

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ

NOVI SAD FACULTY OF LAW SERBIA

ЗБОРНИК РАДОВА

COLLECTED PAPERS

LVIII

2/2024



НОВИ САД 2024

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ

ЗБОРНИК РАДОВА

За издавача
Проф. др Татјана Бугарски
декан Правног факултета у Новом Саду

Главни уредник
Проф. др Владимир Марјански

Зборник радова Правног факултета у Новом Саду
доступан је у више електронских база:



Зборник излази непрекидно од 1966. године.
Од 2012. године Зборник излази четири пута годишње.

УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
UNIVERSITY OF NOVI SAD
FACULTY OF LAW NOVI SAD
(SERBIA)



ЗБОРНИК РАДОВА COLLECTED PAPERS

LVIII 2 (2024)

НОВИ САД, 2024.

ЗРПФНС, година LVIII Нови Сад, бр. 2 (2024)

УДК 3

ISSN 0550-2179

eISSN 2406-1255

САДРЖАЈ TABLE OF CONTENTS

<i>Марко С. Трајковић, Драјица С. Дракић</i> О могућој неморалности права	355
<i>Вук Г. Раговић</i> Виртуелне скупштинске седнице	371
<i>Мирјана З. Раговић</i> Утврђивање својства контролног члана друштва капитала	395
<i>Дарко Т. Димовски</i> Паметни градови у функцији превенције криминалитета	419
<i>Андреј М. Мићовић, Борко Н. Михајловић</i> Структурална и садржинска реформа правила о продаји на даљину	435
<i>Далибор Б. Ђукић</i> Правни положај верских заједница у социјалистичкој Југославији	451
<i>Душан Д. Николић</i> Удели у друштву са ограниченом одговорношћу	471
<i>Бојана Д. Сиџанковић</i> Exclusionary Rule и доказне забране у америчком праву	493

Марко С. Трајковић
Универзитет у Нишу
Правни факултет у Нишу
marko@prafak.ni.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-5302-918X

Драгиша С. Дракић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Drakis@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-5248-6562

О МОГУЋОЈ НЕМОРАЛНОСТИ ПРАВА*

Сажетак: *Право је моћни извор моралног добра, али истовремено и извор моћне неморалности. Више различитих праваца у теорији и филозофији права напало је тумачењу права из крајње нормативистичко-позитивистичке равни која је увек неирала нужну везу права и моралних вредности. На тај начин право је доведено у домену своје примене у улогу „изазивача“ неморалних дела, што је посебно оштро у материји кривичног права. Оно као такво, вредносно неутрално, није више било у стању да, како то наводи Лео Штраус, разликује добро од зла. Тако је поставка „закон је закон“ довела до слома људског достојанства, а све у име правне сигурности која је као правна вредност обезбеђена кроз позитивистичку и нормативистичку раван. Најори да се свети права објасни мимо друштва и свети вредности довела је до прецизирања појма права, али та је истовремено сузила и омеђила му домен примене, чиме је неовраћно учињена штета.*

Кључне речи: *право, кривично право, правни позитивизам, нормативизам, морал, неморал, вредности.*

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

1. УВОД

Својим ставом „закон је закон“ правни позитивизам је свој основ по-сматрања права нашао, у антиподу правди у правној сигурности, коју ће правни позитивизам одредити као највишу вредност. Тако одређена вредност правне сигурности директно је супротна правди и осталим моралним вредностима. На тај начин право је постало могући извор неморалности, што се највише манифестовало у материји кривичног права.

Свака идеја да се правна заповест поистовети са вољом некога, у ранијем добу са вољом суверена, доводи у опасност објашњење обавезујуће снаге правне норме. Правни позитивизам је имао „намеру“ да се „обрачуна“ са свим што је протумачио као морални, односно метафизички елемент. С једне стране обезбедио је какву такву сигурност, али је довео у опасност могућност критичког сагледавања стварности што је могуће учинити са аксиолошке равни, која је најпотребнија у кривичном праву. Све изван рационалних оквира постало је за право непотребан терет који замагљује његово поимање, те је тако у том тренутку правни позитивизам и однео победу над оним што се сматрало да остаје ван правног домена. Оваква победа била је привремена и постала је у једном тренутку извор немерљивог зла. Тада када више ништа није било битно осим закона израженог у вољи суверена право је од своје могућности да буде извор неморала постало сигуран извор зла. Такво право иако је било прецизно, иако је правна норма имала све потребне елементе, било је извор неморала, и то се најбоље могло видети у његовој примени, а у домену кривичног права.

Проблем примене је двострук, с једне стране захтева прецизност, али мора да допусти да је право поникло у друштву и своју сврху испуњава чинећи да то друштво буде боље. Из тог разлога се донекле можемо сложити са Хербертом Хартом да појмови морала могу да замагле правну стварност, али и да се не сложимо јер морални појмови су претходно питање правног поретка. Тако изгледа да морамо прихватити интегралистичку поставку права како би избегли све замке једностраности. Те се утолико можемо сложити и са нормативистичким посматрањем права, али само донекле, до тренутка када се потпуно негира улога друштва у стварању права.

Неморалност права могућа је онда када се у име оправдане правне сигурности све остало заборави. Када се заузме став да је правна сигурност од свих вредности „најлепша“. Наравно, право као систем подразумева неопходно постојање правне сигурности јер је немогуће замислити правни систем без ње, али је исто тако немогуће замислити га без других вредности које су брана од волунтаризма испољеног у вољи суверена.

2. ПУТЕВИ НЕМОРАЛНОСТИ ПРАВА

Свеукупно бављење правом у делу теорије и филозофије права, увек се кретало у цикличним круговима незадовољства. У једном тренутку то је било незадовољство недовољном прецизношћу у одређењу појма права, док је у другом то било изражено у не повезаности права са друштвом и аксиологијом. Некада се немоћ савладавања стварности спајала са нихилизмом и ставом „ништа не постоји“ или „када би нешто и постојало, не би се могло сазнати“ и на крају „кад би се могло сазнати, не би се могло саопштити другима“.¹ Тако се немоћ претворила у негирање било чега што превазилази рационалне оквире изражене у вољи људи, што је за резултат у праву имало за став да је боље имати закон но немати.

Ово је био почетак пута неморалности права јер је онда уследила и поставка „право није ништа друго него резултат интересне политике оних који владају“.² Оно то јесте, али се не може у разматрању права, ако се жели боље право, стати на тој констатацији. Дакле, право се не може свести на „корист јачег“.³ „Корист јачег“ и јесте увертира неморалности права која је везана за „етику силе“.⁴ Таква етика и није етика, она је заправо недостатак вредносног момента у праву, а закон испуњен злочиначком садржином и није закон, иако „законе утврђују они који имају стварну власт у држави“.⁵ Ако се избрише потреба за моралношћу права онда природно право престаје да буде „инстанција од које зависи легитимизација позитивног права“.⁶ Правни позитивизам и нормативизам испуњавају своју сврху у форми, међутим с обзиром да закон прописује наше различито делање постаје јасно колико је важно утврдити садржину прописа, посебно кривичних.

Наравно, тешко је утврдити колика је веза између правног позитивизма и нормативизма и зла које је право произвело и производи. Тешко је чак утврдити и значење израза правни позитивизам, те још једино можемо рећи да је то јасна тежња „новије правне знаности, антиприродноправне и антиидеалистичке, да властитим исказима даде објективност и прецизност природних и логичких знаности. Већи дио модерне правне мисли, заиста, има двије темељне методолошке особине: усмјереност на искуствено и етичку неутралност“.⁷ Изгледа да ће се правни позитивизам везивати за једноставну поставку обавезности правила, односно „To say someone has a ‘legal obligation’

¹ Милош Ђурић, *Из историје античке филозофије*, Службени лист СРЈ, Београд 1996, 211.

² Ibid.

³ Ibid., 207.

⁴ Ibid., 205.

⁵ Ibid., 276.

⁶ Ibid., 282.

⁷ Nikola Visković, *Pojam prava*, Logos, Split 1981, 10.

is to say that his case falls under a valid legal rule that requires him to do or to forbear from doing something” и даље „In the absence of such a valid legal rule there is no legal obligation“.⁸ Овде се већ заснива идеја „закон је закон“ јер право се „приказује право какво јест, не бранећи га тврђењем да је праведно, нити га осуђујући тврђењем да је неправедно“.⁹ Тако се право и своди на наредбу суверена исцрпљену у форми, без намере да се критички преиспита садржина тог императивног правила јер „Тачан појам речи ‘право’ (law) увек обухвата идеју врховне власти која је у стању да принуди људе да јој се повинују“.¹⁰ На ово се надовезује и егзактан став „Правило које је прописао суверен једног друштва својим поданицима“ јесте право.¹¹ Изгледа да се код правног позитивизма, а то је потврдила историја, све подводи под императивна правила која су израз воље суверена, те се отишло и корак даље, право је „Правило због кога су људи обавезни да усагласе своју моралну акцију“.¹² Постало је јасно да је „идеја заповести“ постала носећа.¹³ Чак и ако суверену не дамо право да сам „израђује“ правне норме, право ће бити оно које он примењује, и то баш само из тог разлога.¹⁴

Једна ће група аутора унутар правног позитивизма, постојање права везати за судове, односно то су „правила која су призната у судовима и по којима они раде“.¹⁵ Али и то да се у самој јуриспруденцији имамо бавити предвиђањем „случајева примене јавне силе – што остварују судови“.¹⁶ Ова поставка везана за примену права довела је даље до закључка да је право оптерећено моралним појмовима у својој примени и да мора да буде од њих ослобођено јер „In the law of contract the use of moral phraseology has led to equal confusion“.¹⁷ Однос према моралним нормама ишао је дотле да су норме „позитивне моралности“ имале бити преведене у правне норме.¹⁸ Овако је започео пут одвајања права од морала и не испитивања садржине правне заповести, што јасно може довести до неморалних аката, који сами по себи неће бити везани за појам добра. И сама јуриспруденција свела се на изучавање правила „која су људи поставили за људе“ и тако је скупина „тако

⁸ Conrad Johnson, *Philosophy of Law*, Macmillan Publishing Company, New York 1993, 97.

⁹ N. Visković, *Pojam prava*, 11.

¹⁰ Роско Паунд, *Јуриспруденција I*, ЦИД, Подгорица 2000, 320.

¹¹ *Ibid.*, 321.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*, 323.

¹⁴ *Ibid.*, 332.

¹⁵ *Ibid.*, 333.

¹⁶ *Ibid.*, 334.

¹⁷ С. Johnson, *Philosophy of Law*, 49.

¹⁸ Р. Паунд, *Јуриспруденција I*, 416.

успостављених правила“ постала њен предмет,¹⁹ прецизније „the law is a set of rules specially selected to govern public order, and offers a simple factual test – what has the sovereign commanded“.²⁰ Што би значило да су правна правила она која „спровode они органи политичког друштва који су у ту сврху одређени“.²¹ Утолико се правни прописи имају одвојити од „моралних закона или правила, која он каже, почивају на савести, затим од природних закона, који се ослањају на разум, као и од закона части, који се наслањају на јавно мњење“.²²

Пошто је сада правно правило недвосмислено везано за моћ онога који држи политичку моћ постаје јасно да се овде мора додати и појединац који има навик у да слуша и не преиспитује самим тим садржину заповести надређеног, која може и сама бити извор неморалности. Таква поставка морал ће везивати за индивидуални ум и његово схватање добра и зла и ништа више,²³ јер „Не жуди за тим да дођеш до вола суседа свога – јесте морално правило. Али, све док таква жудња не пређе у спољашњи облик, то јест, постане крађа, право се њоме не бави нити, у ствари, може да бави“.²⁴ Дакле, моралним појмовима нема места у правној науци и пракси, те се потом поставља питање како избећи неморалност, посебно у домену кривичног права, где је живот најважнија вредност која се ваља да штити. И како штитити основне вредности када „Власт а не истина чини право“.²⁵ ово нас даље наводи на закључак да појединац има правну обавезу да послуша „сваки закон“²⁶ и без обзира на његову садржину. Прецизније „Постојање права је једна ствар, његова ваљаност или неваљаност, друга“.²⁷

Тај прекид везе са моралним правилима био је више него наглашен јер чак иако се нека морална правила могу сматрати за правна, то и није обавезно јер имамо и правила која „имају све моралне предиспозиције да буду закони а ипак то нису“.²⁸ Из овога се изводи став да нема нужне везе између схватања добра и зла и императивног правног правила које не пита за моралне или неморалне мотиве за делање. Питање морала или неморалних

¹⁹ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832, 2. Нав. према: Р. Паунд, *Јуриспруденција I*, ф. 166, 331.

²⁰ С. Johnson, *Philosophy of Law*, 98.

²¹ George V Keeton, *The Elementary Principles of Jurisprudence*, 1930, 38. Нав. према: Р. Паунд, *Јуриспруденција I*, ф. 177, 334.

²² Р. Паунд, *Јуриспруденција I*, ф. 166, 372.

²³ С. Johnson, *Philosophy of Law*, 45-59.

²⁴ Frederick Pollock, *First Book of Jurisprudence*, 1929, 46-47. Нав. према: Р. Паунд, *Јуриспруденција I*, 426.

²⁵ Р. Паунд, *Јуриспруденција I*, 434.

²⁶ Р. Паунд, *Јуриспруденција I*, 434.

²⁷ Херберт Харт, *Огледи из филозофије права*, Плато, Београд 2003, 58.

²⁸ *Ibid.*, 94.

мотива увек је било камен спотицања правних система и правне праксе, те се утолико код Херберта Харта и налази пример сукоба моралних мотива и послушности према неморалним законским заповестима. Тако се и долази до закључка да су за правну праксу оваква питања тешка јер постоји отворен сукоб између правних правила и моралних схватања, посебно када су сама правила испуњена злочиначком садржином и супротна и самом здравом разуму. Тако је и сам Харт дошао да закључка да „правни систем мора испољавати неку одређену саобразност с моралом или правдом“ при чему се он одмах ограђује и да одатле не следи да ће морал бити критеријум „правне валидности“.²⁹ Ипак, изгледа да нам је веза између ваљаности и правног правила неопходна јер „Државе су без правде само пљачкашке банде, али велике“.³⁰ Тако се може закључити да „повиновати се и правним и моралним нормама није ствар похвале, већ минималан допринос друштвеном животу који треба узети као нешто нормално“.³¹

Када би се ваљано понашање морало стално хвалити, то би нас навело на закључак да са том друштвеном заједницом нешто није у моралном смислу уреду. Социјални притисак не може ићи у правцу сталног кориговања понашања појединаца, јер они сами у себи морају имати ту „искру“ и то по цену жртвовања сопствених интереса. Дакле, јасно је да закони неће увек задовољавати одређене моралне захтеве појединца или друштвене заједнице, те се онда поставља питање шта чинити. Изгледа да је најбоље решење у стварању правних правила, посебно кривичних, кренути од моралних вредности како би се избегла могућа неморалност или равнодушност према вредносним појмовима. Мада посматрајући стварност „ни право ни прихваћени морал друштва немају потребе да минималном заштитом и коришћу обухвате све људе у дјелокругу свога важења, и често се то није ни чинило“.³² То се очитује и у следећем примеру „Хаклбери Фин, када су га упитали да ли је од експлозије цијеви на пароброду ко повријеђен, одговара: „Није, госпођо. Погинуо је један црнац“. Опаска тетке Сали: „Е, то је срећа, јер понекад има и повријеђених“, сажима цјелокупну моралност која је често преовлађивала међу људима“.³³

Шта са онима који правни систем као скуп одређених правила схватају као морално обавезујућим? Дошло је до мешања моралног пристанка и правних санкција, односно превагу су однеле правне санкције, тако се појединцу учинило да је он и морално обавезан, посебно што та „минимална“ форма добра није јасно одређена, а право може имати било какву садржину.

²⁹ Херберт Харт, *Појам права*, ЦИД, Подгорица 1994, 226.

³⁰ *Ibid.*, 194.

³¹ *Ibid.*, 211.

³² Х. Харт, *Појам права*, 242.

³³ *Ibid.*, 243.

Дакле, да ли је могуће остварити следеће „владати се по прописима, слободно критиковати“ без последица.³⁴ Даље, ово наводи на закључак да „извесни морални принципи могу да се уведу у правни систем и постану његов део преко експлицитних законских прописа, или да судови могу бити законски обавезни да пресуђују сходно ономе што сматрају праведним тј. најбољим“.³⁵ Мада је ипак, основа правног позитивизма нашла себе у ставу да „из пуке чињенице да једно правило нарушава неки морални стандард, не следи да то правило никако и није правно правило; и обрнуто, из пуке чињенице да је једно правило морално пожељно не следи да је оно самим тим и правно правило“.³⁶

На овакав став природно се надовезао и став „Чиста теорија права“ је она теорија која настоји да право ослободи од свих елемената који нису својствени праву,³⁷ и даље „Келзен „чисти“ све социјалне и етичке садржаје из правних норми и правне знаности“.³⁸ Оваква поставка „одбија да вреднује позитивно право“,³⁹ што даље наводи на закључак једна норма важи јер припада „неком одређеном поретку“,⁴⁰ а за овакав став упориште ће се наћи у поставци „Реченица етичара није никаква норма, јер етика као наука не може ништа прописивати. Него једино описивати њој дате норме,“⁴¹ односно позитивитет права лежи искључиво у томе што се „ствара и укида актима људских бића“ те је оно самим тим „независно од морала“.⁴²

3. ОД ПРАВНОГ ПОЗИТИВИЗМА ДО НЕМОРАЛНОСТИ

Изгледа да је историја верно пренела поставку одвајања права од морала те понудила правне системе који су то били само формално, док су њихова правна правила, посебно она у домену кривичног права, заправо била скуп злочиначких идеја преточених у правно рухо и санкције које га штите.

Тако нам остаје да је дело Хане Арент „Eichmann in Jerulasem A Report on the Banality of Evil“ заправо сведочанство о једном „комарцу“ у систему злочина у којем се и родио појам *Banality of Evil*. У једном од претходних

³⁴ Х. Харт, *Оптеги из филозофије љрава*, 59.

³⁵ Ibid., 61.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ханс Келзен, *Чистија теорија љрава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1998, 11 и 12.

³⁸ N. Visković, *Појам права*, 28.

³⁹ Х. Келзен, *Чистија теорија љрава*, 19.

⁴⁰ Ibid., 46.

⁴¹ Ханс Келзен, *Елементиј теорије љравних норми*, Ратио, Подгорица-Београд 2003, 45.

⁴² Ханс Келзен, *Оптегија теорија државе и љрава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1998, 171.

ставова навели смо да некада није јасно како и зашто то појединци прихватају чак и на своју штету одређена правила, односно заповести, тако су се код Хане Арент родила питања „Why did you not protest?“ и „Why did you board the train?“⁴³

Скоро да никада нисмо чули од злочинца да се сматра кривим, те је тако и Ајхман на то питање одговорио „No guilty in the sense of the indicment“.⁴⁴ Сада смо на „терену“ правног позитивизма са страшним последицама инсистирања да „закон је закон“. Но, Ајхман је у сопственим очима невин, јер је његова послушност према неморалним законима била апсолутна, а само се то захтевало, послушност према закону без обзира на садржину.

Да ли савршено нормална особа, може да постане злочинац под савршено неморалним правилима? Сам Ајхман није био „a perverted, sadistic personality“, заправо није био ни „fanatical anti-Semites or indoctrination of any kind“.⁴⁵ Шта се онда заправо десило? Сасвим сигурно да су и „обични“ грађани знали шта се дешава, тако да је питање да ли је он знао излишно, јер „had not transported them, they would not have been delivered to the bucher“.⁴⁶

Пут неморалности је започео на теоријској равни али се јако брзо пренео на практичну када су као његов директан производ настали правни системи који се тако само условно могу назвати. Један од тих припадника изведених пред суд, Ајхман, биће описан као „clown“,⁴⁷ мада је он био много више од тога, заправо поштујући правна правила он је био „a master of life and death“,⁴⁸ који предлаже програм Мадагаскар, а меша Мадагаскар за Уганду.

Чак ни санкције за неизвршење правних правила нису спровођене увек или у већини случајева, заправо „not a single case could be traced in which an S.S. member had suffered the death penalty because of a refusal to take part in execution“.⁴⁹ Опет се враћамо на питање да ли је могуће да неморални правни системи измене структуру личности, до те мере да се добровољно поштују правила која имају неморалну садржину? Понашање Ајхмана у једној ситуацији може да нам потврди да појединци нису кажњавани за неизвршење наредби. Тако је он септембра 1941. године организовао депортацију и уместо да транспорт оде у Русију, где би сви били одмах убијени он је преусмерио у гето Лодз, где још нису вршене егзекуције. Транспорт је прихваћен, а његово одбијање било је заборављено од стране Химлера и Хајдриха.⁵⁰

⁴³ Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem, A report on the Banality of Evil*, Penguin Books, Dublin 1992, 9.

⁴⁴ Ibid., 19.

⁴⁵ Ibid., 24.

⁴⁶ Ibid., 51.

⁴⁷ Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem, A report on the Banality of Evil*, 52.

⁴⁸ Ibid., 62-63.

⁴⁹ Ibid., 89.

⁵⁰ Ibid., 92.

Дакле, он је у овој ситуацији поступио противно позитивно правним прописима али за такав поступак није био кажњен. Касније ће и он заборавити на овај „инцидент“ и показати своје право „superhumanly inhuman“ лице.⁵¹

Правни позитивизам испољен је и на Ванзејској конференцији из јануара 1942. године из које су проистекла даља „коначна решења“. Оно што јесте застрашујуће је што се све одиграло као „cozy little social gathering“⁵² Дакле, правило „закон је закон“ претпоставља онога ко ће себе наћи у улози Понција Пилата, који следи наредбу испољену у правном правилу које се тако може назвати по форми, али не и по садржини. *Führeworte haben Gesetzeskraft* било је довољно, даље се није тражило.⁵³ Ово је било довољно, односно „They stopped their game and approached me respectfully. Understandably so – to find oneself all of sudden face to face with the Führer of the German Reich“.⁵⁴

Ту се испољава сва страхота веровања у то да се извор целокупног права налази у вољи суверена. На ово се надовезује и чин Ајхманове одбране у којој он истиче „I am not the monster I am made out to be“.⁵⁵ Ипак, ова конструкција није могла да „покрије“ *hostis generis humanis*.⁵⁶ Све ово застрашујуће изгледа јер такав наговор на правило „закон је закон“ у име правне сигурности се неће везати ексклузивно за Ајхмана јер се такав може наћи „in every one of us“.⁵⁷

4. ВРЕДНОСНО ЗАСНОВАНО ПРАВО ПРОТИВ НЕМОРАЛНОСТИ

Један од могућих одговора на неморалност права је вредносно засновано право. Такво право засновано је на нечем вишем и трајнијем но што су то воља суверена и запрећене санкције. Такво право више је „културни појам“, односно „појам једне стварности повезане с вредношћу, једне стварности чији је смисао да служи правној вредности“ да служи „идеји права“.⁵⁸ На овај начин превазилази се јаз између *јесће* и *и треба*, и креће се путем борбе за боље право које се развија у „обиљу правних чињеница“⁵⁹ али и у „вољи за правдом“.⁶⁰

⁵¹ Ibid., 103.

⁵² Ibid., 111.

⁵³ Ibid., 146.

⁵⁴ Timur Vermes, *Look Who's Back*, Maclehose Press Quercus, London 2012, 7.

⁵⁵ H. Arendt, *Eichmann in Jerusalem, A report on the Banality of Evil*, 247.

⁵⁶ Ibid., 275-276.

⁵⁷ Ibid., 285.

⁵⁸ Густав Радбрух, *Филозофија њрава*, НОЛИТ, Београд 1980, 44.

⁵⁹ Ibid., 51.

⁶⁰ Густав Радбрух, *Правни и груји афоризми*, Досије, Београд 2007, 6.

Сасвим супротно Ајхмановој поставци, Густав Радбрух заузима став да је немогуће прихватити важење неисправног права, односно да за то нема „оправдања“.⁶¹ Немогуће је прихватити релативизам а не довести себе у позицији да не будемо равнодушни према догађајима који за свој узрок имају неисправно право, јер се право има схватити као „поредак заједничког живота не може остати препуштено разликама у схватањима појединаца, над свима мора постојати један поредак“.⁶²

С друге стране, правни позитивизам је стао на становиште „ако се не може утврдити шта је праведно, мора се прописати шта ће бити по праву“.⁶³ Историја је показала сву погубност оваквог становишта које је избрисало и правду али и заборавило на „сврсисходност“.⁶⁴ На овај начин прихватили смо „важење и садржински неисправној одлуци за тај појединачан случај“.⁶⁵ Непомирљивост вредности у праву решиво је тако што, попут Радбруха, правду вежемо за форму права, сврсисходност за исправност права, а правну сигурност за важење.⁶⁶

Превазилажење јаза између *јесће* и *љреба* може се остварити и онда када критичка теорија вредности не „измишља надемпиријско право, него само хоће да се опомиње надемпиријског значења емпиријског права.“⁶⁷ Што значи даље да је правна филозофија „разматрање вредности права“ док је „емпиријска наука разматрање стварности права“.⁶⁸ По Емилу Ласку ова два деловања нису супротстављена један другоме. Мора се ипак пажљиво прићи релацијском односу вредност – стварност, те видети да ли се може из „апстрактних формула вредности“ извући „постојање правних норми“.⁶⁹

Док се правни позитивизам исцрпљивао у крилатици све за правну сигурност, учење засновано на вредностима испитује „крајње сврхе права, његов положај у царству културних вредности, његов утицај на начин живота“.⁷⁰ Историја је показала сву неопходност прихватања става о неопходности постојања „исправног права“ али и става да проналажење тог права не може да буде остављено „самовољи и личном такту“ већ мора да буде од „филозофски школованог судије, предузето једноставним преношењем највишег правнофилозофског критеријума вредности“.⁷¹ Сва условно речено

⁶¹ Ibid.

⁶² Г. Радбрух, *Филозофија љрава*, 95

⁶³ Г. Радбрух, *Филозофија љрава*, 95

⁶⁴ Ibid., 97.

⁶⁵ Ibid., 98.

⁶⁶ Ibid., 98 и 100.

⁶⁷ Емил Ласк, *Филозофија љрава и краћи сљиси*, Досије, Београд 2005, 23.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid., 26.

⁷⁰ Ibid., 29.

⁷¹ Ibid., 31-32.

суђења у ауторитарним системима показују неопходност оваквог става, као и потребе да право буде морално засновано до те мере која не угрожава постојање разлике између ове две друштвене појаве, права и морала. Мора се ићи у правцу остваривања „правде те сигурности“.⁷² Могуће је из овакве поставке која не брише разлике између права и морала, а опет поставља моралне основе права извући и закључак да је право „реални културни фактор“.⁷³ Што би значило да мора да се прихвати да постоји моралности „која право чини могућим“.⁷⁴ Што наводи на закључак да обавезујућу снагу права не чине санкције већ моралне вредности.

Ако је право засновано на разуму онда је спој између морала и разума нужан јер је он „пуноћа разумности, добротe и људске природе“.⁷⁵ Тај спој захтева друштвени ауторитет који своје делање заснива на вредностима и разуму, те тек тада владавина тог ауторитета постаје еманација „људске интеракције и заједништва“ те као таква спада у захтеве „правде или правичности“.⁷⁶ Како друштвени односи, те самим тим и правни, нису статични онај ко примењује право мора да буде спреман на „абнормалне проблеме“ пробијајући границе.⁷⁷ На овај начин се одбацује волунтаризам у примени права које је засновано на вредностима, а ово се чини путем разумског права које обезбеђује да се у „добро створеном позитивном праву“ налази нешто од „права разума“.⁷⁸ Ово нам може помоћи да увидимо шта је то „неправилна јуриспруденција“⁷⁹ као и да схватимо да нема прихватања и послушности према „неправедним законима“ који као део система, као уосталом и сам систем, морају да буду „презрени“.⁸⁰ Све ово подразумева да такве императивне нормe неће наметати „било какву моралну обавезу“.⁸¹

Дакле, моралне обавезе према неисправном праву нема, односно ако се вредносни судови одбаце и ставе ван домена права то ће осим послушности узроковати и могућност да стварности приступамо са становишта „стриктно чињеничне дескрипције очигледних поступака, какви се могу запазити у концентрационим логорима“.⁸² Дакле, све мора да изгледа као да је кристално јасно без преиспитивања стварности, јер на питање деце упућено

⁷² N. Visković, *Pojam prava*, 121.

⁷³ Гвидо Фасо, *Историја филозофије људских права*, ЦИД, Подгорица 2007, 570.

⁷⁴ Лон Л. Фулер, *Моралност људских права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2001, 49.

⁷⁵ Џон Финис, *Природно људско право*, ЦИД, Подгорица 2005, 139.

⁷⁶ Ibid., 283-284.

⁷⁷ Ibid., 286.

⁷⁸ Ibid., 291.

⁷⁹ Ibid., 369.

⁸⁰ Ibid., 375.

⁸¹ Ibid., 372.

⁸² Лео Штраус, *Природно људско право и историја*, Плато, Београд 1997, 45

„пробућеном“ Адолфу Хитлеру, ко је Мартин Борман, кога он тражи, и како изгледа одговор је „Like a Reichseiter, for a pity’s sake“.⁸³ Дакле, све мора јасно да изгледа како је то предвидео вођа чија је воља и извор заповести, међутим „Тамо где право не би било ништа друго до вођина заповест, остало би необјашњено обавезивање и самог вође путем права“.⁸⁴ Овако постаје јасно да није обавезујућа снага права у крилатици „Фирер увек у праву“.⁸⁵ Дакле, није довољно за оправдање правног поретка „усвојити националсоцијалистички дух“.⁸⁶ Ово је доказао својим поступцима и Ајхман и свој став потврдио током суђења. Читаво његово понашање као и понашање њему сличних представља заправо „горку сатиру“ и „интелектуалног непоштења“.⁸⁷ И он сам представљао је ваљан пример преко потребне „крвожедне машинерије тоталне доминације“.⁸⁸ Ајхманова одбрана показала је опасност да онај ко одбацује вредносне судове доводи у питање „историјску објективност“ јер спречава да „ствари назовемо њиховим правим именом“.⁸⁹ Ајхман је и био живи доказ неморалности права, али и немогућности да се начини разлика „између аутентичног и лажног, између вишег и нижег; између праве религије и лажне религије, између правог вође и шарлатана, између знања и учености или софизма, између врлине и порока, између моралне осетљивости и моралне тупости, између уметности и кича, између виталности и дегенерације“.⁹⁰ И овде не говоримо само о неморалности, већ и о ставовима супротним разуму, попут:

„WAR IS PEACE
FREEDOM IS SLAVERY
IGNORANCE IS STRENGTH“⁹¹

Уосталом, изгледа да је тачно да смо ми творци праведности и неморалности јер „Никакви трагови божанске правде нису нађени, сем тамо где владају праведни људи“.⁹² С друге стране, тамо где нема разума и моралних вредности не преостаје ништа друго до неморалност увијена у правне норме које су израз воље суверена који може сматрати „It was probably the German

⁸³ T. Vermees, *Look Who’s Back*, 8.

⁸⁴ Г. Радбрух, *Правни и друшћ афоризми*, 7.

⁸⁵ Хана Арент, *Извори ићошћалишћаризма*, Београд 1998, 356-357.

⁸⁶ Херман Брох, *Писма Немачкој 1945-1949*, Светови, Нови Сад 1994, 14.

⁸⁷ Л. Штраус, *Природно право и историја*, 45.

⁸⁸ Х. Арент, *Извори ићошћалишћаризма*, Београд, 319.

⁸⁹ Л. Штраус, *Природно право и историја*, 51.

⁹⁰ *Ibid.*, 53.

⁹¹ George Orwell, *Nineteen Eighty-Four*, Wordsworth Classics 1987, 11.

⁹² Л. Штраус, *Природно право и историја*, 74.

people, the Volk, which surprised me most of all. I really did everything humanly possible to destroy the foundations for the future existence on this soil⁹³.

5. ЗАКЉУЧАК

Изгледа да је тачно, право сасвим извесно може постати извор неизмерне неморалности. Питање је само да ли смо ми спремни да савесно прихватимо последице такве неморалности. Обавезујућа снага права се не може наћи у санкцијама императивних правних прописа, посебно кривичних, јер су оне недовољне за дуготрајност правног поретка као и за оправдање његовог постојања.

Никада се неће десити, у пуном смислу, да је нешто сагласно разуму а супротно моралним вредностима. Сасвим супротно ово ће оснажити правни систем који ће избећи да буде обезоружан попут „немачког правничког сталеза пред законима са самовољном и злочиначком садржином“.⁹⁴ Неморалност права значи да „Правни карактер уз то немају ни сви они закони који људе третирали као бића ниже расе и порицали им људска права“.⁹⁵ Овакви закони који негирају вредност једнакости наводе нас на искривљену поставку „All animals are equal but some animals are more equal than others“.⁹⁶

Морални релативизам који се недвосмислено нуди наводи на становиште да је немогуће начинити разлику између добра и зла, односно „The creatures outside looked from pig to man, and from man to pig, and from pig to man again; but already it was impossible to say which was which“.⁹⁷ Овакав морални релативизам уз правни позитивизам који сав обавезујући карактер права извлачи из воље суверена унапред је „осуђен“ на неморални карактер. Уз ово се јавља и настојање да се развије управљање сећањима које потом мења историјску призму догађаја. На крају неко други ће знати све за суверена он ће само исказивати своју вољу коју ће неко други забележити, јер тај је „the Führer's filling cabinet“.⁹⁸ У оваквим ситуацијама грађанима ниша не остаје друго пред „нагомиланом“ неморалношћу осим „appeal to Heaven“.⁹⁹ Ово сасвим сигурно доводи до „дегенерације идеје правне државе и „владавине закона“,¹⁰⁰ јер

⁹³ T. Vermees, *Look Who's Back*, 1.

⁹⁴ Г. Радбрух, *Филозофија права*, 287.

⁹⁵ *Ibid.*, 289.

⁹⁶ George Orwell, *Animal Farm*, Wordsworth Classics 2021, 74.

⁹⁷ *Ibid.*, 75.

⁹⁸ T. Vermees, *Look Who's Back*, 93.

⁹⁹ Dennis F. Thomson, *Political Ethics and Public Office*, Cambridge Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1987, 66

¹⁰⁰ Херман Хелер, *Правна држава или диктатура?*, Досије, Београд 2011, 14.

закон схвата технички и формално а „позакоњење живота уприличено је једино зарад обезбеђења економске сигурности“.¹⁰¹

Оваква поставка државе и њеног права директно воде неморалности јер прихватају паролау која је постала догма о којој се не расправља, да је право систем заповести без директне везе са моралним вредностима. Једино што се од таквог права захтева је испуњење форме. Међутим, то је недовољно за постојање једног стабилног правног поретка који пледира на дуготрајност.

Тако је устројство државе која је заснована на моралним вредностима повезано и са основним постулатима правне државе у којој је и правна сигурност „уподобљена“ са другим вредностима и функционална на тај начин да заиста остварује своју сврху. Такав је био и одговор Јохана Вилхема Гревеница Фридриху Великому који је сматрао да му на основу своје власти може одузети воденицу коју је овај одбио да му прода: „Сигурно, Ваше Величанство, то би ваше Величанство зацело могло учинити када речено с вашим допуштењем – у Берлину не би постојао Апелациони суд“.¹⁰² Сасвим сигурно да би по оној крилатици да је воља суверена закон Фридрих Велики могао то учинити, међутим устројство једне државе засновано на нечем вишем но што је то воља суверена захтева да се и он покори правним правилима.

Из тог разлога моралне вредности и јесу основ права и брана од његове неморалности и они су и његови „најједноставнији квалитети“¹⁰³ Из тог разлога право и мора да почива на „вредносним одређењима“ и то баш из разлога што мора да постане идеално.¹⁰⁴ Ипак, правна норма није драгоцену сама по себи, па ни она из домена кривичног права, већ само онда када изражава моралне вредности.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Арендт Хана, *Извори тоталитаризма*, Београд 1998.

Arendt Hannah, *Eichmann in Jerusalem, A report on the Banality of Evil*, Penguin Books, Dublin 1992.

Брох Херман, *Писма Немачкој 1945-1949*, Светови, Нови Сад 1994.

Vermes Timur, *Look Who's Back*, Maclehose Press Quercus, London 2012.

Visković Nikola, *Pojam prava*, Logos, Split 1981.

Vrban Duško, *Država i pravo*, Golden marketing, Zagreb 2003.

¹⁰¹ Ibid., 15.

¹⁰² Ibid., 8, ф. 1.

¹⁰³ Вуко Павићевић, *Однос вредности и стварности у модерној немачкој идеалистичкој аксиологији*, Култура, Београд 1958, 75.

¹⁰⁴ Duško Vrban, *Država i pravo*, Golden marketing, Zagreb 2003, 233

- Ђурић Милош, *Из историје античке филозофије*, Службени лист СРЈ, Београд 1996.
- Johnson Conrad, *Philosophy of Law*, Macmillian Publishing Company, New York 1993.
- Келзен Ханс, *Чиста теорија права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1998.
- Келзен Ханс, *Општа теорија државе и права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1998.
- Келзен Ханс, *Елементи теорије правних норми*, Ратио, Подгорица-Београд 2003.
- Ласк Емил, *Филозофија права и краћи списи*, Досије, Београд 2005.
- Orwell George, *Nineteen Eighty-Four*, Wordsworth Classics 1987.
- Orwell George, *Animal Farm*, Wordsworth Classics 2021.
- Павићевић Вуко, *Однос вредности и стварности у модерној немачкој идеалистичкој аксиологији*, Култура, Београд 1958.
- Паунд Роско, *Јуриспруденција I*, ЦИД, Подгорица 2000.
- Радбрух Густав, *Филозофија права*, НОЛИТ, Београд 1980.
- Радбрух Густав, *Правни и други афоризми*, Досије, Београд 2007.
- Thomson F. Dennis, *Political Ethics and Public Office*, Cambridge Massachusetts and London, England: Harvard University Press 1987.
- Фасо Гвидо, *Историја филозофије права*, ЦИД, Подгорица 2007.
- Финис Џон, *Природно право*, ЦИД, Подгорица 2005.
- Фулер Л. Лон, *Моралност права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2001.
- Харт Харт, *Појам права*, ЦИД, Подгорица 1994.
- Харт Харт, *Оптеди из филозофије права*, Плато, Београд 2003.
- Штраус Лео, *Природно право и историја*, Плато, Београд 1997.

Marko S. Trajković
University of Niš
Faculty of Law Niš
marko@prafak.ni.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-5302-918X

Dragiša S. Drakić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Drakić@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-5248-6562

On the Possible Immorality of Law

Abstract: *Law as such can be a source of evil. It is possible to reach this when the binding force of law is not found in moral values but in sanctions. Another source of possible immorality is found in the position that the sovereign will is the law, as well as in the position “law is law”. Especially dangerous is the rejection of value judgments in law, as well as moral relativism according to which everything is possible. This description of facts can be seen in authoritarian societies. Law based on the rule “law is the law” enables everything to be justified in the name of legal security, even the biggest crimes because the one who committed them only obeyed the law and obeyed its will. Thus, it is possible for the unwritten will of the sovereign to be a source of law. Such a setting of law, which is not based on values, is especially dangerous in the matter of criminal law. Efforts to explain the world of law apart from society and the world of values led to a refinement of the concept of law, but at the same time it narrowed it and limited its scope of application, which caused irreversible damage. For this reason, moral values are the basis of law and a barrier against its immorality. It will never happen, in the full sense, that something is in accordance with reason and contrary to moral values. On the contrary, this will strengthen the legal system, which will avoid being disarmed.*

Keywords: *law, criminal law, legal positivism, normativism, morality, immorality, values.*

Датум пријема рада: 16.09.2024.

Датум достављања коначне верзије рада: 30.09.2024.

Датум прихватања рада: 01.10.2024.

Вук Г. Раговић
Универзитет у Београду
Правни факултет у Београду
vuk@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-0851-0198

ВИРТУЕЛНЕ СКУПШТИНСКЕ СЕДНИЦЕ*

Сажетак: Седнице скупштинске акционарске групе су традиционално биле физичке седнице. У последње две деценије законодавства учествовају и хибридне седнице, које омогућавају акционарима да учествују на седницама електронским путем, али и да физички дођу у место одржавања седнице. Коначно, након недавно окончане пандемије дошло је до даље либерализације, те све већи број држава дозвољава и виртуелне скупштинске седнице. Србија у овом тренутку не познаје и не дозвољава виртуелне седнице, али се треба заложити за њихово *pro futuro* законско уређење. Циљ овог рада је да се јојмовно прецизно одреде виртуелне седнице, да се укаже на њихове предности и недостицике, да се прикажу одабрана уредна законодавства која уређују ову врсту седница, као и да се анализирају нека конкретна питања која би требало да окрије законска регулатива виртуелних седница. На овај начин би се српском законодавцу дале одговарајуће препоруке око начина уређивања ове врсте седница, водећи рачуна о свим јошеницијалним проблемима које виртуелни карактер ових седница индукује.

Кључне речи: акционарско друштво, скупштинска седница, хибридна седница, виртуелна седница, право учешћа у раду скупштинске, право гласа, гласање електронским путем.

1. УВОД

Два фактора су према професору Цечеу (*Zetsche*) утицала на ренесансу интересовања за скупштину акционарског друштва: глобализација и диги-

* Рад представља резултат истраживања у оквиру пројекта „Проблеми стварања, тумачења и примене права“ за 2024. годину, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду.

тализација.¹ Глобализација је довела до масовних прекограничних улагања, што је за последицу имало раст страних инвеститора, тј. пораст броја акционара из других држава. У праву акционарских друштава се све више јављала потреба за развијањем модалитета гласања у одсуству, како би страни акционари могли једнако лако да учествују на скупштинским седницама као и домаћи. Развојем дигитализације створили су се предуслови за остваривање ових идеја. Технички су постали могући нови начини учешћа у раду скупштине. Мере социјалне дистанце које су биле на снази за време пандемије вируса COVID-19 довеле су до учесталог коришћења електронских комуникација, а у сфери акционарских друштава, то је значило одржавање и виртуелних скупштинских седница. Како су искуства са овим седницама била веома позитивна, њихово законско регулисање и дозвољеност су постали упоредноправни трендови.² Србија *de lege lata* не дозвољава виртуелне скупштинске седнице. Циљ овога рада је да се преиспита исправност оваквог става, уз давање препорука законодавцу на који начин да уреди ову врсту седница, водећи рачуна о бројним проблемима које оне са собом носе.

2. СКУПШТИНСКЕ СЕДНИЦЕ И РАЗВОЈ ЕЛЕКТРОНСКИХ КОМУНИКАЦИЈА

Развој електронских комуникација је у последње две деценије извршио значајан утицај на сазивање, одржавање и начин доношења одлука на скупштинским седницама. Он је посебно уочљив у областима позивања на скупштинску седницу, електронског пуномоћја за гласање и гласања електронским путем. Виртуелне скупштинске седнице се могу посматрати као најновији и тренутно најактуелнији вид овог утицаја.

2.1. Електронско позивање на скупштинску седницу

Први модалитет утицаја развоја електронских комуникација на скупштину акционарског друштва је везан за начине информисања акционара о заказаној седници. Раније је било уобичајено да се акционари индивидуално позивају на седницу коришћењем поштанске доставе (на пример, препорученом поштом) или се акционари позивају објављивањем позива у неким средствима јавног информисања. Учестало коришћење мејлова и интернета је довело до делимичне или потпуне промене начина на који се акционари

¹ Dirk Zetzsche, „Corporate Governance in Cyberspace – a Blueprint for Virtual Shareholder Meetings“ June 19, 2005, <https://ssrn.com/abstract=747347> (5.2.2024), 9-10.

² Klaus J. Hopt, „Corporate Governance and the Shareholders: The German Law on Virtual General Meetings 2022“, <https://ssrn.com/abstract=4240280> (8.2.2024), 1.

позивају на скупштинску седницу и информишу о тачкама дневног реда. У српском праву се различита правила примењују на позивање на седницу у односу на достављање информација о свакој појединој тачки дневног реда.³

а) *Начин позивања на седницу*. Када је реч о начинима на које се акционарима достављају позиви за седницу, могућности које нуде модерне технологије су у српском компанијском закону интегрисане на следеће начине.⁴ Прво, акционари се могу обавестити и објављивањем позива за седницу на интернет страници друштва. Овај начин је за акционарска друштва најефикаснији и најјефтинији, због чега се уобичајено и користи. Друго, ако се акционарско друштво одлучи да позив упућује акционарима индивидуално, онда се достављање врши поштом (традиционални систем). Међутим, ако је акционар дао писмену сагласност, достављање поштом се може заменити достављањем путем електронске поште. За очекивати је да ће акционарска друштва са мањим бројем акционара учестало користити електронску пошту за достављање позива акционарима. Треће, законом су за сва акционарска друштва, осим једночланих нејавних, прописана још два обавезна начина објављивања позива за седницу: објављивање на интернет страници Агенције за привредне регистре и на интернет страници Централног регистра. Четврто, за јавна акционарска друштва је предвиђен још један начин објављивања – објављивање на интернет страници регулисаног тржишта, односно мултилатералне трговачке платформе где су његове акције укључене у трговање.

б) *Начин достављања релевантних информација*. Све релевантне информације, осим позива на седницу, могу се учинити доступним акционарима на два начина: објављивањем на интернет страници друштва и стављањем на располагање у седишту друштва, при чему се статутом могу предвидети и додатни начини достављања.⁵ Објављивање на интернет страници друштва свих материјала за седницу у целости представља једноставнији и исплативији начин достављања. Међутим, он може имати и негативну страну, која се испољава у ситуацији када су материјали доступни у целости свима, а не само акционарима.

Наведени приказ српских правила о информисању акционара пре седнице скупштине говори о очигледном утицају развоја интернета на законска решења. Законодавац се није одрекао традиционалних правила, попут достављања позива на адресу поштом или чињења материјала доступним у седишту друштва, али је као алтернативе увео објављивање позива и мате-

³ Више вид. Вук Радовић, „Информисање акционара пре седнице скупштине акционарског друштва“, *Правни животи* 11/2010, 130-137.

⁴ Закон о привредним друштвима – ЗОПД 2011, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021, чл. 335(3-5).

⁵ ЗОПД 2011, чл. 335(12).

ријала на интернет страници друштва, као и слање позива на електронске адресе акционара.

2.2. Електронско пуномоћје за гласање⁶

Други вид утицаја модерних технологија на сазивање и одржавање скупштинских седница је увођење тзв. електронског пуномоћја за гласање. Начелно посматрано, законска правила о давању пуномоћја треба да буду таква да не обесхрабрују, већ олакшавају и подстичу акционаре да користе опцију учешћа у раду скупштине и гласања преко пуномоћника. Прописивање формалних захтева је дозвољено само ако је то нужно и потребно.⁷

Традиционално се у праву акционарских друштава за пуномоћје захтевала писмена форма. Међутим, почеком XXI века највећи број законодавстава је обавезно писмено пуномоћје допунило и неким видом дигиталног еквивалента (на пример, *e-mail*, факс, и сл.).⁸ Електронско давање пуномоћја је створило низ проблема који се данас везују за право електронске трговине, а махом се односе на аутентификацију давања пуномоћја и обавештавање друштва о идентитету пуномоћника.⁹

Овакву линију размишљања је испратила и Директива о вршењу права акционара, јер давање и опозив пуномоћја не оптерећује формалностима. Наиме, државе чланице су дужне да дозволе акционарима давање и опозив пуномоћја електронским путем, а друштва су у додатној обавези да обезбеде својим акционарима барем један ефикасан начин обавештавања друштва о датом или опозваном пуномоћју електронским путем.¹⁰

У циљу спречавања евентуалних злоупотреба, право Европске уније установљава само један формални услов за давање и опозив пуномоћја – обавештавање акционарског друштва о томе, и то у писменој форми. Ван овог захтева државе чланице могу уводити и друге формалне услове, али само уколико су неопходни да би се обезбедило утврђивање идентитета акционара и пуномоћника, или да би се обезбедила могућност провере садржине датих гласачких инструкција. Сви додатни формални услови морају бити пропорционални циљевима који се желе постићи.

⁶ Први део овог поглавља је у значајној мери преузет из: Вук Радовић, „Гласање акционара преко пуномоћника у комунитарном праву“, *Евројско законодавство* 33-34/2010.

⁷ Stefan Grundmann, *European Company Law – Organization, Finance and Capital Markets*, Intersentia 2007, 257.

⁸ Dirk Zetsche, „Virtual Shareholders Meetings and the European Shareholder Rights Directive – Challenges and Opportunities“, 2007, <http://ssrn.com/abstract=998429>, 33.

⁹ Elizabeth Boros, „Virtual Shareholders Meetings“, *Duke Law and Technology Review*, бр. 8/2004, 2.

¹⁰ Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies – SRD, *OJ L* 184, 14.7.2007, Art. 11.

Последња два српска Закона о привредним друштвима прихватају могућност давања пуномоћја електронским путем. Закон из 2004. године је први увео овај вид иновације у наше компанијско право.¹¹ Када се решења овог закона упореде са Директивом о правима акционара, уочавају се три одступања:

- оснивачким актом или статутом друштва могло се омогућити акционарима да дају пуномоћја и електронским путем, што значи да је у Србији ово било право акционарских друштава, а не право акционара;
- у српском праву није била прописана обавеза друштва да понуди својим акционарима барем један начин електронског обавештавања о ангажовању пуномоћника; и
- није била предвиђена могућност опозива пуномоћја електронским путем, већ је то могло бити учињено само достављањем писмена акционарском друштву или личним присуством на седници скупштине.

Важећи Закон о привредним друштвима отклања све те недостатке.¹² Прво, јавно акционарско друштво је дужно да омогући давање пуномоћја за гласање електронским путем, док се код нејавних акционарских друштава пуномоћје може дати електронским путем, али само под условом да је друштво омогућило такав начин давања пуномоћја. Према томе, за јавна акционарска друштва је прихваћен режим из Директиве о правима акционара (електронско давање пуномоћја као право акционара), док је за нејавна задржано раније решење (електронско давање пуномоћја као право акционарског друштва). Имајући у виду да се Директива односи само на јавна акционарска друштва, српска решења су у складу са комунитарним правом.

Друго, статутом јавног акционарског друштва се мора предвидети најмање један начин на који акционар или пуномоћник може обавестити друштво о датом пуномоћју за гласање електронским путем. Коначно, измене и опозив пуномоћја за гласање се врше сходном применом одредаба о давању пуномоћја. То значи да се пуномоћје може опозвати и електронским путем.

2.3. Учешће у раду скупштине електронским путем

Учешће у раду скупштине електронским путем обухвата бројне модалитете путем којих акционар који није физички присутан на скупштинској седници може да учествује у раду и/или гласа коришћењем модерних технологија. Тако електронске комуникације омогућавају акционарима виртуелно присуство на седницама скупштине.¹³ Електронске комуникације дају

¹¹ Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004, чл. 287(2 и 10).

¹² ЗОПД 2011, чл. 344(8-10), 349.

¹³ Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, 16^e édition, Paris 2003, 348.

више права одсутним акционарима, јер се њима омогућава не само да гласају, већ и да на други начин учествују у раду скупштине (на пример, да учествују у расправи, да постављају питања пре седнице).

