

---

UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

---

UNIVERZITET U NIŠU  
PRAVNI FAKULTET

**ZBORNİK RADOVA PRAVNOG  
FAKULTETA U NIŠU**

BROJ 72 | GODINA LV | 2016

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

N<sup>o</sup> 72 | YEAR LV | 2016

NIŠ, 2016.

# ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU

Niš, 2016.

## Izdavač

Pravni fakultet u Nišu

## Za izdavača

Prof. dr Saša Knežević, dekan

## Glavni i odgovorni urednik

Prof. dr Irena Pejić

## Članovi Redakcionog odbora iz zemlje

Prof. dr Dragan Nikolić Prof.  
dr Nevena Petrušić Prof. dr  
Miroslav Lazić

Prof. dr Marina Dimitrijević  
Prof. dr Nebojša Raičević Doc. dr  
Dušica Miladinović Stefanović

**Članovi Redakcionog odbora iz inostranstva** Prof.  
dr Michael Geistlinger, profesor Univerziteta, Salzburg,  
Austrija

Prof. dr Ivanova Svetlana Anatoljevna, dekan  
Pravnog fakulteta Finansijskog univerziteta Vlade  
Ruske federacije

Prof. dr Sašo Georgijevski, profesor Pravnog  
fakulteta Justinijan Prvi, Skoplje, Makedonija  
Grucina Людmila Югъевна, doktor pravnih nauka,  
Katedra građanskog prava Finansijskog univerziteta  
Vlade Ruske federacije

Prof. dr Anatolij Kapustin, profesor  
Finansijskog univerziteta Vlade Ruske  
federacije

Prof. dr Isabel S. Marcus, profesor Pravnog fakulteta  
Univerziteta Bafaloa, Bafalo, SAD Selivon Nikolaï  
Fedosovič, akademik, predsednik Međunarodnog  
trgovinskog arbitražnog suda pri Privredno-  
industrijskoj komori Ukrajine

Prof. dr Šagieva Rozalina Vasiljevna, prorektor  
Akademije advokature i notarijata Ruske federacije

**Sekretar Redakcionog odbora:** Miloš Prica

**Prevodi:** Gordana Ignjatović (engleski)

**Lektura:** Aleksandra Gojković **Tehnički**

**urednik:** Nenad Milošević **Štampa:**

Medinvest, Niš

Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu  
pod nazivom *Collection of papers, Faculty of Law, Nis* je u punom tekstu dostupan u  
HeinOnline bazi podataka, kao i u EBSCO bazi Legal Source.

---

CENTAR ZA PUBLIKACIJE Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu  
18 000 Niš, Trg kralja Aleksandra 11, tel. +381 18 200 501,  
zbornik@prafak.ni.ac.rs, www.prafak.ni.ac.rs

# COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS

NIŠ, 2016

## **Publisher:**

Faculty of Law, University of Niš

## **For the Publisher:**

Prof. dr Saša Knežević, Dean

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

Prof. dr Irena Pejić

## Editorial Board of the Law Faculty Journal

### **Editorial Board Members (Faculty of Law):**

Prof. dr Dragan Nikolić  
Prof. dr Nevena Petrušić  
Prof. dr Miroslav Lazić  
Prof. dr Marina Dimitrijević  
Prof. dr Nebojša Raičević  
Doc. dr Dušica Miladinović  
Stefanović

### **Editorial Board Members (international):**

Prof. dr Michael Geistlinger, Department of Public  
International  
Law, University of Salzburg, Salzburg, Austria  
Prof. dr Ivanova Svetlana Anatol'evna, Dean, Faculty of  
Law, Finance University of the Government of the  
Russian Federation, Moscow, Russian Federation  
Prof. dr Sašo Georgijevski, Faculty of Law "Iustinianus  
Primus", Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, FRY  
Macedonia  
Prof. dr Grucina Людмила Югъевна, Civil Law Department,  
Faculty of Law, Finance University of the Government of  
the Russian Federation, Moscow, Russian Federation  
Prof. dr Anatoliĭ Kapustin, Faculty of Law, Finance Univer-  
sity of the Government of the Russian Federation, Moscow,  
Russian Federation  
Prof. dr Isabel S. Marcus, Buffalo Law School, University of  
Buffalo, USA  
Selivon Nikolaĭ Fedosovič, Academician, Chairman of the  
International Trade Arbitration Court, Ukrainian Chamber  
of Commerce and Industry, Ukraine  
Prof. dr Šagieva Rozalina Vasil'evna, Vice-Rector, the  
Academy for Advocacy and Notary Services of the  
Russian Federation, Russian Federation

### **Technical Secretary of the Editorial Board:**

Miloš Prica

**Translation:** Gordana Ignjatović (English)

**Proofreading:** Aleksandra Gojković

**Desktop publishing:** Nenad Milošević

**Print:** Medinvest, Niš

---

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš

Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia Telephone:

+381 18 500 201

E-mail: [zbornik@prafak.ni.ac.rs](mailto:zbornik@prafak.ni.ac.rs) Website:

<http://www.prafak.ni.ac.rs>

<http://www.ebscohost.com/public/legal-source>

<http://home.heinonline.org/titles/Law-Journal-Library/Collection-of-Papers-Faculty-of-Law-Nis/?letter=C>



# SADRŽAJ

Uvodna reč.....9

## I ČLANCI

### U FOKUSU

#### PRAVO ŽENE NA ANONIMNI POROĐAJ

**Nataša HADŽIMANOVIĆ**

Zwang versus Freiheit: Vertrauliche und anonyme Geburt auf dem Prüfstein ..... 13

**Dragan STOJANOVIĆ**

Ustavni sud u svetlu interpretativnih odluka u normativnoj kontroli ..... 37

**Vojislav ĐURĐIĆ,  
Strahinja DAVIDOV**

Krivični postupak Republike Srbije – između reforme i sloma sistema vrednosti..... 55

**Dragan JOVAŠEVIĆ**

Primena mere bezbednosti oduzimanja predmeta .....71

**Goran OBRADOVIĆ**

Pope Leo XIII's rerum novarum .....93

**Marina DIMITRIJEVIĆ**

Kompleksnost promena u domenu upravljanja javnim rashodima.....105

**Nebojša RAIČEVIĆ**

Postupak odlučivanja o zahtevu za azil u pravu Evropske unije .....123

**Dušica MILADINOVIĆ-STEFANOVIĆ**

Prilog raspravi o kriminalizaciji proganjanja..... 143

**Darko DIMOVSKI**

Kriminalitet proganjanja – kriminološki i krivično pravni aspekti ..... 163

**Mihajlo CVETKOVIĆ**

Ugovor o korišćenju tuđih računarskih resursa..... 183

**Marija ĐORIĆ**

Problem definisanja savremenog desničarskog ekstremizma u političkoj teoriji .....201

**Strahinja D. MILJKOVIĆ**

O naknadama kao finansijskoj obavezi  
primaoca franšize iz ugovora o franšizingu ..... 217

**Vule MIZDRAKOVIĆ**

Moguće reperkusije uvođenja instituta stečaja pojedinca. 233

**Dragana RADOVANOVIĆ**

Radnopravni položaj žene koja doji .....247

**II SUDSKA PRAKSA****Mihajlo CVETKOVIĆ**

Nezahvalnost poklonoprimeca – kako je  
sudska praksa dopunila zakonodavca .....265

**Novak KRSTIĆ**

Kako ostavinski sud treba da postupi kada u toku  
postupka za raspravljanje zaostavštine učesnici  
ospore ugovor o doživotnom izdržavanju.....277

**III PRIKAZI****Aleksandar MOJAŠEVIĆ**

Jon Elster, Kako objasniti društveno ponašanje:  
još matica i šrafova za društvene nauke, Beograd:  
Sl.glasnik, 2014. str. 529.....297

**Filip MIRIĆ**

Saša S. Knežević, Maloletničko krivično pravo  
(materijalno, procesno i izvršno), Niš: Centar za  
publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, 2010. 376 str. ..303

**IV IN MEMORIAM****Ivan ILIĆ**

Prof. dr Čedomir Stevanović (1928-2016) .....307

**V RADOVI  
STUDENATA****DOKTORSKIH STUDIJA****Uroš ZDRAVKOVIĆ**

Rešavanje sporova pred Svetskom trgovinskom  
organizacijom i granice merodavnog prava ..... 311

**Đorđe MARILOVIĆ**

Poreskopравни aspekti mogućnosti zaštite  
ćirilice u telekomunikacijama.....329

**Jovana BRAŠIĆ**

Pravni položaj i pitanje samostalnosti Komisije  
za hartije od vrednosti Republike Srbije .....345

**Suzana NASHKOVA**

An Overview of the Obligations of the Know-How Licensor  
from the aspect of the Macedonian Law of obligations .....363

Uputstvo za autore ..... 379

# CONTENTS

Editor's Introductory Note .....	10
----------------------------------	----

## I ARTICLES

### IN FOCUS

#### WOMAN'S RIGHT TO ANONYMOUS CHILDBIRTH

**Nataša HADŽIMANOVIĆ**

Prinuda ili sloboda: poverljivi i anonimni porođaj ... 13

**Dragan STOJANOVIĆ**

The Constitutional Court in light of Interpretive decisions in normative control proceedings..... 37

**Vojislav ĐURĐIĆ,  
Strahinja DAVIDOV**

Between the Reform and the Value system breakdown..... 55

**Dragan JOVAŠEVIĆ**

The application of the safety measure of Forfeiture of Instrumenta sceleris ..... 71

**Goran OBRADOVIĆ**

Rerum Novarum Pape Lava XIII ..... 93

**Marina DIMITRIJEVIĆ**

The complexity of changes in the Domain of managing Public expenditures ..... 105

**Nebojša RAIČEVIĆ**

Asylum procedure in EU Law ..... 123

**Dušica MILADINOVIĆ-STEFANOVIĆ**

Contribution to the discussion on the Criminalization of Stalking ..... 143

**Darko DIMOVSKI**

Stalking: Criminological and Criminal law aspects ..... 163

**Mihajlo CVETKOVIĆ**

Contract on using Computer resources of Another..... 183

**Marija ĐORIĆ**

The problem of defining Contemporary right-wing extremism in Political theory ..... 201

<b>Strahinja D. MILJKOVIĆ</b>	
On Compensation as a Financial obligation of a Franchisee arising from a Franchising agreement .....	217
<b>Vule MIZDRAKOVIĆ</b>	
Possible Ramifications of introducing The Institute of Personal Bankruptcy: The Usa experience .....	233
<b>Dragana RADOVANOVIĆ</b>	
The Status of a breastfeeding Woman in Labour law.....	247

## II JUDICIAL PRACTICE

<b>Mihajlo CVETKOVIĆ</b>	
Donee's ingratitude: How the Judicial practice amended the Legislation.....	265
<b>Novak KRSTIĆ</b>	
How Probate courts handle cases when participants challenge a Lifetime Maintenance Agreement during the Probate procedure?.....	277

## III REVIEW

<b>Aleksandar MOJAŠEVIĆ</b>	
Book review: Jon Elster, Explaining Social Behaviour: More Nuts and Bolts for the Social Sciences, Beograd: Službeni glasnik, 2014, p.529.....	297
<b>Filip MIRIĆ</b>	
Book review: Saša S. Knežević, Juvenile Criminal Law (substantive law, procedure and execution of criminal sanctions), Niš: Centar za publikacije, Pravni fakultet u Nišu, 2010, p. 376 .....	303

## IV IN MEMORIAM

<b>Ivan ILIĆ</b>	
Prof. dr Čedomir Stevanović (1928-2016) .....	307

## V PHD STUDENTS' PAPERS

<b>Uroš ZDRAVKOVIĆ</b>	
Dispute settlement system under the World Trade Organization and Borderlines of Applicable law .....	311
<b>Đorđe MARILOVIĆ</b>	
The Protection of the Cyrillic alphabet in telecommunications: Taxation aspects.....	329
<b>Jovana BRAŠIĆ</b>	
Legal status and Independence of the Commission of Securities in The Republic Of Serbia .....	345
<b>Suzana NASHKOVA</b>	
Pregled obaveza davaoca Know-how licence sa aspekta makedonskog Zakona o obligacionim odnosima .....	363
<b>Guidelines for Authors.....</b>	381



## Uvodna reč

Poštovani čitaoci,

Obaveštavamo vas da je Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu dobio jedinstvenu identifikaciju elektronskih dokumenata preko DOI broja – digitalni identifikator objekta. Jedinstvena alfanumerička oznaka dodeljuje se svakom pojedinačnom članku koji je sadržan u časopisu, a to treba da omogući stalnu vezu do internet stranice na kojoj se ovaj dokument nalazi. Povezivanje podataka o člancima, DOI brojeva i WEB adresa obavlja se preko servisa CrossRef ([www.crossref.org](http://www.crossref.org)). Narodna biblioteka Srbije omogućila je preko KoBSON servisa pronalaženje DOI brojeva jednostavnim navođenjem reference (ili njenog dela), pa se tako uz pomoć CrossRef sistema brzo pristupa referencama opremljenim DOI brojem. Stavljanje našeg naučnog časopisa na listu časopisa uključenih u doiSerbia, pored prisustva u bazama HeinOnline i Ebsco, trebalo bi da omogući lakši pristup člancima i da poveća njihovu preglednost i citiranost.

U Nišu, jun, 2016. godine

*Prof. dr Irena Pejić,  
glavni i odgovorni urednik*

## **Editor's Introductory Note**

Dear Readers,

We wish to inform you that the Collection of Papers of the Faculty of Law in Nis has been assigned a unique DOI number (Digital object identifier) for unique identification of electronic documents. A unique alphanumeric code is assigned to each article contained in the Law Faculty journal, thus providing a permanent link to the Internet page where the document is located. Data on individual articles, DOI numbers and Web addresses are linked via CrossRef service ([www.crossref.org](http://www.crossref.org)). The retrieval of DOI numbers is facilitated by the National Library of Serbia via the KoBSON service. Thus, users may promptly access the references supplied with a DOI number through the CrossRef system, simply by quoting the reference (or a part thereof). In addition to making the Law Faculty journal accessible through the HeinOnline and Ebsco databases, entering our journal into the doiSerbia registry of scientific journals should provide an easier access to individual articles and contribute to increasing their visibility and citations index.

Niš, June 2016

Prof. Irena Pejić, LL.D.

Editor-in-Chief

# ČLANCI

---

---

**U FOKUSU  
PRAVO ŽENE NA  
ANONIMNI POROĐAJ**



*Dr. iur. Nataša Hadžimanović\*, wissenschaftliche  
Referentin am Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Privatrecht, Hamburg*

UDK: 347.63:618.4

*Рад примљен: 30.06.2015.  
Рад прихваћен: 03.12.2015.*

## **ZWANG VERSUS FREIHEIT: VERTRAULICHE UND ANONYME GEBURT AUF DEM PRÜFSTEIN\*\***

**Abstrakt:** 2014 ist in Deutschland die „vertrauliche Geburt“ eingeführt worden. Damit soll verhindert werden, dass Frauen, die ihre Schwangerschaft verheimlichen wollen bzw. müssen, das Kind alleine gebären und das Kind schutzlos und ohne Angaben von Personalien zurücklassen. In der Arbeit wird untersucht, inwieweit mit den neuen Regelungen eine gerechte Interessenabwägung erreicht wird.

**Schlüsselwörter:** Vertrauliche Geburt, anonyme Geburt, Neonatizid, gewaltfreie Kommunikation, Rechtsvergleichung.

### **1. Problem: Mütter in Not – Kinder in Not**

Über vertrauliche und anonyme Geburt lässt sich ohne einen Blick auf die vorangegangene Situation in der Schwangerschaft nur schlecht urteilen.

Es ist wichtig zu wissen, dass das Problem, dass Frauen, die ihre Neugeborenen an einem unsicheren Ort zurücklassen oder töten, nicht als dasjenige von psychisch kranken Personen abgetan werden kann. Vielmehr führen in aller Regel in erster Linie bestimmte Umstände dazu, dass Frauen keinen anderen Ausweg suchen (Oberman, 2003: 493 f., 513 f.): „A careful analysis of contemporary cases confirms one fundamental similarity: in virtually every instance, maternal filicide is committed by mothers who cannot parent their child under the circumstances dictated by their particular position in place and time“.

---

\* hadzimanovic@mpipriv.de

\* Die Autorin bedankt sich bei Herrn Prof. Dr. iur. Dieter Martiny für die kritische Durchsicht der ersten Fassung dieses Beitrags und seine wertvollen Anregungen.

\*\* Овај рад је претходно објављен у Зборнику радова Правног факултета у Нишу бр. 70, стр. 615-636, али је по одлуци уредништва рад прештампан јер се у првобитном издању грешком, за коју уредништво није одговорно, појавило неколико граматичких и језичких недостатака због немачког језика који је ауторка користила да изрази своје научне ставове. Рад је презентиран на Међународној научној конференцији одржаној на Правном факултету у Нишу, 18. маја, 2015. године.

Mütter, die ihre Neugeborenen an einem unsicheren Ort zurücklassen, haben dafür in aller Regel folgende Gründe: Sie fürchten die ablehnenden Reaktionen ihrer Familie, haben finanzielle Probleme oder der Vater ist abwesend (Appell, 2002: 62 m.N.). Es sind oft junge Frauen, die ungewollt schwanger geworden sind und ihre Schwangerschaft nicht akzeptieren (Appell, 2002: 62). Viele der Frauen haben erhebliche persönliche Probleme, andere Kinder oder leben in einem gewalttätigen Umfeld. Bisweilen ist die Schwangerschaft auf einen inzestuösen oder auf einen anderen unerfreulichen oder traumatischen sexuellen Kontakt zurückzuführen<sup>1</sup>.

Frauen, die ihre Kinder zurücklassen, können allerdings nicht recht typisiert werden (Willenbacher, 2004: 346; UVMaF, 2011-2012: 9).

Etwas stärker typisierbar scheinen offenbar Mütter zu sein, die ihre Neugeborenen innerhalb von 24 Stunden nach der Geburt töten oder dem Tod ausliefern: Die Frauen sind in den meisten Fällen sehr jung, haben keinen festen Partner und sind stark abhängig von ihren Eltern oder anderen Personen, i.d.R. Verwandten (Appell, 2002: 63; Oberman, 2003: 495; Krischer, Stone, Sevecke, Steinmeyer, 2007: 192, 197 f.). Die Frauen haben nach einer finnischen Studie Angst vor der Reaktion der eigenen Mutter und des Freundes (Putkonen, Weizmann-Henelius, Collander, Santtila, Eronen, 2007: 20). Die Frauen scheinen also zu befürchten, dass sie ohne ein starkes Netzwerk ein Kind alleine nicht aufziehen können (Oberman, 2003: 495). Oft scheint Sexualität in den Familien dieser Frauen ein Tabu zu sein. Schwangerschaft und Geburt werden verdrängt (Hatters Friedman, Heneghan, Rosenthal, 2007: 118 ff.); das geht bisweilen so weit, dass der Geburtsvorgang lediglich als StuhlDrang empfunden wird und die Geburt auf der Toilette stattfindet (Oberman, 2003: 495). Die Kinder werden getötet, weil die Mütter in Panik geraten: Sie befürchten, die Schreigeräusche des Neugeborenen, das sie alleine und sehr oft auf einer öffentlichen Toilette gebären, könnten sie verraten (Appell, 2002: 63). Die Mütter handeln aus extremer Angst und starken Schuldgefühlen (Appell, 2002: 63 m.N.).

Nach einer finnischen Studie, bei der alle Fälle von Kindstötung, die in Finnland in den Jahren 1980 bis 2000 nachweislich begangen worden waren, untersucht wurden, wird Kindstötung innerhalb von 24 Stunden nach der Geburt in wenigen Fällen allerdings auch von verheirateten Frauen begangen, die bereits Kinder haben und über 26 Jahre alt sind, die die Schwangerschaft und Kindstötung nicht verheimlichen und zu Schwangerschaftsuntersuchungen gehen; diese Frauen scheinen allesamt vorbestehende psychische Krankheiten aufzuweisen und gelten deshalb als schuldunfähig; sie haben die „inability to cope with the

---

1 Case of Odièvre v. France, Application no. 42326/98, Judgment 13 February 2003 Nr. 36, Argumente des Staates Frankreich.

child“ als Motiv für ihre Tat angegeben (Putkonen, Weizmann-Henelius, Collander, Santtila, Eronen, 2007: 19); es scheint also auch da Umstände zu geben, die es den Frauen verunmöglichen, ihr Kind leben zu lassen – die psychische Krankheit allein scheint dafür nicht der einzige Grund zu sein (vgl. dazu Oberman, 2003: 493 f., 513 f.). Vorbestehende Straftaten haben diese Frauen nicht (Putkonen, Weizmann-Henelius, Collander, Santtila, Eronen, 2007: 19). In sehr seltenen Fällen handeln die Frauen allerdings wiederholt (De Bortoli, Coles, Dolan, 2013: 333 f.). Auch eine US-Studie hat aufgezeigt, dass durchaus nicht nur sehr junge unverheiratete Frauen ihr Neugeborenes töten (s. dazu Shelton, Muirhead, Canning, 2010: 819 f.).

Diese beiden Gruppen von Frauen haben – abgesehen von den psychisch kranken Frauen – nie vorgehabt, für die Kinder zu sorgen (Appell, 2002: 63 m.N.).

Das Profil von Frauen, die ihre Babys zu einem späteren Zeitpunkt töten, unterscheidet sich stark von demjenigen jener Frauen. Es lässt sich noch weniger einfach typisieren. Aber auch hier gilt, dass ausgeprägte mentale Probleme allein nicht ausreichen. Vielmehr kommt Isolation als entscheidender Faktor dazu (Appell, 2002: 63; Oberman, 2003: 498; Krischer, Stone, Sevecke, Steinmeyer, 2007: 197). Diese Frauen halten weder Schwangerschaft noch Geburt geheim (Appell, 2002: 63). Oftmals töten sie ihre Kinder, um sie vor tatsächlichem oder möglichem Leid zu schützen (Appell, 2002: 63 m.N.; Hatters Friedman, Sorrentino, 2012: 327; Hatters Friedman, Cavney, Resnick, 2012: 589). Viele dieser Frauen sind selbstmordgefährdet und begehen Suizid nach der Tötung des Kindes (Appell, 2002: 63 m.N.; Krischer, Stone, Sevecke, Steinmeyer, 2007: 198; Hatters Friedman, Cavney, Resnick, 2012: 589 f.; Hatters Friedman, Sorrentino, 2012: 327).

Es scheint also, wie eingangs erwähnt, dass gewisse Umstände dazukommen müssen, damit Mütter sich derart verhalten.

Vielleicht lässt sich die Analyse von Eugen Drewermann zu „Hänsel und Gretel“ etwas verallgemeinern, um zu verstehen, was sich abspielt, wenn bei einer Mutter die Seele hungert und arm ist. Eine solche Mutter kann nichts geben. Sie ist schlicht überfordert. Drewermann beschreibt dies – wenn auch für den physischen Hunger – so:

„Der Punkt ist erreicht, an dem die biologische Schwäche als psychische Abwehr, als Verlangen nach Alleinsein sich geltend macht: Jeder andere Mensch, einfach weil es ihn gibt, verbraucht schon durch sein forderndes Dasein gerade die Energie, deren der eigene Körper so dringend bedürfte; der bloße Kontakt bereits zu einem anderen Menschen, ein einzelnes Gespräch auch nur, geschweige denn eine Bitte, geschweige denn ein neues Problem, verzehrt zuviel an den noch verbliebenen physischen Kräften. Ruhe und Einsamkeit – nichts hören, nichts sehen, Schutz vor allem durch Distanz und Vermeidung – so befiehlt es

der Körper, und so will es jetzt auch die Seele. Aber da hinein nun ein *Kind!* Das ist es, was das Märchen von Hänsel und Gretel bereits als Ausgangsbedingung uns schildert!“ (Drewermann, 2008: 19).

Es stellt sich die Frage, was einer (nach Liebe) hungernden mütterlichen Seele in dieser Situation hilft und ob auch rechtliche Normen dazu beitragen können, dass Frauen, die ihr Kind gefährden können, sich für einen anderen, lebensbejahenden Weg entscheiden.

Recht hat allerdings meist nur eine recht begrenzte Wirkung. Es kann nicht zaubern, dass Schwangerschaft, Geburt und das Aufziehen von Kindern von der Gesellschaft bedingungslos begrüßt werden und Mutterschaft einen hohen Status genießt; und es kann nur begrenzt für soziale Netzwerke für jede isolierte Mutter sorgen, damit das Aufziehen von Kindern nicht als eine grenzenlose Überforderung erlebt wird.

Eine gesellschaftliche Änderung ist von außen – mit Zwang und Regelungen – nicht zu schaffen. Die Gesellschaft ändert sich nur, wenn jeder Einzelne sich ändert:

„Wer sich selbst verändert, ändert die Welt. Es gibt an dieser Welt nichts zu verbessern, aber sehr viel an sich selbst.“ (Dethlefsen, 1984: 86 f.)

Es ist also ein innerer Weg, den jeder Mensch freiwillig beschreitet, wenn er sich ändern will, weil er wachsen möchte und auch seinen Kindern ein achtsamer Vater, eine achtsame Mutter, seinen Mitmenschen ein achtsamer Gefährte sein will. Erst wenn dies geschieht, werden Frauen, die in solchen Familien aufgewachsen sind, oder aber die einen solchen Weg selbst wählen, ihrerseits Wesen sein, die ihr Leben in die eigene Hand nehmen können und ihre Kinder, weil sie sie gebären und aufziehen wollen, nicht als eine Bedrohung und Überforderung erleben müssen – selbst wenn das Leben mit einem Kind viele Herausforderungen mit sich bringt.

Das steigende Interesse vieler Menschen an den tieferen inneren Geheimnissen des Metaphysischen, an Psychologie und Psychotherapie, an Selbsthilfegruppen und Beratung zeigt auf, dass von vielen Menschen Schritte in diese Richtung eines inneren Wachsens gemacht werden, bei dem es nicht darum geht, das eigene Schlechte zu verdrängen, sondern damit verantwortungsvoll umzugehen. Es kann daher von einer allmählichen kollektiven Bewusstseinsänderung durchaus gesprochen werden, die neue zarte Blüten treibt. Allerdings scheint es, dass es noch der juristischen Krücken bedarf, bis sehr weite Kreise von solchen Strömungen erfasst werden.

Wie aber können juristische Normen aussehen, die die verschiedenen Interessen – die Selbstbestimmung der Mutter, den Anspruch des Kindes auf Fürsorge



und Identität, die Bedürfnisse von Vater, Großeltern und anderer Verwandter mit Bezug auf das Kind sowie öffentliche Interessen zur Wahrung von Leben, Gesundheit und Identifizierbarkeit – in Einklang bringen? Und wie können präventive Maßnahmen wirken?

## **2. Schwangerschaftsverhütung und Schwangerschaftsabbruch als wirksame präventive Mittel?**

Bei den ersten beiden Gruppen von Frauen würden Zugang zur Verhütung, der „Pille danach“ und strafloser Schwangerschaftsabbruch theoretisch bewirken, dass es zur Geburt und der dadurch ausgelösten Notsituation nicht kommen muss.

Um Verhütung und in einigen Ländern auch um die „Pille danach“ können sich Frauen zwar durchaus selbständig kümmern, d.h. ohne dass sie der Kooperation des Sexualpartners oder einer ärztlichen Konsultation bzw. eines medizinischen Eingriffs bedürfen und ohne dass ihre Familie davon erfährt. Und so könnte man meinen, dass es ausreichen müsste, diesen Frauen diese Mittel kostenlos anzubieten und zu gewährleisten, dass deren Familien davon nichts erfahren.

Indes sind die gefährdeten Frauen offenbar sehr oft nicht dazu in der Lage, die Sache selber in die Hand zu nehmen (Marshall, 2012: 335; Oberman, 2003: 495), ihr ganzes Potential als selbstbestimmte menschliche Wesen auszuschöpfen.

Vielmehr erleben sie sich vielfach als ein Wesen, das nicht schwanger werden kann, weil es nicht schwanger werden darf. Das, weil in den Familien, aus denen sie stammen, Sexualität und Schwangerschaft ein Tabu sind. Das sind Phänomene über die nicht geredet wird, die völlig undenkbar sind (Bonnet, 1993: 505). Eine erhebliche Ziffer von Frauen, die zu den beiden ersten Gruppen gehören, verdrängen daher ihre Schwangerschaft, weil sie nicht einmal sich selber eingestehen können, schwanger zu sein (Marshall, 2012: 335; Oberman, 2003: 495). Das menschliche Bewusstsein ist dazu in der Lage, mag das für Außenstehende auch völlig unverständlich sein.

Einige Frauen wollen den Schwangerschaftsabbruch zu einem Zeitpunkt, in welchem sie die Zeichen der Schwangerschaft nicht mehr übersehen können, weil die Mechanismen der Verdrängung nicht mehr genügend stark wirken. Wenn ein solcher aufgrund der fortgeschrittenen Schwangerschaft nicht durchgeführt werden kann, entwickeln sie obsessive negative Gedanken gegenüber dem Ungeborenen und schämen sich dafür zutiefst (Bonnet, 1993: 506). Sie werden aufgrund dieser Lage stumm und paralysiert (Bonnet, 1993: 506; Marshall, 2012: 332). Sie scheinen deswegen passiv und indifferent (Bonnet, 1993: 506). Erst wenn sie sprechen dürfen, zeigen sie Zeichen von Angst, Angespanntheit

und heftige aggressive Gefühle (Bonnet, 1993: 506). Woher rührt aber diese Aggressivität?

Die Frauen, die starke aggressive Gefühle haben, sind – so scheint es – in ihrer Jugend Opfer sexueller Gewalt geworden – sei es, dass sie Inzest oder Vergewaltigung durch nahe männliche Verwandte oder Fremde erfahren haben, sei es, dass sie auf andere schockierende Art und Weise mit der Sexualität von Erwachsenen konfrontiert worden sind (Bonnet, 1993: 506). Sie werden – so haben Gespräche mit betroffenen Frauen ergeben – durch die Schwangerschaft und die Geburt an diese traumatischen Erlebnisse erinnert (Bonnet, 1993: 506). Aggressionen gegen das Kind sind als Versuche zu verstehen, eigene unkontrollierbare durch Schwangerschaft und Geburt ausgelöste Heimsuchungen durch Erinnerungen an traumatische Erlebnisse im Zusammenhang mit Sexualität zu eliminieren (Bonnet, 1993: 506).

Es scheint indes, dass die meisten Frauen, die ihr Neugeborenes töten, dafür allerdings überwiegend passive Formen wählen (vgl. dazu Putkonen, Weizmann-Henelius, Collander, Santtila, Eronen, 2007: 19; Shelter, Muirhead, Canning, 2010: 821).

Andere Frauen wiederum können die Schwangerschaft aus religiösen Gründen nicht beenden (Marshall, 2012: 335).

Das bedeutet, dass selbst wenn bei einer ärztlich angeordneten Verhütungsmethode oder der „Pille danach“ bzw. einem ärztlichen Schwangerschaftsabbruch gewährleistet würde, dass Frauen diese Mittel für sie kostenlos zur Verfügung stehen und ohne dass deren Familien davon erfahren können, dies nicht ausreicht, um präventiv zu wirken.

Bei den Kindern der dritten Gruppe von Frauen – d.h. denjenigen, die ihre Kinder später als 24 Stunden nach der Geburt töten – können solche Mittel ohnehin keine adäquate Prävention sein.

Es reicht also nicht aus, Maßnahmen vorzusehen, die eine Geburt verhindern können. Das Recht muss mehr Optionen bieten: „[N]o society should in the name of the promotion of human rights be forced to leave a woman with abortion as the only apparent safe option<sup>2</sup>“.

Dabei könnte an die anonyme oder vertrauliche Geburt gedacht werden.

Allerdings sollte die anonyme (bzw. vertrauliche) Geburt nicht die einzige Maßnahme sein. Lehrpersonen, Ärzte und andere Personen sollten dazu angehalten werden, den Blick für gefährdete Schwangere zu entwickeln und einfühlsam

---

<sup>2</sup> Concurring opinion of judge Greve in the Case of Odièvre v. France, Application no. 42326/98, Judgment 13 February 2003.

Hilfe anbieten, sodass die Not schon während der Schwangerschaft gelindert wird (de Bortoli, Coles, Dolan, 2013: 335).

### **3. Anonyme oder vertrauliche Geburt – Hilfe oder Problem?**

Klar ist, dass die anonyme (bzw. vertrauliche) Geburt den Kindern der dritten Gruppe von Frauen – denjenigen, die ihre Kinder nicht innerhalb von 24 Stunden nach der Geburt, sondern zu einem späteren Zeitpunkt töten – von vornherein keinen Schutz bieten.

Bei dieser Risikogruppe können lediglich Hebammen und ärztliches Personal, die die Kinder und Mutter nach der Geburt betreuen, dafür sorgen, dass auffällige Mütter und deren Kinder rasch adäquate Hilfe erhalten. Da müssen, sofern ein Zusammenbleiben von Mutter und Kind nicht ratsam erscheint, Verfahren bestehen, die die dauernde oder vorübergehende Fremdplatzierung und schließlich Adoption von etwas älteren Säuglingen und Kindern und die Abschirmung der Mütter von ihrer Umgebung ermöglichen; es wird da sinnvoll sein, der Mutter ein „Untertauchen“ durch die Nichtherausgabe ihrer Daten und des Aufenthaltsortes zu ermöglichen, um sie – bis zu einer Genesung – zu schonen (Appell, 2002: 64). Und sofern Fremdplatzierung und Adoption den Schutz des Kindes vor der leiblichen Mutter nicht gewährleisten können, gilt es zusätzlich auch für eine Abschirmung des Kindes zu sorgen. Auch da kann es helfen, wenn die Daten und der Aufenthaltsort des Kindes geheim bleiben.

Es ist allerdings auch nicht eindeutig erkennbar, ob durch die anonyme Geburt eine Erhöhung der Überlebenschancen von Neugeborenen erreicht wird. Die Statistiken scheinen diesbezüglich Freiraum für Interpretationen zuzulassen. Was eine Studie als statistisch erwiesene, signifikante Erhöhung der Überlebenschancen für die Kinder der ersten beiden Gruppen von Frauen ausweist, wenn Müttern die Chance gegeben wird, ihre Kinder anonym in einer sicheren Umgebung zu gebären und dort körperlich gesund zurückzulassen (vgl. dazu die Studie von Klier, Grylli, Amon, Fiala, Weizmann-Henelius, Pruitt, Putkonen, 2013: 431; s. auch Bonnet, 1993: 501 ff.) – wenn auch nur dann, wenn die Einführung des Gesetzes, wie in Österreich, von einer öffentlichkeitswirksamen Kampagne begleitet wird (Klier et. al., 2013: 432) – wird von anderen Stimmen als bestimmender Faktor bei der tatsächlich eingetretenen Verbesserung in Österreich verworfen (Orthofer, Orthofer, 2014: 23 ff.).

Eine Spaltung in zwei Lager ist auch in Frankreich erkennbar; je nach Weltanschauung gibt es Stimmen, die das Recht auf die anonyme Geburt verwerfen, adaptieren wollen oder aber im Gegenteil sehr stark befürworten (Lefaucher, 2004: 327 ff.).

Die, die die anonyme Geburt ablehnen, weisen darauf hin, dass unklar sei, welches Profil Frauen haben, die ihre Kinder zurücklassen (Willenbacher, 2004: 346). Dass die anonyme Geburt auch dafür genutzt werden könne, schwangere Frauen zur Kindsaufgabe zu zwingen (Willenbacher, 2004: 346). Dass von der Anonymität insbesondere die Adoptionsvermittlungsstellen und Adoptierenden profitieren würden (Willenbacher, 2004: 349) und dass solche die Anonymität fördernden Lösungen dem modernen Trend zuwiderlaufen, Adoptionen möglichst offen zu gestalten, sich gegenüber „Mehrelternschaften“ zu öffnen (Willenbacher, 2004: 349) und dem Kind bei der Identitätssuche zu helfen (Willenbacher, 2004: 347; Lefaucher, 2004: 338 f.).

In der Tat können die anonyme (und vertrauliche) Geburt große Probleme schaffen. Für Mutter und Kind und andere Verwandte. Und es scheint tatsächlich so, dass der Trend zu immer größerer Offenheit bei der Adoption den Betroffenen in ihrer eigenen Entwicklung und/oder in der Entwicklung zueinander helfen kann, mit Fragen zum eigenen Sinn, zum Woher und Wohin und mit Schuldgefühlen besser klar zu kommen (Institut Allensbach, 2012: 100 ff.) – wobei wichtig ist, die Möglichkeit zur „Mehrelternschaft“ so zu gestalten, dass nicht immer weniger Eltern sich für eine Adoption entscheiden und stattdessen lieber eine Leihmutter suchen; es muss gewährleistet sein, dass Kinder immer eine Familie finden; und auch die Leihmutterschaft schafft ebenfalls nicht unerhebliche Probleme – auch da trägt eine Frau aus, die das Kind nicht für sich will, bei dem es das wichtige „prenatal attachment“ (McK. Doan, Zimerman, 2008: 20 ff.; van Bakel, Maas, Vreeswijk, Vingerhoets, 2013: 138 f.; Brandon, Pitts, Denton, Stringer, Evans, 2009: 201 ff.) nicht gibt und die das Kind dann abgibt.

Allerdings wird bei der Kritik an der anonymen Geburt übersehen, dass sie meist lediglich ein Übergangsstadium darstellt, und die meisten Frauen auf die Anonymität schlussendlich verzichten und – wenn sie das Kind zur Adoption freigeben – meist eine offene oder halboffene Adoptionsform wählen. Mit der anonymen Geburt wird also eine Reflexionsphase eingeläutet, die alle Möglichkeiten offen lässt, und die Frauen in Notlage so hilft, Kräfte zu sammeln und sich zu überlegen, was sie wirklich wollen.

Die anonyme Geburt wird deshalb als eine große Hilfe für Frauen in einer verzweifelten Situation erlebt. Dies zeigt eine vom Institut für Demoskopie Allensbach 2012 durchgeführte Befragung von fünfundzwanzig Frauen, die in Hamburg mithilfe von SterniPark anonym gebären konnten:

89 Prozent der Betroffenen haben die anonyme Geburt als sehr wichtige Hilfe und 11 Prozent als wichtige Hilfe in einer verzweifelten Lage angegeben; nicht eine einzige der Befragten hat diese Regelung im Nachhinein in Frage gestellt (Institut Allensbach, 2012: 107). Lediglich etwa ein Drittel der betroffenen Frau-

en haben ihre Kinder zur Adoption freigegeben. Von diesen haben zwei Drittel eine offene oder halboffene Adoption gewählt (Institut Allensbach, 2012: 77 f.). Nur etwa 5 Prozent aller Frauen, die anonym gebären konnten, haben sich entschieden, weiterhin ganz anonym zu bleiben.

Zwei Drittel aller Frauen, die anonym gebären konnten, haben sich nicht nur wegen aufkommender Verbundenheitsgefühle, sondern auch aufgrund der rund um die Uhr zur Verfügung stehenden Beratung und Hilfe in der Einrichtung von SterniPark, die stets nur als ein Angebot verstanden wird, dazu entschieden, ihr Kind zu behalten und es selbst aufzuziehen (Institut Allensbach, 2012: 78). Die Frauen konnten so lange in der Einrichtung bleiben, wie sie es benötigten. Sie konnten sich auch so viel Zeit für den Entscheid, das Kind selbst zu betreuen, nehmen, wie sie brauchten. Sie konnten in der Einrichtung von SterniPark fern von ihren Alltagsorgen neuen Mut schöpfen und die neue Situation in Ruhe betrachten. Sie konnten sich auch integrieren und Neuankommelingen in der Einrichtung helfen bzw. von solchen Kontakten profitieren (Institut Allensbach, 2012: 81 f.).

Die Philosophie von SterniPark ist die der Freiheit von Zwang, die des bedingungslosen Respekts für jede einzelne Frau mit ihrer ganz besonderen Geschichte. Das ist es, was diesen Frauen hilft, einen Weg aus der Krise zu finden. Sie erfahren zudem, dass sie mit ihren Sorgen und ihrer Überforderung kein Ausnahmefall sind, der nicht sein darf, sondern andere Mütter ähnliche Probleme haben. Das alles wird aus der Befragung der Frauen sehr deutlich.

Die große Mehrheit der Befragten, die sich entschlossen haben, ihre Kinder selbst zu erziehen und auch derer, die ihre Kinder zur Adoption freigegeben hatten, ist im Nachhinein überzeugt, das Richtige getan zu haben. Von den selbst Erziehenden sind alle überzeugt von der Richtigkeit des Entscheides, ihr Kind zu behalten, von den Müttern, die ihre Kinder zur Adoption freigegeben haben, 86 Prozent. Hier ziehen 14 Prozent ihre Entscheidung im Nachhinein grundsätzlich in Zweifel (Institut Allensbach, 2012: 100).

Es scheint also, dass die anonyme Geburt, wenn sie richtig begleitet wird, eine sehr wichtige Funktion für Frauen in verzweifelten Situationen übernehmen kann. Sie nimmt jeglichen Druck und schafft eine Atmosphäre der Gelassenheit. Das führt in vielen Fällen dazu, dass Mutter und Kind doch noch zueinander finden und gestärkt aus der Krise gehen. Die anonyme Geburt scheint also sehr sinnvoll zu sein.

Daher sollen hier die Regelungen analysiert werden, die Deutschland im Jahre 2014 bezüglich der „vertraulichen Geburt“ erlassen hat, und mit denjenigen Frankreichs verglichen werden.

Dabei interessiert vor allem eins: Ist hier auch das Recht dann besser, wenn es möglichst ohne Zwang operiert?

#### **4. Kein Zwang – besseres Recht?**

Recht funktioniert in aller Regel – wenn man die nicht-juristische Terminologie des Psychologen Marshall B. Rosenberg verwenden will – als ein Mechanismus der Gewalt.

Recht lässt be- und verurteilen. Es operiert mit Zwang. Das eine ist richtig. Das andere ist falsch. Der, der Recht hat, ist – etwas überspitzt formuliert – Gott. Und der, der Unrecht hat, ist der Sünder (vgl. dazu Rosenberg, Seils 2011: 23). Damit ist das Spiel allerdings nicht aus. Denn derjenige, der zunächst der Sünder ist, fängt seinerseits an, Gott zu spielen. Und die beiden bekriegen sich darüber, wer der Schlimmere ist (Rosenberg, Seils, 2011: 23).

Dieser Mechanismus der Gewalt produziert also zwischenmenschliche Konflikte. Er löst sie nicht auf – mag er auch darauf ausgerichtet sein, die Parteien zu befrieden. Das kann dazu führen, dass das Recht noch stärker Lösungen aufzuoktroyieren sucht – ein Teufelskreis!

Recht ist das Produkt unserer Kultur. Und unsere Kultur sagt, dass die eingangs definierte Gewalt gut ist, wenn dadurch jemand bestraft wird, der böse ist (vgl. dazu Rosenberg, Seils, 2011: 25). Ins Privatrecht transponiert heißt das, dass der Böse etwas tun *muss*, damit der Gute etwas erhält.

Auch wenn z.B. gerade im Familienrecht vielerorts die Mediation Einzug gehalten hat, so greift doch stets der staatliche Zwangsapparat, wenn eine Einigung nicht erreicht wird (vgl. dazu z.B. § 278 Abs. 2 der deutschen ZPO). Aufgezwungene Lösungen dominieren also im Recht nach wie vor.

