.                          |
| <b>Struktura teksta</b>                  | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Uvod</li> <li>2. Podnaslov 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Podnaslov 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Podnaslov 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Podnaslov 2</li> <li>4. Zaključak</li> </ol> <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, <b>bold</b>.</p>                     |
| <b>Literatura (References)</b>           | Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poredati sve jedinice azbučnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da isključe komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).  |
| <b>Rezime (Summary)</b>                  | Piše se na kraju teksta posle Literature, dužine do 2 000 karaktera (uključujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.  |
| <b>Tabele, grafikoni, slike</b>          | Tabele uraditi u Wordu ili Excelu.<br>Fotografije, grafikone ili slike dostaviti u formatu .jpg.   |
| <b>Autorska prava</b>                    | Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava.<br>Izjavu preuzeti <a href="#">ovde</a> .  |
| <b>Dostava radova</b>                    | Radovi se predaju putem onlajn sistema za elektronsko uređivanje ASISTENT, <a href="https://aseestant.ceon.rs/index.php/zrpfni/index">https://aseestant.ceon.rs/index.php/zrpfni/index</a><br>PRILIKOM PREDAJE RUKOPISA POTREBNO JE DA AUTORI POPUNE SVE PODATKE O SEBI U RUBLRICI "METAPODACI" (AFILIJACIJA, ZVANJE, STATUS, INSTITUCIJA, GRAD, DRŽAVA), KAO I KLJUČNE REČI ZA RUKOPIS. |

\* Ovi podaci unose se samo u slučaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)



## UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navođenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

**Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati.** Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevođenja.

| Vrsta rada                              | Reference – literatura   | Citiranje u tekstu   |
|---|--|--|
| Knjiga, 1 autor                         | Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava i države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu  | (Kelzen, 2010: 56)   |
| Knjiga, Više autora                     | Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava   | <b>Prvo citiranje u tekstu:</b><br>(Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128)<br><b>Naredno citiranje u tekstu:</b><br>(Dimitrijević et al., 2007: 200)   |
| Kolektivno autorstvo                    | <i>Oxford essential world atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press   | (Oxford, 1996: 245)  |
| Rad ili deo knjige koja ima priređivača | Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U V.Pavlović i S.Orlović (Prir.), <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> (str. 279-289). Beograd: Konrad Adenauer Stiftung   | (Nolte, 2007: 280)   |
| Članak u časopisu                       | Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. <i>Anali Pravnog fakulteta u Beogradu</i> . 2(LIV). 5-46  | (Marković, 2006: 36)   |
| Enciklopedija                           | Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha   | (Pittau, 1983: 3)  |
| Institucija kao autor                   | Republički zavod za statistiku. <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11 (2011)  | (Republički zavod za statistiku, 2011)   |
| Propisi                                 | Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62 (2004)  | <b>Fusnota:</b><br>Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04   |
| Sudske odluke                           | Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002, <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57 (2003)  | <b>Fusnota:</b><br>Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002   |
| Elektronski izvori                      | Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15, November 2005, from <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> ili European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from <a href="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</a> | <b>Navođenje u tekstu:</b><br>(Wallace, 2001)<br><br><b>Fusnota:</b><br>European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from <a href="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</a> |