Регулатива учешћа у раду скупштине електронским путем је у српском праву писана под очигледним утицајем Директиве о правима акционара.¹⁴ Директива је обавезала државе чланице да дозволе акционарским друштвима да понуде својим акционарима могућност учествовања у раду скупштине коришћењем електронских система комуникације.¹⁵ Државе чланице су једино у обавези да овакав начин учешћа у раду скупштине понуде као законом дозвољен начин. Према томе, национална законодавства имају три опције када је реч о праву акционара да учествују у раду скупштине електронским путем: 1) да ово буде императивно законско правило – то значи да би ово било неприкосновено право акционара, од кога акционарска друштва не могу да одступе; 2) да ово право буде диспозитивно законско правило, што би значило да се оно по закону примењује, ако га акционарска друштва нису искључила; и 3) да ово буде опција за акционарска друштва – према овој варијанти акционари по закону немају право учешћа у раду скупштине електронским путем, али им ово право може дати само акционарско друштво. Српско право је прихватило трећу опцију, која је из угла акционара најмање повољна. Према нашем решењу, акционарско друштво може статутом или пословником скупштине да омогући акционарима неки од видова електронског учешћа. Отуда се закључује да у српском праву учешће у раду скупштине електронским путем није право акционара, већ право акционарског друштва.¹⁶ Као уступак, акционарима је омогућено да овај начин учешћа у раду скупштине уведу и изменама пословника. Пословник о раду скупштине се усваја обичном релативном већином гласова акционара, што је значајно нижи стандард у односу на већину потребну за измене статута.

Ако је друштво увело ово право, онда оно постаје право акционара које се не може ограничавати, осим ако је циљ ограничења да се утврди прави идентитет акционара и сигурност електронских комуникација. У сваком случају, ограничења морају бити сразмерна циљевима који се њиховим увођењем желе постићи.

Законом и Директивом су прецизирана три модалитета којима се спроводи електронско учешће акционара.

¹⁴ SRD, Art. 8; ЗОПД 2011, чл. 341.

¹⁵ Pablo Iglesias Rodriguez, „Electronic Voting by Shareholders in Spain“, *European Company Law* 6(1)/2009, 22.

¹⁶ Вук Радовић у: Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Компанијско право – право привредних субјеката*, 3. издање, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2023, 529-530.

1. *Једносмерни пренос седнице скупштинске у реалном времену.* Први вид електронског учешћа омогућава акционару да прати ток седнице са сликом и тоном у тренутку када се она и одржава (тзв. аудиовизуелни пренос скупштине). Овим модалитетом акционар не може да остварује прво гласа, нити да активно учествује у скупштинској седници. Учешће акционара се своди на пасивно праћење преноса седнице, због чега се такав акционар не урачунава у кворум и већину за одлучивање.

2. *Гласање акционара.* Други вид електронског учешћа се своди на право акционара да гласа електронским путем, без потребе да именује пуномоћника који је физички присутан на седници (*on-line* коришћење права гласа). Ако друштво дозволи овакав начин гласања, онда је потребно и да се прецизира када се ово право остварује. Опције које стоје на располагању друштву су да се гласање електронским путем може вршити пре седнице, током седнице или и пре и током седнице. По логици ствари, гласање за време седнице о одређеној тачки дневног реда је могуће све док се не донесе одлука. Због тога је коришћење опције гласања током седнице могуће само ако се комбинује са преносом седнице у реалном времену. Основна последица гласања електронским путем се састоји у томе што се акционари сматрају лично присутним на седници, што значи да се њихови гласови урачунавају у кворум и већину за одлучивање.

3. *Двосмерни пренос скупштинске у реалном времену.* Трећи модалитет даје акционарима највише права, јер им омогућава двосмерну комуникацију са скупштином у реалном времену. На тај начин акционар са друге локације, различите од оне у којој се одржава физичка седница, успоставља *on-line* везу са скупштином, путем које може уживо да учествује у раду седнице, али и да гласа.

Други видови електронског учешћа акционара, ван три изричито законом поменута, нису дозвољени у српском праву. Из наведеног се може закључити да су код нас дозвољене:¹⁷ а) мултилокалне седнице (теле-седнице), код којих се седница одржава на више локација у исто време, при чему су локације повезане видео линком, те учесници на једној локацији могу да прате шта се дешава на другој локацији и б) *on-line* седнице, које представљају физичке седнице уз могућност да се право гласа остварује директно или индиректно преко интернета.¹⁸

¹⁷ В. Радовић у: Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 529.

¹⁸ Више о врстама електронских седница вид. Bernd Beuthel, *Electronic Corporate Governance: Online and Virtual Shareholder Meetings and Shareholder Participation in Switzerland and Germany*, докторска дисертација, 2006, [https://www1.unisg.ch/www/edis.nsf/SysLkpByIdentifier/3195/\\$FILE/dis3195.pdf](https://www1.unisg.ch/www/edis.nsf/SysLkpByIdentifier/3195/$FILE/dis3195.pdf) (25.4.2019), 43.

3. ПОЈМОВНО ОДРЕЂЕЊЕ ВИРТУЕЛНИХ СЕДНИЦА

Виртуелне седнице (енгл. *virtual meetings*, нем. *virtuelle Hauptversammlung*) су седнице скупштине акционарског друштва које се одржавају без физичког присуства акционара, искључивим коришћењем електронских платформи. Сваки акционар који жели да присуствује скупштинској седници то може учинити само виртуелним путем. Седница у смислу физичког присуства је овде искључена. Правила о месту одржавања седнице се не примењују на виртуелне скупштинске седнице.

Да би се разумео обухват појма виртуелних седница, неопходно их је разграничити у односу на право акционара да учествују на седницама коришћењем електронских комуникација.¹⁹ Седнице на којима један или више акционара учествују електронским путем се називају хибридне седнице (енгл. *hybrid meetings*). Хибридна седница је седница код које акционари имају два модалитета за учешће у њеном раду: 1) да физички дођу, лично или преко пуномоћника, на седницу у место где се она одржава или 2) да учествују на седници електронским путем на начин на који је то прописано интерним актима друштва.²⁰ Према томе, ова седница се одржава на одређеној физичкој локацији (место одржавања седнице), а акционари могу уместо доласка на седницу да на њој учествују електронским путем.

Код виртуелних седница акционари не могу да учествују на седници тако што ће се лично или преко пуномоћника појавити у месту одржавања седнице. Њима на располагању стоје искључиво *on-line* методи учешћа. Због тога се ове седнице понекад називају и „потпуно виртуелне седнице“ или „чисте виртуелне седнице“ (енгл. *purely virtual meetings*),²¹ али и седнице које се одржавају уз искључиво удаљено присуство (енгл. *meetings held solely by remote participation, remote-only meetings*). За разлику од њих, хибридне седнице би се могле посматрати као непотпуне или делимичне виртуелне седнице.

4. ПРЕДНОСТИ И НЕДОСТАЦИ ВИРТУЕЛНИХ СЕДНИЦА

4.1. Предности

Веће њприсусиѡво акционара. Неколико деценија уназад се траже начини превазилажења проблема нижег присуства акционара на скупштинским

¹⁹ Dirk A. Zetsche, Linn Anker-Sørensen, Roberta Consiglio, Miko Yeboah-Smith, „The COVID-19-Crisis and Company Law – Towards Virtual Shareholder Meetings“, June 15, 2020, University of Luxembourg Faculty of Law, Economics & Finance WPS 2020-007, <https://ssrn.com/abstract=3576707> (21.2.2-24), 12.

²⁰ The Informal Company Law Expert Group (ICLEG), *Report on virtual shareholder meetings and efficient shareholder communication* – ICLEG Report, August 2022, 6.

²¹ ICLEG Report, 6.

седницама јавних акционарских друштава. Тренд очигледне пасивности акционара се најчешће објашњавао теоријом рационалне апатије, према којој су акционари индиферентни када је реч о учешћу и гласању на скупштинским седницама, јер полазе од разумне претпоставке према којој њихов глас неће имати никакав стварни утицај на исход гласања.²² Због тога они или не гласају или гласају тако што подржавају све предлоге управе. Оваква пракса за последицу има неделотворну контролу рада органа управе од стране скупштине акционарског друштва.

Виртуелне седнице представљају велики потенцијал за повећање присуства акционара на скупштинским седницама. Из угла акционара, две су основне препреке за учешће на седницама: прво, седнице се по правилу одржавају у току радног времена, те је због немогућности напуштања посла значајан број лица спречен да присуствује, и друго, седнице се најчешће одржавају у месту које је различито од места у коме акционар живи и/или ради.²³ Према томе, у редовним околностима, ако акционар жели да присуствује седницама он мора да напусти посао и да путује до места одржавања седнице. Све то потенцијално изискује велике трошкове и губитак времена.²⁴

Виртуелне седнице управо отклањају све ове недостатке. Њихове предности ће посебно доћи до изражаја код две групе акционара: 1) малих акционара који због вредности своје инвестиције немају интереса да учествују у седници за коју треба да носе трошкове, и 2) акционара који не живе близу места одржавања седнице. Виртуелне седнице се могу показати као веома корисне за она акционарска друштва која имају значајан број акционара из других држава, различитих од државе у којој се седница одржава.

Већи квалитет учешћа. Поред очекивано већег присуства акционара, виртуелне седнице могу да доведу и до квалитетнијег учешћа акционара.²⁵ Није довољно да акционари само долазе на седницу, па да кажемо да скупштина може да оствари своју контролну улогу, већ је нужно и да акционари активно користе своја права, попут права на постављање питања и добијање одговора. Модерне комуникације и интернет омогућавају бројне варијације коришћења многих акционарских права, те је на друштвима да их на најбољи начин искористе.

*Ушћеде за акционарска друштва.*²⁶ Одржавање виртуелних седница може бити финансијски исплативо за акционарско друштво. Ниски трошкови

²² Више вид. Bernard S. Black, „Shareholder Passivity Reexamined“, *Michigan Law Review* 89/1990; Frank H. Easterbrook, Daniel R. Fischel, „Voting in Corporate Law“, *Journal of Law and Economics* 26/1983.

²³ E. Boros (2004), 4; Lisa M. Fairfax, „Virtual Shareholder Meetings Reconsidered“, *Seton Hall Law Review* 40/2010, 1390.

²⁴ P. I. Rodriguez, 20.

²⁵ L. M. Fairfax, 1390.

²⁶ Више вид. L. M. Fairfax, 1390-1391.

су најзначајнија карактеристика комуникација које се одвијају преко интернета.²⁷ Физичка седница увек подразумева одређене трошкове које друштво мора да сноси (на пример, трошкове закупа просторије у којој ће бити одржана седница, као и друге трошкове). По природи ствари, ови трошкови неће бити прекомерно високи у ситуацијама када се седница одржава у просторијама друштва.

Технолошки лидери.²⁸ Привредна друштва која одржавају виртуелне седнице могу себе да позиционирају као технолошке лидере. Ово ће бити посебно значајно за друштва која се у свом пословању више ослањају на електронске комуникације, развој нових технологија, ИТ сектор, и сл. Но, чињеница је да и друга друштва могу имати користи од виртуелних седница.

4.2. Недојаци

Отјежана комуникација. У теорији се традиционално говори о три основне функције коју скупштина акционарског друштва треба да остварује: информисање акционара, комуникација акционара са другим акционарима и члановима управе и гласање, тј. усвајање одлука из њене надлежности.²⁹ Виртуелне седнице испољавају одређене слабости у домену остваривања функције комуникације акционара. Основни аргумент против виртуелних седница, који најчешће истичу акционари и лица која заступају њихове интересе, тиче се потенцијално умањене интеракције акционара и чланова управе.³⁰ Наиме, сматра се да би ове седнице омогућиле члановима управе да се изолују од акционара.³¹ Физичке седнице су форум у коме се остварује непосредан и директан дијалог акционара са члановима управе, што утиче на квалитет расправе и доношења одлука. Ово је од посебног значаја за мањинске акционаре (индивидуалне инвеститоре), који би изношењем својих ставова на седницама могли да утичу на промену корпоративне политике.³² У виртуелном форуму је тешко направити потпуну реплику расправности и непосредности која постоји на седницама где се акционари и чланови управе гледају „очи у очи“.³³ Из истих разлога виртуелне седнице могу неповољно утицати и на квалитет комуникације између акционара. Иако је

²⁷ George Ponds Kobler, „Shareholder Voting Over the Internet: A Proposal for Increasing Shareholder Participation in Corporate Governance“, *Alabama Law Review* 49/1998, 691.

²⁸ Више вид. L. M. Fairfax, 1391.

²⁹ D. Zetzsche (2005), 7.

³⁰ Више вид. L. M. Fairfax, 1391-1393.

³¹ Anatoli van der Krans, „The Virtual Shareholders Meeting: How to make it work?“, *Journal of International Commercial Law and Technology* 2(1)/2007, 35.

³² E. Boros (2004), 5.

³³ Elizabeth Boros, „Corporate Governance in Cyberspace: Who Stands to Gain What From the Virtual Meeting“, *Journal of Corporate Law Studies* 3(1)/2003, 168.

отежана комуникација акционара очигледан недостатак виртуелних седница, он може бити у значајној мери ублажен, а у неким ситуацијама чак и отклоњен, ако друштво технички организује своје седнице тако да омогући акционарима непосреднији однос са члановима управе и другим акционарима. Но, чињеница је да једино нејавна акционарска друштва могу да организују виртуелне седнице на начин који би суштински гарантовао акционарима квалитетне и непосредне могућности комуникације.

Високи иницијални трошкови. Када се износи аргумент исплативости у прилог виртуелних седница, треба имати у виду да одржавање виртуелне седнице не изискује готово никакве трошкове, али њено увођење може представљати велики издатак за друштво. Према томе, иницијални трошкови креирања посебног комуникационог система и примена свих безбедносних протокола може се за нека друштва показати као неисплативо, поготову у ситуацијама када трошкови одржавања физичке седнице нису били велики.³⁴ Овај аргумент ће бити посебно значајан код малих и средњих предузећа.³⁵

Нови основи за нејуноважност скупштинских одлука. Код виртуелних скупштинских седница је очигледно велико ослањање на технологију, а управо се ту налази и корен потенцијалних проблема. Постоји оправдана бојазан да ће услед тзв. „техничких проблема“ бити креирани бројни могући основи за побијање скупштинских одлука.³⁶ Ако би то било тако, све потенцијалне користи од виртуелних седница би биле доведене у питање, јер би правна несигурност превладала. Због тога су неке државе, попут Аустрије и Немачке, увеле посебна правила којима се отежава могућност побијања усвојених скупштинских одлука због неисправног функционисања „виртуелних алата“.³⁷

Злоупотреба права на постављање питања. Виртуелне скупштинске седнице могу представљати плодно тло за злоупотребу неких права акционара, међу којима се најчешће апострофира право на постављање питања. Наиме, у литератури се често указује на то да физичка лица путем електронских комуникација „говоре и раде ствари које никада не би говорили, односно радили да су физички присутни, јер се осећају анонимно, чак и ако пишу под својим правим именом“.³⁸ Страхује се да би осећај прекомерне слободе акционара који *on-line* учествују на скупштинским седницама могао да онемогући, блокира или отежа рад скупштине. У том погледу се као посебно проблематично истиче коришћење права на постављање питања. Имајући у виду да компанијски прописи гарантују акционарима право на постављање

³⁴ L. M. Fairfax, 1391.

³⁵ ICLEG Report, 18.

³⁶ ICLEG Report, 17.

³⁷ ICLEG Report, 17.

³⁸ Danielle Keats Citron, „Cyber Civil Rights“, *Boston University Law Review* 89/2009, 83.

питања и добијање одговора,³⁹ неспорно је да они ово право морају имати и у случају виртуелних седница.⁴⁰ Слобода коју даје нефизичко присуство се може у негативном смислу испољити на два начина: прво, због малобројних ограничења акционари ће постављати већи број питања,⁴¹ што значи да ће се друштва наћи у ситуацији да су претрпана („бомбардована“) питањима на која управа није у стању да благовремено одговори,⁴² и друго, постоји већа вероватноћа да ће се постављати непристојна и увредљива питања, питања која могу штетити интересима друштву, сложена питања, и сл. Читава ова тематика се може посматрати и из другог угла. Наиме, није незамисливо да ће виртуелне седнице омогућити члановима управе да заобиђу давање одговора на непријатна питања.⁴³ Но, без обзира на то да ли се посматра из угла могућих злоупотреба акционара или управе, јасно је да законодавац и/или само акционарско друштво треба ово питање детаљније да уреди, и тиме смањи могућности за злоупотребе.

Дрући модалијетии учешћа у одсуству. Један од аргумената који се истиче против виртуелних седница тиче се бројних могућности акционара да учествују у раду скупштине, а да притом нису физички присутни на седници. Ту спадају, пре свега, учествовање и гласање на седницама преко пуномоћника, гласање писаним путем, а на крају и учешће и гласање електронским путем. Када се све ово има у виду оправдано се поставља питање због чега би се организовале виртуелне седнице када акционари ионако имају читав низ опција учешћа и гласања у одсуству. У неким државама се узајамно искључују симултано коришћење неких видова гласања у одсуству. Тако се, примера ради, у Италији забрањује пуномоћнику акционара да гласа електронским путем, већ ово право може да остварује искључиво акционар.⁴⁴

Обавезност електронској учешћа. Виртуелне седнице присиљавају акционаре који желе да учествују на седници да то могу учинити само електронским путем. Акционар који не поседује техничке могућности или знање је *de facto* онемогућен да користи своје право учешћа и право гласа на скуп-

³⁹ Више о овом праву вид. Вук Радовић, „Услови за вршење права акционара на постављање питања“, *Анали Правној факултету Универзитета у Београду* 1/2014, 62-83; Вук Радовић, „Последице вршења права акционара на постављање питања“, *Правни живот* 11/2014, 159-172.

⁴⁰ Начелно о постављању питања електронским путем у немачком праву вид.: Christian Kersting, „Das Auskunftsrecht des Aktionärs bei elektronischer Teilnahme an der Hauptversammlung (§§ 118, 131 AktG)“, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2010, 130-135.

⁴¹ Пракса коришћења виртуелних седница за време пандемије је потврдила ову тезу. Вид. David Martin Will Mastrianna, „Virtual Shareholder Meetings: Beyond the Pandemic“, *Insights* 36(2)/2022, 19.

⁴² Jessica Schmidt, „Die geplante Richtlinie über Aktionärsrechte und ihre Bedeutung für das deutsche Recht“, *Betriebs-Berater* 31/2006, 1644.

⁴³ ICLEG Report, 18.

⁴⁴ ICLEG Report, 17.

штинским седницама. Ово је један од разлога којим се објашњава слабо коришћење виртуелних седница у државама у којима су оне дозвољене.⁴⁵

5. УПОРЕДНО ПРАВО

Неспорно је да је пре пандемије већина држава захтевала одржавање физичке седнице скупштине. Под утицајем Директиве о правима акционара, државе чланице Европске уније су давале право јавним акционарским друштвима да омогуће својим акционарима учешће на седници електронским путем. Према томе, биле су дозвољене како физичке, тако и хибридне седнице. Међутим, праве виртуелне седнице су у начелу биле недопуштене. Делавер у САД и Данска у Европи су ретка законодавства која су у том периоду уређивала и дозвољавала виртуелне седнице.

За време пандемије вируса COVID-19 физичке седнице су у великој мери биле онемогућене. Према извештајима ОЕCD-а 45 држава је у периоду између 2020. и 2022. године дозволило виртуелне и/или хибридне седнице.⁴⁶ Неке државе су та правила примењивала само за време трајања пандемије,⁴⁷ док су друге одлучиле да наставе са применом истоветних или измењених правила и након пандемије.

5.1. САД

Делавер је прва америчка држава која је 2000. године изменила своје компанијско законодавство и увела могућност одржавања виртуелних седница.⁴⁸ Након што је већи број америчких држава прихватио идеје Делавера, Америчко удружење правника (*American Bar Association*) је у истом правцу изменило Модел Закон о акционарским друштвима.⁴⁹ Две деценије касније већина америчких држава дозвољава виртуелне и/или хибридне седнице. Свега пет америчких држава и даље захтева физичке седнице, 45 дозвољава хибридне седнице, а 33 државе су оптирале и за могућност одржавања виртуелних седница.⁵⁰

⁴⁵ ICLEG Report, 7.

⁴⁶ Нав. према: К. Ј. Нопт, „Corporate Governance and the Shareholders...“, 2.

⁴⁷ Више о увођењу виртуелних седница у упоредним законодавствима за време трајања пандемије вид. D. A. Zetzsche, L. Anker-Sørensen, R. Consiglio, M. Yeboah-Smith, 16-22. За анализу азијских законодавстава вид. Masaki Iwasaki, „Are In-Person Shareholder Meetings Outdated? The Value of Implicit Communication“, November 26, 2020, *Asian Journal of Law and Economics* 11(3)/2020, <https://ssrn.com/abstract=3734803> (21.2.2024).

⁴⁸ Delaware Code Title 8 § 211.

⁴⁹ Model Business Corporation Act, § 7.09.

⁵⁰ Ово су подаци из 2020. године. Вид. Douglas K. Chia, Ann S. Lee, Report on Practices for Virtual Shareholder Meetings, Harvard Law School Forum on Corporate Governance, <https://>

Основне карактеристике модела виртуелних седница које је прихватио Делавер се могу сумирати у следеће три тачке. Прво, дозвољене су и хибридне и виртуелне седнице. Штавише, законски су оне уређене на јединствен начин.

Друго, одлуку о томе да ли ће се одржати нека од нефизичких седница је у „искључивој дискрецији“ (енгл. „*sole discretion*“) одбора директора. Друштво може оснивачким актом или статутом да предвиди другачија правила (на пример, да забрани виртуелне седнице), и тиме промени диспозитивно законско решење о надлежности одбора. Коришћење језичке синтагме „у искључивој дискрецији“ није била случајна. Законодавац је на овај начин желео да нагласи да је ова одлука у потпуности у рукама одбора, као и да је суд неће преиспитивати осим у изузетним околностима.⁵¹ Одбор може да одреди да седница буде виртуелна, а да притом не мора да тражи сагласност скупштине, па чак ни да је консултује.⁵²

Треће, виртуелне седнице се могу одржати само ако је акционарско друштво претходно развило три специфичне процедуре нужне за остваривање учешћа и гласања у одсуству. Ове процедуре подразумевају усвајање мера којима се: 1) утврђује идентитет акционара или његовог пуномоћника за кога се претпоставља да је присутан на седници и који има право гласа; 2) акционарима и њиховим пуномоћницима обезбеђује могућност да учествују на седници и гласају о тачкама дневног реда, укључујући и могућност да читају или слушају ток поступка симултано са његовим одвијањем; и 3) обезбеђује вођење записника о гласању или другој радњи коју акционар или његов пуномоћник предузима електронским путем.⁵³ Према је већина америчких држава прихватила идеје Делавера, један број њих не захтева од друштава да усвоје приказане три специфичне процедуре.

5.2. НЕМАЧКА⁵⁴

Немачка је традиционално дозвољавала само класичне физичке седнице скупштине акционарског друштва. Након усвајања Директиве о правима

corp.gov.law.harvard.edu/2021/01/11/report-on-practices-for-virtual-shareholder-meetings/ (10.2. 2024).

⁵¹ L. M. Fairfax, 1372.

⁵² A. van der Krans, 33.

⁵³ Delaware Code Title 8 § 211(2)(b).

⁵⁴ Више вид. Klaus J. Hopt, „Company Law and the Corporate Governance Effects of the Pandemic – The New German Law on Virtual General Meetings of Stock Corporations and the Effect of the Pandemic on the Board“, *Orizzonti del Diritto Commerciale: Rivista on Line Dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale*, Vol. 2022, Issue 2 (2022), 563-584.

акционара из 2007. године, државе чланице су имале обавезу да уведу могућност електронске партиципације акционара. Немачка је то учинила изменама Закона о акцијама 2009. године,⁵⁵ што значи да су од те године могуће физичке и хибридне седнице. Међутим, виртуелне скупштинске седнице и даље нису биле дозвољене. Као и већина других држава, Немачка је за време пандемије вируса COVID-19 усвојила посебан закон са ороченим дејством којим је по први пут дозвољено одржавање виртуелних седница.⁵⁶ Овим законом је дато право управном одбору да донесе одлуку о одржавању виртуелних или хибридних скупштинских седница. Пракса коришћења виртуелних седница у наредне две године је била веома позитивна, а оно што је из угла корпоративног управљања значајно јесте раст присуства акционара на седницама.⁵⁷ Коначно, средином 2022. године су усвојене измене Закона о акцијама којима су дефинитивно уведене виртуелне скупштинске седнице.⁵⁸

Основно је правило немачког права да оснивачки акт може да предвиди или да овласти управни одбор да се скупштинска седница одржи без физичког присуства акционара или њихових пуномоћника.⁵⁹ Одредба у оснивачком акту која предвиђа виртуелне седнице или којом се даје овлашћење управном одбору да доноси такву одлуку мора бити ограниченог трајања, а максимално се може дати на пет година након регистрације. Из наведеног се може закључити да је у немачком праву физичка седница правило, а да друштво може да оптира за хибридну или виртуелну седницу или да одговор на то питање препусти управи. Ова одлука спада у тзв. аутономију оснивачког акта, а није искључено да ће то постати стандардна пракса у будућности.⁶⁰ Приказане одредбе оснивачког акта морају бити ограниченог трајања, чиме се гарантује њихово преиспитивање по истеку рока. Разлика између две опције прописане законом (виртуелне седнице предвиђене оснивачким актом или виртуелна седница по одлуци органа управе) је у следећем: ако се одреди оснивачким актом, виртуелна седница је једина могућност, а ако се овласти управа, управни одбор за сваку седницу одлучује да ли ће бити физичка, хибридна или виртуелна. Очигледно је да друга опција нуди више флексибилности.

⁵⁵ Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie – ARUG, 30.7.2009. Овим законом је промењен члан 118 Закона о акцијама.

⁵⁶ Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie – GesRua-COVBeG, 27.3.2020, § 1.

⁵⁷ К. Ј. Hopt, „Corporate Governance and the Shareholders...“, 3.

⁵⁸ Gesetz zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung genossenschafts- sowie insolvenz- und restrukturierungsrechtlicher Vorschriften – VirHVEG, 20.7.2022.

⁵⁹ AktG, § 118a(1,3,4).

⁶⁰ К. Ј. Hopt, „Corporate Governance and the Shareholders...“, 7.

Одржавање виртуелних седница је условљено претходним испуњењем осам услова: 1) целокупна седница се мора преносити тоном и сликом; 2) акционари и њихови пуномоћници могу да врше своја гласачка права коришћењем електронских комуникација; 3) акционари који су електронски присутни на седници имају право да подносе предлоге посредством видео комуникације; 4) акционари могу да остварују право на постављање питања електронским путем; 5) ако је управни одбор донео одлуку да акционари могу да постављају питања само пре седнице, онда је у обавези да сачини извештај и да га учини доступним акционарима најкасније седам дана пре дана седнице; 6) акционари имају право да дају изјаве (коментаре) у вези са тачкама дневног реда електронским путем; 7) акционари који су електронски присутни морају имати право да причају на седници коришћењем видео комуникација; и 8) електронски присутни акционари морају имати право да електронским путем приговоре на одлуке усвојене на седници. Сагледавањем свих ових услова закључује се да је немачко право желело да гарантује акционарима коришћење бројних права у вези са учешћем у раду скупштине и остваривањем права гласа, чак и ако се одржава виртуелна седница.

Виртуелне седнице у Немачкој нису у целости виртуелне. Наиме, чланови управног одбора, чланови надзорног одбора, председник скупштине и ревизор морају физички присуствовати на скупштинској седници у месту њеног одржавања.⁶¹ Међутим, за разлику од наведених лица, ниједан акционар не може да користи опцију физичког присуства.

6. О НЕКИМ ПИТАЊИМА ВИРТУЕЛНИХ СЕДНИЦА

6.1. Одлука о одржавању виртуелне седнице

Виртуелне седнице су изузетак од физичких седница. Сва законодавства данас предвиђају да су физичке седнице или обавезујуће за акционарска друштва (традиционално решење) или правило од кога се може одступити (модерно решење). Данас се виртуелне седнице нигде не претпостављају. Због тога је нужно да законодавства која их дозвољавају пропишу начин на који се оне уводе. У упоредном праву су присутна два решења. Према првом решењу, одлуку о одржавању скупштинске седнице виртуелним путем доноси орган управе (на пример одбор директора). Ово решење је прихваћено у америчком праву. Њега карактерише ефикасност, стручност органа који одлуку доноси и флексибилност, док је основни недостатак у томе да о начину остваривања најзначајнијег неимовинског права акционара одлучују лица која немају то својство. Друго решење, карактеристично за континентална

⁶¹ AktG, § 118a(2).

европска законодавства, полази од тезе да одлуку о виртуелним седницама доносе акционари. Најчешће се као претпоставка за одржавање виртуелних седница предвиђа да оне морају бити дозвољене оснивачким актом или статутом друштва. На тај начин акционари променом интерног акта друштва омогућавају одржавање виртуелних седница. Осим у изузетним случајевима када скупштина сматра да свака седница треба да буде виртуелна или сама пропише услове под којима ће се одржавати, најлогичније је да конкретну одлуку о томе да ли ће седница бити физичка, хибридна или виртуелна доноси орган управе који седницу сазива.

6.2. Електронско остваривање права

Када се донесе одлука о одржавању виртуелне скупштинске седнице као основно се поставља питање на које начине ће акционари остваривати своја права. Под правима акционара овде се превасходно мисли на права која су везана за учешће у раду скупштине и право гласа. Као примери се могу навести: право јављања за реч и учествовања у расправи на тај начин, право да сваки акционар може да види и слуша остале акционаре и друга лица присутна на седници, право давања предлога, сугестија и коментара, право на постављање питања, право гласања о свакој тачки дневног реда, итд. На остала права виртуелно одржавање седнице нема утицаја.

Основно је правило да акционари сва права која имају на физичкој седници морају имати и на виртуелној седници.⁶² Према томе, не може се говорити о другим правима или другачијем опсегу права за виртуелно присутне акционаре. Међутим, то не значи да се права остварују на једнак начин. Напротив, на виртуелним седницама права се увек врше посредством електронских комуникација. Због тога се може говорити о томе да виртуелне седнице нужно претпостављају одређене модификације остваривања права учешћа и права гласа.

Разради ових идеја законодавства могу приступити на два начина. Први начин је да законодавац предвиди само основна правила везана за то када се може одржати виртуелна седница, без прописивања било каквих других решења у вези са начином остваривања права акционара на таквој седници. Непостојање специфичних законских правила не значи да она нису нужна, већ само да ће њих морати да дефинише само акционарско друштво својим интерним актима или ће операционализација виртуелних седница бити одговорност органа управе. Приликом конкретног организовања виртуелних седница друштва и чланови управе се у недостатку специфичних правила морају ослонити на права акционара предвиђена за физичке

⁶² ICLEG Report, 11.

седнице, и омогућити њихово остваривање у једном новом (виртуелном) амбијенту.

Други законодавни приступ подразумева прописивање специфичних правила која би се примењивала на остваривање права акционара на скупштинским седницама. Заправо, класична права акционара која се примењују на физичким седницама се прилагођавају потребама виртуелних седница. Најчешће се модификују правила о праву акционара на постављање питања и добијања одговора и права акционара у вези са дневним редом.

Имајући у виду различита права која могу да остварују, сви учесници на скупштинским седницама се деле у три групе.⁶³ Прву групу чине тзв. гости или посматрачи, који имају само право да прате и посматрају седницу. Другу групу чине дебатори, тј. лица која имају право да учествују на скупштинским седницама, али без права гласа. Последњу категорију чине гласачи, тј. сва она лица која могу да гласају о тачкама дневног реда. О овој подели се посебно мора водити рачуна на виртуелним седницама, јер се оне технички морају припремити тако да приликом идентификације учесник добија одговарајући статус, који му или омогућава коришћење свих права (гласачи) или му се права редукују (дебатори и гости).

Последњих година се све више истичу бројне могућности које нуди блокчејн технологија, а које се могу у будућности искористити за унапређење ефикасности спровођења скупштинских седница. Сматра се да би употреба блокчејн технологије могла значајно да умањи трошкове гласања акционара, али и да олакша остваривање неких акционарских права која су у вези са правом учешћа у раду скупштине.⁶⁴ По природи ствари, оваква питања ће се постављати преваходно у случају одржавања хибридних и виртуелних седница. Имајући у виду шта нам вероватно следи, неки аутори говоре о крају „корпоративног“ управљања и почетку управљања „преко платформи“.⁶⁵

6.3. Идентификација акционара

Једно од најосетљивијих питања виртуелних седница је начин идентификације акционара и њихових пуномоћника. Неке државе само преписују одредбу Директиве о правима акционара, према којој учешће акционара

⁶³ Wanne M. Pemmelaar, „Towards a Virtual General Meeting: ‘I accept’ or ‘I decline’?“, *Utrecht Law Review* 4(3)/2008, 170.

⁶⁴ Више вид. Anne Lafarre, Christoph Van der Elst, „Blockchain Technology for Corporate Governance and Shareholder Activism“, Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series No. 07/2018, <http://ssrn.com/abstract=3135209> (17.2.2024).

⁶⁵ Mark Fenwick, Joseph A. McCahery, Erik P. M. Vermeulen, „The End of ‘Corporate’ Governance: Hello ‘Platform’ Governance“, *European Business Organization Law Review* 20/2019, 171–199.

електронским путем може бити ограничено само ако је то потребно ради идентификације акционара и у мери у којој су таква ограничења потребна за постизање тог циља (на пример, Холандија, Пољска, Србија, Црна Гора). Друге државе захтевају од акционарских друштава да уведу неки вид аутентификације акционара (Делавер, Данска и Норвешка), док остале не уређују изричито ово питање (Аустрија).⁶⁶

Тематика идентификације акционара није погодна за законску регулативу, јер конкретни начини зависе од степена технолошког развоја. Најупутније је обавезати друштва да усвоје адекватне и недискриминаторске мере у циљу идентификације акционара, без додатних прецизирања.⁶⁷

6.4. Додатно информисање акционара

Информисање акционара пре седнице скупштине је предуслов за ефикасно вршење њихових бројних права која се остварују пре и за време седнице. Класична правила компанијског права садрже бројна законска решења којима се акционарима гарантује благовремено, потпуно и поуздано информисање.⁶⁸ Виртуелне седнице подразумевају још један додатни скуп информација које се морају обзнанити акционарима, а које су прилагођене специфичностима ових седница. У даљем тексту ће бити речи о неколико аспеката тог информисања.

Прво, у позиву за седницу се јасно мора назначити да ће седница бити виртуелна објаснити акционарима шта то тачно значи. Од посебног значаја је нагласити акционарима да право учешћа у раду скупштине и право гласа могу остваривати искључиво електронским путем, без могућности физичког присуства. Ако је одлуку о одржавању седнице виртуелним путем донео орган управе, у позиву треба објаснити разлоге доношења овакве одлуке.

Друго, акционарима се морају обезбедити јасне, прецизне и детаљне инструкције о томе како да учествују и/или гласају на виртуелним седницама. Приликом писања тих инструкција треба имати у виду да њих морају разумети и акционари који не поседују посебна знања из области информатике и модерних технологија. Препоручује се сликовито приказивање сваког корака нужног за учешће.

Треће, посебну пажњу треба посветити објашњењу начина коришћења права на постављање питања. Када и како се питања постављају, као и начин на који ће управа одговорати на њих, само су нека питања на која би акционари морали да нађу одговор у позиву за седницу или пропратној документацији.

⁶⁶ ICLEG Report, 14.

⁶⁷ ICLEG Report, 15.

⁶⁸ Више вид. В. Радовић, „Информисање акционара...“, 117-144.

7. ПРЕПОРУКЕ ЗА СРБИЈУ

Српски Закон о привредним друштвима дозвољава само физичке и хибридне седнице скупштине акционарског друштва. *Pro futuro* се треба заложити за увођење виртуелних седница. Физичке седнице морају остати правило, док су хибридне и виртуелне седнице изузеци које друштво може, али не мора да користи. Приликом регулисања виртуелних седница треба се руководити следећим идејама:

- када је реч о друштвима на која се примењују, законодавац има две опције: да се виртуелне седнице односе само на јавна акционарска друштва или да их веже за сва акционарска друштва, што се чини као боље решење;
- имајући у виду да се виртуелне седнице никада не претпостављају, друштво мора да донесе одговарајућу одлуку. Највише оправдања би имало правило према коме виртуелне седнице морају бити дозвољене статутом друштва, а истим актом се могу предвидети и услови за њихово одржавање (на пример, да одлуку о одржавању виртуелних седница доноси орган управе који сазива седницу или да ће све седнице бити виртуелне). По узору на немачко право, има смисла унети и одредбу према којој одредба статута има ограничено време трајања (на пример, пет година);
- друштво које одржава виртуелну седницу дужно је да усвоји недискриминаторске мере у циљу идентификације акционара;
- увођење виртуелних седница би требало да прате и додатна правила о информисању акционара, а у том погледу је посебно значајно проширити обавезан садржај позива за седницу;
- приликом регулисања виртуелних седница треба размислити о томе да ли и у којој мери нека права акционара треба прилагодити овој врсти седница, при чему се као најзначајнија истичу право на постављање питања и права у вези са дневним редом.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Anne Lafarre, Christoph Van der Elst, „Blockchain Technology for Corporate Governance and Shareholder Activism“, *Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series* No. 07/2018, <http://ssrn.com/abstract=3135209> (17.2.2024)
- Anatoli van der Krans, „The Virtual Shareholders Meeting: How to make it work?“, *Journal of International Commercial Law and Technology* 2(1)/2007
- Bernard S. Black, „Shareholder Passivity Reexamined“, *Michigan Law Review* 89/1990
- Bernd Beuthel, *Electronic Corporate Governance: Online and Virtual Shareholder Meetings and Shareholder Participation in Switzerland and Germany*, доктор-

- ска дисертација, 2006, [https://www1.unisg.ch/www/edis.nsf/SysLkpByIdentifier/3195/\\$FILE/dis3195.pdf](https://www1.unisg.ch/www/edis.nsf/SysLkpByIdentifier/3195/$FILE/dis3195.pdf) (25.4.2019)
- Christian Kersting, „Das Auskunftsrecht des Aktionärs bei elektronischer Teilnahme an der Hauptversammlung (§§ 118, 131 AktG)“, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2010
- Danielle Keats Citron, „Cyber Civil Rights“, *Boston University Law Review* 89/2009
- David Martin Will Mastrianna, „Virtual Shareholder Meetings: Beyond the Pandemic“, *Insights* 36(2)/2022
- Dirk A. Zetzsche, Linn Anker-Sørensen, Roberta Consiglio, Miko Yeboah-Smith, „The COVID-19-Crisis and Company Law – Towards Virtual Shareholder Meetings“, June 15, 2020, University of Luxembourg Faculty of Law, Economics & Finance WPS 2020-007, <https://ssrn.com/abstract=3576707> (21.2.2-24)
- Dirk Zetzsche, „Virtual Shareholders Meetings and the European Shareholder Rights Directive – Challenges and Opportunities“, 2007, <http://ssrn.com/abstract=998429> (5.2.2024)
- Dirk Zetzsche, „Corporate Governance in Cyberspace – a Blueprint for Virtual Shareholder Meetings“ June 19, 2005, <https://ssrn.com/abstract=747347> (5.2.2024)
- Douglas K. Chia, Ann S. Lee, Report on Practices for Virtual Shareholder Meetings, Harvard Law School Forum on Corporate Governance, <https://corpgov.law.harvard.edu/2021/01/11/report-on-practices-for-virtual-shareholder-meetings/> (10.2.2024)
- Elizabeth Boros, „Virtual Shareholders Meetings“, *Duke Law and Technology Review*, бр. 8/2004
- Elizabeth Boros, „Corporate Governance in Cyberspace: Who Stands to Gain What From the Virtual Meeting“, *Journal of Corporate Law Studies* 3(1)/2003
- Frank H. Easterbrook, Daniel R. Fischel, „Voting in Corporate Law“, *Journal of Law and Economics* 26/1983
- George Ponds Kobler, „Shareholder Voting Over the Internet: A Proposal for Increasing Shareholder Participation in Corporate Governance“, *Alabama Law Review* 49/1998
- Jessica Schmidt, „Die geplante Richtlinie über Aktionärsrechte und ihre Bedeutung für das deutsche Recht“, *Betriebs-Berater* 31/2006
- Klaus J. Hopt, „Corporate Governance and the Shareholders: The German Law on Virtual General Meetings 2022“, <https://ssrn.com/abstract=4240280> (8.2.2024)
- Klaus J. Hopt, „Company Law and the Corporate Governance Effects of the Pandemic – The New German Law on Virtual General Meetings of Stock Corporations and the Effect of the Pandemic on the Board“, *Orizzonti del Diritto Commerciale: Rivista on Line Dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale*, Vol. 2022, Issue 2 (2022)
- Lisa M. Fairfax, „Virtual Shareholder Meetings Reconsidered“, *Seton Hall Law Review* 40/2010
- Mark Fenwick, Joseph A. McCahery, Erik P. M. Vermeulen, „The End of ‘Corporate’ Governance: Hello ‘Platform’ Governance“, *European Business Organization Law Review* 20/2019
- Masaki Iwasaki, „Are In-Person Shareholder Meetings Outdated? The Value of Implicit Communication“, November 26, 2020, *Asian Journal of Law and Economics* 11(3)/2020, <https://ssrn.com/abstract=3734803> (21.2.2024)

- Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, 16^e édition, Paris 2003
- Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Компанијско право – право привредних субјеката*, 3. издање, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2023
- Pablo Iglesias Rodriguez, „Electronic Voting by Shareholders in Spain“, *European Company Law* 6(1)/2009
- Stefan Grundmann, *European Company Law – Organization, Finance and Capital Markets*, Intersentia 2007
- Вук Радовић, „Услови за вршење права акционара на постављање питања“, *Анали Правног факултета Универзитета у Београду* 1/2014
- Вук Радовић, „Последице вршења права акционара на постављање питања“, *Правни живот* 11/2014
- Вук Радовић, „Гласање акционара преко пуномоћника у комунитарном праву“, *Европско законодавство* 33-34/2010
- Вук Радовић, „Информисање акционара пре седнице скупштине акционарског друштва“, *Правни живот* 11/2010
- Wanne M. Pemmelaar, „Towards a Virtual General Meeting: ‘I accept’ or ‘I decline’?“, *Utrecht Law Review* 4(3)/2008

Vuk G. Radović
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
vuk@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-0851-0198

Virtual General Meetings

Abstract: Traditionally, general meetings have been held as physical meetings. Over the last two decades, legislators have often allowed hybrid meetings, giving shareholders the right to participate both electronically and in person. Since the end of the recent pandemic, we have seen further liberalisation, which means that an increasing number of countries also allow virtual meetings of shareholders. At present, Serbia does not recognise and allow virtual meetings, but it is recommended that this type of meeting should be legally regulated. The purpose of this paper is to define the exact meaning of virtual meetings, to highlight their advantages and disadvantages, to present some selected comparative laws regulating this type of meetings, as well as to analyse some problematic aspects that need to be regulated. The aim of this paper is to give recommendations to the Serbian legislator on the proper way to allow virtual meetings, taking into account all potential problems associated with these meetings.

Keywords: corporation, shareholder meeting, hybrid meeting, virtual meeting, right to participate in the meeting, right to vote, electronic voting.

Датум пријема рада: 11.07.2024.

Датум прихватања рада: 01.10.2024.

Мирјана З. Радовић
Универзитет у Београду
Правни факултет у Београду
mirjanam@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-1700-6495

УТВРЂИВАЊЕ СВОЈСТВА КОНТРОЛНОГ ЧЛАНА ДРУШТВА КАПИТАЛА*

Сажетак: У раду се анализира својство контролног члана (акционара) друштва са ограниченом одговорношћу или акционарској друштву према Закону о привредним друштвима из 2011. године, узимајући у обзир постојећа тумачења у домаћој правној теорији и судској пракси, али и схватања развијена у уредном праву. Након уводних излагања о значају утврђивања својства контролног члана, у другом делу је објашњено имплицитно законско дефинисање контролног члана. Трећи део је посвећен претпоставци својства контролног члана која важи за члана са већинским правом гласа на скупштини. Насујрош до сада преовлађујућем мишљењу у теорији, ауторка се залаже за прихватање оборивог карактера те претпоставке и указује на оправдане разлоге за њено обарање. У четвртом делу рада се изражује могућност да мањински члан стекне својство контролног члана. У том погледу, ауторка посебно обрађује контролу мањинског члана на основу фактичке већине гласова на скупштини, комбинације различитих средстава контроле и заједничког деловања. На крају рада су сумирани основни предлози за правилно тумачење законских одредаби о утврђивању својства контролног члана.

Кључне речи: Контрола, Контролни члан, Контролни акционар, Друштво с ограниченом одговорношћу, Акционарско друштво, Закон о привредним друштвима.

* Рад представља резултат истраживања у оквиру пројекта „Проблеми стварања, тумачења и примене права“ за 2024. годину, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду.

Ауторка се посебно захваљује судији Марку Радовићу из Привредног суда у Београду на помоћи у прикупљању релевантне судске праксе.

1. УВОД

Контролни члан друштва с ограниченом одговорношћу или акционарског друштва је такав члан, односно акционар који може одлучујуће да утиче на пословање друштва. Реч је о лицу чија моћ надилази вршење чланских права у оквиру надлежности скупштине, те се испољава и на нивоу управе која води послове друштва.¹ Свако друштво са контролним чланом изложено је специфичној агенџијској проблематици према којој се неспутано коришћење моћи контролног члана у погледу управљања и пословођења потенцијално негативно одражава на мањинске чланове и повериоце друштва.² Отуда се у овој области уводе посебна компанијскоправна правила која санкционишу злоупотребу или ограничавају слободу контролног члана да утиче на пословање друштва у циљу заштите интереса осталих носилаца ризика пословања.³ У том смислу, српски Закон о привредним друштвима као главне механизме предвиђа посебне дужности контролног члана у односу на друштво⁴ и неогра-

¹ Walter Bayer, „AktG § 17 Abhängige und herrschende Unternehmen“, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* (Hrsg. Wulf Goette, Mathias Habersack, Susanne Kalss), 6. Auflage, C. H. Beck, München 2024, Rn. 21.

² Ann M. Lipton, „After Corwin: Down the Controlling Shareholder Rabbit Hole“, *Vanderbilt Law Review* 72, no. 6, 2019, стр. 1979; Ronald J. Gilson, „Controlling Shareholders and Corporate Governance: Complicating the Comparative Taxonomy“, *Harvard Law Review*, Vol. 119, No. 6, 2006, стр. 1650 и даље; Zipora Cohen, „Fiduciary Duties of Controlling Shareholders: A Comparative View“, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 12/1991, стр. 380; Bobby V. Reddy, „The Fat Controller – Slimming Down the Excesses of Controlling Shareholders in UK Listed Companies“, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 47/2017, <https://ssrn.com/abstract=3056999>, стр. 2 и 9; Leon Anidjar, „A macro-level investigation of transatlantic controlling shareholder’s fiduciary duty“, *Legal Studies* 42/2022, стр. 187. Детаљније о другом агенџијском проблему вид. Вук Радовић, „Утицај агенџијских проблема на право акционарских друштва и корпоративно управљање“, *Корпоративно упрљвљање – зборник радова* (ур. Мирко Васиљевић, Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008, стр. 251 и 252.

³ B. V. Reddy, стр. 10 и даље.

⁴ Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021, чл. 65-76. Више вид. Јелена Лепетић, *Компанијскоправни режим сукоба интереса*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, <https://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/handle/123456789/2640/Disertacija.pdf?sequence=6&isAllowed=y>, стр. 142 и даље; Борко Михајловић, *Дужности лојалности према привредном друшћиву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2018, <https://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/handle/123456789/10960/Disertacija.pdf?sequence=6&isAllowed=y>, стр. 70 и даље; Небојша Јовановић у: Небојша Јовановић, Вук Радовић, Миријана Радовић, *Компанијско право – Право привредних субјеката*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2023, стр. 166 и даље. Поред наведених института, појам контролног члана је релевантан и за примену законских одредби о повезаним лицима, искључењу права гласа, стицању сопствених удела, односно акција, пуномоћнику за гласање на скупштини акционара и праву на продају акција. Вид. ЗПД, чл. 62 ст. 2 тач. 2 и 5, чл. 157 ст. 7, чл. 281, чл. 283, чл. 345 ст. 2, чл. 522.

ничену одговорност контролног члана за обавезе друштва престалог принудном ликвидацијом.⁵

У оба наведена случаја, за примену релевантних законских одредби као претходно се поставља питање утврђивања својства контролног члана друштва. Међутим, правила Закона о привредним друштвима на основу којих се одређује појам контролног члана су недовољно јасна, непотпуна и подложна различитим тумачењима. Тај проблем нарочито долази до изражаја код друштва с ограниченом одговорношћу и акционарског друштва, будући да за те врсте друштава иначе важе принципи ограничене одговорности чланова и подељене надлежности за управљање и пословођење између чланова и професионалних менаџера (директора), који у случају постојања контролног члана (акционара) бивају нарушени. Стога се према Закону о привредним друштвима посебне дужности контролног члана тичу искључиво друштава капитала, док су код друштава лица прописане за све ортаке и комплементарне. Такође, правило о неограниченој одговорности контролног члана за обавезе принудно ликвидираних друштва је релевантно пре свега за друштва капитала, с обзиром на то да код друштава лица ортаци и комплементари већ одговарају неограничено солидарно за обавезе друштва, па утврђивање контролног члана није потребно. Из тог разлога је оправдано да се анализа својства контролног члана ограничи на друштва капитала.

У пракси српских судова анализа својства контролног члана друштва капитала је актуелна пре свега због бројних спорова око неограничене одговорности таквог члана за обавезе друштва престалог принудном ликвидацијом.⁶ Постојећа судска пракса показује да, иако у многим ситуацијама утврђивање контролног члана није спорно (на пример, код једночланих друштава), још увек постоји низ отворених питања која захтевају продубљено истраживање. Имајући наведено у виду, циљ редова који следе је да пруже детаљну анализу својства контролног члана друштва капитала према Закону о привредним друштвима узимајући у обзир упоредноправна решења у земљама са развијеном корпоративном традицијом.

⁵ ЗПД, чл. 548 ст. 3. Више вид. Марко Радовић, „Одговорност контролног члана за обавезе друштва престалог принудном ликвидацијом“, *Примена права и њихова сигурност* – Зборник радова 34. сусрећја Којаоничке школе природног права Слободан Перовић, Том 2, 2021, стр. 439 и даље; Тајјана Матковић Стефановић, „Одговорност контролног члана за обавезе брисаног друштва из регистра у случају принудне ликвидације“, *Пословни изазови* 2023, стр. 275 и даље.

⁶ Вид., примера ради: Пресуда Привредног апелационог суда 4 Пж 6296/23 од 28.12.2023. године; Пресуда Привредног апелационог суда 9 Пж 329/23 од 12.1.2024. године; Пресуда Привредног апелационог суда 2 Пж 6394/21 од 9.6.2022. године; Пресуда Привредног апелационог суда 7 Пж 3663/21 од 18.8.2021. године; Решење Привредног апелационог суда 2 Пж 11721/21 од 24.2.2022. године; итд.