Einen anderen Weg geht die gewaltfreie Kommunikation, die sich stark von den fernöstlichen Erkenntnislehren inspirieren lässt (vgl. dazu Rosenberg, Seils, 2011: 15): Dabei wird vom Betroffenen zunächst ohne jegliche Wertung formuliert, wodurch die eigene Lebensqualität durch die angesprochene Person beeinträchtigt wird. Dann wird formuliert, welches Gefühl die Beeinträchtigung auslöst. Dieses Gefühl wird damit begründet, dass durch die Beeinträchtigung ein persönliches Bedürfnis nicht erfüllt wird. Schließlich wird die angesprochene Person gebeten, eine ganz konkrete Handlung vorzunehmen, die das Leben der bittenden Person bereichert.

Die gewaltfreie Kommunikation stellt die Konfliktparteien also auf eine Ebene und geht den Weg von Empathie und Konsensualität: it takes two to tango. Wertungen fehlen. Beide bleiben souveräne Wesen.

Was aber, wenn die Konfliktparteien nicht einig werden? Wie wird mit dieser gewaltfreien Methode der Konflikt gelöst?

Die Lösung erfolgt auf einer anderen Ebene. Sie besteht im Bewusstsein, dass persönliche Gefühle und das persönliche Glück nicht vom Verhalten anderer Menschen abhängen (vgl. dazu Rosenberg, Seils 2011: 13). Nur die eigene Haltung, mit der wir auf eine Situation reagieren, kann die eigenen Gefühle beeinflussen (vgl. dazu Rosenberg, Seils, 2011: 13). D.h. es wird erforderlich, ein entsprechendes, in aller Regel neues Weltbild aufzubauen und Gelassenheit zu üben.

Die Frage ist also: Was geschieht, wenn auch im Recht so weitgehend als möglich der gewaltfreie Weg beschritten wird?

### **5. Akzeptieren statt werten – Vorteile der anonymen Geburt des französischen Rechts im Vergleich zur vertraulichen Geburt des deutschen Rechts**

Wenn akzeptiert wird, dass eine Mutter sich verweigert, kann sie gebären und gehen.

Das bringt ihr Erleichterung.

Die Mutter muss dann auch nicht befürchten, sie würde bei einer weiteren Geburt oder bei einem bereits bestehenden Kindesverhältnis zu einem älteren Kind sogleich Kinderschutzmaßnahmen und damit die potentielle Trennung von ihrem bei ihr lebenden Kind oder andere Repressalien gewärtigen (Institut Allensbach, 2012: 47 ff.).

Sie kann selbstbestimmt handeln. Sie erfährt Respekt. Ihre Würde wird nicht angetastet (vgl. zur Bedeutung dieses fundamentalen Prinzips für ein gutes Leben, „living well“, Dworkin, 2011: 212 f.).

Dieser Respekt der Mutter gegenüber bewirkt, dass sie – sofern sie von der Möglichkeit in einer geschützten Umgebung zu gebären, die an sie keinerlei Forderungen stellt, erfährt – diesen Weg auch wählen wird. Und es scheint so, dass eine solche Mutter in den überwiegenden Fällen auch zulassen kann, dass das Kind in der einen oder andern Form zu ihr finden kann.

Die Mutter, die sich verweigert, wird also in Ruhe gelassen. Gesellschaft und Kind müssen darauf vertrauen, dass der Entscheid der Mutter der einzig für sie Mögliche, und damit der Richtige ist. Mehr kann die Mutter nicht tun. Zu mehr soll sie nicht gezwungen werden. Alles, was sie tut, soll freiwillig geschehen.

Das ist gerecht. Denn Gerechtigkeit bedroht unsere Freiheit nicht – sie erweitert sie (Dworkin, 2011: 423). Gerechtigkeit speist sich aus Würde und schützt dieselbe (Dworkin, 2011: 423).

Das französische Recht geht diesen Weg mit der anonymen Geburt sehr weitgehend. Das deutsche Recht mag den Schritt noch nicht wagen:

Denn den Weg der vertraulichen Geburt nach dem deutschen Recht kann die Mutter nur gehen, wenn sie an einem Beratungsgespräch teilgenommen hat (§ 2 IV SchKG) und der Beratungsstelle ihre Identität preisgegeben hat (§ 25 I SchKG).

Das deutsche Recht sieht mit seiner lediglich vertraulichen Geburt aber nicht nur vor, dass die Mutter identifizierbar ist (§ 26 II SchKG), sondern auch, dass sie unter gewissen Voraussetzungen auch vom Kind identifiziert werden kann. Denn das Familiengericht darf auf Antrag des Kindes entscheiden, ob es ihm ein Einsichtsrecht in den Herkunftsnachweis gewährt (§ 31 f. SchKG). Das Gericht wägt dabei die Interessen der Mutter und diejenigen des Kindes gegeneinander ab und kann, sofern es davon überzeugt ist, dass die Interessen des Kindes überwiegen – auch gegen den Willen der Mutter – dem Kind das Einsichtsrecht gewähren (§ 32 I SchKG).

Das deutsche Recht knüpft Rechtsnachteile an ein passives Verhalten der Mutter (§ 32 IV SchKG). Und es sieht vor, dass die Mutter aktive Abwehrmaßnahmen treffen kann (§ 31 II, III und IV SchKG).

Dieser Weg wird hier abgelehnt. Aber nicht etwa, weil die Bedürfnisse des identitätssuchenden Kindes in dieser Arbeit verleugnet würden. Dem ist nicht so. Der Weg eines abgelehnten Kindes ist gewiss kein leichter. Umso weniger, falls es auch in der Adoptivfamilie keine Verankerung hat erleben können. Die Ablehnung der Lösung des deutschen Rechts hat vielmehr mit der Kultur, dem Weltbild zu tun, das hinter dem Lösungsmechanismus steckt. Und mit dem, was es mit dem Kind und der Mutter macht.

Diese Kultur und dieser Lösungsmechanismus halten das Kind in seiner Opferrolle gefangen, wenn es sich nicht selbständig daraus zu befreien vermag. Sie produzieren Frust. Auch, weil das Glück immer woanders ist. Weil der Weg dazu von außen – von jemand anders, d.h. der Mutter, dem Vater oder dem Staat, der die Information nicht hergeben will – verbaut werden kann. Darin liegt deren Problem.

Eine solche Kultur und dieser Lösungsmechanismus bedrohen auch die Würde der Mutter. Sie muss immer fürchten, auf der Hut sein und abwehren. Ihr wird also Gewalt angetan. Und zwar unabhängig davon, ob die Vertraulichkeit schlussendlich gewahrt wird oder nicht. Dass sie einen solchen Weg nicht gehen will,



liegt auf der Hand. Folglich wird eine solche halbherzige Lösung das Problem, das sie bewältigen will, nicht bewältigen können<sup>3</sup>.

Zudem wird versäumt, von staatlicher Seite Einrichtungen zu fördern, die wie SterniPark die Mutter aufnehmen, sie so aus ihrem Alltag herausnehmen, ihr Vertrauen dadurch gewinnen, dass sie sie, so wie sie ist, wahrnehmen und respektieren, und sie neugierig darauf machen, wie sie den gemeinsamen Weg mit dem Kind gehen könnte, wenn sie es denn möchte.

Das deutsche Recht sieht aber noch weitere Zwänge vor:

Aus der Studie des Instituts Allensbach geht hervor, dass einige wenige Mütter länger als zwei Monate brauchten, um sich dazu zu entscheiden, ihr Kind selber aufzuziehen (Institut Allensbach, 2012: 80 ff.). Es wird daher richtig sein, Müttern die Möglichkeit zu geben, ohne jeglichen Zeitdruck auszuloten, ob sie ihr Kind haben wollen. Damit das geschehen kann, müssen Frauen ihre Kinder während der ganzen Zeit, in der sie noch unschlüssig sind, besuchen dürfen, wann sie es wollen, sodass gewährleistet ist, dass das Kind zu ihr und sie zu ihm eine Beziehung aufbauen kann.

Es ist allerdings fraglich, ob das deutsche Recht dies gewährleistet (Schwedler, 2014: 195):

Die elterliche Sorge der Mutter ruht, solange sie die für den Eintrag des Kindes erforderlichen Angaben nicht gemacht hat (§ 1764a S. 1 BGB). Sie hat lediglich ein Umgangsrecht (§ 1684 I BGB), wobei sie – sofern sie nicht verheiratet ist und der Ehemann zur elterlichen Sorge berechtigt ist (§ 1678 I HS 1 BGB) – diesbezüglich auf Kooperation von Vormund (§ 1773 I BGB; § 1791c I S 1 BGB) und Pflegeeltern angewiesen ist.

Zudem hängt ein Damoklesschwert über ihrem Kopf: Sollte sie sich nicht innerhalb der Achtwochenfrist (§ 1747 II BGB) für das Leben mit ihrem Kind entscheiden können, kann sie es verlieren. Denn die Einwilligung eines Elternteils ist nicht erforderlich, wenn er zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist – der Aufenthalt der Mutter eines gemäß § 25 I SchKG vertraulich geborenen Kindes gilt als dauernd unbekannt, bis sie gegenüber dem Familiengericht die für den Geburtseintrag ihres Kindes

---

<sup>3</sup> Die französische Académie de médecine schrieb dazu am 8. März 2011: Une « remise en cause de l’anonymat serait lourde de conséquences en compromettant la confiance des femmes en grande difficulté, leur faisant fuir les maternités et les services sociaux avec les risques que cela comporte pour les mères, les nourrissons et les enfants ». Cela conduirait à augmenter le nombre d’accouchements faits « dans la clandestinité dans les pires conditions, avec les risques de déchirures graves du périnée, d’hémorragies ... [auxquels] succèdent des abandons dans des lieux variés et des conditions précaires [avec des] enfants recueillis dans un état d’hypothermie ».

erforderlichen Angaben gemacht hat (§ 1747 IV BGB). Die Möglichkeit der Aufhebung des Adoptionsverhältnisses von Amtes wegen aus schwerwiegenden Gründen (§ 1763 BGB) mit der Folge der Aufhebung des Kindesverhältnisses und der Begründung zur leiblichen Mutter (§ 1764 BGB) wird ihr nur in den seltensten Fällen nützen.

Das deutsche Recht übt also zu viel Zwang aus (ebenso Schwedler, 2014: 196) und sollte sich viel stärker am Modell SterniPark orientieren.

Welchen Weg geht das französische Recht im Gegensatz dazu?

Die Mutter wird nach französischem Recht über die juristischen Folgen der anonymen Geburt und die für jeden Menschen bestehende Bedeutung des Zugangs zu den Daten über den eigenen Ursprung und seine Geschichte informiert (Art. L222-6 I Code de l'action sociale et des familles). Sie wird dazu eingeladen, wenn sie es akzeptiert, Angaben über die eigene Gesundheit und diejenige des Vaters des Kindes, über die Herkunft des Kindes und die Umstände, die zu seiner Geburt geführt haben wie auch über ihre eigene Identität zu machen und diese schriftlich aufgezeichnete Information in einem verschlossenen Umschlag zu hinterlegen (Art. L222-6 I Code de l'action sociale et des familles). Sie wird auch informiert, dass sie Angaben zu ihrer Identität auch zu jedem späteren Zeitpunkt noch machen und die bei der Geburt gemachten Angaben ergänzen kann (Art. L222-6 I Code de l'action sociale et des familles). Auf dem Umschlag befinden sich die Vornamen des Kindes sowie die Bemerkung, ob sie von der Mutter gewählt wurden, das Geschlecht des Kindes sowie das Datum sowie der Ort und die Stunde der Geburt (Art. L222-6 I Code de l'action sociale et des familles).

Der Wunsch einer Mutter, die anonym bleiben will, wird jedenfalls zu ihren Lebzeiten nur dann gelüftet, wenn sie selber es ausdrücklich wünscht und dies gegenüber dem Conseil national ausdrückt (Art. L147-6 Code de l'action sociale et des familles). Selbst nach ihrem Tod wird ihr Entscheid respektiert; dies allerdings nur, wenn sie dies ausdrücklich gewünscht hat; falls keine Angaben gemacht wurden, läuft indes jede Nachforschung über den Conseil national ins Leere.

Die Mutter wird da also keinem Zwang ausgesetzt.

Da der Zugang zu nichtidentifizierender Information über die biologischen Eltern des Kindes, über die Herkunft des Kindes, und die Umstände bei der Geburt, keinen Eingriff bedeutet, sofern die Mutter nicht unter Druck gesetzt wird, die Daten preiszugeben, sollte dem Kind solche Information zugänglich sein, sofern es sie anfordert. Nach französischem Recht ist das möglich:

Das Personal, das die Mutter im Rahmen der anonymen Geburt begleitet, soll solche Daten aufnehmen und sie an einem sicheren Ort so verwahren, dass sie

leicht auffindbar sind (Art. L147-5 II und Art. L222-6 I Code de l'action sociale et des familles).

Das französische Recht gibt der Mutter eine Bedenkfrist von zwei Monaten ab der provisorischen Deklaration des Kindes zum Mündel des Staates (die eintritt, sobald vom service social ein Protokoll erstellt wurde) und ermöglicht während dieser Frist die sofortige Rücknahme des Kindes ohne jegliche Formalitäten (Art. L224-6 II Code de l'action sociale et des familles). Erst wenn das Kind zu einem späteren Zeitpunkt zurückgefordert wird, kann dies je nach der Abwägung der Interessen erlaubt oder verweigert werden (Art. L224-6 III Code de l'action sociale et des familles); die aufgrund der Adoption vorgenommene Fremdplatzierung verhindert eine solche spätere Rücknahme indes in jedem Fall (Art. L224-6 III Code de l'action sociale et des familles). Gegen den Entscheid kann das Gericht angerufen werden (Art. L224-6 III Code de l'action sociale et des familles).

Die französische Lösung ist also etwas flexibler ausgestaltet als die deutsche, sie lässt Mutter und Kind mehr Zeit, eine Beziehung aufzubauen und zueinander zu finden, und verdient daher den Vorzug. Das Modell von SterniPark lässt sich bei dieser Lösung besser verwirklichen. Dafür muss die provisorische Erklärung zum Mündel des Staates hinausgezögert oder aber der Annäherungsprozess bei der Abwägung der Interessen bei einer späteren Rücknahme berücksichtigt werden.

Und wie sieht es aus, wenn die Mutter anonym bleibt?

Bleibt die Mutter nach französischem Recht anonym, muss gewährleistet sein, dass, sofern die Mutter später den Kontakt zum Kind wünscht und umgekehrt, der Kontakt zwischen den beiden ermöglicht wird, indem die Mutter ihre Angaben zu jedem Zeitpunkt noch machen kann und die relevanten Daten herausgegeben werden können.

Frankreich hat deswegen den Conseil national eingerichtet, der Anfragen von Kindern nach deren biologischen Eltern und von biologischen Eltern nach deren Kindern ermöglicht (Art. L147-1 Code de l'action sociale et des familles). Dieser Conseil national fungiert als Vermittlungsstelle. Die Personen, die für ihn arbeiten, unterliegen der Schweigepflicht (Art. L147-10 Code de l'action sociale et des familles).

Allerdings werden Kinder über Anfragen ihrer biologischen Eltern oder anderer biologischer Verwandter nur dann informiert, wenn die Kinder sich nach der biologischen Verwandtschaft erkundigt haben (Art. L147-3 II Code de l'action sociale et des familles). Hingegen kann die Mutter vom Conseil national auch dann angefragt werden, wenn sie sich nach dem Namen und dem Verbleib des

Kindes nicht erkundigt hat (Art. L147-5 I Code de l'action sociale et des familles). Voraussetzung ist natürlich, dass ihre Daten aufgenommen wurden.

Es fragt sich also, ob die Interessen der Mutter es nicht gebieten, wenn auch sie nur dann angefragt werden könnte, wenn sie einer solchen Option zugestimmt hat. Das wäre gewiss die stärkste Art des Respekts ihr gegenüber. Denn auch eine bloße Anfrage kann die Mutter aus dem Gleichgewicht bringen. Und sie kann es als Druck empfinden, wenn sie vor der Geburt darüber informiert wird, dass sie angefragt werden kann.

Immerhin geht aber die bloße Kommunikation einer Anfrage, die lediglich Chancen eröffnet ohne sie zu erzwingen, die lediglich als Angebot verstanden werden kann, deutlich weniger weit als die deutsche Lösung. Denn nach deutschem Recht kann die Offenlegung der Daten der Mutter unter Umständen erzwungen werden. Nach französischem Recht nicht. Zudem besteht nach französischem Recht kein Zwang zur Angabe der Daten. Die Mutter kann also anonym bleiben und so verhindern, dass sie angefragt wird.

Die französische Lösung stellt also zwei Individuen – Mutter und Kind – nahezu in allem auf eine Ebene und hält sich mit Wertungen größtenteils zurück. Es ermöglicht das Lüften des Geheimnisses und auch den Kontakt. Das französische Recht respektiert dabei allerdings sehr weitgehend die Wünsche der Betroffenen.

In Kombination mit begleitenden Einrichtungen wie dem Modell von SterniPark kann die französische Lösung dazu beitragen, dass Schwangeren in Not und deren Kindern sehr effektiv geholfen werden kann.

## **6. Was tun bei Verweigerung der Mutterstellung?**

Was aber, wenn das Kind mit der Verweigerung der Mutterstellung der anonym gebliebenen Mutter und umgekehrt nicht umgehen kann?

Kann ein betroffenes Kind die Verweigerung der Mutter nicht akzeptieren, kann es ihm helfen, dass ihm kostenlos psychologische Hilfe angeboten wird. Das ist sinnvoll und finanziell verkraftbar. In Frankreich bestehen Les Centres Médico-Psychologiques (CMP), die den Beratenen kostenlos helfen.

Anspruchsvolles Ziel solcher Hilfe muss sein, das Kind zu stärken und es aus seiner Opferrolle zu befreien. Das Kind soll sich emanzipieren und zu einer Lebensphilosophie der Gelassenheit angeleitet werden. Sein persönliches Glück darf nicht von der Verhaltensweise seiner Mutter abhängen. Es muss lernen, die Verantwortung für sein Glück zu übernehmen und zu tragen. Das Glück wird ihm also nicht etwa von seiner Mutter geraubt. Sein Glück hat es vielmehr selbst in seiner Hand.

Umgekehrt gilt das Gleiche. Wenn das Kind es nicht will, kann die anonym verbliebene Mutter nicht herausfinden, wie es heißt und wo es lebt. Und ebenso soll der Mutter psychologische Hilfe angeboten werden, die ihr hilft, ihr eigenes Glück unabhängig vom Verhalten des Kindes zu finden – wenn sie dieser Hilfe bedarf.

Frauen wird in Frankreich nach der Geburt eine psychologische Betreuung sowie Sozialhilfe angeboten, wenn sie diese wünschen bzw. akzeptieren (Art. L222-6 Code de l'action sociale et des familles). Sie kann psychologische Betreuung aber auch noch zu einem späteren Zeitpunkt kostenlos in Anspruch nehmen. Auch in Deutschland besteht die Möglichkeit, Beratung und Hilfe in Anspruch zu nehmen (§ 25 V SchKG). Wie das Modell SterniPark es zeigt, sollte die Hilfe, um effektiv zu sein, allerdings nur von Menschen herrühren, die den Frauen gegenüber sehr achtsam sind.

## **7. Und was ist mit der übrigen Verwandtschaft des Kindes?**

In aller Regel werden der mit der Mutter nicht verheiratete Vater und andere Verwandte über die Geburt nicht informiert und können daher auch keine Rechte wahrnehmen bzw. begründen. Das Recht wird ihnen allerdings eine solche Möglichkeit geben müssen – obschon damit die Gefahr besteht, dass die Anonymität der Mutter nicht aufrechterhalten wird – allerdings nur unter der Voraussetzung, dass das mit dem Kindeswohl vereinbar ist; es gibt Fälle, wo die Mutter ihr Kind deswegen anonym zur Welt bringt, weil der Kindesvater oder die Familie der Mutter mit einer Schwangerschaft nicht zurechtkommen. Es muss aber auch verhindert werden, dass sich die Mutter nicht an ihr Kind annähern und es zu sich nehmen kann, weil der Vater oder andere Verwandte einen Annäherungsprozess stören.

In Frankreich hat die Cour d'appel von Angers in ihrem Urteil vom 26. Januar 2011 den Großeltern ihrer anonym geborenen Enkelin das Recht zugesprochen, die Übertragung der Vormundschaft zu beantragen. Das galt in Frankreich als kleine Sensation. Dieses Urteil und dasjenige, in welchem einem Vater schlussendlich ein Besuchsrecht zugesprochen wurde, der sein Kind noch vor der Geburt anerkannt hatte, das indes aufgrund der anonymen Geburt dennoch einem Ehepaar zur Pflege übertragen worden war und von diesem voll adoptiert werden sollte, haben Anlass dazu gegeben, die Vorschriften, die Vater und andere Verwandten ausschließen konnten, zu ändern und nun folgenden Weg zu gehen:

Der Vater des Kindes und andere Verwandte, die gegenüber dem service de l'aide sociale à l'enfance vor der Erklärung des Kindes zum pupille de l'État (Mündel des Staates) ein Interesse an dem Kind geltend gemacht haben, werden darüber informiert, dass das Kind zum Mündel des Staates erklärt worden ist (Art. L224-8 III Code de l'action sociale et des familles). Gegen den Entscheid

können sie gerichtlich Einspruch erheben, wenn sie damit einverstanden sind, für das Kind aufzukommen (Art. L224-8 II °3 Code de l'action sociale et des familles). Die Frist beträgt 30 Tage und beginnt mit dem Erhalt der Deklaration des Kindes zum Mündel des Staates. Wird dem Einspruch stattgegeben, erhält der Einsprecher das Recht, die Vormundschaft zu beantragen oder erhält das Sorgerecht zugesprochen (Art. L224-8 II Code de l'action sociale et des familles). Im gegenteiligen Falle kann vom Gericht, sofern das im Interesse des Kindes liegt, ein Besuchsrecht zugesprochen werden.

Das deutsche Recht regelt diese Fragen folgendermaßen:

Sind die Eltern des Kindes nicht miteinander verheiratet, hat aber der Vater eine vorgeburtliche Anerkennungserklärung abgegeben (§ 1594 IV BGB), der die Mutter zugestimmt hat (§ 1595 BGB), oder aber ist die Vaterschaft gerichtlich festgestellt worden (§ 1600 d BGB), überträgt das Familiengericht die Alleinsorge auf den Kindesvater, wenn keine Aussicht besteht, dass der Grund des Ruhens der elterlichen Sorge bei der Mutter wegfallen wird und das Zuteilen der elterlichen Sorge auf den Vater dem Kindeswohl entspricht (§ 1678 II BGB). Er hat in jedem Falle ein Umgangsrecht (§ 1684 I BGB); der leibliche, nicht rechtliche Vater hat dagegen kein Umgangsrecht (§ 1686a BGB). Ob Großeltern und Geschwister ein Umgangsrecht haben, hängt davon ab, ob das rechtliche Band zwischen dem jeweiligen Elternteil und dem Kind besteht und der Umgang im Interesse des Kindes liegt (§ 1685 BGB).

Erst wenn das Kindesverhältnis zum Vater nicht begründet werden konnte und ihm damit auch die elterliche Sorge nicht zusteht bzw. ihm diese entzogen wurde oder aber ruht (§ 1674 BGB), wird (sofern das Familiengericht von der Geburt Kenntnis erhält) eine Vormundschaft angeordnet (§ 1773 BGB; vgl. dazu Veit, 2014: § 1684a BGB Rz. 6). Bei der Auswahl des Vormundes sind u.a. der mutmaßliche Wille der Eltern, die persönlichen Bindungen des Mündels und die Verwandtschaft mit dem Mündel zu berücksichtigen (§ 1779 II BGB); Verwandte des Mündel werden bei der Auswahl angehört, wenn dies ohne erhebliche Verzögerungen und unverhältnismäßige Kosten geschehen kann (§ 1779 III S. 1 BGB). Das bedeutet, dass auch Großeltern und andere Verwandte zum Vormund ernannt werden können.

Das Recht der Mutter auf Anonymität verbleibt ihr als ihr Persönlichkeitsrecht in jedem Fall. Auch wenn der Vater und andere Verwandte das Kind zu sich nehmen bzw. ihnen ein Besuchsrecht gewährt wird. Die Beteiligten sollten also darauf hingewiesen und gebeten werden, dem Wunsch der Mutter möglichst nachzukommen.

## 8. Fazit

Das Recht sollte Konflikte lösen und nicht verschlimmern. Es lohnt sich daher Wege zu suchen, die Konflikte jenseits von Zwang lösen:

Konfliktparteien sollen auf eine Ebene gestellt werden und einander freiwillig entgegenkommen; indem Freiwilligkeit besteht, ist das, was getan wird, etwas Wertvolles – sowohl für den Gebenden als auch für den Nehmenden. Der Gebende erfährt, wie wichtig sein Beitrag ist; er erfährt dadurch Wertschätzung. Und der Nehmende empfängt ein Geschenk. Die Weigerung, etwas zu tun, wird also nicht sanktioniert. Vielmehr muss der Umgang mit unerfüllten Wünschen gelehrt werden. Entweder selbständig oder durch das Angebot von Hilfe. Jeder ist also für sein eigenes Glück selbst verantwortlich. Das Recht muss lediglich Hilfestellung anbieten und dafür ein geeignetes Verfahren vorsehen.

Eine solche Philosophie der Gewaltlosigkeit kann Wunderbares bewirken:

Bei Frauen, die sich wegen der Schwangerschaft in großer Not befinden und die eigentlich keine Mutter sein möchten, führt die Wegnahme jeglichen Zwangs mithilfe der anonymen Geburt dazu, dass sie sich in der Mehrheit der Fälle doch noch für ihr Kind entscheiden und dies nachträglich auch nicht bereuen. Nur ein sehr geringer Prozentsatz aller Frauen, die anonym geboren haben, scheint sich für das Fortdauern der Anonymität zu entscheiden. Die anonyme Geburt scheint in den allermeisten Fällen also eine wertvolle „Verschnaufpause“ zu sein.

Die in Deutschland kürzlich eingeführte vertrauliche Geburt, bei der die Mutter zur Angabe ihrer Personalien verpflichtet ist und deren Identität dem Kind unter Umständen preisgegeben wird, ist nur ein halbherziger Schritt in diese Richtung. Sie gewährt Frauen die benötigte Pause zum Luftholen nicht. M.E. verfehlt diese Regelung deshalb ihr Ziel.

Es lohnt sich also, den Blick nach Frankreich zu richten und Institutionen wie SterniPark, die Mütter in Not aufnehmen, ohne an sie Forderungen zu stellen, staatlich zu unterstützen. Dies, um selbst in ausweglos scheinenden Situationen für Mutter und Kind kleine und große Wunder zu ermöglichen.

## Literatur und Material

Appell, A. R. (2002), Safe Havens to Abandon Babies, Part II: The Fit, *Adoption Quarterly* VI, 1. 61 - 69

Bonnet, C. (1993), Adoption at birth: Prevention against abandonment or neonaticide, *Child Abuse & Neglect*, 17. 501 - 513

Brandon, A. R., Pitts, S., Denton, W. H., Stringer, C. A., Evans, H. M. (2009), A History of the Theory of Prenatal Attachment, *The Journal of Prenatal and Perinatal Psychology and Health*, 23. 201 - 222

De Bortoli, L., Coles, J., Dolan, M. (2013), A review of Maternal Neonaticide: A Need for Further Research Supporting Evidence-Based Prevention in Australia, *Child Abuse Review*, 22. 327 - 339

Dethlefsen, Th. (1984), *Schicksal als Chance*, München: Bertelsmann

Drewermann, E. (2008), *Hänsel und Gretel, Aschenputtel, Der Wolf und die sieben Geißlein, Grimms Märchen tiefenpsychologisch gedeutet*, 4. Aufl., München: Deutscher Taschenbuch Verlag

Dworkin, R. (2011), *Justice for Hedgehogs*, Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press

Hatters Friedman, S., Cavney, J., Resnick, Ph. J. (2012), Mothers Who Kill: Evolutionary Underpinnings and Infanticide Law, *Behavioral Sciences and the Law*, 30. 585 - 597

Hatters Friedman, S., Heneghan, A., Rosenthal, M. (2007), Characteristics of Women Who Deny or Conceal Pregnancy, *Psychosomatics*, 48. 117 - 122

Hatters Friedman, S., Sorrentino, R. (2012), Commentary: Postpartum Psychosis, Infanticide, and Insanity – Implications for Forensic Psychiatry, *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 40. 326 - 332

Institut für Demoskopie Allensbach (2012), *Schwangerschaftskonflikt und anonyme Geburt Befragung von Müttern, die von SterniPark betreut wurden*, [http://www.sternipark.de/fileadmin/content/6227\\_Allensbach\\_-\\_Bericht\\_Sternipark\\_Anonyme\\_Geburt.pdf](http://www.sternipark.de/fileadmin/content/6227_Allensbach_-_Bericht_Sternipark_Anonyme_Geburt.pdf)

Klier, C.M., Grylli, C., Amon, S., Fiala, C., Weizmann-Henelius, G., Pruitt, S.L., Putkonen, H. (2013), Is the introduction of anonymous delivery associated with a reduction of high neonaticide rates in Austria? A retrospective study, *BJOG* 120. 428 - 434

Krischer, M. K., Stone, M. H., Sevecke, K., Steinmeyer, E. M. (2007), Motives for maternal filicide: Results from a study with female forensic patients, *International Journal of Law and Psychiatry*, 30. 191 - 200

Lefaucher, N. (2004), The French 'Tradition' of Anonymous Birth: The Lines of Argument, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 18. 319 - 342



Marshall, J. (2012), Concealed births, adoption and human rights law: being wary of seeking to open windows into people's souls, *Cambridge Law Journal*, 71 (2), July. 325 - 354

McK. Doan, H., Zimerman, A. (2008), Prenatal Attachment: A Developmental Model, *International Journal for Prenatal and Perinatal Psychology and Medicine*, 20. 20 - 28

Oberman, M. (2003), Mothers who kill: Cross-cultural patterns in and perspectives on contemporary maternal filicide, *International Journal of Law and Psychiatry*, 26. 493 - 514

Orthofer, M., Orthofer, R. (2013), Angebot zur anonymen Kindesabgabe, Reduzieren anonyme Geburten und Babyklappen die Tötung von Neugeborenen?, *Pädiatrie & Pädologie*, 48. 22 - 25

Putkonen, H., Weizmann-Henelius, G., Collander, J., Santtila, P., Eronen, M. (2007), Neonaticides may be more preventable and heterogenous than previously thought – neonaticides in Finland 1980 - 2000, *Archives of Women's Health*, 10. 15 - 23

Rosenberg, M. B., Seils, G. (2004), Konflikte lösen durch gewaltfreie Kommunikation, Freiburg i.Br.: Herder

Shelton, J. L., Muirhead, Y., Canning, K. E. (2010), Ambivalence Toward Mothers Who Kill: An Examination of 45 U.S. Cases of Maternal Neonaticide, *Behavioral Sciences and the Law*, 28. 812 - 831

Schwedler, A. (2014), Die vertrauliche Geburt – ein Meilenstein für Schwangere in Not?, *NZ Fam.* 193 - 196

Université Médicale Virtuelle Francophone (UvMaF), L'accouchement sous le secret (2011-2012), [http://campus.cerimes.fr/maieutique/UE-sante-societe-humanite/accouchement\\_secret/site/html/cours.pdf](http://campus.cerimes.fr/maieutique/UE-sante-societe-humanite/accouchement_secret/site/html/cours.pdf)

van Bakel, H.J.A., Maas, A.J.B.M., Vreeswijk, C.M.J.M, Vingerhoets, A. J.J.M. (2013), Pictorial representation of attachment : measuring the parent-fetus relationship in expectant mothers and fathers, *Pregnancy and Childbirth*, 13. 138. 1 - 9

Veit, Barbara (2014), § ... BGB Rz. ..., Beck'scher Online-Kommentar BGB. Edition 33. Stand 1.11.2014

Willenbacher, B. (2004), Legal transfer of French traditions? German and Austrian initiatives to introduce anonymous birth, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 18. 343 - 354

**Dr Nataša Hadžimanović,**

Viši naučni istraživač,

Maks Plank Institut za uporedno i međunarodno privatno pravo,

Hamburg, Nemačka

### **PRINUDA ILI SLOBODA: POVERLJIVI I ANONIMNI POROĐAJ Rezime**

*Mali broj žena se odlučuje na anonimn porođaj van bolnice, kao što je i mali broj onih koje odluče da napuste novorođenče ili ga liše života ubrzo nakon porođaja zbog ozbiljnih problema u razvoju deteta. Da li majke, koje žele da ostave svoje dete zbog ozbiljnih smetnji u razvoju, imaju zakonsko pravo na anonimn porođaj? Odgovor na ovo pitanje umnogome zavisi od načina na koji svi oni koji su uključeni u zakonodavni proces shvataju svet u kome živimo, a prvenstveno je to stvar kulture.*

*Ukoliko zakonodavac veruje da ljudi mogu svoje probleme najbolje rešiti bez prisile od strane države, žena nikada neće biti primorana da se odrekne svog prava na anonimnost (anoniman porođaj) ukoliko nije spremna na majčinstvo. Umesto toga, zakonodavac će joj omogućiti pravo na anonimn porođaj, čime se ni njeno zdravlje ni zdravlje deteta ne dovodi u opasnost. Zakonodavac će takođe ponuditi (a ne nametnuti!) neophodnu stručnu pomoć kako bi tim ženama olakšali brigu o detetu. Zakonodavac će takođe ostaviti mogućnost da se majka i dete sretnu u nekom kasnijem periodu, ukoliko za to budu zainteresovani i spremni. Ovakav neprinudni model izabrao je zakonodavac u Francuskoj jer se veruje da je majka svesna svojih postupaka i da joj treba omogućiti tu alternativu, pri čemu dete i majka kasnije imaju mogućnost da sami odluče o međusobnom odnosu.*

*Međutim, za mnoge ljude, takvo rešenje je nezamislivo jer nije u skladu sa njihovim razumevanjem sveta, gde je zakon sredstvo prisile koje primorava ljude da se ponašaju na određeni način naročito kada je reč o osnovnim pitanjima kao što je pravo na informaciju o sopstvenom poreklu.*

*Suočeno sa aktuelnim problemom napuštenih beba, nemačko zakonodavstvo je došlo do kompromisnog rešenja koje omogućava ženama pravo na poverljiv ali ne i anonimn porođaj. Deca imaju pravo da traže podatke o svom poreklu, ali isključivo ukoliko njihov interes da saznaju svoje poreklo ima prevagu nad interesom majke da ostane anonimna. Nemački zakonodavac se, dakle, opredelio za blažu formu prinude.*

*U tom kontekstu, postavlja se pitanje koje rešenja je najsvrsishodnije.*

*Zanimljivo je videti u nedavno sprovedenom istraživanju da majke koje su imale anoniman porođaj, a nisu bile izložene bilo kakvom pritisku ili nametu protiv njihove volje, u većini slučajeva odlučuju da zadrže dete. Čak i kada se odluče da daju dete na usvajanje, one se u većini slučajeva ne opredeljuju za anonimno ili incognito usvajanje. Samo 5% od ukupnog broja žena koje su imale anoniman porođaj ne žele da otkriju svoj identitet. Po mišljenju autora, takav rezultat ne samo da predstavlja iznenađenje nego i malo čudo.*

*Može se reći da anonimni porođaj u većini slučajeva jednostavno prestavlja važno sredstvo kojim se, u sigurnom okruženju, eliminiše pritisak društva na već uznemirene i krajnje frustrirane majke. Iz ovoga proizilazi da je najbolje rešenje ono gde nema bilo kakve prisile ili prinude od strane države.*

*Put do ljudskog srca leži u poštovanju a ne prinudi. Ovaj princip bi u najvećoj mogućoj meri trebalo integrisati u zakonodavstvo.*

***Ključne reči:*** anoniman porođaj, poverljiv porođaj, sloboda izbora, komparativno porodično pravo, francusko pravo, nemačko pravo.



**Dr Dragan Stojanović,\***  
Redovni profesor Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Nišu,  
Sudija Ustavnog suda Republike Srbije

originalan naučni članak

UDK: 342.565.2

Rad primljen: 10.04.2016.  
Rad prihvaćen: 08.05.2016.

## **USTAVNI SUD U SVETLU INTERPRETATIVNIH ODLUKA U NORMATIVNOJ KONTROLI**

**Apstrakt:** U sistemu zasnovanom na podeli vlasti, zbog prirode svoje funkcije, ustavno pravosuđe nalazi svoje mesto na preseku prava i politike. Iz ovoga proizlazi obaveza ustavnog sudstva na strogu političku neutralnost, naročito prema političkim vlastima, zakonodavnoj i izvršnoj. Ustavni sud je takođe vezan principom podele vlasti, tako da je svaka njegova „politizacija“, svako vođenje vlastite politike koja nema osnova u ustavnopravnoj interpretaciji, potpuno neprihvatljivo. Imajući u vidu noviju praksu Ustavnog suda Republike Srbije, u radu će biti istražene i kritički ocenjene često primenjivanje interpretacione konstrukcije u normativnoj kontroli prava kojima se ustavno pravosuđe pomaže u cilju očuvanja svoje dosledno neutralne pozicije prema legislativi. Posebna pažnja biće namenjena interpretativnim odlukama Ustavnog suda kojima se, u suštini, zakon „spašava“ od kasacije, ali uz neizbežno „pozitivno“ delovanje Ustavnog suda. Ove odluke imaju svoje dogmatsko polazište u principu ustavno konformnog tumačenja zakona.

**Ključne reči:** ustavni sud, politizacija, ustav, interpretacija.

### **1. Opšti pristup**

U racionalizovanom parlamentarnom modelu vlasti, dakle, sistemu državne vlasti zasnovanom na principu podele, uzajamne kontrole i ravnoteže vlasti, uzdizanjem načela ustavnosti iznad principa parlamentarne supremacije, ustavnom sudstvu je namenjena posebna uloga.

---

\* stojand@prafak.ni.ac.rs

Ova institucija dobija opšti zadatak da proverom najznačajnijih manifestacionih formi pravnih funkcija, kako stvaranja, tako i primene prava, tj. svojevrsnom kontrolom zakonodavne, izvršne i sudske vlasti, garantuje primat i integritet ustava, najviše rangiranog prava u državnoj jedinici.

Prirodu i karakter ustavnosudske funkcije *ab initio* određuju priroda i značaj ustavnih sporova koje ustavni sudovi principijelno rešavaju. Ti sporovi pokazuju se, po pravilu, kao sukobi generalnih normi različitog stepena opštosti ili kao sukobi između najviših državnih organa nastali vršenjem ustavom dodeljenih kompetencija, koji takođe zahtevaju ustavnopravno razrešenje. U sve većem broju država ustavni spor obuhvata takođe pobijanje ustavnosti pojedinačnih akata i radnji javne vlasti zbog povrede Ustavom garantovanih prava. U ovom slučaju; izjavljivanjem posebnog pravnog sredstva – ustavne žalbe, osporena je usklađenost sudskih odluka sa „specifičnim“ ustavnim pravom.

Zbog svog značaja za državni život funkcija ustavnog pravosuđa se nalazi u posebnom odnosu prema zakonodavnoj, izvršnoj i sudskoj funkciji. Dok u jednom slučaju koriguje zakonodavnu, odnosno funkciju stvaranja prava uopšte, dotle se u drugom slučaju pojavljuje kao specifična pravna kontrola, specijalno ispitivanje ustavnopravne valjanosti sudskih odluka. Zajedničko za obe situacije je da se za isključivo merilo provere uzima jedino važeći ustav, bilo u celini bilo samo onaj njegov deo koji postavlja „sistem“ osnovnih prava čoveka. Kako „pozitivno“ ustavnosudsko ispitivanje u datom slučaju obavezno prati sankcija prema predmetu kontrole, proizlazi da ustavno pravosuđe, funkcija ustavne kontrole, predstavlja potpuno nezavisnu funkciju vlasti. Po nekim mišljenjima, ustavno pravosuđe ili ustavno sudstvo ima kvalitet četvrte grane državne vlasti (Vučić: 2010: 21). U Nemačkoj, međutim, ustavno sudstvo se u organizacionom pogledu smatra delom sudske vlasti, bez obzira na sve posebnosti koje se priznaju ili se mogu izvesti iz funkcije ustavnog pravosuđa.<sup>1</sup>

## **2. Mesto ustavnog pravosuđa na „preseku prava i politike“**

Smisao i najopštiji cilj ustavnog pravosuđa je čuvanje i održanje prava najvišeg ranga. Načelno, ovu misiju ustavni sud bi trebalo isključivo da ostvaruje vršenjem pravne, a ne primenjivanjem političke kontrole,

---

1 Prema Osnovnom zakonu (GG, 92), „sudska vlast je poverena s udijama; vrše je Savezni ustavni sud, savezni sudovi predviđeni ovim Osnovnim zakonom i zemaljski sudovi“ Ovo je prvi član odeljka IX Osnovnog zakona koji ima naslov „Pravosuđe“ („Rechtsprechung“).

koja se ostvaruje u odnosima između političkih državnih organa, kao što su, na primer, parlament i vlada. U postupku ustavne kontrole normi ustavni sud ne ispituje da li je zakonodavac ili drugi donosilac generalnih normi koristio svoja ovlašćenja politički razumno, oportuno ili celishodno. Njegov je zadatak jedino da proveri da li se normotvorac pridržavao ustavnopravnih i zakonskih granica koje su postavljene njegovoj slobodi pravnog oblikovanja životnih odnosa.

Pravna ograničenja kontrolne i korektivne kompetencije ustavnog suda proizlaze iz njegove najopštije funkcije. Ustavni sud treba da bude „čuvar“ ustava, negde i zakona, ali ne može da bude garant čitavog prava. To znači da u postupku provere i ispitivanja normi, bilo opštih bilo pojedinačnih, ustavni sud može da primenjuje, kao merilo ispitivanja, jedino ustav, negde još međunarodni ugovor i zakon. S druge strane, odlučivanjem o ustavnim žalbama, na primer, ustavni sud ne može, kao revizijska sudska instanca, da utvrđuje i otklanja bilo koje nedostatke ili pogreške u sudskoj odluci. Principijelno, ustavno pravosuđe bi trebalo da interveniše samo onda i ukoliko su tumačenje i primena prava u sudskoj odluci suprotni ustavu, odnosno ustavom garantovanim pravima. Ovaj kriterijum razgraničenja ipak daje značajan slobodni prostor unutar koga se ustavni sud rukovodi načelom da ustavna kontrola mora da bude utoliko intenzivnija ukoliko jedna opšta norma ili njena primena više zahvata u zaštićeno područje garantovanih prava.