## Collection of Papers, Faculty of Law, Niš (M51)

### GUIDELINES FOR AUTHORS

|  |   |
|--|---|
| <b>General notes</b>   | The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font <b>Times New Roman (Serbian-Cyrillic)</b> , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.   |
| <b>Paper length</b>  | The paper shall not exceed 16 pages.<br><b>An article</b> shall not exceed 40.000 characters (including spaces).<br><b>A review</b> shall not exceed 6.000 characters (including spaces).   |
| <b>Language and script</b>                                   | Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.  |
| <b>Paper Title</b>   | <b>The paper title</b> shall be formatted in font <b>Times New Roman</b> , font size <b>14 pt, bold</b> . The title shall be submitted in English as well.  |
| <b>Author(s)</b>   | In order to ensure the author's anonymity and preclude bias in the double-blind peer review process, the author's name and surname should not be included in the article submitted for review. The data about the author(s) will be available to the Editorial staff via the Assistant program.   |
| <b>Data on the project or program*(optional)</b>             | In the footnote at the bottom of the first page of the text shall include: the project/program title and the project number, the project title, the name of the institution financially supporting the project.   |
| <b>Data on the oral presentation of the paper*(optional)</b> | In case the paper has already been presented under the same or similar title in the form of a report at a prior scientific conference, authors are obliged to enter a relevant notification in a separate footnote at the bottom of the first page of the paper.  |
| <b>Abstract</b>  | The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most   |
| <b>Key words</b>   | The list of key words following the abstract shall not exceed 10 key words.<br>The key words shall be submitted in both Serbian and English.  |
| <b>Note on author's identity (anonymity)</b>                 | In order to ensure the author's anonymity, the text of the submitted article should not include phrases that refer to or reveal the author's identity (e.g. "for more information, see our paper on..." or "my paper titled...", and alike). The authors of the document must delete their names from the text, with "Author" and year used in the references and footnotes, instead of the authors' name, article title, etc. Also, author identification should also be removed from the properties for the file. |
| <b>Text structure</b>  | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Introduction</li> <li>2. Chapter 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Section 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Subsection 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Chapter 2</li> <li>4. Conclusion</li> </ol> <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, <b>bold</b>.</p>  |
| <b>References</b>  | At the end of the submitted text, the author(s) shall provide a list of References. All entries shall be listed in alphabetical order by author's surname, and each entry shall include the source and the year of publication. When referring to the same author, include the year of publication (from the most recently dated backwards). Please, see the table at the end of the <b>Guidelines for Authors</b> .  |
| <b>Summary</b>   | The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English.   |
| <b>Tables, graphs, figures</b>                               | Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> .<br>Photos, graphs or figures shall be in <b>jpg</b> format.  |
| <b>Copyright</b>   | The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded <a href="#">here</a> .   |
| <b>Paper submission</b>                                      | The articles are to be submitted via online editorial management system ACHTEHT, <a href="http://asestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index">http://asestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index</a>  |

\* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

## CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

| Type of work                                     | References  | In-text citation   |
|--|---|--|
| Book<br>(a single author)                        | Jones, C. P. (1994). <i>Investments: Analysis and Management</i> . New York: John Wiley & Sons. Ltd.  | (Jones, 1994: 123)   |
| Book<br>(a number of authors)                    | Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shafner, K., Mozur, M. (2006). <i>Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners</i> . Bratislava: UNDP  | <b>First in-text citation:</b><br>(Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31)<br><b>A subsequent in-text citation:</b><br>(Osterrieder et al., 2006: 45)  |
| Joint authorship<br>(a group of authors)         | <i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press  | (Oxford, 1996: 245)  |
| An article or a chapter in a book with an editor | Scot, C., del Busto, E. (2009). <i>Chemical and Surgical Castration</i> . In Wright, R. G. (ed.), <i>Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions</i> (pp. 291-338). New York: Springer  | (Scot, del Busto, 2009: 295)   |
| Journal article                                  | Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). <i>Typology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher</i> . <i>Sex Abuse</i> . 19 (2). 73-89   | (Sandler, Freeman, 2007: 79)   |
| Encyclopedia                                     | Pittau, J. (1983). <i>Meiji constitution</i> . In <i>Kodansha Encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha  | (Pittau, 1983: 3)  |
| Institution (as an author)                       | Statistical Office of the Republic of Serbia, <i>Monthly statistical bulletin</i> , No. 11 (2011)   | (Statistical Office RS, 2011)  |
| Legal documents and regulations                  | Education Act, Official Gazette RS, No. 62 (2004)   | <b>Footnote:</b> Article 12. Education Act, Official Gazette RS, 62/04   |
| Court decisions                                  | Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905; or <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10; or Constitutional Court decision IV-197/2002, <i>Official Gazette RS</i> , No. 57 (2003)  | <b>Footnote:</b><br>Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] or<br>Constitutional Court decision IV-197/2002   |
| Online sources                                   | Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15 November 2005, from <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> ; or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from <a href="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</a> | <b>In-text citation:</b><br>(Wallace, 2001)<br><b>Footnote:</b><br>European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from <a href="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</a> |