2. ДЕФИНИСАЊЕ КОНТРОЛНОГ ЧЛАНА

Закон о привредним друштвима не садржи изричиту дефиницију контролног члана, али у правној теорији преовлађује став да значење тог појма треба извести из комбинације дефиниција члана (акционара) и контроле над привредним друштвом.⁷ Дакле, контролни члан је члан привредног друштва који има контролу над тим друштвом. Из тога недвосмислено произлази да лице које има контролу над привредним друштвом, али није истовремено и члан тог друштва, не може да се квалификује као контролни члан. Другим речима, својство контролног члана нужно претпоставља непосредно поседовање капитал-учешћа у датом друштву, које се доказује одговарајућим изводом из Регистра привредних субјеката у случају друштва с ограниченом одговорношћу, односно из Централног регистра хартија од вредности у случају акционарског друштва.⁸

Међутим, контрола над привредним друштвом не мора да се заснива искључиво на утицају који проистиче из личног капитал-учешћа, већ може да буде потпомогнута и другим лицима са којима члан заједнички делује, али и другим средствима попут уговора или права на именовање већине директора, односно чланова надзорног одбора. Наиме, Законом о привредним друштвима је контрола над привредним друштвом одређена као право или могућност једног лица да самостално или са другим лицима која са њим заједнички делују, „врши контролни утицај на пословање привредног друштва путем учешћа у основном капиталу, уговора или права на именовање већине директора, односно чланова надзорног одбора”.⁹

С обзиром на то да је по закону довољно да контролни члан има право или могућност да одлучујуће утиче на пословање друштва, закључује се да он контролу не мора стварно и да врши. Према томе, чак и када члан не користи средства контроле која му стоје на располагању (на пример, не врши право гласа на скупштини), сама могућност контролног утицаја на пословање представља довољан основ за његову квалификацију као контролног члана.¹⁰ Важно је такође истаћи да у складу са законом контролни утицај члана на пословање друштва може, али не мора да буде утемељен у неком његовом пуноважном и остваривом праву – довољно је да постоји могућност

⁷ Татјана Јевремовић Петровић, *Групе привредних друшйива*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, стр. 94; Б. Михајловић, стр. 78; Марко Радовић, стр. 443.

⁸ Упор. Т. Матковић Стефановић, стр. 274.

⁹ ЗПД, чл. 62 ст. 5.

¹⁰ Alexander Schall, „AktG § 17 Abhängige und herrschende Unternehmen“, *Beck-online. GROSSKOMMENTAR* (GesamtHrsg. Martin Henssler, Hrsg: Eberhard Stolz, Rüdiger Veil), C. H. Beck, München 2023, Rn. 10; Jens Koch, *Aktiengesetz*, 18. Auflage. C.H. Beck, München 2024, § 17 AktG, Rn. 6.

контролног утицаја.¹¹ Отуда као средства контроле треба прихватити и фактичке околности које омогућавају одлучујући утицај члана на вођење послова друштва (на пример, блиско пријатељство са директором друштва, дупли мандат директора тако да је директор контролисаног друштва истовремено директор члана, непуноважни споразум који се у пракси свеједно примењује).¹²

Широк појам контроле који обухвата не само правна, него и фактичка средства директног или индиректног утицаја на пословање привредног друштва, изразито компликује процес утврђивања својства контролног члана, због чега законодавац уводи претпоставку да се контролним чланом сматра лице које самостално или са повезаним лицима поседује већинско учешће у основном капиталу, које се огледа у више од 50% права гласа на скупштини.¹³ Претпоставка својства контролног члана значајно олакшава доказивање страни чији се захтев у спору заснива на тој чињеници. У супротном, када нема места примени наведене претпоставке, страна која се позива на својство контролног члана треба да докаже све околности случаја које поткрепљују тврдњу да је одређени члан у релевантном тренутку вршио или могао да врши „контролни утицај на пословање друштва”.¹⁴

Законодавац не појашњава шта се сматра контролним утицајем на пословање друштва. Чини се да у том погледу „пословање” треба схватити у смислу вођења послова, које код друштва капитала спада у надлежност директора. Захваљујући томе, члан има контролни утицај на пословање, ако може одлучујуће да утиче на одлуке директора о вођењу послова друштва.¹⁵ Притом се одлучујући утицај примарно заснива на моћи члана да одлучује о именовању и разрешењу већине директора, будући да су директори по природи ствари склони да поступају у складу са жељама и интересима лица (члана) од којег им зависи „опстанак” на тој функцији у друштву.¹⁶ У дру-

¹¹ Тако је и у немачком праву. Вид. Oliver Keßler, „AktG § 17 Abhängige und herrschende Unternehmen“, *Gesellschaftsrecht* (Hrsg. Martin Henssler, Lutz Strohn), 6. Auflage, C. H. Beck, München 2024, Rn. 3.

¹² У том смислу је релевантна економска, а не правна реалност. Вид. A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 16 и 26.

¹³ ЗПД, чл. 62 ст. 4 и 6. Тако је и у праву Делавера. Вид. Kahn v. Lynch Communc'n Sys., Inc., 638 A.2d 1110, 1113-14 (Del. 1994).

¹⁴ Упор. Kahn v. Lynch Communc'n Sys., Inc., 638 A.2d 1110, 1113-14 (Del. 1994).

¹⁵ Утицај на пословање треба „схватити као утицај на управу, јер је немогуће замислити да се остварује утицај на пословање друштва без утицаја на управу“. Вид. Вук Радовић, „Нејединствен појам заједничког деловања“, *Усклађивање њословној љрава Србије са љравом Европске уније (2019)* (уредник Вук Радовић), Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2019, стр. 30.

¹⁶ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 27; A. M. Lipton, стр. 1981 и 1982; J. Koch, § 17 AktG, Rn. 5; Volker Emmerich, Mathias Habersack, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 10. Auflage, C. H. Beck, München 2022, § 17 AktG, Rn. 6 и 7.

штвима са дводомним системом управљања, довољно је да члан има моћ да одлучујуће утиче на именовање и разрешење већине чланова надзорног одбора, јер на тај начин, посредством надзорног одбора, одлучујуће утиче и на именовање и разрешење директора који воде послове друштва.¹⁷

Правила Закона о привредним друштвима о контроли и претпоставци својства контролног члана наводе на закључак да контрола контролног члана треба да постоји у погледу пословања друштва као целине или барем у погледу најзначајнијих области пословања друштва.¹⁸ Другим речима, контролни члан треба да има контролу генерално, над друштвом као таквим, а не само над конкретним послом или поступањем друштва које изазива одређене правне последице.¹⁹ Међутим, посматрано из угла специфичних компанијско-правних правила о контролном члану, чини се да такво опредељење законодавца није оправдано у сваком случају. Истина је да својство контролног члана кога терети дужност избегавања сукоба интереса, дужност чувања пословне тајне или дужност поштовања забране конкуренције треба да се утврђује у односу на друштво као целину, али то не мора да буде тако када су у питању послови и радње у којима постоји лични интерес или престанак друштва принудном ликвидацијом. У последње наведеном случајевима својство контролног члана могло би да се утврђује и с обзиром на конкретан посао или радњу, односно разлог за престанак друштва принудном ликвидацијом.²⁰ Следствено томе, и члан који нема контролни утицај на све аспекте пословања друштва, али има такав утицај у погледу конкретног посла или радње, односно у погледу конкретног разлога за принудну ликвидацију друштва, треба да буде подвргнут одговарајућим законским правилима о дужностима и одговорности контролног члана.²¹

¹⁷ ЗПД, чл. 219 ст. 1, чл. 220 ст. 1, чл. 232 ст. 1 тач. 2, чл. 420 ст. 1, чл. 423 ст. 1 и чл. 425 ст. 3.

¹⁸ Упор. W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 24; V. Emmerich, M. Habersack, § 17 AktG, Rn. 9.

¹⁹ A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 14.

²⁰ Упор. Note, „Controller Confusion: Realigning Controlling Stockholders and Controlled Boards“, *Harvard Law Review* 133/2020, стр. 1708; Oderah C. Nwaeze, „The Corporate Guide: Avoiding Enhanced Scrutiny of Transactions Involving Controlling Stockholders“, *Faegre Drinker, March 25, 2022*, <https://www.faegredrinker.com/en/insights/publications/2022/3/the-corporate-guide-avoiding-enhanced-scrutiny-of-transactions-involving-controlling-stockholders>. Упор. Пресуда Привредног апелационог суда 7 Пж 3663/21 од 18.8.2021. године.

²¹ Упор. A. M. Lipton, стр. 1987 и 1988; Christopher B. Chuff, Joanna J. Cline, Matthew M. Greenberg, Taylor B. Bartholomew, „Controlling Stockholder or Member Status under Delaware Law—A Table of Key Decisions“, American Bar Association, Litigation Section, Business Torts & Unfair Competition Committee, July 8, 2021, <https://www.troutman.com/a/web/285929/chuff-et-al.pdf>, стр. 2.

3. ПРЕТПОСТАВКА СВОЈСТВА КОНТРОЛНОГ ЧЛАНА

Према Закону о привредним друштвима „сматра се да је одређено лице контролни члан друштва увек када то лице самостално или са повезаним лицима поседује већинско учешће у основном капиталу друштва”,²² при чему се већинско учешће у основном капиталу дефинише као поседовање „више од 50% права гласа у друштву”.²³ Наведена претпоставка је логична, имајући у виду да члан са преко 50% гласова на скупштини према диспозитивним законским правилима има апсолутну већину, те може да изабере, односно разреши директоре или чланове надзорног одбора, чак и ако седници скупштине присуствују сви чланови са правом гласа.²⁴ Стога је она прихваћена и у другим земљама, са развијеном компанијскоправном традицијом, попут САД,²⁵ Немачке²⁶ и Француске.²⁷ Међутим, интересантно је напоменути да у Немачкој претпоставка својства контролног члана важи не само у случају већинског права гласа, него и у случају већинског удела у основном капиталу.²⁸ За разлику од тога, у српском праву се неће сматрати да члан има контролу над друштвом ако поседује већину удела у основном капиталу који му не обезбеђује и већину гласова на скупштини (на пример, преференцијалне акције без права гласа чија је номинална вредност већа од половине основног капитала). Другим речима, већинско учешће у основном капиталу само по себи не ствара претпоставку својства контролног члана, па би у том случају контрола над привредним друштвом морала посебно да се докаже. Осим наведене претпоставке, Закон о привредним друштвима не

²² ЗПД, чл. 62 ст. 6.

²³ ЗПД, чл. 62 ст. 4.

²⁴ Према диспозитивним законским правилима, у друштвима капитала скупштина доноси одлуку о именовању и разрешењу директора, код једнодомног система управљања, односно чланова надзорног одбора, код дводомног система, простом релативном већином – дакле обичном већином од присутног броја гласова. ЗПД, чл. 211 и 358. Вид. и: W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 26.

²⁵ A. M. Lipton, стр. 1987; L. Anidjar, стр. 189; C. B. Chuff *et al.*, стр. 2; O. C. Nwaeze, *op. cit.*; *Weinstein Enters., Inc. v. Orloff*, 870 A.2d 499, 507 (Del. 2005); *Kahn v. Lynch Communc'n Sys., Inc.*, 638 A.2d 1110, 1113-14 (Del. 1994).

²⁶ Немачки AktG, § 16(3); Bernhard Köstler, „GmbH: Wann gilt ein Gesellschafter als beherrschend?“, 18.10.2023, <https://www.lexware.de/wissen/unternehmensfuehrung/gmbh-wann-gilt-ein-gesellschafter-als-beherrschend/>.

²⁷ Француски Code de commerce, Art. L233-3(I)(1^o). Упор. и: Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law, *Official Journal of the European Union* L 169, 30.6.2017, р. 46–127, са последњим изменама из 2021. године, Art. 67(1), где се такође за лице које поседује већину гласачких права у јавном акционарском друштву сматра да одлучујуће утиче на пословање друштва.

²⁸ Немачки AktG, § 16; V. Emmerich, M. Habersack, § 16 AktG, Rn. 1.

садржи ниједну другу претпоставку која би важила специфично за друштва са дисперзованом структуром чланова.²⁹

Страна у спору која се позива на претпоставку својства контролног члана треба да докаже да је у датом тренутку одређено лице било члан привредног друштва и да је само или заједно са повезаним лицима поседовало више од 50% права гласа на скупштини.³⁰ Ипак, поставља се питање како треба утврђивати већинско право гласа члана. Такође, законска формулација отвара простор за недоумице око тога ко се сматра контролним чланом у ситуацији када је већинско право гласа потпомогнуто гласовима повезаних лица. Најзад, начин на који је претпоставка законом прописана ствара дилему да ли је дозвољено доказивање супротног или је реч о необоривој претпоставци.

3.1. Већинско право гласа на скупштини

Да би се претпоставка својства контролног члана применила, потребно је да члан има барем један глас више од половине укупног броја гласова на скупштини.³¹ У том погледу учешће у гласачком капиталу треба посматрати генерално, а не кроз призму појединих питања о којима се гласа. Стога би као контролни могао да се посматра и члан коме је искључено право да гласа о одређеним тачкама дневног реда скупштине, под условом да начелно има право гласа на седницама скупштине. Процент гласачких права контролног члана треба утврђивати у односу на укупан број гласачких права по основу удела или акција умањен за сопствене уделе (акције) за које је вршење права гласа привремено суспендовано.³² Исто важи за друге уделе (акције) код којих је по закону привремено престало право гласа (на пример, удео контролисаног друштва у контролном друштву,³³ акције стечене без упућивања обавезне јавне понуде за преузимање за које Комисија за хартије од вредности изрекне меру губитка права гласа). Смисао изузимања удела (акција) код којих је у датом тренутку остваривање права гласа на скупштини

²⁹ За разлику од тога у немачком праву се оборило претпоставља да акционарско друштво котирано на берзи контролише акционар који поседује више од 30% гласачких права. Вид. А. Schall, „AktG § 17“, Rn. 31.

³⁰ Т. Матковић Стефановић, стр. 274. Наведени докази се пружају у виду извода из Регистра привредних субјеката, односно Централног регистра, у зависности од тога да ли је контролисано друштво с ограниченом одговорношћу или акционарско друштво.

³¹ V. Emmerich, M. Habersack, § 16 AktG, Rn. 23.

³² ЗПД, чл. 158 ст. 1 и чл. 351 ст. 2. Упор. V. Emmerich, M. Habersack, § 16 AktG, Rn. 22; Oliver Keßler, „AktG § 16 In Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen“, *Gesellschaftsrecht* (Hrsg. Martin Henssler, Lutz Strohn), 6. Auflage, C. H. Beck, München 2024, Rn. 3; J. Koch, § 16 AktG, Rn. 9.

³³ ЗПД, чл. 157 ст. 7 и чл. 283 ст. 1 и 2.

суспендовано огледа се у идеји да претпоставка својства контролног члана треба да се примени на лице које ефективно има апсолутну већину гласова, те може да разреши постојеће и именује нове директоре или чланове надзорног одбора независно од осталих (мањинских) чланова.

Поставља се питање да ли је за примену претпоставке својства контролног члана потребно доказати постојаност већинског права гласа, у смислу његовог одређеног минималног трајања. Другим речима, да ли се може сматрати контролним чланом и лице које је већинско право гласа стекло само привремено (на пример, у обављању делатности покровитељства емисије или искључиво у шпекулативне сврхе, ради даље препродаје акција на тржишту без намере остварења права гласа на скупштини). Строго посматрано, законом прописана претпоставка је тако формулисана да важи без обзира на трајање већинског права гласа. Стога би претпоставка наступила и ако члан у одређеном тренутку само привремено стекне више од половине права гласа на скупштини, иако нема намеру да учествује у управљању компанијом.³⁴

3.2. Приписивање учешћа других лица у гласачком капиталу

Претпоставка својства контролног члана обухвата не само ситуације када члан лично има већину гласова на скупштини, него и ситуације када такву већину поседује заједно са повезаним лицима. Тада је потребно да члан, са једне стране, и једно или више лица која су са њим повезана, са друге, имају гласачка права која у збиру чине више од пола гласова на скупштини. У описаном случају свако повезано лице о коме је реч треба да буде непосредни члан друштва, са правом гласа. За примену претпоставке је довољно доказати да су одређена лица међусобно повезана, у смислу правила о повезаним лицима, и да њихова гласачка права на скупштини чине већину од укупног броја гласова. На основу доказа својства повезаних лица претпоставља се да та лица заједнички делују, те да њихови гласови кумулативно чине већину на скупштини.³⁵ Из тога произлази да законско правило о претпоставци својства контролног члана у себи садржи и претпоставку заједничког деловања, ако се ради о два или више повезаних лица која имају права гласа на скупштини.

Ипак, Закон о привредним друштвима није сасвим јасан да ли за потребе претпоставке својства контролног члана правило о приписивању гласачке моћи повезаних лица претпостављеном контролном члану (чл. 62 ст. 6 ЗПД) треба да важи уместо или упоредо са правилом о већини гласова захваљујући заједничком деловању (чл. 62 ст. 4 ЗПД). Када би се та два правила схватила као међусобно искључујућа, то би значило да се одређеном члану

³⁴ A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 21, 46 и 55; W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 63.

³⁵ Упор. Т. Матковић Стефановић, стр. 275.

може приписати гласачка моћ других чланова у склопу претпоставке својства контролног члана само ако се ради о повезаним лицима. Супротно томе, ако би се наведена правила кумулативно примењивала, то би значило да је могуће приписивање гласачких права не само чланова који су повезана лица – када се заједничко деловање претпоставља, него и чланова за које се докаже да заједнички делују, иако није реч о повезаним лицима.

С обзиром на то да суштина претпоставке својства контролног члана почива на већинском праву гласа на скупштини које може да се остварује лично или заједно са другим лицима, чини се да другонаведеном тумачењу треба дати предност. Следствено томе, претпоставка својства контролног члана наступа увек када одређени члан самостално или са другим члановима који са њим заједнички делују има више од половине гласова на скупштини, при чему се заједничко деловање претпоставља за чланове који су повезана лица.

Пошто су сва наведена повезана лица, односно лица која заједнички делују, чланови друштва са правом гласа, поставља се питање за које од тих лица треба да важи претпоставка својства контролног члана – за свако појединачно, за одређено лице или за све њих као групу. Примера ради, ако су чланови друштва рођени брат и сестра, при чему обоје имају по 30% гласова на скупштини, што значи укупно 60% гласова, да ли претпоставка својства контролног члана важи за обоје, тако да друштво има два контролна члана, или само за брата, односно само за сестру, или за њих двоје заједно? Чини се да одговор на то питање треба тражити у односу на коме се заснива повезаност, односно заједничко деловање два члана.

У случају да њихова повезаност или заједничко деловање почива на односу равноправности, где се чланови договарају око заједничког управљања друштвом, претпоставка својства контролног члана требало би да важи за све њих као групу (заједницу) чланова.³⁶ То би из угла правила о одговорности контролног члана значило да сви ти чланови солидарно одговарају по правилима о одговорности контролног члана,³⁷ а из угла правила о посебним дужностима контролног члана – да све те чланове терете посебне дужности према друштву. Насупрот томе, када су чланови повезани, односно заједнички делују тако да један одлучује, а остали га следе, претпоставка својства контролног члана треба да важи само за то главно лице у заједници чланова (на пример, када су матично и зависно друштво чланови са правом гласа, као главно би се третирао матично друштво). Међутим, улога главног члана у групи повезаних чланова, односно чланова који заједнички делују, мора посебно да се докаже, јер се у супротном сматра да су они равноправни, те да заједно потпадају под дејство претпоставке својства контролног члана.

³⁶ Упор. А. Schall, „AktG § 17“, Rn. 17 и 18. Упор. Т. Матковић Стефановић, стр. 274.

³⁷ Тако и: Пресуда Привредног апелационог суда 9 Пж 329/23 од 12.1.2024. године.

Посебан случај заједничког деловања постоји када привредно друштво оснују или преузму два лица са по 50% удела ради остварења одређених заједничких циљева кроз делатност тог друштва.³⁸ С обзиром на то да у таквој ситуацији ниједан члан нема већинско капитал-учешће, а њихови гласачки потенцијали се међусобно неутралишу, једина могућност да се утврди контролни члан наведеног заједничког друштва почива на њиховом заједничком деловању. Према томе, ако чланови са паритетним уделитема (50% : 50%) спроведе заједничку политику управљања на основу изричитог споразума или прећутно (на пример, због чињенице да су оба та лица друштва-ћерке истог матичног друштва), њих треба третирати као контролну групу, односно заједницу чланова.³⁹ Имајући у виду да је у пракси заједничко привредно друштво (са два члана по 50% удела) по правилу подвргнуто координисаном управљању чланова, у немачком праву се за такво друштво *prima facie* сматра да је контролисано од оба члана.⁴⁰

3.3. Оборивост претпоставке својства контролног члана

Да би се претпоставка својства контролног члана применила, страна која се на њу позива мора да докаже најмање следеће чињенице: 1) да је одређено лице члан друштва, 2) да оно има одређени број гласова на седници скупштине, 3) колики је укупан број гласова и 4) да број гласова тог члана чини више од половине укупних гласова на скупштини (тзв. апсолутна већина). Ако проценат гласова члана није довољан, за примену претпоставке треба додатно доказати: 1) да су један или више других чланова повезана лица са тим чланом, 2) да та повезана лица имају одређени број гласова и 3) да укупан број гласова члана и гласова повезаних лица чини апсолутну већину гласова на скупштини. Када ни тај проценат не би био довољан, претпоставка ће важити ако се докаже: 1) да један или више чланова заједнички делују са чланом и/или са њим повезаним лицима, 2) да та лица са којима постоји заједничко деловање имају одређени број гласова на седници скупштине и 3) да укупан број гласова члана, повезаних лица и лица са којима заједнички делују чини апсолутну већину гласова на скупштини.

Међутим, поставља се питање да ли се након успешног доказа наведених чињеница неоториво сматра да је одређено лице контролни члан или је ту претпоставку могуће оборити. Формулација правила из Закона о привредним друштвима на први поглед наводи на закључак да је реч о неоторивој претпоставци. Наиме, „[с]матра се да је одређено лице контролни члан друштва

³⁸ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 77.

³⁹ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 79; V. Emmerich, M. Habersack, § 17 AktG, Rn. 31. Вид. и: Пресуда Привредног апелационог суда 9 Пж 329/23 од 12.1.2024. године.

⁴⁰ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 82.

увек када то лице самостално или са повезаним лицима поседује већинско учешће у основном капиталу друштва“ (подвукао аутор).⁴¹ Отуда, у српској правној теорији преовлађује став да је реч о необоривој претпоставци.⁴² Међутим, у новије време појавила су се мишљења која дозвољавају могућност доказивања супротног.⁴³ И заиста, ближа анализа показује да, насупрот искључиво језичком тумачењу закона, много више аргумената говори у прилог ставу да претпоставку својства контролног члана треба третирати као обориву.⁴⁴

Претпоставка почива на премиси да лице које има већину гласова на скупштини може да разреши и изабере већину директора, односно чланова надзорног одбора, и тако одлучујуће утиче на пословање друштва. Ипак, наведена премиса не важи у сваком конкретном случају, будући да су правила о већини за одлучивање о датим питањима диспозитивне природе. Управо из тог разлога претпостављеном контролном члану треба допустити доказивање супротног, тј. да он, упркос већини гласова, нема моћ да одлучује о избору и разрешењу већине директора, односно чланова надзорног одбора.⁴⁵ Следствено томе, претпоставка својства контролног члана као оборива служи искључиво олакшаном доказивању, тиме што на претпостављеном контролном члану пребацује терет доказа да он нема одлучујући утицај на пословање друштва преко избора већине директора или чланова надзорног одбора.⁴⁶ Важно је нагласити да за обарање претпоставке није потребно доказати да члан ни по ком основу нема контролу над друштвом, већ само да нема довољну моћ да изгласа већину директора, односно чланова надзорног одбора.⁴⁷ Према томе, терет доказивања евентуалних других средстава контроле која нису обухваћена претпоставком (на пример, блиске повезаности са директором) сноси страна чији захтев зависи од утврђивања својства контролног члана.

Претпоставка својства контролног члана не може да се обори доказом да то лице додуше јесте члан са већином гласова, али те гласове не користи слободно, већ у складу са вољом другог лица које га контролише или чије

⁴¹ ЗПД, чл. 62 ст. 6.

⁴² Т. Јевремовић Петровић, стр. 97; Н. Јовановић и Миријана Радовић у: Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, стр. 167 и 256; Ј. Лепетић, стр. 146.

⁴³ Марко Радовић, стр. 444.

⁴⁴ Тако је и у упоредном праву. Вид. А. Schall, „AktG § 17“, Rn. 51; О. Keßler, „AktG § 17“, Rn. 12; Note, „Controller Confusion: Realigning Controlling Stockholders and Controlled Boards“, стр. 1707 фн. 4.

⁴⁵ О. Keßler, „AktG § 17“, Rn. 13. Осим претпостављеног контролног члана, претпоставку може да обара и друго лице које тврди да члан није контролни, иако има већинско право гласа. Вид. W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 91.

⁴⁶ J. Koch, § 17 AktG, Rn. 18; V. Emmerich, M. Habersack, § 17 AktG, Rn. 35.

⁴⁷ A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 52.

гласачке инструкције мора да поштује. Према томе, претпостављеном контролном члану не вреди да истиче чињеницу да је, примера ради, и он сам контролисано друштво на чије пословање одлучујуће утиче друштво мајка.⁴⁸ Такође, претпоставку није могуће оборити ни доказивањем да претпостављени контролни члан не користи гласачка права која има, односно да у стварности не утиче на управљање и пословање друштва.⁴⁹ Суштина претпоставке се огледа у томе да одређени члан *може* да одлучује о разрешењу и именовану, па сама та могућност представља својеврсни Дамоклов мач над главама директора, односно чланова надзорног одбора. Према томе, битна је моћ одлучивања, а не и њено стварно коришћење. Имајући у виду да претпоставка у суштини почива на „страху“ директора од губитка позиција у органима управе, јасно је да она не треба да важи ако такве бојазни у конкретном случају нема. Другим речима, ако је одређени члан привремено стекао већину гласачких права, при чему у том кратком периоду у датим околностима директори очигледно нису имали разлога да страхују за своје позиције у управи, то представља довољан основ за обарање претпоставке својства контролног члана.⁵⁰

Осим наведеног случаја, претпоставка својства контролног члана се може оборити и доказом да је моћ претпостављеног контролног члана ограничена, тако да он ипак нема одлучујући утицај на пословање посредством избора већине директора. Да би тај разлог био довољан за обарање претпоставке, потребно је да постоји правно обавезујуће ограничење његове моћи, које он под претњом правног санкционисања мора да поштује.⁵¹ Правни основ ограничења моћи претпостављеног контролног члана може да буде садржан у оснивачком акту, односно статуту друштва, или у уговору.

Ако је, примера ради, оснивачким актом друштва са ограниченом одговорношћу или статутом акционарског друштва предвиђена већа (квалификована) већина гласова за избор и разрешење директора, односно чланова надзорног одбора,⁵² члан који додуше има више од половине укупних гласова, али не и потребну већину за доношење тих одлука може да се ослободи претпоставке својства контролног члана.⁵³ Исто важи у случају да претпо-

⁴⁸ У немачком праву исто важи за повереника (нем. *Treuhänder*) који је, додуше, везан инструкцијама корисника повереништва (нем. *Treugeber*), али се свеједно може сматрати контролним чланом који непосредно врши контролу над друштвом, за разлику од корисника повереништва који ту контролу остварује посредно. Вид. W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 75.

⁴⁹ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 94; A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 53; J. Koch, § 17 AktG, Rn. 19.

⁵⁰ A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 21.

⁵¹ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 95. Према томе, није довољно да претпостављени контролни члан необавезно обећа да неће вршити одлучујући утицај, иако правно може то да чини. Вид. и: A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 53.

⁵² ЗПД, чл. 211 и 358.

⁵³ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 99.

стављени контролни члан закључи уговор о гласању са другим члановима или трећим лицем, којим се правно обавезује да неће вршити право гласа на скупштини.⁵⁴ Поред тога, у немачкој пракси су присутни и тзв. уговори о одрицању од контроле које члан са већинским капитал-учешћем закључује са другим члановима или са друштвом.⁵⁵ На основу уговора о одрицању од контроле члан прихвата ограничење своје гласачке моћи према правилу „минус један глас“ када се одлучује о избору или разрешењу директора и чланова надзорног одбора. Према том правилу, члан који иначе има већину гласова на скупштини третираће се као да има један глас мање од потребне већине, како би се онемогућио да самостално одреди већински састав управе.⁵⁶ Коначно, ако друштво закључи уговор о контроли и управљању са трећим лицем које је одвојено и независно од члана са већинским правом гласа, то представља довољан основ за обарање претпоставке својства контролног члана.⁵⁷

Имајући у виду да је претпоставка својства контролног члана прописана тако да садржи и претпоставку заједничког деловања повезаних лица, треба дозволити могућност обарања не само првонаведене, него и другонаведене претпоставке. Захваљујући томе, ако се докаже да нема заједничког деловања између повезаних лица, тако да појединачна гласачка моћ није довољна за избор већине директора, односно чланова надзорног одбора, та лица се неће сматрати контролним члановима. Примера ради, брат и сестра као повезана лица и чланови друштва са по 30% гласова не гласају на исти начин (координисано) на седницама скупштине, већ свако у складу са својим интересима. У таквом случају, успешно обарање претпоставке заједничког деловања повезаних лица истовремено води обарању претпоставке својства контролног члана.

4. КОНТРОЛНИ ЧЛАН СА МАЊИНСКИМ ПРАВОМ ГЛАСА

Уместо члана са већинским правом гласа, друштво капитала може да контролише и његов мањински члан. Под мањинским чланом у овом кон-

⁵⁴ J. Koch, § 17 AktG, Rn. 22; W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 100.

⁵⁵ Више вид. V. Emmerich, M. Habersack, § 17 AktG, Rn. 42; A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 54; J. Koch, § 17 AktG, Rn. 22; O. Kefler, „AktG § 17“, Rn. 14.

⁵⁶ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 101.

⁵⁷ A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 53. Поједини аутори сматрају да у датој ситуацији својство контролног члана има и члан са већинским капитал-учешћем и члан који са друштвом закључи уговор о контроли и управљању. Вид. J. Лепетић, стр. 147. Међутим, имајући у виду да два члана који су независни један од другог не могу истовремено да врше одлучујући утицај на пословање друштва, такво схватање није оправдано из угла дефиниције контроле над привредним друштвом. Отуда, све док се уговор о контроли и управљању примењује, већински члан може успешно да обори претпоставку својства контролног члана. О правним дејствима уговора о контроли и управљању више вид. Миријана Радовић у: Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, стр. 260 и даље.

тексту подразумева се члан који има мање од половине укупних гласова на скупштини. Неопходан предуслов да би мањински члан могао да се третира као контролни је да друштво нема већинског члана или да је претпоставка својства контролног члана успешно оборена.⁵⁸ С обзиром на то да мањинско учешће у гласачком капиталу само по себи не обезбеђује сигурну већину на скупштини, нужно да је уз одређено капитал-учешће постоје и друга средства контроле или посебне околности које појачавају утицај датог члана на пословање друштва. Чини се да у том погледу од мањинског члана не треба захтевати јачи степен утицаја од оног који би имао члан са већином од укупног броја гласова на скупштини, имајући у виду да се тада законом претпоставља својство контролног члана.⁵⁹ Према томе, потребан и довољан степен контроле мањинског члана постоји ако он има моћ да одлучујуће утиче на избор и разрешење, односно одлучивање већине директора или чланова надзорног одбора.⁶⁰

Начелно посматрано, контрола мањинског члана може да проистиче из: а) фактичке већине гласова на скупштини, б) комбинације гласачке моћи и других средстава контроле и в) заједничког деловања са другим лицима. У сваком случају, контролни, односно одлучујући утицај на пословање друштва за мањинског члана мора посебно да се докаже, при чему терет доказа сноси лице чији захтев зависи од утврђивања својства контролног члана.

4.1. Фактичко већинско учешће

Мањински члан ће се сматрати контролним чланом ако му број гласова које поседује обезбеђује већину гласова присутних на седници скупштине. Разлог се огледа у чињеници да је за избор и разрешење директора, односно чланова надзорног одбора према диспозитивним одредбама закона довољна тзв. обична релативна већина гласова, коју чини више од половине гласова присутних чланова.⁶¹ Отуда, ако седницама скупштине по правилу не присуствују сви чланови са правом гласа, онда и проценат гласова од 50% и мање може да води одлучујућем утицају на већински састав управе. При том, што је број присутних гласова на седницама ближи кворуму, то је и проценат потребан за успостављање релативне већине нижи.⁶² Када је одзив чланова толико низак да је неопходно поновно сазивање скупштине да би се седница одржала, нижи кворум прописан за поновљену седницу може да обезбеди члану са још мање гласова релативну већину потребну за избор и

⁵⁸ J. Koch, § 17 AktG, Rn. 5.

⁵⁹ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 25; A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 27.

⁶⁰ C. V. Chuff *et al.*, стр. 2.

⁶¹ ЗПД, чл. 211 ст. 1 и чл. 358 ст. 1.

⁶² Више вид. Мирјана Радовић у: Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, стр. 256.

разређење већине директора или чланова надзорног одбора. Пошто у описаним околностима члан нема правно загарантовану већину од укупног броја гласова, али у реалности остварује већину од гласова присутних на седници, каже се да његова контрола над пословањем друштва почива на тзв. фактичкој већини или фактичком већинском учешћу у гласачком капиталу.⁶³

Неопходан предуслов да би се учешће мањинског члана третирано као фактичка већина јесте да у датом друштву не постоји други члан са истим или већим процентом гласова на скупштини.⁶⁴ У супротном би остварење контроле искључиво зависило од воље тог другог члана, будући да би његово појављивање и гласање на седници онемогућило мањинског члана да оствари већину од гласова присутних. Важно је напоменути да у српском праву није прописан минимални праг капитал-учешћа испод ког конкретан члан не може да има својство контролног члана. Међутим, с обзиром на правила о минималном дозвољеном кворуму за одлучивање на седницама скупштине и поновљеним седницама скупштине,⁶⁵ јасно је да својство контролног члана на основу фактичке већине не може да стекне лице које има мање од једне шестине (тј. 16,(6)%) од укупног броја гласова. Ипак, у ситуацији када друштво стекне сопствене уделе, односно акције, или права гласа одређених чланова буду из другог разлога суспендована, и нижи проценат капитал-учешћа може да постане контролни, јер се суспендовани гласови не урачунавају у кворум за одржавање седнице.⁶⁶

Конечно, да би фактичка већина могла да служи као основ за утврђивање својства контролног члана, потребно је да та већина буде извесна, односно постојана.⁶⁷ Према томе, треба третирати као контролног само оног мањинског члана чија фактичка већина са великом вероватноћом може да се очекује на седницама скупштине.⁶⁸ Отуда, мањински члан не постаје контролни ако се изузетно догоди да на одређеној седници скупштине има већину гласова присутних (на пример, због изненађујуће малог присуства осталих чланова). Тада је реч о тзв. случајној већини на скупштини,⁶⁹ која искључиво зависи од променљивих околности на које мањински члан не може да утиче. За разлику од тога, фактичка већина омогућава контролни

⁶³ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 35; A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 32; O. Keßler, „AktG § 17“, Rn. 6.

⁶⁴ A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 31.

⁶⁵ ЗПД, чл. 208 ст. 3 и чл. 353 ст. 1.

⁶⁶ Тако је у пракси некада и 11% капитал-учешћа било довољно за утврђивање својства контролног члана на основу фактичке већине. За упоредно право вид. Марко Радовић, стр. 444; Б. Михајловић, стр. 79.

⁶⁷ V. Emmerich, M. Habersack, § 17 AktG, Rn. 12; A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 21 и 32.

⁶⁸ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 35.

⁶⁹ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 51.

утицај мањинског члана ако седницама скупштине редовно присуствује мали број осталих чланова са правом гласа.

4.2. Комбинована контрола

Мањински члан може да има контролу над друштвом и када његова гласачка моћ на скупштини сама по себи не би била довољна за именовање и разрешење већине чланова управе. Тада је неопходно да члан уз капитал-учешће има и друга средства контроле која појачавају његов утицај на пословање друштва и чине га одлучујућим, односно контролним.⁷⁰ У овом случају се контрола заснива на комбинацији више средстава контроле, укључујући капитал-учешће, па се из тог разлога у теорији означава као „комбинована контрола“.⁷¹

Нажалост, правила Закона о привредним друштвима недовољно јасно уређују врсте средстава контроле чија комбинација може да доведе до контролног утицаја на друштво. У одредби која дефинише контролу као могућа средства утицаја се помињу: а) учешће у основном капиталу, б) уговор и в) право на именовање већине директора, односно чланова надзорног одбора. Из тога на први поглед произлази да контрола члана може да се заснива само на комбинацији капитал-учешћа са уговорном позицијом и/или правом на именовање већине чланова управе. Са друге стране, дефинисање контроле као права или *моућносџи* одлучујућег утицаја наводи на закључак да средства контроле не треба да буду ограничена само на наведене правне механизме, него могу да обухвате и разне друге фактичке околности које појачавају утицај члана на основу капитал-учешћа. Имајући у виду да је у развијеним упоредноправним системима круг средстава контроле врло широко постављен, чини се да другонаведеном тумачењу треба дати предност. Према томе, мањински члан може да постане контролни на основу комбинације капитал-учешћа са другим средствима контроле правног или фактичког карактера.⁷²

Међу средства контроле правног карактера која појачавају утицај члана по основу капитал-учешћа и чине га контролним спадају, примера ради, одговарајуће одредбе у оснивачком акту или у статуту, којима се увећава његова гласачка моћ. Тако, члану може бити дато право на именовање већине директора или чланова надзорног одбора или већинско право гласа у

⁷⁰ Упор. W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 31; Note, „Controller Confusion: Realigning Controlling Stockholders and Controlled Boards“, стр. 1714.

⁷¹ V. Emmerich, M. Habersack, § 17 AktG, Rn. 16; W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 31; O. Keßler, „AktG § 17“, Rn. 5.

⁷² A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 27.

одлучивању о битним питањима за пословање друштва.⁷³ Додуше, наведена могућност у важећем српском праву постоји само код друштава са ограниченим одговорношћу, али не и код акционарских друштава, јер је код њих правило „једна обична акција – један глас“ прописано као императивно.⁷⁴ Насупрот увећању гласачке моћи, установљавање посебног права вета у корист члана само по себи не може да обезбеди контролу, будући да не омогућава активно обликовање пословања у складу са интересима члана, већ једино спречава усвајање одређених одлука.⁷⁵

Осим одредби оснивачког акта или статута, правна средства контроле у комбинацији са капитал-учешћем могу да се заснивају и на уговору. Свакако да мањински члан може да постане контролни на основу уговора о контроли и управљању, који закључи са друштвом.⁷⁶ Међутим, други уговори такође могу да представљају додатна средства контроле, и то не само уговори компанијскоправне природе (попут уговора чланова), него и уговори искључиво облигационоправне природе (попут уговора о зајму, о кредиту, о лиценци).⁷⁷ Проблем са другонаведеном групом уговора је у томе што се морају разграничити ситуације у којима члан као уговорна страна са друштвом користи редовне правне механизме како би остварио своја права, од ситуација у којима своју уговорну позицију третира као „оружје“ којим прети друштву како би усмеравао његово пословање изван датог уговорног односа у сопственом интересу, а на штету других носилаца ризика пословања.⁷⁸ Када члан користи редовне правне механизме за остварење својих уговорних захтева, као што су опомена пред утужење, тужба, принудно намирење и други, то не треба сматрати додатним средством контроле које га чини контролним чланом, јер наведене радње имају за непосредан циљ да друштво испуни своје уговорне обавезе. За разлику од тога, када члан своју уговорну позицију злоупотребљава у циљу утицаја на пословање друштва, такво поступање може да доведе до успостављања комбиноване контроле.⁷⁹

Поред правних, комбинована контрола може да се заснива и на различитим фактичким средствима утицаја на пословање. Примера ради, могуће

⁷³ Упор. W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 124; A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 48.

⁷⁴ Вид. ЗПД, чл. 152 ст. 2 и чл. 251 ст. 1 тач. 1. Упор. Б. Михајловић, стр. 80.

⁷⁵ V. Emmerich, M. Habersack, § 17 AktG, Rn. 25; A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 29. Упор. W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 45; J. Koch, § 17 AktG, Rn. 10.

⁷⁶ Б. Михајловић, стр. 80.

⁷⁷ Упор. Решење Привредног апелационог суда 4 Пж 10527/21 од 28.9.2023. године, у коме се сматра да уговорно деловање треба да буде предвиђено оснивачким актом, статутом или уговором чланова друштва. Вид. и: Марко Радовић, стр. 444.

⁷⁸ А. М. Lipton, стр. 1991; С. В. Chuff *et al.*, стр. 5.

⁷⁹ То ће нарочито бити случај када је у питању уговор облигационоправне природе који је кључан за опстанак компаније (тзв. уговор „од животне важности“). Вид. А. Schall, „AktG § 17“, Rn. 37.

је да директор члана истовремено буде и директор друштва (тзв. дупли мандат) у ком случају добија моћ да управља пословањем друштва у складу са интересима члана,⁸⁰ или да мањински члан због блиске везе са већином директора одлучујуће утиче на пословање, или да мањински члан истовремено има позицију генералног директора друштва,⁸¹ или да мањински члан врши контролу над нарочито значајним клијентима компаније,⁸² итд. У сваком случају, фактичке околности које појачавају утицај члана на пословање друштва треба да буду довољно постојане, односно извесне, тако да он може на њих да рачуна,⁸³ те да у комбинацији са другим средствима контроле истог члана обезбеђују одлучујући утицај на већину чланова управе.

4.3. Заједничко деловање

Фактичку већину или комбиновану контролу мањински члан може да остварује и уз помоћ других лица. У том случају је за утврђивање својства контролног члана неопходно доказати заједничко деловање члана са једним или више других лица која доприносе његовом одлучујућем утицају на пословање. Према Закону о привредним друштвима, заједничко деловање почива на споразуму између два или више лица да ће користити гласачка права или предузимати друге радње у циљу заједничког утицаја на управљање или пословање друштва.⁸⁴ У контексту правила о контролном члану, барем једно од лица која заједнички делују мора да буде члан друштва, док остала лица начелно могу да буду и изван друштва.⁸⁵ Међутим, ако се заједничко деловање остварује координисаним гласањем на скупштини, јасно је да сва лица која тако делују морају да буду чланови друштва са правом гласа.⁸⁶

Заједничко деловање мора да буде утемељено у споразуму (на пример, уговору о гласању) који стране третирају као обавезујући.⁸⁷ Притом, није од значаја да ли је њихов споразум пуноважан, односно правно обавезујући,⁸⁸ већ чињеница да се та лица понашају у складу са њим и фактички га примењују.⁸⁹ Захваљујући споразуму, заједничко деловање треба да буде постојано⁹⁰ и на

⁸⁰ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 33; O. Kefler, „AktG § 17“, Rn. 5.

⁸¹ Упор. A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 33.

⁸² O. C. Nwaeze, *op. cit.*

⁸³ V. Emmerich, M. Habersack, § 17 AktG, Rn. 12; A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 34.

⁸⁴ ЗПД, чл. 62 ст. 7.

⁸⁵ Тако и: Б. Михајловић, стр. 81; Марко Радовић, стр. 445. Супротно вид. В. Радовић (2019), стр. 29.

⁸⁶ О начинима остварења заједничког деловања више вид. В. Радовић (2019), стр. 29.

⁸⁷ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 38.

⁸⁸ В. Радовић (2019), стр. 28.

⁸⁹ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 39.

⁹⁰ Упор. В. Радовић (2019), стр. 30.

тај начин „учвршћено“ да члан може да се у њега поузда и рачуна на садејство конкретних лица у остварењу својих циљева. Отуда, нема заједничког деловања ако се два или више чланова *ad hoc* договоре да о конкретној тачки дневног реда заказане седнице скупштине гласају на одређени начин, нити ако с времена на време на исти начин гласају на седницама скупштине, већ је потребна трајност њиховог споразума која је ширег домашаја.⁹¹

Као последица заједничког деловања два или више лица, сви њихови гласови на скупштини, као и сва њихова друга средства контроле посматрају се кумулативно, како би се утврдило да ли постоји одлучујући утицај на пословање друштва.⁹² У случају да је помоћу заједничког деловања постигнута фактичка већина на скупштини или комбинована контрола, поставља се питање кога треба третирати као контролног члана – да ли само једно од лица која заједнички делују или све њих заједно као групу? Ако се заједничко деловање остварује између члана и лица која нису чланови друштва, неспорно је да својство контролног члана једино може да има члан друштва. Насупрот томе, ако се заједничко деловање остварује између два или више чланова друштва, одговор на постављено питање зависи од карактера њиховог споразума у циљу утицаја на пословање друштва. У ситуацији када тај споразум почива на односу равноправности, тако да се чланови договарају око заједничког наступа у односу на управу друштва, све чланове који заједнички делују треба посматрати као контролну групу (заједницу) чланова. За разлику од тога, када међу члановима који заједнички делују један има главну (водећу) улогу, а остали га следе и подржавају у остварењу његових интереса наспрам друштва, само водећег члана треба третирати као контролног.⁹³

5. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Детаљна анализа начина уређења својства контролног члана у друштвима капитала открива бројне нејасноће и двосмислености релевантних одредби Закона о привредним друштвима. Имајући у виду упоредноправна решења, као и потребу да се правне последице утврђивања својства контролног члана примењују само у оправданим случајевима, треба се заложити за прихватање следећих основних предлога за правилно тумачење законских правила којима се дефинише контролни члан:

1. контролни члан мора истовремено да буде члан друштва и да има контролу над пословањем друштва;

⁹¹ А. М. Lipton, стр. 1997; J. Koch, § 17 AktG, Rn. 15.

⁹² W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 38.

⁹³ Упор. W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 40.

2. контролу над пословањем друштва треба разумети као пресудан утицај на одлучивање већине директора, односно чланова надзорног одбора друштва;
3. законску претпоставку да члан са већинским капитал-учешћем има својство контролног члана треба третирати као обориву;
4. наведена претпоставка својства контролног члана у себи садржи и претпоставку заједничког деловања повезаних лица, коју такође треба третирати као обориву;
5. у датом тренутку контролу над друштвом може да врши или један члан или више чланова заједнички (група, односно заједница чланова);
6. није могуће да контролу над друштвом истовремено имају два члана који су међусобно независни један од другог и не поступају координисано приликом утицаја на пословање друштва;
7. заједничка контрола коју остварује група (заједница) чланова почива на односу равноправности између чланова који заједно врше одлучујући утицај на пословање друштва;
8. у случају заједничке контроле сваког члана који чини део заједнице треба третирати као носиоца посебних дужности према друштву, односно као солидарно одговорно лице за обавезе друштва по правилима о одговорности контролног члана.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Ann M. Lipton, „After Corwin: Down the Controlling Shareholder Rabbit Hole“, *Vanderbilt Law Review* 72, no. 6, 2019, стр. 1977-2012
- Bernhard Köstler, „GmbH: Wann gilt ein Gesellschafter als beherrschend?“, 18.10.2023, <https://www.lexware.de/wissen/unternehmensfuehrung/gmbh-wann-gilt-ein-gesellschafter-als-beherrschend/>
- Bobby V. Reddy, „The Fat Controller – Slimming Down the Excesses of Controlling Shareholders in UK Listed Companies“, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 47/2017, <https://ssrn.com/abstract=3056999>
- Christopher B. Chuff, Joanna J. Cline, Matthew M. Greenberg, Taylor B. Bartholomew, „Controlling Stockholder or Member Status under Delaware Law—A Table of Key Decisions“, American Bar Association, Litigation Section, Business Torts & Unfair Competition Committee, July 8, 2021, <https://www.troutman.com/a/web/285929/chuff-et-al.pdf>
- Jens Koch, *Aktiengesetz*, 18. Auflage. C.H. Beck, München 2024
- Leon Anidjar, „A macro-level investigation of transatlantic controlling shareholder’s fiduciary duty“, *Legal Studies* 42/2022, стр. 185–208
- Note, „Controller Confusion: Realigning Controlling Stockholders and Controlled Boards“, *Harvard Law Review* 133/2020, стр. 1076-1727

- Oderah C. Nwaeze, „The Corporate Guide: Avoiding Enhanced Scrutiny of Transactions Involving Controlling Stockholders“, *Faegre Drinker*, March 25, 2022, <https://www.faegredrinker.com/en/insights/publications/2022/3/the-corporate-guide-avoiding-enhanced-scrutiny-of-transactions-involving-controlling-stockholders>
- Oliver Keßler, „AktG § 16 In Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen“, *Gesellschaftsrecht* (Hrsg. Martin Henssler, Lutz Strohn), 6. Auflage, C. H. Beck, München 2024
- Oliver Keßler, „AktG § 17 Abhängige und herrschende Unternehmen“, *Gesellschaftsrecht* (Hrsg. Martin Henssler, Lutz Strohn), 6. Auflage, C. H. Beck, München 2024
- Ronald J. Gilson, „Controlling Shareholders and Corporate Governance: Complicating the Comparative Taxonomy“, *Harvard Law Review*, Vol. 119, No. 6, 2006, стр. 1641-1679
- Volker Emmerich, Mathias Habersack, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 10. Auflage, C.H. Beck, München 2022
- Zipora Cohen, „Fiduciary Duties of Controlling Shareholders: A Comparative View“, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 12/1991, стр. 379-410
- Борко Михајловић, *Дужности лојалности према привредном друштву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2018, <https://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/handle/123456789/10960/Disertacija.pdf?sequence=6&isAllowed=y>
- Вук Радовић, „Нејединствен појам заједничког деловања“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније* (2019) (ур. Вук Радовић), Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2019, стр. 11-35
- Вук Радовић, „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друштава и корпоративно управљање“, *Корпоративно управљање – зборник радова* (ур. Мирко Васиљевић, Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008, стр. 235-265
- Јелена Лепетић, *Компанијскоправни режим сукоба интереса*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, <https://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/handle/123456789/2640/Disertacija.pdf?sequence=6&isAllowed=y>
- Марко Радовић, „Одговорност контролног члана за обавезе друштва престалог принудном ликвидацијом“, *Примена права и правна сигурности – Зборник радова 34. сусретња Копаоничке школе природног права Слободан Перовић*, Том 2, 2021, стр. 439-453
- Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Компанијско право – Право привредних субјеката*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2023
- Татјана Јевремовић Петровић, *Групе привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014
- Татјана Матковић Стефановић, „Одговорност контролног члана за обавезе брисаног друштва из регистра у случају принудне ликвидације“, *Пословни изазови* 2023, стр. 271-284

Mirjana Z. Radović
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
mirjanam@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-1700-6495

Determining the Capacity of a Controlling Shareholder in a Company

Abstract: *In this article, the author analyses the capacity of a controlling shareholder of a limited liability company or a joint stock company under the provisions of the Serbian Law on Partnerships and Companies of 2011. The analysis is based on the current interpretation of the statutory provisions in domestic legal theory and practice, taking into account the understanding developed in comparative legal systems. After some introductory remarks on the importance of determining the capacity of a controlling shareholder, the second part of the paper explains the implicit statutory definition of a controlling shareholder. The third part is devoted to the presumption of the capacity of a controlling shareholder which applies to the shareholder with the majority of the voting rights at the general meeting. Contrary to the prevailing view in the literature, the author argues that this presumption is rebuttable and identifies the main grounds for rebuttal. The fourth part of the paper examines the possibility for a minority shareholder to become a controlling shareholder. In particular, the author focuses on minority control based on a de facto majority of votes in the general meeting, the combination of different means of control and acting in concert. Finally, the concluding part contains an overview of the most important suggestions for the correct interpretation of the legal provisions for determining the capacity of a controlling shareholder.*

Keywords: *Control, Shareholder, Private Limited Liability Company, Joint Stock Company, Law on Partnerships and Companies.*

Датум пријема рада: 27.06.2024.