Judikatura o ustavu uopšte, kao i u institucionalnom pogledu samostalno ustavno sudstvo, pretpostavlja da je ustav neposredno primenljivo, obavezujuće pravo najvišeg ranga. Iz ovoga sledi da ustavnosudska zaštita ustava ne bi mogla da ide dalje od pravnog kvaliteta ustava i njegovog posebnog ranga. Ustavni sud je dužan da štiti jedino normativnu supstancu ustava, tako da se mora prihvatiti da su sva područja ustava koja nemaju normativni ili justicijalni kvalitet, na primer, programske i direktivne norme, političke i moralne konstatacije i slični nepravni sadržaji ustava, po pravilu izuzeti od ustavnosudske kontrole i zaštite. S druge strane, nije sporno da o pitanjima da li se doista radi o nejusticijalnim, političkim, moralnim ili drugim nepravim područjima ustava, kao i o tome gde se nalaze njihove granice, odlučuju ustavni sudovi u postupku normativne kontrole, a ne politički državni organi. Ustavni sud, dakle, mora uvek da nastoji da politiku ostavi u njenom vlastitom području, izvan ustavnopravnog okvira u kome ona može potpuno slobodno da deluje. Ne bi smelo da se izgubi iz vida da ustavni sud nije zamišljen kao politički organ, ni po svom sastavu ni po procedurama kojima ostvaruje svoju misiju.

Načelo demokratije principijelno ide zajedno sa načelom vladavine prava, u čijoj službi se zapravo nalazi samo ustavno sudstvo. Obično su ova načela državnopravnog poretka komplementarna jedno drugome, najčešće se skladno dopunjuju. Međutim, nije isključeno da se povremeno među njima javljaju odnosi neusklađenosti, napetosti, pa i direktnih sukobljavanja. Ti slučajevi napetosti i suprotnosti između načela demokratije i vladavine prava jedino se mogu razrešavati odmeravanjem, što znači davanjem u konkretnom slučaju prednosti jednome od ovih načela. U slučaju kasacije zakona, na primer, očigledno je da se odlukom ustavnog suda daje prednost vladavini (ustavnog) prava na račun demokratskog odlučivanja zakonodavca.

Ustavni sud nije politički organ. Bez obzira što ne vodi politiku, izvesno je da se sa njom nalazi u manje ili više bliskom odnosu. Ustavni sporovi često se pokazuju kao stvarni ili prividni politički sporovi, posebno ako se imaju u vidu posledice koje odluke ustavnog suda izazivaju u ustavnoj stvarnosti. U stvari, ustavno sudstvo je nastalo kako bi snagom sudskog autoriteta bilo u stanju da ispita akte politike koji razvijaju pravna dejstva, odluke vlade i zakonodavne akte parlamenta, koji nemaju „čisto“ politički karakter, i da te akte eventualno anulira, deklarirajući nevažećim, zbog njihove nesaglasnosti sa ustavom. To znači da je ustanovljavanjem ustavnog sudovanja zapravo institucionalizovana pravna kontrola politike. Na ovaj način raskida se sa pravnom tradicijom načelnog očuvanja rigidne sudske neutralnosti prema pitanjima koja ulaze u domen političke celishodnosti. U modernoj konstitucionoj državi taj ekskluzivni politički prostor koji je u svemu izuzet od ustavne, i uopšte pravne kontrole, sve se više sužava. Može se tvrditi da je pojava ustavnog sudstva upravo izraz promenjenog razumevanja odnosa politike, odnosno demokratije, kao njenog legitimacionog osnova, prema pravnoj državnosti, posebno kada se ima u vidu svagda napeti odnos između zahteva za „primatom politike nad pravom“ i suprotnog zahteva za vladavinom prava, što znači „primatom prava nad politikom“. Sa idejom čvrstog ustava, koju je pratila pojava i izgradnja ustavnog sudstva, sada se ovaj odnos između politike i prava razrešava u korist (političkog) prava, tačnije ustavnog prava.

Za svaki ustavni sud može da se prihvati konstatacija *Gerharda Lajbholca* da se mesto ustavnog suda nalazi na „preseku prava i politike“ (Leibholz, 1974). Da i među samim članovima ustavnih sudovima postoji jasna svest o preplitanju i napetom odnosu prava i politike, potvrđuju reči nekadašnje predsednice nemačkog Saveznog ustavnog suda *Jute Limbah* da ovaj sud „predstavlja istaknuti faktor u političkom procesu“. Dok je *Ernst*



*Benda*, još jedan bivši predsednik Saveznog ustavnog suda, govoreći o odnosu prava i politike, upotrebio metaforu da se ovde, u stvari, radi o „agregatnim stanjima iste stvari,“ (Häberle, 1996: 8), dotle *Erhard Mok* s pravom konstatuje „različitu gustinu normativnog prožimanja i različitu meru obaveznosti“ koja pripada pravu, s jedne, i politici s druge strane; pravo, kao „očvrsnuli deo prošle politike, postavlja sadašnjoj (politici) sadržajne granice“ (Häberle, 1996: 8). Ako se prihvati ova orijentacija, onda je očigledna dalekosežna evolucija u odnosu politike prema pravu: pravo je danas, kako kaže *Peter Heberle*, politika od juče, politika danas, pravo je sutra (Häberle, 15). Ocenjujući validnost aktuelnog prava, ustavni sud daje svoj autoritativni sud o prošloj politici koja je uobličena, „okamenjena“ u pozitivnim pravnim formama, pre svega, zakonu i uredbi.

Iz ove čisto deskriptivne slike, međutim, ne mogu da se dobiju nikakvi strogi iskazi o različitim zadacima politike i pravosuđa, pi ni konkretna ukazivanja na jedino „ispravni“ način i obim delovanja ustavnog suda. Zbog toga izvorna intencija ovog promišljanja odnosa politike i ustavnog suda više leži u naglašavanju uzajamnosti, ali i nemogućnosti potpunog sadržajnog diferenciranja, nego u apsolutnom razgraničenju domena politike i domena ustavnog prava. Između ovih domena nužno postoje izvesne „sive zone“ čiju prirodu nije uvek lako utvrditi.

Ustavni sud justicijalizuje politiku, svodi je u granice ustavnog prava, ali ne sme da deluje „politički“, niti da se povodi merilima politike. Ako se rukovodi političkim rezonima, onda se sam ponaša kao „političar“, prelazeći prvu granicu svog polja delovanja. Njegova funkcija, dakle, ne sme da bude politizovana. Neretko upućuju se prigovori ustavnom sudu da pomera težište između parlamenta i pravde, tako što se ponaša kao vrhovni zakonodavac ili da sebe stavlja na mesto ustavnog zakonodavca. Sa uvođenjem odlučivanja ustavnih sudova o ustavnim žalbama građana prigovori su postali drugačiji, ali ne manje snažni u diskvalifikaciji preteranog sudskog aktivizma. Tako se ponekad ustavnom sudu prigovara da se razmahao „od čuvara do gospodara ustava“, da deluje kao „produžena ruka opozicije“, da se prema sudskoj vlasti ponaša kao „super revizionarna instanca“, da je „uzurpator sudske nezavisnosti“ itd.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Ponekad se u kritici išlo toliko daleko da se, na primer, u opisivanju zavisnosti nemačkog Saveznog ustavnog suda od politike cinično govorilo o „alijansi crvenih toga u Karlsrueru sa crnim političarima u Bonu“. Postojali su, štaviše, predlozi, onda kada se smatralo da se zbog izrazite politizacije Savezni ustavni sud našao u ozbiljnoj krizi, da se ovaj sud suštinski reformiše, kako bi se vratio na „pravi“, demokratski put ustavne kontrole. Neki od njih zagovarali su čak uki-

Da bi doista vršilo funkciju neutralne vlasti, ustavno pravosuđe svakako ne bi smelo ne samo da neposredno uđe u politički proces, nego ni da prilazi previše blizu političkom odlučivanju. Poslednje mora u potpunosti da bude rezervisano za parlament i vladu, pa i onda kada su njegovi rezultati kompromitujući za političku vlast ili problematični sa aspekta pravne državnosti. Zbog toga se može prihvatiti načelni stav da je zadatak politike i ustavnog prava uspostavljanje „praktične saglasnosti između različitih pravnih područja koja su dospela u napeti odnos“ (Hesse: 1982:31). Misija ustavnog suda je da politiku regularno svede u granice (ustavnog) prava.

Obično je politička vlast nepoverljiva prema ustavnom sudu, upravo zato što se smatra da rezultati ustavne kontrole prvenstveno njoj ne idu u politički račun. Aktuelna vlast je donela ili tolerisala zakon koji je proglašen protivustavnim; njena odgovornost postoji u svakom slučaju. Da bi se ova odgovornost umanjila, ustavnom sudu se ponekad zamera da deluje kao „produžena ruka“ parlamentarne opozicije, da se ponaša kao „neodgovorna vlast“. Ova i slične tvrdnje su, dabome, preterane. Kada ustanovljava suprotnost parlamentarnog zakona ustavu, ustavni sud ne sledi političko stanovište opozicije o zakonu, koje je poslovično negativno, niti daje za pravo njenom protivljenju u postupku donošenja zakona. U stvari, kada se ima u vidu priroda najvažnijih ustavnih sporova, odlukom ustavnog suda ne mogu biti zadovoljne nekada opozicija nekada parlamentarna većina. Ako ustavni sud deklarise zakon ustavnim, onda se njemu prigovara da je u službi vladajuće većine. Ako pak zakon oglasi neustavnim, onda parlamentarna većina tvrdi da je ustavni sud produžena ruka opozicije. Prirodno je, međutim, da teret političke odgovornosti nosi parlamentarna većina, bilo zato što je ta većina u parlamentu donela neustavni zakon, bilo zato što blagovremeno nije pristupila promeni zakona koji je doneo prethodni parlamentarni sastav. To što iz ove okolnosti parlamentarna opozicija, podržavajući odluku ustavnog suda, pokušava da izvuče maksimalni politički dobitak ne može biti razlog da se ustavnom sudu prigovara kako „pomaže“ opoziciji. Ni slična tvrdnja da je ustavno sudstvo „neodgovorna vlast“ koja olako pristupa kasaciji zakona niti je dokazana potvrđujućom praksom, niti ima neko drugo razumno opravdanje.

Dok se u slučaju donošenja kasatornih odluka ustavnom sudu prigovara da staje na stranu opozicije, da ništeći zakonodavnu radnju vlade utiče

---

danje normative kontrole ili postavljanje izuzetno strogih formalnih uslova za njeno primenjanje. Upor. R. Lamprech, /W. Melanowsky, *Richter machen politik*, S. 10/13. Nav. prema: (Häberle, 1996: 8).

na njenu političku stabilnost, dotle se u slučaju odbijanja da utvrdi neustavnost zakona ustavnom sudu prigovara da štiti vlast, tako što toleriše njeno „očigledno“ neustavno ponašanje ili odlaganjem odlučivanja reaguje prekasno. Za tvrdnju da je ustavni sud „produžena ruka“ vlasti često se traže dokazi u praksi suda, „iznenađujućim“ odlukama kojima se ne sankcioniše protivustavno ponašanje javnih vlasti, odugovlačenju sa postupkom, zakasnelom donošenju odluka, odlaganju stupanja odluke na snagu bez naročito opravdanih razloga, zastajanju sa postupkom, preterivanju sa deklarativnim odlukama, pa i donošenju interpretativnih odluka kojima se „spašava“ zakon od kasacije i dr. Zbog navodno dokazane preterane saradnje sa političkom vlašću, pojedini autoriteti, *Marko Pavlović*, na primer, Ustavni sud su cinično nazvali „uslužni sud“. Neki konstitucionalisti, *Olivera Vučić*, pre svih, smatraju da se pažljivijim uvidom ponekad može ustanoviti postojanje „tihe kolaboracije“ ustavnih sudova sa političkim javnim vlastima. Ukoliko bi takvo ponašanje ustavnog suda doista postalo njegova prepoznatljiva, a time predvidljiva stalna praksa, onda bi se nepovratno urušio autoritet ove institucije; izgubilo bi se poverenje građana u nezavisnost i delotvornost ustavnog pravosuđa.

### **3. „Politizacija“ Ustavnog suda i doktrina sudske uzdržljivosti**

Slično iskustvima drugih ustavnih sudova, Ustavni sud nije izuzet od povremenih kritičkih opaski da politizuje svoju ustavnu funkciju, bilo zbog navodno preteranog respektovanja zakonodavne i izvršne vlasti bilo zbog aktivnog delovanja koje je bliže političkom, a ne sudsko-pravnom rezonovanju. Dok su u jednom slučaju kritičke primedbe dolazile uglavnom od predstavnika ustavnopravne teorije, koja je poslovično nezadovoljna „nedostatkom hrabrosti“ Ustavnog suda da adekvatno i pravovremeno reaguje, dotle su u drugom slučaju ton osporavanju ustavnosudske interpretacije davali bilo nosioci političke vlasti, bilo njihovi oponenti, pre svega ukazivanjem na neke „pogrešne“ odluke Suda. No, obično su takve tvrdnje, kao i drugde, pratile nedvosmislene izjave lojalnosti odlukama Ustavnog suda, tj. izjave političara i partijskih lidera da će se, mada „očigledno pogrešne,“ odluke ustavnog pravosuđa ipak poštovati. Upadljivo je, međutim, da izuzetno oštra kritika prakse Ustavnog suda, ponekad doista potpuno neopravdana ili preterana, nije nikada išla toliko daleko da bi dovela u pitanje samu funkciju ustavnog pravosuđa. Za Ustavni sud nikada se nije vezivala tvrdnja da je ova institucija proizvoljnom ili pogrešnom interpretacijom sama grubo povredila princip podele vlasti i zašla u polje koje je rezervisano

za delovanje političkih subjekata ili da je maliciozno povredila ekskluzivni domen redovne sudske vlasti. Delovanje Ustavnog suda ipak nije kvalifikovano kao uzurpacija vlasti, tako da, kako politička, s jedne, tako ni naučna kritika, s druge strane, nisu dovodile u pitanje samu instituciju Ustavnog suda, niti su tražile njegovu radikalnu ustavnopravnu rekonstrukciju.

Nema sumnje da je Ustavni sud do sada jasno iskazivao nameru da striktno poštuje doktrinu sudskog ograničenja i sudske uzdržljivosti, ne samo u kontroli ustavnosti zakona, nego i proveravanju ustavnosti odluka redovnih sudova u postupku po ustavnim žalbama. U poslednjem slučaju, dakle, kada je reč o kontroli ustavnosti odluka redovnih sudova i proveru njihove konformnosti sa osnovnim pravima garantovanim Ustavom, čini se da je Ustavni sud, iako svestan rizika konfrontacije sa Vrhovnim kasacionim sudom, posle izvesnog kolebanja, postepeno napuštao doktrinu rigidne uzdržljivosti, tražeći oslonac za vlastiti sudski aktivizam u interpretacionim figurama Suda u Strazburu. Nije isključeno, međutim, da mu se može zameriti da je u pojedinim slučajevima u tome možda otišao predaleko, postupajući kao viša sudska instanca.

Kada je u pitanju normativna kontrola prava, poslednjih nekoliko godina sve su češće ocene da je Ustavni sud preterao u svojoj orijentaciji ka doktrini sudske uzdržljivosti, izbegavajući kasaciju normativnih akata u kojima je jasno bila izražena politika Vlade. Pri tome, razvijena je u njegovoj stalnoj praksi sumnjiva konstrukcija „političkih akata“ koji izmiču ustavnosudskoj kontroli.<sup>3</sup>

3 Paradni primer za ovu praksu Ustavnog suda je njegova odluka *IUo - 247/13* od 19. aprila 2013. godine („*Sl. glasnik RS*“, broj 13/15 ) kojom je odbačen predlog za ocenu ustavnosti i zakonitosti parafiranog „Prvog sporazuma o principima koji regulišu normalizaciju odnosa“ između Vlade Republike Srbije i Privremenih institucija samouprave u Prištini („Briselski sporazum“). Gotovo svi značajniji predstavnici ustavnopravne doktrine (K. Čavoški, R. Marković, V. Đurić, S. Orlović, Z. Tomić, V. Petrov, T. Marinković i dr.) smatrali su da ovaj sporazum podleže ustavnoj kontroli. Štaviše, ni sam sud nije bio jedinstven u ovom slučaju, tako da je čak četiri sudija izdvojilo svoje protivno mišljenje (O. Vučić, K. Manojlović Andrić, B. Nenadić i D. Stojanović), tvrdeći ne samo da „Briselski sporazum“ podleže ustavnosudskoj kontroli, nego i da je suprotan Ustavu. V. izdvojena mišljenja sudija Ustavnog suda: „*Sl. glasnik RS*“, broj 13/15. Konstrukcija „političkih akata“ koju je Ustavni sud razvio ocenom ustavnosti „Briselskog sporazuma“ ponovo je osporena u zajedničkom izdvojenom mišljenju (Stojanović, Vučić, Manojlović Andrić) na odluku Ustavnog suda *IUo-189/13* („*Sl. glasnik RS*“, broj 65/15 ) kojom je odbačena inicijativa za ocenu ustavnosti zaključka Vlade o prihvatanju „Briselskog sporazuma“ i odluke Narodne skupštine („*Sl. glasnik RS*“, broj 38/13) o prihvatanju izveštaja o dosadašnjem procesu političkog dijaloga sa privremenim institucijama samouprave u Prištini uz

Kada je uopšte reč o granicama materijalne kontrole ustavnosti zakona u praksi Ustavnog suda,<sup>4</sup> imajući u vidu veoma oprezno, možda previše strogo vođenje računa o domašaju principa podele vlasti, može se zapaziti da je, u svetlu projektovanog odnosa politike i prava, Ustavni sud na svoj način prihvatio doktrinu *political question*, koju je svojevremeno razvio američki *Supreme Cort*.<sup>5</sup>

U praksi Ustavnog suda ovu ulogu dobila je sintagma „stvar zakonodavne politike“. Ukoliko je mišljenja da je sporno pitanje isključivi domen zakonodavne slobode oblikovanja, „stvar politike zakonodavca“, onda će Ustavni sud da odbaci inicijativu ili predlog za ispitivanje materijalne ustavnosti zakona, s pozivom na odredbe Ustava kojima je utvrđena njegova nadležnost, kao i ustavno ovlašćenje za zakonodavca da uređuje određene životne odnose. U više svojih odluka Ustavni sud je primenjivao ovaj kriterijum, po pravilu ne objašnjavajući bliže zbog čega je sporno pitanje ocenio kao „stvar zakonodavne politike“.

Upravo zato što je neobrazložena, konstrukcija da je neko pitanje „stvar zakonodavne politike“, da je u datom slučaju deo zakonodavne politike, može se dovesti u sumnju. Navodno odustajanje od „mešanja u zakonodavnu politiku“ može da se shvati, i obično se shvata, kao traženje kakvog-takvog opravdanja za odbijanje ozbiljnijeg ispitivanja ustavnosti zakona, što može odvesti u „samolišavanje Ustavnog suda obavljanja svoje osnovne Ustavom utvrđene nadležnosti“, lošu praksu, koja u konačnom ishodu ima za posledicu „marginalizovanje osnovne misije ustavnog pravosuđa“.<sup>6</sup>

---

posredovanje Evropske unije, uključujući proces implementacije postignu tih dogovora.

4 Videti šire o kontroli ustavnosti zakona u praksi Ustavnog suda kod Bose Nenadić (Nenadić, 2007: 59–87).

5 Jednostavno, američko ustavno pravosuđe se uzdržava od odlučivanja o ustavnosti zakona ako je mišljenja da se radi o pitanju o kome se odlučuje prvenstveno prema političkim gledištima. Pri tome, merilo za ocenu da bi se trebalo uzdržati od ustavne kontrole nije samo stvarna (ne)mogućnost da se dođe do formalne sudske odluke, nego je pre u pitanju pragmatični kriterijum – potencijalna šteta koja bi za drugu vlast, zakonodavca, nastala odlukom kojom bi Sud odbio primenu zakona. Ako Vrhovni sud dobije na rešavanje *političko pitanje*, odnosno pitanje koje on smatra političkim, onda odbacuje vođenje postupka kontrole kao nedopušteno prethodno pitanje, bez bilo kakvog materijalnog ispitivanja zakona.

6 O. Vučić, *Jedna (ne)evropska odluka Ustavnog suda? ili «O granicama slobode parlamenta i zaštiti građana od njegove samovolje»*, Pravni informator, Beograd, broj 3/14, str. 12. Povod za reakciju sudije Vučić bila je odluka Ustavnog suda *IUz-2/10* usvojena 14. marta 2013. („*Sl. glasnik RS*“, broj 53/13). Koristeći se konstrukcijom „stvar zakonodavne politike“, Ustavni sud je jednostavno odbio da kasira osporene odredbe Zakona o izmenama i dopunama Zakona o

Konstrukcija „političkih akata“ može da ide mnogo dalje od formule „stvar zakonodavne politike“, jer se njome može odbiti ispitivanje svih normativnih akata koji se nalaze u „sivoj zoni“, opštih akata koji samo prividno opominju na „čisto“ političke akte. Preciznije, reč je o opštim aktima koji su delom političkog, ali delom pravnog karaktera, jer za adresate utvrđuju konkretna prava i obaveze. Dok se u jednom slučaju, dakle, ocenjivanju da je sporno uređivanje „stvar zakonodavne politike“, mora, bar u izvesnoj meri, ipak ući u pitanje materijalne ustavnosti, da bi se utvrdilo da li doista postoji zakonodavna sloboda oblikovanja bez ikakvih ustavnih ograničenja, dotle je u drugom slučaju takvo ispitivanje obično nepotrebno. Upuštanje u materijalnu ustavnost je izlišno, ako se jednostavno zauzme stanovište da se ne radi o opštem aktu koji podleže ustavnosudskom ispitivanju. Tada se interpretacija svodi samo na dokazivanje da se ne radi o normativnom aktu, na opisivanje njegovih formalnih svojstava koja mu oduzimaju normativnost. To znači da se konstrukcijom „političkih akata“ pitanje materijalne ustavnosti prosto prebacuje na teren utvrđivanja procesnih pretpostavki za vođenje ustavnosudskog postupka. Ako jedan opšti akt Ustavni sud označi kao „politički akt“, onda neminovno sledi konstatacija da taj akt ne može da bude predmet ustavnosudskog ispitivanja, bez obzira na pravna dejstva koja je proizveo.

Za utvrđivanje granica ustavnosudske kontrole i njenog odnosa prema legislativi, posebno je značajno nastojanje Ustavnog suda da razreši problem zakonodavnih propusta ili zakonskih praznina. Sa njime se ovaj sud do sada nije eksplicitno bavio, niti je donosio formalne odluke u kojima bi se nalazila izričita konstatacija neustavnosti zbog zakonodavnog propuštanja. Naprotiv, Ustavni sud je uvek stajao na prećutnom stanovištu da je njegova uloga u ispitivanju akata legislative čisto „negativna“, tako da dugo nije prihvatao nadležnost da nekom vrstom interpretativnih odluka popunjava zakonodavne praznine.<sup>7</sup> Umesto toga, po

---

parničnom postupku („*Sl. glasnik RS*“, broj 111/09). O. Vučić smatra da je Ustavni sud time propustio dobru priliku da se upusti u problem određivanja granica „zakonodavnoj moći parlamenta“.

<sup>7</sup> Prvi pravi izuzetak je u činjen odlukom IU-82/07 od 10. septembra 2009. godine, kojom je izvršeno ocenjivanje ustavnosti člana 64 Zakona o poljoprivrednom zemljištu u, potom odlukama IUz-98/09 od 23. jula 2011. godine i IUz-107/01 od 24. novembra 2011. godine, kojima je ocenjivana ustavnost odredbi člana 20ž Zakona o privatizaciji, odnosno člana 19 Zakona o upravnim sporovima. Inače, prvi put se pitanje ustavnosudskog popunjavanja zakonodavne praznine u praksi Ustavnog suda ozbiljnije postavilo prilikom ocene ustavnosti odredbi člana 43 Zakona o izboru narodnih poslanika u predmetu *IU-42/08*, ali je Sud u tvrdio, odlukom koju je doneo

okončanju postupka, ponekad je pribegavao „dopisivanju“ sa Narodnom skupštinom, dostavljajući joj svoja mišljenja o ostvarivanju ustavnosti i zakonitosti, ukazujući, *inter alia*, na sporna pitanja u vezi sa primenom pojedinih zakona ili potrebu da se u određenom pravcu izmene izmene i dopune u postojećem zakonodavstvu.

Smetnju za ovakvu „prepisku“ Suda sa parlamentom nije predstavljala ni okolnost da je ova aktivnost ustanovljena zakonom, a ne Ustavom, koji je jedini pozvan da utvrđuje nadležnost ustavnog pravosuđa. Najviše pravo, međutim, ne predviđa kao posebnu nadležnost Ustavnog suda davanje pravnih mišljenja ili obavezujućih tumačenja, tako da se „dopisivanje“ sa Narodnom skupštinom pre može smatrati svojevrsnim, savetodavnim učestvovanjem u zakonodavstvu, nego delom funkcije ustavne kontrole. Ova praksa Suda, koja se po nekim mišljenjima smatra „reliktom prošlosti“, komplementarnom negdašnjoj poziciji ustavnog sudstva u sistemu jedinstva vlasti, sve se ređe primenjuje. Time će se svakako zaoštriti problem zakonodavnih praznina, uopšte granica ustavnosudskog ispitivanja zakona, i njegovog odnosa prema legislativi. U pređašnjem slučaju, komunikacijom sa parlamentom po okončanju postupka, mada na prvi pogled ne deluje tako, Ustavni sud je mogao jače da zahvata u ovlašćenja zakonodavca nego pri „običnom“ deklarisanju zakona neustavnim. Jednostavno, u informacijama Ustavnog suda mogli su da se nađu elementi pozitivnog oblikovanja, doduše, u formi konsultacije. U slučaju oglašavanja zakona nesaglasnim Ustavu, novo oblikovanje ostaje u svemu isključiva stvar zakonodavca.<sup>8</sup>

#### **4. Princip ustavno konformnog tumačenja zakona i interpretativne odluke**

U ustaljenoj praksi Ustavnog suda potvrda striktnog poštovanja političke neutralnosti, uz istovremeno vođenje računa o autoritetu zakonodavca, može se videti takođe u prihvatanju principa ustavno konformnog tumačenja zakona. Prema ovom principu interpretacije koji

---

tek 14. aprila 2011. godine, da se u slučaju norme koja je osporena zapravo radi o prividnom zakonodavnom propustu.

8 V. o odnosu Ustavnog suda prema propustima zakonodavca: B. Nenadić/A. Kartag-Odri/K. Manojlović-Andrić, *Problematika pravnih praznina u ustavnoj jurisprudenciji – primer Republike Srbije*, nacionalni referat, XIV Konferencija ustavnih sudova Evrope, na temu: *Problematika zakonodavnih propusta u ustavnoj jurisprudenciji*, Vilnius, Litvanija, 3 – 6. 6. 2008. godine.

je posebno razvijen u nemačkoj i austrijskoj dogmatici i jurisprudenciji Saveznog ustavnog suda,<sup>9</sup> ukoliko je moguće, zakon uvek treba tumačiti tako da je saglasan ustavu. Povremena primena isključivo ovog principa interpretacije dovela je u praksi aktuelnog sastava Ustavnog suda do pojave *interpretativnih odluka*.<sup>10</sup> Naime, u novijoj ustavnosudskoj praksi ponekad se odustaje od ispitivanja ustavnosti zakona, odnosno donošenja kasatorne odluke kojom bi se utvrdila njegova suprotnost Ustavu, tako što Ustavni sud odbija da prihvati tvrdnje inicijatora ili predlagača o protivustavnosti zakona, ali pri tome daje vlastito tumačenje osporenih zakonskih normi za koje nalazi da je jedino ispravno, dovodeći pri tome zakon u sklad sa Ustavom. Sud, dakle, neće proglasiti zakon neustavnim zbog toga što je pokretač ustavnog spora pogrešno protumačio zakon, tako što mu je dao značenje koje ga dovodi u sukob sa ustavom. Pri tome, nije neophodno da ustavno konformno tumačenje bude obavezno u skladu sa subjektivnom voljom zakonodavca. U slučaju kada sledi ovaj interpretacioni stil, dakle, konstatujući pri tome ustavnost zakona, Ustavni sud nalaže kako u primeni njega treba ispravno protumačiti. Na određeni način, kreativnom interpretacijom za zakon se osnažuje prezumpcija *in dubio pro reo*.<sup>11</sup>

Princip ustavno konformne interpretacije zakona može da bude sporan, jer takođe pomera granicu prema legislativi u korist Ustavnog suda. U izvesnom obimu, konformnom interpretacijom Sud preuzima za sebe pozitivnu slobodu oblikovanja. Poznato je, međutim, da ova interpretaciona metoda ima svoje imanentne i stvarne granice. U principu, interpretacija u smislu ustavno konformnog tumačenja nije moguća ukoliko je očigledno suprotna „doslovnom značenju i smislu“ ustavnih normi ili „zakonodavnom cilju“ (*Hesse:1982:30*).

---

9 V., o ustavno konformnom tumačenju zakona: K. Hesse, op. cit., str. 29-32; Maunz, T.,/ Zippelius, R., *Deutsches Staatsrecht*, 29. Auf l., München 1994, S.47; Walter, R.,/Mayer, H., *Bundesverfassungsrecht*, 9. Auf l., Wien 2000, S.64/65; Th. Öhlinger, *Verfassungsrecht*, 4. Auf l., Wien 1999, S. 37-39.

10 V. o interpretativnim odlukama ustavnih sudova, posebno nemačkog i italijanskog, kao i Ustavnog saveta u Francuskoj, njihovim pravno-političkim korenima i njihovom pravnom dejstvu: T. Marinković, *Interpretativne odluke ustavnih sudova*, Ustavni sud Srbije – u susret novom ustavu, Beograd 2004, str. 247-260.

11 Pored odluka Ustavnog suda navedenih u napomeni 10) ustavno konformno tumačenja zakona može se naći i u odlukama Ustavnog suda: IUz-353/09 od 10. jula 2012. godine (Zakon o uvrđivanju nadležnosti Autonomne Pokrajine Vojvodine), IUo-360/09 od 5. decembra 2013. godine (Statut Autonomne Pokrajine Vojvodine), IUz-882/10 od 16. januara 2014. godine (Zakon o nacionalnim savetima nacionalnih manjina) i IUz-40/12 od 11. jula 2014. godine (Zakon o finansijskoj podršci porodice sa decom).



Svaka odluka ustavnog suda u postupku kontrole normi zasnovana je na interpretaciji ustava, jer je najviše rangirano pravo osnov ili merilo provere valjanosti generalnih normi. Interpretativnim odlukama se odbija konstatacija da je generalna norma suprotna ustavu, ali sa rezervom da se interpretira jedino onako kako je nju ustavni sud protumačio. Drugim rečima, afirmiše se značenje norme koje nju dovodi u sklad sa ustavom. U svakom drugom slučaju, svakim njenim drugačijim tumačenjem, generalna norma bi se smatrala protivnom ustavu. Intencija je očigledno više na interpretaciji zakonske norme, tražanju njenog dubljeg smisla, na „peglanju“ njenog napetog odnosa prema ustavnoj normi, a manje na samom značenju ustavne norme.

U teoriji se smatra da praksom donošenja interpretativnih odluka ustavni sud, u suštini, odstupa od klasične ustavnosudske funkcije, jer svojom interpretacijom zapravo dalazi u situaciju da dopisuje tekst zakona. Ustavnosudska funkcija se *grosso modo* manifestuje kao funkcija primene ustava kojoj u osnovi prethodi njegovo tumačenje. Nesumnjivo je da sa interpretativnim odlukama ona upadljivo dobija stvaralački, kreativni karakter.

Nezavisno od njihovog spornog pravno-stvaralačkog karaktera, sumnjivog zalaženja u domen „pozitivnog“ zakonodavstva, kao i proširivanja *inter omnes* dejstva sa dispozitiva na obrazloženje odluke, interpretativne odluke ustavnih sudova imaju značajne prednosti. Njima se relaksira napeti odnos između Ustavnog suda i zakonodavca, jer Ustavni sud, umesto da poništava zakon, svojom interpretacijom koju će, zahvaljujući autotitetu ustavnog pravosuđa, slediti organi primene prava, zakon dovodi u sklad sa ustavom. U posebno delikatnim situacijama odluka ustavnog suda postaje zgodan način da se uspostavi balans između dva principijelno suprotstavljena zahteva: na jednoj strani, zahtev da se očuva integritet ustava, na drugoj, zahtev da se ne ugrožava, ako to nije neophodno, autoritet zakonodavca. Druga značajna prednost interpretativnih odluka vidi se u tome što se ovim odlukama, imajući u vidu da nema kasacije ili se ona odlaže, sprečava stvaranje pravnih praznina. Najspornije je, međutim, što ne postoji mehanizam kojim bi se ustanovilo da li se u praksi primene prava doista poštuju ustavnosudska interpretacija prava sadržana u ovim odlukama. Ne može se pouzdano utvrditi, niti Ustavni sud ima aparat za proveru izvršavanja svojih odluka, da li su redovni sudovi pravilno protumačili i primenili tumačenje ustavnog suda. Idealno bi bilo za proveru kada bi pred Ustavni sud dospela ustavna žalba koja se poziva na interpretativnu odluku.

Kao i drugde, interpretativne odluke našeg Ustavnog suda rezultat su prakse samog Suda.<sup>12</sup> Ustav i Zakon o Ustavnom sudu formalno poznaju jedino odluku kasacije, utvrđivanje da je normativni akt suprotan Ustavu, odnosno odluku kojom Sud odbija da tu suprotnost deklarirše, nezavisno od toga da li je predmet proveravanja važeće pravo ili je reč o normativnom aktu koji je inače već prestao da važi. Dejstvo kasatorne odluke može da bude odloženo, posebnim rešenjem Ustavnog suda, najduže za šest meseci. U ovom slučaju postoji sličnost sa interpretativnom odlukom kojom se odlaže poništavajuće dejstvo. Inače, kod nas ne postoji mogućnost, koju poznaje praksa Saveznog ustavnog suda, odnosno nije bilo slučajeva da Ustavni sud svojom odlukom, bez utvrđivanja protivustavnosti, „apeluje“ na zakonodavca da izvrši promenu zakona u određenom roku.<sup>13</sup> Nije bilo ni odluka u kojima bi Sud izrazio mišljenje da je zakon u trenutku kada je bio predmet ispitivanja saglasan Ustavu, ali da će sasvim sigurno istekom određenog vremena njemu biti suprotan. Bilo je, međutim, pojedinačnih predloga za nekom vrstom „apel“ odluke, kada se u jednom nedavnom predmetu postavila tvrdnja da će jedan zakon kojim su umanjene penzije istekom budžetske godine postati suprotan Ustavu.<sup>14</sup> Ni povremena obraćanja Ustavnog suda parlamentu, Narodnoj skupštini, povodom odlučivanja o ustavnosti pojedinih zakona, kada je Ustavni sud, između ostalog, ukazivao na dvosmislenosti pojedinih zakonskih rešenja ili na pogrešno tumačenje u njihovoj primeni, ne mogu se smatrati interpretativnim odlukama, kao ni obaveštavanje Narodne skupštine o tome da nadležni organ nije doneo opšti akt za izvršenje Ustava ili zakona. Jednostavno, ovi akti ni po formi ni po sadržini ne predstavljaju sudske odluke.

Ako se interpretativne odluke Ustavnog suda ne razmatraju sa pretežno doktrinarnog ili pravno-političkog stanovišta, nego se posmatraju isključivo u svetlu ustanovljene prakse, onda treba posebno naglasiti činjenicu da interpretativne odluke u praksi našeg Ustavnog suda nisu niti brojne, niti su po svom značaju, domašaju, kontraverzama, pa i osporavanjima, uporedive sa odlukama starijih ustavnih sudova. Pojavile su se tek pre nekoliko godina i nisu izazvale neku preteranu pažnju ustavne doktrine, maltene nisu ni registrovane kao novi

---

12 V. napomene 10) i 14).

13 V. o „apel“ odluci Saveznog ustavnog suda („Appelentscheidung“), (Maunz, Zippelius, 1994: 362).

14 V. izdvojeno mišljenje sudije Dragana M. Stojanovića na odluku Ustavnog suda IUz-531/14 („Sl. glasnik RS“, broj 88/15) kojom je ocenjivana ustavnost Zakona o privremenom uređivanju načina isplata penzija.

kvalitet u delovanju Ustavnog suda. Drugo, ove odluke se retko pojavljuju kao „samostalne“, tj. odluke koje *in toto*, u celosti, pripadaju ovom tipu sudske odluke. Češća je situacija da se kombinuju sa kasacijom, tako da odluka Ustavnog suda u tom slučaju u dispozitivu ima svoj kasatorni i svoj interpretativno-odbijajući deo, pri čemu je prvim delom obuhvaćen, po pravilu, daleko veći deo osporenih normi. Treće, neke interpretativne odluke nisu imale za cilj jedino „spašavanje“ zakonodavca, izbegavanje nastajanja stvarnih ili tobožnjih praznina ili ujednačavanje sudske prakse. U nekim slučajevima one su bile svojevrstni put za rešavanje vertikalnog konflikta vlasti, spora o podeli nadležnosti između centralne vlasti države i autonomne teritorijalne jedinice, pokrajine Vojvodine.<sup>15</sup> Vredno je pažnje pomenuti takođe da su sporovi o ustavnosti ovih propisa izazvali veliku pažnju, doduše, daleko manje u svom interpretativnom nego u kasatornom delu, kako političara tako i konstitucionalista. Pri tome, imajući u vidu da je reč o sporovima koji prilično dobro potvrđuju opravdanost opaske *Gerharda Lajbholca* da je mesto ustavnog suda „na preseku prava i politike“, povodom ovih odluka izražena je spremnost svih političkih aktera da će ih u svemu poštovati. To je i učinjeno donošenjem novog Statuta AP Vojvodine.

## 5. Zaključak

Može se primetiti da noviju ustavnosudsku praksu u normativnoj kontroli obeležava orijentacija Ustavnog suda ka takvom načinu rešavanju ustavnih sporova koji će ga udaljiti od tradicionalne uloge „negativnog zakonodavca“. Ta orijentacija prema funkciji „pozitivnog zakonodavca“ ipak nije bitnije pomerila granice ispitivanja zakona i narušila uspostavljene odnose prema legislativi, koji usmeravaju Ustavni sud da i nadalje prevashodno deluje jedino prema ekscesnom zakonodavstvu. Da bi očuvao autoritet Ustava, uključujući održanje funkcionalne podele vlasti koja je njime uspostavljena, Ustavni sud, dakle, sebe smatra pozvanim da u najvećoj mogućoj meri čuva i autoritet samog zakonodavca. U tome se, svakako, ne može tražiti „politizacija“ Ustavnog suda, nezavisno od toga što pojedine interpretacione konstrukcije, pre svega, „stvar zakonodave politike“ i „politički akti“ pobuđuju sumnju u stvarnu nepristrasnost Ustavnog suda.

---

15 To je bio slu čaj sa dvema već pomenu tim odlukama Ustavnog suda u kojima se Sud izjašnjavao kako o ustavnoj nadležnosti, tako i o organizaciji vlasti au tonomne pokrajine. Prvom je ocenjivana ustavnost Zakona o u tvrdivanju nadležnosti AP Vojvodine, a drugom je izvršena ocena ustavnosti i zakonitosti Statu ta, najvišeg organizacionog i normativnog akta pokrajine.

## Literatura

1. Vučić, O., u: Vučić/Petrov/Simović, *Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika*, Beograd 2010.
2. Vučić, O., *Jedna (ne)evropska odluka Ustavnog suda? ili „O granicama slobode parlamenta i zaštiti građana od njegove samovolje“*, Pravni informator, Beograd, broj 3/14.
3. Leibholz, G., *Das Bundesverfassungsgericht im Schnittpunkt von Politik und Recht*, DVBl, 1974.
4. Marinković, T., *Interpretativne odluke ustavnih sudova*, Ustavni sud Srbije – u susret novom ustavu, Beograd 2004.
5. Maunz, T./Zippelius, R., *Deutsches Staatsrecht, 29. Aufl.*, München 1994.
6. Nenadić, B., *Osobnosti kontrole ustavnosti zakona u Republici Srbiji*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu XLIX, Niš 2007.
7. Nenadić, B./Kartag-Odri, A./Manojlović-Andrić, K.: *Problematika pravnih praznina u ustavnoj jurisprudenciji – primer Republike Srbije*, nacionalni referat za XIV Konferenciju ustavnih sudova Evrope, na temu: Problematika zakonodavnih propusta u ustavnoj jurisprudenciji, Vilnius, Litvanija, 3– 6. 6. 2008. godine.
8. Stojanović, D., *Izdvojeno mišljenje na odluku Ustavnog suda IUz-531/14* („Sl. glasnik RS“, broj 88/15).
9. Häberle, P., *Das Bundesverfassungsgericht in der Krise? – Öffentlich – rechtliches, europarechtliches und rechtsphilosophisches Seminar, Thema: Das Bundesverfassungsgericht zwischen Recht und Politik*, 1996.
10. Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 13.auf l., Heidelberg 1982.
11. Maunz, T./Zippelius, R., *Deutsches Staatsrecht, 29. Aufl.*, München 1994.

**Dragan Stojanović, LL.D.**

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Judge of the Constitutional Court of Serbia

## **THE CONSTITUTIONAL COURT IN LIGHT OF INTERPRETIVE DECISIONS IN NORMATIVE CONTROL PROCEEDINGS**

### **Summary**

*In a legal system based on the principle of the separation of powers, constitutional judicature is necessarily (given the nature of its social function) at the intersection of law and politics. Thus, constitutional judiciary is required to preserve political neutrality, particularly in relation to political (legislative and executive) authorities. The paper analyzes the principal issues pertaining to constitutional court interpretation, particularly in light of observing the principle of the separation of powers that the constitutional judiciary is bound to abide by and considering the role of the constitutional court as an institution standing at the intersection of law and politics. Every constitutional court is required to be politically neutral and independent from daily politics, which is the major factor in delineating not only the overall boundaries of the constitutional control of the normative framework but also in ensuring the independent and unbiased activity of the constitutional court in the process of interpreting the Constitution and the laws. The constitutional control function shall not be politicized, and it must be exercised only through legal reasoning. Consequently, in the process of constitutional interpretation, the Constitutional Court of Serbia has to develop and consistently pursue a doctrine of self-restraint, thus refraining from politically-driven assessment which is the exclusive duty of political authorities.*

*A closer examination of the doctrine of self-restraint in recent constitutional practice shows that the most prominent elements of this doctrine are relatively new interpretative constructions and legal formulations of constitutional court, which reinforce not only the political neutrality of the constitutional judiciary but also its role as “the negative legislator”. Yet, some of these constructions may be challenged because their excessive and often inadequate application has resulted in a kind of “self-deprivation” in cases where the Constitutional Court may have had to abandon its primary constitutional mission and even ‘tolerate’ unconstitutional activity. In particular, this refers to the constructs such as “a matter of legislative policy” and a highly dubious term “political acts” which are eo ipso excluded from constitutional control. On the other hand, when it comes to interpretative decisions, which rest on the dogmatic principle of statutory interpretation aimed at establishing the compliance of laws with the Constitution, the interpretation results may “save” the legal act from being declared*

*unconstitutional and invalid. In that case, the main problem is that the Constitutional Court has a slightly different role of shaping the positive law; thus, the practice of resorting (too frequently) to interpretative decisions does not lead to the optimal exercise of the Constitutional Court mission. Therefore, we can conclude that the constitutional jurisprudence (which includes only a few interpretative decisions) does not seem to entail a “dangerous” divergence of the Constitutional Court from its constitutional mission, nor does it significantly affect the principal Constitutional Court activities.*

**Key words:** *constitutional court, politicization, constitution, statutory interpretation.*

**Dr Vojislav Đurđić,\***  
Redovni profesor Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Nišu  
**Dr Strahinja Davidov\*\***  
advokat, Novi Sad

originalan naučni članak

UDK: 343.1(497.11)

Rad primljen: 10.04.2016.  
Rad prihvaćen: 14.05.2016.

## **KRIVIČNI POSTUPAK REPUBLIKE SRBIJE – IZMEĐU REFORME I SLOMA SISTEMA VREDNOSTI**

**Apstrakt:** U ovom se radu obrađuje veza između tekuće reforme domaćeg krivičnog postupka i preobražaja temeljnih principa kontinentalno evropske krivične procedure. Napuštajući standardizovane kodove izražavanja krivičnoprocesne nauke, autori veruju da su pronašli put za identifikovanje glavnih uzroka fenomena koji istražuju. Centralnu misao rada predstavlja teza da je proces pravne akulturacije, oličan u anglofiliji koja se raširila kontinentalnom krivičnoprocesnom naukom, samo odblesak ukupne „moralne situacije“ današnje zapadnjačke kulture. Nadolazeći sumrak vrednosti i morala, kao i blaga pokornost društvenim kretanjima i idejama koje dolaze iz drugih društvenih nauka, najpre su doveli do „prevrednovanja vrednosti“ u anglo-američkom akuzatorskom postupku i potom, lančano, u postupcima kontinentalnoevropskih zemalja koje se okupljaju pod zastavom „zapadne civilizacije“.

**Ključne reči:** krivični postupak, prevrednovanje vrednosti, simulacija, pravna akulturacija.

### **1. Rađanje tragedije**

Ne verujemo da se varamo kad kažemo da prodiranje anglo-američkih procesnih rešenja u kontinentalno pravno područje predstavlja čin pravne akulturacije, te da je „velika rekonstrukcija“ kontinentalnoevropskog krivičnog postupka, koja se u naše vreme može posmatrati *in vivo*, posledica hegemonističkog položaja koji u današnjem globalizovanom

\* vojadj@prafak.ni.ac.rs

\*\* strahisakov@gmail.com

svetu uživa zemlja porekla izabrane procesne paradigme. U račun još treba uzeti i da je označena pojava samo fragment jedne šire slike. Da bi se to razumelo, dovoljno je oslušnuti komentare razočaranih Evropljana: „Nakon rata u Zalivu praktična i teorijska drskost Sjedinjenih Država nema granica. Ne treba se čuditi tome što Pol Samjuelson i njegove eminentne kolege sa Harvarda zamišljaju da bolje znaju šta odgovara Evropi – naročito onoj Evropi koja odgovara Sjedinjenim Državama – nego što to znaju sami Evropljani“ (Lorenzo, 2011: 169).

Ne može se, dakle, osporiti da je penetracija anglo-saksonskih ideja u „staroevropske“ procesne sisteme širom Kontinenta dočekana pod sokolovskom kapom nekritičnosti. Ali je, kako nama izgleda, istinsko obožavanje anglo-američkog postupka, najrasprostranjenije u društvima nekadašnjeg realnog socijalizma. Najistaknutije osobine tamošnje reformacije jesu fanatično približavanje akuzatorskom modelu postupka i odricanje od načela traženja istine. Može biti, primećujemo ironično, da je za ove zemlje najbolji izbor da prihvate novi procesni model sa istim olakšanjem i divljenjem sa kojim primaju G.I.<sup>1</sup>

Opserviranje stanja ovog problema u Srbiji, koje je primarni cilj, započecemo podsećanjem da je krivični postupak uvek ogledalo datih društvenih prilika i istorijskih zbivanja. A Šopenhaur nas je poučio kakva su stvar ogledala: ako se u njima ogleda kakav majmun, ne može iz njih nazad gledati nikakav apostol. To donekle objašnjava zašto je i na ovom planu kod nas situacija onoliko turobna koliko je turobniji širi društveno-ekonomski kontekst. Ambicija da se aktuelnim propisom unesu suštinske promene, najviše izražene u bipolarnoj organizaciji glavne rasprave i javnotužilačkom konceptu prethodnog postupka, ostala je na nivou nespretne replike nekoliko međusobno antipodnih uzora. U stvari, domaći su se reformatori pokazali kao onaj Horacijev grnčar što je zamišljao himere, a pravio lonce, i potvrdili kakav je neizmeran razmak između poznavanja tuđeg prava i umenja koristiti se tim poznavanjem.

Kako je, pitamo živo zainteresovani, stvoren ovaj procesni Frankeštajn? Tačan odgovor na ovo pitanje moraće da glasi: *pre svega zbog nerazumevanja da je za uspešno kalemljenje anglo-saksonskih izdanaka na stablo kontinentalno evropskog postupka potrebno prethodno bezuslovno prihvatanje koncepcije postupka kao spora stranaka*. Jedno ne ide bez drugog. Mešavina koja drugačije nastaje neizostavno će predstavljati

---

1 G.I. je skraćenica koja se koristi za pripadnike američkih vojnih snaga ili njihovu vojnu opremu.



blok pun naprslina. Domaći propis nudi dokaze koji to potvrđuju, a ovde ćemo razmotriti nekoliko najmarkantnijih:

1) Žanr institucionalizacije sukoba kojem pripada akuzatorski postupak postulira procesnu jednakost stranaka. Stvaranje uslova za ravnopravno nadmetanje oponenata predstavlja težak, ali srazmerno lakši zadatak u sistemu u kojem javni tužilac nije više od zastupnika žrtve, odluku donose *ad hoc* angažovani građani, a svrha postupka ne nadilazi potrebu rešavanja spora. Kada se radi o simetričnosti u anglo-američkom postupku potrebno je naglasiti još i ovo: kako bi se očuvale premise kompetativnog modela mora se preduprediti *telum ad- versarii sui* položaj okrivljenog, to jest, njemu se mora omogućiti sloboda da sam bira hoće li se svedočenjem preobraziti u sredstvo dokazivanja. U domaćem postupku, međutim, okrivljeni je i dalje izvor informacija o krivičnom slu čaju. Njegovo ispitivanje stvarno je jezgro dokaznog postupka, i ta radnja, *de facto*, obavezna je u obe faze prvostepenog procesa: i u inkvizicionoj (u fazi istrage) i u adverijalnoj fazi (na glavnom pretresu). Prema tome, on je i dalje primoran da trpi određene metamorfoze koje ga, barem u određenim segmentima, pretvaraju u „oružje u rukama protivnika”. Ispoljavanje afiniteta prema jednostranom službenom istraživanju istine u modelu postupka koji se istine odriče, predstavlja kobnu protivrečnost. Ono je relikv shvatanja po kojem krivični postupak stoji u službi moralnog vaspitavanja građana, zbog čega deljenje pravde iziskuje pomno ispitivanje, a procesne forme moraju biti podređene obezbeđivanju odluka koje su ispravne u meritumu.

2) Eho jednostepenog odlučivanja još uvek odzvanja savremenim anglo-američkim postupkom. U Engleskoj i njenom prekomorskom produžetku nikada se nisu razvili mehanizmi redovnog nadzora od strane višeg tela, toliko značajni za crkvenu vlast i inkvizitorski postupak. Damaška, na primer, ukazuje „da je u Americi, ako je ikad i postojao opšti politički konsenzus, onda to bila – i možda još uvek jeste – odbojnost prema birokratiji, hijerarhijskoj organizaciji vlasti i shvatanju prava kao tehničke discipline, dakle odbojnost prema osnovnim karakteristikama hijerarhijskog modela“ (Damaška, 2008: 47). Savremeni oblici anglo-američkog postupka još uvek odaju atavističku crtu izraženu u karakterističnom „sabijanju“ procesa na glavnu raspravu, uz koju pripremni i žalbeni postupak deluju skoro dekorativno. A upravo to omogućuje sudiji da bude pasivni nadzornik stranačkog nadmetanja. Adverzijalna rasprava u domaćoj režiji se, međutim, okončava prvostepenom presudom koja *mora* sadržati detaljno obrazloženje utvrđenog činjeničnog stanja čiju uverljivost preispituju

žalbeni sudovi. Kroz ovu sveobuhvatnu kontrolu izvorni donosioci odluka u stvari „uče“ da svoje presude obrazlože na način koji će odoleti preispitivanju više instance. Sveobuhvatno proveravanje od strane drugostepenog suda i njegova široka ovlašćenja nameću prvostepenim odlukama crtu provizornosti, afirmišu nestabilnost i asociraju na inkvizitorsko *absolutio ab instantia*. Evo dva primera kako se ova konceptijska protivrečnost konkretizuje: protagonisti procesa su sada oslobođeni balasta traženja istine, ali je sud, iako je dokazna inicijativa na strankama, dužan da potpuno utvrdi činjenično stanje. Međutim, bipolarna procesna organizacija isključuje nesavršenosti formiranog činjeničnog stanja kao osnova za izjavljivanje pravnog leka. Tu nije kraj paradoksima: iako je gotovo lišen mogućnosti da utiče na formiranje činjenične situacije, raspravni sud je dužan da, u slučaju ukidanja prvostepene odluke, u ponovnom postupku preduzme sve radnje na koje je ukazao drugostepeni sud (*Amplius*: Knežević, 2012: 213).

3) Centralnu, gospodareću fazu akuzatorskog postupka odlikuje visok stepen koncentracije. Proces se oslanja na usmenu raspravu, svedočenje uživo i kontinuirano trajanje. Suprotno ovome, instaliranje bilateralne metode izvođenja dokaza i radikalna promena prethodnog postupka u našem procesnom zakonu nisu ispraćene odgovarajućom promenom pravila o posrednom izvođenju dokaza na glavnoj raspravi. Disharmoniju o kojoj govorimo pregnantno ocrta podnaslov jednog naučnog rada: „Razrušena načela neposrednosti i kontradiktornosti a uvedena ‘ravnopravnost’ stranaka“ (Đurđić, 2014: 278). Strateška greška napravljena je objavom da je „krivični postupak pokrenut donošenjem naredbe o sprovođenju istrage“<sup>2</sup>, što je u koliziji sa prirodom svakog nesudskog oblika istrage. Umesto da se oslobođena stega formalizma primarno usmeri na sabiranje dokaza koji će opravdati iznošenje slučaja pred sud, tj. pokretanje krivičnog postupka, ova je varijanta javnotužilačke istrage i sama integralni deo krivičnog postupka, sa formom i ciljevima svojstvenim napuštenoj sudskoj istrazi. Tako se u njoj i dalje izvode dokazi koji mogu biti od koristi za postupak i čije je izvođenje celishodno<sup>3</sup>. Pripremno ročište, koje je usmereno „ka napred“, jer se na njemu projektuje tok i sadržina glavne rasprave, u uporednom pravu je uglavnom prethodno ročište ili ročište za potvrđivanje optužnice i okrenuto je „unatrag“, tj. odnosi se na proveru rezultata tužiočevog istraživanja. Prema tome, ova je procedura štedro nagradila tužioca:

---

2 Čl. 7 Zakonika o krivičnom postupku («Sl. glasnik Republike Srbije, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014) – u daljem tekstu ZKP.

3 Čl. 295. st. 2 ZKP.

rezultati koje slobodno formira bez provere dolaze na glavnu raspravu na kojoj imaju potencijalnu dokaznu vrednost.<sup>4</sup> Uz sve to, zadržan je sistem kontrole optužbe karakterističan za postupak sa sudskom istragom. Jednu patologiju predstavlja i ovlašćenje vanpretresnog sudskog veća da naredi dopunu ili sprovođenje istrage.<sup>5</sup> Pošto se istraga pokreće odlukom protiv koje nije dopušten pravni lek, proizlazi da ovlašćenja koja nije imao u njenom začinjanju, sud dobija prilikom podizanja optužbe (Đurđić, 2014: 271–285).

4) Instaliranje javnotužilačke istrage u domaći procesni zakon dodalo je pravnoj akulturaciji još jednu komičnu fusnotu. Prvo što pada u oči kada se pogled baci na ovaj model prethodnog postupka jeste njegova asimetrična struktura nastala davanjem istražnog monopola jednoj stranci (javnom tužiocu) i marginalizovanjem protivstranke (okrivljenog). Samostalno i po sopstvenoj inicijativi, radi zadovoljavanja vlastitih spoznajnih potreba, javni tužilac u formi službene istrage prikuplja dokaznu građu kako bi doneo odluku o podizanju optužbe. Ne treba naširoko objašnjavati kako je ovakav ambijent izrazito nepovoljan za okrivljenog. Nije teško zamisliti frustraciju onoga koji dokazne predloge stavlja svom progonitelju, pogotovo kad isti ima vlast da takve predloge odbije. Ne treba zaboraviti ni da tužilac ima pravo da ispituje okrivljenog, bez obzira na to što mu je ovaj protivstranka. Ukratko, naspram javnog tužioca koji u cilju istraživanja krivičnih dela može dokaze prikupljati i primenom mera prinude, stoji okrivljeni koji ne samo da tu mogućnost nema, nego i sam može biti podvrgnut takvoj prinudi. U onoj situaciji kada se na tužilačku istragu nadovezuje tradicionalna glavna rasprava mešovitog tipa, što je, na primer, svojstveno nemačkoj proceduri, problem kumulacije funkcije progona i prikupljanja dokaza pokušava se anulirati fikcijom da tužilac nije samo stranka već i državni organ čiji je cilj donošenje pravilne odluke, zbog čega on sa istom brigom istražuje kako optužne tako i odbrambene hipoteze. Na taj način uloga tužioca nadilazi funkciju krivičnog progona zbog čega on uopšte i nije stranka nego neka vrsta parastranke (Roxin, 1998: 88). S tom povoljnom predrasudom o objektivnom tužiocu vezanom načelom legaliteta i glavnom raspravom koja sudu ostavlja punu inicijativu u procesu formiranja činjenične građe, krivični postupak još koliko-toliko zadržava skladnu strukturu. Zajedničke težnje državnih organa da u postupku verno reprodukuju stvarnost, makar bile i deklarativne, predstavljaju kopču koja povezuje javnotužilačku

4 Čl. 406. ZKP.

5 Čl. 337. st. 3 ZKP.

istragu i tradicionalnu glavnu raspravu mešovitog tipa. Prema tome, inkvizitorska nit ispoljena u nastojanju da se po službenoj dužnosti stara i o interesima odbrane, a sve u cilju utvrđivanja *istine*, barem prividno obezbeđuje organsko jedinstvo istrage i glavnog postupka. Evidentne nezgode i ovako oblikovane procedure još se više zapliću sa bizarnim kombinovanjem unilateralne tužilačke istrage i adverzijalne glavne rasprave. To znači da je istraga ustrojena kao jednostrana službena delatnost tužioca, a da je glavna rasprava zamišljena kao konflikt ravnopravnih stranaka. Čitava koncepcija dakle počiva na dualističkoj prirodi javnog tužioca od kojeg se očekuje da svoje dispartne procesne funkcije pomiri neverovatnom sposobnošću transformisanja od nekakve „parastranke“ prethodnog postupka (koja istražuje u interesu istine) do agresivnog zastupnika interesa krivičnog progona.

Eto, dakle, kako izgledaju staze i putevi kojima je prinuđen da se kreće junak narednog odeljka.

## **2. Srpski Herakle i jedan „težak slučaj“**

Srpski Herakle nije sasvim originalan lik: izrastao je u sudaru (naše) zbilje sa Dvorkinovim lovorovim vencem okićenim sudijom i dičnim predstavnikom cele sudijske rase. Ali pre nego što obelodanimo njegove ljudske slabosti, dužni smo da koju progovorimo o originalu. U osnovi Dvorkinove koncepcije stoji teorija prava kao integriteta. Svoju ideju on je slikovito približio primerom *romana u lancu*, gde grupa romanopisaca piše roman u nizu, pri čemu svaki romanopisac u lancu interpretira poglavlja koja je dobio kako bi napisao novo poglavlje, koje se tada daje sledećem u nizu i tako dalje (Dvorkin, 2003: 247). Prema tome, pravo kao integritet zahteva od sudije da sebe zamisli kao autora u lancu tog prava. On zna da su druge sudije presuđivale u sličnim slučajevima i mora da razmišlja o njihovim presudama kao o delu duge priče koju mora da interpretira, a onda da nastavi da, po svom sudu, što bolje oblikuje priču koja se odvija (Dvorkin, 2003: 258). Da bi izrazio ovu složenu koncepciju, Dvorkin je u pomoć pozvao Herakla, zamišljenog sudiju sa natprirodnim intelektualnim moćima i strpljenjem, kojem je poverio rešavanje teških slučajeva.

Da srpski Herakle nije junak pun savršenstva i vrlina, to je već napomenuto. Pa kakav je on? Ako bi ga morali svesti na jednu jezgrovitu formulu koja bi poput munje osvetlila njegov karakter, kazali bi: on je čovek koji se boji da se na njega ne upravi duboko pronicljiv pogled, on se boji da svoj pronicljiv pogled na što god upravi, on voli da, ne misleći,

preko svega preleti očima. Ne može se zatajiti ni da ovaj Herakle veruje da gromove pušta izvršna vlast, a ne Jupiter. Čitaocu neće biti izlišno da zna da razmatranja iz prvog naslova za našeg Herakla predstavljaju neshvatljivu transcendentnu tajnu. Njegova percepcija iznetog je percepcija stanovnika Platonove pećine. Radi se o onoj špilji koja ima otvor prema spoljnjem svetu, ali su oni koji se u njoj nalaze okrenuti prema zidu tako da ne vide druge ljude i predmete već samo senke. Ako bi se ko i oslobodio, i zaslepljen svetlošću pogledao stvarne oblike čije je senke ranije gledao, njemu bi senke izgledale stvarnije od realnih stvari. Tako srpski Herakle zauvek ostaje na nivou nagađanja (εἰκασία), opazajući samo senke stvarnosti i slušajući samo odjeke istine. A ako bi neko iz spoljnog sveta, na primer mi, pokušao da uzdrma Heraklovo poverenje u svet senki, samo bi sebe učinio smešnim u njegovim očima i ništa drugo.

Pred tog i takvog Herakla iskrasao je sledeći „težak“ slu čaj: lica *A* (poslovođa), *B* (zamenik poslovođe), *C* (radnik), *D* (radnik) i *E* (radnik) su okrivljena da su napravila manjak, odnosno da su potkradali jedno pravno lice, prisvojivši iznos od oko 2.000.000 dinara, i tako izvršili krivično delo zloupotreba položaja odgovornog lica iz čl. 234, st. 3 KZ. Okrivljeni su saslušani u istrazi: lice *A* je poricalo krivicu, lice *B* je izjavilo da je u dogovoru sa licima *C* i *D* vršilo potkradanje, lice *C* je izjavilo da je zajedno sa *B* i *D* potkradalo, lice *D* je izjavilo da je potkradanje vršilo paralelno: deo novca je prisvojen u dogovoru sa licem *A*, a deo u dogovoru sa licem *B*, lice *E* je poricalo krivicu i nije teretilo druge okrivljene. Niko od saokrivljenih nije optuživao lice *E*. Važno je napomenuti i da su jedini raspoloživi dokazi evidentno postojanje manjka i iskazi osumnjičenih. Pre otvaranja glavnog pretresa lica *B*, *C*, *D* i *E* su sa tužiocem sklopila sporazum o priznanju krivice. Dogovor je, u tužiočevom aranžmanu, napravljen ovako: protivpravna imovinska korist (čija visina predstavlja kvalifikatornu okolnost) proizvoljno je razbijena na dva dela – lica *B*, *C* i *D* su osuđena da su zajedno sa licem *A* prisvojila sumu od 1.450.000 din, dok je lice *E* osuđeno da je zajedno sa licem *A* prisvojilo oko 600.000 din. Tako su akteri u „pravnoj menjačnici“ nagrađeni blažom kvalifikacijom dela,<sup>6</sup> a zauzvrat su teret krivice svalili na jedinog saoptuženika koji je nagodbu odbio, iako to tokom istrage nisu činili. Epilog je, dakle, sledeći: pred sud je izvedeno samo

---

6 Čl. 234, st. 2 Krivičnog zakonika Srbije («Sl. glasnik Republike Srbije», br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014) – u daljem tekstu KZ.

lice *A*, pod optužbom za najteži oblik ovog krivičnog dela<sup>7</sup> i učestvovanje u protivpravnom prisvajanju celokupnog manjka.

Na raspravi, Herakle je odbio predlog okrivljenog da kao svedoci budu saslušana prvobitno optužena lica koja su se nagodila s tužiocem, s obrazloženjem da se okrivljeni prema kojima je presuda postala pravosnažna ne mogu ispitivati kao svedoci budući da je intencija zakonodavca da se u takvim procesnim situacijama izbegne dupliranje procesnih uloga (i okrivljeni i svedok).<sup>8</sup> Šta je time postignuto? Prvo, lica koja jedina imaju saznanja o događaju koji je predmet suđenja neće se ni pojaviti na glavnom pretresu. Drugo, presuđivač će ostati uskraćen za neposredan utisak o vrednosti ovih dokaznih sredstava. I najvažnije, okrivljenom će se uskratiti pravo da se licem k licu sretne s onima koji su ga posle trgovine s tužiocem optužili. Ne može biti sumnje da je Heraklov stav duboko pogrešan. Jer, ako zakon dopušta da se u određenoj situaciji *moгу* pročitati ranije dati iskazi, to nikako ne znači da se u istoj situaciji *ne može* vršiti saslušanje nego se iskazi *moraju* čitati. Tim pre što u srcu bipolarno organizovanog glavnog pretresa stoji princip neposrednosti. Pošto je sudija posmatrač stranačkog dvoboja, on sud o pobedniku mora formirati na temelju sopstvenih utisaka, a ne posrednim informisanjem. Zato je za ovakvu vrstu procedure čitanje zapisnika sa iskazima svedoka prava jeres, i izbegava se kad god je to moguće. Herakle je, međutim, normu „sud može“ uzeo u obliku „sud će“, što je nedopustivo.

Ali rezonovanje koje je Herakle ispoljio ima svoju istoriju i korene. Nesrećni položaj u kojem se nalazi (εἰκασία) osujetio ga je u spoznaji da je sa pravnom akulturacijom obrazac na koji je svikao – a koji je počivao na monističkom konceptu (vidi: Đurđić, Trajković, 2013: 117–119) da „činjenično stanje utvrđuje samo sud koji donosi odluku i da je ono sadržano jedino u njegovoj odluci“ (Grubiša, 1982: 101) – u stvari nestao. U međuvremenu je trijumfovala *pluralistička koncepcija* koja „ukazuje na pluralitet istina u sudskom postupku te na potrebu tesne kooperacije procesnih subjekata (po svojoj spoznajno-teorijskoj poziciji koordiniranih, a ne sub/superordiniranih)“ (Uzelac, 1997: 150). Refleksno i po inerciji, Herakle se i u novim okolnostima uhvatio za staru formulu načinivši od sebe laku metu za kritičare. Jer, „teza da je sud jedini subjekt utvrđivanja istine nužno vodi do zastupanja oficijelnosti i istražne maksime u sudskom postupku“, što nas neizostavno stavlja

---

7 Čl. 234, st. 3 KZ.

8 Sa sednice Krivičnog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda održane 13. 5. 2014. godine, na kojoj su dati odgovori na sporna pravna pitanja nižestepenih sudova

„pred sledeću dilemu: ili da zastupajući načelo traženja (materijalne) istine zastupamo i pojačane inkvizitorske elemente, ili da se u ime dispozitivnosti i akuzatornosti odrekemo načela (materijalne) istine” (Uzelac, 1997: 153). I još gore, ispada da Herakle stvarno veruje u dogmu, zlonamerno inputiranu procesualističkom stajalištu,<sup>9</sup> o postojanju samo jedne istine koja se može izraziti u samo jednom obliku. Zato se kritičari ne ustručavaju da manifestovanom Heraklovom držanju pridaju sledeće značenje: *a)* utvrđivanje činjeničnog stanja, dakle dohvaćanje istine u sudskom postupku, *stvar je specijalista, a ne „laika” ili „svakog razboritog čoveka”, b)* postoji temeljna razlika između istinite spoznaje u krivičnom postupku i drugim sudskim postupcima (npr. građanskom) gde bi se kao ovlašćeni spoznajnoteorijski subjekti – barem u smislu sukonstituisanja istine – možda mogli pojaviti i drugi učesnici, a ne samo sud i *c)* istinita spoznaja u sudskom postupku uslovljena je ne samo opštim gnoseološkim pravilima (logika, iskustvo, etc.), već i *pravom* (Uzelac, 1997: 153).

I tako je nesrećni Herakle denunciran da se klanja himerama nekadašnjih sovjetskih autora (da je krivični postupak moguće ustrojiti tako da se u njemu pronalazi apsolutna istina), iako je samo naivno pozeleo da spreči da se isti istorijski događaj različito rekonstruiše u više sudskih odluka.

### 3. Prevrednovanje vrednosti i gubljenje ravnoteže

Ali otkuda to da zakon i sudija, kako su ovde predstavljeni, uopšte postoje? Njih je iznedrio duh vremena u kojem se uništava stari i stvara novi poredak vrednosti. Zato ovaj problem treba sagledavati u širim okvirima. Najčešće ime za proces razgradnje utvrđenih vrednosti (vidi: Trajković, 2012: 212) jeste *postmodernizam*, stil mišljenja koji preporučuje „da slavimo razliku, pluralitet, šarenu i pegavu prirodu naših kultura” (Iglton, 1997: 47), dok svet vidi kao nepredvidiv, divergentan, nestabilan i neodređen – što rađa skepticizam u odnosu na objektivnost i istinu (Iglton, 1997: 5). Postmodernizam jednostavno veruje da ne postoje pouzdani kriterijumi za gradiranje vrednosti. Svako

---

<sup>9</sup> U procesnopravnom smislu u tvrditi činjenično stanje znači ustanovljavanje u propisanoj formi i au toritativno proglašenje od strane za to ovlašćenog sudskog organa u njegovoj odluci, postojanja ili nepostojanja skupa određenih činjenica na kojima se temelji odlučivanje u krivičnom postupku. Iz ovoga pak izlazi: *a)* da se ne mogu smatrati utvrđenim činjenice koje proizlaze (ma koliko uverljivo) iz rezultata dokaznog postupka, ali o kojima sud nije izveo isti zaključak i *b)* koje činjenice postoje zaključuje se isključivo u sudskoj odluci. (Videti o tome: Grubiša, 1982: 96).

vrednosno stanovište, definicija ili obrazac, dovodi se u pitanje i različito se interpretira. *Put od jedne interpretacije ka drugoj, a ne put od greške ka istini, suština je postmodernizma* (Videti: Bauman, 1994:338). Ili, da upotrebimo Budonovu kovanicu, današnji svet vrednosti predstavlja jednu vrstu „mentalnog svaštarenja (Budon, 2005: 50).

Virusom postmodernizma inficiran je i sudski postupak. *Proces „prevrednovanja vrednosti“ predstavlja dominantnu tendenciju u krivičnom procesnom pravu zapadnog pravnog kruga (kojem pripadaju i anglo- američki i mešoviti kontinentalni postupak) i posledica je jednih istih, napred ocrtanih društvenih kretanja*. U novim uslovima stari orijentiri zakazuju, i više nisu u stanju da pomognu pri izboru najboljeg cilja krivičnog postupka, a kamoli da ukažu na najbolji put da se do njega stigne. Stvara se nova mapa vrednosti na kojoj manje nego ikada ranije postoji „datost“, a još manje „jedno i zasvagda datost“. U odsustvu skale vrednosti, sve postaje legitimno. Kada se, dakle, kriterijumi za upoređivanje vrednosti jednom dovedu u pitanje, teško je objasniti zašto bi se pri modeliranju krivičnog postupka radije opredelili za procesne oblike koje pospešuju pronalaženje tačnog rezultata nego za one koju omogućavaju najbrži i najekomičniji put do okončanja procesa, ili obrnuto.

O procesu prevrednovanja vrednosti najbolje svedoče sedimenti koje je iza sebe ostavila evolucija anglo-američkog postupka. Vekovno udovoljavanje impulsima materijalne pravde i pravičnosti, privrženost zdravorazumskom odlučivanju, senzibilitet za detalje konkretnog slučaja, verovanje u impekabilitet odluke dvanaest prosvetljenih ljudi, postepeno je zamenjeno ovakvom objavom: „Mi nikada ne znamo jesmo li utvrdili istinu. Nema objektivne istine, istina se tek stvara u procesu. Stoga je prava svrha postupka da se opravda izricanje krivične sankcije. To se postiže tako što se u postupku pridržavamo pravila *fair* ponašanja. Iz tog pridržavanja proizilazi svima prihvatljiva odluka kojoj nijedna strana ne može prigovoriti“ (Citirano prema: Damaška, 2001: 3). Dodatne dokaze nudi genealogija stranačkih nagodbi u SAD. Godine 1865. od Vrhovnog suda čujemo sledeće: „Ovakav slučaj je bez presedana u našoj istoriji. Neprimereno je tužiocu i njegovoj funkciji da se nagađa, dogovara i pregovara sa okrivljenim kako bi ovaj priznao krivicu. Njegov zadatak je upravo suprotan – da pred porotom dokaže krivicu okrivljenog“ (Citirano prema: Alschuler, 1979: 23). Isti razlozi ponovljeni su i deceniju kasnije: „Pravna profesija nespojiva je sa podvalama i intigramama. Bitka za pravdu treba da se vodi u sudnici, pred porotom. Sve ono što se dešava u tajnosti, iza zatvorenih vrata izaziva



sumnju i nepoverenje javnosti“ (Alschuler, 1979: 24). Skoro sto godina posle, ovaj sud je još uvek smatrao da „pravda i sloboda ne mogu biti predmet pregovaranja i prodaje“. <sup>10</sup> Ali na isteku šeste dekade prošlog veka i Advokatska komora SAD i Komisija za krivično pravo su poverovale da je davanje legitimiteta sporazumu o priznanju krivice lek za neefikasno američko pravosuđe. Vrhovni sud je prihvatio sugestiju i odmah potom apelovao da se predmeti rešavaju nagodbom stranaka jer bi u suprotnom država morala utrostručiti pravosudni budžet i broj sudija.

Proces promene merila za upoređivanje vrednosti najpre se javio u akuzatorskom postupku jer su pogledi na svet i metanaracije koje su prožete pojmovima pluralizma i relativizma rođene na području važenja anglo-američkog postupka. S druge strane, inkvizitorski principi mešovitog postupka su bili snažniji, slabije savitljivi i stoga otporniji na promene. A „svako je uređenje“, kako veli Dirkem, „prepreka preuređenju, i to utoliko više što je prvobitno uređenje postojanije“ (Dirkem, 2012: 87). *Tek je tekuća pravna akulturacija srušila poslednje brane prevrednovanju vrednosti i u kontinentalnom postupku.*

Koje su posledice prevrednovanja vrednosti? *Najistaknutiju predstavlja odricanje od klasične koncepcije po kojoj je procedura traganje za istinom, a pravda se njenom neodrživošću u uslovima prekomerne kompleksnosti društva. Modernim društvima su nedostižni tako visoki ciljevi koji podrazumevaju da odluke zadobijaju legitimitet ispravnošću (istinitošću, pravednošću) svog sadržaja. Šta je onda alternativa? Pošto je stvoren ambijent u kojem se pitanje istine uopšte ne može više postaviti, jer ništa više nije pogrešno, ali ni istinito, jasno je da alternativu predstavlja simulacija. Jer simulacija je, kako kaže Bodrijar, „uzajamna neutralizacija istinitog i pogrešnog“ (Bodrijar, 1998: 27). Prema tome, funkcija je postupka da imitiranjem traženja pravde služi stabilnosti političkog sistema. Postmoderni postupak je iluzija stvorena kako bi zavarala javnost, pri čemu javnost nije na to pristala. Njegova glavna funkcija je da se spor okonča,<sup>11</sup> nezadovoljstvo specifikira i usitni, a protest apsorbuje.*

---

10 *Shelton v. United States*, 356 U.S. 26, 1958.

11 Kod nekih divljih plemena postojao je običaj da t u žioci opt u ženog gađaju kopljima: ako bi svi promašili, on bi bio proglašen nevinim; ako bi bio pogođen, makar samo jednom, bio bi proglašen krivim i čitava stvar bi bila okončana. Često je primitivni du h pribegavao božjem sudu ne toliko po srednjovekovnoj teoriji da će Bog otkriti krivca koliko u nadi da će božji sud, ma kako nepravedan, okončati sukob koji bi inače mogao da zavađuje pleme generacijama.

Da bi pregnantnije približili efekte simulacije, iskoristićemo jednu Bodrijarovu parabolu. Vizantijski ikonopoklonici su smatrali da predstavljaju Boga da bi uvećali njegovu slavu, a zapravo su, po Bodrijaru, simulirajući Boga u slikama prikrivali problem njegove egzistencije.

„Iza svake od tih slika, Bog je nestao. Nije bio mrtav, već je nestao. A to znači da se sam problem više nije postavljao. Bio je rešen simulacijom“ (Bodrijar, 1998: 15). Vratimo li se na teren prava, *lako ćemo uvideti da je uloga vizantijskih slika dodeljena ideologiji o pravičnom procesu, koja je osnovno sredstvo simuliranja traženja pravde u krivičnom postupku.*

Kako smo uronili u iluziju? Nužan uslov je da se legitimitet definiše kao generalizovana spremnost da se unutar određenih granica tolerancije prihvate još neodređene odluke (Luman, 1992: 44). Prihvatanje znači da, svejedno iz kojih razloga, odluka postaje premisom ponašanja onih kojih se tiče i da oni svoja očekivanja iznova strukturiraju u skladu sa odlukom (Luman, 1992: 43–44). Potom je neuphodno neutralisati nestabilnosti koje nastaju zbog toga što se prema istoj situaciji jedni (sud) odnose šablonski, dok je za druge (stranke) ona izuzetan doživljaj. Zato se mora insistirati na rutinskom, bezličnom ophođenju „slučajem“ kako bi se odluka prikazala kao zaključak izveden iz fakata i normi. To određuje način na koji je treba pripremiti i na koji za nju treba pripremiti učesnike: s odlukom se mora postupati kao sa nečim što je već fiksirano, ali još nije poznato (Luman, 1992: 102–103). I ne treba se čuditi, uverava Luman, što je u javnosti proširena negativna stereotipna slika pravnik i sudije. „Ona predstavlja relativno neškodljiv ventil. Postupci ne stvaraju samo trajne spoznaje nego i trajna razočarenja. Njihova funkcija nije u tome da onemoguće razočarenja, već u tome da neizbežna razočarenja saliju u konačni oblik privatnog resantimana koji se širi na difuzan način i ne može postati institucija“ (Luman, 1992: 106). A najvažnije u tom imitiranju jeste da se neizvesnost o tome kako će se postupak završiti, koja predstavlja motor koji pokreće proces, neguje i održava u životu svom pažnjom i svim raspoloživim sredstvima ceremonijala – na primer tako što se naglašeno prikazuje sudska nezavisnost i objektivnost, izbegava svako obećanje da će se postupak završiti na određeni način, i što se taje odluke koje su već donete. Dakako, i neučesnici treba da steknu uverenje da se sve odvijalo na pošten način, da se ozbiljno, ispravno i mukotrпно tražila pravda i da bi i oni kada bi bilo potrebno pomoću ovih institucija dobili svoje pravo. Ukoliko je taj stav faktički rasprostanjen, ili ukoliko se na osnovu komunikacione situacije može pretpostaviti da je rasprostanjen, onaj ko bi hteo da se pobuni protiv obavezujućih odluka ne može računati na podršku

drugih. Njegova će se pobuna pripisati njemu samom i neće se smatrati da su zakazale institucije. Pobuna će se činiti oblikom tvrdoglavosti, neuidavnosti ili praktično nerazumnog životnog stava. U uslovima ovakve interpretacije, problematični se slučaj ne može uopštiti već će ostati za pojedinca. Kako bi se postupak otvorio za ovakvo nesaučesničko sudelovanje publike u njemu, bitno je da bude javan. Pritom je važna pristupačnost, a ne toliko i aktuelna prisutnost, istinsko odlaženje i posmatranje postupka. Dovoljna je opšta i neodređena spoznaja da se takvi postupci stalno odvijaju i da se, ukoliko postoji potreba, svako može o njima informisati. Tačno je, doduše, da javni postupak u najpovoljnijem slu čaju sadrži samo fragmente procesa stvaranja odluke. Ali i to je dovoljno da bi ispunio svoju simboličko-ekspresivnu funkciju, a ta je funkcija bitna kako bi se donošenje odluke legitimisalo (Luman, 1992:115).

Preostaje samo jedna neizvesnost: do koje mere se iluzija može umnožavati i reprodukovati pre nego što postupak izgubi svaki smisao?

#### **4. Zaključak**

*Pravna akulturacija, prevrednovanje vrednosti i simulacija* termini su bez kojih se, po našem sudu, ne može voditi bilo kakva ozbiljnija rasprava o problemima moderne krivične procedure. Proces preinačenja mešovitog krivičnog postupka, izazvan penetracijom anglo-američkih procesnih rešenja, predstavlja čin *pravne akulturacije*. Ona je pak odblesak duha vremena u kojem se uništava stari i stvara novi poredak vrednosti. Najistaknutije posledice *prevrednovanja vrednosti* jesu: *a)* odricanje od klasične koncepcije po kojoj je procedura traganje za istinom i *b)* pronalaženje utočišta u *simulaciji*: funkcija postmodernog postupka ograničava se na to da imitiranjem traženja pravde služi stabilnosti političkog sistema, dok se kao oruđe za stvaranje ove iluzije koristi ideologija o pravičnom procesu.

Na kraju, izražavamo uverenje da su nas uvidi do kojih smo došli osposobili za ono što mislimo da učinimo u nastavku ovog rada koji sleduje: pokušaćemo da izložimo novo gledište na razvoj krivične procedure, drugačije ili čak suprotno od onog koje je danas svuda zastupljeno.

## Literatura

- Alschuler, A.W. (1979). Plea Bargaining And Its History. *Columbia Law Review*. Vol. 79(1)
- Bauman, Z. (1994). Modernitet, postmodernitet i etika, Treći program Radio Beograda. 100
- Bodrijar, Ž. (1998). *Savršen zločin*. Beograd: Beogradski krug
- Budon, R. (2005). *Imoralizam*. Podgorica: CID
- Damaška, M. (2008). *Lica pravosuđa i državna vlast – Usporedni prikaz pravosudnih sustava*. Zagreb: Nakladni zavod Globus
- Damaška, M. (2001). *Dokazno pravo u kaznenom postupku: oris novih tendencija*. Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu
- Dvorkin, R. (2003). *Carstvo prava*. Beograd: Filip Višnjić
- Dirkem, E. (2012). *Pravila sociološke metode*. Novi Sad: Mediterran publishing
- Grubiša, M. (1982). *Što znači u procesnopravnom smislu utvrditi činjenično stanje (činjenice) i tko ga utvrđuje u krivičnom postupku*. Naša zakonitost. 6
- Đurđić, V. (2014). Koheretnost procesnog zakonika kao pretpostavka efikasnog krivičnog postupka. *Zbornik „Pravo i društvena stvarnost“*. Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet Priština
- Đurđić, V. Trajković, M. (2014). O istini u krivičnom postupku. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 65. 11–127
- Iglton, T. (1997). *Iluzije postmodernizma*. Novi Sad: Svetovi
- Knežević, S. (2102). Načelo raspravnosti u krivičnom ppostupku. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 62. 207–218
- Lorenzo, E. (2011). *Razočarana Evropa*. Novi Sad: Mediterran publishing
- Luman, N. (1992). *Legitimacija kroz proceduru*. Zagreb: Naprijed
- Roxin, C. (1998). *Strafverfahrensrecht*, 25. Auflage, Munchen: Verlag C.H.Beck
- Trajković, M. (2012). Vrednosna „metarmofoza“ prava, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 63. 207–216
- Uzelac, A. (1997). *Istina u sudskom postupku*. Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu

**Prof. Vojislav Đurđić, LL.D.**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

**Strahinja Davidov, LL.D.**  
Attorney at Law,  
Novi Sad

## **CRIMINAL PROCEDURE IN SERBIA: BETWEEN THE REFORM AND THE VALUE SYSTEM BREAKDOWN**

### **Summary**

*This paper discusses the correlation between the current reform of Serbian criminal procedure and the transformation of the fundamental principles of European-continental criminal procedure. In that context, the authors first provide a diagnosis of current state of affairs in domestic criminal procedure, which has been subjected to the process of legal acculturation embodied in spreading the Anglo-American criminal procedure into the European-Continental criminal procedure. In the second section, with reference to the “Serbianisation” of Dworkin’s Heracles, an imaginary perfect judge through whom Dworkin’s famous theory of law as integrity is presented, the authors provide insights into the state of domestic criminal justice system. The most important conclusions are presented in the third part of the paper. Firstly, the authors point out that the process of transplanting elements of the Anglo-American criminal procedure into the European-Continental proceedings gives birth to Serbian Heracles, which embodies the spirit of time when the old system of values is destroyed and a new one is created. In the authors’ opinion, the process of “reevaluation of values” is a dominant tendency in the criminal procedure law of the Western legal circle (which the Anglo-American and mixed continental procedures fall into), and it is a consequence of wider social trends. Changes in the criteria for comparing values first occurred in the accusatory proceedings, primarily because the standpoints and the metanarrative permeated with notions of pluralism and relativism were born and first applied in the Anglo-American procedure. However, considering the current legal acculturation, the last dams of reevaluation of values have been demolished in the continental procedures as well. As nothing is either right or wrong anymore, an environment has been created in which the question of truth cannot be posed any longer. In the authors’ opinion, the alternative is found in the process of simulating the pursuit of justice. The primary function of procedures imitating the judicial process is to serve and uphold the stability of the political system. Thus, postmodern procedures are an illusion created in order to deceive the public. An important role in that process is played by due process rules on fair proceedings which, as the authors believe, are the primary means of simulating the process of seeking justice in criminal proceedings.*

**Key words:** *criminal procedure, reevaluation of values, simulation, legal acculturation.*

**Dr Dragan Jovašević,\***  
Redovni profesor Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Nišu

originalan naučni članak

UDK: 343.272

Rad primljen: 16.01.2016.  
Rad prihvaćen: 02.02.2016.

## **PRIMENA MERE BEZBEDNOSTI ODUZIMANJA PREDMETA\*\***

**Apstrakt:** U suzbijanju i sprečavanju kriminaliteta uopšte, a naročito imovinskog kriminaliteta, koji danas preovladava u strukturi savremenog kriminaliteta, sva moderna krivična zakonodavstva predviđaju sistem različitih krivičnih sankcija i drugih mera. Među njima se po svojoj prirodi, karakteru, dejstvu i značaju izdvajaju imovinske krivične sankcije i mere. S obzirom na specifičan karakter imovinskih krivičnih dela i ličnosti njihovih učinilaca predviđena je specifična krivična sankcija – mera bezbednosti oduzimanja predmeta, koja, pored represivnog, ima i izuzetno preventivno dejstvo. Ovaj rad upravo razmatra pojam, obeležja, koncepciju, karakteristike i način izricanja i izvršenja ove imovinske mere bezbednosti shodno rešenjima iz Krivičnog zakonika Republike Srbije i uporednog krivičnog zakonodavstva.