Датум достављања коначне верзије рада: 02.09.2024.

Датум прихватања рада: 10.09.2024.

Дарко Т. Димовски
Универзитет у Нишу
Правни факултет у Нишу
darko.dimovski@yahoo.com
ORCID ID: 0000-0001-5068-3338

ПАМЕТНИ ГРАДОВИ У ФУНКЦИЈИ ПРЕВЕНЦИЈЕ КРИМИНАЛИТЕТА*

Сажетак: Аутор је полазећи од проблема савремених градова истражио како је један од начина решавања резистентности криминалитета на уобичајене мере превенције употреба паметних градова. Након уједначене одређења паметних градова, аутор је посебну пажњу посветио анализи једној од његових функција – превенцији криминалитета. Циљ у наредном делу рада представља је докле су стигле поједине локалне заједнице у имплементацији паметних градова с циљем борбе против извршења кривичних дела. Последњи део рада посвећен је размајрању докле су градови у Републици Србији стигли са имплементацијом концепта паметног града.

Кључне речи: паметни град, криминалитет, превенција.

1. УВОД

Услед урбанизације градови постају подручја у којима највише људи живи. Према доступним подацима у градовима тренутно живи 56% светске популације, при чему се очекује да тај проценат у будућности расте. Тако постоје предвиђана да ће до 2050. године 66% светске популације живети у градовима.¹ Убрзано повећање броја становника у градским срединама, уз

* Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација, по Уговору евиденциони број 451-03-65/2024-03/ 200120 од 05.02.2024. године.

¹ М. Tutak, J. Brodny, *A Smart City Is a Safe City: Analysis and Evaluation of the State of Crime and Safety in Polish Cities*, Applied Science and Humanities for Smart Cities, MDPI, Basel 2023, 3359.

недостатак адекватних смештајних капацитета за пристојан живот, бројне еколошке проблеме, климатске проблеме, при чему у бројним градовима цвета криминалитет, поставило је пред урбанисте тежак задатак – како да обезбеде грађанима квалитетан живот достојан XXI века. Исто тако, као проблем у последње време се јавила пандемија узрокована ширењем вируса COVID19.

Развој савремених технологија је допринео јављању размишљања код урбаниста како да их употребе за повећање удобности живљења у градовима и олакшавању свакодневнице. Тако, на пример, професорка Универзитета у Ђенови (University of Genoa) Рената Паола Демири (Renata Paola Dameri), тврди да се градови, коришћењем савремених технологија, крећу ка пријатељским урбаним просторима, с циљем решавања урбаних проблема.¹ Један од таквих проблема јесте резистентност криминалитета на примену традиционалних мера превенције.

Стога се поставило питање да ли тзв. паметни градови (smart cities) могу применом напредних технологија допринети смањењу стопе криминалитета. Давање одговора на ово питање подразумева претходно одређење појма паметних градова и његових функција. Само на тај начин је могуће сагледати да ли би се изградњом паметних градова повећала безбедност грађана тиме што би стопа криминалитета била мања.

2. ОДРЕЂЕЊЕ ПАМЕТНИХ ГРАДОВА

Иако постоји тежња као јединственом одређењу појма паметни градови још увек није дошло до усвајања једне дефиниције. До разлике у одређењу овог појма долази услед геополитичког контекста и конкретних питања. Ипак, код већине одређења преовладава постојање дигиталних иновација које се користе ради пружања услуга грађанима на што ефикаснији начин уз повећање укупне конкурентности локалне заједнице. С тим у вези поставља се питање да ли исплативости улагања у дигиталне иновације како би се дао допринос повећању благостања грађана. У паметним градовима, како га дефинишу Уједињене нације (United Nations), „користи се могућности дигитализације, чисте енергије и технологија, као и иновативних транспортних технологија, пружајући тако могућности становницима да доносе еколошки прихватљивије изборе и подстичу одрживу економију, раст уз омогућавање градовима да побољшају своје услуге“.² Исто тако, Европска унија је истакла

¹ W. Kozłowski, K. Suwar, *Smart City: Definitions, Dimensions, and Initiatives*, European Research Studies Journal, International Strategic Management Association, Athens 2021, 510.

² *Leveraging digital technology and data for human-centric smart cities – The case of smart mobility*, Organisation for Economic Cooperation and Development, Saudi Arabia 2020, 11.

још 2014. године да је „паметан град место где се традиционалне мреже и услуге чине ефикаснијим коришћењем дигиталних и телекомуникационих технологија, за добробит његових становника и предузећа“.³

Поред Уједињених нација и друге међународне организације су дале своје виђење овог појма. Тако је Организација за економску сарадњу и развој (Organisation for Economic Cooperation and Development) одредила паметне градове као „иницијативе или приступе који ефикасно користе дигитализацију како би побољшали благостање грађана и пружили ефикасније, одрживије и инклузивније урбане услуге и окружења као део процеса сарадње са више заинтересованих страна“.⁴

Из оваквог одређења појма паметних градова произилазе неколико области које је неопходно размотрити. Наиме, прва област односи се на неопходност документовања доприноса паметних градова побољшању квалитета живота грађана с циљем давања решења за неке од најчешћих урбаних изазова на секторски или мултисекторски начин. Друга област истиче важност ангажовања заинтересованих страна у локалној управи и развијање партнерства грађана са носиоцима локалне власти ради подстицања њиховог ангажовања у доношењу одлука на локалном нивоу. Потреба за интегрисаним и хуманијим приступом у решавању урбаних изазова путем дигиталне иновације у управљању, планирању и улагању у инфраструктуру града чини суштину наредне области. Последња област огледа се у лакој приступу подацима о локалној заједници и тежња ка успостављању сарадње унутар једне локалне средине или између више локалних средина, као и успостављање сарадње између републичких, односно регионалних и локалних нивоа.⁵

3. УПОТРЕБА ПАМЕТНИХ ГРАДОВА У ПРЕВЕНЦИЈИ КРИМИНАЛИТЕТА

Из свих наведених одређења паметних градова можемо рећи да је благостање један од његових циљева, јер су паметни градови одређени способношћу осмишљавања и примене решења за изазове са којима се грађани суочавају и могућношћу трансформације градова у продуктивнија и погоднија места за живот на основу употребе нових технологија.⁶

³ Н. Kumar, М. Kumar Singh, М.Р. Gupta, Ј. Madaan, *Moving towards smart cities: Solutions that lead to the Smart City Transformation Framework*, Elsevier, Amsterdam 2020, 119282.

⁴ *Smart Cities and Inclusive Growth*, Organisation for Economic Cooperation and Development, Paris 2020, 8.

⁵ *Ibid.*

⁶ G. Vivo-Delgado, F. J. Castro-Toledo, *Urban security and crime prevention in smart cities: a systematic review*, SocArXiv Papers 2020, 2.

О значају безбедности у погледу људских потреба довољно је навести пирамиду потреба осмишљену од стране америчког психолога Абрахама Маслоу (Abraham Maslow). По његовој замисли у петостепеном моделу људских потреба представљених у облику пирамиде, при чему је неопходно задовољити оне потребе на дну, безбедност се налази на другом нивоу, што нам указује на њен значај.⁷ Страх од криминалитета има негативан утицај на квалитет живота. Стога је неопходно је смањити број извршених кривичних дела, нарочито са елементима насиља, као и вандализам, јер су они најчешћи узроци несигурности грађана у градовима. Сваки грађанин жели да се осећа сигурно, што нам указује да је безбедност кључна за квалитет живота, јер се њеним уживањем ствара основа за задовољење осталих људских потреба.⁸

Једна од области код којих паметни градови треба да дају свој допринос јесте безбедност грађана. Тако су научници који се баве паметним градовима почели да воде дискусије о концепту безбедног града који штити безбедност својих грађана на основу информационих и комуникационих технологија. Један мали детаљ, попут коришћења паметне уличне расвете, може довести до побољшања безбедности грађана. С тим у вези потребно је ускладити рад технологија, уређаја и услуга, уз примену одговарајуће архитектуре с циљем повећања безбедност грађана. Уједно, не треба занемарити и нормативни оквир, свест грађана и култура, јер су све то ограничавајући фактори развитка паметних градова који могу ефикасно да врше своју функцију.⁹

Ради илустрације колико паметни градови могу да утичу на повећање безбедности грађана навешћемо податке до којих је дошао Глобални институт Мекинси (McKinsey Global Institute). Наиме, према публикованом подацима дошло се до закључка да се у паметним градовима, који имају популацију од пет милиона становника, може годишње спасити између 30 и 300 живота, уз смањење стопа криминалитета за 30-40%. Исто тако, треба споменути да су студије показале да је време одговора хитних служби на позив бржи за 20-35%.¹⁰

Паметни градови повећавају безбедност грађана кроз призму паметне економије, паметних људи, паметног управљања, паметне мобилности, па-

⁷ Вид. Н. Т. Uysal, S. Aydemir, E. Genc, *Maslow's hierarchy of needs in 21st century: the examination of vocational differences*, In: *Researches on Science and Art in 21st Century Turkey*, Editors: Arapgirlioglu, H., Elliott, R. L., Turgeon, E., Atik, A., Volume 1, Gece Kitaplığı, Ankara 2017, 211-227.

⁸ М. Tutak, J. Brodny, 3360.

⁹ Park. Mun-su, L. Hwansoo, *Smart City Crime Prevention Services: The Incheon Free Economic Zone Case*, MPDI, Basel 2020, 3.

¹⁰ Report: Smart city technology could dramatically improve quality-of-life indicators, <https://www.smartcitiesdive.com/news/smart-city-technology-quality-of-life/525495/>, 13. фебруар 2024. године.

метног окружења и паметног живота. Како бисмо читаоцима ових редова објаснили на шта се мисли даћемо додатно објашњење. Наиме, у области паметне економије је потребно повећати безбедност грађана у финансијској области чиме се грађани штите од бројних кривичних дела, попут онлјан превара. У погледу тзв. паметних људи неопходно је направити услуге за повећање комфора и безбедности грађана. Оне се могу огледати у инсталирању аларма, безбедносних система, заштите од поплава, превенције социјалне изолације старијих особа. Код паметног управљања фокус је на повећање безбедности јавне управе уз коришћење адекватних система података. Паметна мобилност подразумева употребу таквих савремених система за праћење саобраћаја ради усмеравања његовог тока ради, на пример, давања првенства пролаза возилима хитних служби, благовременог сигнализирања о томе када и где је дошло до саобраћајне несреће, као и откривање саобраћајних прекршаја. Последња област под називом паметан живот се огледа у процени ризика у стамбеним објектима, урбанистичком планирању и урбаним сензорима.¹¹

Полазећи од тога да технологије на којима се заснивају паметни градови могу утицати на превенцију криминалитета, треба истаћи да је фокус превенције на ситуациона кривична дела. Другим речима, могућност да се кривично дела изврши се може смањити праћењем скупа правила и модификовањем ситуационих фактора који утичу на починиоца. То значи да применом пет метода попут повећање напора да се изврши кривично дело, повећање ризика од откривања и привођења, смањење награда за извршено кривично дело, смањење провокација које доводе до вршења кривичног дела и уклањање изговора за вршење кривичног дела, како их виде починиоци може доћи да превенције криминалитета.¹²

4. ПРИМЕРИ ДОБРЕ ПРАКСЕ ПРИМЕНЕ ПАМЕТНИХ ГРАДОВА

На глобалној листи најбољих паметних градова на свету према подацима из 2023. године налазе се Сингапур (Singapore), Хелсинки (Helsinki), Цирих (Zurich), Осло (Oslo), Амстердам (Amsterdam), Њујорк (New York) и Сеул (Seoul).¹³ На основу искустава наведених градова, али и других паметних градова широм света, представићемо њихова домете у погледу превенције криминалитета.

¹¹ G. Vivo-Delgado, F. J. Castro-Toledo, 2-3.

¹² J. Laufs, *Crime Prevention and Detection Technologies in Smart Cities: Opportunities and Challenges*, Department of Security and Crime Science University College, London 2022, 55.

¹³ Top 7 Smart Cities in the World in 2024, <https://earth.org/top-7-smart-cities-in-the-world/>, 14. фебруар 2024. године.

Сингапур се са правом сматра лидером у имплементацији безбедносних стандарда у оквиру тзв. паметних градова. Широка мрежа надзорних камера и сензора, уз напредне технологије за препознавање лица, чини основу у очувању безбедности. Њиховом применом омогућава се проактивна превенција криминалитета. У локалној заједници се подстиче култура безбедности.¹⁴ Такође, власти у Сингапuru стално иновирају средства у борби против криминалитета. Тако је, на пример, током 2021. године Домаћа агенција за науку и технологију (Home Team Science and Technology Agency) почела са тестирањем аутономних робота опремљених камером од 360% за патролирање јавним просторима и надгледање начина на основу којих долази до превенције криминалитета. Овај пилот пројекат се огледа у томе да када робот назван Ксавијер (Xavier), патролирајући јавним простором, открије неко протиправно понашање на екрану инсталираном на предњем делу, уз давање одговарајуће звучне поруке, скренути пажњу виновницима с циљем одвраћања од таквог понашања и едукације јавности. Још једна одлика робота је могућност двосмерне комуникације између виновника и службеника у контролном центру.¹⁵ Показао се веома корисним за време ограничења током трајања епидемије COVID19, јер је могао да контролише било какво кршење забрање кретања, при чему је ризик од евентуалног преношења вируса смањена на нулу.¹⁶ Како би се стекла права слика о употреби Ксавијера на улицама Сингапура неопходно је истаћи да је стопа криминалитета веома мала, при чему је роботу намењена улога контроле извршења прекршаја, уз постојање бриге дела грађанства да њихово присуство изазива nelaгоду код њих, јер имају утисак да их неко стално надзире. Ипак, уверење је да употреба Ксавијера доприноси свеукупном уверењу да је безбедност повећања.¹⁷

Временом је употреба Ксавијер проширена тако да је почео да се употребљава на аеродромима као што је Чанги (Changi) од априла 2023. године, али и у другим деловима света. Тако су становници појединих делова града Перта (Perth), као што је Ноломара (Nollamara), Балга (Balga), Јокине (Yokine) и Моунт Лавцој (Mount Lawley), забринути због повећаног броја провалних крађа и крађа аутомобила, предложили током августа 2023. године да робот Ксавијер патролира њиховим улицама. Уједно, у америчком граду Сан Фран-

¹⁴ Transforming Urban Landscapes: How Smart Cities Make for Safer Cities, <https://www.cocoflo.com/resources/transforming-urban-landscapes-how-smart-cities-make-for-safer-cities/>, 14. фебруар 2024. године.

¹⁵ Singapore Tests Autonomous Robots For Public Patrol, Nuisance Crime Monitoring, <https://smarcitiesconnect.org/singapore-tests-autonomous-robots-for-public-patrol-nuisance-crime-monitoring/>, 14. фебруар 2024. године.

¹⁶ Xavier Robot Snitches On 'Undesirable' Public Behavior In Singapore, <https://www.intelligentliving.co/xavier-robot-snitches-on-undesirable-public-behavior-in-singapore/>, 15. фебруар 2024. године.

¹⁷ *Ibid.*

циску (San Francisco) од 2017. године постоји могућност да се овај робот изнајми од приватне компаније Knightscope. Међутим, иако је робот почео да патролира на пешачким стазама испред одређених стамбених јединица, појединци се нису слагали са оваквом праксом, те је робот онемогућаван да функционише тако што је прскан, прекриван церадом, мазан фекалијама, што је на крају довело до обустављања његовог коришћења у датим подручјима.¹⁸

Јужнокорејски град по имену Анианг (Anyang) предузиме интересантне мере превенције. Трагични догађај из 2007. године у виду отмице и покушаја убиства две девојчице је представљао иницијалну капислу да надлежни почну да размишљају о томе како да путем паметних технологија повећају безбедност. У оквиру развоја паметног града у Аниангу осмишљена је мапа безбедност на основу коришћена најсавременијег софтвера који се односи на географски информациони систем. Његова сврха јесте идентификација високо ризичних подручја, при чему се посебна пажња поклања локацију образовних установа у односу на области код којих је ризик од виктимизације услед извршења кривичног дела велики, али и ризик од одређених катастрофа и саобраћајних несрећа. Стога када су идентификована дата подручја, појачане се полицијске патроле, али су инсталиране и тзв. паметне камере које аутоматски откривају насилно или абнормално понашање.¹⁹

Исто тако, већ 2008. године се кренуло са имплементацијом новог плана који је имао за циљ постављење 3.500 тзв. паметних камера. Паметне камере су повезане на такав начин да подсећају на паукову мрежу чиме се ограничава број слепих тачака јавног реда и безбедности. Такође, синергијски ефекат се постиже на тај начин што се камере заједнички користе од стране полиције, ватрогасних јединица и војске чиме је степен безбедности грађана подигнут на висок ниво. Исто тако, на 47 места широм града су постављени системи за аутоматско препознавање регистарских ознака.²⁰ Његовим коришћењем омогућава се лака идентификација возила за које се сумња да је употребљено за извршење кривичног дела. Овај систем се не употребљава само у борби против криминалитета, него има функцију у погледу спречавања настанка штете. Тако, на пример, власницима возила паркираних поред реке која надолази се шаље обавештење на мобилним телефонима како би померили своја возила.²¹

Како би надлежне институције имале могућност да се још боље боре са криминалним активностима, осмишљен је систем који аутоматски функ-

¹⁸ Stirling robot patrols flagged, <https://perthvoiceinteractive.com/2023/08/03/stirling-robot-patrols-flagged/>, 15. фебруар 2024. године.

¹⁹ L. Sang Keon, K. Heeseo Rain, C. HeeAh, K. Jongbok, L. Donju, *International Case Studies of Smart Cities Anyang*, Republic of Korea, Inter-American Development Bank, Seoul 2016, 28.

²⁰ *Ibid.*, 3-4.

²¹ *Ibid.*, 27.

ционише, при чему може дневно прикупити податке о 10.000 регистарских таблица. Наиме, у случају пријављивања кривичног дела од стране грађана, паметне камере ће се аутоматски фокусирати на дато место, док ће најближи патролни аутомобил реаговати да полицијски службеници у аутомобили гледају шта се дешавају путем екрана инсталираног у колима. Уколико осумњичени напусти место извршења кривичног дела биће праћен другим паметним камерама, при чему ће свој допринос у његовом лишавању слободе дати и већ помињани системи за аутоматско препознавање регистрације. Интересантно је да коришћени програм може дати очекивану руту бекства, што омогућава да полицијски службеници могу да поставе одређене препреке како би зауставили возило којим управља осумњичени.²² Поред борбе против криминалитета, систем се користи и за повећање наплате пореза од стране грађана. Наиме, поједини грађани избегавају да плате порез, што директно утиче на количину прикупљеног новца од стране локалне самоуправе и државе. Ипак, у случају да систем за аутоматско препознавање регистрације уочи да одређено лице користећи возило се налази на неком од путева, биће одмах алармирани надлежни државни органи који могу ради наплате пореза дато лице искључити из саобраћаја уз узимање регистарских ознака.²³

Још једна од функција у оквиру тзв. паметног града који се развија јесте повезаност појединачних корисника паметних телефона и паметних камера локалне самоуправе, чиме се отклања страх од виктимизације, али и олакшава благовремена реакција полиције и у крајњем случају решавање одређеног кривичног дела. Апликација је доступна за бесплатно скидање. Инсталирањем и покретањем апликације локација корисника се шаље у центар за превенцију криминалитета. У случају опасности активира се аларм, при чему ће полиција бити послата на GPS локацију корисника паметног телефона. Исто тако, обавештавају се и припадници добровољне службе помоћи како би реаговали и помогли жртви извршења кривичног дела.²⁴

Стручњаци за борбу против криминалитета су предложили челницима града Анианг да почну са употребном тзв. паметних бандера на којима су постављене свесмерне камере и усмерене камере како би минимизирао обим слепих углова, при чему квалитет добијене слике не опада током ноћних сати, јер се користе инфрацрвени светлосни пројектори. Куриозитет паметних бандера се огледа у томе да су на њима постављена звона за хитне случајеве, из инсталирање звучника чиме је омогућена двосмерна комуникација са припадницима унутрашњих послова.²⁵

²² L. Sang Keon, K. Heeseo Rain, C. HeeAh, K. Jongbok, L. Donju, 7.

²³ *Ibid.*, 27.

²⁴ *Ibid.*, 8.

²⁵ *Ibid.*, 25.

Са разлогом се поставља питање ефикасности имплементације различитих средстава паметног града у превенцији криминалитета. С тим у вези довољно је рећи да је годину дана након покретања паметног града обим криминалитета пао за 17,8% са 20.854 пре 2009. године на 17.149 кривичних дела.²⁶ Како се паметни град у Аниангу показао више него добрим, представници 312 града широм света су дошли у посету како би прикупили информације и искуства применили у својим локалним заједницама.²⁷

Сеул као главни град Јужне Кореје (South Korea) је применио искуства Анианга. Ипак, и даље је било места побољшању рада паметног града. Тако је после серије кривичних дела, градоначелник Сеула Ох Се-Хун (Oh Se-hoon) иницирао је августа 2023. године одржавање састанка са представницима локалне полиције ради повећања безбедности грађана. Епилог састанка је сте договор о постављању додатних 200 тзв. паметних камера на местима код којих је ризик за извршење кривичног дела велики, уз изладу интелигентног система за праћење криминала који покреће вештачка интелигенција. Уједно, све линије метроа биће обезбеђене паметним камерама. С тим у вези треба споменути пример у сеулском округу Гангнам-гу (Gangnam-gu) у којем је уз помоћ паметних камера лишена слободе једна особа која је носила оружје пре него што је направила било какав инцидент. Исто тако, размотрена је идеја о превенцији криминалитета путем пројектовања животне средине²⁸ с циљем проширења сигурних зона на 353 улице у којима се гарантује безбедност грађана без обзира што у њима нису инсталиране паметне камере.²⁹

Хелсинки се налази на листи најбољих паметних градова. Довољно је споменути да на нивоу града постоји интегрисани градски систем за хитне случајеве на основу којег су повезане полиција, ватрогасна и медицинска служба, што резултира благовременом реакцијом када дође до извршења кривичног дела, пожара или неке несреће. Уједно, градске власти су идентификовале криминална жаришта, при чему се распоређују ресурси, на основу машинског учења. Специфичност Хелсинкија се огледа у томе да се поспешује активност грађана у борби против криминалитета тако што коришћењем дигиталних платформи могу да пријаве забринутост за безбедност, али могу и да приме упозорења од стране локалне самоуправе у погледу опасности.³⁰

²⁶ *Ibid.*, 34.

²⁷ *Ibid.*, 35.

²⁸ Вид. Д. Димовски, И. Поповић, Д. Ранђеловић, *Пројектована животина средина као начин превенције криминалитета*, Правна ријеч, Удружење правника Републике Српске, Бања Лука 2015, 423-440.

²⁹ Seoul Seeks Countermeasures for Random Crimes with District Offices, <https://english.seoul.go.kr/seoul-seeks-countermeasures-for-random-crimes-with-district-offices/>, 16. фебруар 2024. године.

³⁰ Transforming Urban Landscapes: How Smart Cities Make for Safer Cities, <https://www.cocoflo.com/resources/transforming-urban-landscapes-how-smart-cities-make-for-safer-cities/>, 19. фебруар 2024. године.

Још један европски град познат по бенефитима који његови становници уживају на основу примене тзв. паметних градова јесте Копенхаген (Copenhagen). Коришћењем савремених технологија, што градским властима омогућава у реалном времену да прате и прилагођавају саобраћај, знатно је побољшана безбедност пешака и бициклиста тако што предност у саобраћају имају најрањивији учесници у саобраћају. Једна од карактеристика Копенхагена је употреба паметних система за осветљење чија се јачина аутоматски прилагођава у зависности од нивоа активности. Грађани се подстичу да подносе иницијативе за повећање њихове безбедности.³¹

5. ДА ЛИ РЕПУБЛИКА СРБИЈА ПРИМЕЊУЈЕ КОНЦЕПТ ПАМЕТНИХ ГРАДОВА?

Република Србија за сада стидљиво размишља у увођењу концепта паметних градова. Наиме, током 2017. године је потписала Меморандум о стратешком партнерству о развоју широкопојасног интернета са кинеском компанијом Хуавеј (Huawei). Две године касније је закључила Меморандум за развој пројекта „паметних градова“ којим је прописано да ће компанија Хуавеј постасти стратешки партнер за имплементацију овог концепта у Београду, Новом Саду и Нишу. С тим у вези у марту 2020. године у Крагујевцу је отворен Државни центар за управљање и чување података, а у Београду је 15. септембра 2020. године отворен Хуавејев Центар за иновације и развој дигитализације.³²

Овим документима, као и отварањем поменутих центара, направљена је основа за имплементацију паметних градова у Републици Србији. Тако је за Београд у оквиру пројекта под називом „Безбедан град“ предвиђено да постане први град у којем ће бити реализован концепт паметних градова. У првој половини 2019. године кренуло се са постављањем камера опремљених технологијом за препознавање лица купљених од компаније Хуавеј. Ипак, имплементацију пројекта су пратиле велике контроверзе. Наиме, поред бриге грађана у погледу обима прикупљених информације употребом технологије препознавања лица чиме се остварају масовни биометријски надзор, уз постојање нетранспарентности у његовој примени, повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности је још на почетку реализације пројекта истакао да је пре увођења ових камера неопходно донети одговарајући нормативни оквир у виду Закона о обради биометријских података или о видео-надзору.³³

³¹ Ibid.

³² ‘Pametni gradovi’ Srbije po kineskim standardima, <https://www.slobodnaevropa.org/a/pametni-gradovi-srbije-po-kineskim-standardima/31096262.html>, 20. фебруар 2024. године.

³³ Ibid.

Неколико година касније још увек нису отклоњене замерке што онемогућава реализацију концепта паметних градова у погледу безбедности у пуном капацитету иако у Министарству унутрашњих послова сматрају да постоји у Закону у полицији³⁴ и Закону о евиденцијама и обради података у области унутрашњих послова одговарајуће одредбе.³⁵³⁶ С тим у вези било је неопходно анализирати наведене законе у потрази за одговарајућим правним нормама под које би могла да се подведе употреба камера опремљених технологијом за препознавање лица. Наиме, према тачки 5 става 2 члана 47 Закона о полицији прописано је да је једна од полицијских мера и радњи снимање на јавним местима. Исто тако, законодавац је чланом 52 Закона о полицији предвидео шта се подразумева под снимањем на јавним местима. Тако је прописано да полиција врши надзор и снимање јавног места, ради обављања полицијских послова, коришћењем опреме за видео акустичке снимке и фотографисање у складу са прописом о евиденцијама и обради података у области унутрашњих послова (став 1). Значајна је и наредна норма у контексту безбедности грађана. Према њој полицијски службеник овлашћен је да врши снимање или фотографисање јавног скупа кад постоји опасност да приликом јавног окупљања дође до угрожавања живота и здравља људи или имовине (став 2). Ради стварање потпуне и праве представе да ли постоји законски основ за употребу камера опремљених технологијом за препознавање лица треба споменути и у друге ставове истог члана Закона о полицији. Тако према ставу 4 поменутог члана полицијски службеник може ради постизања наведених циљева користити превозна и друга средства са или без спољних обележја Полиције, са уређајима за снимање, као и уређаје за снимање и препознавање регистарских таблица. Исто тако, полиција мора јавно да саопшти намеру да спроведе активности из става 1 овог члана, осим када се врши прикривено снимање у складу са Закоником о кривичном поступку. Поред тога што се подаци чувају у прописаној евиденцији, битно је истаћи да они подаци који се не могу користити у поступку морају се уништити се у року од годину дана, док начин снимања на јавном месту и начин саопштавања намере о том снимању прописује министар.

Како је у ставу 1 члана 52 Закона о полицији наведено да се опрема за видео акустичке снимке и фотографисање користи у складу са прописом о евиденцијама и обради података у области унутрашњих послова. Полазећи од тога да је законодавац, како смо то већ навели, донео посебан текст под називом Закон о евиденцијама и обради података у области унутрашњих

³⁴ Закон о полицији, *Сл. гласник РС*, бр. 6/2016, 24/2018 и 87/2018.

³⁵ Закон о евиденцијама и обради података у области унутрашњих послова одговарајуће одредбе, *Сл. гласник РС*, бр. 24/2018.

³⁶ Јавни видео-надзор још није правно регулисан, <https://www.politika.rs/scc/clanak/556739/video-nadzor-zakon-gradjani-mip>, 21. фебруар 2024. године.

послова одговарајуће одредбе неопходно је било анализирати одредбе које се односе на употребу ове опреме. За сагледавање предмета анализе треба споменути члан 13 којим се регулишу системи за видео-акустичко снимање. Наиме, ради извршавања послова из свог делокруга министарство прикупља и обрађује видео и аудио записе коришћењем опреме за видео-акустичко снимање и фотографисање, препознавање и идентификацију лица, аутоматско читавање исправа и за препознавање регистарских таблица. У наредном ставу законодавац је прописао сврху коришћења овакве опреме, попут праћења јавних скупова, повећања безбедности саобраћаја, људи и имовине, граничне контроле, која обухвата вршење провера на граничним прелазима и надзор државне границе ван граничних прелаза, као и у сврху препознавања, идентификације и проналаска извршилаца кривичних дела и несталих лица на основу биометријских података о лицу, обезбеђења доказа за подношење прекршајних и кривичних пријава, вршења послова унутрашње контроле, праћења законитости и унапређења рада Министарства, покретања и вођења дисциплинских поступака.

Иако представници Министарства унутрашњих послова нису споменули Закон о заштити података о личности³⁷ у жељи да покажу општој и стручној јавности како постоји одговарајући нормативни оквир за коришћење камера опремљених технологијом за препознавање лица, сматрамо да треба сагледати и овај законски текст с циљем давања тачног одговора на постојећу дилему. Ни овај закон нигде не прописује могућност коришћења технологије са аутоматским препознавањем лица. Сходно изнетим можемо закључити да не постоји правни основ за коришћење камера опремљених технологијом за препознавање лица. Тиме смо још увек далеко од реализације дела плана везаним за безбедност грађана у оквиру концепта паметних градова.

Две године касније у односу на Београд први кораци ка имплементацији концепта паметних градова под називом *Smart & safe city* су направљени и у Нишу потписивањем уговора вредног 72 милиона динара са компанијом Хуавеј који је требао да се реализује до 28. фебруара 2022. године. Иако попуњене опције у виду паркирања, заштите животне средине, регулисања саобраћаја и јавне расвете нису непосредно везане за борбу против криминалитета, што је једна од функција паметних градова, могу имати везе са укупном безбедношћу грађана, јер на основу примера из иностранства видимо да регулисање саобраћаја и јавна расвета могу дати допринос у борби против криминалних активности.³⁸ Ипак, до реализације поменутог пројекта у пуном

³⁷ Закон о заштити података о личности, *Сл. гласник РС*, бр. 87/2018.

³⁸ Niš postaje pametan grad: Kompanija Huawei pomaže u razvoju smart servisa za sve Nišlije, <https://smartlife.mondo.rs/e-uprava/pametni-gradovi/a39653/Nis-pametan-grad-planovi.html>, 20.2.2024. године.

обиму није дошло у предвиђеном року, јер су за сада постављене само сензора и инфо-табли које треба да покажу број слободних места на паркиралиштима у центру града.³⁹ Из наведеног произилази да је изостављено сагледавање превенције криминалитета и повећање безбедности грађана као битног елемента у концепту паметних градова. Тиме грађани Ниша остају ускраћени у уживању благодети реализације пројекта паметних градова по угледу на водеће светске градове у овој области.

6. ЗАКЉУЧАК

Паметни градови су почели да се развијају у најразвијеним земљама, при чему се умногоме олакшали свакодневницу грађанима. Чак и у државама које су највише одмакле са његовом применом постоји могућност даљег унапређења. Не треба занемарити безбедност као битан део концепта паметних градова. На основу претходно презентованог видели смо креативна решења зарад превенције криминалитета и повећања безбедности грађана.

Достизање пуног капацитета у реализацији паметних градова подразумева испуњење одређених услова као што је примена 5G мреже. Бројне европске земље су увеле примену ове технологије,⁴⁰ што омогућава знатно веће брзине интернета, а самим тим остваривање бројних услуга у оквиру паметних градова на бржи и поузданији начин. Република Србија је јула 2020. године донела Уредбу о утврђивању плана намене радиофреквенцијских опсега⁴¹ чиме је створена основа за увођење 5G мреже. Међутим, све је остало на томе, јер даљи кораци ка њеном увођењу нису направљени иако је кинеска компанија Хуавеј задужена за то.⁴² Исто тако, неопходно је убрзати завршетак већ почетих пројеката паметних градова у Републици Србији, при чему је неопходно уврстити и превенцију криминалитета и повећање безбедности грађана као његов саставни елемент. На тај начин ће наша држава направити довољно квалитативан скок у достизању водећих држава на овом пољу.

³⁹ Niš još prošle godine trebalo da postane „pametna grad”, ali realizacija projekta tek počela, <https://www.juznevesti.com/Drushtvo/Nis-jos-prosle-godine-trebalo-da-postane-pametnograd-ali-realizacija-projekta-tekpocela.sr.html>, 21.2.2024. године.

⁴⁰ 5G coverage in selected European countries in 2022, <https://www.statista.com/statistics/1383936/europe-5g-coverage-by-country/>, 23.2.2024. године.

⁴¹ Уредба о утврђивању плана намене радиофреквенцијских опсега, *Сл. гласник РС*, број 89/2020.

⁴² L. Prigoda, M. Bogavac, Z. Čekerevac, Srbija i pametni gradovi, *FBIM Transactions, Meste*, 2022, 75.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

1. Д. Димовски, И. Поповић, Д. Ранђеловић, Пројектована животна средина као начин превенције криминалитета, Правна ријеч, Удружење правника Републике Српске, Бања Лука 2015, 423-440.
2. G. Vivo-Delgado, F. J. Castro-Toledo, Urban security and crime prevention in smart cities: a systematic review, SocArXiv Papers 2020, 2.
3. 5G coverage in selected European countries in 2022, <https://www.statista.com/statistics/1383936/europe-5g-coverage-by-country/>, 23.2.2024. године.
4. Јавни видео-надзор још није правно регулисан, <https://www.politika.rs/sc/clanak/556739/video-nadzor-zakon-gradjani-mup>, 21. фебруар 2024. године.
5. J. Laufs, Crime Prevention and Detection Technologies in Smart Cities: Opportunities and Challenges, Department of Security and Crime Science University College, London 2022, 55.
6. Leveraging digital technology and data for human-centric smart cities – The case of smart mobility, Organisation for Economic Cooperation and Development, Saudi Arabia 2020, 11.
7. L. Sang Keon, K. Heeseo Rain, C. HeeAh, K. Jongbok, L. Donju, International Case Studies of Smart Cities Anyang, Republic of Korea, Inter-American Development Bank, Seoul 2016, 28.
8. L. Prigoda, M. Bogavac, Z. Ćekerevac, Србија и pametni gradovi, FBIM Transactions, Meste, 2022, 75.
9. M. Tutak, J. Brodny, A Smart City Is a Safe City: Analysis and Evaluation of the State of Crime and Safety in Polish Cities, Applied Science and Humanities for Smart Cities, MDPI, Basel 2023, 3359.
10. Niš postaje pametan grad: Kompanija Huawei pomaže u razvoju smart servisa za sve Nišlije, <https://smartlife.mondo.rs/e-uprava/pametni-gradovi/a39653/Nis-pametan-grad-planovi.html>, 20.2.2024. године.
11. Niš još prošle godine trebalo da postane „pametan grad”, ali realizacija projekta tek počela, <https://www.juznevesti.com/Drushtvo/Nis-jos-prosle-godine-trebalo-da-postane-pametan-grad-ali-realizacija-projekta-tek-pocela.sr.html>, 21.2.2024. године.
12. ‘Pametni gradovi’ Srbije po kineskim standardima, <https://www.slobodnaevropa.org/a/pametni-gradovi-srbije-po-kineskim-standardima/31096262.html>, 20. фебруар 2024. године.
13. Park. Mun-su, L. Hwansoo, Smart City Crime Prevention Services: The Incheon Free Economic Zone Case, MPDI, Basel 2020, 3.
14. Report: Smart city technology could dramatically improve quality-of-life indicators, <https://www.smartcitiesdive.com/news/smart-city-technology-quality-of-life/525495/>, 13. фебруар 2024. године.
15. Singapore Tests Autonomous Robots For Public Patrol, Nuisance Crime Monitoring, <https://smartcitiesconnect.org/singapore-tests-autonomous-robots-for-public-patrol-nuisance-crime-monitoring/>, 14. фебруар 2024. године.
16. Seoul Seeks Countermeasures for Random Crimes with District Offices, <https://english.seoul.go.kr/seoul-seeks-countermeasures-for-random-crimes-with-district-offices/>, 16. фебруар 2024. године.

17. Smart Cities and Inclusive Growth, Organisation for Economic Cooperation and Development, Paris 2020, 8.
18. Stirling robot patrols flagged, <https://perthvoiceinteractive.com/2023/08/03/stirling-robot-patrols-flagged/>, 15. фебруар 2024. године.
19. Top 7 Smart Cities in the World in 2024, <https://earth.org/top-7-smart-cities-in-the-world/>, 14. фебруар 2024. године.
20. Transforming Urban Landscapes: How Smart Cities Make for Safer Cities, <https://www.cocoflo.com/resources/transforming-urban-landscapes-how-smart-cities-make-for-safer-cities>, 14. фебруар 2024. године.
21. Transforming Urban Landscapes: How Smart Cities Make for Safer Cities, <https://www.cocoflo.com/resources/transforming-urban-landscapes-how-smart-cities-make-for-safer-cities>, 19. фебруар 2024. године.
22. Xavier Robot Snitches On ‘Undesirable’ Public Behavior In Singapore, <https://www.intelligentliving.co/xavier-robot-snitches-on-undesirable-public-behavior-in-singapore/>, 15. фебруар 2024. године.
23. Н. Kumar, М. Kumar Singh, М.Р. Gupta, J. Madaan, Moving towards smart cities: Solutions that lead to the Smart City Transformation Framework, Elsevier, Amsterdam 2020, 119282.
24. Н. Т. Uysal, S. Aydemir, E. Genc, Maslow’s hierarchy of needs in 21st century: the examination of vocational differences, In: Researches on Science and Art in 21st Century Turkey, Editors: Arapgirlioglu, H., Elliott, R. L., Turgeon, E., Atik, A., Volume 1, Gece Kitaplığı, Ankara 2017, 211-227.
25. W. Kozłowski, K. Suwar, Smart City: Definitions, Dimensions, and Initiatives, European Research Studies Journal, International Strategic Management Association, Athens 2021, 510.
26. Закон о заштити података о личности, Сл. гласник РС, бр. 87/2018.
27. Закон о евиденцијама и обради података у области унутрашњих послова одговарајуће одредбе, Сл. гласник РС, бр. 24/2018.
28. Закон о полицији, Сл. гласник РС, бр. 6/2016, 24/2018 и 87/2018.
29. Уредба о утврђивању плана намене радиофреквенцијских опсега, Сл. гласник РС, број 89/2020.

Darko T. Dimovski
University of Niš
Faculty of Law Niš
darko.dimovski@yahoo.com
ORCID ID: 0000-0001-5068-3338

Smart Cities in the Function of Crime Prevention

Abstract: *Starting from the problems of modern cities, the author pointed out that one of the ways to solve the resistance of crime to the usual prevention measures is the use of smart cities. After defining the concept of smart cities, the author paid special attention to the analysis of one of its functions – crime prevention. Therefore, in the next part of the work, he presented how far certain local communities have come in the implementation of smart cities with the aim of fighting against the commission of criminal acts. The last part of the paper is dedicated to considering how far cities in the Republic of Serbia have come with the implementation of the smart city concept.*

Keywords: *smart city, crime, prevention.*

Датум пријема рада: 15.05.2024.

Датум прихватања рада: 16.09.2024.

Андреј М. Мићовић
Универзитет у Крагујевцу
Факултет за хотелијерство и туризам у Врњачкој Бањи
andrej.micovic@uni.kg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-5988-4387

Борко Н. Михајловић
Универзитет у Крагујевцу
Правни факултет у Крагујевцу
bmihajlovic@jura.kg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-5770-8451

СТРУКТУРАЛНА И САДРЖИНСКА РЕФОРМА ПРАВИЛА О ПРОДАЈИ НА ДАЉИНУ*

Сажељак: У чланку су изложена правила о продаји на даљину која су садржана у Директиви ЕУ 2023/2673. До доношења Директиве 2023/2673 продаја на даљину је била регулисана уз помоћ директива 2011/83 о правима потрошача и 2002/65 о трговању на даљину финансијским услугама. Како би се подигао ниво заштите потрошача, избегла неопходна преклапања, усвојено је решење према коме се одлучје примене Директиве 2011/83 проширује и на уговоре о финансијским услугама, а Директива 2002/65 ставља изван снаге. У том циљу додато је посебно поглавље у Директиви 2011/83 са правилима која се примењују само на уговоре о финансијским услугама на даљину које су намењене потрошачима. Садржинским изменама и допунама правила о продаји финансијских услуга на даљину обухваћене су обавезе трговца на предуговорно информисање и пружање објашњења, затим право потрошача на одустанак и неопходна пословна пракса трговца у погледу уговорне онлајн интерфејса.

Кључне речи: финансијске услуге, информисање, одустанак, објашњење, потрошач, продаја на даљину.

* Овај рад је написан у оквиру Жан Моне модула за европско потрошачко право, бр. 101127877 – CONLAW, који је суфинансиран од стране ЕУ.

Рад је резултат научноистраживачког рада аутора у оквиру Програма истраживања Факултета за хотелијерство и туризам у Врњачкој Бањи и Правног факултета Универзитета у Крагујевцу за 2024. годину, који се финансира из средстава Министарства науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Продаја на даљину представља такав облик продаје који се врши искључиво уз помоћ средстава даљинске комуникације, без истовременог физичког присуства уговорних страна (трговца и потрошача) а у оквиру организованог програма продаје или пружања услуга, у времену које претходи закључењу уговора, укључујући и моменат закључења уговора (чл. 2. ст. 1. тач. 7. Директиве ЕУ 2011/83 о правима потрошача¹).² „То значи да је за постојање продаје на даљину потребно да буду испуњена два услова: негативан и позитиван.³ Негативан се огледа у томе што се продаја врши а да, при томе, нису истовремено присутни трговац (пружалац услуге) и потрошач. Позитиван услов је задовољен уколико се продаја врши у оквиру организованог програма и уз коришћење једног или више средстава комуникације на даљину.⁴ Организован програм значи да се продаја на даљину врши стално, у складу са правилима пословања трговца (пружаоца услуга), а на основу понуде⁵ коју он, искључиво путем средстава комуникације, упућује потрошачу.“⁶

У зависности од тога које се средство комуникације користи разликују се: електронска (остварује се на начин да се робе/услуге нуде, наручују и

¹ Сл. лист ЕУ, Л 304/64 од 25. 10. 2011. године.

² Према Закону о трговини – ЗОТ (Сл. гласник РС, бр. 52/2019), трговина на даљину се одређује као истицање понуде и закључење уговора употребом једног или више средстава комуникације на даљину (чл. 17. ст. 1), а према Закону о заштити потрошача – ЗЗП (Сл. гласник РС, бр. 88/2021), то је уговор који закључују трговац и потрошач у оквиру организоване продаје или пружања услуга на даљину без истовременог физичког присуства трговца и потрошача, искључивом употребом једног или више средстава комуникације на даљину до тренутка закључења уговора, укључујући и сам тренутак закључења (чл. 5. ст. 1. тач. 8).

³ Jean Calais-Auloy, Frank Steinmetz, *Droit de la consommation*, Paris 2000, 105.

⁴ Као одговор на сталан развој средстава комуникације требало би дефинисати начела која би била ваљана чак и за она средства која се не употребљавају учестало или која још увек нису позната (Рецитал 23 Директиве ЕУ 2023/2673, Сл. лист ЕУ, Л од 28.11.2023).

⁵ Понуда, преговори и склапање уговора одвијају се на даљину (Рецитал 15 Директиве ЕУ 2002/65 о трговању на даљину финансијским услугама које су намењене потрошачима, Сл. лист ЕУ, Л 271/16 од 9.10. 2002. године). Уговор о којем се преговара у пословним просторијама трговца, а коначно склапа средством комуникације на даљину, не би требало сматрати уговором на даљину. Ни уговор који је покренут средством комуникације на даљину, али је коначно склопљен у пословним просторијама трговца, не би требало сматрати уговором на даљину. Појмом организованог система продаје или пружања услуга на даљину не би требало да обухвати случајеве кад интернет странице нуде само информацију о трговцу, његовој роби и/или услугама и његове податке за контакт (Рецитал 20 Директиве ЕУ 2011/83 о правима потрошача).

⁶ Жаклина Спалевић и Миодраг Мишовић, *Међународни и европски видови електронског трговања. Евројско законодавство*, Београд 2017, 93.

продају путем интернета) и остала продаја (продаја се обавља путем других средстава комуникације: каталози, телевизија, електронска пошта, рекламни материјали са наруџбеницом, телефони,⁷ текстуалне или мултимедијалне поруке у мобилној телефонији).⁸ При томе, у циљу заштите права на приватност, забрањено је директно оглашавање робе/услуге телефоном, факсом или електронском поштом, без претходног пристанка потрошача.⁹ Ако је потрошач изричито пристао на оглашавање телефоном, факсом, електронском поштом или другим средствима комуникације на даљину, трговац је дужан да пре него што учини оглашавање одређене робе или услуге, на јасан и недвосмислен начин, на српском језику, обавести потрошача о комерцијалној сврси активности (чл. 37. ст. 11. ЗЗП).

У складу са решењима која су садржана у директивама ЕУ 2011/83 и 2002/65 у нашем праву продаја на даљину је регулисана у оквиру ЗЗП и Закона о заштити корисника финансијских услуга код уговорања на даљину.¹⁰ Са доношењем Директиве ЕУ 2023/2673, којом се мења Директива 2011/83 у погледу уговора о финансијским услугама склопљених на даљину и ставља изван снаге Директива 2002/65 биће неопходно да се изврше одговарајуће структуралне и садржинске измене постојећих правила о продаји на даљину. Измене и допуне по појединим питањима од значаја за продају финансијских услуга на даљину (информисање, објашњења, одустанак, заштита поводом онлајн интерфејса), као и разлози за измене биће предмет даље анализе у овом раду.

2. СТРУКТУРАЛНА РЕФОРМА ПРАВИЛА О ПРОДАЈИ НА ДАЉИНУ

До доношења Директиве 2023/2673 продаја на даљину је била регулисана уз помоћ директива 2011/83 о правима потрошача и 2002/65 о трговању на даљину финансијским услугама.¹¹ Оваква правна ситуација оправдана

⁷ Ако се комуникација одвија путем телефона, идентитет трговца и комерцијална сврха позива изричито се наводе на почетку сваког позива потрошачу, а ако се позив снима, трговац о томе обавештава потрошача (чл. 16.а ст. 3. Директиве 2023/2673).

⁸ О начинима обављања продаје на даљину видети: чл. 13. и 17. ЗОТ.

⁹ Забрањено је упућивати позиве и/или поруке телефоном потрошачима чији су телефонски бројеви уписани у регистар потрошача који не желе примати позиве и/или поруке у оквиру промоције и/или продаје телефоном. Независно од уписа у регистар, пристанак потрошача за директно оглашавање дат трговцу пре или након уписа у регистар, важи до његовог опозива (чл. 37. ст. 3. и 6. ЗЗП).

¹⁰ Сл. гласник РС, бр. 44/2018.

¹¹ У наведеним директивама предвиђено је право на предуговорно информисање и право на одустанак за одређене потрошачке уговоре склопљене на даљину. Међутим компле-

је тиме што је истицано да финансијске услуге имају специфичан карактер, који граде различити фактори, као што је комплексност (заснивају се често на уговорима који се сукцесивно извршавају, у дужем временском периоду; црта сложености појачава инфериорност потрошача у односу на професионалне партнере), глобалност (нису територијално омеђене, већ су продукт глобалног тржишта),¹² волатилност (због тога су одлуке потрошача често интуитивне и немају рационалну подлогу).¹³ Због напред наведеног сматрало се да је потребно да се дефинишу посебна правила, која би се примењивала само на продају на даљину финансијских услуга. Међутим, протеклом времена овај став је измењен. Како би се подигао ниво заштите потрошача, избегла непотребна преклапања, усвојено је решење према коме подручје примене Директиве 2011/83 треба проширити на уговоре о финансијским услугама¹⁴ склопљене на даљину¹⁵ уз једну оgradu. Због специфичности финансијских услуга које су намењене потрошачима, не би било примерено да се на уговоре о финансијским услугама примењују све одредбе Директиве 2011/83.¹⁶ Потребна јасноћа и правна сигурност осигуравају се додавањем

ментарност између тих директива је ограничена јер Директивом 2011/83 нису обухваћене финансијске услуге (Рецитал 9 Директиве 2023/2673).

¹² Због своје нематеријалне природе оне су посебно погодне за примену нових техника маркетинга на даљину, као што је електронска трговина. Видети: EU Commission, *Evaluation of Directive 2002/65/EC on Distance Marketing of Consumer Financial Services – Final Report*, 2020, 18.

¹³ Невенко Мисита, „Заштита потрошача и тржиште финансијских услуга“, Шесто међународно саветовање *Активностии грађанскои и ирјовачкои законодавства и иравне ираксе*, јун 2008, Правни факултет у Мостару и Правни факултет у Сплиту, Неум, 83; Едита Чулиновић Херц, „Заштита потрошача и заштита улагатеља на хрватском тржишту финансијских услуга“, *Заштитиша поирощача и улајатјеља у евројском и хрвајском ираву – изазови међународнои иржишциша роба и кајициала*, 2005, Правни факултет Свеучилишта у Риједи, Ријека, 212 – 217; Драган Павић, „Електронски уговори у француском праву“, Шесто међународно саветовање *Активностии грађанскои и ирјовачкои законодавства и иравне ираксе*, јун 2008, Правни факултет у Мостару и Правни факултет у Сплиту, Неум, 541.

¹⁴ Финансијске услуге су све банкарске и кредитне услуге, услуге осигурања, пензионе услуге, инвестиционе и платне услуге (чл. 2. ст. 1. тач. 12. Директиве 2011/83; чл. 2. ст. 1. тач. б. Директиве 2002/65).

¹⁵ Одређене финансијске услуге које су намењене потрошачима уређене су посебним актима ЕУ који се и даље примењују на те услуге. Када ти акти садрже правила о предуговорном информисању, о праву на одустанак или о одговарајућим објашњењима, на те финансијске услуге које су намењене потрошачима треба применити само одредбе тих аката. Али, ако у тим актима нису утврђена правила о праву на одустанак, требало би применити правила из Директиве 2023/2673 (Рецитал 16 и 22 Директиве 2023/2673).

¹⁶ У вези са тим у чл. 1. Директиве 2023/2673 је одређено да ће се на уговоре о финансијским услугама склопљеним на даљину примењивати низ одредаба из Директиве 2011/83: дефиниције (чл. 2), подручје примене (чл. 3. ст. 2., 5. и 6), ниво усклађености (чл. 4), информисање (6а), формални услови за уговоре на даљину (чл. 8. ст. 6), право на одустајање (чл. 11. а), захтеви у погледу информисања (чл. 16. а до 16. е), накнаде за коришћење средстава

посебног поглавља у Директиви 2011/83 о правилима која се примењују само на уговоре о финансијским услугама на даљину које су намењене потрошачима.¹⁷ Иначе, правила која се односе на уговоре о финансијским услугама склопљене на даљину не би требало да се примењују на услуге које се пружају искључиво повремено и изван комерцијалног оквира намењеног склапању уговора на даљину.¹⁸

Услед наведених структуралних промена у оквиру ЕУ биће неопходно да се изврше неопходне измене и допуне унутар нашег правног система. То значи да ће Закон о заштити корисника финансијских услуга код уговарања на даљину бити стављен ван снаге, а Закон о заштити потрошача бити допуњен правилима која су садржана у Директиви 2023/2673.

3. САДРЖИНСКЕ ИЗМЕНЕ И ДОПУНЕ ПРАВИЛА О ПРОДАЈИ НА ДАЉИНУ

Садржинским изменама и допунама правила о продаји финансијских услуга на даљину обухваћене су обавезе трговца на предуговорно информисање и пружање објашњења, затим право потрошача на одустанак и непоштена пословна пракса трговца.

Обавеза предуговорног информисања. – Обавеза предуговорног информисања је у функцији омогућавања потрошачу да изврши разуман избор понуђене робе (услуга).¹⁹ Он ће то моћи ако у примереном року пре закључења уговора на даљину добије од трговца потпуне и тачне информације о

плаћања (чл. 19, комуникација телефоном (чл. 21), додатна плаћања (чл. 22). Са изузетком чл. 21., ако се уговори о финансијским услугама састоје од почетног споразума о услугама за којим следе узастопни послови или низ одвојених послова исте природе који се обављају током времена и за које се може сматрати да чине целину, напред наведене одредбе примењују се само на почетни споразум. Ако не постоји почетни споразум, одредбе којима се уређују уговори о финансијским услугама требале би да се примењују на све узастопне или одвојене послове, осим правила о предуговорним информацијама и објашњењима (чл. 16.а и 16.д), која се примењују само на први посао. Међутим ако се посао исте природе не обавља дуже од годину дана, следећи посао сматра се првим у новом низу послова па се, сходно томе, примењују чл. 16.а и 16.д. „Почетним споразумом о услугама” може се сматрати отварање банкарског рачуна, док се „пословима” могу сматрати полагање средстава на банкарски рачун или повлачење средстава с банкарског рачуна. Додавање нових елемената почетном споразуму о услугама, као што је могућност употребе електронског платног инструмента заједно с постојећим банкарским рачуном, не сматра се „послом” него додатним уговором (видети Рецитал 24).

¹⁷ Рецитал 10 Директиве 2023/2673.

¹⁸ Рецитал 25 Директиве 2023/2673.

¹⁹ Катарина Јовичић, „Специфичности заштите потрошача код уговора закључених на даљину и ван пословних просторија трговца“, *Сйрани йравни живоий*, 1/2016, 65.

свим елементима намераваног правног посла.²⁰ На тај начин остварује се ефикасна превентивна заштита потрошача, односно, како се истиче у теорији, „волунтаристичка“ (која се огледа у доношењу разумне одлуке на основу слободно формиране воље поводом одређеног посла) и тржишна визија слободе уговарања (кроз подстицање конкуренције).²¹

За разлику од Директиве 2002/65 и нашег Закона о заштити корисника финансијских услуга код уговарања на даљину, где су информације које трговац пружа потрошачу разврстане у неколико група (о пружаоцу услуге, о финансијској услузи, о уговору на даљину, о правним лековима), у Директиви 2023/2673 се, без груписања, наводи низ информација које трговац доставља потрошачу. Поред оних које је трговац и према Директиви 2002/65 био дужан да достави потрошачу,²² у новоднетој Директиви је тај списак проширен. Захтева се да трговац достави и следеће информације: везано за

²⁰ Како би потрошачи могли одлучивати уз потпуно познавање чињеница, требали би добити све предуговорне информације у примереном року пре, а не приликом склапања уговора на даљину или било које одговарајуће понуде. Тиме се осигурава да потрошач има довољно времена за читање и разумевање предуговорних информација, упоређење понуда и доношење одлуке (Рецитал 26 Директиве 2023/2673).

²¹ Whittaker, S., „The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract“, *European Review of Contract Law – ERCL*, 3/2011, 373 – 376.

²² То су: идентитет и главна делатност трговца; ако је трговац уписан у трговачки или сличан јавни регистар, регистар у који је трговац уписан те регистарски број или еквивалентно средство идентификације у том регистру; ако делатност трговца подлеже систему издавања одобрења, податке за контакт релевантног надзорног тела; опис главних карактеристика финансијске услуге; укупну цену коју потрошач треба да плати трговцу за финансијску услугу, укључујући све повезане накнаде, таксе и трошкове, као и порезе плаћене преко трговца или, ако није могуће навести тачну цену, основу за израчунавање цене коју потрошач може проверити; у зависности од околности, обавештење у коме се наводи да је финансијска услуга повезана с инструментима који укључују посебне ризике због својих специфичних особина или послова које треба спровести односно инструментима чија цена зависи од флукуација на финансијским тржиштима изван контроле трговца; обавештење да могу постојати други порези и/или трошкови који се не плаћају преко трговца односно које не намеће трговац; свако ограничење раздобља у којем је достављена информација ваљана; начин плаћања и извршења; сваки специфични додатни трошак за потрошача за употребу средстава даљинске комуникације, ако се такав додатни трошак зарачунава; постојање односно непостојање права одустајања те, ако право одустајања постоји, информације о року за одустајање и условима остваривања тог права, укључујући информације о износу чије се плаћање може захтевати од потрошача, као и о последицама неостваривања тога права; минимално трајање уговора на даљину у случају финансијских услуга које се обављају трајно односно с понављањима; информације о свим правима која странкама стоје на располагању за превремени или једнострано отказ уговора на темељу услова уговора на даљину, укључујући санкције које се на темељу уговора изричу у таквим случајевима; практична упутства и поступци за остваривање права одустајања; све уговорне одредбе о праву примењивом на уговор на даљину и/или о надлежном суду; језик на коме су састављени уговорни услови и претходне информације, као и језик на коме трговац уз престанак потрошача комуницира током трајања уговора на даљину; могућност употребе механизма

финансијску услугу (чл. 16а ст. 1. тач. х, и, о) – у зависности од околности конкретног случаја дужан је да потрошача обавести: о последицама закаснелих или пропуштених плаћања, односно о последицама које наступају због непоштовања уговорних обавеза; о томе да је цена персонализована на основу аутоматизованог доношења одлука;²³ ако су еколошки или социјални чиниоци укључени у стратегију улагања финансијске услуге, информације о свим еколошким или социјалним циљевима који се настоје остварити финансијском услугом; везано за уговор на даљину – практична упутства и поступци за остваривање права на одустанак у којима се наводи, између осталог, телефонски број трговца и његова адреса е-поште или појединости о другим средствима комуникације релевантним за слање изјаве о одустанку те, за уговоре о финансијским услугама склопљене путем интернета, информације о постојању и месту где се налази функција одустанка (чл. 16а ст. 1. тач. с).

Поводом предуговорног информисања у Директиви 2023/2673 су утврђена следећа правила (чл. 16.а ст. 5 – 10). Прво, у случају да се информације достављају у року краћем од једног дана пре него што се потрошач обавезе уговором на даљину, трговац је дужан да потрошачу пошаље подсетник о могућности одустанка од уговора на даљину и о поступку одустанка. Тај се подсетник потрошачу доставља на трајном носачу података у року од једног до седам дана након склапања уговора на даљину. Друго, информације се достављају потрошачу на трајном носачу података²⁴ и морају бити лако читљиве.²⁵ Информације се достављају на захтев у облику који је примерен и приступачан потрошачима с инвалидитетом, укључујући потрошаче с оштећењем вида. Треће, трговцу се допушта рашчлањивање информација на више нивоа када се оне пружају електронским средствима, осим информација о: идентитету трговца; главним карактеристикама финансијске услуге; укупној цени коју потрошач треба да плати трговцу за финансијску услугу,

вансудског решавања рекламација и обештећења, коме је трговац подложен, и начине приступа том механизму; постојање средстава обезбеђења обавеза пружаоца услуге (чл. 3).

²³ Неки трговци користе аутоматизовано доношење одлука како би применили различите цене на различите групе потрошача (Рецитал 27 Директиве 2023/2673).

²⁴ Захтеве у погледу информација требало би прилагодити како би се узела у обзир техничка ограничења одређених носача података, као што су ограничења броја знакова на екранима одређених мобилних телефона (Рецитал 31 Директиве 2023/2673).

²⁵ Све предуговорне информације требало би пружати на трајном носачу података, на начин да су потрошачу лако разумљиве и у читљивом облику. Читљиви облик подразумева употребу слова у одговарајућој величини за читање и у бојама које не смањују разумљивост информација. Осим тога, требало би што је више могуће избегавати предуге и сложене описе, ситна слова и претерану употребу аналогича јер су то методе којима се потрошачима отежава разумевање. Ако се информације не могу пружити на трајном носачу података пре склапања уговора због врсте носача података који је одабрао потрошач, требало би их пружити одмах након склапања уговора (Рецитал 30 Директиве 2023/2673).

укључујући све повезане накнаде, таксе и трошкове, као и порезе који се плаћају преко трговца или, ако се не може навести тачна цена, основу за обрачун цене како би је потрошач могао проверити; обавештењу да могу да постоје и други порези и/или трошкови који се не плаћају преко трговца, односно које не намеће трговац; постојању или непостојању права на одустанак, року и условима за остваривање тог права, као и о последицама неостваривања тог права (такве информације се достављају на првом нивоу,²⁶ а остале на другим нивоима).²⁷ У случају рашчлањивања информација на више нивоа трговац осигурава да се потрошачу пре склапања уговора на даљину пружи све предуговорне информације. Четврто, терет доказа о испуњавању захтева у погледу информација јесте на трговцу. Пето, у националним прописима могу да се задрже или донесу и строже одредбе о захтевима у погледу предуговорних информација уколико је то у складу са правом Уније. Шесто, ако други акт Уније којим се уређују одређене финансијске услуге садржи правила о информацијама које треба доставити потрошачу пре склапања уговора, на те одређене финансијске услуге примењују се само правила из тог акта Уније, без обзира на то колико су детаљно та правила објашњена, осим ако је тим актом предвиђено друкчије. Али, ако тај други акт не садржи правила о праву на одустанак, трговац је дужан да обавести потрошача о постојању или непостојању таквог права.

Обавеза пружања објашњења. – Обавеза пружања објашњења од стране трговца потрошачима поводом предложеног уговора дефинисана је и у неким другим директивама (Директива 2014/17 о уговорима о потрошачким кредитима који се односе на стамбене некретнине, Директива 2014/65 о тржишту финансијских инструмената, Директива 2016/97 о дистрибуцији осигурања) којима се уређују финансијске услуге, на које се у начелу примењују само правила о објашњењима из тих аката (чл. 16.д ст. 5. Директиве 2023/2673). Сва та правила којима се регулише обавеза пружања објашњења имају заједнички циљ, а то је да се обезбеде и заштите интереси потрошача. Јер, уз предуговорне информације које им пружа трговац, потрошачима може

²⁶ То значи да оне спадају у групу тзв. основних информација. О поделама, односно врстама предуговорних информација видети: Мишовић, М., Мишовић, А., *Појтрошачко право*, Крагујевац 2022, 87.

²⁷ Техника рашчлањивања информација на више нивоа, при чему се одређени захтеви у погледу предуговорних информација сматрају кључним елементима те су стога истакнути на првом нивоу, а други детаљнији делови предуговорних информација приказани су на пропратним нивоима, показала се корисном за неке финансијске услуге. При употреби технике рашчлањивања информација на више нивоа све би информације требале да буду лако доступне потрошачу, а употреба пропратних нивоа не би требала да одвраћа пажњу потрошача од садржаја документа и не би требала да прикрива кључне информације (Рецитал. 32 Директиве 2023/2673).

да буде и даље потребна помоћ како би одлучили која је финансијска услуга најприкладнија за њихове потребе и финансијску ситуацију.²⁸

Објашњења се пружају потрошачу пре склапања уговора, бесплатно, на лак и једноставан начин. Она садрже следеће елементе: а) обавезне предговорне информације; б) битне карактеристике предложеног уговора, укључујући могуће пропратне услуге; в) посебне ефекте које предложени уговор може да има на потрошача, укључујући, ако је то примењиво, последице неиспуњавања обавезе плаћања или закаснелог плаћања од стране потрошача (чл. 16. д ст. 1. Директиве 2023/2673).

Обавеза пружања одговарајућих објашњења посебно је важна ако потрошачи намеравају да склопе уговор путем потпуно аутоматизованих интернет алата као што су четботови, роботизовано саветовање, интерактивни алати или слична средства. Како би се осигурало да потрошач разуме ефекте које уговор може да има на његову економску ситуацију, он би, у предговорној фази, увек требало да има могућност да током радног времена од трговца добије бесплатну људску интервенцију и то на истом језику на коме су биле и предговорне информације. Потрошач би такође требало да има право, у оправданим случајевима и без неоправданог оптерећења за трговца, да затражи људску интервенцију и након склапања уговора на даљину (на пример, у случају продужења уговора, великих тешкоћа за потрошача или када је потребно додатно објашњење уговорних услова).²⁹

Државе чланице могу да утврде начин на који се дају објашњења, као и обим у којем се дају. Оне могу да прилагоде тај начин и обим конкретним околностима у којој се финансијска услуга нуди, лицу коме се она нуди и природи понуђене финансијске услуге. Терет доказа о испуњавању захтева у погледу одговарајућих објашњења утврђених у овом чланку јесте на трговцу (чл. 16. д ст. 2. и 4. Директиве 2023/2673).

Право њотрошача на одустанак. – С обзиром на специфичне околности под којима се закључује уговор на даљину, право на одустанак представља један од темеља на коме почива заштита потрошача од непромишљених одлука, односно од непотребног задуживања. Право потрошача на одустанак се стога може посматрати као својеврсни коректив структуралне неравнотеже између уговорних страна код појединих потрошачких уговора, укључујући и дистанциону продају.³⁰ У таквим ситуацијама, потрошач као слабија

²⁸ Рецитал 38 Директиве 2023/2673.

²⁹ Рецитал 40 Директиве 2023/2673.

³⁰ Као оправдање за постојање права на одустанак код уговора на даљину у теорији се наводи информациона асиметрија у околностима непостојања директног контакта са трговцем и могућности непосредног опажања робе од стране потрошача. О томе: Борко Михајловић, *Промена њотрошачкој права у дигитално доба*; Крагујевац 2023, 136-137; Geraint Howells, Christian Twigg—Flesner, Thomas Wilhelmsson, *Rethinking EU Consumer Law*, London, New York

уговорна страна има право избора у погледу коришћења права на одустанак, од чега ће зависити даља судбина уговора. Потрошач може, вршећи своје право, једностраном изјавом воље, у оквиру рока за одустајање, да одустане од посла без икаквих санкција и без навођења разлога (чл. 16.б ст.1. Директиве 2023/2673), или ћутањем, односно невршењем права, да оснажи закључени уговор. С обзиром на то, у теорији је присутан став да се потрошачки уговор, у коме је садржано право на одустанак, формира етапно – у првој се утврђује садржај уговора, а у другој његова важност.³¹

Како би се осигурало делотворно остварење права на одустанак од уговора, поступак за остварење тог права не би требало да представља веће оптерећење од поступка склапања уговора на даљину.³² Према правилима која су била садржана и у Директиви 2002/65 потрошач може да оствари право на одустанак у року од 14 календарских дана,³³ рачунато од дана склапања уговора на даљину, односно од дана пријема уговорних услова и предговорних информација, ако је тај дан каснији од дана склапања уговора на даљину. Тај се рок продужава на 30 календарских дана у случају уговора на даљину о пословима који се односе на индивидуалне пензије. Како би се повећала правна сигурност, према новодонетој Директиви ако потрошач није примио те предговорне информације и уговорне услове, рок за одустанак у сваком случају истиче најкасније 12 месеци и 14 календарских дана након склапања уговора на даљину. Ово правило се не примењује (рок не истиче) ако потрошач није обавештен о праву на одустанак на трајном носачу података (чл. 16.б ст. 1).

Сматра се да је потрошач остварио своје право на одустанак у року за одустанак ако је пре истека тог рока послао обавештење о остваривању права на одустанак. Ако услугу повезану с уговором на даљину пружа трговац или трећа страна на основу споразума између те треће стране и трговца, потрошач није обавезан повезаним уговором ако оствари своје право оду-

2018, 113; Elizabeth Hall, Geraint Howells, Jonathan Watson, „The Consumer Rights Directive – An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law“, *ERCL*, 2/2012, 155; Horst Eidenmüller, „Why Withdrawal Rights?“, *ERCL*, 1/2011, 5-18.

³¹ О томе: Reiner Schulze, „Precontractual Duties and Conclusion of Contract in European Law“, *European Review of Private Law*, 6/2005, 862-863; Драгољуб Стојановић, *Увод у грађанско право*, Београд 1999, 293.

³² Рецитал 36 Директиве 2023/2673.

³³ Рок од 14 календарских дана је на нивоу ЕУ први пут уведен Директивом 2002/65 (претходно је рок за одустанак износио 7 дана према одредбама чл. 5. ст. 1. Директиве 85/577, односно 7 радних дана према одредбама чл. 6. ст. 1. Директиве 97/7), да би потом тај рок постао стандард и у директивама које су касније доношене (нпр. Директива 2008/122/ЕУ о тајмшерингу и Директива 2008/48/ЕУ о потрошачком кредиту). О томе: Norbert Reich, Hans-W. Micklitz, Petter Rott, Klaus Tonner, *European Consumer Law*, 2nd edition, Cambridge-Antwerp-Portland 2014, 406; Christian Twigg—Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, second edition, USA, Canada 2013, 80-85.

стајања. Ако потрошач одлучи да откаже повезани уговор, за то не сноси никакве трошкове (чл. 16.б ст. 3. и 4).

Ако трговац нуди могућност склапања уговора на даљину помоћу интернета (путем интернет странице или апликације),³⁴ при чему предмет уговора могу да буду финансијски или нефинансијски производи или услуге, трговац је обавезан да потрошачу омогући одустанак од таквог уговора помоћу функције одустанка.³⁵ Тиме се осигурава да потрошачи могу да одустану од уговора једнако лако као што могу да га склопе.

Функција одустанка означава се речима ‚одустати од уговора’ или недвосмисленом одговарајућом формулацијом која је лако читљива. Она мора да буде стално доступна током рока за одустанак, да буде истакнута на интернету на лако уочљив начин и да буде лако доступна потрошачу. То значи да потрошач не би требао да спроводи поступак за проналажење или приступ функцији, као што је преузимање апликације ако уговор није склопљен путем те апликације. Како би се олакшао поступак, трговац би, на пример, могао да наведе повезнице које потрошача воде до функције одустајања.

Функција одустанка омогућава потрошачу да путем интернета пошаље изјаву којом трговца обавештава о својој одлуци да одустане од уговора (ако је потрошач у оквиру истог уговора на даљину наручио више роба или услуга, трговац му може пружити могућност одустанка од дела уговора уместо од целог уговора). Том изјавом о одустанку потрошачу се омогућује да лако достави или потврди следеће информације: (а) своје име; (б) појединости о уговору од којег жели да одустане; (ц) појединости о електронским средствима којима се потрошачу шаље потврда о одустанку.

Како би се избегло да потрошач ненамерно оствари право на одустанак, трговац му омогућава да изјаву поднесе помоћу функције потврде (трговац захтева од потрошача да потврди одлуку о одустанку). Та функција мора да буде лако читљива, а означава се речима ‚потврдити одустајање’ или другом одговарајућом формулацијом. Након што потрошач активира функцију потврде трговац без непотребног одлагања шаље потрошачу потврду о пријему

³⁴ О одустајању од уговора склопљених путем интернета видети чл. 11. б) и Рецитал 37.

³⁵ С тим у вези у Прилогу I Директиве 2023/2673 је одређено да када постоји обавеза да се обезбеди функција одустајања којом се потрошачу омогућује да одустане од уговора склопљеног путем интернета, упутство за попуњавање обрасца о одустанку садржи следећу напомену: право одустајања може се остварити и путем интернета (назначује се интернет адреса или друго одговарајуће објашњење о томе где је доступна функција одустајања). Ако се функција користи онлајн, без непотребног одлагања биће послата потврда о пријему обавештења о одустајању на трајном носачу података (нпр. е-поштом). Ако се потрошачу даје опција да информације о свом одустанку од уговора испуни електронски и поднесе на интернет страницима трговца, додаје се следеће: узорак обрасца за одустајање или било коју другу недвосмислену изјаву можете електронски испунити и поднети на нашим интернет страницима (навести интернет адресу); ако употребите ту опцију, без непотребног одлагања биће послата потврда о пријему обавештења о одустанку на трајном носачу података.

обавештења о одустанку на трајном носачу података (нпр. е-поштом), укључујући њен садржај, датум и време подношења.

Ако потрошач оствари право на одустанак, од њега може да се захтева да плати само за услугу коју му је трговац заиста и пружио пре одустанка, а у складу са уговором на даљину (чл. 16.ц). Овим правилом се настоји да се спречи злоупотреба права на одустанак од уговора, а може да се примени само ако су кумулативно испуњене две претпоставке.³⁶ Прво, потребно је да је о постојању такве обавезе потрошач био уредно обавештен (ту чињеницу доказује трговац). Друго, пре истека рока за одустанак од уговора, трговац не сме да почне са извршењем уговора без сагласности потрошача. У супротном, он неће имати право да захтева од потрошача плаћање било каквог износа.³⁷

Непоштена пословна пракса: годашња заштитна у вези са онлајн интерфејсима. – Пословна пракса је непоштена ако је противна захтевима професионалне пажње, односно ако битно нарушава или прети да битно наруши економско понашање просечног потрошача на кога се та пословна пракса односи или којој је изложен (чл. 17. ст. 1. Закон о заштити потрошача).³⁸ Непоштеност се нарочито сматра обмањујућа пословна пракса која може да се испољи на два начина: активним (пружањем потрошачу нетачних обавештења или на неки други начин) и пасивним (пропуштањем да се потрошач упозна са битним информацијама) понашањем трговца. Ради спречавања и заштите потрошача од непоштене пословне праксе, која се испољава путем активног понашања трговца, у новодонетој Директиви се одређује (чл. 16.е) да трговци при склапању на даљину уговора о финансијским услугама своје онлајн интерфејсе³⁹ не могу да дизајнирају, организују или њима управљају на начин којим се обмањују потрошачи који су примаоци њихове услуге или на начин којим се њима манипулише или битно нарушава или угрожава њихова способност да доносе слободне и информисане одлуке.⁴⁰ Трговцима би зато требало да буде строго забрањено да потрошаче доводе у заблуду, односно да у свом пословању користе барем следеће обрасце по-

³⁶ О томе: С. Twigg—Flesner, 87.

³⁷ Правила из чл. 16.ц су идентична онима која су била садржана у Директиви 2002/65 (чл. 7) због чега су уз одређени коментар изложена само најважнија.

³⁸ Сл. гласник РС, бр. 88/2021.

³⁹ Онлајн интерфејс означава било који софтвер, укључујући интернет странице или њихове делове, и апликације, укључујући мобилне апликације (чл. 3. ст. 1. тач. м Уредбе 2022/2065 о јединственом тржишту дигиталних услуга (Сл. лист ЕУ, Л 277/1 од 27. 10. 2022. године).

⁴⁰ Државе чланице могу да донесу или задрже и строже одредбе о захтевима за трговце од наведених када су те одредбе у складу с правом Уније (чл. 16.е ст. 2). Та могућност је у складу с чл. 3. ст. 9. Директиве 2005/29/ЕЗ у погледу непоштене пословне праксе повезане с финансијским услугама, којим се предвиђа да државе чланице могу да уведу и захтеве који су рестриктивнији или строжи у оквиру финансијских услуга.

нашања: (а) јаче истицање одређених избора (употребом визуелних, звучних или других елемената) при тражењу одлуке од потрошача који су примаоци њихове услуге; (б) поновно тражење да потрошачи који су примаоци услуге одаберу нешто када су то већ одабрали, посебно изазивањем искачућег прозора који ремети корисничко искуство; или (ц) отежавање поступка отказивања услуге у односу на поступак претплате на ту услугу.⁴¹

4. ЗАКЉУЧАК

Ради подизања нивоа заштите потрошача и избегавања непотребних преклапања донета је Директива ЕУ 2023/2673 којом је проширено подручје примене Директиве 2011/83 о правима потрошача на уговоре о финансијским услугама склопљене на даљину, при чему се Директива 2002/65 ставља ван снаге почев од 19. јуна 2026. године. На овај начин је осигурано да се на уговор о финансијским услугама примењује низ одредаба Директиве 2011/83, као што су релевантне дефиниције, правила о додатним плаћањима, о извршењу или продаји по инерцији. Међутим, с обзиром да због специфичности финансијских услуга и њихове сложености није примерено да се на уговоре о финансијским услугама примењују све одредбе Директиве 2011/83, у Директиву о правима потрошача је додато ново поглавље са правилима која се примењују на уговоре о финансијским услугама склопљеним на даљину. Тим правилима, као и оним којима се мења Директива, а примењују се и на финансијске и на нефинансијске услуге, подиже се степен заштите потрошача и то на два начина: прво, додавањем нових одредница којима се употпуњују правила о предуговорном информисању (нпр., трговац је дужан да информисе потрошача о последицама закаснелих или пропуштених плаћања) и праву потрошача на одустанак (нпр., када се уговор закључује путем интернета трговац је дужан да омогући потрошачу одустанак од уговора помоћу функције одустајања), која су већ била садржана у Директиви 2002/65; друго, увођењем нових инструмената заштите потрошача помоћу правила којима се дефинише обавеза трговца да пружи одговарајућа објашњења (на тај начин осигурава се да потрошач разуме финансијску услугу коју нуди трговац пре него што потпише уговор) и оних којима се обезбеђује праведност на интернету и заштита потрошача од непоштене пословне праксе.

⁴¹ Такве праксе трговци употребљавају како би уверили (преваром навели) потрошаче који су примаоци њихове услуге да учествују у нежељеним понашањима или да донесу нежељене одлуке које би за њих могле имати негативне последице (Рецитал 41 Директиве 2023/2673).

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Литература

- Борко Михајловић, *Промена појрошачкој права у дигитално доба*, Крагујевац 2023.
- Драган Павић, „Електронски уговори у француском праву“, Шесто међународно саветовање *Актуелности грађанској и појровачкој законодавства и правне праксе*, јун 2008, Правни факултет у Мостару и Правни факултет у Сплиту, Неум.
- Драгољуб Стојановић, *Увод у грађанско право*, Београд 1999.
- Geraint Howells, Christian Twigg – Flesner, Thomas Wilhelmsson, *Rethinking EU Consumer Law*, London-New York 2018.
- Едита Чулиновић Херц, „Заштита потрошача и заштита улагатеља на хрватском тржишту финансијских услуга“, *Заштитна појрошача и улагатеља у евројском и хрвајском праву – изазови међународној тржиштна роба и калитала*, 2005, Правни факултет Свеучилишта у Риједи, Ријека.
- Elizabeth Hall, Geraint Howells, Jonathan Watson, „The Consumer Rights Directive – An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law“, *European Review of Contract Law*, 2/2012.
- EU Commission, *Evaluation of Directive 2002/65/EC on Distance Marketing of Consumer Financial Services – Final Report*, 2020.
- Жаклина Спалевић и Миодраг Мишовић, Међународни и европски видови електронског трговања. *Евројско законодавство*, Београд 2017.
- Jean Calais-Auloy, Frank Steinmetz, *Droit de la consommation*, Paris 2000.
- Катарина Јовичић, „Специфичности заштите потрошача код уговора закључених на даљину и ван пословних просторија трговца“, *Страни правни живои*, 1/2016.
- Christian Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, second edition, USA-Canada 2013.
- Миодраг Мишовић, Андреј Мишовић, *Појрошачко право*, Крагујевац 2022.
- Невенко Мисита, „Заштита потрошача и тржиште финансијских услуга“, Шесто међународно саветовање *Актуелности грађанској и појровачкој законодавства и правне праксе*, јун 2008, Правни факултет у Мостару и Правни факултет у Сплиту, Неум.
- Norbert Reich, Hans-W. Micklitz, Petter Rott, Klaus Tonner, *European Consumer Law*, 2nd edition, Cambridge-Antwerp-Portland 2014.
- Reiner Schulze, „Precontractual Duties and Conclusion of Contract in European Law“, *European Review of Private Law*, 6/2005.
- Simon Whittaker, „The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract“, *European Review of Contract Law*, 3/2011.
- Horst Eidenmüller, „Why Withdrawal Rights?“, *European Review of Contract Law*, 1/2011.

Правни извори

- Директива ЕУ 2023/2673 о измени Директиве 2011/83/ЕУ у погледу уговора о финансијским услугама склопљених на даљину и о стављању изван снаге Директиве 2002/65/ЕЗ, Сл. лист ЕУ, Л од 28.11.2023.
- Директива ЕУ 2011/83 о правима потрошача, Сл. лист ЕУ, Л 304/64 од 25. 10. 2011. године.
- Директива 2008/122/ЕУ о заштити потрошача у односу на одређене аспекте уговора о тајм-шерингу, дугорочним производима за одмор, препродаји и размени, Сл. лист ЕУ, Л 33 од 03.02.2009.
- Директива 2008/48/ЕУ о потрошачком кредиту, Сл. лист ЕУ Л 133/66 од 22.5. 2008.
- Директива ЕУ 2002/65 о трговању на даљину финансијским услугама које су намењене потрошачима, Сл. лист ЕУ, Л 271/16 од 9.10. 2002. године.
- Директива 97/7 о заштити потрошача с обзиром на склапање уговора на даљину, Сл. лист ЕЗ, Л 144 од 04.06.1997.
- Директива 85/577 о заштити потрошача с обзиром на уговоре склопљене изван пословних просторија, Сл. лист ЕЕЗ, Л 371/31 од 31.12.1985.
- Уредба 2022/2065 о јединственом тржишту дигиталних услуга, Сл. лист ЕУ, Л 277/1 од 27. 10. 2022. године.
- Закон о заштити потрошача, Сл. гласник РС, бр. 88/2021
- Закон о заштити корисника финансијских услуга код уговорања на даљину, Сл. гласник РС, бр. 44/2018.
- Закон о трговини, Сл. гласник РС, бр. 52/2019.

Andrej M. Mićović

University of Kragujevac

Faculty of Hotel Management and Tourism in Vrnjačka Banja

andrej.micovic@uni.kg.ac.rs

ORCID ID: 0000-0002-5988-4387

Borko N. Mihajlović

University of Kragujevac

Faculty of Law Kragujevac

bmihajlovic@jura.kg.ac.rs

ORCID ID: 0000-0002-5770-8451

Structural and Content Reform of Distance Selling Rules

Abstract: *The subject of the article are the rules on distance selling contained in the newly adopted Directive 2023/2673. Until the adoption of Directive 2023/2673, distance selling was regulated by the Directive 2011/83 on consumer rights and Directive 2002/65 concerning the distance marketing of consumer financial services. In order to raise the level of consumer protection and avoid unnecessary overlaps, the scope of application of Directive 2011/83 is extended to contracts on financial services, while Directive 2002/65 is repealed. Amended Directive 2011/83 introduced a separate chapter with rules that apply only to financial services contracts concluded at a distance. Content changes and amendments of the rules on the distance contracts for consumer financial services are related to the trader's obligations to provide pre-contractual information and explanations, the consumer's right to withdraw from the contract and the unfair business practices regarding the use of the online interface.*

Keywords: *financial services, information, withdrawal, explanations, consumer, distance selling.*

Датум пријема рада: 04.09.2024.

Датум прихватања рада: 01.10.2024.

Далибор Б. Ђукић
Универзитет у Београду
Правни факултет у Београду
dalibor.djukic@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-1447-7128

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ВЕРСКИХ ЗАЈЕДНИЦА У СОЦИЈАЛИСТИЧКОЈ ЈУГОСЛАВИЈИ*

Сажетак: Југословенски модел односа државе и религије није се гра-
дички мењао од 1946. године, али су се постојеће промене дешавале без
формалног нарушавања основних принципа одвојености цркве и државе. У
првим годинама након Другој светској рати доминирао је терор над верским
организацијама, али су након доношења Закона о правном положају верских
заједница из 1953. године уследиле постојеће промене. У раду се закључује став
да се југословенски модел временом удаљавао од аболционистичког при-
ступа, чији је циљ потпуна елиминација религије, ка режиму секуларне контроле
верских организација. Друга хипотеза је да однос државе и друштва према
религији није био идентичан у свим областима које су се налазиле у саставу
СФРЈ, што се понекад рефлектовало и на нормативном плану, иако да су
принципи у појединим федералним јединицама одржавали особености њихове
верске структуре, као и друштвеног значаја који је религија имала. У раду ће
бити указано и на то да у социјалистичкој Југославији, и поред званичне про-
те одвојености државе од верских заједница, нису све верске организације има-
ле идентичан правни положај.

Кључне речи: верске заједнице, слобода вероисповести, одвојеност држа-
ве и цркве, социјализам, конкордант, канцеларијат, Југославија.

1. УВОД

У доступној литератури се углавном заступа став да је у социјалистич-
кој Југославији примењиван модел строге одвојености државе и цркве, при

* Рад је настао као резултат истраживања у 2024. години у оквиру Пројекта „Пробле-
ми стварања, тумачења и примене права“ (тема истраживања: Право у социјалистичкој
Југославији 1945-1990) чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду.

чему се мања одступања од тог модела углавном стављају у историјски контекст и посматрају кроз призму политичког опортунизма и међусобних концесија између верских организација и комунистичког режима. До формалног одвајања државе и цркава и верских заједница заиста јесте дошло, посебно након укидања свих прописа донетих пре и за време окупације, као и након доношења Устава ФНРЈ из 1946. године. Међутим, показало се да је институционалну одвојеност државе и верских организација лакше постићи, док истовремено није било ни жеље ни воље да се суштинска и супстанцијална аутономија верских организација заштити.

У овом раду биће дат приказ нормативног оквира који је уређивао односе државе и верских организација у периоду између 1945. и 1978. године са циљем провере тачности више хипотеза. Прва хипотеза састоји се у тврдњи да је југословенски модел односа државе и религије временом еволуирао, тако да се од најпре отвореног па касније прикривеног терорисања верских организација и њихових службеника прешло на модел секуларне контроле верских организација у којем су оне могле уживати и поједине привилегије, као и склапати конкордате и уговоре којима су регулисана спорна и отворена питања.

Друга хипотеза заснива се на чињеници да однос комунистичких власти према религији и верским организацијама није био идентичан у свим републикама и покрајинама социјалистичке Југославије. Те неформалне разлике понекад су добијале и свој нормативни израз. Иако је југословенски модел односа државе и религије обележавала строга одвојеност државе и цркве и настојање државе да врши контролу над верским организацијама, спровођење тог модела и његово транспоновање у правни систем југословенских република и покрајина није било идентично у свим федеративним јединицама, јер су њихове особености неретко налагале другачији приступ.

На крају, биће проверено у којој мери се нормативни оквир али и примена прописа разликовала у односу на субјекте верске слободе, тј. да ли су све верске организације имале идентичан третман или су ипак одређене верске заједнице имале бољи или лошији положај у односу на остале. У начелу, модели одвојености државе и цркве омогућавају да се лакше успостави систем у којем све верске организације имају идентичан статус и иста права и обавезе. У пракси се показало, међутим, да разлике које постоје међу верским организацијама, чак и у тако ригидним системима као што су били комунистички режими, не могу бити игнорисане.

Први део рада посвећен је прописима који су донети од момента ослобођења до усвајања Устава ФНРЈ из 1946. године, други део садржи краћу анализу уставног положаја цркава и верских заједница у складу са поменутиим Уставом, док је у трећем делу садржана анализа прописа Кривичног законика из 1951. године и закона којима је у појединим областима Југославије

уведена забрана ношења зара и фереце. У четвртном делу рада анализирани су одредбе Закона о правном положају верских заједница из 1953. године, у следећем поглављу приказани су уговори које је држава потписала са већим бројем верских организација, док се у последњем делу рада налази приказ разлика између закона које су донеле републике и покрајине у складу са Уставом из 1974. године. У закључку су сумирани резултати истраживања.

2. РЕСЕТОВАЊЕ ОДНОСА ДРЖАВЕ И ВЕРСКИХ ЗАЈЕДНИЦА

Након завршетка рата нове власти нису одмах приступиле регулисању односа државе и верских заједница на марксистичко-лењинистичким идеолошким поставкама. Као што Радић примећује, обрачун са верским заједницама требало је да сачека учвршћивање комунистичког режима преко интернационалног признања.¹ Коначно напуштање предратног модела односа државе и верских организација учињено је уредбом АВНОЈ-а од 3. фебруара 1945. године о укидању правних прописа који су били на снази у моменту окупације. Уредбу је потврдио президијум Народне скупштине Федеративне Народне Републике Југославије (ФНРЈ) и она је у форми закона примењивана све време постојања социјалистичке Југославије.² У складу са чл. 2 овог Закона сви правни прописи који су били на снази 6. априла 1941. године изгубили су правну снагу. Иако су и првобитна Уредба и каснији Закон допуштали могућност да се прописи Краљевине Југославије и даље примењују под одређеним условима, остављено је било довољно простора да се широким тумачењем ових одредби створи стање правне несигурности у домену верских слобода, као и да се прописи примењују у зависности од „ефемерног расположења појединих функционера нижих власти“.³

Други закон који је утицао на рад верских организација донело је Председништво АВНОЈ-а 24. маја 1945. Реч је о Закону о забрани изазивања националне, расне и верске мржње и раздора.⁴ Изазивање и распиривање верске мржње било је посебно регулисано у чл. 5 тог Закона. То кривично дело састајало се у „нападу припадника једне вере на неку другу вероисповест

¹ Р. Радић, *Вером и проишв вере Држава и верске заједнице у Србији 1945-1953*, Институт за новију историју Србије, Београд 1995, 135.

² Закон о потврди и изменама Одлуке о укидању и неважности свих правних прописа донетих од стране окупатора и њихових помагача за време окупације, о важности одлука које су за то време донете, о укидању правних прописа који су били на снази у часу непријатељске окупације, *Службени листи ФНРЈ*, бр. 86/1946.

³ Радић (1995), 141.

⁴ Закон о забрани изазивања националне, расне и верске мржње и раздора, *Службени листи ДФЈ*, бр. 36/1945; Закон о потврди и изменама Закона о забрани изазивања националне, расне и верске мржње и раздора, *Службени листи ФНРЈ*, бр. 56/1946.

или у изазивању непријатељског супротстављања припадника једне против припадника друге вероисповести на религиозној основици⁴. Квалификовани облик овог кривичног дела могли су да почине „црквени представници“. Закон је и предвидео да се научна критика религије и критика рада „верских представника и црквених службеника“ не може сматрати изазивањем верске мржње. За ово кривично дело предвиђене су санкције у распону од казне лишења слободе уз могућност губитка политичких права до смртне казне.⁵ На овај начин остављен је простор за државну и партијску критику религије и припадника верских организација.⁶

Чињеница да је први пропис који делимично уређује поље верске слободе и деловање верских организација био из области кривичног права указује на правац којим су се у првим годинама након ослобођења кретале нове власти када је реч о правима верских организација. Иако је забрана распиривања верске мржње била оправдана са аспекта заштите међунационалних односа, формулације садржане у овом Закону одају утисак да је интенција законодавца била да ограничи деловање верских организација, пре него да сузбије верску мржњу и раздор. Наиме, изазвање верске мржње било је ограничено искључиво на међуверске односе. Изазвање верске мржње од стране оних који нису били „припадници једне вере“ или изазвање мржње према религији којим није изазивано супротстављање припадника једне против припадника друге вере, није могло бити санкционисано у складу са овим Законом. Чињеница да не само научна критика религије већ и критика неисправног рада верских службеника представљају основ за искључење противправности указује на дух времена у којем су злоупотребе положаја верских службеника коришћене као оправдање за спровођење репресије над њима.

Закон садржи једну термилошку особеност. Као и каснији Устав ФНРЈ термин црква и црквени представници користе се искључиво у негативној конотацији. У чл. 5, ст. 4 у којем се прописује квалификовани облик овог кривичног дела наводе се само црквени представници. То значи да тежи облик овог кривичног дела могу да почине само свештеници и остали представници цркава, али не и верски службеници верских заједница. Да није реч о случајном превиду говори формулација ст. 3 истог члана у којем се спомиње неисправан рад „верских представника и црквених службеника“. Очигледно је страх од већинских верских организација које су биле најдоминантније у Југославији стварао потребу да се строже поступа са њиховим свештенством, што је посебно долазило до изражаја у првим годинама након ослобођења. У периоду до доношења првог Устава друге Југославије доне-

⁵ Закон о забрани изазивања националне, расне и верске мржње и раздора, *Службени лист ДФЈ*, бр. 36/1945, чл. 3 и 4.

⁶ P. Ballinger, K. Ghodsee, „Socialist Secularism. Religion, Modernity, and Muslim Women’s Emancipation in Bulgaria and Yugoslavia 1945–1991“, *Aspasia* 1/2011, 11.

то је још неколико закона који су санкционисали изазивање верске мржње, попут Закона о штампи,⁷ Закона о уређењу народних судова и др.⁸

3. УСТАВНИ ПОЛОЖАЈ ВЕРСКИХ ЗАЈЕДНИЦА

Основе на којима ће бити регулисан уставни положај црква и верских заједница могу се пронаћи у бројним документима Комунистичке партије из међуратног периода. Основни принцип на којем је требало да почива нови систем државно-црквених односа био је строга одвојеност државе и вере. Како се види из записника Савезне и Народне уставотворне скупштине, чланови тог тела углавном нису доводили у питање намеру уставотворца да одвоји цркву од државе. Устав ФНРЈ из 1946. године гарантовао је слободу савести и вероисповести и експлицитно је прописао да је црква одвојена од државе (Устав ФНРЈ, чл. 25).⁹ Чланом 38, ст. 5 Устава прописано је и да је школа одвојена од цркве. Уставом је загарантована и слобода верских заједница да врше верске послове и обреде под условом да се њихово учење не противи Уставу. Такође, слобода деловања загарантована је и школама за спремање свештеника, међутим прописан је и општи надзор државе над њима. Уставом је прокламована и једна врста канцел-параграфа којим је не само забрањена злоупотреба цркве и вере у политичке сврхе, него и постојање политичких организација на верској основи.

Устав ФНРЈ је предвидео и могућност да држава материјално помаже верске заједнице. Ова одредба, без јасних критеријума по којима је помоћ могла бити додељена, неретко је злоупотребљавана за постизање државних, тј. партијских циљева. Тако је дотација коју је СПЦ тражила 1953. године ускраћена због њеног одбијања да призна удружење прогресивних свештеника и реши црквено питање у Македонији.¹⁰ Уставом из 1946. године као једина пуноважна форма брака прописан је грађански брак склопљен пред надлежним државним органима. Остављена је могућност да се верска форма брака може закључити, али тек након скапања пуноважног брака (Устав ФНРЈ, чл. 26). Против ове одредбе Устава иступио је у више наврата Свети архијерејски Синод СПЦ.¹¹

Иако се у тексту Устава виде недоследности када је реч о термину употребљеном за означавање верских организација уопштено, занимљиво је да

⁷ Закон о штампи, *Службени лист ДФЈ*, бр. 65/1945, чл. 11.

⁸ Закон о уређењу народних судова, *Службени лист ДФЈ*, бр. 67/1945, чл. 3.

⁹ Одлука уставотворне скупштине Федеративне Народне републике Југославије о проглашењу Устава Федеративне Народне Републике Југославије – Устав ФНРЈ, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 10/1946.

¹⁰ Радић (1995), 181.

¹¹ *Ibid.*, 163.

се термин „црква“ користи искључиво у негативном контексту: уставни текст одваја државу само од цркве (иако је несумњиво била одвојена и од верских заједница) и забрањује злоупотребу цркве (и вере). Насупрот томе, слобода деловања и могућност државне помоћ предвиђени су били само за верске заједнице. Иако је реч о терминолошкој недоследности која није имала значајан утицај на остваривање права верских организација без обзира да ли се самоидентификују као цркве или верске заједнице, она указује на општу атмосферу у којој су цркве виђене као главни реметилачки фактор новог поретка.

Имплементација модела строге одвојености требало је тек да буде спроведена по дубини. Убрзо након усвајања Устава ФНРЈ из 1946. године, на седници Политбироа ЦК КПС Митра Митровић је најавила издвајање Богословског факултета из Београдског универзитета.¹² Верски празници, укључујући римокатолички и православни Божић, нису обележавани као празници и нерадни дани. Прослављање верских празника изван верских објеката постаје преседан након 1950. године.

4. КАНЦЕЛПАРАГРАФ И ЗАБРАНА НОШЕЊА ЗАРА И ФЕРЕЦЕ

Кривичним закоником из 1951. године уведено је кривично дело злоупотребе вере и цркве у политичке сврхе. Биће овог кривичног дела састоји се у злоупотреби верских послова или обреда у сврхе које су противне уставном поретку. Учинилац овог кривичног дела, у складу са Закоником, могао је бити само верски представник, док је као санкција предвиђена казна затвора у трајању до две године.¹³ Тако је тзв. канцелпараграф, који је своју примену имао и у првој Југославији,¹⁴ нашао своје место у и у законодавству друге Југославије, при чему је законска формулација одсликавала марксистичко поимање религије и особености функционисања југословенског социјализма.¹⁵ Закоником је, такође, санкционисано „противзаконито вршење обреда венчања“ које се састојало у закључењу брака по верским прописима пре него што се брак склопи пред надлежним државним органом. Запрећена је била новчана казна или казна затвора. Да ли ће се склапање верског брака бити законито или противзаконито зависило је, дакле, само од времена ње-

¹² АС, ЦК СКС, Политбиро, к1.

¹³ Кривични законик, *Службени листи ФНРЈ*, бр. 13/1951, чл. 311.

¹⁴ Вид. чл. 12 Видовданског устава и параграф 400 Кривичног законика за Краљевину Југославију. Устав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, *Службене новине Краљевине Срба, Хрвајта и Словенаца*, бр. 142а; Кривични законик за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца, *Службене новине Краљевине Срба, Хрвајта и Словенаца*, додаток 016/1929.

¹⁵ М. Božić, „The Law Unveiled: On Burka Ban, Kanzelparagraph and Militant Secularism in the Socialist Yugoslavia“, *Pravni zapisi* 2/2021, 435.

говог склапања, а не од форме брака или верске организације у оквиру које је брак склопљен. Законик је прописао и кривично дело ометања верских обреда, за које је забрањено новчаном казном или казном затвора до једне године.¹⁶ Из наведеног се види да је прописана казна за верског службеника који почини кривично дело злоупотребе вере и цркве у политичке сврхе дупло је строжа у односу на казну за дело ометања верских обреда.

У првом периоду након Другог светског рата, а пре ступања на снагу Закона о правном положају верских заједница, дошло је до још једног значајног мешања државе у право грађана да испољавају своја верска уверења. Реч је о законима којима је забрањено муслиманкама прекривања лица и ношење зара или фереце. Иако поменута забрана није постајала на федералном нивоу, она је уведена законима које су донеле федеративне републике на чијим територијама је живео значајан број муслиманског становништва. Први такав закон усвојен је септембра 1950. године у Босни и Херцеговини,¹⁷ затим у Црној Гори,¹⁸ да би почетком 1951. године идентични закони били усвојени у Србији и Македонији.¹⁹ Законима је било инкриминисано ношење зара или фереце као и свако покривање лица жене. Предвиђене санкције су казна лишења слободе или алтернативно новчана казна. Осим забране покривања лица, истим законима било је санкционисано наговарање жене да носи зар или ферецу као и „свака радња управљена на подржавање ношења зара и фереце и покривање лица жене“ укључујући и злоупотребу верских осећања.²⁰ Тако је преко наведених закона уведена једна особена врста канцелпараграфа у југословенско законодавство.²¹ Иако је овај процес требало да укаже на нови социјални положај и еманципацију муслиманки,²²

5. ЗАКОН О ПРАВНОМ ПОЛОЖАЈУ ВЕРСКИХ ЗАЈЕДНИЦА

Током друге фазе дошло је до промене у верској политици јер је поста-
ло јасно да религија неће нестати,²³ те да се и поред свих уложених напора

¹⁶ Кривични законик, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 13/1951, чл. 312 и 313.

¹⁷ Закон о забрани ношења зара и фереце, *Службени лист НР Босне и Херцеговине*, бр. 32/50.

¹⁸ Закон о забрани ношења зара и фереце, *Службени лист НР Црне Горе*, бр. 31/50.

¹⁹ Закон о забрани ношења зара и фереце, *Службени лист НР Србије*, бр. 4/51. Закон за забрана да се носи зар и фереце, *Службен весник на НР Македонија*, бр. 1/51.

²⁰ Чл. 2 и чл. 4 Закона о забрани ношења зара и фереце.

²¹ М. Војић (2021), 432.

²² Т. Hadžiristić, „Unveiling Muslim Women in Socialist Yugoslavia: The Body between Socialism, Secularism, and Colonialism“, *Religion and Gender* 2/2017, 185.

²³ Иако је такав наратив владао све до краја постојања социјалистичке Југославије. Т. Kurtović, *Church and Religion in the Socialist Self-Management Society*, Socialist Thought and Practice, Belgrade 1980, 64.

не може искоренити. То је водило промени парадигме, па се уместо отвореног чеоног сукоба са верским организацијама приступило мање радикалним методама контроле верских организација уз избегавање отворених конфликта. Овај период обележавају значајнији покушаји регулација правног статуса верских организација, либерализација њихове легализације и уговорно регулација отворених питања.

Закон о правном положају верских заједница из 1953. године, иако би било очекивано да је прецизирао и спровео уставне одредбе о односу државе и верских организација, заправо је само уредио одређене аспекте деловања црква и верских заједница и вршење државног надзора над њима.²⁴ Грађанима је зајемчена слобода савести и вероисповести, али је у складу са тада преовлађујућом идеологијом исповедање вере ограничено на приватну сферу појединца (чл. 1, ст. 3). Посебно су верске организације биле спречаване да учествују у јавном животу, док су њихови припадници посматрани као грађани другог реда.²⁵ Закон доста неодређено прописује да грађани могу оснивати верске заједнице, али нису прецизирани ни услови ни процедура у складу са којима би се оснивање вршило (чл. 2, ст. 1). Из наведеног би се могло закључити да оснивање верских организација није било условљено било каквим формалностима. Овај став демантују каснији прописи пошто је процедура регистрације прецизирана Уредбом за извршење Закона о правном положају верских заједница коју је 1955. године донело Савезно извршно веће.²⁶ У сваком случају, ни тада нису уведени строги услови за пријаву верских организација.