**Ključne reči:** imovinski kriminalitet, krivične sankcije, mere bezbednosti, oduzimanje predmeta, krivično delo.

---

\* jovas@prafak.ni.ac.rs

\*\* Rad je rezultat istraživanja na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

## 1. Uvodna razmatranja

Od svog nastanka pod uticajem u čenja pozitivne i sociološke škole krivičnog prava, a posle uvođenja u pozitivno zakonodavstvo 1902. godine donošenjem Krivičnog zakonika Kraljevine Norveške, mere bezbednosti predstavljaju posebnu vrstu krivičnih sankcija<sup>1</sup> koje se mogu izreći svim učiniocima krivičnog dela: punoletnom ili maloletnom licu, fizičkom ili pravnom licu, licu koje je skrivljeno ili bez krivice izvršilo krivično delo. Ovo su najbrojnije mere u sistemu krivičnih sankcija, izrazito specijalno-preventivnog karaktera, u okviru koga zauzimaju istaknuto mesto po vrstama, obimu primene, karakteru, svrsi, sadržini, prirodi i dejstvu.

Mere bezbednosti kao specifične krivične sankcije sadrže sledeće karakteristike: a) one su sredstvo za zaštitu društva od kriminaliteta specijalno preventivnog karaktera, b) to su mere kojima se učiniocu krivičnog dela oduzimaju ili ograničavaju određena prava i slobode; one se primenjuju protiv i mimo volje u činioca krivičnog dela, što ukazuje na njihov prinudni karakter, v) propisane su u zakonu, g) izriče ih sud u zakonom predviđenom postupku i d) osnov njihove primene jeste postojanje opasnog stanja (temibilitet ili perikulozitet) kod učinioca dela koje se ispoljava u mogućnosti ponovnog vršenja krivičnog dela. Iz ovih karakteristika proizilazi da su mere bezbednosti sredstvo za zaštitu društva od kriminaliteta predviđene u zakonu koje izriče sud u zakonom predviđenom postupku učiniocu krivičnog dela zbog njegovog opasnog stanja ispoljenog krivičnim delom i koje se sastoje u oduzimanju ili ograničavanju njegovih sloboda i prava.

Primena mera bezbednosti zasniva se na postojanju posebnog stanja opasnosti koje učinilac nosi u sebi, a koje može biti prouzrokovano biopsihičkim ili socijalnim faktorima. To opasno stanje predstavlja svojstvo učinioca krivičnog dela. Prema članu 78 Krivičnog zakonika Srbije (KZ) svrha mera bezbednosti u okviru opšte svrhe krivičnih sankcija jeste da se otklone stanja ili uslovi koji mogu uticati da učinilac ubuduće ne vrši krivična dela (Lazarević, 2005: 252–253). Međutim, mere bezbednosti se ne mogu primeniti prema licu kod koga postoje takva opasna stanja ili uslovi, sve dok on ne učini krivično delo predviđeno u zakonu, a koje proizilazi iz tog opasnog stanja. Prema tome, mere bezbednosti se mogu primeniti tek pošto je izvršeno krivično

---

1 Ove mere pod nazivom zdravstveno-zaštitne mere uvodi Krivični zakonik Kraljevine Jugoslavije 1929. godine, odakle ih preuzima Opšti deo Krivičnog zakona 1947. godine.

delo, tj. post delictum, a ne samo na osnovu postojanja opasnog stanja, tj. ante delictum. To znači da se merama bezbednosti ostvaruje specijalna prevencija.

## **2. Pojam i vrste mera bezbednosti**

Budući da savremena krivična zakonodavstva predviđaju više različitih mera bezbednosti, teorija poznaje njihove različite podele, među kojima se posebno ističu sledeće: 1) u odnosu na to da li se učiniocu krivičnog dela oduzima sloboda kretanja ili ne, mere bezbednosti se dele na: a) mere kojima se oduzima sloboda kretanja (gde spadaju različite medicinske mere institucionalnog karaktera) i b) mere kojima se ne oduzima sloboda kretanja; 2) zavisno od dobra koje se pogađa primenom mere bezbednosti, one se dele na: a) lične mere – kojima se učinilac lišava ili ograničava u ličnim slobodama i pravima (zabrana vršenja poziva, delatnosti i dužnosti, zabrana upravljanja motornim vozilom, proterivanje stranca iz zemlje) i b) stvarne mere – kojima se učinilac lišava ili ograničava u stvarnim, imovinskim slobodama i pravima (oduzimanje predmeta); 3) prema karakteru dejstva, mere bezbednosti se dele na: a) eliminatorne mere – kojima se u činilac lišavanjem slobode kretanja eliminiše iz društva čime se postiže efikasna zaštita društvenih dobara od takvog lica, b) vaspitne mere – koje se sastoje u primeni medicinskih, psiholoških, pedagoških i drugih postupaka prema učiniocu krivičnog dela i v) preventivne mere – kojima se učinilac ograničava u određenim pravima ili delatnostima koja je prethodno zloupotrebio za vršenje krivičnih dela kako bi se predupredilo da ih ponovo zloupotrebi; 4) prema vremenskom trajanju, mere bezbednosti se dele na: a) vremenski određene mere – kojima se učinilac za u sudskoj odluci određeno vreme lišava ili ograničava određenih prava ili sloboda i b) vremenski neodređene mere – za koje se u momentu izricanja ne zna unapred koliko će dugo vremena biti primenjivane; i 5) prema kategoriji učinilaca krivičnih dela, mere bezbednosti se dele na: a) mere koje se mogu izreći svakom učiniocu svakog krivičnog dela i b) mere koje se izriču određenim učiniocima koja imaju posebna psihička stanja i stepen duševne poremećenosti.

Pozitivno krivično pravo Srbije poznaje više mera bezbednosti (član 79 KZ). To su: 1) obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi, 2) obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi, 3) obavezno lečenje narkomana, 4) obavezno lečenje alkoholičara, 5) zabrana vršenja poziva, delatnosti i dužnosti, 6) zabrana upravljanja motornim



vozilom, 7) oduzimanje predmeta, 8) proterivanje stranca iz zemlje, 9) javno objavljivanje presude, 10) zabrana približavanja i komunikacije sa oštećenim i 11) zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama.

Mere bezbednosti su vrste krivičnih sankcija koje se mogu izreći samo učiniocu krivičnog dela ako su za to u konkretnom slučaju ispunjeni zakonom predviđeni uslovi. Zakonik o krivičnom postupku<sup>2</sup> u glavi dvadeset prvoj pod nazivom „Postupci za izricanje mera bezbednosti“ u čl. 521–536 propisuje posebne vrste krivičnih postupaka u kojima se mogu izricati ove krivične sankcije. Za primenu mera bezbednosti se u pravnoj teoriji ističe da su one ograničene principom srazmernosti. Ovaj princip zahteva da se kod svake mere bezbednosti: a) utvrdi da li je ona primerena ostvarenju cilja specijalne prevencije u konkretnom slučaju, b) da se ne izriče teža mera ako se ista svrha može ostvariti blažom merom bezbednosti i v) trajanje mere bezbednosti je u funkciji proklamovane svrhe, pa njeno trajanje prestaje kada je ta svrha ostvarena.

Izricanje mera bezbednosti je, po pravilu, fakultativno. Naime, i kad su ispunjeni zakonski uslovi, sud nije dužan da izrekne ove mere, osim u slučaju primene medicinskih, kurativnih mera: a) obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi, b) obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi, v) obavezno lečenje narkomana i g) obavezno lečenje alkoholičara. U određenim slučajevima u posebnom delu Krivičnog zakonika kod pojedinih krivičnih dela je propisano: a) obavezno oduzimanje predmeta: opojnih droga, oružja, predmeta koji su proizvedeni krivičnim delima protiv intelektualne svojine i b) zabrana upravljanja motornim vozilom kod teških dela protiv bezbednosti javnog saobraćaja.

Učiniocu krivičnog dela sud može da izrekne jednu ili više mera bezbednosti (kumulacija mera). Obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi i obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi se izriču neuračunljivim učiniocima krivičnog dela (odnosno protivpravnog dela, koje je u zakonu predviđeno kao krivično delo). Uz ove dve mere se takođe mogu izreći sledeće mere bezbednosti: a) zabrana vršenja poziva, delatnosti i dužnosti, b) zabrana upravljanja motornim vozilom i v) oduzimanje predmeta. Bitno smanjeno uračunljivom učiniocu krivičnog dela se takođe mogu izreći mere: a) obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi i b) obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi, ali ne samostalno, već uz kaznu ili uz uslovnu osudu.

---

2 Sl. glasnik RS, 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 i 55/14.

Mere bezbednosti se, po pravilu, izriču uz druge krivične sankcije: a) kaznu, b) uslovnu osudu, v) sudsku opomenu, g) vaspitnu meru i d) kaznu maloletničkog zatvora. Uz kaznu, uslovnu osudu, sudsku opomenu ili u slučaju kada je učinilac krivičnog dela oslobođen od kazne mogu se izreći sledeće mere bezbednosti: a) obavezno lečenje narkomana, b) obavezno lečenje alkoholičara, v) zabrana vršenja poziva, delatnosti i dužnosti, g) zabrana upravljanja motornim vozilom, d) oduzimanje predmeta i đ) javno objavljivanje presude. I konačno, mera proterivanja stranca iz zemlje može se izreći ako je učiniocu krivičnog dela izrečena kazna ili uslovna osuda. Mere: a) zabrana približavanja i komunikacije sa oštećenim i b) zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama, mogu se izreći ako je u činiocu izrečena novčana kazna, rad u javnom interesu, oduzimanje vozačke dozvole, uslovna osuda i sudska opomena. Uz vaspitne mere i kaznu maloletničkog zatvora mogu se izreći sve mere bezbednosti, osim zabrane vršenja poziva, delatnosti i dužnosti (s tim što se mere: a) obaveznog lečenja narkomana i b) obaveznog lečenja alkoholičara, ne mogu izreći uz vaspitnu meru upozorenja i usmeravanja). Učiniocu krivičnih dela u sticaju se može izreći jedna ili više mera bezbednosti ako su prethodno utvrđene za bilo koje od krivičnih dela u sticaju. Uz meru bezbednosti se može izreći i mera oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim delom.

Mere bezbednosti mogu da zastare, i to: 1) obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi, obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi, obavezno lečenje narkomana, obavezno lečenje alkoholičara i oduzimanje predmeta kada protekne pet godina od dana pravnosnažnosti odluke kojom su te mere izrečene; i 2) zabrana vršenja poziva, delatnosti i dužnosti, zabrana upravljanja motornim vozilom i proterivanje stranca iz zemlje kada protekne vreme za koje su te mere izrečene. Za dve novouvedene mere bezbednosti: a) zabrana približavanja i komunikacije sa oštećenim i b) zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama, zakon ništa ne kaže u pogledu nastupanja njihove zastarelosti. Na određene mere bezbednosti: a) zabrana vršenja poziva, delatnosti i dužnosti, b) zabrana upravljanja motornim vozilom i v) proterivanje stranca iz zemlje deluju i amnestija i pomilovanje, s tim što se primenom amnestije ove mere bezbednosti mogu ukinuti, dok se pomilovanjem ove mere mogu ukinuti ili se može odrediti njihovo kraće trajanje.

### 3. Oduzimanje predmeta

#### 3.1. Istorijski razvoj mere oduzimanja predmeta u Srbiji

Prvi pisani pravni spomenici na području današnje Republike Srbije: Dušanov zakonik iz 1349. i 1354. godine, Zakon prote Mateje Nenadovića iz 1804. godine i Karađorđev Kriminalni zakonik iz 1807. godine, ne poznaju oduzimanje predmeta kao vrstu krivične sankcije prema učinocima krivičnih dela. Prvi put je ova specifična sankcija uvedena u domaći pravni sistem donošenjem Kriminalnog (Kazniteljnog) zakonika iz 1860. godine.

Naime, Kriminalni (Kazneiteljni) zakonik za Knjažestvo Srbiju (Nikolić, 1990: 204) u glavi prvoj pod nazivom „O kaznama“, u članu 35, propisivao je da se „krivac može osuditi da mu se oduzmu one stvari koje je krivičnim delom načinio ili kojima se za to krivično delo poslužio ili ih je za to namenio ako su one u njegovoj svojini ili svojini lica koji su mu saučesnici“. Ovako oduzete stvari će se uništiti, na „polzu zemaljsku obratiti“, čak i u slučaju ako krivac umre pre nego što je doneta presuda postala izvršna.

Krivični zakonik Kraljevine Jugoslavije iz 1929. godine (Čubinski, 1934: 177–178) u glavi četvrtoj pod nazivom „Mere bezbednosti“, u članu 59, propisuje meru oduzimanja izvesnih predmeta. Primenom ove mere bezbednosti (čime ovaj Zakonik prvi put određuje i njenu pravnu prirodu) oduzimaju se predmeti koji su postali kakvim krivičnim delom ili koji su bili upotrebljeni ili su bili namenjeni za izvršenje kakvog krivičnog dela. Ovi predmeti se oduzimaju od učinioca krivičnog dela ili drugog učesnika pod uslovom da su njihova svojina i se to čini u korist Fonda za podizanje i popravljavanje kaznenih zavoda, zavoda za vaspitanje i popravljavanje i zavoda za izvršenje mera bezbednosti. Njihovo oduzimanje se sprovodi u postupku shodno članu 425 Zakonika o krivičnom sudskom postupku, kao i privremeno oduzimanje predmeta koji u istrazi mogu postužiti kao dokaz, pri čemu se ovi predmeti oduzimaju od vlasnika ili drugih lica (držalaca). Na ovaj način oduzeti predmeti se predaju „kriminalnom muzeju“, ako su oruđa ili predmeti za to podesni, uništavaju ili se čine neupotrebljivim, ili se prodaju na najbližoj sudskoj javnoj prodaji.

Krivični zakonik FNRJ iz 1951. godine<sup>3</sup> u sistemu mera bezbednosti predviđenih u glavi petoj, u članu 62, predviđa oduzimanje predmeta.

---

3 *Сл. лист ФНРЈ*, 13/51.

Ova mera se sastoji u oduzimanju predmeta koji su bili upotrebljeni ili su bili namenjeni ili su nastali izvršenjem krivičnog dela, ako su svojina učinioca. No, ovi se predmeti mogu oduzeti i ako su svojina drugih lica, ako to zahtevaju interesi opšte bezbednosti ili razlozi morala. Oduzeti predmeti postaju opštenarodna imovina, pa se s obzirom na njihovu prirodu predaju kriminalističkom muzeju ili se uništavaju. Po pravilu, ova je mera fakultativnog karaktera, ali se zakonom može propisati i njeno obavezno izricanje (Radovanović, 1975: 304–305).

Krivični zakon SFRJ iz 1976. godine<sup>4</sup> koji je sa različitim izmenama i dopunama ostao na snazi do donošenja Krivičnog zakonika Republike Srbije (KZ) iz 2005. godine, u glavi petoj pod nazivom „Mere bezbednosti“, u članu 69, predviđa oduzimanje predmeta. Shodno zakonskom rešenju ovom merom se oduzimaju predmeti koji su upotrebljeni ili su bili namenjeni za izvršenje krivičnog dela ili koji su nastali izvršenjem krivičnog dela ako su svojina učinioca. No, ovi se predmeti mogu oduzeti (fakultativno) i ako nisu u svojini učinioca, ako to zahtevaju interesi opšte bezbednosti ili razlozi morala, ali se time ne dira u pravo trećih lica na naknadu štete od učinioca. Zakonom se takođe može odrediti i obavezno oduzimanje predmeta.

### **3.2. Mera oduzimanja predmeta u pozitivnom pravu Srbije**

Oduzimanje predmeta je specifična i jedina stvarna mera bezbednosti u savremenom krivičnom pravu Srbije, predviđena u glavi šestoj pod nazivom „Mere bezbednosti“, u članu 87, Krivičnog zakonika. Ona se sastoji u oduzimanju predmeta koji je bio namenjen ili upotrebljen za izvršenje krivičnog dela ili koji je nastao izvršenjem krivičnog dela<sup>5</sup>. U teoriji, ali i u uporednom krivičnom zakonodavstvu (Krivični zakonik Savezne Republike Nemačke u sedmom odeljku, u čl. 73–76a)<sup>6</sup> ima shvatanja prema kojima bi prirodi i svrsi ove mere bezbednosti više odgovarao karakter posebne krivičnopravne mere sui generis zajedno sa merom oduzimanja imovinske koristi koja je pribavljena krivičnim delom (Novoselec, 2004:435).

4 *Sl. list SFRJ*, 44/76.

5 Sudska praksa beleži da su primenom ove mere oduzimani sledeći predmeti: pištolj rođaka koji je u činilac neovlašćeno nosio (rešenje Okru žnog s uda u Beogradu K ž. 757/2003); opojne droge, otrovi, oru žje i sredstva za falsifikovanje (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. Ok. 7/2005); računar bez obzira što nije vlasništvo u činioca jer se na njemu nalazio snimak 160 fotografija pornografske sadržine koji se odnose na maloletnicu staru 12 godina (presuda Vrhovnog suda Srbije K ž. 453/2006).

6 *StGB, Strafgesetzbuch*, 50. Auf lage, Munchen, 2012, str.49–51.

Ukazujući na heterogenost pravne prirode ove mere, neki autori smatraju da bi nju trebalo smestiti u pravne posledice osude (Bačić, 1998:463) jer se radi o meri kaznenog karaktera koja je, istina, vezana za izvršeno krivično delo, ali se za njenu primenu ne zahteva opasnost i ona ima drugačiji cilj (svrhu) nego druge mere bezbednosti. Ova mera je odavno poznata u krivičnom pravu kao sporedna (dopunska) kazna, pa je čak i danas zadržala karakter kazne (Tomić, 1990: 202–206), jer je njen cilj odmazda (represija), a sadržina – oduzimanje određenog imovinskog prava čija je primena u određenim situacijama obavezna (kao što je slučaj sa kaznama). Budući da postoje različiti osnovi za oduzimanje predmeta, u teoriji ima shvatanja da je oduzimanje predmeta istovremeno i mera bezbednosti i kazna jer objedinjuje elemente obe vrste krivičnih sankcija (Tahović, 1956: 224), odnosno da je to posebna sudska mera koja se izriče u javnom interesu (Kokolj, Lazin, 1986: 102).

Upravo zbog sporne pravne prirode ove krivičnopravne mere, ona je u novom Kaznenom zakonu Hrvatske iz 2011. godine<sup>7</sup> predviđena članom 79 kao krivičnopravna mera sui generis. Radi se o meri koja se najčešće ne izriče samo na osnovu opasnosti učinioca, niti na osnovu opasnosti oduzetih predmeta, već kada je to potrebno radi zaštite opšte sigurnosti, javnog poretka ili iz moralnih razloga (Pavišić, Grozdanić, Veić, 2007: 262–264). Pod ovim sredstvima se podrazumevaju sredstva bilo koje vrste, materijalna ili nematerijalna, pokretna ili nepokretna, imovinska ili neimovinska, kao i pravni dokumenti kojima se dokazuju prava na tim sredstvima (Turković et al., 2013: 117). To su, upravo, predmeti čije oduzimanje obavezno predviđaju član 12, stav 1b i član 2(d) Konvencije OUN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala iz 2000. godine (Palermo Konvencija).

Primenom ove mere oduzimaju se dve vrste predmeta. To su:

1) predmeti koji su upotrebljeni ili su namenjeni za izvršenje krivičnog dela – instrumenta sceleris (sredstva zločina). Ovde se radi o predmetima kojima se u činilac poslužio kao sredstvom za izvršenje krivičnog dela i koja se nalaze u kauzalnoj vezi sa nastupelom posledicom. To su predmeti kojima je preduzeta radnja izvršenja ili kažnjiva pripremna radnja, odnosno kojima je pokušano izvršenje krivičnog dela. Predmeti koji su namenjeni za izvršenje krivičnog dela su oni predmeti kojima je učinilac nameravao da izvrši planirano krivično delo, koje je sam izradio ili ih je nabavio u ovu svrhu (Srzentić, Stajić, Lazarević, 1994:379) i

---

7 Narodne novine Republike Hrvatske, 125/11, 144/12, 56/15 и 61/15.

2) predmeti koji su nastali izvršenjem krivičnog dela – *producta sceleris* (proizvodi zločina). Ovdje se ne radi o predmetima koji predstavljaju korist do koje je učinilac došao izvršenjem krivičnog dela, u kom slučaju se primenjuje posebna krivičnopravna mera oduzimanja imovinske koristi, već se radi o predmetima koji su nastali u samom postupku izvršenja krivičnog dela. Svrha primene ove mere je izrazito preventivnog karaktera kako bi se sprečilo vršenje krivičnih dela tim predmetima u budućnosti (Horvatić, 2003: 242–243).

U praksi se kod primene ove mere postavilo kao sporno pitanje da li određeni predmeti spadaju u predmete koji su upotrebljeni za izvršenje krivičnog dela, npr. motorno vozilo koje je upotrebljeno u toku vršenja krivičnog dela. U ovom slučaju je Vrhovni sud Srbije u presudi broj KŽ.820/87 zauzeo stanovište da putničko vozilo koje je u činilac koristio za odlazak na mesto izvršenja krađe ne predstavlja predmet upotrebljen za izvršenje krivičnog dela jer se u smislu primene ove mere bezbednosti mora raditi o predmetima pomoću kojih je došlo do izvršenja krivičnog dela, a koji su, po pravilu, takvi da po svojoj prirodi mogu da služe tom cilju. To moraju biti predmeti čija je upotreba najuže povezana sa zakonom određenom radnjom izvršenja konkretnog krivičnog dela. Ako je pak predmet poslužio za preduzimanje pripremnih radnji ili radnji koje su usledile posle izvršenja krivičnog dela, a inače se ne radi o predmetu koji se po pravilu koristi za izvršenje krivičnog dela, onda se i ne može raditi o predmetu koji je upotrebljen za izvršenje krivičnog dela (Stojanović, 2002: 120).

Ranije je za primenu ove mere bezbednosti bilo potrebno da se radi o predmetima koji su bili u svojini učinioca krivičnog dela, što je poslednjim zakonskim rešenjem brisano. Da bi se ovi predmeti mogli oduzeti od učinioca krivičnog dela potrebno je ispunjenje sledećih alternativno zakonom određenih uslova (Jovašević, 2010: 215): a) da postoji opasnost da će se određeni predmet ponovo upotrebiti za izvršenje krivičnog dela i b) da je radi zaštite opšte bezbednosti ili iz moralnih razloga neophodno oduzimanje predmeta (Pavišić, Grozdanić, Veić, 2007: 262–263). Predmeti čije oduzimanje zahtevaju razlozi opšte bezbednosti su oni predmeti koji su opasni, pa se inače i ne nalaze u slobodnom prometu, ali čija upotreba može da dovede u opasnost život i telo ljudi i sigurnost njihove imovine (eksploziv, otrovi, oružje). Razlozi morala (Radovanović, 1975: 305) zahtevaju da se oduzmu predmeti koji negativno utiču na javni moral ili njegov razvoj (pornografski spisi).

Predmeti će se oduzeti čak u slučajevima kada krivični postupak nije završen presudom kojom se optuženi oglašava krivim ili rešenjem o izricanju mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja. U čl.

535–536 Zakonika o krivičnom postupku (ZKP) je propisan poseban postupak za primenu mere bezbednosti oduzimanja predmeta. Rešenje o oduzimanju predmeta donosi sud koji je i doneo odluku u prvom stepenu. Ono se dostavlja i vlasniku predmeta (ako je poznat) koji ima pravo žalbe (član 536, stav 2 ZKP).

Izricanjem ove mere se ne dira u prava trećih lica na naknadu štete od učinioca (Grozđanić, Škorić, Martinović, 2013: 258). Oduzimanje predmeta je, po pravilu, fakultativno, ali zakon može odrediti i obavezno oduzimanje predmeta kod pojedinih krivičnih dela: član 185 KZ – predmeti pornografske sadržine, član 223 KZ – falsifikovani novac, član 224 KZ – lažne hartije od vrednosti, član 225 KZ – lažne platne kartice, član 226 KZ – lažni znakovi za vrednost, član 227 KZ – sredstva za falsifikovanje novca, hartija od vrednosti, znakova za vrednost ili platnih kartica itd.

Zakonom (Đorđević, Đorđević, 2014: 106) se takođe i određuje obavezno uništavanje oduzetih predmeta (član 87, stav 3 KZ). Drugačije rešenje – fakultativno uništavanje oduzetih predmeta – kada to zavisi od mogućnosti njihovog ponovnog ekonomskog, kulturnog, obrazovnog, naučnog ili umetničkog iskorišćavanja propisuje član 69, stav 2 Krivičnog zakonika Švajcarske konfederacije<sup>8</sup>.

Od ove mere bezbednosti treba razlikovati privremeno oduzimanje: a) predmeta i isprava koji su u vezi sa svrhom pretresanja stana i drugih prostorija i b) stvari nepoznatog vlasnika iz čl. 153–154 ZKP. To je mera obezbeđenja materijalnih dokaza u krivičnom postupku. Ovi se predmeti oduzimaju od učinioca krivičnog dela ili drugih lica na određeno vreme radi dokazivanja činjenica koje su u vezi sa svrhom pretresanja, a po završetku krivičnog postupka ili ranije vraćaju se vlasnicima. Predmeti nepoznatog vlasnika se vraćaju u roku od godinu dana licu koje dokaže svoje vlasništvo ili se prodaju po odredbama izvršnog postupka (ako se vlasnik ne javi ili ako se radi o stvari koja je podložna kvaru ili je njeno čuvanje vezano sa znatnim troškovima), a dobijeni novac se unosi u budžet Republike Srbije.

---

8 *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, StGB, 7. Auflage, Liberalis Plus, Zurich, 2013, str. 53.

#### 4. Oduzimanje predmeta u uporednom krivičnom pravu

Oduzimanje predmeta kao posebnu imovinsku krivičnopravnu meru poznaju i brojna savremena krivična zakonodavstva. No, različita su rešenja pravne prirode i karaktera ove mere. Tako se oduzimanje predmeta javlja u više oblika kao što su: 1) mera bezbednosti, 2) kazna i 3) posebna krivičnopravna mera sui generis.

Kao mera bezbednosti, oduzimanje predmeta se javlja u sledećim zakonodavstvima:

U Bosni i Hercegovini oduzimanje predmeta je mera bezbednosti (član 74 Krivičnog zakona BiH<sup>9</sup>, član 78 Krivičnog zakona Federacije BiH<sup>10</sup>, član 78 Krivičnog zakona Brčko Distrikta BiH<sup>11</sup> i član 62 Krivičnog zakona Republike Srpske<sup>12</sup>) kojom se oduzimaju predmeti koje je učinilac u celini ili delimično upotrebio ili namenio kao sredstvo za izvršenje krivičnog dela ili predmeti koji su nastali izvršenjem krivičnog dela ako su u svojini učinioca. Oni se oduzimaju i kada nisu u svojini u činioca krivičnog dela ako postoji opasnost da će ponovo biti upotrebljeni za vršenje krivičnih dela ili kada je to u cilju zaštite opšte bezbednosti ili iz moralnih razloga preko potrebno (apsolutno neophodno), ali se time ne dira u pravo trećih lica na naknadu štete od učinioca. Oduzimanje predmeta može biti obavezno i fakultativno (Babić, Marković, 2008: 458–460).

U Crnoj Gori je oduzimanje predmeta mera bezbednosti iz člana 75 Krivičnog zakonika<sup>13</sup>. Njenom primenom se od učinioca oduzimaju predmeti koji su upotrebljeni ili su namenjeni za izvršenje krivičnog dela ili predmeti koji su nastali izvršenjem krivičnog dela pod uslovom da su u njegovoj svojini. Ukoliko to nije slučaj, ovi predmeti se oduzimaju i od drugih fizičkih ili pravnih lica samo ako to zahtevaju razlozi bezbednosti ljudi ili imovine, razlozi morala ili ako i dalje postoji opasnost da će oni biti upotrebljeni za izvršenje krivičnog dela, ali se time ne dira u pravo trećih lica na naknadu štete od učinioca. Primena ove mere bezbednosti je fakultativnog karaktera, ali se zako-

---

9 *Sl. glasnik Bosne i Hercegovine*, 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15 i 40/15.

10 *Sl. novine Federacije Bosne i Hercegovine*, 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 i 76/14.

11 *Sl. glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine*, 33/13.

12 *Sl. glasnik Republike Srpske*, 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 i 67/13.

13 *Sl. list Crne Gore*, 70/03, 47/06, 40/08, 25/10, 32/11, 40/13 i 18/15.



nom može odrediti i obavezno oduzimanje predmeta u pojedinim slučajevima (Lazarević, Vučković, Vučković, 2004: 193–195).

U Sloveniji je oduzimanje predmeta predviđeno kao mera bezbednosti u članu 69 Kazneskog zakonika<sup>14</sup>. Ovu meru sud izriče uz kaznu, uslovnu osudu, sudsku opomenu ili oslobođenje od kazne. Njenom primenom se oduzimaju predmeti koji su upotrebljeni ili su bili namenjeni za izvršenje krivičnog dela ili predmeti koji su nastali izvršenjem krivičnog dela. Oni se mogu oduzeti i kada nisu u svojini učinioca ako to zahtevaju razlozi opšte bezbednosti ili razlozi morala. Oduzimanjem predmeta treća lica ne gube pravo na naknadu štete od učinioca. Ova mera se može izreći fakultativno ili obavezno (Selinšek, 2007: 319).

Grčki Krivični zakonik (Lolis, Mangakis, 1973: 64) predviđa oduzimanje predmeta kao meru bezbednosti u članu 76. Ona se sastoji u oduzimanju predmeta kojim je krivično delo izvršeno ili predmeta koji je bio namenjen za izvršenje krivičnog dela ili predmeta koji su nastali izvršenjem krivičnog dela ako se nalaze u svojini učinioca dela ili nekog od saučesnika. Ovi se predmeti mogu oduzeti od vlasnika, čak i kada nije osuđen (npr. oslobođen je od kazne) ako to nalažu razlozi opšte bezbednosti. Predmeti se oduzimaju i od naslednika učinioca krivičnog dela ako je odluka o njihovom oduzimanju postala pravosnažna pre njegove smrti.

I Krivični zakonik Italije<sup>15</sup> u članu 240 predviđa oduzimanje predmeta kao stvarnu meru bezbednosti. Njenom primenom se od učinioca oduzimaju predmeti koji su upotrebljeni ili su bili namenjeni za izvršenje krivičnog dela, kao i predmeti koji su nastali izvršenjem krivičnog dela, pod uslovom da postoji neposredna veza ovih predmeta sa prouzrokovanom posledicom krivičnog dela. Zakonik poznaje fakultativno i obavezno oduzimanje predmeta sa ciljem da se oni ponovo ne upotrebe za vršenje krivičnih dela.

Kao posebna krivičnopravna mera sui generis, oduzimanje predmeta se javlja u sledećim zakonodavstvima:

Krivični zakonik SR Nemačke u sedmom odeljku, u čl. 74–74b predviđa oduzimanje predmeta, zajedno sa oduzimanjem imovinske koristi kao posebnu krivičnopravnu meru sui generis (Novoselec, 2004: 435). Primenom ove mere oduzimaju se predmeti koji su nastali izvršenjem krivičnog

---

14 *Uradni list Republike Slovenije*, 55/08.

15 *Compendio di Diritto penale, Parte generale e speciale*, 8. Edizione, Simone, Napoli, 2004, str. 312.

dela ili su bili upotrebljeni ili su bili namenjeni za izvršenje ili pripremanje krivičnog dela pod sledećim uslovima: 1) da je krivično delo učinjeno sa umišljajem, 2) da predmeti pripadaju ili da na njih ima pravo učinilac ili saučesnik u vreme donošenja odluke i 3) ako s obzirom na vrstu predmeta i okolnosti postoji opasnost da oni mogu poslužiti za izvršenje protivpravnih dela ili su inače opšteopasni.

No, i kada navedeni uslovi nisu ispunjeni, ovi predmeti se mogu oduzeti od lica (član 74a KZ – prošireno oduzimanje predmeta) kome oni pripadaju ili u odnosu na njih ima prava: 1) koje je iz lakomislenosti doprinelo da stvar ili pravo postanu sredstvo ili predmet izvršenja ili pripremanja krivičnog dela i b) ako je predmete steklo na nedostojan način, iako je bilo svesno okolnosti koje dozvoljavaju meru njihovog oduzimanja<sup>16</sup>.

U Kaznenom zakonu Hrvatske iz 2011. godine<sup>17</sup> oduzimanje predmeta je predviđeno u članu 79 kao posebna krivičnopravna mera sui generis, a ne kao mera bezbednosti. U obrazloženju ovog rešenja se navodi da se ona najčešće ne izriče na osnovu opasnosti učinioca, niti na osnovu opasnosti oduzetih predmeta. Pod ovim sredstvima se podrazumevaju sredstva bilo koje vrste, materijalna ili nematerijalna, pokretna ili nepokretna, imovinska ili neimovinska, kao i pravni dokumenti kojima se dokazuju prava na tim sredstvima (Turković et al., 2013: 117). Primenom ove mere se oduzimaju predmeti i sredstva koja su bila namenjena ili su upotrebljena za izvršenje krivičnog dela ili su nastala njegovim izvršenjem ako postoji opasnost da će se ona ponovo upotrebiti za izvršenje krivičnog dela.

No, sud može oduzeti ove predmete i sredstva i kada je njihovo oduzimanje potrebno radi zaštite opšte bezbednosti, javnog poretka ili iz moralnih razloga (Grozđanić, Škorić, 2009: 2005). Oduzeti predmeti i sredstva postaju vlasništvo Republike Hrvatske, ali to ne utiče na pravo trećih lica na naknadu štete od učinioca krivičnog dela. Interesantno je rešenje prema kome vlasnik oduzetog predmeta ili sredstva koji nije učinilac krivičnog dela ima pravo na povraćaj predmeta i sredstava ili naknadu njihove tržišne vrednosti iz državnog budžeta, osim ako je najmanje krajnjom nepažnjom doprineo da predmet ili sredstvo bude namenjeno ili upotrebljeno za izvršenje krivičnog dela ili da nastane njegovim izvršenjem ili ako je pribavio predmet ili sredstvo znajući okolnosti koje omogućavaju njihovo oduzimanje. Izricanje mere

---

16 *StGB, Strafgesetzbuch*, 50. Auflage, Munchen, 2012, str. 51–52.

17 *Narodne novine Republike Hrvatske*, 125/11, 144/12, 56/15 i 61/15.

je fakultativno, ali se zakonom može propisati i obavezno oduzimanje predmeta ili sredstva.

I u Makedoniji oduzimanje predmeta predstavlja posebnu krivičnopravnu meru predviđenu u glavi sedmoj pod nazivom „Konfiskacija (zaplena) imovine i imovinske koristi i oduzimanje predmeta“, u članu 100a KZ<sup>18</sup>. Primenom ove mere niko ne može da zadrži ili prisvoji predmete koji su pribavljeni krivičnim delom. Zato se od učinioca oduzimaju predmeti koji su upotrebljeni ili su namenjeni za izvršenje krivičnog dela, bez obzira na to da li su u njegovoj svojini ili svojini trećeg lica, ako to zahtevaju interesi opšte bezbednosti, javnog zdravlja ili razlozi morala.

Predmeti se oduzimaju čak i kada zbog stvarnih (nedostupnost učinioca nadležnim državnim organima) i pravnih (zastarelost, imunitet, duševna poremećenost nastala posle izvršenog krivičnog dela) smetnji nije uopšte moguće vođenje krivičnog postupka prema učiniocu krivičnog dela (Kambovski, 2006: 769–771). Primena ove mere ne utiče na pravo trećeg lica na naknadu štete od učinioca. Ovi se predmeti mogu oduzeti i ako postoji opasnost da ponovo budu upotrebljeni za izvršenje krivičnog dela. Pri tome je zakon izričito odredio da se ovi predmeti neće oduzeti od trećeg ličca, osim ako je ono znalo ili je bilo dužno ili moglo da zna da se radi o predmetima koji su namenjeni ili su upotrebljeni za izvršenje krivičnog dela. Pod uslovima koji su predviđeni u ratifikovanim međunarodnim ugovorima, oduzeti predmeti se mogu vratiti drugoj državi (Marjanovik, 1998: 178).

Kao posebnu meru, oduzimanje predmeta u članu 69 predviđa i Krivični zakonik Švajcarske<sup>19</sup>. Primenom ove mere od učinioca krivičnog dela se oduzimaju predmeti koji su bili namenjeni ili su upotrebljeni za izvršenje krivičnog dela ili su nastali izvršenjem krivičnog dela ako predstavljaju opasnost za javnu bezbednost, moral ili javni red. Oduzeti predmeti se po odluci suda mogu i uništiti (Serebrenikova, Kuznjecova, 2000: 32–33).

Na kraju, pojedina krivična zakonodavstva poznaju oduzimanje predmeta kao kaznu:

---

18 *Sl. vesnik na Republika Makedonija*, 37/96, 80/99, 4/02, 19/04, 81/05, 60/06, 73/06, 7/08, 139/08, 114/09, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 41/14, 115/14 i 132/14.

19 *Schweizerisches Strafgesetzbuch* vom 21. Dezember 1937., Stand am 1. April 1996., Bern, 1997, str.25–26.

Kao kaznu oduzimanje predmeta poznaje Krivični zakonik Bugarske u članu 53<sup>20</sup>. Ova kazna se sastoji u oduzimanju određenih predmeta u korist države od učinioca krivičnog dela bez obzira na njegovu krivicu. Primenom ove kazne od učinioca se oduzimaju predmeti: a) koji su bili namenjeni ili su upotrebljeni za izvršenje krivičnog dela ako je posedovanje tih predmeta zabranjeno, b) koji pripadaju učiniocu krivičnog dela, a u posebnom delu Zakonika je propisano njihovo obavezno oduzimanje i v) koji su stečeni (nastali) izvršenim krivičnim delom. Ako se ovi predmeti ne mogu oduzeti od učinioca krivičnog dela (jer su uništeni, izgubljeni ili se ne zna gde se nalaze), učinilac je obavezan da plati novčani iznos vrednosti tih predmeta (Nenov, Stojanov, 1992: 274–276).

Na kraju, kao posebnu vrstu alternativne kazne, oduzimanje predmeta poznaje i Krivični zakonik Francuske. Naime, u članu 131–6 je predviđeno da sud u postupku odmeravanja kazne učiniocu krivičnog dela za koje je u zakonu propisana kazna zatvora, umesto propisane kazne može izreći oduzimanje predmeta. Njenim izricanjem se učiniocu krivičnog dela oduzimaju određena imovinska prava – predmeti koje je učinilac upotrebio ili namenio za izvršenje krivičnog dela ili predmeti koji su nastali kao rezultat izvršenog krivičnog dela (Vouzelle, 1993: 178–179).

## **5. Oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim delom**

Pored stvarne mere bezbednosti oduzimanja predmeta, krivično pravo Republike Srbije (kao i brojna druga uporedna zakonodavstva) poznaju i meru oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim delom.

Mera oduzimanja imovinske koristi je u domaće krivično pravo uvedena 1959. godine novelom Krivičnog zakonika FNRJ<sup>21</sup>, i to kao vrsta mere bezbednosti. Kao posebna krivičnopravna mera sui generis, kako je danas određena, ona se sastoji u oduzimanju od učinioca krivičnog dela novca, predmeta od vrednosti i svake druge imovinske koristi koja je pribavljena krivičnim delom (čl. 91–92 KZ). Njena pravna priroda je sporna, pa se u nekim krivičnim zakonima javlja kao mera bezbednosti, odnosno kao sporedna kazna. Ova mera ima dvojako određeni cilj: a) da niko ne može da zadrži imovinsku korist pribavljenu krivičnim delom i b) da se obešteti lice koje je oštećeno izvršenim krivičnim delom (pod uslovom da je ovo lice poznato i da je podnelo blagovremeno imovinskopravni zahtev za naknadu pričinjene štete).

---

20 *Сборник наказатељни закони, Наказателен кодекс, Софиа, 1995, стр.27.*

21 *Сл. лист ФНРЈ, 30/59.*

U osnovi primene ove mere se nalazi princip pravičnosti putem koga se uspostavlja imovinsko (pravno i faktičko) stanje koje je postojalo pre izvršenja krivičnog dela. No, ova mera ima i preventivni karakter jer se i samo osuđeno lice, kao i potencijalni učinioci krivičnih dela teže odlučuju na izvršenje krivičnog dela (imovinskog karaktera iz lukrativnih pobuda) ako znaju da pribavljenu korist ne mogu da zadrže. Tako ova mera u svojoj prirodi sadrži i kaznene elemente, elemente zla koje se nanosi učiniocu dela. Radi se o krivičnopravnoj meri koja se izriče supsidijarno odlukom suda samo ukoliko imovinska korist još nije vraćena ili njeno oduzimanje nije sadržano u prehodno dosuđenom imovinsko-pravnom zahtevu.

Ova imovinska krivičnopravna mera se često javljala u domaćoj sudskoj praksi o čemu svedoče sledeći primeri: visinu imovinske koristi pribavljene izvršenjem krivičnog dela sud utvrđuje po službenoj dužnosti i po slobodnoj proceni koristeći po potrebi i mišljenje veštaka (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. Ok. 7/2005); sud je u obavezi da kada optuženog oglasi krivim za delo kojim je pribavljena protivpravna imovinska korist, pošto utvrdi njeno postojanje i visinu, u izreci dosudi njeno oduzimanje u visini koju je utvrdio (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kž. 2294/2005); ako sud na osnovu dokaza izvedenih u toku dokaznog postupka oceni da je umišljajem okrivljene bilo obuhvaćeno ostvarenje zbira novčanih iznosa koji su pribavljeni pojedinim krivičnim delima, izvršiće pravnu prekvalifikaciju dela (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kž. 323/2006); ukoliko sud propusti da okrivljenom, koji je oglašen krivim za krivično delo neovlašćene proizvodnje i stavljanja u promet opojnih droga na taj način što je opojnu drogu preprodavao i time ostvario prihode, izrekne meru oduzimanja imovinske koristi, učinio je povredu krivičnog zakona u korist okrivljenog (presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Kž. 199/2010); kada sud u činjeničnom dispozitivu utvrdi da je kod okrivljenog pronađen novac koji potiče od krivičnog dela prodaje opojne droge, taj novac se mora oduzeti (presuda Apelacionog suda u Beogradu Kž. 5767/2010).

Izdvajanje i osamostaljenje mere oduzimanja imovinske koristi u posebnu krivičnopravnu meru proizlazi iz činjenice što ona nema karakter krivične sankcije koju izriče sud učiniocu krivičnog dela. Dakle, ne radi se o primeni krivične sankcije, već o primeni pravnog principa – o restituciji ili uspostavljanju ranijeg pravnog i faktičkog stanja koji istovremeno deluje i kao psihološka prinuda na učinioca da pribavljanje koristi ne može da bude motiv za preduzimanje kriminalne delatnosti. Njena primena se temelji na principu „nullum commodum capere potest de

sua propria iniuria“ (niko ne može da ima koristi od sopstvenog zlodela). Oduzimanje imovinske koristi treba razlikovati od naknade štete koju ostvaruje oštećeno lice, ali i od privremenog ili trajnog oduzimanja imovine shodno Zakonu o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela<sup>22</sup>.

Imovinska korist se oduzima sudskom odlukom kojom je utvrđeno izvršenje krivičnog dela<sup>23</sup>. Od u činioca se obavezno oduzima novac, predmeti od vrednosti i druga imovinska korist koji su pribavljeni krivičnim delom, a ako oduzimanje nije moguće (npr. zbog toga što je predmet uništen, izgubljen ili prodat nepoznatom licu), onda će se učinilac obavezati: a) da preda u zamenu drugu imovinsku korist koja odgovara vrednosti imovine pribavljene izvršenjem krivičnog dela ili proistekle iz krivičnog dela ili b) da plati novčani iznos koji odgovara pribavljenoj imovinskoj koristi. Imovinska korist pribavljena krivičnim delom se oduzima i od pravnog ili fizičkog lica na koja je prenesena bez naknade ili uz naknadu koja ne odgovara stvarnoj vrednosti. Ova se korist oduzima ne samo od u činioca krivičnog dela, već i od drugog lica koje je izvršenjem krivičnog dela takvu korist pribavilo u konkretnom slu čaju (Lazarević, 2005: 285–289). U vezi sa primenom ove mere u teoriji i sudskoj praksi se razmatra pitanje pojma imovinske koristi. Pod ovom se korišću podrazumeva svaki imovinski efekat koji predstavlja protivpravnu dobit za učinioca. To nisu samo novac i predmeti, već i usluge, korišćenje određenih predmeta bez davanja adekvatne protivvrednosti, uštede, imovinska pogodovanja i sl., dakle, sve što ima neku imovinsku vrednost ili finansijske efekte. Izvan ovog pojma su nematerijalna pogodovanja lične prirode, osim ako nemaju neposredne finansijske prednosti, odnosno uštede.

Kao drugo sporno pitanje u praksi javlja se utvrđivanje visine imovinske koristi koja se mora oduzeti odlukom nadležnog suda. Ovde se razlikuje nekoliko shvatanja. Najšire je shvatanje koje traži da se u činiocu krivičnog dela priznaju svi troškovi koje je imao u vezi ili povodom izvršenja krivičnog dela, dok je nasuprot njemu shvatanje prema kome u činiocu ne treba priznati nikakve

---

22 *Sl. glasnik RS*, 32/13.

23 U vezi sa ovim rešenjem treba istaći dilemu da li se ova mera može izreći prema neuračunljivim licima, maloletnicima ili licima koja u čine protivpravno delo bez krivice (s obzirom na objektivno-subjektivni pojam krivičnog dela koji proizilazi iz odredbi Krivičnog zakonika Srbije) budući da tada nema odluke suda kojom je „u tvrdeno izvršenje krivičnog dela“ jer na strann u činioca nedostaje

troškove, već mu treba oduzeti celokupnu pribavljenu imovinsku korist. Između ovih je umereno shvatanje, prema kome se učiniocu dela pri utvrđivanju visine pribavljene imovinske koristi moraju priznati određeni troškovi koje je imao u vezi izvršenja krivičnog dela, ali se tu shvatanja razilaze u pogledu određivanja koji su troškovi „opravdani“, odnosno koji troškovi predstavljaju materijalni ekvivalent za trud učinioca uložen u radnju izvršenja krivičnog dela ili koji proizilaze iz same prirode izvršenog dela. Prema „teoriji salda“ od učinioca krivičnog dela se oduzima samo „čista dobit“, naime od ukupne vrednosti koju učinilac ostvari izvršenim krivičnim delom oduzimaju se nužni troškovi i izdaci učinioca.

## 6. Zaključak

S obzirom na to da imovinski kriminalitet od najstarijih vremena do danas u svim savremenim pravnim sistemima, pa i u našoj državi, predstavlja najobimniji deo kriminaliteta uopšte logično je da u sistemu mera društvene reakcije postoji više imovinskih krivičnihopravnih mera od kojih su neke krivične sankcije, a druge su posebne krivičnopravne mere.

Među krivičnim sankcijama, na prvom mestu, posle ukidanja kazne konfiskacije imovine (koju inače predviđaju brojna savremena uporedna krivična zakonodastva, kao i relevantni međunarodni dokumenti OUN i Saveta Evrope), novčana kazna je najznačajnija imovinska kazna koja se primenjuje prema učiniocima ovih dela. Ona ima snažno destimulativno dejstvo na učinioce imovinskih krivičnih dela koji upravo ova dela vrše rukovođeni namerom pribavljanja za sebe ili drugog protivpravne imovinske koristi ili sa pobudom koristoljublja. No, poseban značaj među sankcijama ima i jedina stvarna mera bezbednosti – oduzimanje predmeta koji su upotrebljeni ili su namenjeni ili su nastali izvršenjem krivičnog dela, pri čemu se ova mera primenjuje fakultativno ili obavezno, zavisno od zakonom propisanih uslova.

Pored ovih imovinskih sankcija, u savremenom krivičnom pravu značajnu ulogu u suzbijanju i sprečavanju imovinskog kriminaliteta imaju još dve mere, ali koje nemaju karakter imovinske krivične sankcije, iako se i njihovom primenom učiniocu oduzimaju ili ograničavaju određena imovinska prava. To su: a) oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim delom i b) oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela.

## Literatura

- Babić, M., Marković, I. (2008). *Krivično pravo. Opšti deo*. Banja Luka: Pravni fakultet
- Bačić, F. (1998). *Kazneno pravo, Opći dio*. Zagreb: Informator
- Vouzelle, M. (1993). *Nouveau Code penal do 22. Juliet 1992*. Paris: Dalloz
- Grozdanić, V., Škorić, M. (2009). *Uvod u kazneno pravo, Opći dio*. Zagreb: Informator
- Gozdanić, V., Škorić, M., Martinović, I. (2013). *Kazneno pravo. Opći dio*. Rijeka: Pravni fakultet
- Đorđević, M., Đorđević, Đ. (2014). *Krivično pravo*. Beograd: Projuris
- Jovašević, D. (2010). *Krivično pravo. Opšti deo*. Beograd: Nomos Kambovski,
- V. (2006). *Kazneno pravo. Opšt del*. Skopje: 2. Avgust-R
- Kokolj, M., Lazin, Đ., (1986). *Imovinske krivične sankcije i mere u jugoslovenskom krivičnom pravu*. Beograd: Naučna knjiga
- Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V. (2004). *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*. Cetinje: Obod
- Lazarević, Lj. (2005). *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*. Beograd: Savremena administracija
- Lolis, N., Mangakis, G. (1973). *The Greek Penal Code*. London: Sweet-Maxwell
- Marjanovik, G. (1998). *Krivično pravo. Opšt del*. Skopje: Prosvetno del Nenov, I.,
- Stojanov, A. (1992). *Nakazateljno pravo na Republika Bulgarija. Obša čast*. Sofia: Sofi-R
- Nikolić, D. (1991). *Krivični zakonik Kneževine Srbije*. Niš: Gradina
- Novoselec, P. (2004). *Opći dio kaznenog prava*. Zagreb: Pravni fakultet
- Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb: Narodne novine
- Radovanović, M. (1975). *Krivično pravo. Opšti deo*. Beograd: Savremena administracija
- Selinšek, Lj. (2007). *Kazensko pravo. Splošni del in osnove posebnega dela*. Ljubljana : Založba GV
- Serebrenikova, A.V., Kuznjecova, N.F. (2000). *Ugolovnij kodeks Švejcarii*. Moskva: Zercalo
- Srzentić, N., Stajić, A., Lazarević, Lj. (1994). *Krivično pravo. Opšti deo*. Beograd: Savremena administracija
- Stojanović, Z. (2002). *Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije*. Beograd: Službeni list



- Tahović, J. (1956). *Komentar Krivičnog zakonika*. Beograd: Naučna knjiga
- Tomić, Z. (1990). O pravnoj prirodi mjere oduzimanja predmeta u našem krivičnom pravu. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*. 38. 202–206
- Turković, K. et al. (2013). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb: Narodne novine.
- Horvatić, Ž. (2003). *Kazneno pravo. Opći dio*. Zagreb: Pravni fakultet Čubinski, N.
- (1934). *Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*. Beograd: IKP Geca Kon
- (1995). *Sbornik nakazateljni zakoni. Nakazatelen kodeks*. Sofia: Sofi-R
- (1997). *Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937*. Stand am 1. April 1996. Bern: Herausgegeben von der Bundeskanzlei
- (2004). *Compendio di Diritto penale. Parte generale e speciale*. 8. Edizione. Napoli: Simone
- (2013). *StGB. Strafgesetzbuch*. 50. Auflage. München: Beck
- (2013). *Schweizerisches Strafgesetzbuch. StGB*. 7. Auflage. Zürich: Liberalis Plus

#### Propisi

- Narodne novine Republike Hrvatske. Br. 125. 2011, 144. 2012, 56. 2015, 61. 2015
- Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine. Br. 36. 2003, 37. 2003, 21. 2004, 69. 2004, 18. 2005, 42. 2010, 42. 2011, 59. 2014, 76. 2014
- Službeni vesnik na Republika Makedonija. Br. 37. 96, 80. 99, 4. 2002, 19. 2004, 81. 2005, 60. 2006, 73. 2006, 7. 2008, 139. 2008, 114. 2009, 51. 2011, 135. 2011, 185. 2011, 142. 2012, 166. 2012, 55. 2013, 82. 2013, 14. 2014, 27. 2014, 28. 2014, 41. 2014, 115. 2014, 132. 2014
- Službeni glasnik Bosne i Hercegovine. Br. 3. 2003, 32. 2003, 37. 2003, 54. 2004, 61. 2004, 30. 2005, 53. 2006, 55. 2006, 32. 2007, 8. 2010, 47. 2014, 22. 2015, 40. 2015
- Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine. Br. 33. 2013
- Službeni glasnik RS. Br. 85. 2005, 88. 2005, 107. 2005, 72. 2009, 111. 2009, 121. 2012, 104. 2013. 108. 2014
- Službeni glasnik RS. Br. 72. 2011, 101. 2011, 121. 2012, 32. 2013, 45. 2013, 55/2014
- Službeni glasnik RS. Br. 32. 2013
- Službeni glasnik Republike Srpske. Br. 49. 2003, 108. 2004, 37. 2006, 70. 90

2006, 73. 2010, 1. 2012, 67. 2013

Službeni list SFRJ. Br. 44. 1976

Službeni list FNRJ. Br. 13. 1951

Službeni list FNRJ. Br. 30. 1959

Službeni list Crne Gore. Br. 70. 2003, 47. 2006, 40. 2008, 25. 2010, 32. 2011, 40. 2013, 18. 2015

Uradni list Republike Slovenije. Br. 55. 2008

***Dragan Jovašević, LL.D***

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

## **THE APPLICATION OF THE SAFETY MEASURE OF FORFEITURE OF INSTRUMENTA SCCLERIS**

### **Summary**

*All criminal legislations envisage a system of different criminal sanctions and measures for preventing and counteracting crime in general and property crime in particular. Nowadays, property crimes are the most frequent and prominent form of crime, both in Serbia and in other countries. As an efficient social response to the commission of such criminal offences, criminal legislations prescribe different types of punishment for the perpetrators of property crimes. The imposed measures may include: 1) property-related penalties: fine and confiscation of property; 2) safety measure that includes seizure of objects, 3) confiscation of financial benefits obtained by the commission of a criminal offence; and 4) confiscation of property acquired by the commission of a criminal offence. Considering the specific nature, character, effects and significance of these crimes, the most prominent among these measures are financial criminal sanctions and measures. The nature of these criminal offences and the perpetrators' personality necessitate the use of a special financial sanction: the forfeiture of instrumenta sccleris, as a safety measure which has a repressive as well as a preventive effect. In this paper, the author discusses the concept, characteristics, distinctive features, and the system of imposing the safety measure of forfeiture according to the new legal solutions prescribed in the Criminal Code of the Republic of Serbia and the comparative criminal law.*

**Key words:** *property crime, criminal sanctions, safety measures, forfeiture of instrumenta sccleris, criminal offence.*

**Goran Obradović, LL.D.\***  
Associate Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 331.101.264.2"18/19"

Рад примљен: 12.04.2016.  
Рад прихваћен: 11.05.2016.

## **POPE LEO XIII'S RERUM NOVARUM\*\***

**Abstract:** *The late 19th and early 20th centuries were marked by significant advances in production, which were in large part a consequence of numerous discoveries which were being made with increasing rapidity. The condition of workers had not followed those advances, who were instead their victims. Ever increasing societal wealth was accumulating in the hands of a small number of people while the vast majority of workers existed on the very edge of physical survival. Ever more frequent and emphatic dissatisfaction impelled states and prominent social functionaries to take a stance on the condition of workers and take measures to improve it. Aware of the extremely disadvantageous condition of the workers, but also of the danger posed by socialism and communism, Pope Leo XIII acted accordingly, particularly through his encyclical Rerum novarum. This work takes into consideration the condition of workers at the time of the encyclical's issuing, analyses its content, and in one section examines the significance of the encyclical and its influence on the further development of workers' rights.*

**Key words:** *Rerum novarum, labour, workers, strike.*

### **1. Introduction**

For labour law to be created it was, before all else, necessary to create such economic development and changes in economic life that would lead to greater and continued demand for a labour force and the creation of wage labourers. The essential characteristic of wage labourers is that they are individuals free in a

---

\* obrad@prafak.ni.ac.rs

\*\* This paper is a result of research conducted within the project "Protection of Human and Minority Rights in the European Legal Space" (No. 179046), which has been funded by the Ministry of Education, Science and Technological Development of the Republic of Serbia within the 2011-2014 project period.

double sense: legally free to enter legal relations with other persons and “free of means of production”, i.e. they possess nothing besides their labour power, so that they are forced to hire out their labour power to others (Tintić, 1969:117). The then reigning liberalism, starting from the principle of primary and natural liberty of man, based itself on the understanding that the liberty of man can be chipped away with their personal consent only, i.e. contractually. However, that formal liberty and equality gave the employers full reign (Bajič, 1937:10). Without state intervention in the domain of labour, i.e. without the guarantee of minimal rights on the basis of wage labour, the worker was compelled to accept labour conditions offered by the employer, without any recourse to affect them.<sup>1</sup> Besides, even the contractually agreed upon rights were frequently not respected and the fear of losing their jobs forced many into labour unbecoming to man.

State intervention, regardless of the need for it, was employed to a very small degree. According to the liberal conception of spontaneous order, every meddling of state, particularly in regard to recognizing the social rights of citizens unprovided for by the state, would necessarily cause irreparable material collapse of the social whole (the nation) and that would impede its progress (Stupar, 1963: 67). Every social act of the state was completely repudiated, while some proponents of the theory have repudiated even private acts of providing protection to unprovided for persons (Stupar, 1963: 67). Considering that unhealthy and difficult working conditions were, primarily, a consequence of the freedom of contract, workers soon thereafter became a social question which would lead to the appearance of workers' movements (Ravnić, 2004:339-340).

## **2. The condition of workers at the end of the XIX and the beginning of XX centuries**

In the factories of that time it was entirely customary to have unlimited working hours, to have women and children working in mines, to not pay wages in legal tender, and to conduct labour in unhygienic conditions (Bajič, 1937:10). Labour relations were considered a part of economic relations and completely subject to the laws of the market, labour itself was considered a commodity. Economic learning within the framework of liberal philosophy is called *economism*, considering it was constructed by the English classical school of economics. It led to an enormous growth of industrial production and development of trade, to the opening of a great number of new workplaces, but also to unheard of exploitation of workers (Ravnić, 2004:335-336). In other words, new workplaces, the growth of industrial production and gross domestic product by themselves do

---

<sup>1</sup> True freedom of contract when establishing labour relations is, essentially, very difficult to accomplish. It is particularly difficult in countries with a high rate of unemployment.

not necessarily represent wellbeing for the majority of the population, although they are presented even today as a formula for broad social prosperity. The truth is, in fact, that for economic growth to have social meaning and justification everyone must benefit from it, the workplace alone has small significance if work in it is not done in conditions befitting of man and if it does not provide a satisfactory income.

Considering the ever growing number of workers, legal regulation of labour relations becomes a prioritised interest for employers. Labour relations were arranged on a purely individual basis, on the principle of the autonomy of will, so that in the legal system of the 19th century the employment contract was not only a purely obligational relation, but also a purely private-law relation. Thusly normed, it was in open conflict with reality because it was set up on an individualist basis from the very beginning (Živković, 1940:105-106). The workpeople had little of the proclaimed freedom and equality, considering they fell from medieval personal dependence to a pronounced economic dependence, in many ways more difficult and dangerous than the medieval. The individualist legal system served only the employers' most egotistic interests (Živković, 1940: 107).

The liberal order enabled exceptional industrial development during the 19th century. Conversely, it had fatal consequences for the workers, who were abandoned by nearly every form of protection. The order upheld exclusively the employers' interests and had neither the sense nor the will for a social approach to the working class (Ravnić, 2004: 351). Faced with the difficult condition of the workers, the state commences with the legal ordering of labour relations, primarily in the area pertaining to basic working conditions. The first legislation of this type is passed in England in 1802 (Ravnić, 2004:340). Of course, it is a separate question whether the states of that time embraced interventionism in the domain of labour spurred by the altruism of the ruling structures or by the fear for their status amid the growing dissatisfaction of the populace. The events of the 19th and early 20th century point in favour of the latter reason. Moreover, the formation of the International Labour Organisation itself and the attempt to regulate labour relations on an international level came about, for the most part, from the fear of the October Revolution "spilling over" into western countries.<sup>2</sup>

The workers' movements themselves had strong international influence, especially when they included a political component. The Communist Manifesto of 1848 called all the workers of the world to unite. Great influence was achieved

---

<sup>2</sup> The victory of the October Revolution had a great influence on the workers movement in western countries, to such an extent that it spawned a revolutionary situation in Europe. The statement of the Prime Minister of the British government, Lloyd George, on the eve of the peace conference is frequently cited in connection to this, it reads: "Let us hurry with the reforms because the revolution knocks at our door too". (Šunderić, 2001: 48).

by Karl Marx, as well as the First (1864) and Second International (1889) (Ware, Panikkar, Romein, 1960: 162-163). The unions were banding together on the basis of individual trades, and the main goal of that was notifying the members of trade disputes in various countries and to prevent workers in one country serving as strike-breakers in another (Ware, et al. 1969:163). Workers, to protect themselves from coarse exploitation, began organising and making demands which, fundamentally, boiled down to improvements in working and living conditions. Workers associations and taking collective action served precisely to achieve those goals (Ravnić, 2004: 350). Although the first attempts did not meet with a welcoming response, by the late 19th century pressures aimed at legally guaranteeing workers' rights mount (Servais, 2005:22).

The question of the workers was a subject of the Roman Catholic Church's interest too, from the very emergence of capitalism and constituting of the working class (Maštruko, 1981:11). Besides that, the second half of the 19th century was marked by a long process of interaction between the traditional Roman Catholic orthodoxy and various forms of contemporary European life. One of them was the question of social justice in an industrial society, which is the subject of *Rerum novarum* (Ling, 1993:411-412).

### 3. Pope Leo XIII

Pope Leo XIII was the head of the Roman Catholic Church from the 20th of February, 1878, to the 20th of July, 1903. He was born *Gioacchino V. Pecci* in Carpineto, Italy, on the 2nd of March, 1810. (Crowell-Collier, 1971:502). Even as a boy he was described as an exceptional personality. He showed early interest in the Latin language, which he retained throughout his life (Kelly, 1996:311). He studied in Viterbo (1818-1824), at Collegium Romanum (1824-1832), as well as at the Academy of Noble Ecclesiastics<sup>3</sup>, in the period from 1832 to 1837. He was ordained priest in 1837 and appointed Nuncio to Brussels in 1843. From there he travelled the neighbouring countries taking interest in problems that existed at the time. He was elevated to the College of Cardinals in 1853 and elected to the papacy in 1878 (Crowell-Collier, 1971:502). During his visit to Paris, London, and other cities he made first contacts with the industrialized, parliamentary Europe. In Vatican he encouraged the study of astronomy and natural sciences, calling the catholic historians to unbiased writing. He opened the Vatican archives (1883) to scientists, regardless of their faith (Kelly, 1996:311). He maintained friendly relations with England, Russia, and Japan. He helped churches in South and North America and established a permanent Apostolic Delegation to Washington (1893) (Crowell-Collier, 1971:503).

---

3 Now: *Pontifical Ecclesiastical Academy*

The basic intention of Pope Leo XIII and his particular contribution was the harmonisation of the church with the circumstances of that age and the opening of the dialogue between the church and the society. He did that, in particular, through a series of announcements (Kelly, 1996:311). With that goal, his instructions addressed the most significant questions about family, freedom, socialism, the relations between workers and employers, the just use of political power, the threat of secret societies, the duties of Christians, and the constitutions of Christian states (Wine, 2012: 5). By way of numerous encyclicals, he expressed his stance on the most important social questions of that age. Thus, in the encyclical *Quod apostolici muneris* (1878) he expressed his opposition to socialism, communism, and nihilism. He expressed his stance against Freemasonry in the encyclical *Humanum genus* (1884) and on marriage in *Arcanum illud* (1880), etc. (Kelly, 1996:311). Several encyclicals of Pope Leo XIII, such as *Immortale Dei* (1885), *Diuturnum illud* (1881), *Libertas praestantissimum* (1888), were dedicated to the socio-political order (Kelly, 1996:311).

#### 4. Contents of the encyclical

As we have already mentioned, the encyclical *Rerum novarum* was issued on the 15th of May, 1891,<sup>4</sup> and in literal translation from Latin means: *Of new things*. The reason for its issuing is mentioned in the introductory part. It is the “workers’ question”, more specifically, the condition of the working classes due to vast advances in industrial pursuits and science; the changed relations between masters and workmen; the accumulation of wealth in the hands of the few and the poverty of the vast majority; the increased self-awareness of the workers and their need for connectedness. The letter is an attempt to refute false teaching, as was done on former occasions for other like matters. It is stated that the condition of the workers is particularly worsened by the abolition of workingmen’s guilds (and no other organization founded to replace them), hence they have been left to themselves and to the inhumanity of employers. The mischief, it is further explained, has been increased by rapacious usurers who were more than once explicitly condemned by the Church.

Immediately afterwards, he condemns socialism as a solution to the workers’ problems. Socialists, Pope Leo XIII thought, stirred up the poor man’s envy of the rich. They wrongly contend that the present mischievous state of things will be set to rights by doing away with private property and replacing it with the common property of all, for which they advocate. On the contrary, the encyclical

---

4 The text of the encyclical is quoted from the book *The Great Encyclical Letters of Pope Leo XIII*. The original edition of the book was published in 1903 by Benziger Brothers, New York, Cincinnati, Chicago. Based on it, a facsimile edition was published in 2012 by the publisher Forgotten Books, San Bernardino.

asserts that this theory is not only clearly powerless to end the controversy, but that the working men themselves would be among the first to suffer. Namely, by transforming private into common property, the socialists are worsening the condition of the workers because they deprive them of the liberty of investing their wages, and in that way prevent them from increasing their families' estates and wealth.

In a further defence of private property, it is stated that every man has by nature the right to possess property and that this is, in fact, one of the chief points of distinction between man and "the animal creation". Considering it is a most sacred law of nature that a father should provide for the life and education of those whom he has begotten, it is natural that his children should be by him provided with all that is needful to enable them to keep themselves decently from every misfortune. That duty can be fulfilled only by the ownership of productive property, which will be transmitted to his children by inheritance. Therefore, the abolition of private property would, besides injustice, create upset and disturbance in all classes considering the door would be thrown open to envy, to mutual invective, and to discord; the private incentive for exerting the talents and industry of the individual would disappear. That way the sources of wealth themselves would run dry too.

Instead "true remedies", i.e. solutions, are offered in the encyclical. First of all, it is stated that the subject is a problem which cannot be solved apart from the intervention of religion and of the Church, and that all the striving of men will be in vain if they leave out the Church. For the avoidance of doubt, it is further recognised that it is impossible to remove inequality from civil society considering all people differ in mental capacity, diligence, health, and strength. The intent of socialists to achieve equality among men is in vain because it is striving against nature. Considering the wealthy and working classes need each other unconditionally it is necessary to create agreement between them. Reconciliation and unity between the wealthy and the workers is possible to achieve by reminding each of their duties to the other, and especially those springing forth from justice. The encyclical prescribes the fundamental duties of the workers and the fundamental duties of the wealthy. The fundamental duties of the workers are: never to injure the property, nor to outrage the person, of an employer; never to resort to violence in defending their own cause, nor to engage in riot or disorder; and, finally, to have nothing to do with men of evil principles who cleverly excite foolish hopes and overpromise. The fundamental duties of the wealthy owner and the master: not to treat their workers as their slaves; to respect their dignity as human beings; not to misuse men as though they were things in the pursuit of gain, or to value them solely for the worth of their physical powers; to keep in mind the workers' religion and the good of their souls



and to see that the workers have time for their religious duties; to not expose the workers to corrupting influences and incitements to sin and not lead them away to neglect their homes and families, or to squander their earnings; to never tax their workers beyond their strength, or employ them in work unsuited to their sex and age.

The greatest duty of the employer is to give everyone what is just, i.e. to determine the wage to a just measure, which depends on many circumstances. If a workman's wages be sufficient to enable him comfortably to support himself and his family, he will find it easy, if he be a sensible man, to practice thrift. That way he will achieve that to which nature itself would urge him, which is to, by settling expenses, secure modest assets.

In order to achieve agreement and better relations between the social classes, the encyclical calls for, in accordance to the Church's teachings, a distribution of the wealth with others, i.e. for helping the indigent, however, not in a pursuit of justice but "of Christian charity, the fulfilment of which cannot be sought in human law". On the other hand, it is also emphasized that poverty is no disgrace, that there is nothing to be ashamed of in earning their bread by labour, as well as that all that can be resolved through Christian brotherhood. Specific measures that the prelates should undertake boil down to spreading Christian teaching and the renovation of society on its foundations.

Besides the Church, the state plays a crucial role as well, particularly through intervention in disputes between the workers and the employers. The state must protect all citizens because "the landless workers are citizens by nature the same as the rich" it would, therefore, be irrational to provide for one portion of the citizens and neglect another. Some areas in which the state must intervene in particular are pointed out. They are: the safeguarding of private property, the defence of labour, and the education for thrift.

Explaining the section on the defence of labour, Pope Leo XIII points out that excessively long hard labour and insufficient wages are frequently the cause for workers voluntarily ceasing work so it is most helpful if the authorities, through the application of law, forestall and prevent evil from flaring up by removing the causes and reasons. However, the Pope is explicitly against strikes because such work stoppages are injurious not only for the employers and workers alike, but to trade and to the general interests of the public as well; moreover, they are customarily not without violence and disorder. Additionally, the right to strike, today considered the fundamental social right of the workers and their organisations (Lubarda, 2012:979), had a long developmental path and it was very difficult to achieve. The sensitivity of that question is best illustrated by the fact that not one convention or recommendation of the International Labour

Organisation contains special clauses on the recognition of the right to strike (Šunderić, 2001: 203), instead it had to be examined in the context of the freedom of association (Betten, 1993: 67). Interpreting the provision of article 3 of International Labour Organisation Convention No. 87 on Freedom of Association and Protection of the Right to Organise (1948)<sup>5</sup> the Committee on Freedom of Association concluded that the trade union freedoms include also the right to strike (Betten, 1993:67).

In reference to the working conditions, it is emphasized that they must be such that no man may with impunity outrage the human dignity. For the duration of holy days, the work should cease and the workers be saved from their dependence on men of greed who maliciously and immoderately use human beings and things for personal gain. So much labour should not be demanded that from excessive exertion the spirit wanes and the body succumbs to exhaustion. Care should be taken that daily labour is not protracted over longer hours than strength admits. Work which is suitable for a strong and grown man cannot rightly be required from a woman or a child and in regard to children, care should be taken not to let them enter workshops until their bodies, minds, and spirits are sufficiently developed.

The right to association, including establishing workers' and employers' associations, the Pope considers a natural right of man. Therefore, it is not the office of the state to forbid their existence, but to assist in the realization of the right to association. Workers' associations should be so organised and governed as to furnish the best and most suitable means for attaining the proposed purpose, which consists of enabling each individual member to derive utmost benefits for the body, soul, and family.

Near the very end of the encyclical, it is emphasised that it is important for the state that the ongoing fight for the condition of the workers is led with determination and astuteness. Therefore, Christian workers are called to be connected by associations and, if they have wise leaders, follow on the path which was trodden by their fathers and ancestors before them with so much advantage to themselves and the common weal.

In the end, Pope Leo XIII concludes that hands should be put to work straightway, lest the evil become even greater, clearly aware of the gravity of the moment. To that end, state authorities should avail themselves of the laws and regulations, and the employers and workers should be mindful of their duties.

---

5 "Official Journal of the Federative People's Republic of Yugoslavia-International agreements", no. 8/58. Article 3 determined the right of workers' and employers' organisations to, among other things, organise their administration and activities and to formulate their action programmes. The public authorities must, on the other hand, refrain from any interference which would restrict this right or impede the lawful exercise thereof.

## 5. The significance and influence of the *Rerum novarum* encyclical

Although *Rerum novarum* was not the first social encyclical, considering that Pope Benedict XIV issued *Vix pervenit* (mentioning the disappearance of feudalism and the birth of capitalism) in 1745, from the time of Pope Leo XIII and his encyclicals, of which *Rerum novarum* (and, to a certain degree, *Libertas*) particularly stand out, the high clergymen of the Roman Catholic Church reject economic liberalism and the conception of natural order in economic and social relations (Maštruko, 1981: 14, 29). Instead, they begin to advocate, under the direct influence of the Pope, for a theological understanding of the ideas of natural order in which the concept of “the natural” represents a special human nature, created by God Himself (Maštruko, 1981:14).

The Catholic ideology of social liberation received its final shape with the *Rerum novarum* encyclical, and on significant anniversaries 1931, 1981, and 1991 it was expanded through new encyclicals and in part brought into accord with the new times (Ekmečić, 2011:296). On the fortieth anniversary of the encyclical's issuing (1931), Pope Pius XI (1922-1939) issues the *Quadragesimo anno* encyclical which, already in its title, refers to *Rerum novarum* and, among other things, treats the problem of the relations of labour and capital. Underscoring the assertion of Leo XIII about the interdependence of labour and capital, Pius XI calls for establishing a balance between them, which will most easily be accomplished through just remuneration for work (Maštruko, 1981:42).

*Rerum novarum* also exerted, among other things, influence on labour law. Its development progressed in close correlation with the value postulates of protestant teaching on labour, utopian socialism, philanthropic employers, Marxist philosophy but also social Catholicism, beginning with the *Rerum novarum* encyclical (Lubarda, 2012:160). Although it was noted that the right for social safety demanded in the encyclicals boils down to “the right to sacrifice other people's things in a state of emergency”, i.e. that in the encyclicals there is no mention of any social right in a technical legal sense in which the state would be the obligor and that those moral obligations were used to “manoeuvre around the demands of the working class and unprovided for persons generally” (Stupar, 1963: 77), that does not diminish the importance of the *Rerum novarum* encyclical and its positive influence on the improvement of the condition of workers and the development of the system of social safety. Among other things, the issuing of this encyclical incited the formation of national Christian labour unions. In 1908 in Zurich they founded the International Secretariat of Christian Trade Unions, becoming open to the reception of Catholic as well as protestant trade unions (Ware et al. 1960:163). The encyclical is also described as a “lesson on saving the modern, industrial society” by introducing the social security of the

worker, the organisation of labour and the whole social life, and it represented what "The Communist Manifesto" was for the communists, but it is also considered that such "social Catholicism" gave birth to the modern fascism of all stripes (Ekmečić, 2011: 359-360).

The *Rerum novarum* encyclical is also significant because it has, in several places, embodied important principles which were clearly expressed 57 years later, in the text of the International Labour Organisation Convention No. 87 on the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise. It is considered that it had a "galvanizing" influence on thinking worldwide and that it was followed by a torrent of activities within the Roman Catholic Church in that regard, from which sprang dynamic movements with the goal of founding (Roman Catholic) Christian trade unions (Duning, 1998:151).

## 6. Concluding remarks

*Rerum novarum* was a product of its time. The conditions of the society in that age necessarily imposed the adoption of the appropriate stance on all significant social factors. One of them was the ever more numerous workers and their organisations (trade unions). Due to the exceptionally unfavourable material and legal status, their dissatisfaction was becoming ever greater and more pronounced so that they relatively quickly became a factor which was impossible to ignore. Specific measures with the goal of improving the condition of the workers were also proposed by the Roman Catholic Church, and Pope Leo XIII's encyclical *Rerum novarum* was undoubtedly the most impressive. Regardless of the circumstances and reasons for its issuing, as well as the twisted interpretations (which are a frequent companion of great ideas), *Rerum novarum* had a strong response throughout the world and was a motivation for numerous other efforts to improve the condition of the workers.

## Bibliography

Бајић, С. (1937), *Основи радног права-општи део (The fundamentals of labour law-general part)*, Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон, А.Д. Београд

Betten, L. (1993), *International Labour Law*, Kluwer, Deventer, Boston

Crowell-Collier. (1971). *Collier's Encyclopaedia, 1971*, Volume 14, Crowell-Collier Educational Corporation, 1971

Duning, H. (1998), *The origins of Convention No. 87 on the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise*, International Labour Review, Vol. 137, No. 2

Ling, T. (1993), *Историја религије истока и запада (The history of religion of the East and the West)*, Српска књижевна задруга, Београд

Екмечић, М (2011), *Дуго кретање између клања и орања. Историја Срба у новом веку (1492-1992)*, (*The long voyage between slaughter and ploughing. The history of Serbs in the new era (1492-1992)*), Evro Giunti, Београд

Живковић, Р. (1940), *Проблем правне природе уговора о раду (у светлости историје и савременог друштвеног и привредног поретка)*, докторска дисертација (*The problem of the legal nature of the employment contract (in light of the history and contemporary societal and economic order)*, doctoral dissertation); Правни факултет Универзитета у Београду

Kelly, J.N.D. (1996). *Oxford Dictionary of Popes*, Oxford University Press

Маџруко, И. (1981), *Klasni mir katoličanstva (The class peace of Catholicism)*, Marksistički centar, Logos, Split

Ravnić, A. (2004), *Osnove radnog prava-domaćeg, usporednog i međunarodnog (The fundamentals of labour law: domestic, comparative, and international)*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb

Servais, J.M. (2005), *International Labour Law*, Kluwer Law International, The Hague

Tintiћ, N. (1969). *Radno i socijalno pravo, knjiga prva: radni odnosi (I)*, (*Labour and social law, book one: labour relations (I)*), Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb

Ware, C. F., Panikkar, K.M., Romein, J.M., (1969), *Historija čovječanstva-kulturni i naučni razvoj, treći i četvrti dio*, (*The history of humanity-cultural and scientific development, 3<sup>rd</sup> and 4<sup>th</sup> volume*), Naprijed, Zagreb

Wine, J.J. (2012), *The Great Encyclical Letters of Pope Leo XIII*, Forgotten Books

Шундерић, Б. (2001), *Право Међународне организације рада (The law of the International Labour Organisation)*, Правни факултет у Београду

*Translated by: Suzana Ilijev*

**Dr Goran Obradović,**  
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Nišu

### **RERUM NOVARUM PAPE LAVA XIII**

#### **Rezime**

*Kraj XIX i početak XX veka obeležio je veliki napredak u proizvodnji, koji je velikim delom bio posledica brojnih otkrića do kojih se ubrzano dolazilo. Položaj radnika nije pratio taj napredak, već su oni bili njegove žrtve. Sve veće društveno bogatstvo gomilalo se u rukama malog broja ljudi, dok je ogromna većina radnika bila na samom rubu fizičkog opstanka. Sve češće i sve izraženije nezadovoljstvo uticali su da države i važni društveni činioci zauzmu stav o položaju radnika i preduzmu mere zarad njegovog poboljšanja. U tom pravcu, svestan krajnje nepovoljnog položaja radnika, ali i opasnosti od socijalizma i komunizma, delovao je i papa Lav XIII, naročito svojom enciklikom Rerum novarum. U radu se pravi osvrt na položaj radnika u vreme donošenja enciklike, analizira njen sadržaj, a u jednom delu razmatra i značaj enciklike i njen uticaj na dalji razvoj prava radnika.*

**Ključne reči:** Rerum novarum, rad, radnici, štrajk.

## **KOMPLEKSNOST PROMENA U DOMENU UPRAVLJANJA JAVNIM RASHODIMA\*\***

**Apstrakt:** U radu se razmatra problematika promena u domenu upravljanja javnim rashodima u savremenim državama. Pod uticajem krize i ponovne afirmacije načela štednje i načela umerenosti, kao bazičnih načela javnih rashoda, ova problematika dospeva u žižu interesovanja javnosti. Svođenje javnih rashoda u društveno prihvatljive okvire, tj. racionalno trošenje ubranih javnih prihoda, kao i zadovoljavanje javnih potreba shodno postojećim finansijskim mogućnostima društva, zahtevi su koji dobijaju na važnosti. Promene u sferi javnih izdataka, koje istovremeno znače i inoviranje funkcionisanja javnog sektora, neophodne su u mnogim državama i, po svojoj prirodi, su složene. Cilj rada je da ukaže da li se, u postojećim okolnostima, obezbeđuju odgovarajuće pretpostavke za ostvarivanje potrebnih promena u oblasti upravljanja javnim rashodima, s obzirom na to da je realno očekivati da ove promene budu praćene određenim teškoćama, neizvesnostima i nepoznicama.

**Ključne reči:** javni sektor, javne finansije, javni rashodi, upravljanje javnim rashodima.

### **1. Uvod**

Upravljanje javnim rashodima je tema koja zadire u „srž“ problema javnih finansija. Sklonost da se troši više nego što okolnosti dozvoljavaju svojstvena je današnjici mnogih država. Tendencija konstantnog rasta

---

\* marina@prafak.ni.ac.rs

\*\* Rad je rezultat istraživanja na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, (br. 179046), koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

javnih izdataka, znatni otpori naplati poreskih prihoda koji se, sve učestalije, manifestuju u populaciji poreskih obveznika i, shodno tome, veća ograničenja raspoloživih sredstava za finansiranje javnih potreba, primoravaju vlade širom sveta da se ozbiljnije pozabave krizom javnih finansija. Mere fiskalne konsolidacije, usmerene na smanjenje budžetskog (državnog) deficita i akumulacije javnog duga, nužni su koraci u pravcu prevazilaženja krize i obezbeđenja makroekonomske stabilnosti. Bolje sagledavanje načina na koji se troše budžetska sredstva ima potencijal da povoljno utiče na unapređenje uspešnosti funkcionisanja javnog sektora i kvalitet pruženih javnih usluga, kao i racionalizaciju javne potrošnje. Permanentna kontrola svih subjekata uključenih u proces javnog budžetiranja je, pri tome, neizostavna.

Promene koje se odvijaju u domenu upravljanja javnim rashodima savremenih država predmet su analize ovog rada. Cilj rada je da ukaže da li se, u aktuelnim uslovima, stvara ambijent pogodan za ostvarivanje potrebnih promena s obzirom na to da oblikovanje naprednije „filosofije“ funkcionisanja javnog sektora jeste zadatak praćen brojnim izazovima i preprekama. Ovako definisani cilj prati struktura rada. Najpre se, nakon uvoda, ukazuje na neophodnost uvođenja novina u funkcionisanju javnog sektora. Njima se, zapravo, stvara osnova za drugačiji pogled na savremene javne rashode, kao jednu od osnovnih institucija javnih finansija. Shodno tome, u nastavku rada se obrađuje novi pristup upravljanju javnim rashodima, koji je sastavni deo novog upravljanja javnim sektorom („novog javnog upravljanja“), i njegovi ciljevi. U delu koji sledi, posebna pažnja je posvećena problematici unapređenja javnog budžetiranja, tj. prelazu sa tradicionalnog na savremeno budžetiranje. Može li se smatrati da je reč o spasonosnom rešenju za prevazilaženje krize javnog finansiranja kojim se, istovremeno, „trasira“ put ka boljem upravljanju javnim rashodima (time i javnim finansijama) brojnih zemalja? Pouzdan odgovor na navedeno pitanje će, nesumnjivo, pružiti godine (decenije) koje su pred nama.

## **2. Neophodnost uvođenja novina u funkcionisanju javnog sektora**

Socijalna država je, sama po sebi, dokaz humanosti i društvene odgovornosti u povećanju blagostanja svih članova društva. Njena kriza krajem sedme decenije XX veka, nastala usled nerealno koncipiranih sistema javnih rashoda, kao i neefikasnog upravljanja javnim приходima, dovela je u pitanje održivost postojanja visokog nivoa javne potrošnje, kao i smisao socijalne politike koja zanemaruje aktivno učešće države u podsticanju zapošljavanja, preduzetničke aktivnosti i društveno



odgovornog ponašanja. Preorijentacija iz pasivne u aktivnu socijalnu državu, neophodna za izgradnju održivog ekonomskog, političkog i socijalnog sistema, i promovisanje ideja „*New Public Management*“-a učinili su pitanje kvaliteta javnog sektora iznova značajnim. Aktivna socijalna država treba da udovolji brojnim zahtevima, tj. da se ponaša po principu „dobrog privrednika“, adekvatno upravlja javnim приходima, javnim rashodima i javnim dugom, nema veliku javnu administraciju, suzbija zloupotrebe javnih sredstava i ne pruža pomoć javnim preduzećima koja nisu sposobna da se uspešno nose sa izazovima slobodnog tržišta (Ivanov, 2011: 22).

U poimanju kvaliteta funkcionisanja javnog sektora moguće je razlikovati sledeće etape: kvalitet u smislu poštovanja pravnih normi i procedura radi ostvarivanja principa zakonitosti; kvalitet usmeren na ostvarivanje unapred formulisanih rezultata praćen zadovoljstvom koje, u pogledu korišćenih javnih usluga, iskazuju njihovi korisnici. Prelaz iz prve u drugu etapu odgovara novinama, koje se postepeno preduzimaju, u upravljanju javnim sektorom. One se ogledaju u napuštanju klasičnog (tradicionalnog) upravljanja javnim sektorom, zasnovanog na upravljanju putem propisa, i prihvatanju upravljanja javnim sektorom putem rezultata, specifikovanih u pogledu kvantiteta i kvaliteta isporučenih javnih usluga (Perko-Šeparović, 2006: 93–94). Radi se, zapravo, o postojanju dva vrlo različita, u funkcionalnom smislu, prilično udaljena pristupa u upravljanju javnom potrošnjom i budžetskim sistemom. Prvi je strogo legalistički pristup koji se usredsređuje na odobrena i utrošena budžetska sredstva. Svrha ovog pristupa je da obezbedi poštovanje propisa, bez usmeravanja na u činke i efikasnost upotrebe sredstava u javnoj potrošnji. Drugi pristup je zasnovan na tzv. novom javnom upravljanju i okrenut je „traganju“ za najefikasnijim alternativama pribavljanja i trošenja državnih sredstava. Iako u budžetskoj praksi naglašeno preovlađuje prvi pristup, prilično su vidljivi naponi, pre svega, razvijenih država, da operacionalizuju ovaj drugi, daleko složeniji, pristup u pravcu pronalaženja društvenog optimuma u korišćenju budžetskih sredstava (Madžar, 2008: 24). Reforme javnog sektora, pod okriljem implementacije ideja novog javnog upravljanja, treba da budu usmerene ka promišljenim promenama u strukturama i procesima rada subjekata javnog sektora. Poboljšanje učinaka, decentralizovan budžet i autoritet upravljanja, veća transparentnost i odgovornost komponente su reforme (Lienert, 2005: 3–4). Korišćenje javnih resursa, u celini, treba da rezultira adekvatnijim zadovoljenjem javnih potreba.