Закон садржи више одредби у којима се понављају или разрађују одредбе Устава из 1946. године и ранијих законских прописа. У чл. 4 је поновљена уставна одредба да је школа одвојена од цркве, док је у чл. 5 садржан канцел-параграф којим се забрањује „злоупотреба верских послова, верске наставе, верске штампе, верских обреда и других испољавања верских осећања у политичке сврхе“. Учинилац овог кривичног дела могло је бити свако лице, а не само верски службеници, што је то била једна од особености немачког облика канцелпараграфа. Законска дефиниција овог кривичног дела доста је ширира од формулације сличног кривичног дела садржаног у Кривичном законнику из 1951. године (чл. 311), чиме су проширени не само круг потенцијалних учинилаца овог кривичног дела, већ и број инкриминисаних радњи. Такође, у Закону је поновљена и забрана изазивања и расприривања верске нетрпељивости, мржње и раздора, која је раније регулисана већ поменутиим Законом о забрани изазивања националне, расне и верске мржње и раздора.

²⁴ Закон о правном положају верских заједница, *Службени листи ФНРЈ*, бр. 22/1953.

²⁵ P. Mojzes, „Religious Liberty in Yugoslavia: A Study in Ambiguity“, *Occasional Papers on Religion in Eastern Europe* 2/1986, 29.

²⁶ АЈ, СИБ, 130-783-1259.

Законом је даље прописано да су верске заједнице и њихови „одговарајући органи“ правна лица по грађанском праву (чл. 8). Интенција законодавца је била да истакне раскид са претходним системом у којем су цркве и верске заједнице имале статус јавних корпорација, али и чињеницу да задржавају статус правног лица.²⁷ У вези са том намером је и одредба којом је прописано да све одлуке верских организација (дисциплинске и из области брачног права) немају дејство изван самих верских организација (чл. 10), што је представљало само разраду уставне норме о пуноважности искључиво грађанског брака склопљеног пред државних органима. Закон је гарантовао и право свештеника да оснивају свештеничка удружења (чл. 9).

Закон о правном положају верских заједница није регулисао већину спорних питања која су оптерећивала односе државе и највећих верских организација. Притисци на Српску православну цркву да реши тзв. „македонско црквено питање“ у духу новог поретка, као и на Римокатоличку цркву да прекине везе са Ватиканом нису престајали. Током те исте 1953. године дошло је до својеврсне кулминације отворених сукоба између партијских и државних органа и представника верских организација.²⁸ Због бројних недостатака и великог броја нерешених питања у области верске политике, Закон није могао да спречи даљу ескалацију у односима државе и две велике цркве у социјалистичкој Југославији. Иако сам Закон није додатно лишавао верске организације њихових права, он није имао потенцијал да надвлада политичку кризу као и чињеницу да је државна и партијска верска политика била управљена директно против интереса највећих верских организација.

6. КОНКОРДАТ И УГОВОРИ О СОЦИЈАЛНОМ ОСИГУРАЊУ СВЕШТЕНИКА И ВЕРСКИХ СЛУЖБЕНИКА

Односи са Римокатоличком црквом били су посебно затегнути након прекидања дипломатских односа са Ватиканом. Државни пројекти који су тежили разбијању јединства Римокатоличке цркве у Југославији и њеном одвајању од Ватикана, попут свештеничких удружења, нису давали жељене резултате.²⁹ Притисци су кулминирали у првој половини пете деценије прошлог века, да би у другој половини дошло до одређене стабилизације и смиривања тензија. Након бројних перипетија, прелиминарних и тајних кон-

²⁷ Д. Букић, *Интeрконфeсионално законодавство у Југославији и Србији 1919-2006*, Београд 2022, 88.

²⁸ Р. Радић, *Држава и верске заједнице: 1945-1970 Део 1*, Институт за новију историју Србије, Београд 2002, 381.

²⁹ Р. Радић, *Држава и верске заједнице: 1945-1970 Део 2*, Институт за новију историју Србије, Београд 2002, 415.

таката и преговора и разних компликација Протокол о разговорима између представника СФРЈ и представника Свете Столице потписан је 25. јуна 1966. године у Београду.³⁰ Тим Протоколом за који ће се испоставити да ће у пракси имати снагу конкордата, Римокатоличка црква добила је додатне гаранције слободе вршења верских обреда и послова док је Влада СФР Југославије прихватила „компетенције Свете Столице у вршењу њене јурисдикције над Католичком црквом у Југославији у спиритуалним питањима и питањима црквеног и верског карактера“ уз једино ограничење да оне не смеју бити у супротности са унутрашњим поретком државе. Такође, загарантовано је и право католичких бискупа да одржавају контакте са Светом Столицом који треба да имају искључиво верски и црквени карактер. Садржина Протокола упућује на закључак да њиме нису решена сва отворена питања деловања Римокатоличке цркве у Југославији. У сваком случају, он је показатељ да је пронађен одређени *modus vivendi* између највеће верске организације на свету и једне социјалистичке државе која и поред свих напора није успела да ту цркву подреди својим интересима и утицајима.³¹ Иако је сам назив акта скроман, вероватно да би се избегле замке претходног покушаја склапања конкордата између Југославије и Свете Столице, он је ратификован у редовној процедури и показало се да је имао ефекат међународног уговора, па је с правом тако класификован и у литератури и од стране ватиканских службеника.³² Из наведеног следи да је у социјалистичкој Југославији од 1966. године Римокатоличка црква уживала посебно привилегован статус у односу на остале верске организације, јер је слобода вршења различитих облика њених делатности била загарантована међународним уговором.

Уговорно регулисање спорних односа са верским организацијама није било ограничено само на Римокатоличку цркву. Иако је наравно реч о уговорима унутрашњег права, поједине верске организације улазиле су у уговорне односе са државом да би решиле питање социјалног, здравственог и инвалидског осигурања свештеника и верских службеника. Уредбом о социјалном осигурању свештеника из 1951. године предвиђено је да се посебним уговором између врховних управних органа признатих вероисповести и Савета за народно здравље и социјалну политику Владе ФНРЈ може регулисати социјално осигурање свештеника признатих вероисповести (чл. 1).³³ Изме-

³⁰ Odluka o ratifikaciji Protokola o razgovorima koji su vođeni između predstavnika Vlade Jugoslavije i predstavnika Svete Stolice, *Službeni list SFRJ – Dodatak Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, br. 11/66.

³¹ М. Акмадџа, „Преговори Свете Столице и Југославије и потписивање протокола из 1966. Године“, *Časopis za suvremenu povijest*, 2/2004.

³² М. Божић, „Tito’s concordat-The 1966 Protocol on the negotiations between Yugoslavia and the Holy See from a legal perspective“, *Pravni zapisi* 2/2020, 575.

³³ Уредба о социјалном осигурању свештеника, *Службени листи ФНРЈ*, бр. 25/1951.

нама и допунама из 1954. године предвиђено је да такав уговор могу склопити не само врховни органи верских организација, већ и професионална удружења свештеника.³⁴ Овим изменама отворен је пут да се свештеничка удружења укључе у решавање питања социјалног осигурања свештеника независно од врховних органа верских организација. Такође, на овај начин вршен је притисак на свештенике да се учлане у сталешка удружења како би остварили права предвиђена оваквим уговорима. На основу ових измена и допуна уговоре је склопило Сталешко удружење католичких свештеника у Социјалистичкој Републици Србији 21. маја 1960. године и 10. септембра 1964. године.³⁵

Временом је све већи број верских организација склапао уговоре са државом о регулисању социјалног осигурања свештеника и верских службеника. Тако је Српска православна црква склопила неколико уговора о социјалном осигурању свештеника.³⁶ Римокатоличка црква је склопила сличан уговор са Социјалистичком Републиком Словенијом 1966. године,³⁷ док је Београдска надбискупија потписала уговор са републичком заједницом у Београду 3. јула 1978. године.³⁸ Исламска верска заједница у СФРЈ потписала је уговоре о социјалном осигурању верских службеника 1960, 1964. и 1967. године,³⁹ док су два уговора о спровођењу пензијског и инвалидског осигурања потписана између Републичког старешинства Исламске заједнице и Републичке заједнице пензијског и инвалидског осигурања радника-Београд којим су били покривени верски службеници на подручју те заједнице.⁴⁰

³⁴ Уредба о изменама и допунама Уредбе о социјалном осигурању свештеника, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 5/1954.

³⁵ Уговор о социјалном осигурању католичких свештеника – чланова Сталешког удружења католичких свештеника у Социјалистичкој Републици Србији, *Службени листник СРС*, бр. 46/1964.

³⁶ Уговор о социјалном осигурању свештеника Српске и Македонске православне цркве, *Службени лист СФРЈ*, бр. 31/1966; Уговор о социјалном осигурању свештеника Српске и Македонске православне цркве, *Службени лист СФРЈ*, бр. 31/1966; Уговор о спровођењу пензијског и инвалидског осигурања свештеника Српске православне цркве, *Службени листник СРС*, бр. 3/1974;

³⁷ *Collection of Yugoslav Laws, The Legal Status of Religious Communities*, Institute of Comparative Law, Beograd 1967, 68.

³⁸ Уговор о спровођењу пензијског и инвалидског осигурања свештеника београдске надбискупије, *Службени листник СРС*, бр. 15/1979.

³⁹ Уговор о социјалном осигурању верских службеника Исламске верске заједнице у Социјалистичкој Федеративној Републици Југославији, *Службени лист СФРЈ*, бр. 11/1964; Уговор о социјалном осигурању верских службеника Исламске верске заједнице у Социјалистичкој Федеративној Републици Југославији, *Службени лист СФРЈ*, бр. 14/1967.

⁴⁰ Уговор о спровођењу пензијског и инвалидског осигурања верских службеника Исламске заједнице у Социјалистичкој Републици Србији, *Службени листник СРС*, бр. 11/1974 и Уговор о спровођењу пензијског и инвалидског осигурања верских службеника Исламске заједнице у Социјалистичкој Републици Србији, *Службени листник СРС*, бр. 38/1979.

Уговори о социјалном осигурању свештеника потписивани су у више наврата углавном да би се ускладиле основице осигурања. Већина уговора склопљена је 1959. и 1960, 1964. и у периоду између 1974. и 1979. године. Током 1960. године уговори о социјалном осигурању свештеника потписани су са Реформатском хришћанском црквом, Румунском православном црквом у ФНРЈ, Евангеличко-хришћанском црквом у НР Србији и Словачком евангеличком хришћанском црквом а.в. Током 1964. године уговоре са Савезним заводом за социјално осигурање потписали су Савез баптистичких цркава у СФРЈ,⁴¹ као и Савез старокатоличких цркава у СФРЈ.⁴² Када је реч о Социјалистичкој Републици Србији, током 1967. године потписани су уговори између Републичке заједнице пензијског и инвалидског осигурања радника-Београд са горе поменутих верских организацијама,⁴³ док је круг верских заједница које су ушле у уговорни однос са државом поводом социјалног осигурања верских службеника додатно проширен када је уговор потписан и са Методистичком црквом.⁴⁴ У периоду између 1972. и 1979. године сличан уговор потписала и Христова пентекостна црква.⁴⁵ Регулисање социјалног осигурања свештеника и верских службеника великог броја верских организације указује на промене које су се догодиле након Другог светског рата. Верски плурализам није сузбијан и признавањем одређених права малим и новооснованим верским организацијама социјалистичка Југославија се приближавала западним демократским државама.

⁴¹ Уговор о социјалном осигурању свештеника баптистичких цркава, *Службени листи СФРЈ*, бр. 23/1964.

⁴² Уговор о социјалном осигурању свештеника старокатоличких цркава, *Службени листи СФРЈ*, бр. 23/1964.

⁴³ Уговор о социјалном осигурању свештеника Румунске православне цркве, *Службени листник СРС*, бр. 33/1967; Уговор о социјалном осигурању свештеника Савеза баптистичких цркава у Социјалистичкој Федеративној Републици Југославији, *Службени листник СРС*, бр. 34/1967; Уговор о социјалном осигурању свештеника Словачке евангеличке хришћанске а. в. цркве у Социјалистичкој Федеративној Републици Југославији, *Службени листник СРС*, бр. 35/1967; Уговор о социјалном осигурању свештеника Реформатске хришћанске цркве у Социјалистичкој Федеративној Републици Југославији, *Службени листник СРС*, бр. 32/1967; Уговор о социјалном осигурању свештеника евангеличке хришћанске цркве, *Службени листник СРС*, бр. 36/1967; Уговор о социјалном осигурању католичких свештеника-чланова Сталешког удружења католичких свештеника у Социјалистичкој Републици Србији, *Службени листник СРС*, бр. 37/1967;

⁴⁴ Уговор о социјалном осигурању свештеника Методистичке цркве, *Службени листник СРС*, бр. 54/1967.

⁴⁵ Уговор о пензијском и инвалидском осигурању свештеника Христове пентекостне цркве, *Службени листник СРС*, бр. 49/1972; Уговор о спровођењу пензијског и инвалидског осигурања свештеника Христове пентекостне цркве, *Службени листник СРС*, бр. 14/1979.

7. ВЕРСКА ПИТАЊА У НАДЛЕЖНОСТИ РЕПУБЛИКА И ПОКРАЈИНА

Након уставних реформи и доношења новог Устава 1974. године,⁴⁶ надлежност за верска питања је пренета са федералног на републички ниво. У том периоду постојала је нада да ће нови закони прецизније регулисати права верских заједница, те да неће оставити простор државним органима да арбитрарно тумаче и сужавају њихов обим.⁴⁷ Све републике и аутономне покрајине донеле су сопствене законе о правном положају верских заједница, који су у основи били базирани на одредбама Закона из 1953. године. Најзначајније разлике видљиве су домену верске наставе,⁴⁸ јер су прописи република и аутономних покрајина укинули одређена ограничења. Тако је у словеначком Закону изостала одредба о обавези извођења верске наставе изван времена у којем се изводи школска настава,⁴⁹ док је хрватски Закон дозволио извођење верске наставе не само у просторијама верских заједница, већ у свим просторима под условима које уређују закон и други прописи.⁵⁰ Кад је реч о сагласности родитеља или старатеља, закони донети у Србији, Босни и Херцеговини, Црној Гори и Македонији прописивали су обавезу да оба родитеља морају дати сагласност да дете прати верску наставу,⁵¹ док су закони донети у Словенији, Хрватској и Војводини остављали простора да се тумаче тако да је довољна сагласност само једног родитеља.⁵² Једино Закон који је донет на САП Косово није уопште регулисао ову материју.⁵³ Такође, разлике постоје и када је реч о казним одредбама, пошто једино

⁴⁶ Устав Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, *Службени лист СФРЈ*, бр. 9/1974.

⁴⁷ J. Horak, „Church, State, and Religious Freedom in Yugoslavia, An Ideological and Constitutional Study“, *Journal of Church and State* 2/1977, 294.

⁴⁸ Деатљније: М. Воџић, „Neither Secular State nor Laical Republic? Legal Position of Religious Communities in Communist Yugoslavia – Legal Framework Analysis“, *Pravni zapisi* 1/2019, 55.

⁴⁹ Закон о правном положају верских skupnosti v Socialistični republiki Sloveniji, *Uradni list SR Slovenije*, бр. 15/1976.

⁵⁰ Закон о правном положају вјерских zajednica, *Narodne novine SR Hrvatske*, бр. 14/1978.

⁵¹ Закон о правном положају верских заједница, *Службени гласник СР Србије*, бр. 44/1977; Закон о правном положају вјерских zajednica, *Službeni list SR Bosne i Hercegovine*, бр. 36/1976; Закон за правната положба за верски заедници, *Службен весник на СР Македонија*, бр. 39/1977; Закон о правном положају вјерских заједница, *Службени лист СР Црне Горе*, бр. 9/1977.

⁵² Закон о правном положају верских skupnosti v Socialistični republiki Sloveniji, *Uradni list SR Slovenije*, бр. 15/1976; Закон о правном положају вјерских zajednica, *Narodne novine SR Hrvatske*, бр. 14/1978; Закон о правном положају верских заједница, *Службени лист САП Војводине*, бр. 18/1976; Воџић, 2019, 55.

⁵³ Закон о правном положају верских заједница, *Службени лист САП Косова*, бр. 10/1977.

словеначки Закон није предвиђао било какве санкције у овој материји.⁵⁴ Из наведеног се види да је у периоду након уставних промена дошло до диференцирања у начину на који су нека од горућих питања верске политике регулисана. За Римокатоличку цркву је питање верског одгоја било од великог значаја па не чуди да су због тога републике и покрајине са католичком већином доносиле мање рестриктивне прописе о извођењу верске наставе. Такође, републички и покрајински закони детаљније су уредили поступак регистрације новооснованих верских организација.

8. ЗАКЉУЧАК

Из наведене анализе може се учинити да се југословенски модел односа државе и религије није радикално мењао од 1945. године па све до краја постојања те државе. Међутим, промене су се дешавале постепено и без довођења у питање основних принципа на којима је модел одвојености почивао. Најпре, период пре доношења Устава из 1946. године и Закона о правном положају верских заједница обележио је прво нескривени, а касније перфидни и прикривени терор над верским организацијама и њиховим службеницима. Доношење Закона из 1953. године било је само по себи озбиљна промена, иако њиме није регулисан правни положај верских организација, нити су им загарантована њихова права. Склапање конкордата са Римокатоличком црквом најочигледнији је знак промена које су биле неизбежне. Од 1951. године уговори су склопани са већим верским организацијама ради регулисања социјалног осигурања њиховог свештенства. Временом се круг потписника таквих уговора проширује толико да је око десетак различитих верских организација склопило споразуме са државом којим је било уређено социјално осигурање њихових верских службеника. Такође, познији прописи били су у одређеној мери либералнији када је реч о верској настави и прецизнији кад је реч о регистрацији и регулисању статуса верских организација.

Када је реч о нормативном оквиру којим су била уређена различита питања статуса и деловања верских организација у социјалистичкој Југославији, из свега наведеног се види да су постојали прописи који су примењивани само на одређеном делу територије те државе, односно само на територији појединих република или покрајина. Тако се закони о забрани ношења зара и фереце појављују само у републикама у којима је живео већи број муслимана (Србија, Босна и Херцеговина, Македонија и Црна Гора), док иста забрана није постојала у Хрватској и Словенији. То значи да је мали број

⁵⁴ Zakon o pravem položaju verskih skupnosti v Socialistični republiki Sloveniji, *Uradni list SR Slovenije*, бр 15/1976.

муслиманки које су живеле у тим републикама могао слободно да прекрива лице и да носи зар или ферецу. Опет слична диференцијација постоји међу републичким и покрајинским прописима о правном положају верских заједница. Закони донети у Србији, Црној Гори, Босни и Херцеговини и Македонији били су идентични са претходним савезним законодавством, док су одредбе хрватског, словеначког и покрајинских закона биле либералније када су у питању правила о извођењу и присуствовању верској поуци. У томе се може видети и ефекат потписивања Протокола између Југославије и Свете Столице, пошто је реч о областима у којима је постојала католичка већина или ако не већина онда значајна мањина (Војводина).

На крају треба навести да нису све верске организације имале идентичан правни положај у социјалистичкој Југославији. Иако су разлике у политици коју су држава и партија водиле према појединим верским организацијама биле далеко веће, у нормативном погледу та разликовања нису била толико евидентна. Систем одвојености државе и цркве у начелу би и требало да има за последицу идентичност положаја свих верских организација. Међутим, чим је дошло до приближавања и нормализације односа између државе и верских заједница, ма колико ти кораци били скромни и обазриви, дошло је и до разликовања у статусу појединих верских организација. Тако је Римокатоличка црква, захваљујући поменутом Конкордату, уживала привилегован положај јер су њена права била загарантована међународним уговором. Иако Протокол из 1966. године није давао Римокатоличкој цркви већи круг права у односу на остале верске организације, она је добила додатну заштиту, која долази до изражаја када се њен положај упореди са другим верским организацијама. У исто време када је Српска православна црква губила јурисдикцију у Македонији и то понајвише захваљујући државном мешању у решавање македонског црквеног питања, Протокол из 1966. године гарантовао је јурисдикцију Свете Столице над Римокатоличком црквом у Југославији. Такође, разлике су постојале између признатих (пријављених) и непризнатих верских организација, као и између оних које су ушле у одговорни однос са државом и оних које то нису могле или нису желеле да учине.

Из наведеног се види да је југословенски модел односа државе и религије није био потпуно статичан и монолитан како се неретко посматра. Он се временом мењао, био је различит у различитим областима државе, а пружао је и могућност да се појединим верским организацијама гарантују одређене привилегије и права. Треба нагласити и да је фактичко стање било доста динамичније, али да на нормативном плану та динамика није увек проналазила свој израз. Из наведеног разлога би у будућим истраживањима требало више пажње посветити материјалним изворима права и друштвеним снагама које су стајале иза правних норми којима је регулисан положај верских организација у социјалистичкој Југославији.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- AJ, СИВ, 130-783-1259.
АС, ЦК СКС, Политбиро, к1.
Ђукић, Д., *Инијерконфесионално законодавство у Југославији и Србији 1919-2006*, Београд 2022.
Закон за забрана да се носи зар и фереце, *Службен весник на НР Македонија*, бр. 1/51.
Закон за правната положба за верскити заедници, *Службен весник на СР Македонија*, бр. 39/1977.
Закон о забрани изазивања националне, расне и верске мржње и раздора, *Службени лисџи ДФЈ*, бр. 36/1945.
Закон о забрани изазивања националне, расне и верске мржње и раздора, *Службени лисџи ДФЈ*, бр. 36/1945.
Закон о забрани ношења зара и фереце, *Службени лисџи НР Србије*, бр. 4/51.
Закон о забрани ношења зара и фереце, *Службени лисџи НР Црне Горе*, бр. 31/50.
Закон о потврди и изменама Закона о забрани изазивања националне, расне и верске мржње и раздора, *Службени лисџи ФНРЈ*, бр. 56/1946.
Закон о потврди и изменама Одлуке о укидању и неважности свих правних прописа донетих од стране окупатора и њихових помагача за време окупације, о важности одлука које су за то време донете, о укидању правних прописа који су били на снази у часу непријатељске окупације, *Службени лисџи ФНРЈ*, бр. 86/1946.
Закон о правном положају верских заједница, *Службени гласник СР Србије*, бр. 44/1977.
Закон о правном положају верских заједница, *Службени лисџи САП Војводине*, бр. 18/1976.
Закон о правном положају верских заједница, *Службени лисџи САП Косова*, бр. 10/1977.
Закон о правном положају верских заједница, *Службени лисџи ФНРЈ*, бр. 22/1953.
Закон о правном положају вјерских заједница, *Службени лисџи СР Црне Горе*, бр. 9/1977.
Закон о уређењу народних судова, *Службени лисџи ДФЈ*, бр. 67/1945.
Закон о штампи, *Службени лисџи ДФЈ*, бр. 65/1945.
Кривични законик за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца, *Службене новине Краљевине Срба, Хрваџа и Словенаца*, додатак 016/1929.
Кривични законик, *Службени лисџи ФНРЈ*, бр. 13/1951.
Одлука уставотворне скупштине Федеративне Народне републике Југославије о проглашењу Устава Федеративне Народне Републике Југославије – Устав ФНРЈ, *Службени лисџи ФНРЈ*, бр. 10/1946.
Радић, Р., *Вером ироџив вере Држава и верске заједнице у Србији 1945-1953*, Институт за новију историју Србије, Београд 1995.
Радић, Р., *Држава и верске заједнице: 1945-1970 Део 1*, Институт за новију историју Србије, Београд 2002.
Радић, Р., *Држава и верске заједнице: 1945-1970 Део 2*, Институт за новију историју Србије, Београд 2002.

- Уговор о пензијском и инвалидском осигурању свештеника Христове пентекостне цркве, *Службени власник СРС*, бр. 49/1972.
- Уговор о социјалном осигурању верских службеника Исламске верске заједнице у Социјалистичкој Федеративној Републици Југославији, *Службени лист СФРЈ*, бр. 11/1964.
- Уговор о социјалном осигурању верских службеника Исламске верске заједнице у Социјалистичкој Федеративној Републици Југославији, *Службени лист СФРЈ*, бр. 14/1967.
- Уговор о социјалном осигурању католичких свештеника – чланова Сталешког удружења католичких свештеника у Социјалистичкој Републици Србији, *Службени власник СРС*, бр. 46/1964.
- Уговор о социјалном осигурању католичких свештеника-чланова Сталешког удружења католичких свештеника у Социјалистичкој Републици Србији, *Службени власник СРС*, бр. 37/1967.
- Уговор о социјалном осигурању свештеника баптистичких цркава, *Службени лист СФРЈ*, бр. 23/1964.
- Уговор о социјалном осигурању свештеника евангеличке хришћанске цркве, *Службени власник СРС*, бр. 36/1967.
- Уговор о социјалном осигурању свештеника Методистичке цркве, *Службени власник СРС*, бр. 54/1967.
- Уговор о социјалном осигурању свештеника Реформатске хришћанске цркве у Социјалистичкој Федеративној Републици Југославији, *Службени власник СРС*, бр. 32/1967.
- Уговор о социјалном осигурању свештеника Румунске православне цркве, *Службени власник СРС*, бр. 33/1967.
- Уговор о социјалном осигурању свештеника Савеза баптистичких цркава у Социјалистичкој Федеративној Републици Југославији, *Службени власник СРС*, бр. 34/1967.
- Уговор о социјалном осигурању свештеника Словачке евангеличке хришћанске а. в. цркве у Социјалистичкој Федеративној Републици Југославији, *Службени власник СРС*, бр. 35/1967.
- Уговор о социјалном осигурању свештеника Српске и Македонске православне цркве, *Службени лист СФРЈ*, бр. 31/1966.
- Уговор о социјалном осигурању свештеника старокатоличких цркава, *Службени лист СФРЈ*, бр. 23/1964.
- Уговор о спровођењу пензијског и инвалидског осигурања верских службеника Исламске заједнице у Социјалистичкој Републици Србији, *Службени власник СРС*, бр. 11/1974.
- Уговор о спровођењу пензијског и инвалидског осигурања верских службеника Исламске заједнице у Социјалистичкој Републици Србији, *Службени власник СРС*, бр. 38/1979.
- Уговор о спровођењу пензијског и инвалидског осигурања свештеника Српске православне цркве, *Службени власник СРС*, бр. 3/1974.
- Уговор о спровођењу пензијског и инвалидског осигурања свештеника београдске надбискупије, *Службени власник СРС*, бр. 15/1979.

- Уговор о спровођењу пензијског и инвалидског осигурања свештеника Кростове пентекостне цркве, *Службени гласник СРС*, бр. 14/1979.
- Уредба о изменама и допунама Уредбе о социјалном осигурању свештеника, *Службени листи ФНРЈ*, бр. 5/1954.
- Уредба о социјалном осигурању свештеника, *Службени листи ФНРЈ*, бр. 25/1951.
- Устав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, *Службене новине Краљевине Срба, Хрватиа и Словенаца*, бр. 142а.
- Устав Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, *Службени листи СФРЈ*, бр. 9/1974.
- Акмадџа, М., „Pregovori Svete Stolice i Jugoslavije i potpisivanje protokola iz 1966. godine“, *Casopis za suvremenu povijest*, 2/2004, 473-503.
- Ballinger, P., Ghodsee, K., „Socialist Secularism. Religion, Modernity, and Muslim Women’s Emancipation in Bulgaria and Yugoslavia 1945–1991“, *Aspasia*, 1/2011, pp. 6–27.
- Božić, M., „Neither Secular State nor Laical Republic? Legal Position of Religious Communities in Communist Yugoslavia – Legal Framework Analysis“, *Pravni zapisi* 1/2019, 40-64.
- Božić, M., „The Law Unveiled: On Burka Ban, Kanzelparagraph and Militant Secularism in the Socialist Yugoslavia“, *Pravni zapisi* 2/2021, 418-442.
- Božić, M., „Tito’s concordat-The 1966 Protocol on the negotiations between Yugoslavia and the Holy See from a legal perspective“, *Pravni zapisi* 2/2020, 554-579. *Collection of Yugoslav Laws, The Legal Status of Religious Communities*, Institute of Comparative Law, Beograd 1967.
- Hadžiristić, T., „Unveiling Muslim Women in Socialist Yugoslavia: The Body between Socialism, Secularism, and Colonialism“, *Religion and Gender*, 2/2017, 184–203.
- Horak, J., „Church, State, and Religious Freedom in Yugoslavia, An Ideological and Constitutional Study“, *Journal of Church and State* 2/1977, 279-300.
- Kurtović, T., *Church and Religion in the Socialist Self-Management Society*, Socialist Thought and Practice, Belgrade 1980.
- Mojzes, P., „Religious Liberty in Yugoslavia: A Study in Ambiguity“, *Occasional Papers on Religion in Eastern Europe* 2/1986, 23-41.
- Odluka o ratifikaciji Protokola o razgovorima koji su vođeni između predstavnika Vlade Jugoslavije i predstavnika Svete Stolice, *Službeni list SFRJ – Dodatak Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, бр. 11/66.
- Zakon o pravem položaju verskih skupnosti v Socialistični republiki Sloveniji, *Uradni list SR Slovenije*, бр 15/1976.
- Zakon o pravnom položaju vjerskih zajednica, *Narodne novine SR Hrvatske*, бр. 14/1978.
- Zakon o pravnom položaju vjerskih zajednica, *Službeni list SR Bosne i Hercegovine*, бр. 36/1976.
- Zakon o zabrani nošenja zara i feredže, *Službeni list NR Bosne i Hercegovine*, бр. 32/50.

Dalibor B. Đukić
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
dalibor.djukic@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-1447-7128

Legal Status of Religious Communities in Socialist Yugoslavia

Abstract: *After the Second World War, Yugoslavia, like other communist regimes, implemented the separation of church and state, coupled with an aggressive secularization that permeated all aspects of society. However, the Yugoslav model of state-religion relations diverged from the typical communist approaches in Eastern Europe. This paper analyzes this unique model by examining the influence of three key factors. The first factor is time. The Yugoslav state's approach to religion evolved over time, shifting from widespread persecution of believers and religious officials to a more cooperative stance, eventually leading to agreements that regulated the rights of specific religious organizations. This paper tests the thesis that, over time, the Yugoslav model gradually moved away from abolitionist system of complete religious freedom restriction towards a model of secular control over religious organizations with a strict separation of church and state. The second factor is territory. In the field of ecclesiastical law, it is widely recognized that identifying the model of state-religion relations within a single state can be a complex task, particularly in federations where the regulation of religious freedom is often devolved to federal units. This paper examines the extent to which the implementation of the Yugoslav model varied across different federal units, how these practices were reflected in legal norms, and what the causes and consequences of these differences were. Finally, the third factor is the subjects of religious freedom. While the principle of equal treatment for all religious organizations should theoretically apply in models of church-state separation, this was not always the case in Yugoslavia. The state's treatment of religious organizations was not uniform, and this paper explores how these disparities were regulated and the underlying reasons for such practices.*

Keywords: *religious communities, freedom of religion, separation of church and state, Yugoslavia, concordat, the pulpit law.*

Датум пријема рада: 26.08.2024.

Датум достављања коначне верзије рада: 16.09.2024.

Датум прихватања рада: 16.09.2024.

Душан Д. Николић
Институт за физику у Београду
dnikolic@ipb.ac.rs
ORCID ID: 0009-0008-5214-7385

УДЕЛИ У ДРУШТВУ СА ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ

Сажетак: Аутор у раду анализира појам удела у друштву са ограниченом одговорношћу у српском праву. Удели у друштву са ограниченом одговорношћу представљају један од најзначајнијих појмова који карактеришу целокупну форму друштва са ограниченом одговорношћу. Имајући у виду обим појма удела, на самом почетку рада анализа је подељена у три целине. Прва целина тиче се основних термиолошких и појмовних разматрања. Друга се бави питањима правне природе, док трећа укључује анализу начела која се односе на уделе. Код правне природе удела посебан акценат се ставља на разматрање природе удела у поређењу са сродним институцијом акција у акционарским друштвима и појмом дигиталне имовине, а на крају се природа удела анализира и из угла стварног права. У оквиру последње целине приказана су начела сразмерности и диспозитивности која одређују садржину појма удела и анализирана је њихова примена у важећем позитивном праву. Закључци анализе појединих остворених питања у оквиру појма удела треба да представљају основ за будућа унапређења овог правног појма, посебно у делу који се односи на примену начела диспозитивности.

Кључне речи: удео, друштво са ограниченом одговорношћу, правна природа, права по основу удела.

1. УВОД

Српски Закон о привредним друштвима (у даљем тексту: ЗОПД) у дефиницији друштва са ограниченом одговорношћу истиче да је оно друштво у којем један или више чланова имају уделе у основном капиталу.¹ У оквиру

¹ Закон о привредним друштвима – ЗОПД („Сл. гласник РС“, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021). чл. 139.

треће главе ЗОПД, која уређује друштво са ограниченом одговорношћу, уделима је посвећен цео одељак који носи назив „удели“, а који садржи низ ужих правила која уређују појединости у вези са тим институтом. ЗОПД не садржи дефиницију удела али се према теорији он може дефинисати као скуп права која чланови друштва стичу на основу улога у друштво.¹ Поред садржине удела, ЗОПД уређује и питања стицања удела, сопствених удела, сувласништва на уделу, повлачења и поништења удела, залагања удела и преноса и деобе удела. Према ставу теорије, посматрано из шире перспективе, појам удела представља једну од најзначајнијих категорија у оквиру друштва са ограниченом одговорношћу јер се преко његових функција, структуре и преноса одсликава суштина те форме привредних друштава.² У теорији је посвећена пажња многим темама које су у вези са уделом, али не и самом појму удела, те из тог разлога постоји потреба за таквом врстом анализе.

На првом месту анализа креће од појма удела, затим прелази на питања његове правне природе, док се на крају пажња посвећује начелима која су посебно значајна за разумевање садржине појма удела. У првом делу, анализа се своди на основна појмовна и термилошка одређења и разграничењима тог појма, како у позитивном праву, тако и у теорији. У другом делу који се односи на правну природу, удео се као појам анализира на систематски начин, те разматрање правне природе почиње од кореспондентног института акција у акционарским друштвима, затим прелази на анализу природе удела у контексту савременог правног појма дигиталне имовине и завршава са правном природом удела из угла стварног права. У последњем делу рада посвећеног начелима, анализирана су начела која битно карактеришу садржину удела. Ради се о начелу сразмерности и начелу диспозитивности која се односе на материјални појам удела, односно на обим права која чланови имају на основу удела.

Циљ анализе јесте да на целовит начин прикаже основне карактеристике удела, и да идентификује и пружи закључке о отвореним питањима у вези са појмом удела у српском праву. Једна од главних карактеристика друштва са ограниченом одговорношћу као форме привредних друштава јесте флексибилност и прилагодљивост потребама праксе тако да промене у регулативи које се тичу те форме нису непознаница, а још мање негативна околност. У том смислу, закључци анализе треба да дају смернице за будућа унапређења тог правног института, а последично и целокупне форме друштва са ограниченом одговорношћу у домаћем праву.

¹ Мирко Васиљевић, Татјана Јевремовић Петровић, Јелена Лепетић, *Компанијско право – правно привредних друштава*, Београд 2023, 273.

² Драго Дивљак, „Удели код друштва са ограниченом одговорношћу“, *Право – теорија и пракса*, бр. 8-12/1993, 20.

2. ПОЈАМ УДЕЛА

Значење појма удела могло би се сагледавати у ширем и у ужем смислу. У ширем смислу, појам „удео“ има идентично значење без обзира на форму привредног друштва (ортачко, командитно, друштво са ограниченом одговорношћу, акционарско друштво). У том смислу и акције код акционарских друштава представљају уделе.³ Код ортачких и командитних друштава и сам ЗОПД користи термин удели у ортачким односно удели у командитним друштвима.⁴ У ужем смислу, појам удела се може сагледавати појединачно према формама привредних друштава као што је то случај и код друштва са ограниченом одговорношћу. У контексту даље анализе уделима се сматрају искључиво удели у друштву са ограниченом одговорношћу.

Анализу појма удела корисно је почети од основних законских и теоријских поставки, где се на почетку јавља питање терминолошког и појмовног разграничења удела и њему сродног појма улога.⁵ Као што је већ поменуто у уводним разматрањима, удели представљају скуп различитих права која одређено лице односно члан друштва стиче на основу улога у друштво.⁶ Поједине друге теоријске дефиниције удела указују да је он скуп, не само права, већ и обавеза које проистичу из чланства у друштву са ограниченом одговорношћу.⁷ Већ је истакнуто да ЗОПД не даје позитивну дефиницију удела већ само у оквиру поменуте дефиницију друштва са ограниченом одговорношћу указује да се удели стичу на основу улога у друштво.⁸ Сличност између појма удела и улога произилази из тога што се, према наведеним дефиницијама, удео стиче на основу улога. Стицање удела на основу улога ипак је само један од начина на који одређено лице може стећи удео. То се односи на ситуације оснивања друштва када оснивачи уносе улоге дефинисане уговором о оснивању или уколико се ради о повећању основног капитала новим улозима. Поред стицања удела новим улозима, одређено лице може стећи удео и на друге начине као што су уговор о куповини или размени удела, уговор о конверзији потраживања у удео, наслеђе, статус зајед-

³ Зоран Арсић, Владимир Марјански, *Право привредних друштава*, Нови Сад 2018, 63; Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Компанијско право – Право привредних субјеката*, Београд 2023, 116.

⁴ ЗОПД, чл. 96 и 129.

⁵ Идентично разграничење појмова среће се и у немачкој правној теорији. Вид. Joachim Rosengarten, Frank Burmeister, Martin Klein, *The German Limited Liability Company*, Munich 2020, 26.

⁶ М. Васиљевић, Т. Ј. Петровић, Ј. Лепетић, 300.

⁷ Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 381. Д. Дивљак, 20.

⁸ ЗОПД, чл. 151. У погледу дефинисања удела у закону, иста је ситуација и у немачком праву које се сматра креатором друштава са ограниченом одговорношћу.

ничке имовине супружника и слично.⁹ Стицање удела као последицу има добијање статуса члана друштва, а горенаведени начини стицања удела (где спада и уношење улога) представљају правни основ, односно *iustus titulus*, док је начин стицања – *modus acquirendi*, упис у регистар, који заправо има конститутивно дејство.¹⁰ У правном смислу, имовина која је предмет улога (новац, неновчана ствар или право), до тренутка уношења улога представља имовину лица које тај улог уноси, а након уношења она постаје имовина друштва док члан у имовину стиче удео.¹¹ Битно је напоменути да је улог увек изражен у виду основног капитала друштва, односно збир свих улога једнак је вредности основног капитала друштва.¹² Још једна суштинска разлика која произилази из одвојености појма удела и улога јесте у самој њиховој вредности. На пример, пет чланова друштва могу унети новчане улоге у износу од 1000 динара. Вредност основног капитала тог друштва износиће 5000 динара, а вредност појединачних улога је дакле 1000 динара. То друштво, као одвојено правно лице, у својој имовини имаће тих 5000 динара, али поред тога оно може имати и другу имовину. Удео сваког члана може вредети, у економском смислу, вишеструко више зато што се његова вредност сагледава у односу на целокупну имовину друштва, а не само у односу на вредност основног капитала.¹³ Из наведеног произилази да се удели и улози, и поред своје везе суштински одвојени појмови.

Како би се појам удела разумео у потпуности неопходно је имати у виду да је он изражен у одређеном проценту у односу на основни капитал друштва. Вредност основног капитала друштва, колика год она била, изражена је у новчаном смислу односно у одређеном износу. Примера ради, пет оснивача је уговором о оснивању предвидело једнаке новчане улоге у износу од 1000 динара, и сразмерну расподелу удела. Укупан основни капитал тог друштва износиће 5000 динара, а у контексту удела он ће бити изражен процентуално као 100%. Имајући у виду да је предвиђена сразмерна расподела удела, и да је улог сваког члана 1000 динара, последично, сваки члан стиче једну петину, односно 20% удела. Удео изражен као проценат заправо представља проценат обима права која има члан по основу власништва над тим уделом. Због своје садржине која чине права, са једне стране, и свог процентуалног изражавања, са друге, удео се може дефинисати у материјалном и у формалном смислу. У материјалном, односно садржинском смислу он представља скуп различитих права и обавеза док је у формалном смислу он

⁹ М. Васиљевић, Т. Ј. Петровић, Ј. Лепетић, 281; Богдана Стјепановић, „Удео у привредном друштву као заједничка имовина супружника“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2019, 353.

¹⁰ М. Васиљевић, Т. Ј. Петровић, Ј. Лепетић, 281.

¹¹ Д. Дивљак, 20.

¹² З. Арсић, В. Марјански, 156.

¹³ *Ibid.*

изражен у одређеном проценту у односу на основни капитал друштва. Када је реч о уделима у материјалном смислу, према ЗОПД он подразумева следећа права: 1) право гласа; 2) право на учешће у добити; 3) право на учешће у ликвидационом остатку и 4) друга права предвиђена у ЗОПД. У материјалном смислу удео даје одговор на питање која права члан има, а у формалном, у ком обиму их има.

Претходна разматрања односила су се на појам удела у његовом класичном облику, али поред тога ЗОПД дефинише и поједине специфичне врсте удела. У складу са тим, може се направити разлика између класичних односно „обичних“ удела, с једне стране, и сопствених и резервисаних сопствених удела као посебних врста удела, с друге стране. Сопствени удели су они удели које друштво стиче од својих чланова.¹⁴ Ту се дакле ради о уделима чланова у том самом друштву, а не у неком другом. Стицањем сопствених удела друштво постаје власник удела у „самом себи“. Посебан режим који карактерише ову врсту удела тиче се појединих права која тај удео садржи. Наиме, према ЗОПД друштво нема право гласа, нити право на учешће у добити по основу сопствених удела.¹⁵ Такође, сопствени удео не може бити ни предмет залогe, тј. не може се заложити.¹⁶ Иако ЗОПД говори искључиво о праву гласа, праву на стицање добити и залози на уделу, када „обичан“ удео пређе у власништво самог друштва, он задржава карактер удела са свим правима која из њега произилазе, с тим да та права мирују, односно друштво их не може остваривати док је удео у режиму сопственог удела.¹⁷ Дакле, сопствени удели су заправо посебан режим у ком се могу наћи „обични“ удели. Иако се ради о посебном режиму, доследно је сматрати сопствене уделе специфичном врстом удела имајући у виду правне последице које произилазе из тог режима. Друга подврста удела у друштвима са ограниченом одговорношћу у српском праву јесу резервисани сопствени удели. Они су такође сопствени удели друштва али карактерише их то да су бестеретно стечени од чланова тог друштва у циљу издавања једног или више финансијских инструмената (права на стицање удела).¹⁸ Према ЗОПД резервисани сопствени удели не могу се залагати нити се њима може располагати осим ако то није у складу са ЗОПД, а једна од разлика у односу на сопствене уделе

¹⁴ ЗОПД, чл. 157, ст. 1; Владимир Ж. Марјански, „Стицање сопственог удела друштва с ограниченом одговорношћу откупом од члана друштва“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2015, 671; Стеван Шогоров, „Правни статус сопственог удела друштва са ограниченом одговорношћу“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2010, 30.

¹⁵ ЗОПД, чл. 158.

¹⁶ ЗОПД, чл. 158, ст. 2.

¹⁷ В. Марјански, 672.

¹⁸ Милена Момчилов, Ана Кнежевић Бојовић, „Резервисани сопствени удео и финансијски инструмент – право на стицање удела: механизми за реализацију ESOP-а у Републици Србији“, *Архив за правне и друшћивене науке*, бр. 1/2024, 113.

лежи у чињеници да једночлано друштво са ограниченом одговорношћу може имати резервисане сопствене уделе за разлику од „обичних“ сопствених удела.¹⁹ У теорији се истиче да резервисани сопствени удео, заједно са финансијским инструментом под називом „право на стицање удела“, служи реализацији тзв. „Програма подстицања власништва запослених“ (енгл. *Employee Stock Ownership Plan – ESOP*).²⁰ Закључно, и код једне и код друге посебне врсте удела заправо се ради о посебном правном режиму у ком се налазе „обични“ удели у одређеним ситуацијама, тако да се њихова суштина не мења, већ долази до мировања права.

3. ПРАВНА ПРИРОДА УДЕЛА

Разматрање правне природе удела може се такође поделити у три целине. Прва целина се односи на сличност и разлике између удела и акција, друга на сличности између појма удела и савременог појма дигиталне имовине, док се трећа бави питањем удела у контексту стварног права. На овом месту је дат кратак уводни приказ проблематике сваке од целина, док се у наставку посебно обрађује свака од њих.

Питању правне природе удела у друштву са ограниченом одговорношћу посебно је посвећен један члан ЗОПД који и носи назив „правна природа удела“, а у оквиру ког се у негацији истиче да удели нису хартије од вредности и да се не могу стицати нити се њима може располагати упућивањем јавне понуде у смислу закона којим се уређује тржиште капитала.²¹ Потенцијални разлог за посебно раздвајање правне периоде удела од хартија од вредности може бити сличност између удела и акција у акционарским друштвима које јесу хартије од вредности. Наиме, ЗОПД познаје две форме друштава капитала, акционарска и друштва са ограниченом одговорношћу. Наведене форме по својој природи имају низ сличних института, а поред тога у самом уређењу друштва са ограниченом одговорношћу ЗОПД на више места предвиђа сходну примену правила о акционарским друштвима.²² Како би се избегле евентуалне недоумице и примена системског тумачења према којој би правна природа удела могла да се повеже са правном природом акција, а што би за собом повлачило одређене правне последице, српски законодавац

¹⁹ Милена Јовановић Zattila, „Право запосленог на стицање удела у друштву са ограниченом одговорношћу“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 100/2023, 63.

²⁰ М. Момчилов, А. Кнежевић Бојовић, 105.

²¹ ЗОПД, чл. 150.

²² Примери: Повећање основног капитала, ЗОПД, чл. 146. ст. 5; Исплата добити члановима, ЗОПД, чл. 183, ст. 1; Усвајање финансијских извештаја, ЗОПД, чл. 216; Побивање одлука скупштине, ЗОПД, чл. 217.

је експлицитно искључио такву могућност. Теоријско питање које произилази из наведених разматрања јесте у којој мери је правна природа удела у друштву са ограниченом одговорношћу повезана са акцијама као кореспондентним институтом у акционарском друштву и који је *ratio legis* законодавца за експлицитно раздвајање та два института.

Удели као и дематеријализоване хартије од вредности какве су акције мењају своје карактеристике у складу са општим друштвеним развојем. Акције које су некада биле класичне хартије од вредности сада су дематеријализоване, а удели данас такође свој појавни облик имају у виду електронског записа, те не постоје у материјализованој форми. Паралелно са трансформацијом постојећих појмова, савремени трендови изискују дефинисање нових појмова а пример за то јесте појам дигиталне имовине. Питање које се поставља јесте какве су сличности и преклапања између актуелног уређења правних института који су већ деценијама познати у пракси, какав је случај са уделима, и наведених нових правних појмова. У том смислу, тема којој је посебно посвећена пажња јесте питање сличности између природе удела и савременог појма дигиталне имовине.

Још једно питање које се тиче правне природе удела у друштву са ограниченом одговорношћу односи се на релацију природе удела као института компанијског права и стварног права. Наиме, када се сагледа целокупно уређење института удела могу се приметити одређене карактеристике које указују на везе са стварним правом. Примера ради, према ЗОПД, удео може припадати већем броју лица када се ради о сувласништву на уделу.²³ ЗОПД затим предвиђа диспозитивну слободу преноса удела где посебно регулише право прече куповине удела које поседују постојећи чланови друштва.²⁴ Као што је већ поменуто, удео се може заложити.²⁵ Удео као такав представља дакле предмет одређених стварних права, те се отвара питање његове природе и у том контексту.

3.1 Сличности између правне природе акција и удела

Као што је у уводу овог поглавља изложено, удели у друштву са ограниченом одговорношћу и акције у акционарским друштвима представљају комплементарне правне институте. Ипак акције су по својој природи хартије од вредности, док је код удела децидно у ЗОПД истакнуто да они нису хартије од вредности по својој правној природи. Како би се добио одговор на питање шта је *ratio legis* иза такве дефиниције српског законодавца неопходно

²³ ЗОПД, чл. 153.

²⁴ ЗОПД, чл. 161.

²⁵ ЗОПД, чл. 177.

је ближе размотрити основне карактеристике акција као хартија од вредности и упоредити их са одређеним карактеристикама појма удела.²⁶

ЗОПД не познаје посебну дефиницију акција као правног института. У делу ЗОПД који се односи на акције и друге хартије од вредности може се на више места видети упућивање на закон којим се уређује тржиште капитала. То се примера ради односи на издавање акција и других хартија од вредности јавном понудом²⁷ или на питања преноса акција и преноса права из акција.²⁸ Закон на који упућује ЗОПД јесте Закон о тржишту капитала.²⁹ Тај закон садржи низ одредби које се односе на акције али ни једна заправо не дефинише акцију као правни институт. У домаћој теорији акција се дефинише на различите начине с тим да јој се једногласно приписује природа хартије од вредности.³⁰ Поред тога, суштинским карактеристикама акције може се додати да она представља део основног капитала,³¹ као и да она њеном имаоцу даје одређена чланска права и обавезе у друштву.³²

Према наведеном могу се издвојити три кључне карактеристике акције као правног појма. Прво, акција је хартија од вредности, друго, акција представља део основног капитала и треће, акција имаоцу даје одређена права и намеће му одређене обавезе.³³ Од наведене три суштинске карактеристике две су идентичне карактеристикама удела у друштвима са ограниченом одговорношћу, а то су друга и трећа.³⁴ Као што је изложено у делу о основним

²⁶ Слично питање својевремено је било актуелно и у праву Сједињених Америчких Држава. Радило се о томе да ли се удели у друштву са ограниченом одговорношћу имају сматрати серијским хартијама од вредности, те да ли у погледу њих важе правила тржишта капитала. Део америчке теорије био је става да се удели не требају третирати као серијске хартије од вредности односно вредноснице (енгл. *securities*). Вид. Carol R. Goforth, „Why Limited Liability Company Membership Interests Should Not be Treated as Securities and Possible Steps to Encourage this Result“, *Hastings Law Journal*, бр. 5/1994, 1303; Други аутори, пак, тврде да карактеризација удела као вредносница зависи од њихове „економске реалности“. Вид. Michael J. Garrison, Terry W. Knoepfle, „Limited Liability Company Interests as Securities: A Proposed Framework for Analysis“, *American Business Law Journal*, бр. 4/1996, 644.

²⁷ ЗОПД, чл. 248, ст. 4.

²⁸ ЗОПД, чл. 248, ст. 1.

²⁹ Закон о тржишту капитала – ЗТК („Сл. гласник РС“, бр. 129/2021).

³⁰ Небојша Јовановић, *Берзанско право*, Београд, 2009, 441; М. Васиљевић, Т. Ј. Петровић, Ј. Лепетић, 427; Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 429; З. Арсић, В. Марјански, 204.

³¹ М. Васиљевић, Т. Ј. Петровић, Ј. Лепетић, 427.

³² Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 428.

³³ М. Васиљевић, Т. Ј. Петровић, Ј. Лепетић, 428.

³⁴ Напомена: Садржина акције односно карактеристике појединих права у оквиру акција разликују се од права у оквиру удела. Док код удела важи начело диспозитивности, где један удео може давати право гласа у било којем проценту, код акција важи право једна акција један глас, које је потпуно супротно наведеном режиму у оквиру удела у друштву са ограниченом одговорношћу. За више о том правилу у оквиру акционарских друштава вид. Јелена Лепетић, „Једна акција – један глас: да ли је време за промене“ *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2018, 1196-1201.