Javni sektor u zemljama (državama) u razvoju, čije delovanje obeležavaju brojne slabosti i ograničenja, naročito je pogodno „tlo“ za sprovođenje reformi i uvođenje novina. Permanentno povećanje javnih rashoda, manjak javnih prihoda za njihovo finansiranje, nedovoljna transparentnost javne potrošnje, često odsustvo odgovornosti javne vlasti za trošenje budžetskog novca, velika i „skupa“ javna administracija, neefikasno finansijsko upravljanje ukazuju na svu ozbiljnost problema u javnim finansijama ovih zemalja. Manje ili više voljno, pod slabijim ili jačim pritiskom međunarodnih finansijskih organizacija i stranih kreditora, i zemlje u razvoju kreću putem unapređenja funkcionisanja javnog sektora. Realno je očekivati da će u njima dinamika i opseg pozitivnih promena, barem u prvo vreme reforme, biti skromniji u odnosu na razvijeniji deo sveta. Uz to, u razvijenijim i demokratskim državama, u kojima je uticaj javnog mnjenja na javni sektor izražen i gde postoji konkurentnost programa političkih partija (čiji je sastavni deo i budžet), sprovođenje potrebnih promena trebalo bi da bude uspešnije nego u manje razvijenim i manje demokratskim državama gde su malverzacije sa budžetskim sredstvima veće, u čestalije i, obično, skrivene od „očiju“ javnosti. Politika, tj. politička (ne)disciplina krucijalno deluju na rezultate koji se posredstvom budžeta ostvaruju. Politička ubeđenja imaju bitan uticaj ne samo kao dugotrajna determinanta već i, još očiglednije, preko aktuelne budžetske prakse (Fabrizio, Mody, 2006: 27). Upravo, obim javnih rashoda, tj. udeo javnih rashoda u bruto društvenom proizvodu u zemljama članicama EU (tabela 1), koje karakteriše različiti nivo razvijenosti, i ukazuje na potrebu njihovog smanjenja i potrebu kvalitetnijeg rada javnog sektora u ovim zemljama.

Tabela 1: Javni rashodi u zemljama članicama EU, 2014. godina

	u milionima evra	u evrima po stanovniku	% BDP	promena 2014/2013. u % BDP
<b>EU</b>	<b>6 701 315</b>	<b>13 153</b>	<b>48.1</b>	<b>-0.5</b>
<b>Evro zona</b>	<b>4 961 272</b>	<b>14 617</b>	<b>49.0</b>	<b>-0.4</b>
Belgija	218 585	19 592	54.3	-0.1
Bugarska	16 486	2 279	39.2	1.0
Češka	65 148	6 191	42.0	0.1
Republika				
Danska	146 643	25 987	57.0	-0.1

<b>Nemačka</b>	1 274 415	15 469	43.9	-0.4
<b>Estonija</b>	7 567	5 751	38.8	0.0
<b>Irska</b>	72 324	15 672	39.0	-1.7
<b>Grčka</b>	88 371	8 039	49.3	-10.7
<b>Španija</b>	461 124	9 924	43.6	-0.7
<b>Francuska</b>	1 226 481	18 530	57.2	0.2
<b>Hrvatska</b>	20 684	4 887	48.0	0.3
<b>Italija</b>	826 262	13 591	51.1	0.2
<b>Kipar</b>	8 597	10 084	49.1	7.7
<b>Letonija</b>	8 882	4 452	36.9	0.9
<b>Litvanija</b>	12 676	4 328	34.9	-0.6
<b>Luksemburg</b>	20 745	*	44.0	0.5
<b>Mađarska</b>	51 782	5 250	50.1	0.3
<b>Malta</b>	3 490	8 171	43.8	1.6
<b>Holandija</b>	305 424	18 111	46.6	-0.2
<b>Austrija</b>	171 936	20 140	52.3	1.4
<b>Poljska</b>	172 760	4 489	41.8	-0.4
<b>Portugalija</b>	84 729	8 146	49.0	-1.1
<b>Rumunija</b>	52 306	2 622	34.9	-0.4
<b>Slovenija</b>	18 565	9 004	49.8	-9.9
<b>Slovačka</b>	31 410	5 797	41.8	0.7
<b>Finska</b>	119 691	21 913	58.7	0.9
<b>Švedska</b>	227 679	23 481	53.0	-0.3
<b>Velika Britanija</b>	986 554	15 293	44.4	-1.1
<b>Island</b>	5 849	17 959	45.4	1.4
<b>Norveška</b>	172 306	33 536	45.7	1.6

\* Podaci nisu dostupni

Izvor: Eurostat, Newsrelease 122/2015

U principu, različiti mehanizmi i aktivnosti se mogu pokazati pogodnim u cilju obezbeđenja uspešnijeg funkcionisanja javnog sektora: smanjenje budžeta, tj. veća obazrivost i štedljivost u korišćenju budžetskih sredstava („učiniti više sa manje“); koncept rada zasnovan na zadovoljstvu korisnika javnih usluga; konkurencija unutar javnog sektora; veća fleksibilnost u upravljanju; odvajanje kreiranja javne politike u određenim oblastima od njenog sprovođenja; merenje učinaka;

orijentacija na rezultat i odgovornost za rezultat; revizija rezultata; unapređeno finansijsko upravljanje i strateško planiranje; korišćenje informacione tehnologije i sl. (Gruening, 2001: 2). Uz to, pozitivni efekti se mogu ostvariti i preko posebnih pravnih i budžetskih ograničenja u pogledu potrošnje, smanjenja delokruga rada (nadležnosti) pojedinih subjekata u javnom sektoru, analize i evaluacije javnih politika, racionalizacije administrativnih struktura, demokratizacije i znatnijeg učešća građana u procesu razmatranja mnogih pitanja koja se tiču delovanja javnog sektora.

„Novo javno upravljanje“ polazi od pretpostavke da bi javni sektor, kako bi bio uspešniji, trebalo da u svom funkcionisanju uvažava principe funkcionisanja tržišnog sektora. Ovaj zahtev je, međutim, moguće samo delom uvažiti imajući u vidu činjenicu da je priroda javnog sektora drugačija od prirode tržišnog sektora. Nedovoljno uspešno funkcionisanje javnog sektora može poticati od uzroka institucionalne prirode za čije je otklanjanje, kako iskustvo brojnih država potvrđuje, potreban duži vremenski period (Afonso, Schuknecht, Tanzi, 2010: 2147–2164). No, osim toga, izvori neuspešnog funkcionisanja javnog sektora se upravo mogu pronaći u razlikama tržišnog i javnog sektora što uslovljava i razlike u njihovoj uspešnosti (Stiglitz, 2004: 202–208). U tržišnom sektoru sredstva se ulažu radi maksimiziranja profita a to se može ostvariti povećanjem proizvodnje i smanjenjem troškova. Država (javni sektor) pak povećava javnu potrošnju kako bi dostigla veći broj opštih (javnih) ciljeva, čije ispunjenje nije uvek lako izmeriti i kvantifikovati. Naime, u javnom sektoru nije preporučljivo staviti po strani vrednosti poput pouzdanosti, poverljivosti, sigurnosti, pravne jednakosti, tačnosti, tj. isključivo prvenstvo dati ostvarivanju dobrih ekonomskih rezultata. Treba ukazati da je uobičajena pojava da se rezultati javnog sektora ne vrednuju tržišnim već subvencionisanim cenama ili da, neretko, rezultati nisu novčano izraženi. Uspešnost u javnom sektoru je, stoga, mnogo teže utvrditi nego uspešnost u tržišnom sektoru.

Uprkos činjenici da je država entitet čije su funkcije socijalne, prostor za primenu ekonomskih pokazatelja uspešnosti javnog sektora sigurno postoji i ne sme se zanemarivati. To je posebno izraženo u periodima koji poprimaju karakter sveopšte krize, i kada u javnom sektoru treba, sa što manjom poreskom presijom, podmirivati javne potrebe. Konstantan cilj upravljanja javnim sektorom i jeste istraživanje mogućnosti da se smanje javni izdaci, odnosno da se trošenjem alociranih budžetskih sredstava postignu što bolji učinci. U savremenom upravljanju javnim sektorom i

njegovom funkcionisanju sve više se koristi *input-output* model u cilju merenja uspešnosti trošenja sredstava iz budžeta. Primenjuje se tzv. pristup tri „E“ (ekonomičnost, efektivnost, efikasnost), kojim se pokrivaju sve dimenzije procenjivanja uspešnosti neke državne aktivnosti. Ovom pristupu se ponegde dodaje i kvalitet javne usluge (pravovremenost, pristupačnost, pouzdanost, trajnost usluge) jer je u neposrednoj vezi sa uspešnošću sprovedenih državnih aktivnosti (Anđelković, 2009: 117). Ekonomičnost podrazumeva minimalni utrošak sredstava za određenu aktivnost u javnom sektoru vodeći pri tome računa da se ne dovede u pitanje obim i kvalitet javne usluge. Efektivnost se utvrđuje u dužem vremenskom periodu i predstavlja nivo ispunjenosti ciljeva javnog sektora. Istraživanjem efektivnosti se, zapravo, analizira da li su ostvareni željeni ishodi funkcionisanja javnog sektora i ova dimenzija merenja učinka je najvažniji element vrednosti koja se dobija za novac u javnom sektoru (*value for money*). Efikasnost predstavlja maksimiziranje koristi i meri se odnosom iskorišćenih resursa (*inputa*) i rezultata (*outputa*) javnog sektora. Imajući upravo u vidu pokazatelj efikasnosti moguće je poboljšati upravljanje postojećim javnim politikama i programima, povećati odgovornost i bolje donošenje odluka kroz pružanje povratnih informacija o ostvarenim rezultatima. Time se unapređuje projektovanje i sprovođenje javnih politika i programa, kako u sadašnjosti, tako i u budućem periodu. Potrebno je istaći da, u okolnostima povećanja nivoa javne potrošnje, efikasnost javnog sektora može biti smanjena. Do toga će doći ukoliko izostane povećanje rezultata u javnom sektoru ili ono bude relativno manje u odnosu na povećanje javne potrošnje. Shodno tome, smanjenje neefikasnosti javnog sektora može biti dostignuto preduzimanjem mera koje su usmerene na smanjenje nivoa javne potrošnje ili na povećanje rezultata u javnom sektoru.

### **3. Novi pristup upravljanju javnim rashodima i njegovi ciljevi**

Pridavanje značaja pitanju koliko sredstava država zahvata putem poreza (javnih prihoda) i šta poreski obveznici, kao korisnici javnih usluga (javnih dobara), dobijaju za plaćene poreze afirmisalo je, u većoj meri, princip *value for money* u funkcionisanju javnog sektora. Ovaj princip podrazumeva da se javna usluga treba ostvariti tako da se za dati novac pruža njen veći kvalitet ili da se dati kvalitet javne usluge ostvaruje sa manje novca. Novi pristup upravljanju javnim rashodima (*Public Expenditure Management*) upravo je proizašao iz potrebe da se, na principu *value for money*, izvrši racionalizacija naraslih javnih rashoda savremenih država i ovaj princip ugradi u tradicionalni sistem javnih rashoda. Navedeno,

nesporno, zahteva velike i složene kvalitativne i kvantitativne promene postojećeg sistema izdataka države.

Adekvatno upravljanje javnim rashodima se, u načelu, odnosi na preraspodelu i korišćenje budžetskih sredstava na zakonit i odgovoran način. Ono je posebno bitno u okolnostima kada iz limitiranih prihoda treba zadovoljiti javne potrebe koje su, i dalje, prilično brojne. Savremena država, pored tradicionalnih funkcija i zadataka, obavlja i nemali broj funkcija i zadataka u oblasti obrazovanja, zdravstvene zaštite i socijalnog staranja. Te funkcije i zadaci su svojevrsno „nasleđe“ iz perioda postojanja tzv. države blagostanja i proces njihovog redukovanja se, sa neoliberalnim konceptom upravljanja ekonomskom politikom, koji je u poslednjoj deceniji XX veka postao dominantan, odvija postepeno ali sigurno.

Tri su komplementarna i međuzavisna cilja upravljanja javnim rashodima: održavanje ukupne fiskalne discipline; alokacija resursa u skladu sa prioritetima vlade; promovisanje efikasnog pružanja usluga (Allen, Tommasi, 2004: 19–20; Diamond, 2002: 3). Navedeni ciljevi predstavljaju okvir za procenu unapređenja upravljanja javnim rashodima i učinaka budžetskog sistema.

Održanje i poboljšanje finansijske discipline u suštini predstavlja inoviranje pristupa starom problemu uspešnog raspolaganja ograničenim budžetskim sredstvima. Zapravo se teži adekvatnoj kontroli ukupnih javnih rashoda kroz uspostavljanje ograničenja na izdatke koji su obavezni i na ukupnom nivou i na nivou pojedinih budžetskih korisnika. Modernizacija upravljanja javnim rashodima se postiže uspostavljanjem novih načela, unapređenjem uloge budžetskih institucija i odgovornim angažovanjem kreatora budžetskog procesa, sa osnovnom namerom da se država učini štedljivom. Novi pristup upravljanju javnim rashodima u skladu je sa trendom postavljanja čvrstih budžetskih limita, kako bi se ograničili ukupni rashodi, a ne samo da bi se postigla budžetska ravnoteža (Ćulibrk, 2011: 953).

Efikasna raspodela sredstava se ostvaruje ukoliko vlada ima sposobnost da budžetska sredstva usmeri na osnovu postavljenih prioriteta i efektivnosti programa. Ona obu hvata i preusmeravanje sredstava sa starih na nove prioritete ili sa manje produktivnih na više produktivne aktivnosti, a sve saglasno ciljevima vlade.

Tehnička ili operativna efikasnost korišćenja budžetskih sredstva odnosi se na mogućnost implementacije programa i pružanja usluga po što nižim troškovima.

Savremene budžetske reforme, tj. njihovi ciljevi, u principu se i svode na smanjenje javnih rashoda, odnosno na izgradnju institucionalnih mehanizama koji su nužni za kontrolu javne potrošnje. Ovi mehanizmi obuhvataju: srednjoročno budžetiranje (budžetski horizont se produžava sa jedne na nekoliko godina u cilju veće predvidivosti i stabilnosti fiskalne politike i efikasnijeg trošenja javnih sredstava u srednjem roku); jasna makroekonomska predviđanja; eksplicitne troškove („cenu koštanja“) javnih (vladinih) politika; tehniku budžetiranja *odozgo nadole* (priprema budžeta kreće od okvira za makroekonomsku i fiskalnu politiku, koju određuje vlada, uključujući glavne srednjoročne fiskalne ciljeve u kojima je sadržana obavezujuća politička odluka o ukupnom iznosu javnih rashoda i njihovoj podeli po pojedinim ministarstvima za određenu budžetsku godinu); slabljenje centralne kontrole *inputa*; naglasak na rezultate; budžetsku transparentnost; moderno finansijsko upravljanje (Blondal, 2003: 10; Allan, Parry, 2003: 7). Budžetska politika u današnjim uslovima zahteva poštovanje budžetskog procesa i mehanizama, kao i dostizanje što povoljnijih rezultata preduzetih budžetskih mera. Budžetski proces, a samim tim i kvalitet upravljanja budžetskih institucija, značajni su jer jačanje budžetskih institucija, posebno u delu upravljanja budžetom i javnim rashodima, može da pomogne da se ograniči obim potrošnje javnog sektora i omogući kvalitetno sprovođenje strukturnih reformi u fiskalnom području (Gupta, Leruth, de Mello, Chakravarti, 2001: 31). Drugim rečima, kvalitetne budžetske institucije su od vitalnog značaja za sposobnost jedne zemlje da kreira i implementira efektivnu fiskalnu politiku. Takve institucije mogu osigurati odgovornost vlade i preduprediti „odlivanje“ javnih sredstava, povećati efikasnost upotrebe oskudnih javnih resursa i poboljšati izgled održavanja fiskalne stabilnosti i društvenog razvoja (Dabla-Norris, Allen, Zanna, Prakash, Kvintradze, Lledo, Yackovlev, Gollwitzer, 2010: 3).

Sumarno posmatrano, promene koje treba da doprinesu kvalitetnijem upravljanju javnim rashodima tiču se modernizovanja budžetskog postupka, budžetske transparentnosti i kontinuiranog poboljšanja kontrole trošenja javnog novca, uvođenja standarda njegovog trošenja, boljeg upravljanja javnim nabavkama, unapređenja organizacije javnog sektora, poboljšanja evidencija u javnom sektoru, kao i planiranja i procenjivanja učinaka i dr. Postojanje budžetskih prevara je naročito štetno jer smanjuje transparentnost i može „zamaskirati“ strukturalne ekonomske slabosti tako da se time ograniči potencijal srednjoročnog ili dugoročnog ekonomskog rasta. Istovremeno one vladama omogućavaju izbegavanje reforme javnih rashoda (Reviglio, 2001: 14–15).

#### 4. Prelaz sa tradicionalnog na savremeno javno budžetiranje

Potreba da se, u mnogim državama, postepeno prelazi sa tradicionalnog na savremeno budžetiranje (programsko budžetiranje, tj. budžetiranje prema učincima) nastala je kao „odgovor“ na unutrašnje socijalne i političke pritiske za unapređenje upravljanja javnim finansijama i povećanje odgovornosti. Uz to, među državama OECD određenu ulogu su odigrali i pritisci država na sličnom nivou razvoja da se u oblasti javnog budžetiranja ispune novi međunarodni standardi performansi (učinaka). Na kraju, ali nikako najmanje važno, formalni zahtevi za ispunjavanje standarda EU u pogledu budžeta i fiskalne politike predstavljali su jedan od najbitnijih pokretača reformi javnog budžetiranja (Vujić, 2012: 78; Golubović, 2012: 79–81).

Tradicionalni model javnog budžetiranja – linijsko budžetiranje (*line-item budget*) je budžetiranje na baznoj osnovi. Ovaj model planiranja i izrade budžeta pruža informacije o pojedinačnim budžetskim korisnicima, razvrstava opredeljena sredstva na osnovu funkcionalne i ekonomske klasifikacije, pruža uvid u izvore finansiranja javnih rashoda (Fiskalni savet, 2014: 19). Takođe se linijsko budžetiranje odlikuje i odsustvom aktivnog upravljanja javnim sektorom (javnim rashodima). Reč je o tzv. inkrementalnom budžetiranju koje podrazumeva da se svaka budžetska stavka promeni za unapred utvrđeni procenat, koji je zasnovan na očekivanom rastu ekonomije. Svakom budžetskom korisniku je zajemčena prošlogodišnja alokacija sredstava, kao i inkrementalna povišica koja se dodaje na prošlogodišnji iznos (Anđelković, 2009: 111). Zapravo, prema klasičnom (tradicionalnom) modelu finansiranja javnog sektora, rezultati se podrazumevaju, njihovo ispunjenje se ne dovodi u pitanje te se, stoga, i ne meri. Kako je vrlo verovatno da se alokacije budžetskih sredstava ne zasnivaju na stvarnim ili opravdanim potrebama budžetskih korisnika, stvoren je ambijent za neracionalno i netransparentno javno budžetiranje, a ograničene su i mogućnosti javnog sektora da se prilagodi promenljivim ciljevima i okolnostima. U isto vreme teško je pratiti realizaciju strateških aktivnosti, programa i projekata javne vlasti i napredak u pojedinim delovima javnog sektora.

Takvo (nezadovoljavajuće) stanje stvari u sferi javnog budžetiranja zahteva određene promene. Pre svega, nužno je da ministarstvo finansija raspolaže adekvatnim informacijama o nivou sredstava koji je svakom od budžetskih korisnika neophodan da bi nesmetano obavljao postojeći obim aktivnosti, što omogućava jasno razdvajanje troškova postojećih politika od troškova novih programa (aktivnosti) koje vlada želi da



sprovodi. U suprotnom, budžetski korisnici imaju motiv da preuveličaju obim sredstava koji im je navodno neophodan za finansiranje postojećih aktivnosti kako bi obezbedili što veća sredstva za diskreciono trošenje i sprovođenje svojih prioriteta umesto proklamovanih mera vlade (problem tzv. *odozdo nagore budžetskih pritisaka*). Time dolazi do svojevrstne negativne selekcije jer ministarstvo finansija dobija preuveličane budžetske zahteve od jednih korisnika i realno planirane budžetske zahteve od drugih i, najčešće, ne raspolaze sistemskim kredibilnim informacijama o tome koji su zahtevi preuveličani a koji nisu. U uslovima limitiranih raspoloživih budžetskih sredstava logično je očekivati proporcionalno smanjenje svih budžetskih zahteva što praktično znači da korisnici koji su adekvatno i odgovorno planirali svoje zahteve za budžetskim sredstvima bivaju kažnjeni, dok korisnici koji su pribegli preuveličanju svojih troškova bivaju nagrađeni. Krajnji rezultat je da vlada nije u mogućnosti da sprovodi svoju proklamovanu politiku (tzv. *odozgo nadole budžetiranje*) jer budžetski korisnici prisvajaju za sebe veliki deo sredstava koje je trebalo koristiti za finansiranje novih aktivnosti i programa (Fiskalni savet, 2014: 12–13).

Rešenje navedenih problema, koji se javljaju u velikom broju savremenih država, traži se u programskoj strukturi budžeta i indikatorima performansi kao naprednijem modelu planiranja i izvršenja budžeta u odnosu na tradicionalni. Procesi i aktivnosti u javnom sektoru se ne mogu adekvatno vrednovati ukoliko ne postoje planirani i željeni učinci (performanse, rezultati) rada (određenog) dela javnog sektora. Naime, potrebni su i kvantitativni i kvalitativni indikatori učinka kao garant odgovarajućeg kvaliteta javnih usluga. Uz to je neophodan i duži vremenski horizont trajanja budžeta koji bi dopustio sagledavanje i srednjoročnih i dugoročnih efekata trošenja javnih sredstava.

Da bi se javni rashodi u znatnoj meri stavili u funkciju usvojenih prioriteta (programa) vlade, neophodan je prelazak sa tradicionalnog na programsko budžetiranje (*program budgeting*). Disagregacijom funkcionalne klasifikacije javnih (budžetskih) rashoda po pojedinačnim programima i projektima linijski budžet postaje programski. Programska struktura budžeta omogućava da se informacije o aktivnostima budžetskih korisnika sistematizuju na uniforman način.

U okviru programskog budžetiranja sredstva su planirana i usmerena ka postizanju rezultata i ishoda određenog programa. Ključna razlika između linijskog i programskog budžetiranja se i ogleda u načinu upravljanja javnim rashodima. Programsko budžetiranje omogućava aktivno upravljanje

javnim rashodima koje je usmereno ka maksimizaciji efekata (učinaka) i ispunjavanju ciljeva. Shodno tome, stvorene su mogućnosti preusmeravanja rashoda sa manje produktivnih ka produktivnijim javnim rashodima. Veća kontrola trošenja sredstava iz budžeta, budžetska disciplina i poštovanje fiskalnog okvira za celokupnu javnu potrošnju ostvarivi su, u velikoj meri, ukoliko se precizno odrede limiti za određenu funkciju države (tj. čvrsta ograničenja na strani rashoda), kao i za programe u okviru funkcija. Zahvaljujući merenju u činaka određenih programa, programski budžet može da utiče na unapređenje kvaliteta javnih usluga.

Nesporno, primena programskog budžetiranja jeste „odraz“ nastojanja da se izvrši efikasnije usmeravanje finansijskih sredstava na realizaciju konkretnih upravljačkih ciljeva i rešavanje problema društvene zajednice. Istovremeno, to je i nastavak napora da se oblikuju institucionalni mehanizmi kojima će se, na pravi način, utvrđivati, pratiti (kontrolisati) i ocenjivati funkcionisanje (učinci) javnog sektora. Zahvaljujući tome, donosiocima odluka je lakše da razumeju vezu između traženih budžetskih sredstava, strateških dokumenata, programa i rezultata delovanja javne vlasti (Kristić, 2015: 35).

Da bi se programsko budžetiranje kvalitetno implementiralo, potrebno je postojanje visoko razvijenog budžetskog sistema, odgovarajućih stručnih i administrativnih kapaciteta budžetskih korisnika, informacionih sistema za praćenje, upravljanje i izveštavanje o učinku. Uz to neophodno je izvršiti značajne reforme u rukovođenju i radu upravljačkih jedinica organizacione strukture javne vlasti, kontinuirano raditi na obuci zaposlenih službenika, kao i njihovih rukovodilaca, unapređivati metodologiju strateškog i operativnog planiranja, razvijati analitičke kapacitete organizacije i precizno definisati nadležnosti i odgovornosti za sprovođenje budžetskih programa (Kristić, 2015: 36). Uostalom, programsko budžetiranje i promoviše i čini kompleksnijom odgovornost nosilaca javnih politika. Kako se u procesu kreiranja budžeta programi grupišu u skladu sa njihovim doprinosom ostvarivanju istog ili sličnog cilja, dolazi do konkurencije i pooštavanja „borbe“ za dobijanje sredstava iz budžeta. Pronalazak najboljeg puta da se dostignu određeni ciljevi delovanja javnog sektora podrazumeva jasan (nedvosmislen) odgovor na sledeće pitanje: Zbog čega se konkretni javni rashodi uvode, povećaju, smanjuju ili ukidaju i šta se time konkretno želi postići?

Nedovoljna pripremljenost za uvođenje programskog budžetiranja, kao i merenje učinaka (performansi) programa, može da uslovi neefektivnost

ovog sistema javnog budžetiranja. U dosadašnjoj međunarodnoj praksi uočeni su sledeći problemi: budžetiranje prethodi planiranju a neophodno je da bude obratno; ne postoji odgovarajuća koordinacija između ministarstva finansija i resornih ministarstava; srednjoročno planiranje budžeta nije sveobuhvatno; ponekad izostaje centralna koordinacija, tj. različiti delovi institucije imaju različito razumevanje planiranja, programiranja i budžetiranja; informacioni sistemi su nedovoljno pouzdani jer nedostaje opšteprihvaćena terminologija (metodi) za prikupljanje podataka iz različitih organizacionih jedinica (Robinson, 2013: 15–16). No, i pored toga, može se konstatovati da budžetiranje prema učincima, u zemljama članicama OECD prvenstveno, beleži postepeni napredak.

*Tabela 2: Praksa budžetiranja prema učincima na centralnom nivou vlasti u zemljama članicama OECD (2011)*

	<b>Postojanje standardizovanog okvira za merenje učinaka na centralnom nivou vlasti</b>
<b>Australija</b>	Ne, ministarstva/agencije imaju sopstvene
<b>Austrija</b>	Da
<b>Belgija</b>	Ne, ministarstva/agencije imaju sopstvene
<b>Kanada</b>	Da
<b>Čile</b>	Da
<b>Češka Republika</b>	Da, ali opcionalno
<b>Danska</b>	Da
<b>Estonija</b>	Da
<b>Finska</b>	Da
<b>Francuska</b>	Da
<b>Nemačka</b>	Ne, ministarstva/agencije imaju sopstvene
<b>Grčka</b>	Ne, ministarstva/agencije imaju sopstvene
<b>Mađarska</b>	Ne, ministarstva/agencije imaju sopstvene
<b>Irska</b>	Da
<b>Italija</b>	Da
<b>Japan</b>	Da
<b>Koreja</b>	Da
<b>Luksemburg</b>	Ne, ministarstva/agencije imaju sopstvene
<b>Meksiko</b>	Da

<b>Holandija</b>	Da
<b>Novi Zeland</b>	Da
<b>Norveška</b>	Da
<b>Poljska</b>	Da
<b>Portugalija</b>	Ne, ministarstva/agencije imaju sopstvene
<b>Slovačka Republika</b>	Da
<b>Slovenija</b>	Da
<b>Španija</b>	Da
<b>Švedska</b>	Da
<b>Švajcarska</b>	Da
<b>Turska</b>	Da
<b>Ujedinjeno Kraljevstvo</b>	Ne, ministarstva/agencije imaju sopstvene
<b>SAD</b>	Da

*Izvor:* OECD (2013). Government at a Glance 2013.

Praksa finansiranja (budžetiranja) državnih programa prema učincima u zemljama članicama OECD uglavnom je centralizovana (npr. Austrija, Kanada, Francuska, Italija, SAD). Države usvajaju širok okvir za razvoj (prikupljanje) informacija o učincima, integrišu ove informacije u budžetski proces i proces odgovornosti, koriste ih prilikom donošenja odluka, praćenja i izveštavanja o rezultatima. U manjem broju zemalja članica OECD (npr. Belgija, Nemačka, Luksemburg), budžetiranje prema učincima je decentralizovano unutar centralnog nivoa vlasti. Naime, ministarstva/agencije primenjuju budžetiranje prema učincima prilikom odlučivanja koje će programe finansirati sredstavima dodeljenim iz budžeta. Kvalitetne informacije o učincima doprinose da odluke koje se tiču upotrebe resursa (sredstava) i upravljanja pojedinačnim programima budu bolje.

## 5. Zaključak

Tradicionalno ustaljeni načini postupanja subjekata javnog sektora uglavnom potvrđuju da oni manje rade nego što se za novac koji je iz budžeta njima usmeren očekuje. Zahtevi koji se postavljaju pred državne organe i druga javna tela (institucije, ustanove), a tiču se potrebe da uspešno realizuju svoje aktivnosti i državne programe, u interesu su obveznika koji plaćajući poreze (javne prihode) finansiraju njihov rad i očekuju zadovoljavajući obim i kvalitet javnih usluga. Krucijalno pitanje je:

Kako uticati na korisnike budžetskih sredstava da racionalno troše sredstva, dobijena iz budžeta, i kvalitetno obavljaju poslove iz svoje nadležnosti?

Neuspešan javni sektor je ograničavajući činilac ukupnog društvenog razvoja te je, iz tog razloga, potrebno minimizirati rizik lošeg upravljanja ovim sektorom i eventualne zloupotrebe javnih sredstava. Promena kulture upravljanja u javnom sektoru, koja se postepeno odvija pod uticajem ideja „Novog javnog upravljanja“, treba da poboljša položaj građana u relaciji sa javnim sektorom, kao i odgovornost javne vlasti za postignute rezultate. Odgovornost za rezultate koji se ostvaruju trošenjem državnog novca osnovna je tema javnih finansija mnogih država, naročito u okolnostima kada se iznos potrebnih sredstava za finansiranje javne potrošnje permanentno povećava i kada je ta sredstva sve teže obezbediti.

Već izvesno vreme, u nizu država preduzimaju se mere u pravcu donošenja što boljih odluka vezanih za usmeravanje i trošenje sredstava iz budžeta. Razvoj i primena programskog budžetiranja faktički pokazuju kakva je spremnost i sposobnost nosilaca (subjekata) budžetske politike da ostvare efikasniju raspodelu limitiranih budžetskih sredstava. Unapređenje modela javnog budžetiranja je proces koji je u toku, sa sobom nosi brojne izazove i ukazuje na svu kompleksnost savremenog upravljanja izdacima države. Naime, kvalitetno praćenje i analiziranje usmeravanja i trošenja budžetskih sredstava, kao i postignutih rezultata u javnom sektoru, moguće je ostvariti tek u srednjoročnom i dugoročnom vremenskom periodu. Reč je o zadatku od velikog značaja budući da neadekvatno utvrđivanje prioriteta i obima angažovanja javnih sredstava, ali i nepreduzimanje aktivnosti da se takvo negativno stanje promeni, za posledicu imaju smanjenje blagostanja u društvu. Upravo zato je i logično očekivati da vlast u savremenim državama pokaže doslednost u ispunjavanju ovog zadatka i, shodno tome, na ispravan način upravlja javnim rashodima.

## Literatura

- Allan, W., Parry, T. (2003). Fiscal Transparency in EU Accession Countries: Progress and Future Challenges. *IMF Working Paper*. WP/03/163. 1–26
- Allen, R., Tommasi, D. (2004). *Upravljanje javnim izdacima* – Priručnik za zemlje u tranziciji. Paris: OECD, SIGMA, PHARE
- Anđelković, M. (2009). Usavršavanje metoda budžetiranja – put ka racionalizaciji javne potrošnje. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 53. 109–123
- Afonso, A., Schuknecht, L., Tanzi, V. (2010). Public sector efficiency: evidence for new EU member states and emerging markets. *Applied Economics*. 42(17). 2147–2164
- Blondal, J. (2003). Budget reform in OECD member countries: Common Trends. *OECD Journal on Budgeting*. 4(2). 7–25
- Vujović, D. (2012). *Studija o delotvornom korišćenju indikatora performansi u procesu izrade budžeta i planova u javnom sektoru: Kreiranje indikatora performansi u cilju unapredjenja učinaka programskih budžeta u Srbiji*. Beograd: USAID projekat za bolje uslove poslovanja
- Golubović, S. (2012). *Fiskalna pravila u Evropskoj monetarnoj uniji*. Niš: Studentski kulturni centar
- Gruening, G. (2001). Origin and theoretical basis of New Public Management. *International Public Management Journal*. 4. 1–25
- Gupta, S., Leruth, L., de Mello, L., Chakravarti, S. (2001). Transition Economies: How Appropriate Is the Size and Scope of Government?. *IMF Working Paper*. WP/01/55. 1–44
- Dabla-Norris, E., Allen R., Zanna L.-F., Prakash T., Kvintradze E., Lledo V., Yacovlev, I., Gollwitzer, S. (2010). Budget Institutions and Fiscal Performance in Low-Income Countries. *IMF Working Paper*. WP/10/80. 1–56
- Diamond, J. (2002). The Micro Basis of Budget System Reform: The Case of Transitional Economies. *IMF Working Paper*. WP/02/105. 1–32
- Eurostat. *General government expenditure in the EU*. Newsrelease 122/2015 – 7 July 2015
- Ivanov, M. (2011). Porezna presija i blagostanje u socijalnoj državi. *Ekonomija/Economics*. 18(1). 21–38

- Kristić, S. (2015). Programski budžet – napredni korak u razvoju budžetskog sistema Srbije. *Makroekonomske analize i trendovi (MAT)*. 215. 35–36
- Lienert, I. (2005). Are Laws Needed for Public Management Reforms? An International Comparison. *IMF Working Paper*. WP/05/62. 1–25
- Madžar, Lj. (2008). *Mehanizmi mobilizacije i alternative alokacije javnih sredstava*. Studija br. 1. Beograd: Ministarstvo finansija
- OECD (2013). *Government at a Glance 2013*. OECD Publishing
- Perko-Šeparović, I. (2006). *Izazovi javnog menadžmenta – dileme javne uprave*. Zagreb: Golden marketing – Tehnička knjiga
- Reviglio, F. (2001). Budgetary Transparency for Public Expenditure Control. *IMF Working Paper*. WP/01/8. 1–30
- Robinson, M. (2013). *Program Classification for Performance-Based Budgeting: How to Structure Budgets to Enable the Use of Evidence*. IEG Evaluation Capacity Development Series. Washington: World Bank
- Stiglitz, J. E. (2004). *Ekonomija javnog sektora*. Beograd: Ekonomski fakultet
- Ćulibrk, M. (2011). Fiskalna odgovornost. *Pravni život*. 10(LX). 949–964
- Fabrizio, S., Mody A. (2006). Can Budget Institutions Counteract Political Indiscipline? *IMF Working Paper*. WP/06/123. 1–51
- Fiskalni savet (2014). *Budžetski proces u Republici Srbiji: nedostaci i preporuke*

**Marina Dimitrijević, LL.D.**

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## **THE COMPLEXITY OF CHANGES IN THE DOMAIN OF MANAGING PUBLIC EXPENDITURES**

### **Summary**

*Public expenditures are a huge problem in contemporary states. In the conditions of a global economic crisis and the circumstances involving high level of citizen dissatisfaction related to the former methods of funding and managing the public sector (reflected in ruining the funding sources, irrational spending of public expenditure funds, increase in the budget deficit and the level of public debt), the changes in the domain of managing public expenditures have become a priority. By their nature, these changes are complex and long-lasting, and they should bring significant improvements in the field of public expenditure; they have to provide for lawful and purposeful spending of public funds. It is expected to lower the the needed public incomes for financing public expenditure, to improve production and competition in the market economy, and to increase personal consumption, living standard and the quality of life of the population. Regardless of the social, economic, legal or political environment in each of state, the topical issue of reforming the management of public expenditures seems to imply a return to a somewhat neglected need for the public sector to function within its own financial possibilities. The state modernisation processes and advancement in the process of managing public expenditures call for a realistic evaluation of the existing condition and circumstances in which these processes occur, as well as the assessment of potential and actual risks that may hinder their effectiveness. Otherwise, it seems that the establishment of a significant level of responsibility in spending the budget funds and a greater transparency of public expenditure may be far-fetched goals.*

**Key words:** public sector, public finances, public expenditures, management of public expenditures.



**Dr Nebojša Raičević,\***  
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Nišu

originalan naučni članak

UDK: 341.43(4/672EU)

Rad primljen: 12.04.2016.

Rad prihvaćen: 18.05.2016.

## **POSTUPAK ODLUČIVANJA O ZAHTEVU ZA AZIL U PRAVU EU\*\***

**Apstrakt:** Direktivom 2013/32 ustanovljeni su zajednički standardi koje države članice EU moraju ugraditi u nacionalno zakonodavstvo kojim uređuju postupak odlučivanja o zahtevima za azil. Taj postupak se pokreće zahtevom državljanina treće države ili lica bez državljanstva i njegov cilj je utvrđivanje da li ta lica ispunjavaju uslove za sticanje statusa izbeglice. Pre nego što se pristupi ispitivanju podnetog zahteva za azil, primenom dablinskih kriterijuma određuje se koja članica EU je nadležna za odlučivanje o zahtevu. Nakon toga, nadležna država sprovodi prvostepeni postupak i ispituje prihvatljivost i osnovanost zahteva, bilo u redovnoj ili nekoj od posebnih procedura. Ukoliko aplikant nije zadovoljan donetom odlukom, on može u žalbenom postupku pred nacionalnim sudom osporavati prvostepenu odluku.

**Ključne reči:** Evropska unija, azil, Direktiva 2013/32, podnosilac zahtev za azil, dablinska pravila.

### **1. Uvodna razmatranja**

Na osnovu čl. 78 Ugovora o funkcionisanju EU, ta organizacija ima nadležnost da usvaja mere u vezi sa zajedničkim evropskim sistemom azila. U skladu sa tim ovlašćenjem, Evropski parlament i Savet doneli su krajem 2011. godine Direktivu o uslovima za dobijanje međunarodne

---

\* raicko@prafak.ni.ac.rs

\*\* Rad je rezultat istraživanja na projektu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013–2018. godina.

zaštite,<sup>1</sup> a sredinom 2013. godine Direktivu o postupcima za priznavanje i oduzimanje međunarodne zaštite,<sup>2</sup> Direktivu o prihvatnim uslovima za tražioce međunarodne zaštite,<sup>3</sup> Regulativu o određivanju nadležne države za razmatranje zahteva za međunarodnu zaštitu (tzv. Dablinska regulativa III)<sup>4</sup> i Regulativu o Eurodac-u.<sup>5</sup> Prva direktiva propisuje uslove za sticanje statusa izbeglice (ili korisnika supsidijarne zaštite), kao i katalog prava koja pripadaju licima sa tim statusom. Druga direktiva ustanovljava zajedničke proceduralne standarde kako bi progonjena lica imala pristup fer i efikasnom postupku za ostvarivanje prava na azil, dok se trećom utvrđuju minimalni životni uslovi koje države članice moraju obezbediti aplikantima dok se odlučuje o njihovom zahtevu za azil. Dablinska regulativa III sadrži kriterijume za određivanje države članice EU nadležne za odlučivanje o zahtevu za azil, dok Regulativa o Eurodac-u uređuje mehanizam uzimanja otisaka prstiju aplikantata i razmenu informacija o tim otiscima u cilju pravilne primene dablinskih pravila.

Vrlo važno mesto među navedenim aktima zauzima Direktiva 2013/32 o zajedničkim postupcima za priznavanje i oduzimanje međunarodne zaštite<sup>6</sup> (dalje: Direktiva 2013/32 ili Direktiva). Njome su ustanovljeni zajednički standardi koje države članice EU moraju ugraditi u nacionalne propise kojima uređuju postupak odlučivanja o azilu.<sup>7</sup>

Dakle, sprovođenje postupka u kojem se odlučuje o zahtevu za azil je i dalje u nadležnosti država članica, ali su one obavezne da u njega ugrade standarde predviđene Direktivom 2013/32, kako bi se postigla određena harmonizacija i omogućilo da podnosioci zahteva za azil imaju

---

1 Direktiva 2011/95 (izmenjena), OJ EU, 2011, L 337/9.

2 Direktiva 2013/32 (izmenjena), OJ EU, 2013, L 180/60.

3 Direktiva 2013/33 (izmenjena), OJ EU, 2013, L 180/96.

4 Regulativa 604/2013 (izmenjena), OJ EU, 2013, L 180/31.

5 Regulativa 603/2013 (izmenjena), OJ EU, 2013, L 180/1.

6 Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast), OJ EU, 2013, L 180/60. Direktiva na jedinstven način uređuje postupak za dobijanje azila (sticanje statusa izbeglice) i postupak za sticanje statusa korisnika supsidijarne zaštite, nazivajući ih generičkim pojmom „postupak za sticanje međunarodne zaštite“.

7 Pre toga, na snazi je bila verzija te direktive iz 2005. godine, koja je ustanovljavala samo minimalne standarde koje su države morale poštovati prilikom odlučivanja o azilu; OJ EU, 2005, L326/13.

ujednačeno postupanje, bez obzira koja članica EU vodi taj postupak.<sup>8</sup> Direktiva dopušta članicama da primene proceduralna pravila koja su povoljnija za podnosioca zahteva, ali ne smeju ići ispod utvrđenih standarda.<sup>9</sup>

Cilj postupka pokrenutog zahtevom za azil jeste utvrđivanje da li državljanin treće države ili lice bez državljanstva<sup>10</sup> ispunjava uslove za sticanje statusa izbeglice<sup>11</sup> propisane Direktivom 2011/95 o uslovima za dobijanje međunarodne zaštite. Lice koje je iniciralo taj postupak ima status „podnosioca zahteva za azil“ i to sve dok nadležni nacionalni organ ne donese konačnu odluku po tom zahtevu. Ukoliko se u postupku utvrdi da lice ispunjava uslove iz Direktive 2011/95, ono će dobiti status izbeglice, na osnovu čega stiče pravo ostanka u toj državi članici i uživanja svih prava garantovanih pomenutom direktivom. Ukoliko, pak, zahtev aplikanta bude odbijen, on je obavezan da napusti teritoriju te članice EU.

Direktiva 2013/32 uređuje brojna pitanja vezana za postupak odlučivanja o zahtevu za azil, kao što su pokretanje postupka, tok redovnog prvostepenog postupka, posebne prvostepene procedure i žalbeni postupak. Upravo će ta pitanja biti predmet analize u ovom radu. Pored toga, dužna pažnja biće posvećena i određivanju države nadležne za postupanje po zahtevu za azil jer je i to pitanje važno za vođenje ovog postupka.