карактеристикама удела, они такође као и акције представљају део основног капитала, односно изражени су у одређеном проценту у односу на основни капитал, и такође њихов ималац, исто као и ималац акција, стиче одређена права и обавезе у оквиру друштва. Једина разлика тиче се прве карактеристике где је акција хартија од вредности док удео према ЗОПД то није. И поред изричитог текста закона практични аспекти говоре у прилог сличности и у оквиру те суштинске карактеристике.

Наиме, у контексту акција као хартија од вредности, српско право предвиђа да су оне серијске хартије од вредности које гласе на име и да су дематеријализоване.³⁵ Серијске хартије од вредности се по дефиницији издају већем броју примерака са уједначеним елементима.³⁶ Хартије од вредности које гласе на име су оне хартије чији је ималац назначен у хартији.³⁷ Према ЗОПД, акције су и обавезно дематеријализоване.³⁸ Традиционално у праву хартија од вредности говори се о праву на хартији и праву из хартије.³⁹ Право на хартији је стварно право на комаду папира као телесној покретној ствари на основу ког ималац тог права може да располаже хартијом.⁴⁰ Како је у домаћем праву извршена дематеријализација, право на хартији као комаду папира изгубило је значај и правно дејство. Према још једној теоријској класификацији, акције спадају у тзв. чланске хартије односно хартије са правом учешћа које карактеришу специфична права из хартије као што су то, на пример, право на управљање друштвом или право на дивиденду.⁴¹

Поређењем удела у друштву са ограниченом одговорношћу са акцијама као дематеријализованим хартијама од вредности може се увидети, у суштини, готово идентична природа. И акције и удели су дематеријализовани и стичу се уписом њихових ималаца у одговарајући регистар, док је једина разлика у карактеру акција као серијских хартија из чега произилази недељивост акција, док удели немају тај карактер већ су они подложни деоби. С обзиром на дематеријализацију, традиционално својство акција као хартија од вредности оличено у праву на хартији као материјалној ствари потпуно се изгубило, чиме се њихова природа одваја од појма хартија од

³⁵ Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 428.

³⁶ Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Трговинско право*, Београд 2021, 572.

³⁷ *Ibid.*, 573.

³⁸ ЗОПД, чл. 248, ст. 1. Дематеријализација акција индиректно произилази и из ЗТК који у чл. 7 дефинише да се финансијски инструменти издају као дематеријализовани, а такође према чл. 2, ст. 1, тач. 19, подтач. 1 у вези са тач. 55, подтач. 1 ЗТК акције се сматрају финансијским инструментима.

³⁹ Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић (2021), 587; Илија Бабић, Раденко Јотановић, *Грађанско право, Књига 2 – Стварно право*, Бања Лука 2020, 50.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Н. Јовановић, 429.

вредности и постаје сличнија уделима. Ако је природа тих института готово идентична, поставља се питање шта је законодавац у ЗОПД хтео да постигне негативном дефиницијом правне природе удела у друштву са ограниченом одговорношћу негирајући има својство хартија од вредности? Одговор на то питање може се евентуално добити уколико се погледа још једна одредба ЗОПД која се налази у истом члану који носи назив правна природа удела. Наиме у другом ставу тог члана, одмах након указивања да удео није хартија од вредности, ЗОПД прописује да се удели не могу стицати нити се њима може располагати упућивањем јавне понуде у смислу закона којим се уређује тржиште капитала.⁴² Имајући ту одредбу у виду, *ratio legis* дефинисања удела као института који није хартија од вредности може лежати у ограничавању форме друштва са ограниченом одговорношћу као искључиво затворене форме привредних друштава. Питање да ли удели имају или немају природу хартија од вредности не мора бити у директној вези са његовим карактером отвореног или затвореног друштва. Појам хартија од вредност шири је од његовог уређења у оквиру Закона о тржишту капитала.

Хартије од вредности у најширем смислу се могу дефинисати као исправе које садрже имовинско право које према њеном дужнику може да оствари само њен законити ималац.⁴³ Питање које се отвара јесте да ли, суштински гледано, акције и удели представљају кореспондентне институте, а њихова природа као хартија од вредност утиче искључиво и само на карактер форме друштва као отвореног или затвореног? Ако је то случај, онда из теоријског угла нема места раздвајању природе та два института. Дематеријализацијом акција и губитком тзв. права на хартији, природа акција и удела се такође додатно приближила, тако да се исто питање може поставити и у супротном смеру.

3.2 Сличност између удела и дигиталне имовине

У новијој и актуелној домаћој литератури могу се пронаћи савремени правни институти чије карактеристике имају низ сличности са уделима у друштву са ограниченом одговорношћу. Ради се о појму дигиталне имовине. Код тог појма се посебно у теорији истичу три облика имовине који постоје дуги низ година у српском праву и који се могу сматрати дигиталном имовином.⁴⁴ Један од та три облика имовине чине дематеријализоване преносиве хартије од вредности какве су акције.⁴⁵ Дефиниција општег појма дигиталне

⁴² ЗОПД, чл. 150, ст. 2.

⁴³ Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић (2021), 567.

⁴⁴ Мирјана Радовић, „Појам и врсте дигиталне имовине“ у *Право дигиталне имовине* (ур. Мирјана Радовић), Београд 2024, 24.

⁴⁵ *Ibid.*

имовине јесте да је она дигитални запис који симболизује одређену имовинску вредност или једно или више одређених имовинских права и који настаје, постоји, чува се и преноси искључиво у дигиталном облику и погодан је да буде предмет контроле.⁴⁶ У претходним разматрањима истакнута је суштинска сличност између удела и акција као дематеријализованих хартија од вредности, те се, на овом месту, поставља питање сличности између удела у друштву са ограниченом одговорношћу и појма дигиталне имовине.

У теорији се наводи неколико карактеристика које произилазе из поменуте дефиниције и три услова који морају бити испуњени да би се радило о дигиталној имовини. На првом месту основне карактеристике дигиталне имовине су: 1) да представља симбол вредности или права 2) да постоји искључиво у дигиталном облику 3) да се чувају и преносе у дигиталном облику и 4) да могу да буду предмет контроле.⁴⁷ Уколико постоје све наведене карактеристике неопходно је да буду испуњена и три услова који се тичу индивидуализације, евиденције и прихватања својства симбола.⁴⁸ Појам удела сличан је појму дигиталне имовине, како по питању карактеристика, тако и по питању наведених услова. Наиме, у контексту прве карактеристике, прихватања својства симбола, у теорији се наводи пример менице као хартије (листа папира) који је симбол имовинског права.⁴⁹ Исто се може рећи за уделе који су симбол скупа имовинских и других права. Друга карактеристика, електронски облик, испуњена је чињеницом да се евиденција о уделима води у електронском облику у складу са релевантним Законом.⁵⁰ Трећа карактеристика је такође испуњена имајући у виду да упис у регистар има конститутивно дејство када је у питању пренос удела.⁵¹ Четврта карактеристика, могућност контроле, пандан је државини над телесним стварима⁵² у шта се индиректно уклапа и право власника удела да њиме располаже. Иста је ствар и са наведеним условима, удели су индивидуализовани по својој природи, о њима се води евиденција од стране Агенције за привредне регистре, и они сами по себи симболизују одређени специфичан скуп права и обавеза.

Карактеристике појма удела се слажу са карактеристикама и условима појма дигиталне имовине, те би се потенцијално у будућности могло говорити и о уделима у оквиру тог појма, као што је то случај са акцијама као дематеријализованим серијским хартијама од вредности. Такво тумачење

⁴⁶ *Ibid.*, 21.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*, 23.

⁴⁹ *Ibid.* 21.

⁵⁰ Закон о поступку регистрације у агенцији за привредне регистре („Сл. гласник РС“, бр. 99/2011, 83/2014, 31/2019 и 105/2021), чл. 2, ст. 1, тач. 1.

⁵¹ М. Васиљевић, Т. Ј. Петровић, Ј. Лепетић, 327.

⁵² М. Радовић, 22.

је у складу и са трендом дигитализације који је актуелан када су у питању друштва са ограниченом одговорношћу у српском праву, а пример за то је релативно скорашње увођење могућности електронске регистрације једночланих и вишечланих друштава са ограниченом одговорношћу.⁵³ У контексту испитивања правне природе, важно је истаћи да удели представљају појам који је далеко старији од појма дигиталне имовине, те се не може говорити о правној природи удела која се поклапа са појмом дигиталне имовине. Обрнута ситуација такође није могућа, јер појам дигиталне имовине има далеко шири обухват од удела. И поред наведеног чињеница да правни појмови еволуирају, те да мењају своје карактеристике у складу са актуелним ширим трендовима као што је технолошки развој, отвара питање редефинисања традиционалних правних појмова. На том трагу, у будућности би се могло говорити о уделима у друштву са ограниченом одговорношћу као дигиталној имовини.

3.3 Удео у контексту стварног права

Као што је већ поменуто, ЗОПД на више места уређује примену одређених института стварног права када су у питању удели у друштву са ограниченом одговорношћу, те се у том светлу може поставити питање у вези природе удела у контексту стварног права. Даља анализа односи се на два основна питања. Прво, на који начин се удео као појам уклапа као предмет одређених стварних права као што су право својине, право залоге и право прече куповине. И друго које се надовезује, да ли се удео по својој природи може сматрати ствари у светлу стварног права. Поједина стварна права за свој предмет могу имати права, док код других то морају бити искључиво ствари каква је ситуација са правом својине.⁵⁴ Управо из тог разлога важно је размотрити природу удела као ствари у стварноправном смислу.

На првом месту последица тумачења удела као ствари огледа се кроз основно стварно право, а то је право својине. Ако узмемо у обзир да је аксиом већине система континенталног права да, уколико се има применити право својине, његов објекат мора бити правно препознат као ствар,⁵⁵ поставља се питање да ли и како удео може имати карактер ствари. У оквиру појам ствари у ширем, теоријском смислу, може се направити подела на телесне и бестелесне ствари (*res corporales* и *res incorporales*). Појам бестелесних ствари

⁵³ Татјана Јевремовић Петровић, „Електронска регистрација оснивања привредних друштава у Републици Србији“, *Право и привреда*, бр. 3/2021, 321.

⁵⁴ Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Београд, 1999, 216. У теорији постоји став да заложно право на потраживањима односно правима заправо представља облигационо, а не стварно право. Вид. Владимир Козар, „Обезбеђење залогом на потраживањима и другим правима“, *Право – теорија и пракса*, бр. 4–6/2016, 13.

⁵⁵ Николија Дамњановић, „Правна природа криптовалута“, *Хармониус*, бр. 1/2022, 79.

представља тековину римског права и према теорији тај појам подразумева имовинска права као бестелесне састојке имовине.⁵⁶ Са друге стране, телесне ствари представљају материјални део природе који се налази у људској власти.⁵⁷ Појам ствари у ужем смислу какав је традиционално прихваћен у српском праву укључује искључиво телесне ствари.⁵⁸ Матични Закон о основама својинскоправних односа не даје дефиницију ствари, а у нацрту Закона о својини и другим стварним правима доследно је спроведена концепција према којој је ствар у праву нужно телесна.⁵⁹ Поставља се питање у који од наведена два појма ствари би се могао уклопити појам удела, односно да ли би се према својој природи сматрао ствари у ужем или ширем смислу. Према теорији, одговор на наведено питање јесте да се удео има сматрати бестелесном ствари.⁶⁰ До истог закључка се долази и анализом поменутих дефиниција појма телесне и бестелесне ствари где се примећује да удео по својој природи није материјални део природе, те се не може уклопити у појам телесних ствари. Какве су даље последице такве карактеризације удела? Прво, то значи да се удео не може сматрати ствари уопште, и друго, имајући то у виду, не може бити предмет права својине.⁶¹ У теорији постоје предлози о проширивању предмета права на друге предмете који нису ствар. Другим речима, одређени ентитети могли би се третирати као ствари и ако то нису.⁶² Такво схватање уклопило би се у теоријску конструкцију права својине у ширем смислу према којој предмет својине може бити и свака нематеријална вредност која има економски значај односно која се може економски изразити, као што су рецимо производи људског дуга оличени у ауторском и праву индустријске својине.⁶³ Закључно, удео би представљао бестелесну ствар, те се не може говорити о праву својине над уделима, али је у перспективи могуће проширити појам предмета права својине тако да укључују и друге појмове који се не уклапају у појам телесних ствари.

У погледу других стварноправних питања који се односе на уделе, ЗОПД посебно уређује залог и право прече куповине.⁶⁴ ЗОПД садржи посебан

⁵⁶ Обрен Станковић, „О појму и саставним деловима ствари“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1–2/1980, 31.

⁵⁷ О. Станковић, М. Орлић, 6.

⁵⁸ Живковић Милош, „Права на дигиталној имовини“, у *Право дигиталне имовине* (ур. Мирјана Радовић), Београд 2024, 14.

⁵⁹ Ненад Тешић, *Продаја и пренос њоштраживања*, Београд 2012, 51.

⁶⁰ Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић (2023), 386.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*, 51.

⁶³ Андрија Гамс, *Својина*, Београд 1991, 18.

⁶⁴ Напомена: У теорији се истиче да је право прече куповине дуално по правној природи, те да одређени правни системи сматрају то право стварним правом, док други стоје при ставу да је то облигационо право. Ненад Тешић, „О праву приоритетног разматрања

члан којим регулише залагање удела у друштву са оґраниченом одговорношћу, где наглашава да се залагање удела врши у складу са законом којим се уређује залога на покретним стварима. Према том Закону, предмет заложног права могу бити удели и друга имовинска права којима њихов ималац може слободно располагати.⁶⁵ Питања природе удела као предмета залогe не стварају дилеме зато што је оно експлицитно уређено позитивноправним нормама. Већ је поменут и теоријски став да предмет залогe не мора бити ствар већ то могу бити и права, тако да то питање није од значаја за примену стварноправног института залогe у контексту удела. Уређење залогe *de lege lata* представља добар пример приступа који би се могао применити и у оквиру права својине на уделима. Код права прече куповине ситуација опет није тако једнозначна. Као и код залогe ЗОПД и овде посебним чланом уређује право прече куповине и предвиђа његову диспозитивну примену, односно уређује претпоставку примене права прече куповине удела осим ако она није искључена оснивачким актом или законом.⁶⁶ Ради се о законском праву прече куповине које као такво има апсолутно дејство.⁶⁷ Актуелна теоријска дилема код примене тог института у домаћем праву тиче се чињенице да ЗОПД предвиђа право прече куповине у ситуацијама *преноса* удела, а не искључиво продаје, те се поставља питање да ли чланови имају заправо „право пречег стицања“ удела или се оно односи искључиво на случај продаје удела како алудира сам назив.⁶⁸ С обзиром на то да и ЗОПД говори о преносу удела а не само о продаји удела ваљало би приклонити се мишљењу да се ради о праву пречег стицања удела. У контексту природе, у ранијим излагањима је истакнуто да се удео не може сматрати ствари и да не може бити предмет права својине, што потенцијално може отворити и питања у вези са природом куповине односно продаје удела. Имајући и то у виду, адекватније би било користити термин право пречег стицања удела.

Закључно, по својој правној природи у контексту стварног права удели би се требали тумачити као бестелесне ствари. С обзиром да појам бестелесних ствари не спада у ужи појам ствари где спадају искључиво телесне ствари, не може се говорити о праву својине на уделима. Оно што би требало размотрити јесте потенцијално проширивање предмета права својине и на

понуде у случају преноса удела у ДОО“ у *Liber amicorum проф. др Мирко Васиљевић* (ур. Душан Поповић), Београд 2021, 109. Због свог апсолутног дејстава, за потребе овог рада право прече куповине тумачи се као стварно право.

⁶⁵ ЗОПД, чл. 177. Према Закону о заложном праву на покретним стварима и правима уписаним у регистар („Сл. гласник РС“, бр. 57/2003, 61/2005, 64/2006 – испр., 99/2011 – др. закони и 31/2019), чл. 10, ст. 3.

⁶⁶ ЗОПД, чл. 161.

⁶⁷ О. Станковић, М. Орлић, 288.

⁶⁸ М. Васиљевић, Т. Ј. Петровић, Ј. Лепетић, 309-312; Илија Бабић, „Право прече куповине удела члана друштва са оґраниченом одговорношћу“, *Право и приврега*, бр. 3/2020, 258.

одређене институте и појмове који се не сматрају стварима. Заложно право на уделима је детаљно разрађено у позитивноправним нормама те карактер удела као ствари није од значаја, али свакако представља пример. На крају, код право прече куповине треба имати у виду две ствари. Прво, сам ЗОПД говори о преносу удела и друго, удели по својој природи нису ствари. У том смислу ваљало би ускладити тај институт са режимом преноса удела и тумачити да се ради о праву пречег стицања удела.

4. НАЧЕЛА У ВЕЗИ СА УДЕЛОМ

Још једна од битних карактеристика за разумевање појма удела јесте и примена два начела која битно одређују саму садржину удела односно удео у материјалном смислу. Реч је о начелима сразмерности и диспозитивности. ЗОПД прихвата оба начела тако што оставља члановима могућност да диспозитивно одреде обим права која произилазе из удела, а уколико то не ураде, примењује се начело сразмерности.⁶⁹ Начин примене наведених начела као и њихове границе једно су актуелних питања и у домаћој правној теорији.⁷⁰

Начело сразмерности предвиђа да члан друштва стиче удео сразмерно његовом улогу у основни капитал друштва, док начело диспозитивности омогућава да члан друштва стекне удео у другачијем обиму у односу на његов улог који је унео у друштво. Начело сразмерности се у акционарским друштвима манифестује кроз правило да једна (обична) акција даје један глас. Тиме се постиже да економско учешће у основном капиталу акционарских друштва одговара гласачким правима.⁷¹ Код удела у друштву са ограниченом одговорношћу начело сразмерности које се примењује у случају да чланови нису диспонирали обимом удела, односи се на сва права која чине материјалну садржину удела.⁷² С друге стране, начело диспозитивности у оквиру појма и уређења удела у друштву са ограниченом одговорношћу огледа се у томе што удео чланова друштва у формалном смислу није везан за вредност улога. ЗОПД на два места прописује то начело. Прво у члану који

⁶⁹ У немачком закону који уређује друштво са ограниченом одговорношћу начела сразмерности и диспозитивности код удела примењују се уже, односно на појединачним правима, па тако код права гласа и права на дивиденду важи начело диспозитивности. Вид. Carsten Jungmann, David Santoro, *German GmbH Law – Das deutsche GmbH-Recht*, München, 2020, 11; Holger Fleischer, Wulf Goette (hrsg.) *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, Band 2: §§ 35-52, Munich 2022, 757.

⁷⁰ Вид. Мирко Васиљевић, „Уговорна одступања законом уређених неких права чланова привредних друштава на диспозитиван начин од принципа сразмерности капитал учешћа у компанијском праву“, *Право и њивреда*, бр. 2/2024.

⁷¹ Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић (2023), 490.

⁷² ЗОПД, чл. 152, ст. 2.

носи назив „стицање удела“, ЗОПД предвиђа да члан друштва стиче удео у друштву сразмерно вредности његовог улога у укупном основном капиталу друштва, осим ако је оснивачким актом при оснивању друштва или једногласном одлуком скупштине одређено другачије.⁷³ Друго, у члану који носи назив „права по основу удела“ у другом ставу је прописано да су права члана друштва наведена у првом ставу тог члану, сразмерна учешћу удела тог члана у основном капиталу друштва, осим ако је оснивачким актом одређено другачије.⁷⁴ Поставља се питање да ли је законодавац омашком на два места нормирао исту ствар или постоји *ratio legis* иза обе наведене одредбе. Потенцијално тумачење наведених чланова могло би да буде такво да је на једном месту законодавац имао у виду удео као целину, а на другом појединачна права из удела. У том смислу, диспозитивност која је предвиђена у члану који носи назив „стицање удела“ могла би се односити на сва права по основу одела. Пример: три члана оснивају друштво чији је основни капитал 3000 динара, док је улог сваког члана 1000 динара, а удели су подељени тако да један члан има 80%, а друга два члана по 10% удела. Диспозитивности у оквиру садржине удела, у члану који носи назив „права по основу удела“ представља правни основ за диспонирање појединачним правима. У том смислу могуће би било предвидети различит проценат учешћа појединачних права чланова из удела. Пример: три члана оснивају друштво чији је основни капитал 3000 динара, док је улог сваког члана 1000 динара, у оснивачком акту су предвидели да један члан имати 80% права гласа, али да ће друга два члана имати право на учешће у добити од по 45%, док остала права остају сразмерна улогу. Још једно од могућих тумачења јесте да се чланом ЗОПД под називом „стицање удела“ регулише ситуација оригинерног стицања удела приликом оснивања друштва или повећања основног капитала новим улозима, док се други члан односи на накнадно диспонирање правима која су већ стечена. Оно што се свакако мора имати у виду приликом примене начела диспозитивности у овом контексту јесте недозвољеност тзв. „лавовских клаузула“ (*clausula leonina*).⁷⁵ Било како било, наведени чла-

⁷³ ЗОПД, чл. 151, ст. 1. Начело диспозитивности предвиђа и италијанско право код удела у друштву са ограниченом одговорношћу. Вид. Giuseppe A. M. Trimarchi, *Guide to the Italian Limited Liability Companies*, Torino, 2013, 168

⁷⁴ ЗОПД, чл. 152, ст. 2. Ради се о 1) праву гласа у скупштини; 2) праву на учешће у добити друштва; 3) право на учешће у ликвидационом остатку и 4) другим правима предвиђеним у ЗОПД.

⁷⁵ Лавовске клаузуле имају свој ужи и шири смисао. У ширем смислу те клаузуле обухватају недозвољена располагања (ограничења плаћања), која се првенствено тичу самог друштва и његових поверилаца (нпр. фиксно означавање процента по којем ће се обрачунавати дивиденда), док у ужем смислу оне обухватају односе који се тичу интереса једног или више чланова друштва: прво, није дозвољено уговарање учешћа само у губитку, али не и у добити – клаузула искључивости (то би био посао бескамотног зајма); друго, није дозвољено уговарање учешћа само у добити, али не и у губицима друштва (учешће члана „лава“). М. Васиљевић, 172.

нови могли би се прецизније уредити чиме се не би остављало простора за различита тумачења.

Околност у наведеним одредбама која говори у прилог омашци законодавца огледа се у начину на који се, према ЗОПД, доноси одлука којом се спроводи диспонирање. Као што је већ поменуто, у члану који се односи на целокупан удео, под називом „стицање удела“ ЗОПД предвиђа да се диспонирање може спровести у оснивачком акту приликом оснивања друштва или једногласном одлуком скупштине друштва.⁷⁶ У другом члану који се односи на појединачна права из удела ЗОПД предвиђа да се њихово диспонирање може просто уредити оснивачким актом. Наведено би значило да је простом одлуком о измени оснивачког акта могуће диспонирати правима чланова друштва у било ком тренутку. У најмању руку и на том месту би требало да се ради о једногласној одлуци као у члану под називом „стицање удела“.

Пример из упоредноправне праксе који може пружити смернице за уређење диспозитивности долази из немачког права. У немачком Закону који уређује друштва са ограниченом одговорношћу такође је предвиђена диспозитивности када су у питању удели односно права по основу удела.⁷⁷ Немачка теорија има посебан назив за круг права која се дају одређеним лицима тзв. преференцијална или повлашћена права (нем. *Gesellschafter-sonderrechte*). Треба напоменути да се под тим појмом подразумевају не само појединачна друга права која се не сматрају стандардним правима чланова (нпр. право вета), већ се ту убраја и диспонирање постојећим правима (право гласа или право на дивиденду).⁷⁸ У зависности од тога на који начин се врши диспонирање, немачка теорија разликује две ситуације. Прво, посебна права се могу дати тачно одређеном члану у вези са његовим уделом, чиме се везују за личност члана, или могу бити везана за сам удео.⁷⁹ Када је реч о правима која су везана за личност, она се *intuitu personae* односе на тачно одређеног члана, те у случају преноса удела не прелазе на новог члана. С друге стране, уколико су она везана за сам удео, онда није битно ко је власник тог удела, па се тако могу преносити заједно са уделом на било које друго лице. У том случају, реч је о преференцијалним уделима (нем. *Vorzugsgeschäftsanteilen*).⁸⁰ Иако се у домаћој теорији истиче да примена начела диспозитивности у ЗОПД не представља конституисање института приоритетних

⁷⁶ ЗОПД, чл. 151, ст. 1.

⁷⁷ Немачки Закон о друштвима са ограниченом одговорношћу из 1892. године (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*), пар. 45.

⁷⁸ Karl-Heinz Schmiegelt, Martin C. Schmidt „§ 3 Der Gesellschafter“, *Beck'sches Handbuch der GmbH: Gesellschaftsrecht, Steuerrecht*, (Hrsg. Ulrich Prinz, Norbert Winkeljohann), Munich 2014, 135.

⁷⁹ *Ibid.*, 136.

⁸⁰ *Ibid.*

удела⁸¹, можда је наведено раздвајање било мотив српског законодавца приликом раздвајања диспозитивности код стицања удела и права по основу удела. Свакако *de lege lata* српско решење ствара недоумице те постоји простор за унапређење.⁸²

5. ЗАКЉУЧАК

Сложеност и специфичност института удела у оквиру друштва са ограниченом одговорношћу отвара бројна теоријскоправна питања. ЗОПД не познаје експлицитну дефиницију појма удела у друштву са ограниченом одговорношћу, а из теоријских дефиниција тог појма произилази да је он скуп одређених права односно скуп права и обавеза. Појмовно одређење удела подразумева да се он раздвоји од њему сличних појмова као што је појам улога. Иако је данас подразумевано, термилошко и материјално разграничење та два института није се практиковало ни у ранијој теорији и а и пракси.⁸³ Према слову ЗОПД нужна повезаност наведених института произилази из тога што се удео стиче на основу улога. Таква формулација ипак није потпуно исправна имајући у виду да лица могу стећи уделе и на друге начине као што је, рецимо, конверзија потраживања у удео. Појам удела може се дефинисати у материјалном и формалном смислу. У материјалном смислу, он представља скуп одређених права, односно скуп права и обавеза, док је у формалном смислу он изражен у одређеном проценту у односу на основни капитал друштва. Удео у формалном смислу означава проценат његовог обима у материјалном смислу, односно проценат права која одређено лице има на основу власништва над уделом.

У контексту правне природе удела доследно је систематски приступити те анализирати сличности и разлике између удела у друштву са ограниченом одговорношћу и њему сличног и кореспондентног института акција у акционарским друштвима. Суштинска разлика између акција и удела која произилази из ЗОПД јесте у томе што према експлицитној одредби ЗОПД удели нису хартије од вредности, док се акције традиционално по својој правној природи, као и према позитивноправном уређењу сматрају хартијама од вредности. Анализом садржине оба института могу се утврдити суштинске сличности, посебно од како у српском праву важи обавезна дематеријализација акција. Дематеријализацијом нестаје тзв. право на хартији

⁸¹ М. Васиљевић, 164.

⁸² Тема преференцијалних удела у друштву са ограниченом одговорношћу и њихове евентуалне примене у српском праву завређује посебну анализу која би превазилазила оквире овог рада, те остаје као отворено питање за будућа истраживања.

⁸³ Д. Дивљак, 20.

те се природа акција одваја од хартија од вредности и постаје сличнија уделима. У теорији се истиче да се акције, као серијске дематеријализоване и преносиве хартије од вредности, уклапају у појам дигиталне имовине, те се поставља питање сличност између појма дигиталне имовине и удела у друштву са ограниченом одговорношћу. Према свим карактеристикама и условима који се тичу појма дигиталне имовине, може се приметити сличност између тог појма и појма удела, тако да би се у перспективи и удели могли сматрати појмом дигиталне имовине. Из наведеног се може видети пример како се природа правних института трансформише у сладу са технолошким напретком и актуелним трендом дигитализације. На крају је од важности и сагледавање природе удела у контексту стварног права. Разлог томе јесте повезаност природе удела као предмета појединих стварних права као што су право својине, залога и право прече куповине. Удели би, у том контексту, спадали у појам бестелесних ствари односно добара, а као такви се не би могли сматрати предметом права својине имајући у виду да наша теорија појам ствари као предмета права својине тумачи уже тако да укључује само телесне ствари. Код залоге предмет не мора бити искључиво ствар већ и право, а и *de lege lata* је то питање уређено на доследан начин и представља добар пример. Питање права прече куповне, с друге стране, оставља недоумице имајући у виду да ЗОПД говори о том праву у контексту преноса удела као ширег појма од продаје, али и даље користи термин право прече куповине. Такође природа удела се не може уклопити у појам ствари, тако да би *de lege ferenda* требало заправо усвојити термин права пречег стицања удела.

Последња важна карактеристика појма удела огледа се у примени начела сразмерности и начела диспозитивности. Начело сразмерности предвиђа да се удели у материјалном и формалном смислу стичу у сразмери са вредности улога у основном капиталу друштва, док начелно диспозитивности одступа од тог правила. Чињеница да чланови могу одређивати обим права независно од улога обесмишљава његово процентуално изражавање у односу на основни капитал друштва. ЗОПД предвиђа начело диспозитивности на два места, односно у члановима под називом „стицања удела“ и „права по основу удела“. Отворено је питање да ли постоји *ratio legis* иза регулисања начелно исте ствари на два места или се ради о омашци законодавца. Једна од потенцијалних могућности тумачења могла би се односити да се у једном случају ради и диспонирању појединачним правима чланова, док се у другом случају ради о скупном диспонирању свих права која су садржана у уделу. Било како било, доследно би било *de lege ferenda* детаљно уредити наведено питање тако да не ствара недоумице.

Из анализе се могу приметити неколико отворених питања у вези са појмом удела у актуелном српском праву. То се односи како на питања правне природе удела, тако и на питања примене начела која карактеришу његову

садржину. Имајући то у виду, може се закључити да постоји простор за даљи развој појма удела, као и његово унапређење. Као што је већ поменуто, основна карактеристика друштва са одраниченом одговорношћу јесте флексибилност и прилагодљивост актуелним потребама привредног окружења, те из тог угла измене и унапређења нису негативна околност, већ напротив оне одсликавају саму природу друштва са одраниченом одговорношћу.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Литература

- Арсид Зоран, Владимир Марјански, *Право привредних друшћива*, Нови Сад 2018.
- Бабић Илија, Раденко Јотановић, *Грађанско право, Књига 2 – Сиварно право*, Бања Лука 2020.
- Бабић Илија, „Право прече куповине удела члана друштва с одраниченом одговорношћу“, *Право и привреда*, бр. 3/2020.
- Васиљевић Мирко, Јевремовић Петровић Татјана, Лепетић Јелена, *Компанијско право – правно привредних друшћива*, Београд 2023.
- Васиљевић Мирко, „Уговорна одступања законом уређених неких права чланова привредних друштва на диспозитиван начин од принципа сразмерности капитал учешћа у компанијском праву“, *Право и привреда*, бр. 2/2024.
- Гамс Андрија, *Својина*, Београд 1991.
- Garrison Michael J., Knoepfle Terry W., „Limited Liability Company Interests as Securities: A Proposed Framework for Analysis“, *American Business Law Journal*, бр. 4/1996.
- Goforth Carol R., „Why Limited Liability Company Membership Interests Should Not be Treated as Securities and Possible Steps to Encourage this Result“, *Hastings Law Journal*, бр. 5/1994.
- Дамњановић Николија, „Правна природа криптовалута“, *Хармониус*, бр. 1/2022;
- Дивљак Драго, „Удели код друштва са одраниченом одговорношћу“, *Право – теорија и пракса*, бр. 8–12/1993.
- Живковић Милош, „Права на дигиталној имовини“, у *Право дигиталне имовине* (ур. Мирјана Радовић), Београд 2024.
- Јевремовић Петровић Татјана, „Електронска регистрација оснивања привредних друштва у Републици Србији“, *Право и привреда*, бр. 3/2021.
- Jungmann Carsten, Santoro David, *German GmbH Law – Das deutsche GmbH-Recht*, München 2020.
- Јовановић Небојша, *Берзанско право*, Београд 2009.
- Јовановић Небојша, Радовић Вук, Радовић Мирјана, *Компанијско право – Право привредних субјеката*, Београд 2023.
- Јовановић Небојша, Радовић Вук, Радовић Мирјана, *Трговинско право*, Београд 2021.
- Јовановић Zattila Милена, „Право запосленог на стицање удела у друштву са одраниченом одговорношћу“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 100/2023.

- Марјански Владимир Ж., „Стицање сопственог удела друштва с ограниченом одговорношћу откупом од члана друштва“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2015.
- Момчилов Милена, Кнежевић Бојовић Ана, „Резервисани сопствени удео и финансијски инструмент – право на стицање удела: механизми за реализацију ESOP-а у Републици Србији“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 1/2024.
- Козар Владимир, „Обезбеђење залогом на потраживањима и другим правима“, *Право – теорија и пракса*, бр. 4-6/2016.
- Лепетић Јелена, „Једна акција – један глас: да ли је време за промене“ *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2018.
- Стјепановић Богдана, „Удео у привредном друштву као заједничка имовина супружника“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2019.
- Радовић Мирјана, „Појам и врсте дигиталне имовине“ у *Право дигиталне имовине* (ур. Мирјана Радовић), Београд, 2024.
- Rosengarten Joachim, Burmeister Frank, Klein Martin, *The German Limited Liability Company*, Munich 2020.
- Станковић Обрен, Орлић Миодраг, *Сиварно право*, Београд, 1999.
- Станковић Обрен, „О појму и саставним деловима ствари“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1–2/1980.
- Schmiegelt Karl-Heinz, Schmidt Martin C., „§ 3 Der Gesellschafter“, *Beck'sches Handbuch der GmbH: Gesellschaftsrecht, Steuerrecht*, (Hrsg. Ulrich Prinz, Norbert Winkeljohann), Munich 2014.
- Тешић Ненад, *Продаја и пренос њошраживања*, Београд 2012.
- Тешић Ненад, „О праву приоритетног разматрања понуде у случају преноса удела у ДОО“ у *Liber amicorum проф. др Мирко Васиљевић* (ур. Душан Поповић), Београд 2021.
- Trimarchi Giuseppe A. M., *Guide to the Italian Limited Liability Companies*, Torino 2013.
- Fleischer Holger, Goette Wulf (hrsg.) *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Band 2: §§ 35-52*, Munich 2022.
- Шогоров Стеван, „Правни статус сопственог удела друштва са ограниченом одговорношћу“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2010.

Прописи

- Закону о заложном праву на покретним стварима и правима уписаним у регистар („Сл. гласник РС”, бр. 57/2003, 61/2005, 64/2006 – испр., 99/2011 – др. закони и 31/2019).
- Закон о поступку регистрације у агенцији за привредне регистре („Сл. гласник РС”, бр. 99/2011, 83/2014, 31/2019 и 105/2021).
- Закон о привредним друштвима („Сл. гласник РС”, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021).
- Закон о тржишту капитала („Сл. гласник РС”, бр. 129/2021).
- Немачки Закон о друштвима са ограниченом одговорношћу из 1892. године (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*).

Dušan D. Nikolić
Institute of Physics Belgrade
dnikolic@ipb.ac.rs
ORCID ID: 0009-0008-5214-7385

Membership Interests in a Limited Liability Company

Abstract: *The author analyzes the notion of membership interests in a limited liability company under Serbian law. Membership interests in a limited liability company represent one of the most significant notions characterizing the entire form of a limited liability company. Considering the scope of the membership interests' notion, the analysis is divided into three sections at the beginning of the analysis. The first section addresses basic terminological and conceptual considerations. The second deals with issues of the legal nature of membership interests, while the third includes an analysis of principles related to membership interests. Regarding the legal nature of membership interests, special emphasis is placed on examining the nature of membership interests in comparison with the related notion of shares in joint-stock companies and the legal notion of digital assets. Finally, the nature of membership interests is also analyzed from the perspective of property law. In the final section, the principles of proportionality and will autonomy that shape the concept of membership interests are presented, followed by an analysis of their application in current positive law. The conclusions from the analysis of certain open questions within the notion of membership interests should serve as a basis for future improvements of this legal notion, particularly in the part relating to the application of the will autonomy principle.*

Keywords: *Membership interest, Limited liability company, Legal nature, Rights based on membership interests.*

Датум пријема рада: 05.08.2024.

Датум прихватања рада: 16.09.2024.

Бојана Д. Станковић
Први основни суд у Београду
stankovic.bojana09@gmail.com
ORCID ID: 0009-0001-3937-999X

EXCLUSIONARY RULE И ДОКАЗНЕ ЗАБРАНЕ У АМЕРИЧКОМ ПРАВУ*

Сажетак: Правила о издвајању доказа су једна од рејких правила, чије се карактеристике не могу сврстати у оне својствене англосаксонском моделу и евројско-континентални модел. Јединствени модел изузимања доказа постоји у америчком праву, које је творца exclusionary rule, док је у осталим државама англосаксонској системи и евројско-континенталној системи заступљен релативни систем издвајања у својим аутономним облицима. Под утицајем бројних англоамеричких доктрина и судске праксе судова у САД, успостављен је систем апсолутног издвајања, које се заснива на заштити уставних права грађана с тим да се овакав процес у током времена релативно зовао утием изузетака који су прихваћени у пракси.

У овом раду, ауторка се бави настанком и карактеристикама exclusionary rule, разликама у односу на релативни систем издвајања доказа и најважнијим доказним забранама, које су настале као последица кршење уставних амандмана. Настанак доказних забрана у САД-у, а нарочито оних које се односе на забрану самоошуживања и забрану Hearsay има велики значај за ове оштите-прихваћене инстинктивне англосаксонској права, али и за стандарде ЕСЛП, што показује пракса највише судске инстанце САД, која је анализирана у раду.

Кључне речи: exclusionary rule, доказне забране, забрана самоошуживања, hearsay.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Правила о издвајању незаконитих доказа сматрају се једним од најконтроверзнијих доктрина у кривичном поступку, а нарочито је то контроверзно

* Рад је проистекао из докторске дисертација ауторке „Незаконити докази у кривичном поступку“, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022.

питање у Сједињеним Америчким Државама, које се сматрају *колевком* правила *exclusionary rule*. Настанак доказних забрана и издвајање доказа упоредно се установљавају у англосаксонским системима и европско-континенталним системима. Тако је под утицајем бројних англоамеричких доктрина, успостављен систем апсолутног издвајања (аутоматско издвајање), уз одређене изузетке који су се „изнедрили“ кроз судску праксу Врховног суда САД (у даљем тексту Врховни суд), а у европско-континенталним системима, који су иначе *скејтични* по питању издвајања доказа, развио се систем релативног (дискреционог) издвајања доказа, које су прихватиле и државе англосаксонског система. У теорији се истиче да је „опште познато“ да правила о издвајању доказа у континенталним правима ни издалека није тако широко развијено као у англоамеричком праву.¹

Апсолутни систем издвајања доказа је систем у којем је обавезно (аутоматско) издвајање доказа у случајевима које савезни и државни уставни прописују, без могућности „вагања“ супротстављених интереса од стране суда. У систему кривичног правосуђа САД, судови примењују *exclusionary rule* како би спречили тужилаштво да користи доказе којима су окривљеном повређена уставна права, а посебно права из Четвртог амандмана устава САД, које штити од напада на приватност или незаконитог претреса и заплене.

У америчкој теорији истиче се подела незаконитих доказа на незаконито прибављене и законито прибављене, али који су неприхватљиви (тзв. *inflammatory evidence*).² Незаконито прибављен доказ се сматра сваки доказ који је прибављен кршењем загрантованих права Уставом САД, или је проистекао из незаконитог доказа. Овакви докази се аутоматски издвајају на претходном рочишту пред судијом, а захваљујући функционалној надлежности између професионалног судије и лачике пороте, незаконити докази никада не долазе пред поротнике те их они самим тим не могу ни „имати у подвести“ приликом одлучивања о кривици.³ Инфламаторни докази су они који су законито прибављени, али се изузимају, јер би им се од стране лаика придао већи значај него што то реално имају. Сматра се да је њихова доказна снага мања од опасности да би њихово извођење код поротника створило одређене предрасуде или их довело у заблуду у погледу значаја који им треба придати.⁴ Одлука о прихватању ових доказа подразумева балансирање

¹ Снежана Бркић, „Употреба незаконитих доказа у кривичном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2011, 212.

² Вања Бајовић „О правно неваљаним доказима и плодовима отровног дрвета“, *Правни животи бр. 9/2013*, књига 563, година LXII, Удружење правника Србије, Београд, 2013, 744-745.

³ *Ibid.*, 744.

⁴ Правило 403 Federal Rules of Evidence. На пример, правилом 404 наводи се да је доказ о карактеру генерално неприхватљив када се њиме доказује понашање лица у складу са карактерном цртом. Карактер је стварни квалитет појединца, а репутација тог лица је статус у заједници како га виде други људи. Због ове разлике, судови ограничавају употребу

доказне вредности, са једне стране, и потребе за доказима, који са собом носе штету која би могла да настане услед њиховог признавања, са друге стране.

Докази који су прибављени кршењем уставно загаратованих права окривљеног попут привилегије против самооптуживања и Hearsay, активирају процесну санкцију *exclusionary rule*, уз изузетке које је изнедрила судска пракса.

2. АПСОЛУТНИ И РЕЛАТИВНИ СИСТЕМ ИЗДВАЈАЊА ДОКАЗА

Упоредни модели издвајања незаконитих доказа, разликују се према сврси издвајања, начину издвајања и врстама повреде које се санкционишу издвајањем доказа. Ове разлике се разноврсно комбинују према потребама правног система, али примећено је да већина држава не користи опсежно издвајање доказа, док, ниједна држава осим САД, не користи апсолутни начин издвајања.⁵ Нарочито је, за земље европско-континенталног права, страно да прихвате апсолутно издвајање доказа и његову честу примену. Дамашка примећује да правило о издвајању доказа представља реткост за континенталне земље, док доктрина „плодова отровног дрвета“ звучи готово као *фантастика* за њихове правнике.⁶

У земљама англосаксонског система због функционалне надлежности подељене између судије и пороте, може се спречити стварни утицај незаконитих доказа на пороту, јер се на претходном рочишту одлучује о изузимању доказа, који ни не долазе у „додир“ са поротом. Можемо рећи и да је контрола доказа у *common law* системима већа, а да странке у овом систему имају веће потешкоће да се њихови докази прихвате. Супротно томе, у континенталним системима, судско веће или судија појединац, неминовно долази у контакт са незаконитим доказима, који имају овлашћење да издвоје доказ из поступка, али суштински не могу „затворити очи“ пред оним што су видели па се не може очекивати да такви докази немају утицај на доношење судске одлуке.⁷ Осим тога, класични инквизиторски поступак није се сусретао са проблемима поротног суђења, с обзиром на доминацију професионалних

доказа о карактеру, с обзиром на то да ови докази нису у непосредној вези са оптужбом, а због бојазни да их порота, услед предрасуда које има, може погрешно протумачити.

⁵ Жељко Карас, „Неке примједбе о издвајању незаконитих материјалних доказа“, Полиција и сигурност 21(4), Загреб, 2012, 754.

⁶ Mirjan Damaška, „Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study“, *121 University of Pennsylvania Law Review*, 1973, 522.

⁷ Mirjan Damaška, „Evidence Law Adrift“, *Yale University Press*, New Haven, London, 1997, 48.

судија, које су дужне да образложе своју одлуку и не могу побећи од логичких правила, па су се у континенталном праву доказне забране појавиле, тек по сазревању свести да истина није једини циљ кривичног поступка, већ да пажњу треба усмерити и на заштиту других вредности.⁸

За разлику од европско-континенталних система, основна сврха правила о издвајању незаконито прибављених доказа у америчком праву је „дисциплиновање полиције” и спречавању њене самовоље и незаконитог поступања, с обзиром на постојећи систем полиције који није централизован, па се на овај начин успоставља контрола локалне полиција казном да ће остати без „плодова” свог рада.⁹

У мешовитом моделу поступка које је засновано на принципу легалитета и утврђивања материјалне истине, мање се инсистира на на тзв. „једнакости оружја” и терету доказивања, јер је суд доминантан у доказном поступку и његова основна дужност је да тачно и потпуно утврди чињенично стање, док се и сврха издвајања доказа не остварује „дисциплиновањем” процесних органа, како је то одређено у америчком праву, јер се њихова одговорност за кршење закона свакако санкционише кроз инкриминације прописане материјалним законима.¹⁰ Осим тога, државе се радије опредељују за релативни систем, имајући у виду искуство у примени апсолутног издвајања у америчком праву, а вођени интересом да се окривљени осуди, нарочито када су тешка кривична дела у питању. *Spencer*, наводи да су „незаконита претресања лоше појаве, али да се кривична дела попут силовања или убиства сматрају лошијим појавама, због чега би у неким случајевима било изненађујуће да се издвоје докази”.¹¹

Амерички систем издвајања доказа који је апсолутног карактера, у главним обележјима није прихваћен у европско-континенталним државама али ни у другим државама *common law* система. Енглеска, Канада, Аустралија и Нови Зеланд примењују релативни систем издвајања доказа заснован на слободној одлуци суда у сваком конкретном случају.¹² Он подразумева процес балансирања, у коме се незаконитост доказа оцењује спрам различитих интереса, као што се у Немачкој и Француској, оцењује правичност поступка,

⁸ Игор Мартиновић, Дамир Кос, „Незаконити докази: теоријске и практичне двојбе у светлу праксе Еуропског суда за људска права“, *Хрватски љеџојис за казнене знаности и праксу* вол. 23, 2/2016, Загреб, 314.

⁹ В.Бажовић, 750-751.

¹⁰ *Ibid*, 744.

¹¹ Delmas-Marty, M. i Spencer, J. R. (ur.), *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004., 603 цитирано према: Жељко Карас, Мирослав Јукић: „Пројмене у уставу незаконитих доказа, с освртом на кретања у поредбеном праву“, *Хрватски љеџојис за казнено право и праксу* вол. 16, број 2/2009, Загреб, 608.

¹² Види: William van Caenegem, “New trends in illegal evidence in criminal procedure: general report – common law”, Sep. 2007., доступно на :http://epublications.bond.edu.au/law_pubs/223.

тежина кривичног дела, заштита окривљеног и учесника у поступку и тд. У енглеској традицији, незаконити докази су у начелу прихватљиви, осим ако се њима угрожава општа правичност, када је дискреционо право суда да ли ће искључити доказе. Дискреција о правичности се фокусира на шире питање „да ли ће прихватање доказа бити неправедно према оптуженом, а не због забринутости о људским правима, одвраћању од недоличног понашања у истрази или о статусу судова у очима заједнице“.¹³

3. НАСТАНАК И РАЗВОЈ ПРАВИЛА О ИЗДВАЈАЊУ ДОКАЗА У ПРАВУ САД

*Exclusionary rule*¹⁴ је настао у англосаксонском праву, а његовом колевком се сматра судска пракса САД. Сматра се да су ова правила о издвајању доказа настала из скептицизма који се односи на хронично неповерење Американаца према влади, које постоји још од доношења Повеље о правима (Bill of Rights).¹⁵ Још је Повеља о правима, 1791. године, имала за циљ да ограничи федерацију у доношењу закона који би задирали у основна права и слободе грађана, али се одредбе Повеље нису примењивале у кривичним поступцима према праву савезних држава, јер је пракса Врховног федералног суда важила само у поступцима пред федералним судовима.¹⁶

Правила о изузимању доказа (*Exclusionary rule*) настала су првенствено кроз утврђивање повреда кршења Четвртог амандмана уз Устав САД, услед незаконитог претресања и одузимања предмета. Циљ постављања ових правила у САД је спречавање противуставног поступања полицијских службеника односно едукација и дисциплиновање полиције, а потом и заштита уставних права учесника у поступку. У оквирима савременог америчког кривичног права и правне теорије постоје становишта према којима *exclusionary rule* превазилази заштиту од незаконитих доказа који су прибављени кршењем амандмана, „те пружа заштиту грађанима и у околностима када долази до кршења начела о фер и правичном суђењу (*due process clause*)“.¹⁷

¹³ Ibidem, 4-5.

¹⁴ “A rule that excludes or suppresses evidence obtained in violation of an accused person’s constitutional rights.” – Black’s law dictionary, Standard 9th edition (Edited by Bryan A. Garner), 2009, 1855.

¹⁵ Anthony G. Amsterdam, „Perspectives on the Fourth Amendment“, *Minnesota Law Review*, 848, 1974, 353.

¹⁶ Давор Крапац, Казнено процесно право, Прва књига: Институције (сурадници: Злата Ђурђевић ет ал), Осмо измијењено и допуњено издање, Народне Новине, Загреб, 2020, 446.

¹⁷ Харис Халиловић, „Доктрина ‘неизбјежног открића’ у америчком праву и њезини ефекти на допустивост доказа у казненом поступку“, *Криминалистичка теорија и пракса* 5 (9), 2018, 24-25.

Првим поступком у којем је размотрено *Exclusionary rule*, сматра се грађански поступак *Boyd v. USA*¹⁸ из 1886. године, који се односио на оптуженог који је био приморан да приложи потенцијално *самоошћујућу* пословну документацију. Суд је утврдио да је повређено право оптуженог на самооптуживање из Петог амандмана и закључио да доказ треба искључити из доказног поступка, због уставне повреде. У овој одлуци је заузето становишта да иако се ради о грађанском поступку, аналогно се примењује Пети амандман, који проглашава да ниједно лице „неће бити приморано, у било ком кривичном предмету, да буде сведок против себе”, као и Четврти амандман који се односи на „неразумно претресање и одузимање предмета“.¹⁹

Ово правило је потврђено 1914. године у значајном случају против *Weeks v. United States*, када је Врховни суд пресудио да су докази (исправе) прикупљени као резултат незаконитог претресања и одузимања предмета неприхватљиви у федералном кривичном поступку, јер се њима крше уставне забране које су намењене заштити народа од таквог неовлашћеног деловања. *Weeks* је осуђен на основу доказа одузетих из његовог стана, у току два претреса, без налога, а неки од доказа састојали су се од приватних исправа сличним онима у предмету Бојд. Суд је једногласно закључио да је првостепени суд требао изузме доказе, са образложењем да Четврти амандман, „поставља судовима, као и овлашћеним органима гоњења ограничења у вршењу власти“, јер у супротном „Четврти амандман нема никакву вредност, и може бити и избачен из Устава.“²⁰

Судска пракса је развила и правила о издвајању доказа који су посредно прибављени на незаконит начин односно доктрине „плода отровног дрвета“, која доктрина се први пут тако назива у одлуци Врховног суда, *Nardone v. United States*, а претходно се примењује у случају *Silverthorne Lumber Co. v. United States*.²¹

У предмету из 1949. године, *Wolf v Colorado*²², Врховни суд је стао на становиште да, иако је у оквиру Четвртог амандмана забрањено неразумно претресање и одузимање предмета, они се санкционишу путем клаузуле о правилима поступка – *The Due Process Clause* за сваку државу (који су подложни промени у било ком тренутку од стране Конгреса), док је у конкрет-

¹⁸ *Boyd v. US*, 116 U.S. 616 (1886).

¹⁹ Четврти амандман гласи: „Не сме се претресањима и одузимањем предмета кривично право грађана на заштитну личности, стана, харџије од вредности, имовине нијих се нареба за то сме издавајући, изузев у случају вероватној основа, који је појкрећљен изјавом дајом под закључком или свечаном изјавом, уз шачан опис месца на коме треба извршити претресање лица или ствари које треба запленити“.

²⁰ *Weeks v. United States*, 1914 (232 U.S. 383).

²¹ Види: *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385, (1920) и *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939).

²² *Wolf v Colorado*, 1949, USSC 101; 338 US 25, (1949) и *Mapp v Ohio* 357 US 643, (1961).

ном случају, уставна права повредила држава Колорадо, која та правила о изузимању у овом случају, не предвиђа. На овај начин суд је фактички поставио државно правило изнад савезног. Суд је истакао и да постоје „друга средства“ заштите у спровођењу права на приватност зајемченог Четвртим амандманом (гоњење полицијских службеника у кривичном или дисциплинском поступку). Ипак, и поред ове одлуке, Врховни суд је наставио да оцењује методе на основу којих су докази прибављени према Клаузули о правилима поступка.

Тако је суд, у предмету *Rochin v. California*,²³ у којем су докази о поседовању наркотика добијени насилно, давањем еметичког раствора оптуженом у болници, јер полицијски службеници нису успели да га спрече да прогута одређене капсуле, заузео становиште да се ови докази морају изузети. Образложење за ову одлуку заснивало се на „шокирању савести“ (“*shock the conscience*”), јер су полицијске методе биле превише непожељне, што је постало и извесни критеријум у доношењу одлуке о изузимању доказа.

Иако суд није имао уједначене ставове по питању да ли кршење права окривљених на приватност од стране полицијских службеника једне државе, треба разматрати у свим државама као разлог изузимања доказа у кривичном поступку,²⁴ 1961. године у предмету *Mapp v Ohio*²⁵, суд је, коначно (позивајући се и на *Boyd* и *Week* случај, а критикујући ставове из *Wolf* случаја) закључио да је „логички и уставно неопходно“ да се правило о издвајању доказа примењују на све државе, јер је то „битан део права на приватност“ (национални стандард), образлажући и да је то уставна привилегија неопходна за одвраћање од непрописног понашања полиције („*наша одлука, уишемељена на разуму и истини, даје њојединцу нишћиа више од онога шћио му Устѡав таранијује, њолицајцу нишћиа мање од онога на шћиа њошћшено сїровођење закона има ѡраво, а суговима шћај ѡравосудни иншћеїришћей шћако ѡшћребан у истинско сїровођење ѡравде...*“).²⁶ У одлуци је констатовано и да држава, прихватајући доказе који су незаконито одузети, подстиче непослушност савезног устава, који је дужна да поштује, док се, супротно томе, примењујући правило о изузимању доказа којим се крши Четврти амандман, као федерално право подстиче поштовање закона од стране јавности и чува судски интегритет неопходан за „истинско“ спровођење правде.²⁷

²³ *Rochin v. California* 342 U.S. 165 (1952).

²⁴ Види и супротну одлуку *Irvine v. California*, 347 U.S. 128 (1954). Више о одлукама које су донете пре *Mapp v Ohio*: Dale W. Broeder, „The Decline and Fall of *Wolf v. Colorado*“, *41 Nebraska Law Review* 185, 1962, 185-219.

²⁵ *Mapp v Ohio* 357 US 643,(1961).

²⁶ Osborn, Debra, „Suppressing the Truth: Judicial Exclusion of Illegally Obtained Evidence in the United States, Canada, England and Australia“, *Murdoch University School of Law*, Vol. 7, no. 4, 2000., internet izdanje.

²⁷ Dale W. Broeder (1962), 202-203.

Сматра се да је развој правила о изузимању доказа свој успон имао у судској пракси Врховног суда, у периоду од 1959. године до 1969. године, да би касније у наредним раздобљима, у одлукама највише инстанце, његова примена почела „видно да слаби“, стварајући све више изузетака, међу којима је најпознатији био „изузетак добре вере“ (*good faith exception*),²⁸ који је постао савезно правило у оцени законитости доказа. Упоредно са том тенденцијом, у судским одлукама највиших судских инстанци, ограничавала се и примена теорије „плодова отровног дрвета“.

Иако је у почетку судска пракса развила више теорија о сврси апсолутног издвајања доказа, касније одлуке се ограничавају на сврху спречавања полиције од недолечног понашања и повреде права.²⁹ Сматра се да је том одлуком савезно правило деградирано и ограничено искључиво за остваривање једне сврхе – одвраћање полиције од незаконитог поступања.³⁰ Врховни суд је наглашавао наводну способност правила да спречи неуставно понашање полиције,³¹ слањем поруке да се докази прибављени кршењем права оптуженог неће се користити на суђењу и стварањем страха полицији од казне.

У предмету *United States v. Leon*, суд је први пут применио анализу трошкова и користи у контексту прихватања незаконито прикупљених доказа у поступку, сугеришући да „судско кажњавање лошег понашања органа гоњења више није примарно оправдање за позивање на правило“.³²

Пракса врховног суда је осим успостављања изузетка „добре вере“, успоставила бројна одступања од примене правила о издвајању доказа – допуштање употребе незаконитих доказа, који су прибављени од трећег лица,³³ употреба незаконитих доказа за оповргавање неистините одбране у другом поступку,³⁴ као и у односу на лица чије право није повређено (приватност треће стране).³⁵

Касније су постављена и друга ограничења од правила изузимања доказа, па се ово правило није примењивало на рочиштима за условну казну,³⁶

²⁸ Види: *New York v. Belton*, 453 U.S. 454 (1981).

²⁹ Види: *United States v. Calandra*, 1974 (414 U.S. 338), *Stone v. Powell*, 428 US 465, 485, 486 (1976), *US v. Janis*, 428 US 433, 466 (1976), *Michigan v. DeFillippo*, 443 US 31, 38 n.3 (1979) и *US v. Peltier*, 422 US 531, 536-39 (1975).

³⁰ Megan McGlynn, „Competing Exclusionary Rules in Multistate Investigations: Resolving Conflicts of State Search-and-Seizure Law“, *Yale Law Journal*, Vol 127 no 2, 2017, 415.

³¹ William C. Heffernan, Richard W. Lovely, „Evaluating the Fourth Amendment Exclusionary Rule: The Problem of Police Compliance with the Law“, *24 U. Michigan Law Review Reform* 311, 1991, 315.

³² Vincent A. Nagler, „Nix v. Williams: Conjecture Enters the Exclusionary Rule“, *5 Pace L. Rev.* 657, 1985, 661.

³³ Види: *Gindrat v. People*, 138 IJL. 103, 27 N.E. 1085 (1891).

³⁴ *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971).

³⁵ *Alderman v. United States*, 394 U.S. 165 (1969); *Jones v. United States* 362 U.S. 257 (1960).

³⁶ *Pennsylvania Bd. of Probation and Parole v. Scott*, 524 US 357 (1998).

на рочиштима за изрицање казне,³⁷ као и на рочиштима за депортацију,³⁸ са аргументацијом да је суд одбијао да примени правила о издвајању када се не односе на кривична суђења (*criminal trials*), уз посебно наглашавање трошкова поступка, нарочито код условне осуде. Тенденција експанзије изузетака у америчкој судској пракси, уводи посредно размерност (релативност), а суд њима, заправо ограничава уставна права и проширује полицијска овлашћења, која су пре била недопуштена, чиме издвајање незаконитих доказа „*јосџаје нејријашељ одредбе коју шџишџи*“.³⁹

У теорији је од постојања до данас правило о издвајању доказа, критиковано, посебно његови ефекти на „дисциплиновање полицијских службеника“. Још 1923. године, *Дин Виџмор* га је назвао „погрешном сентименталношћу“, наводећи да се њиме „мазе криминалне класе становништва...а ревносни службеник закона за заједницу сматра се већом опасности него некажњени убица.“⁴⁰ Одбацујући такво правило 1926. године, судија *Вењамин Кардозо* је приметио: „Злочинац треба да изађе на слободу јер полицајац погрешно“.⁴¹ Судија *Варрен Бурџер* председник Врховног суда, за време свог мандата, истицао је да „не постоји емпиријски доказ који би потврдио да правило заправо одвраћа од незаконитог понашања органа гоњења“.⁴²

Новији критичари сматрају и да се апсолутно издвајање доказа користи само у системима где остала примерена средства за надзор законитости полиције нису уведена, па се покушава постићи исти циљ на тежи начин, за које време „нас, све, чини мање заштићеним у нашим особама, кућама и папирима.“ (што је прокламовано Четвртим амандманом).⁴³ Дамашка издвајање незаконитих доказа сматра „огледним примером координативног америчког облика власти где локалне полицијске организације измичу наметању стандарда кроз хијерархију, па их због тога, издвајањем доказа, санкционирају судови“.⁴⁴

4. ЗАБРАНА САМООПТУЖИВАЊА

Забрана самоптуживања, садржински означава латинску максиму *Nemo tenetur prodere se ipsum* – нико не може присиљавати неког да сам против себе сведочи. Привилегија против самоптуживања има шири домашај од права на ћутање, с обзиром да право окривљеног да се уздржи од вербалног

³⁷ *Pryor v US* 98-7046 (1999).

³⁸ *INS v. Lopez-Mendoza*, 468 U.S.1032, 1050 (1984).

³⁹ Ж.Карас, М.Јукић, 613.

⁴⁰ Wigmore, D.J, *Evidence*, 2nd ed, 1923. – цитирано према: D. Osborn.

⁴¹ *People v. Defore*, 150 N.E. 585, 587 (N.Y. App. 1926), cert. denied, 270 U.S. 657 (1926).

⁴² *Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics Agents*, 403 U.S. 388, 416 (1971).

⁴³ Amar Reed, *Fourth Amendment First Principles*, Harvard Law Review, vol. 107, 1994., 785.

⁴⁴ Mirjan Damaška, *Two Faces of Justice and State Authority*, Yale University Press, 1986, 237.

давања исказа, обухвата и његово право да се уздржи од давања било каквих доказа у кривичном поступку против своје воље.⁴⁵ У теорији се сматра да је ова забрана настала у континенталној Европи, али да је своју примену у европским системима нашла тек касније, док је данас „привилегија против самооптуживања“ општеприхваћени стандард који се често разматра у оквиру јурисдикције ЕСЉП, а који је уско повезан са претпоставком невиности садржаном у члану 6.2 Конвенције.⁴⁶

У англосаксонским системима, ова привилегија је у свом данашњем облику настала из кршења Петог амандмана федералног Устава САД, којим се прокламује да се „*нико не може њиморати у било каквом кривичном суђењу да сведочи против самога себе*“.

Забрану самооптуживања у *common law* систему познавало је енглеско право још од XIV века, с тим што се она односила само на сведока који се не може присиљавати да даје самоинкриминишући одговор под заклетвом.⁴⁷ Приликом доношења амандмана на федерални Устав САД, 1979. године, привилегија против самооптуживања се такође односила само на сведока, да би касније кроз јурисдикцију Врховног суда она била проширена.⁴⁸ Најзначајнији помак у овом смеру представља доношење одлуке у предмету *Miranda v. Arizona*.⁴⁹

Пре ове одлуке, прихватљивост признања у кривичном поступку била је разматрана у судској пракси у оквиру теста „добровољности“ или „укупности околности“. Према овом приступу, судови су одлучивали од случаја до случаја, да ли је воља окривљеног који је признао дело била „сломљена“ или „претерана“ или је признање било „добровољно“.⁵⁰ Суд би изводио закључке да је признање добровољно, уколико понашање односно примењене методе према окривљеном нису биле превише увредљиве или сувише тешке. Уколико се, пак, може утврдити да то јесте било непримерено у већој мери признање би се сматрало принудним. Дакле, истински невољна признања добијена мучењем или другом силом,⁵¹ насиљем,⁵² обманом, обећањима или претњом су била у супротности са законом и подводила су се под ригидно

⁴⁵ Вања Бајовић, „Право на одбрану ћутањем“, *Правни живот* 10/2008, 6.

⁴⁶ *Saunders v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 19187/91, 17 December 1996, para 68.

⁴⁷ Мирјан Дамашка, Доказно право казненом поступку: орис нових тенденција, Загреб, 2001, 60–61.

⁴⁸ У *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1, 6 (1964), привилегија против самооптуживања је постала обавезујућа за све државе.

⁴⁹ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

⁵⁰ Yale Kamisar, „*Miranda v. United States*.“ *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, Oxford Univ. Press, 2009, доступно на: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1134&context=other>.

⁵¹ *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278, 281–82 (1936).

⁵² *Payne v. Arkansas*, 356 U.S. 560, 564–65 (1958).

правило искључивања.⁵³ Чак и признање које је дато након непримерено дугог саслушања, сматрало се невољним.⁵⁴

Одлука Врховног суда у предмету *Miranda v. Arizona* односила се на случај признања датог у преткривичном поступку, без претходног потпуног упозорења окривљеног о својим правима.⁵⁵ Врховни суд је преиначио пресуду, налазећи да је прекршена привилегија против самооптуживања у датим околностима. У пресуди су истакнута три важна закључка: 1) да се привилегија Петог амандмана мора применити и ван судских и других формалних поступака и служи да заштити лица у свим окружењима у којима је њихова слобода на значајан начин ограничена од тога да буду приморани да се инкриминишу; 2) привилегија се односи и на неформалне принуде, коју врше органи гоњења током „саслушања у притвору“, односно испитивања које иницирају органи гоњења након што је неко лице приведено или на било који други начин лишено слободе. У конкретном случају, „неформалне принуде“ подразумевају да појединац који је „ухапшен и из познатог окружења и одведен у полицијски притвор, окружен антагонистичким снагама, и подвргнути техникама убеђивања (описаним у стандардним приручницима за полицијско испитивање), не може другачије него под принудом да говори“, јер окружење за „испитивање у притвору“ носи сопствену „значку застрашивања“, које се сматра у супротности са привилегијом; 3) под таквим условима, тужилаштво не може да користи изјаве, било ослобађајуће или осуђујуће, осим ако не докаже употребу процесних заштитних механизма ефикасних да осигура привилегију против самооптуживања. Ови механизми подразумевају да је окривљени упозорен да „*пре свакој испитивања има право да ћути, да све што каже може бити употребљено против њега на суду, да има право на присуство браниоца и да ако не може да присуствује адвоката, биће му исцрпљен пре било какве испитивања ако то жели.*”⁵⁶

⁵³ Stephen C. Thaman, „Miranda in Comparative Law“, *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 45, No. 2, 2001, 583.

⁵⁴ *Ashcraft v. Tennessee*, 322 U.S. 143, 150 (1944).

⁵⁵ *Miranda v. Arizona*: Ернесто Миранда, двадесеттворогодишњак, ухапшен је у својој кући и одведен у полицијску станицу у Фениксу, где је идентификован од стране жртве силовања и отмице, након чега је саслушан од стране полиције у „соби за испитивање“. Саслушавала су га два полицајца два сата, што је резултирало потписаним, писменим признањем. На суђењу су писмено признање предочили пороти и изведено је као доказ, и поред чињенице да пре ни током саслушања, Миранда није био обавештен да може да се брани ћутањем, да има право на адвоката који може да присуствује саслушању, док је остало нејасно да ли је упозорен да све што каже може бити употребљено против њега. Миранда је проглашен кривим за отмицу и силовање и осуђен на казну затвора у трајању од 60 година. У жалбеном поступку, суд Аризоне је закључио да Мирандина уставна права нису прекршена приликом добијања признања, јер је признање у складу са тестом „доброволности“ и било добровољно.

⁵⁶ Врховни суд је под истим околностима преиначио наведену пресуду Врховног суда Аризоне, преиначио пресуду њујоршког апелационог суда (*Vignera v. New York*), преиначио

Ова упозорења се морају дати пре сваког испитивања окривљеног, који је лишен слободе, па и уколико дође до прекида у саслушању, она морају бити поновљена. Лишењем слободе се осим традиционалних лишења попут задржавања и притвора, сматра и када је окривљени затечен у стану и окружен полицајцима.⁵⁷

Упозорења *Миранда* су постала предуслов за свако саслушање притворног лица од стране полицијских службеника, с тим да се окривљени може добровољно и свесно одрећи ових права. У јурisdикцији Врховног суда која је уследила, разрађена су Мирандина правила.

Право на присуство браниоца је, такође било значајно питање за судску праксу (када су настала и тзв. Едвардсова правила), па је тако заузето становиште да се окривљени мора недвосмислено одрећи права на браниоца, док у ситуацији када он изрази жељу да ангажује браниоца, а полицијски службеници поново иницирају разговор са окривљеним и тада добију његово признање, долази до кршења његовог права против саоптуживања (осим ако окривљени добровољно не започне накнадни разговор).⁵⁸ Међутим, његово позивање на право да бранилац присуствује саслушању мора бити недвосмислено и јасно.⁵⁹ Врховни суд је заузео становиште да право окривљеног на ћутање у поступку, као врста привилегије од самооптуживања, не сме да произведе негативне закључке по њега, јер се ради о праву окривљеног.⁶⁰

Када се окривљени не налази у притвору, право на ћутање је ограничено на ситуацију када се он изричито позива на то своје право, док се његово неодговарање узима као оптужујући доказ у ситуацији када делимично одговара на нека питања полиције, а на друга ћути, не дајући разлоге за то.⁶¹ Врховни суд је приликом разматрања законитости признања датог након незаконитог хапшења, утврдио и да Мирандина упозорења не могу озакоинити признање дато након кршења IV амандмана.⁶² Тако у ситуацији када је окривљени незаконито ухапшен, доведен у полицијску станицу, где је

пресуду Апелационог суда за девети округ (*Westover v. United States*) и потврдио пресуду Врховног суда Суда Калифорније (*California v. Stewart*).

⁵⁷ *Orozco v. Texas*, 394 U.S. 324 (1969).

⁵⁸ *Edwards v. Arizona*, 451 U.S. 477 (1981) и *Oregon v. Bradshaw*, 462 U.S. 1039, 1045 (1983).

⁵⁹ Изјава окривљеног да би можда требао изјаву да даје у присуству браниоца, без показивање јасне намере да жели браниоца у поступку не представља кршење Мирандиних правила – види: *Davis v. United States*, 512 U.S. 452 (1994).

⁶⁰ *Griffin v. California*, 380 U.S. 609 (1965).

⁶¹ *Roberts v. United States*, 445 U.S. 552, 557 (1980).

⁶² Врховни суд закључује да „изјава може бити довољно добровољна да избегне класификацију као принудна самоинкриминација која подпада под пети амандман, а ипак није довољно добровољна да прекрши узрочно-последична веза између кршења Четвртог амандмана и накнадне изјаве“ – види: *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975) и *Dunaway v. New York*, 442 U.S. 200 (1979).

након саопштавања Мирандиних упозорења, признао кривично дело, то не може отклонити првобитну незаконитост хапшењем.⁶³

Врховни суд је између 1966. и 2000. године, донео неколико пресуда које су довеле у питање уставност Мирандиних упозорења, експанзијом изузетака којима се органишава применљивост упозорења и искључење исказа прибављеног кршењем Миранда.⁶⁴

У предмету *Michigan v. Tucker*, суд је истакао да упозорења Миранде нису „сама по себи заштићена Уставом“, већ их је посматрао као „профилактичке стандарде“ осмишљене да „заштите“ или „пруже практично појачање“ за привилегију од самооптуживања.⁶⁵ Деценију касније, прво у предмету *New York v. Quarles*,⁶⁶ признајући изузетак за „јавну безбедност“, а затим у предмету *Oregon v. Elstad*,⁶⁷ указујући на то да тужилаштво може у великој мери користити изведене доказе прибављене кршењем Миранда правила, суд је поновио овај начин гледања на Миранда правила као у Такеровом случају, истичући разлику између изјава које су заправо „изнуђене“ или „принуђене“ и оних добијених само кршење Мирандиних „профилактичких правила“.

У наведеном периоду, Врховни суд је заузео становиште да се иако се изузима изјава прибављена кршењем Миранда правила, тужилаштво има право да је користи како би оповргло накнадну одбрану окривљеног.⁶⁸ Суд је дозволио и да се прикупљају докази до којих је полиција дошла приликом саслушања окривљеног којим је прекршено Миранда правило.⁶⁹ Врховни суд је такође одобрио експлицитну обману коју користи полиција да наведе осумњичене да разговарају са полицајцима или њиховим агентима, па тако, агенти могу осумњиченог испитивати у затвору без упозорења у његовој затворској ћелији, све док осумњичени није свестан да овај ради за полицију.⁷⁰ Такође дозвољено је и постављање „*jailplants*“ односно полицијских доушника у затворске ћелије са окривљеном, све док се активно не саслушава то лице.⁷¹

Ипак, у предмету *Dickerson v. SAD*, суд је поново афирмисао укорењеност Мирандиних упозорења у Петом амандману и дистанцирао се од раније судске праксе која је довела у питање њену уставност, У теорији се истиче

⁶³ *Kaupp v. Texas*, 538 U.S.626 (2003).

⁶⁴ Stephen C. Thaman „Miranda in Comparative Law“, *St. Louis University Law Journal*, Vol. 45, No. 2, 2001,586.

⁶⁵ *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433, 451-52 (1974).

⁶⁶ *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984).

⁶⁷ *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985).

⁶⁸ *Harris v. New York*, 401 U.S. 222,226 (1971).

⁶⁹ *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433, 451-52 (1974).

⁷⁰ *Illinois v. Perkins*, 496 U.S. 292, 300 (1990).

⁷¹ *United States v. Henry*, 447 U.S. 264, 272 (1980); *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436, 460 (1986).

и да судска пракса није спремна да напусти „Миранду“, која је постала део америчке културе, посебно ако се она посматра као дугогодишњи напор да се успостави равнотежа између потребе за полицијским испитивањем и потребе за заштитом окривљеног од недозвољених притисака полиције.⁷²

У новијој судској пракси Врховног суда, и даље се запажа тренд стварања изузетака од заштите права на забрану саопштујувања. У одлуци *Salinas v. Texas* је тако утврђено да није дошло до повреде права из Петог амандмана када је окривљени, без привођења и примања Мирандиних упозорења, добровољно одговорио на нека од питања полицајца о убиству, али је „ућутао“ на питање да ли ће балистичко тестирање спојити његову сачмарицу са чаурама пронађеним на месту злочина, које недавање одговора је тужилаштво искористило као доказ за његову кривицу. Судија је закључио да је захтев за заштиту права из Петог амандмана неоснован јер се „он није изричито позвао на *привилегију ћућања* као одговор на питање полицијског службеника“.⁷³

5. ЗАБРАНА HEARSAY

Забрана употребе исказа сведока „по чувењу“ (*testes de auditu alieno*) је доказна забрана која је карактеристична за англосаксонске системе. Она се због своје природе више наметнула у *common law* системима, иако и европско континентални системи „препознају“ сведоке по чувењу и дају им ограничену доказну вредност у различитим оквирима. Дамашка наводи да „презумптивну забрану *hearsay* не би имало смисла преносити у континентално право, јер би се тиме створио велики број доказних забрана и самим тим велики број ситуација у којима би судија требало да одлучи да ли је *hearsay* прихватљив или не“. Он објашњава да у англосаксонским системима не постоји начин испитивања сведока у којем сведок прво у слободном излагању износи чињенице које су му познате (као што је то случај у континенталном праву), већ се од почетка испитивања, сведоку се постављају питања која су уска и специфична, чиме се отвара могућност да процесни противник уложи приговор *hearsay*.⁷⁴

Ипак и поред тога, ЕКЉП већ одавно разматра *hearsay* кроз право на конфронтацију (*Right to Confrontation*), односно право окривљеног да се суочи са сведоком и кроз право окривљеног да испитује сведока оптужбе, а које право је елемент права на правично суђење. Право окривљеног на „суочавање“ са сведоцима који га терете према ЕСЉП подразумева његово право

⁷² У. Камисар.

⁷³ *Salinas v. Texas*, 133 S. Ct. 2174 (2013).

⁷⁴ М. Дамашка (2001), 52.

да испитује сведоке, тј. да учествује у извођењу доказа њиховим испитивањем.⁷⁵ Суд је заузео становиште да се судови у ситуацији одсутности сведока могу користити доказом по чувењу (*hearsay evidence*), али само до границе до које је очувана равнотежа и права одбране.⁷⁶ Иако се начелно не може спровести унакрсно испитивање са деривативним сведоком, што је у супротности са начелом правичног поступка, пракса ЕСЈП опрезно поступа са *hearsay* забраном коју разматра када су сведоци оптужбе у питању. Осим тога, деривативни сведоци се могу испитати, по ставу овог суда, али се на њима заснива пресуда само уколико постоје и други докази, којима се утврђују одлучне чињенице.⁷⁷ Дамашка запажа да се и у англосаксонском праву када је реч о деривативним доказима, „често тражи короборација: деривативни доказ мора се поткријепити другима, ако се на њему жели утемељити пресуда“ односно „на самом том деривативном доказу не може се темељити пресуда.“⁷⁸

Право на конфронтацију и право на унакрсно испитивање део су Шестог амандмана Устава САД, које обавезује државе према Четрнаестом амандману. Сматра се да је забрана Hearsay, која је призната од стране готово сваке државе, заснована на идеји да се непоуздани докази не би требали износити пред суд. Изјаве ван суда су „традиционално“ искључене, јер „*им недостијају конвенционални показатељи поузданости: обично се не дају под заклетвом или другим околностима које импресионирају говорника свечаношћу његових изјава; његова реч не подлеже унакрсном испитивању; а није доступан како би порота оценила његово држање и кредибилитет*“.⁷⁹

Дакле, као што се у судским одлукама највише инстанце САД истиче, исказ сведока „по чувењу“, као и писане изјаве сведока, опонирају свим оним гаранцијама које су успостављене како би се доказ сматрао веродостојним у кривичном поступку. Најпре, доводи се у питање ефикасност полагање заклетве код лица која сведочи о сазнањима која нису властита. Затим, реакције сведока и његов природни страх од суднице и јавна срамота ако се открије да не говори истину, па чак и страх да кривично одговора за давање лажног исказа, изостају у односу на деривативне сведоке. Уз то и саме процесне странке, а ни порота нису у могућности да прате евентуалне артикулације сведока које би могле навестити да он не говори истину. У одлукама Врховног суда, истицало се да је то, између осталог, циљ *hearsay*-а, јер откри-

⁷⁵ Милан Шкулић, Организовани криминалитет – Појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак, Друго измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд 2018, 631.

⁷⁶ Шиме Павловић, Три начела казненог поступка, правични поступак, правични поступак, *non bis in idem* и *in dubio pro reo*, Rijeka 2012, 344.

⁷⁷ *Blastland v. UK*, ECtHR, App. no. 12045/86, 7 May 1987.

⁷⁸ М. Дамашка (2001), 45.

⁷⁹ *Chambers v. Mississippi*, 410 U.S. 284 (1973).

вљени нема прилику да „*присили сведока да сјане лицем у лице са њоројом да би ја моли иолегдаи и судији по његовом држању и начину на који сведочи о томе да ли му треба вероваи*“.⁸⁰ Окривљеном се ускраћује за гарантовано право да испита сведока на јавном суђењу у његовом присуству, док су његова права на унакрсно испитивање и остварење конфронтационог права, неостварива. У англосаксонској теорији се посебна важност даје унакрсном испитивању. Сматра се да је унакрсно испитивање „без сумње највећи правни механизам икада измишљен за откривање истине“, а при томе је и „витална карактеристика“ англо-америчког система⁸¹ и једна од гаранција која је суштинска за правично суђење.⁸²

Забрана Hearsay-а прописана је чланом 802 Федералних закона о доказима (Federal Rules of Evidence), којим се прописује да се hearsay не прихвата, осим у случају промене федералног устава, ових федералних закона или прецедентом Врховног суда. У члану 801, дефинишу се појмови попут *Изјава* (што подразумева усмену изјаву, писану изјаву или невербално понашање), *Декларанџа* (особа која је дала изјаву), *Изјаве из грује руке* (под којом се подразумева ситуација када декларант не сведочи на суђењу или рочишту, већ странка нуди доказе за доказивање истинитости онога што се тврди у изјави) и *Изјаве које нису из грује руке*.⁸³

Традиционални изузеци забране Hearsay данас су прописани кроз правила 803 и 804 федералних закона о доказима, док се сматра да је судска пракса услед бројности ових изузетака „практично прогутала правило Hearsay“.⁸⁴ Најважнијим изузетком сматра се прихватањем *admissions* – извансудских изјава окривљеног које се могу користити као доказ, у случају да он износи супротну изјаву, од оне коју је сазнао сведок „по чувењу“.⁸⁵

Анализа односа конфронтационе клаузуле и правила о прихватању Hearsay, кроз јуриспруденцију САД, вршила се са аспекта јавне политике и потребе случаја. У једној старијој пресуди *Mattox v. United States*, констатује се да постоје ограничења уставних одредаба, а да је њихова легитимност „призната много пре усвајања Устава, који уопште не задиру у његов дух“. Истиче се и да општа правила закона ове врсте, колико год била корисна у њиховој примени и драгоцене за оптуженог, морају повремено уступити место разматрањима јавне политике и потребама случаја.⁸⁶

⁸⁰ *Mattox v. United States*, 156 U.S. 237 (1895).

⁸¹ John Henry Wigmore, *Wigmore's Code of the Rules of Evidence in Trials at Law*, Third Edition, Little, Brown and Company, Boston 1942, 29.

⁸² *Alford v. United States*, 282 U.S. 687 (1931).

⁸³ Dostupno na https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_802

⁸⁴ *De La Salle Institute v. United States*, 195 F. Supp. 891 (N.D. Cal. 1961).

⁸⁵ Више о томе: М.Дамашка (2001),43-53.

⁸⁶ „Рећи да би криминалац, након што је једном био осуђен сведочењем одређеног сведока, требао ићи слободан, једноставно зато што је смрт затворила уста тог сведока,

Врховни суд, примењујући право на суочење и унакрсно испитивање позива се на тестове утврђивања доступности сведока и адекватне прилике за унакрсно испитивање.⁸⁷ Када сведок Hearsay-а није присутан ради унакрсног испитивања на суђењу, клаузула о суочењу обично захтева доказивање да је недоступан. Чак и тада, његова изјава је прихватљива само ако има адекватне „индикације поузданости“, тест који се испуњава када докази или потпадају под „чврсто укореењени изузетак из друге руке“ или носи „конкретне гаранције веродостојности“ („Робертова правила“).⁸⁸ Индикатор поузданости је постојао нарочито код изјава које су биле резултат „неутралног научног тестирања“ (писане изјаве вештака), који докази су „конкретне гаранције веродостојности“ и по овом становишту, прихватљиве су без конфронтације.⁸⁹

У јуриспруденцији Врховног суда је посебно разматрана конфронтациона клаузула која се односи на право окривљеног да се са оштећеним суочи „лицем у лице“, што подразумева да сведок сведочи на суђењу, у окружењу у коме могу окривљени и сведок виде се и чују.⁹⁰ Важан аспект права на конфронтацију је и „ограничење тужиоца да као доказ у поступку против окривљеног изнесе признање једног од саокривљених, те уколико саокривљени одбије да непосредно сведочи, VI амандман Устава САД-а забрањује коришћење његовог исказа и признања у поступку против других саокривљених“.⁹¹ У покушају да се оваква забрана ограничи, судска пракса је „изнедрила“ правила изузетака, па су тако „изјаве једног учесника у завери допуштене су против другог, упркос hearsay правилу, под условом да су дате током завере“.⁹²

Ово уставно право је потврђено у предмету *Coy v. Iowa*, у којем је суд утврдио да је „тешко замислити очигледније или штетније кршење право оптуженог на сусрет лицем у лице „у ситуацији када су две малолетне сексуалне жртве сведочиле иза паравана, тако да их је окривљени видео „мутно“,

уставну заштиту би довело у неоправдану меру. Закон, у својој мудрости, изјављује да се права јавности не смеју у потпуности жртвовати како би се оптуженом осигурала случајна корист“ – *Mattox v. United States*, 156 U.S. 237 (1895).

⁸⁷ О томе: Erwin N. Griswold, „The Due Process Revolution and Confrontation“, *University of Pennsylvania Law Review* vol. 119, 5/1971, 715–719.

⁸⁸ *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980).

⁸⁹ Наведено не значи да је свака изјава вештака са којим се оптужени није конфронтирао прихватљива – види *Melendez-Diaz v. Massachusetts*, 557 U.S. 305 (2009).

⁹⁰ Jessica Smith, “Remote Testimony and Related Procedures Impacting a Criminal Defendant’s Confrontation Rights”, *Administration of Justice Bulletin No. 2013/02*, 3.

⁹¹ Више о томе: Вања Бајовић, „Исказ саокривљеног као доказ у кривичном поступку“, *Правни животи 9/17*, 720. Види и *Burton v. United States*, 391 U.S. 123, (1968).

⁹² Confrontation: The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science, Vol. 62, No. 4 (Dec., 1971), Published by: Northwestern University Pritzker School of Law Stable URL, 516, доступно на <https://www.jstor.org/stable/1141704>, приступљено 24. јул 2021.; види и *Evans v. State*, 222 Ga. 392 (Ga. 1966).

док оштећени уопште нису могли да виде окривљеног.⁹³ Потпуно супротно становиште Врховни суд заузима, само две године касније, у предмету *Maryland v. Craig*, када је допустио изузетак од права на суочавање „лицем и лице“ у ситуацији када је судија допустио испитивање сведока детета, које је било жртва злостављања, путем једносмерног техничког линка, тако да су дете, тужилац и бранилац отишли су у посебну просторију, док су судија, порота и оптужени остали у судници. У овој ситуацији, дете, које није могло да види окривљеног, испитано унакрсно, док се снимак сведочења, видео монитором, приказао онима у судници, па су порота, судија и окривљени могли да прате његово понашање, док је окривљени био у електронској комуникацији са браниоцем.⁹⁴ У одлуци се наводи и да је „интерес јавне државе за физичко и психичко благодинање жртва злостављања деце може бити довољно важан да надмаши, барем у неким случајевима, право оптуженог да се суочи са својим тужаоцима на суду.”

„Робертс“ тест поузданости је био заступљен у судској пракси, док се у случају *Crawford v. Washington*,⁹⁵ није заузело другачије становиште које је поштрило забрану Hearsay која се односила на вансудске изјаве које нису подложне унакрсном испитивању. Случај се односио на снимак изјаве супруге окривљеног у полицији, који је коришћен као доказ против окривљеног, иако супруга као привилеговани сведок није сведочила нити је унакрсно испитана. У овој одлуци, закључује се да, иако је крајњи циљ конфронтационе клаузуле о суочењу да се обезбеди поузданост доказа, она је по својој природи „процесна, а не материјална гаранција,“ којом се „налаже, не да сами докази буду поуздани, већ да се поузданост процењује на одређени начин: тестирањем унакрсним испитивањем.“ Изјаве сведока, који се не појаве на суђењу не могу се прихватити, осим ако је сведок недоступан, а окривљени је раније имао прилику да га унакрсно испита.⁹⁶ Конфронтациона клаузула се примењује на сведочење у судници против оптуженог и на изјаве ван суда дате на суђењу у исту сврху, с тим да се ново правило највише поставља у односу на вансудске изјаве⁹⁷ које се односе на изјаве жртве насиља у поро-

⁹³ *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012, 1016–22 (1988).

⁹⁴ *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836 (1990), Jessica Smith (2013), 3-4.

⁹⁵ *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004).

⁹⁶ Jessica Smith, „Understanding the New Confrontation Clause Analysis: Crawford, Davis, and Melendez-Diaz“, *Administration of justice bulletin*, no. 2/2010, 1-2.

⁹⁷ Немогућност читања на суђењу записника о исказима датим током истраге, последица је и потпуно неформалне природе истраге у кривичном поступку САД. Изузетак је прихватање исказа недоступних сведока датих пре суђења, у односу на које је пре суђења задовољено право окривљеног на унакрсно испитивање – Милан Шкулић, „Основне контроверзе система страначког доказивања на главном претресу према правилима Законика о кривичном поступку Србије“, *Конституционално право – Часопис за одржив и складан развој права – КоПра*, година 3, број 3, Београд 2019, 20.

дици која није сведочила дате службенику или оператеру 911, вансудске изјаве жртве сексуалног насиља над дететом које није сведочило члану породице и друге.⁹⁸

У одлуци *Davis v. Washington*,⁹⁹ проширено је Крофордово правило. Разматране су две врсте изјаве жртва: изјаве жртава насиља у породици дате током позива 911 и изјаве жртве насиља у породици полицији како би реаговали. Суд је дефинисао да се сведочењем не сматрају „изјаве које су дате током полицијског испитивања под околностима које објективно указују да је примарна сврха испитивања да се омогући пружање помоћи полицији у хитним случајевима који су у току“, док се сведочењем сматрају „изјаве којима је примаран циљ да се утврде или докажу чињенице из прошлих догађаја потенцијално релевантних за касније кривични поступак“.¹⁰⁰

Иако је судска пракса утврдила бројне изузетке од Hearsay, ова забрана и даље заузима важно место у англоамеричком праву, од које се неће одустати због потребе заштите коју пружа Шести амандман Устава САД.

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

У common law и европско-континенталном систему, судија мора одлучити који ће се докази извести на главном претресу, с тим да у common law, суд се приликом те одлуке бави углавном питањем прихватљивости тог доказа, док у европско-континенталним системима, суд тежи да прихвати све доказе који су од значаја за утврђивање материјалне истине. Већа потреба за издвајањем доказа у америчком праву и уопште у акузаторском типу кривичног поступка, може се правдати пасивном улогом суда, који има улогу контроле доказа које су странке прикупиле и извеле у току поступка. Како је одлука о кривници окривљеног у надлежности пороте и то лаика, већа је и потреба да се она заснива на доказима који су законито прибављени и којима се не крше права окривљеног како исти не би утицали на коначну одлуку пороте.

Иако је настанак exclusionary rule био од круцијалног значаја за остваривање два основна циља – пуне заштите уставом загарантованих права окривљеног и „дисциплиновање“ полицијских службеника, развој овог института кроз богату праксу судова изнедрио је бројне изузетке у његовој примени, па се са основом може констатовати да се све више доводи у питање систем апсолутног издвајања доказа у америчком праву. У својој јуриспруденцији, Врховни суд је државама дао „одрешене руке“ у развоју сопствене

⁹⁸ Jessica Smith (2010), 4-5.

⁹⁹ *Davis v. Washington*, 547 U.S. 813 (2006).

¹⁰⁰ Jessica Smith (2010), 9.

доктрине и оне све више користе „балансирајући приступ“ у примени *exclusionary rule*. Осим тога, иако не увек децидно, кроз одлуке америчких судова прожима се „мисао“ која је карактеристична за релативни систем издвања доказа, да ли је претежнији интерес кривичног гоњења или интерес правичног поступка.

Анализиране одлуке највише судске инстанце САД које се тичу примене *exclusionary rule* на случајеве кршења уставних амандамана којима се гарантује привилегија против самооптуживања и забране Hearsay, установиле су стандарде који су примењиви и у пракси других правних система, док је развој критеријума у одлучивању, у многоме сличан онима који су се развили у пракси ЕСЈП. И ЕСЈП у својим одлукама указује на то да су право на ћутање и привилегија против самооптуживања, „језгро начела правичног поступка и признати међународни стандарди којима се окривљени штити од присиле државних органа“, док о забрани Hearsay, наглашава управо оно што је истицано и у одлукама америчких судова да приликом оцене прихватљивости исказа сведока „по чувењу“, треба имати на уму да „сведока нисте видели како сведочи; нисте га чули како сведочи; нисте чули како се његова изјава испитује, иако би му одбрана несумњиво поставила низ питања“.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Литература

- Amsterdam, Anthony G., Perspectives on the Fourth Amendment, *Minnesota Law Review*. 848, 1974
- Бајовић, Вања, Исказ саокривљеног као доказ у кривичном поступку, *Правни живот* 9/17
- Бајовић, Вања, О правно неваљаним доказима и плодовима отровног дрвета, *Правни живот* бр. 9/2013, књига 563, година LXII, Удружење правника Србије, Београд, 2013
- Бајовић, Вања, Право на одбрану ћутањем, *Правни живот* 10/2008
- Black's law dictionary, Standard 9th edition (Edited by Bryan A. Garner), 2009
- Бркић, Снежана, Употреба незаконитих доказа у кривичном поступку, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2011
- Broeder, Dale W. The Decline and Fall of *Wolf v. Colorado*, *41 Nebraska Law Review* 185, 1962.
- Van Caenegem, William, New trends in illegal evidence in criminal procedure: general report – common law, Sep. 2007
- Griswold, Erwin N. „The Due Process Revolution and Confrontation, *University of Pennsylvania Law Review* vol. 119, 5/1971
- Дамашка, Мирјан, Доказно право казненом поступку, орис нових тенденција, *Зарпеб*, 2001 Damaška, Mirjan, Evidence Law Adrift, *Yale University Press*, New Haven – London 1997

- Damaška, Mirjan, Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study, 121 University of Pennsylvania Law Review, 1973
- Damaška, Mirjan, Two Faces of Justice and State Authority, Yale University Press, 1986
- Delmas-Marty, M. i Spencer, J. R. (ur.), European Criminal Procedures, Cambridge University Press, Cambridge, 2004
- Kamisar, Yale, Miranda v. United States. *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, Oxford Univ. Press, 2009
- Карас, Жељко Неке примједбе о издвајању незаконитих материјалних доказа, Полиција и сигурност, Загреб, година 21., број 4, 2012
- Карас, Жељко, Јукић, Мирослав: Промјене у суставу незаконитих доказа, с освртом на кретања у поредбеном праву, Хрватски љетопис за казнено право и праксу (Загреб), вол. 16, број 2/2009
- Крапац, Давор, Казнено процесно право, Прва књига: Институције (судници: Злата Ђурђевић ет ал), Осмо измијењено и допуњено издање, Народне Новине, Загреб 2020
- Мартиновић, Игор, Кос, Дамир Незаконити докази: теоријске и практичне двојбе у свјетлу праксе Еуропског суда за људска права, Хрватски љетопис за казнене знаности и праксу (Загреб), вол. 23, 2/2016
- Nagler, Vincent A. Nix v. Williams: Conjecture Enters the Exclusionary Rule, 5 *Pace L. Rev.* 657, 1985
- Osborn, Debra, Suppressing the Truth: Judicial Exclusion of Illegally Obtained Evidence in the United States, Canada, England and Australia, *Murdoch University School of Law*, Vol.7, no.4, 2000., internet izdanje
- Павловић, Шиме, Три начела казног поступка, правични поступак, правични поступак, non bis in idem и in dubio pro reo, Rijeka 2012
- Reed, Amar, *Fourth Amendment First Principles*, Harvard Law Review, vol. 107, 1994
- Smith, Jessica, Remote Testimony and Related Procedures Impacting a Criminal Defendant's Confrontation Rights, *Administration of Justice Bulletin No. 2013/02*
- Smith, Jessica, Understanding the New Confrontation Clause Analysis: Crawford, Davis, and Melendez-Diaz, *Administration of justice bulletin, no. 2/2010*
- Thaman, Stephen C., Miranda in Comparative Law, *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 45, No. 2, 2001
- Халиловић, Харис, Доктрина неизбјежног открића у америчком праву и њезини ефекти на допустивост доказа у казноном поступку, Криминалистичка теорија и пракса 5 (9) Heffernan, William C., Lovely, Richard W. Evaluating the Fourth Amendment Exclusionary Rule: The Problem of Police Compliance with the Law, 24 *U. Michigan Law Review Reform* 311, 1991
- Шкулић, Милан, *Организовани криминалијет – Појам, јојавни облици, кривична дела и кривични поступак*, Друго измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд 2018
- Шкулић, Милан, Основне контроверзе система страначког доказивања на главном претресу према правилима Законика о кривичном поступку Србије, *Конвенционално право – Часопис за одржив и складан развој права – КоПра*, година 3, број 3, Београд 2019
- Wigmore, D.J, *Evidence*, 2nd ed, 1923
- Wigmore, John Henry, *Wigmore's Code of the Rules of Evidence in Trials at Law*, Third Edition, Little, Brown and Company, Boston 1942

СУДСКЕ ОДЛУКЕ

- Alderman v. United States*, 394 U.S. 165 (1969)
Alford v. United States, 282 U.S. 687 (1931)
Ashcraft v. Tennessee, 322 U.S. 143, 150 (1944)
Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics Agents, 403 U.S. 388, 416 (1971)
Blastland v. UK, ECtHR, App. no. 12045/86, 7 May 1987
Boyd v. US, 116 U.S. 616 (1886)
Brown v. Illinois, 422 U.S. 590 (1975)
Burton v. United States, 391 U.S. 123, (1968)
Chambers v. Mississippi, 410 U.S. 284 (1973)
Coy v. Iowa, 487 U.S. 1012, 1016–22 (1988)
Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004)
Dale W. Broeder (1962), 202-203
Davis v. United States, 512 U.S. 452 (1994)
Davis v. Washington, 547 U.S. 813 (2006)
De La Salle Institute v. United States, 195 F. Supp. 891 (N.D. Cal. 1961)
Dunaway v. New York, 442 U.S. 200 (1979)
Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477 (1981)
Gindrat v. People, 138 IJL. 103, 27 N.E. 1085 (1891)
Griffin v. California, 380 U.S. 609 (1965)
Harris v. New York, 401 U.S. 222, 226 (1971)
Illinois v. Perkins, 496 U.S. 292, 300 (1990)
INS v. Lopez-Mendoza, 468 U.S. 1032, 1050 (1984)
Irvine v. California, 347 U.S. 128 (1954)
Jones v. United States 362 U.S. 257 (1960)
Kaupp v. Texas, 538 U.S. 626 (2003)
Kuhlmann v. Wilson, 477 U.S. 436, 460 (1986).
Mapp v. Ohio 357 US 643, (1961)
Michigan v. DeFillippo, 443 US 31, 38 n.3 (1979)
Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1, 6 (1964)
Mattox v. United States, 156 U.S. 237 (1895)
Maryland v. Craig, 497 U.S. 836 (1990)
Melendez-Diaz v. Massachusetts, 557 U.S. 305 (2009)
Michigan v. Tucker, 417 U.S. 433, 451-52 (1974)
Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)
Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939)
New York v. Belton, 453 U.S. 454 (1981)
New York v. Quarles, 467 U.S. 649 (1984)
Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56 (1980)
Oregon v. Bradshaw, 462 U.S. 1039, 1045 (1983)
Oregon v. Elstad, 470 U.S. 298 (1985)
Orozco v. Texas, 394 U.S. 324 (1969)
Payne v. Arkansas, 356 U.S. 560, 564-65 (1958)
Pennsylvania Bd. of Probation and Parole v. Scott, 524 US 357 (1998)
People v. Defore, 150 N.E. 585, 587 (N.Y. App. 1926), cert. denied, 270 U.S. 657 (1926)

- Pryor v US* 98-7046 (1999)
Rochin v. California 342 U.S. 165 (1952)
Roberts v. United States, 445 U.S. 552, 557 (1980)
Salinas v. Texas, 133 S. Ct. 2174 (2013).
Saunders v. The United Kingdom, ECtHR, App. no. 19187/91, 17 December 1996
Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385, (1920)
Stone v Powell, 428 US 465, 485, 486 (1976)
Unites States v. Calandra, 1974 (414 U.S. 338)
United States v. Henry, 447 U.S. 264, 272 (1980)
US v Janis, 428 US 433, 466 (1976)
US v Peltier, 422 US 531, 536-39 (1975)
Weeks v. United States, 1914 (232 U.S. 383)
Wolf v Colarado, 1949, USSC 101; 338 US 25, (1949)

Bojana D. Stanković
First Basic Court in Belgrade
stankovic.bojana09@gmail.com
ORCID ID: 0009-0001-3937-999X

Exclusionary Rule and Evidentiary Prohibition in American Law

Abstract: *The rules on the exclusion of evidence are one of the few rules, which, due to their characteristics, cannot be polarized into the Anglo-Saxon model and the European-continental model. A unique model of exclusion of evidence exists in American law, which is the creator of the exclusionary rule, while in other countries of the Anglo-Saxon system and the European-continental system, a relative system of exclusion is represented in its autonomous forms. Under the influence of numerous Anglo-American doctrines and judicial practice of courts in the USA, a system of absolute separation was established, which is based on the protection of the constitutional rights of citizens, with the fact that this approach was relativized over time through exceptions that were accepted in practice.*

In this paper, the author deals with the origin and characteristics of the exclusionary rule, the differences in relation to the relative system of extracting evidence and the most important evidentiary prohibitions, which arose as a consequence of the violation of the constitutional amendments. The emergence of evidentiary prohibitions in the USA, especially those related to the prohibition of self-incrimination and the prohibition of Hearsay, is of great importance for these generally accepted institutes of Anglo-Saxon law, but also for the standards of the ECtHR, as shown by the practice of the highest judicial instance of the USA, which was analyzed in the paper.

Keywords: *exclusionary rule, evidentiary prohibitions, prohibition of self-incrimination, hearsay.*

Датум пријема рада: 11.07.2024.

Датум достављања коначне верзије рада: 16.09.2024.

Датум прихватања рада: 16.09.2024.

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ
ЗБОРНИК РАДОВА

Досадашњи главни уредници:

Проф. др Владимир Капор (1966), проф. др Никола Воргић (1967–1968),
проф. др Милош Стеванов (1969–1973), проф. др Боривоје Пупић (1974–1976),
проф. др Милијан Поповић (1977–1983), проф. др Станко Пихлер (1984–1988),
проф. др Момчило Грубач (1989–1990), проф. др Јован Мунћан (1991–1997),
проф. др Милијан Поповић (1998–2003), проф. др Родољуб Етински (2004–2006),
проф. др Драгиша Дракић (2006–2013), проф. др Слободан Орловић (2013–2022).

Чланови Уредништва:

Проф. др Љубомир Стајић, prof. dr Damjan Korošec (Словенија),
prof. dr Wilhelm Braunereder (Аустрија), prof. dr Zoltán J. Tóth (Мађарска),
prof. dr Serge Regourd (Француска), prof. dr Heinz Mayer (Аустрија),
prof. dr Peter Mader (Аустрија), prof. dr Suphawatchara Malanond (Тајланд),
prof. dr András Téglési (Мађарска), проф. др Татјана Бугарски,
проф. др Гордана Дракић, проф. др Атила Дудаш, проф. др Бојан Тубић.

Менаџер часописа
Др Лука Батуран

Секретаријат Уредништва

др Урош Станковић, др Наташа Рајић, др Сандра Самарцић,
др Ратко Радошевић, др Илија Јованов, др Владан Мирковић,
др Слобода Мидоровић, Оливера Јокић.

Компјутерска обрада текста
Владимир Ватић, „Графит”

Штампа:

„Футура”, Нови Сад
Тираж: 100 примерака

2024

CIP - Каталогизација у публикацији
Библиотеке Матице српске, Нови Сад

34"20"(048.3)

НАУЧНИ скуп "Правна традиција и нови правни изазови" (2024 ; Нови Сад)


Правна традиција и нови правни изазови : зборник сажетака са [истоименог]
Научног скупа, Нови Сад, 23. фебруар 2024. / [главни уредник Љубомир
Стајић]. - Нови Сад : Правни факултет, 2024 (Нови Сад : Фатура). - 72 стр. ; 24
cm

Тираж 60.

ISBN 978-86-7774-263-8

а) Правна традиција - Савремено друштво - Апстракти

COBISS.SR-ID 149032201



ISSN 0550-2179
eISSN 2406-1255