Na izbor teme ovog rada uticala je izbeglička i migrantska kriza u Evropi, čiji vrhunac je dostignut prošle godine. U nameri da zaštite svoje političke, ekonomske i socijalne interese, neke države članice EU su preduzimale različite mere kako bi sprečile dolazak velikog broja tražilaca azila na svoju teritoriju. Pri tome se često postavljalo pitanje usklađenosti tih mera sa propisima EU, tako da predstavljanje proceduralnih pravila Unije o azilu može poslužiti kao osnova za ocenu legalnosti preduzetih mera. Zbog ograničenog prostora, u ovom radu je pažnja posvećena samo Direktivi o postupku i nekim pravilima

---

8 Velika Britanija i Irska su iskoristile „klauzulu *opt out*“, tako da nisu vezane Direktivom 2013/32, ali su ostale vezane ranijom Direktivom 2005/85. Danska je oba pu ta iskoristila pomenu tu klauzulu, tako da se na nju ne odnosi ni jedna ni druga direktiva.

9 Čl. 5.

10 Čl. 2b Direktive. Kao što se može videti, pravila ove direktive, kao i ostalih akata EU iz oblasti azila, ne odnose se na građane EU.

11 Azil treba razlikovati od statusa izbeglice, jer prvi pojam predstavlja institut zaštite, dok se drugi odnosi na jednu kategoriju osoba koja je korisnik takve zaštite (Gil-Bazo, 2015: 4).

neraskidivo povezanim sa njenom primenom, dok će ostala pravila EU o azilu biti predmet analize u nekom od budućih radova.

## 2. Pokretanje postupka

Postupak za dobijanje azila pokreće se zahtevom zainteresovanog lica upućenog državnim organima neke od članica EU. Direktiva 2013/32 pravi razliku između saopštavanja zahteva za azil državnim organima (eng. „*making application*“), registracije zahteva (eng. *registration of application*) i podnošenja zahteva za azil (eng. *lodging application*), mada nigde ne daje pojašnjenje tih izraza.

Zahtev za azil može biti saopšten (iznet) državnim organima u bilo kojoj formi – usmeno, pisano ili na neki drugi način koji izražava načelnu nameru lica za traženje zaštite (ECRE, 2014: 10). Pri tome, osoba uopšte ne mora upotrebiti izraz „azil“ ili „izbeglica“. Taj zahtev mora biti iznet na teritoriji članice EU, uklju čujući tu i granice, tranzitne zone i teritorijalne vode.<sup>12</sup> Ne postoji mogućnost saopštavanja zahteva u diplomatskim predstavništvima države u inostranstvu.<sup>13</sup>

Zahtev za azil može biti iznet direktno državnom organu nadležnom za registraciju zahteva za azil (ukoliko lice u tom momentu ima pristup takvom organu) ili, pak, drugom državnom organu od koga se očekuje da prima takve zahteve (policija, granična policija, imigracione službe, službenici u pritvorima).<sup>14</sup> Od momenta iznošenja zahteva, lica stiču status tražioca azila (podnosioca zahteva, aplikanta), na osnovu čega automatski imaju pravo na materijalne uslove prihvata predviđene Direktivom 2013/33.<sup>15</sup> Ukratko, država

---

12 Čl. 3(1) Direktive.

13 Ovaj uslov predstavlja veliki problem za lica koja nameravaju da traže azil jer ona najčešće ne mogu ostvariti pravo na legalan ulazak u EU (dobjanje vize), već su primorana da ilegalano uđu u neku državu članicu. Najnovija praksa podizanja ograde na granicama i pojačane patrole smanju ju mog učnost ilegalnog prelaska državnih granica. Među tim, onemogućavanje ulaska potencijalnih tražioca azila na teritoriji neke države predstavlja kršenje principa *non refoulement*. (Stoyanova, 2008: 6).

14 Ovi organi moraju biti osposobljeni da migrantu pru že informacije o tome gde i kako može izneti zahtev za azil. Čl. 8 Direktive eksplicitno obavezuje države da licima u pritvoru, na graničnim prelazima ili tranzitnim zonama za koja se zaključí da žele tražiti azil, pru že sve potrebne informacije o postupku traženja azila.

15 Čl. 17(1).

gde je iznet zahtev za azil mora tim licima dozvoliti pravo ostanaka na njenoj teritoriji<sup>16</sup> i obezbediti odgovarajući životni standard.

Direktiva ništa ne govori o roku u kom zahtev za azil treba biti saopšten, ali se očekuje da zainteresovano lice u čini to što je pre moguće.<sup>17</sup> Međutim, ukoliko je u pitanju lice koje je ilegalno ušlo u državu članicu EU (što je vrlo česta situacija),<sup>18</sup> ono tu nameru mora saopštiti državnim organima odmah čim se nađe na njenoj teritoriji. U protivnom, neće imati nikakav pravni osnov za ostanak u toj državi, što ga izlaže riziku da bude deportovano.

Registracija zahteva predstavlja čin kojim državni organi pisanim putem potvrđuju da je neko lice saopštilo zahtev za azil. Registracija doprinosi povećanju pravne sigurnosti (Ippolito, Velluti, 2011: 53), jer se njome potvrđuje da lice ima status tražioca azila, a samim tim i pravo ostanaka na teritoriji te države i uživanje beneficija garantovanih direktivama br. 2013/32 i 2013/33. Ukoliko je iznet pred organom nadležnim za registraciju, zahtev za azil mora biti registrovan u roku od tri radna dana a, ako je iznet pred drugim organom, registracija se mora izvršiti u roku od šest radnih dana. U slučaju postojanja velikog broja zahteva za azil, rok za registraciju je 10 radnih dana.<sup>19</sup>

Države su dužne da licima koja su saopštila zahtev za azil „obezbede stvarnu mogućnost“<sup>20</sup> da taj zahtev što pre podnesu nadležnim organima. Podnošenje zahteva podrazumeva ispunjenje određenih administrativnih formalnosti, koje uključuju popunjavanje formulara, podnošenje dokumenata, uzimanje otisaka prstiju od aplikanata<sup>21</sup> i fotografisanje. Momenat podnošenja zahteva je važan jer se od tada računaju rokovi za

---

16 Opšte je pravilo međunarodnog prava da se princip *non-refoulement* mora poštovati odmah čim lice zatraži azil.

17 Međutim, država ne sme odbaciti ili odbiti zahtev samo zbog toga što ga aplikant nije podneo u tom roku (čl. 10, st. 1 Direktive). Odugovlačenje sa podnošenjem zahteva može umanjiti kredibilitet tog zahteva i negativno uticati kod odlučivanja o odobravanju zaštite (UNHCR, 2001: 5).

18 Lica koja su zatražila azil ne mogu odgovarati zbog ilegalnog prelaska državne granice (čl. 31 Konvencija o položaju izbeglica). Među tim, ona će biti odgovorna ukoliko prilikom prelaska koriste falsifikovana dokumenta.

19 Čl. 6(1) i (5) Direktive.

20 Ovakva formulacija obavezu je državu da bude proaktivna i pred u zme sve potrebne mere kako bi olakšala podnošenje zahteva za azil, što predstavlja značajno poboljšanje u odnosu na prethodnu verziju ove direktive (Peers, Moreno-Lax, Garlick, Guild, 2015: 227).

21 Ova obaveza je propisana čl. 9 Regulative 603/2013.

ostvarivanje određenih prava.<sup>22</sup> Ukoliko lice ne podnese zahtev što je pre moguće, to se može protumačiti kao implicitno odustajanje od iznetog zahteva.<sup>23</sup>

### 3. Određivanje države nadležne za odlučivanje o zahtevu za azil

Pre nego što se pristupi ispitivanju podnetog zahteva za azil, mora se odrediti koja država članica EU je nadležna za odlučivanje o tom zahtevu. U tom postupku se ispituje da li o zahtevu treba odlučivati država članica u kojoj se nalazi aplikant koji je kod nje podneo zahtev za azil ili je pak za to nadležna neka druga članica. Pravila o određivanju nadležne države sadržana su u Regulativi 604/2013 (tzv. Dablinska regulativa III),<sup>24</sup> koja je zamenila raniju Regulativu iz 2003. godine.<sup>25</sup>

Cilj dablinskih pravila je ustanovljenje takvog poretka u kome tražilac azila svoj zahtev treba podneti samo u jednoj državi članici EU. Namera je da se ugroženim licima onemogućiti istovremeno traženje azila u većem broju članica EU,<sup>26</sup> što ona praktikuju kako bi povećala šansu za dobijanje azila (eng. *asylum shopping*) (Cherubini, 2015: 135).

Dablinska regulativa unapred utvrđuje koja će od 28 članica biti nadležna za odlučivanje o azilu. Time se aplikanti sprečavaju da biraju državu u kojoj se „lakše“ dobija azil ili koja nudi bolje uslove prijema i više proceduralne standarde (Moreno-Lax, 2012: 2). Istovremeno, takav sistem eliminiše postojanje „izbeglica u orbiti“ (Ohlsson, 2015: 32), tj. sprečava neopravdano odbijanje država članica da odlučuju o zahtevu, što bi primoralo tražioce azila da kruže od jedne do druge države članice EU, pokušavajući da pronađu državu koja će pristati da odlučuje o njihovom zahtevu (Battjes, 2006: 388). Na taj način Dablinska regulativa ostvaruje dva cilja – sprečava aplikante da zloupotrebe pravo

---

22 U roku od 3 dana mora se izdati dokument koji potvrđuje njegov status tražioca azila i omogućava ostanak u toj državi (čl. 6 Direktive 2013/33). To je vrlo važno, jer, kako je naglasio Evropski sud za ljudska prava, „nedostatak informacija je glavna smetnja za pristup proceduri za ostvarivanje prava na azil“ (Case M.S.S. v. Belgium and Greece, para. 304; Case Hirsi Jamaa and Others v. Italy, para. 204).

23 Čl. 6(2) Direktive.

24 Pored 28 članica EU, dablinska pravila o određivanju nadležne države primenjuju se i na Švajcarsku, Norvešku, Island i Lihtenštajn.

25 Regulativa 343/2003, OJ EU, 2003, L 50/1.

26 Ovde se može raditi o simultanim ili sukcesivnim zahtevima za azil.

na podnošenje zahteva za azil i garantuje efikasan pristup proceduri za ostvarivanje prava na azil.<sup>27</sup>

U osnovi, svim dosadašnjim dablinskim aktima predviđeno je da o zahtevu za azil odlučuje država članica kroz koju je tražilac azila ušao u EU („prva država članica“), uz određene izuzetke koji se odnose na maloletna lica i lica čiji članovi porodica već borave u EU. Dakle, zahtev za azil se primarno podnosi u državi preko koje je tražilac azila ušao u EU. Cilj ovog pravila je da članica koja ima najveći „doprinos“ za ulazak tražioca azila na prostor EU bude odgovorna za razmatranje njegovog zahteva.<sup>28</sup>

Dablinska regulativa III propisuje da se kod određivanja „prve države članice“ primenjuje sledeći redosled: a) država koja je izdala vizu ili dozvolu boravka; b) država u koju je aplikant ušao ilegalno (ova država

---

27 Za funkcionisanje mehanizma nadležnosti ustanovljenog Dablinskom regulativom III vrlo je važan i sistem Eurodac. To je sistem za prikupljanje i upoređivanje otisaka prstiju tražilaca azila i ilegalnih imigranata u EU. Sastoji se od centralne baze podataka i sistema za elektronski prenos podataka između država članica i centralne baze. Prilikom podnošenja zahteva za dobijanje azila, nadležni organi država članica uzimaju otiske svih 10 prstiju aplikanta starijih od 14 godina i prosleđuju ih centralnoj bazi podataka, gde se oni čuvaju i upoređuju sa ranije uzetim otiscima. Na taj način države uvek imaju mogućnost da provere da li je to lice negde već podnelo zahtev za dobijanje azila. Funkcionisanje Eurodac-a danas je regulisano Regulativom 603/2013.

28 Masovni ilegalni priliv sirijskih državljana u Grčku, koji su tamo stizali preko Turske, stvorio je velike probleme toj članici EU, ali i čitavoj Uniji. Kako bi se taj problem ublažio, EU i Turska su postigle sporazum o preduzimanju većeg broja mera usmerenih na rešavanje tog problema. Krajem novembra 2015. godine ovi akteri su se saglasili da aktiviraju Zajednički akcioni plan, dogovoren 15. oktobra 2015. godine (EU-Turkey Joint Action Plan, European Commission, MEMO/15/5860), a zajedničkom izjavom od 18. marta 2016. godine dogovorene su dodatne mere (EU-Turkey statement, 18 March 2016, General Secretariat of the Council, Press release, 144/16, 18/03/2016). Zajedničkim akcionim planom Turska se obavezala da preduzme sledeće mere: ojača svoju obalnu stražu; registruje migrante na svojoj teritoriji i izda im dokumenta; pojača njihovu privremenu zaštitu; omogući njihov pristup školavanju, zdravstvenoj zaštiti i tržištu rada. S druge strane, EU se obavezala da pruži finansijsku i humanitarnu pomoć Turskoj za sprovođenje navedenih mera. Dogovorom od 18. marta, između ostalog, dogovoreno je: vraćanje novopridošlih ilegalnih migranata koji iz Turske stignu na grčka ostrva, uz potpuno poštovanje principa *non-refoulement* i garancija sadržanih u Direktivi EU o postupku br. 2013/32; slanje iz Turske u EU onoliko Sirijaca koliko sa grčkih ostrva bude vraćeno u Tursku (pravilo 1 za 1); preduzimanje mera od strane Turske kako bi se sprečilo stvaranje novih migrantskih ruta ka EU; preduzimanje zajedničkih mera EU i Turske za poboljšanje humanitarnih uslova u Siriji, naročito u oblastima blizu turske granice. Zauzvrat, EU se obavezala da unapredi carinsku uniju sa Turskom i ubrza viznu liberalizaciju za građane te države.

gubi nadležnost kad protekne 12 meseci o ilegalnog ulaska); v) država u kojoj je aplikant proveo poslednjih pet meseci a, ako je u tom poslednjem petomesečnom periodu živeo u više država, onda poslednja država njegovog stanovanja; g) država u koju je državljanin treće zemlje ušao jer mu za nju nije bila potrebna viza; ili d) država na čijem aerodromu je aplikant podneo zahtev za azil. Kada na osnovu navedenih kriterijuma nije moguće odrediti nadležnu državu članicu, za odlučivanje će biti nadležna država u kojoj je podnet zahtev.<sup>29</sup> Ipak, država koja je prema ovim pravilima nadležna za razmatranje zahteva biće oslobođena te nadležnosti ukoliko aplikant provede van njene teritorije više od tri meseca ili ukoliko druga članica EU tom licu izda dokument o boravku.<sup>30</sup>

Kao što je rečeno, od ovih opštih pravila postoje i izuzeci. Prvi izuzetak, baziran na porodičnim vezama, primenjuje se u dve situacije. Ukoliko su podnosioci zahteva maloletnici ili lica čiji se članovi porodice ili rođaci već legalno nalaze u EU, o njihovom zahtevu ne odlučuje država koja bi bila nadležna prema napred navedenim kriterijumima, već država članica u kojoj žive članovi njihove porodice, odnosno rođaci.<sup>31</sup> Takođe, kada istovremeno ili u približno isto vreme zahteve podnose članovi iste porodice, o njima odlučuje država koja je odgovorna za prihvatanje najvećeg broja članova te porodice a, ako takva država ne postoji, onda je nadležna država koja odlučuje o zahtevu za azil najstarijeg člana porodice.<sup>32</sup> Drugi izuzetak odnosi se na izdržavana lica, i prema njemu o zahtevu za azil odlučuje država u kojoj se nalaze izdržavaoci ili izdržavana lica a sve u cilju njihovog spajanja.<sup>33</sup>

Može se videti da su dablinski kriterijumi za određivanje nadležne države objektivne prirode. Prilikom njihovog utvrđivanja u obzir nisu uzete eventualne „tesne veze“ aplikanta sa nekom članicom EU, niti osobenosti koje bi dovele do njegovog lakšeg integrisanja u toj državi (Maiani, 2016: 104–105), poput znanja jezika, ranijeg boravka u njoj, sličnog sistema školovanja, kulturološke sličnosti i dr. (McDonough, Kmak, Selm, 2008: 6).

Dablinska regulativa III sadrži značajnu novinu koja dovodi do odstupanja od primene utvrđenog redosleda nadležnosti. Naime, čl. 3 ne dopušta državi na čijoj teritoriji se nalazi tražilac azila da ga

---

29 Čl. 3(2), 7 i 12–15.

30 Čl. 19 Regulative 604/2013.

31 Čl. 8–10 Regulative 604/2013.

32 Čl. 11 Regulative 604/2013.

33 Čl. 16 Regulative 604/2013.



šalje u državu članicu koja bi po utvrđenom redosledu bila nadležna za odlučivanje o njegovom zahtevu, ako bi on tamo bio izložen nehumanom ili ponižavajućem postupanju.<sup>34</sup> Ukoliko bi u svakoj od potencijalno nadležnih država aplikant bio izložen takvom postupanju, o zahtevu će odlučivati upravo država u kojoj se on trenutno nalazi. Može se videti da čl. 3 Regulative 604/2013 ukida dotadašnju prezumpciju poštovanja ljudskih prava od strane država članica EU i erodira njihov odnos međusobnog poverenja (Mitsilegas, 2014: 197).

Na kraju, treba reći da država članica može dobrovoljno preuzeti nadležnost i odlučiti o bilo kom zahtevu za azil koji joj je podnet.<sup>35</sup> To je tzv. klauzula suverenosti ili „diskreciona klauzula“ koja omogućava državi da odluči o podnetim zahtevima, iako, prema navedenim kriterijumima iz Dablinske regulative III, ona nema tu obavezu. Pored toga, država članica može dobrovoljno prihvatiti nadležnost i iz humanitarnih obzira, naročito zbog porodičnih ili kulturoloških razloga („humanitarna klauzula“).<sup>36</sup>

Može se videti da podnošenje zahteva za azil u nekoj državi članici EU ne znači da će ga baš ona razmatrati i odlučivati o davanju azila. Ukoliko država u kojoj se aplikant nalazi utvrdi da ona nije nadležna za odlučivanje o azilu, već neka druga članica EU, onda će se izvršiti transfer aplikanta u članicu koja je po dablinskim kriterijumima nadležna za razmatranje zahteva.<sup>37</sup>

#### 4. Prvostepeni postupak

Kada se prema dablinskim pravilima utvrdi država nadležna za odlučivanje o zahtevu za azil, ona sprovodi prvostepeni postupak u kom ispituje podneti zahtev. To ispitivanje se vrši u redovnom postupku, osim ukoliko ne postoje razlozi za vođenje nekog od posebnih postupaka.

Treba reći da pravo EU ne određuje koji će državni organi biti nadležni za odlučivanje o zahtevu za azil, kako kod redovnog, tako ni kod posebnih

---

34 Ovo odstupanje je uneto zbog presuda koje su u Evropski sud za ljudska prava i Evropski sud pravde doneli protiv država članica EU koje su na osnovu Dablinske regulative tražioce azila vraćale u „prvu državu“ članicu gde su bili izloženi nehumanim uslovima (Đukanović, 2015: 39; Mallia, 2011: 107–128; Garlick, 2015: 125–126).

35 Čl. 17(1) Regulative 604/2013.

36 Čl. 17(2) Regulative. Ovde se misli na slučajeve koji već ne potpadaju pod neku situaciju navedenu u čl. 8–11 i čl. 16 Dablinske regulative III u kojima postoji obavezna nadležnost država.

37 Čl. 20–25 Regulative 604/2013.

postupaka. Određivanje nadležnih organa je prepušteno državama članicama, uz zahtev da raspoložu potrebnim kapacitetima, uključujući postojanje potrebnog broja osposobljenog osoblja.<sup>38</sup>

Ukoliko aplikant izričito ili prećutno odustane od svog zahteva, organ odlučivanja će obustaviti postupak ili odbiti zahtev.<sup>39</sup>

#### **4.1. Redovni postupak**

Direktiva 2013/32 predviđa niz opštih garancija koje moraju biti ispoštovane u redovnom postupku, kako bi odlučivanje o zahtevu rezultiralo donošenjem pravične odluke. Svakako da je među njima najvažnije pravo aplikanta da ostane na teritoriji države članice dok ne bude doneta prvostepena odluka o njegovom zahtevu.<sup>40</sup> Međutim, to pravo ostanka ne daje tražiocu azila pravo na dobijanje boravišne dozvole.<sup>41</sup> Pored toga, čl. 12 pruža i niz procesnih garancija, zahtevajući od država da: a) informišu aplikanta o njegovim pravima i obavezama u postupku i posledicama neispunjavanja obaveza; b) obezbede prevodioca za komuniciranje sa aplikantom; v) dozvole komunikaciju aplikanta sa UNHCR-om i drugim organizacijama; g) omoguće aplikantu i njegovom zastupniku pristup relevantnim informacijama; d) dostave aplikantu ili njegovom zastupniku pisane odluke, pri čemu negativne odluke moraju sadržati obrazloženje i pouku o pravnom leku.

S druge strane, podnosilac zahteva ima i određene obaveze, kao što su: pojavljivanje pred nadležnim organima, podnošenje dokumenata koje poseduje, davanje informacija o svom trenutnom prebivalištu, omogućavanje pretresa i pregleda stvari koje poseduje, dopuštanje fotografisanja i snimanja usmenih izjava.<sup>42</sup>

Redovna procedura otpočinje sprovođenjem intervjua (ličnog razgovora) sa podnosiocem zahteva za azil, što je prema Direktivi iz 2013. godine obavezna faza u postupku.<sup>43</sup> Intervju može biti izostavljen jedino ukoliko

---

38 Čl. 4 Direktive.

39 Čl. 27 i 28 Direktive..

40 Samo u dva slu čaja država može odstupiti od ovog pravila, i to ukoliko: a) aplikant podnese naknadni zahtev za azil ili supsidijarnu zaštitu, ili b) članica ima obavezu da ekstradirira aplikanta drugim državama ili međunarodnim sudovima (čl. 9, st. 2).

41 Čl. 9 Direktive.

42 Čl. 13 Direktive.

43 Intervju je regulisan čl. 14–17 Direktive.

organ odlučivanja već ima dovoljno dokaza na osnovu kojih može doneti odluku o odobravanju azila ili ako obavljanje razgovora nije moguće zbog trajnih zdravstvenih problema aplikanta.<sup>44</sup> Sprovođenje intervjua je obaveza za državu, ali i za aplikanta. Neopravdano izostajanje sa intervjua država može protumačiti kao prećutno odustajanje od zahteva.<sup>45</sup>

Ukoliko propuštanje intervjua ne bude protumačeno kao odustajanje od zahteva, države će doneti odluku o zahtevu za azil, uzimajući u obzir i činjenicu da je aplikant neopravdano propustio intervjua.<sup>46</sup>

Intervju sa aplikantom je poverljive prirode. Tokom razgovora treba stvoriti uslove koji će aplikantu omogućiti da celovito iznese razloge zbog kojih je podneo zahtev. U tom cilju država treba obezbediti da: a) razgovor, po pravilu, vodi lice istog pola koje ima sposobnost da uzme u obzir lične karakteristike aplikanta (pol, kulturno poreklo, pripadnost nekoj ranjivoj grupi); b) osoba koja vodi razgovor ne nosi vojnu ili policijsku uniformu; v) prisustvo prevodioca. Tokom intervjua se vodi zapisnik ili transkript razgovora, a može se vršiti i njegovo snimanje. Aplikantu se mora omogućiti da iznese primedbe na zapisnik, odnosno transkript.

Pored intervjua, organ odlučivanja može organizovati zdravstveni pregled aplikanta u cilju utvrđivanja dokaza koji ukazuju na progon ili teške povrede.<sup>47</sup>

U prvostepenom postupku zahtevi se razmatraju pojedinačno, objektivno i nepristrasno, kako bi se utvrdilo da li lice ispunjava uslove za sticanje statusa izbeglice. Pored procesnih garancija iz čl. 12 Direktive, aplikant u prvostepenom postupku ima pravo na besplatne pravne informacije, pod uslovom da nema finansijskih sredstava za samostalno pribavljanje tih informacija.<sup>48</sup>

U cilju obezbeđenja pravne sigurnosti, Direktiva utvrđuje rokove za donošenje prvostepene odluke.<sup>49</sup> Po pravilu, prvostepeni postupak se mora okončati u roku od šest meseci od podnošenja zahteva. Taj rok može biti produžen za dodatnih devet meseci iz sledećih razloga:

---

44 To je jedno od unapređenja u odnosu na raniju verziju ove Direktive, koja je predviđala širi krug izuzetaka (Toscano, 2013: 31).

45 Čl. 28(1)a Direktive.

46 Čl. 14(3) i (5) Direktive.

47 Čl. 18 Direktive.

48 Čl. 19 i 21(2) Direktive.

49 Čl. 31(3-6).

a) pojave složenog činjeničnog ili pravnog pitanja u postupku; b) neblagovremenog ispunjavanja obaveza od strane podnosioca zahteva; ili, v) postojanja velikog broja istovremenih zahteva za azil. Izuzetno, ukoliko je to neophodno radi odgovarajućeg i celovitog razmatranja zahteva, napred navedeni 6-mesečni i 15-mesečni rok može biti produžen za dodatna tri meseca. Direktiva dopušta i da postupajući organ odloži donošenje prvostepene odluke ukoliko nije siguran da li je stanje u zemlji porekla aplikanta samo privremenog karaktera. Međutim, u svakom slučaju prvostepeni postupak mora biti okončan u roku od 21 meseca od podnošenja zahteva.

Prvostepenom odlukom utvrđuje se da li podnosilac zahteva za azil ispunjava uslove za dobijanje statusa izbeglice navedene u čl. 4–12 Direktive 2011/95. Ukoliko se utvrdi da lice ne ispunjava uslove za sticanje statusa izbeglice, onda se ispituje da li ono možda ispunjava uslove za ostvarivanje supsidijarne zaštite.<sup>50</sup> Prvostepena odluka se u pisanoj formi dostavlja podnosiocu zahteva a, ako je negativna, mora biti obrazložena i sadržati pouku o pravnom leku.<sup>51</sup>

## **4.2. Posebne procedure**

Pored opšte, postoji i nekoliko posebnih procedura koje države mogu sprovesti prilikom odlučivanja o azilu, i to: prioritarna procedura (čl. 31, st. 7), ispitivanje prihvatljivosti zahteva (čl. 33), ubrzana procedura (čl. 31, st. 8) i procedura na granici (čl. 43). Treba naglasiti da i kod posebnih procedura moraju poštovati osnovne garancije iz glave II Direktive.

### **4.2.1. Prioritetna procedura**

Direktiva pruža mogućnost državama da prilikom odlučivanja prioritet daju pojedinim zahtevima za azil. Države mogu dati prednost jednim zahtevima i odlučiti o njima pre nego o nekim drugim, iako bi o tim drugim zahtevima po redosledu njihovog podnošenja trebalo ranije odlučivati. U čl. 31(7) je navedeno da se prioritarno odlučivanje može primeniti ukoliko je verovatno da je zahtev osnovan ili je zahtev podnet od lica sa posebnim potrebama. Država ima diskreciono pravo da odluči hoće li u nacionalno zakonodavstvo ugraditi prioritarnu proceduru. Države u kojim postoji prioritarna procedura mogu iz

---

50 Čl. 10(2) Direktive. Licu se može odobriti supsidijarna zaštita ako ispunjava uslove iz čl. 15 Direktive 2011/95/EU (Raičević, 2015: 19).

51 Čl. 11(1) i (2) Direktive.

nje izostaviti intervju ukoliko se pozitivna odluka može doneti na osnovu već prikupljenih činjenica.

Prioritetna procedura se primenjuje kako bi se pojedinim podnosiocima zahteva što pre priznao status izbeglice. U nekoliko država EU primenjuje se prioritetna procedura zasnovana na pretpostavci osnovanosti zahteva ukoliko je on podnet od strane lica koja dolaze iz određenih država (npr. Sirija, Irak).<sup>52</sup> Pored prioriternih procedura baziranih na pretpostavci da su zahtevi građana pojedinih država osnovani, u nekim članicama EU prioritetno se odlučuje i o zahtevima lica koja pripadaju ranjivim grupama. Kao primere za to možemo navesti Mađarsku, Italiji i Maltu koje na taj način postupaju sa zahtevima maloletnika bez pratnje (AIDA, 2015: 82).

#### **4.2.2. Procedura ispitivanja prihvatljivosti zahteva**

Direktiva predviđa određene slučajeve kada država nije dužna da se upušta u meritum zahteva za azil, već ga može odbaciti kao neprihvatljiv (nedopušten).<sup>53</sup> U čl. 33 navedeno je pet takvih slučajeva, i to: a) kada je druga članica EU priznala aplikantu pravo na azil (ili supsidijarnu zaštitu); b) ukoliko je aplikant dobio azil u nekoj državi nečlanici EU; v) ukoliko aplikant dolazi iz države koja se smatra sigurnom zemljom; g) ukoliko je aplikant podneo ponovni zahtev bez iznošenja novih činjenica; ili d) kada je u pitanju zahtev za azil podnet od izdržavanog lica koje se već saglasilo da njegov slučaj bude deo zahteva podnetog u ime tog lica od strane osobe koja ga izdržava. Navedena lista slučajeva je zatvorena, tako da je države ne mogu širiti svojim nacionalnim zakonodavstvom. Može se videti da se ova procedura sprovodi ukoliko aplikant već uživa međunarodnu zaštitu u nekoj drugoj državi ili je očigledno da mu međunarodna zaštita nije ni potrebna.

Ukoliko se utvrdi nedopuštenost zahteva, država neće imati obavezu ispitivanja merituma zahteva. Međutim, tokom ovog postupka aplikantu

---

52 Različiti su rokovi u kojima se okončava prioritetna procedura. Na primer, u Grčkoj za aplikante iz Sirije koji imaju identifikaciona dokumenta ona se okončava istog dana kada podnesu zahtev, dok u Holandiji ta procedu ra traje četiri dana (AIDA, 2015: 81).

53 Države mogu postupiti na taj način, ali se mogu opredeliti da i u tim situacijama primene redovnu proceduru.

se mora dati mogućnost da kroz intervju iznese konkretne okolnosti svog slučaja, osim ukoliko je u pitanju ponovni zahtev za azil.<sup>54</sup>

#### 4.2.3. Ubrzana procedura

Kod ubrzane procedure rok za donošenje odluke je kraći nego kod redovne procedure (Reneman, 2013: 724), što se može postići „uvođenjem kraćih, ali razumnih rokova za određene procesne radnje“.<sup>55</sup> Na primer, mogu se skratiti rokovi za podnošenje zahteva, za pripremu intervjuja, za konsultovanje sa pravnim zastupnikom, kao i za žalbe.

Direktiva navodi 10 slučajeva u kojima se može voditi ubrzana procedura, i to ako je: a) aplikant prilikom podnošenja zahteva pokrenuo jedino pitanja koja nisu relevantna za utvrđivanje njegovog zaštićenog statusa; b) aplikant došao iz sigurne zemlje porekla; v) aplikant obmanuo organe podnošenjem lažnih dokumenata ili informacija o svom identitetu i državljanstvu; g) verovatno da je aplikant zlonamerno uništio ili otuđio lične isprave koje bi pomogle prilikom utvrđivanja njegovog identiteta ili državljanstva; d) aplikant dao očigledno nedosledne, suprotne, lažne ili slabo verovatne izjave, zbog čega je njegov zahtev za azil očigledno neuverljiv; đ) aplikant podneo nedopušteni naknadni zahtev za međunarodnu zaštitu; e) aplikant podneo zahtev samo kako bi odložio ili onemogućio izvršenje odluke o proterivanju; ž) aplikant nezakonito ušao na državnu teritoriju članice EU ili je u njoj produžio boravak, a bez opravdanog razloga se u najkraćem roku nije javio državnim organima ili podneo zahtev za međunarodnu zaštitu; (z) aplikant odbio davanje otisaka prstiju; ili, i) aplikant zbog ozbiljnih razloga opasan za nacionalnu bezbednost ili javni red države članice EU. Može se videti da države imaju mogućnost da sprovedu ubranu proceduru ukoliko su u pitanju očigledno neosnovani zahtevi za azil. Kod zahteva za azil podnetog od strane maloletnika bez pratnje ili lica koja su bila izložena mučenju, silovanju ili drugim oblicima teškog nasilja, ubrzana procedura se može primeniti samo u izuzetnim situacijama.<sup>56</sup>

---

54 Neki smatraju da izostavljanje intervjuja i u toj situaciji nije dobro, jer se aplikantu uskraćuje mogućnost da usmeno iznese dokaze koji nisu bili pogodni za iznošenje u pisanoj formi (ECRE, 2014: 19, 40).

55 Preambula Direktive, para. 20.

56 Čl. 25(6)a i čl. 24(3) Direktive.

#### 4.2.4. Procedura na granici

Državama članicama je dopušteno da u određenim situacijama proceduru odlučivanja o zahtevu za azil sprovedu na samoj granici ili u tranzitnim zonama. Prema čl. 43 Direktive, države mogu primeniti takav postupak ukoliko postoji neki od pet razloga iz čl. 33 za vođenje postupka za ispitivanje prihvatljivosti zahteva ili neka od 10 situacija za primenu ubrzane procedure iz čl. 31(8) Direktive.<sup>57</sup> Dakle, na granici se može utvrđivati dopuštenost zahteva, ali i njegova osnovanost.

Kod ove procedure, podnosiocu zahteva se ne dopušta ulazak na državnu teritoriju, već se tokom trajanja postupka zadržava na granici ili u tranzitnim zonama. Pošto se ova procedura najčešće sprovodi u tranzitnim ili međunarodnim zonama na aerodromima i lukama,<sup>58</sup> odbijanje ulaska kod ove procedure predstavlja pravnu fikciju jer se podnosilac zahteva, u stvari, već nalazi na teritoriji postupajuće države i ona nad njim ostvaruje punu jurisdikciju (Cornelisse, 2016: 74).

Praksa je pokazala da države prilikom primene procedure na granici automatski određuju pritvor podnosiocima zahteva. Zbog toga, ali i zbog nemogućnosti adekvatnog ispitivanja podnetog zahteva, državama se preporučuje da ne primenjuju proceduru na granici, već da lica prihvate na svoju teritoriju i omoguće im istinsko ostvarivanje zaštite priznate pravom EU (ECRE, 2014: 48). Ukoliko, ipak, odluče da koriste proceduru na granici, države ne treba da je primenjuju za ispitivanje suštine zahteva (situacije iz čl. 31, st. 8), već treba da je ograniče na ispitivanje dopuštenosti zahteva (razlozi iz čl. 33) (ECRE, 2014; 48).

Po pravilu, procedura na granici se mora okončati u roku od četiri sedmice a, ukoliko se to ne desi, država mora dozvoliti podnosiocu zahteva ulazak na njenu teritoriju i pristup redovnoj proceduri za ostvarivanje prava na azil. Međutim, u slučaju dolaska velikog broja tražioca azila na granice jedne države članice,<sup>59</sup> moguće je odstupanje od ovog roka.

---

57 Jedino u ovih 15 situacija koje potpadaju pod domašaj čl. 43 Direktive država članica EU može tražiocu azila uskratiti ulazak na svoju teritoriju, a u svim drugima situacijama dužna je da mu to omogući (Cornelisse, 2016: 80).

58 Države ne primenjuju ovu proceduru kod prelaska kopnene granice zbog nedostatka centara na graničnim prelazima u kojima bi bili smešteni aplikanti dok čekaju odluku o svom zahtevu.

59 Direktiva ne precizira značenje izraza „veliki broj“, tako da je tumačenje tog izraza prepušteno državama, što može dovesti do zloupotreba i neujednačenosti.

Kao i ubrzana procedura, i procedura na granici po zahtevima podnetim od strane maloletnika bez pratnje ili lica koja su bila izložena mučenju, silovanju ili drugim oblicima teškog nasilja, može biti primenjena samo u izuzetnim situacijama.<sup>60</sup>

## 5. Žalbeni postupak

Čl. 46 Direktive garantuje podnosiocima zahteva za azil pravo na delotvoran pravni lek. Eksplicitno je predviđeno da o pravnom leku mora odlučivati sud. Direktiva ne određuje vrstu pravnih lekova, već to prepušta državama članicama. Takođe, nisu propisani ni žalbeni rokovi, ali se od država zahteva da utvrde razumne rokove koji ne smeju onemogućiti ili učiniti posebno teškim ostvarivanje prava na pravni lek.

Podnosioci zahteva za azil imaju pravo da osporavaju: odluku o neprihvatljivosti zahteva, odluku o neosnovanosti zahteva, odluku donetu na granici ili u tranzitnim zonama i odluku o obustavljanju postupka zbog toga što aplikant dolazi iz sigurne treće zemlje. Takođe, pravni lek mora biti dostupan i aplikantima kojima je priznata supsidijarna zaštita, ali im je odbijeno priznavanje statusa izbeglice.

Direktiva 2013/32 nameće obavezu državama da dozvole aplikantu ostanak na njihovoj teritoriji do isteka žalbenog roka a, ako je pravni lek podnet, onda do okončanja drugostepenog postupka. Čl. 46(6) sadrži određene izuzetke u kojima ne postoji automatsko pravo ostanka na teritoriji države članice EU tokom žalbenog postupka. Ipak, i u tim situacijama žalbeni sud može dozvoliti aplikantu da ostane na teritoriji države članice. Korektno korišćenje ove mogućnosti sprečiće vraćanje podnosioca zahteva za azil u državu gde mu preti opasnost od progona (UNHCR, 2013: 4).

Aplikantu koji ne može da finansira svoje zastupanje, u žalbenom postupku mora biti obezbeđena besplatna pravna pomoć i zastupanje, osim ukoliko nadležno telo smatra da žalba nema realnih šansi za uspeh.<sup>61</sup>

Ovim je učinjen značajan napredak u odnosu na raniju Direktivu, kod koje je pružanje pravne pomoći bilo prepušteno volji država. Međutim, i sadašnje rešenje može znatno otežati ostvarivanje prava na besplatnu pravnu pomoć jer je državi prepušteno da procenjuje potencijalnu uspešnost žalbe, bez postojanja nekih objektivnih kriterijuma. Takvo pravilo može ozbiljno narušiti pravo aplikanta na pristup pravosuđu,

---

60 Čl. 25(6)a i čl. 24(3) Direktive.

61 Čl. 20 Direktive.



naročito u situaciji kada je njegov zahtev odbačen ili odbijen u ubrzanom postupku ili postupku odlučivanja o prihvatljivosti (AIDA, 2013: 39).

U sadašnjem evropskom sistemu azila o žalbama odlučuju nacionalni sudovi, što može dovesti do neujednačene prakse među državama. Zbog toga neki predlažu stvaranje zajedničkog evropskog žalbenog suda za azil, koji bi doprineo uniformnoj primeni legislative EU u oblasti azila (Pascouau, 2014: 23).

## 6. Zaključak

Direktivom 2013/32 ustanovljeni su zajednički standardi koje organi država članica moraju poštovati tokom odlučivanja o podnetim zahtevima za azil. Glavni cilj Direktive je harmonizacija nacionalnih propisa, kako bi se omogućilo ujednačeno postupanje prilikom odlučivanja o azilu. Ovim aktom učinjen je pomak unapred, jer se umesto ranijih minimalnih, ustanovljavaju zajednički standardi za postupak odlučivanja o azilu. Ipak, ponovno pribegavanje direktivi, a ne regulativi, pokazuje da u EU još uvek ne postoji spremnost za istinsku harmonizaciju u ovoj sferi.

Države su korektno implementirale Direktivu u svoje nacionalne pravne sisteme, čime je ostvareno normativno ujednačavanje proceduralnih pravila o azilu. Države su i u praksi poštovale standarde iz Direktive, uz određena odstupanja koja su se uglavnom odnosila na poštovanje rokova za registraciju zahteva za azil, pravovremeno sprovođenje intervjua i pružanje pravne pomoći, naročito u postupcima vođenim u aerodromskim i lučkim tranzitnim zonama.

Mnogo više problema bilo je kod primene nekih drugih propisa koji imaju dodirnih tačaka sa postupkom odlučivanja o zahtevu za azil. Tu se pre svega misli na sprečavanje ulaska lica iz ugroženih zemalja na teritoriju nekih država članica EU, čime im je onemogućeno podnošenje zahteva i pristup proceduri za utvrđivanje ispunjenosti uslova za dobijanje azila. Takođe, ozbiljan problem predstavljalo je i (ne)funkcionisanje dablinskog sistema za određivanje nadležne države za odlučivanje o zahtevu za azil u uslovima masovnog priliva ugroženih lica. Dablinska pravila prebacuju odgovornost za odlučivanje o zahtevima za azil na članice na spoljnim granicama EU, čime se odstupa od principa solidarnosti, što često dovodi do nepotrebnog odugovlačenja i stvaranja brojnih problema za tražioce azila i članove njihovih porodica. Sve ove slabosti su isplivale na površinu tokom izbegličke i migrantske krize, naročito tokom 2015. godine. Gotovo je sigurno da treba očekivati reformu postojećih pravila, naročito onih koja određuju državu nadležnu za odlučivanje o zahtevu za azil.

## Literatura

AIDA, (2013). *Not There Yet: An NGO Perspective on Challenges to a Fair and Effective Common European Asylum System. Annual Report 2012/2013*

AIDA, (2015). *Common asylum system at a turning point: Refugees caught in Europe's solidarity crisis. Annual Report 2014/2015*

Battjes, H. (2006). *European Asylum Law and International Law*. Leiden

Case *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Application No. 30696/09, Judgment of 21 January 2011

Case *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Application No. 27765/09, Judgment of 23 February 2012

Cherubini, F. (2015). *Asylum Law in the European Union*. London-New York: Routledge

Cornelisse, G. (2016). Territory, Procedures and Rights: Border Procedures in European Asylum Law. *Refugee Survey Quarterly*. 1(35). 74–90

Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast), Official Journal of EU, 2013, L 180/60

Đukanović, A. (2015). Zaštita ljudskih prava tražilaca Azila i ilegalnih migranata – praksa Evropskog suda za ljudska prava. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 71/2015. 33–60

ECRE, (2011). *Comments From The European Council On Refugees And Exiles on the Amended Commission Proposal to recast the Asylum Procedures Directive (COM(2011) 319 final)*

ECRE, (2014). *Information Note on Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast)*. Brussels

EU-Turkey Joint Action Plan, European Commission, MEMO/15/5860

EU-Turkey statement, 18 March 2016, General Secretariat of the Council, Press release, 144/16, 18/03/2016

Garlick, M. (2015). International Protection in Court: The Asylum Jurisprudence of the Court of Justice of the EU and UNHCR. *Refugee Survey Quarterly*. 3(34). 107–130

Gil-Bazo, M.T. (2015). Asylum as a General Principle of International Law. *International Journal of Refugee Law*. 1(27). 3–28

- Ippolito, F. Velluti, S. (2011). The Recast Process of the EU Asylum System: A Balancing Act Between Efficiency and Fairness. *Refugee Survey Quarterly*. 3(30). 24–62
- Maiani, M. (2016). The Dublin III Regulation: A New Legal Framework for a More Humane System?. In: *Chetail, V. De Bruycker, Ph. and Maiani, F. (Eds.). Reforming the common European asylum system: the new European refugee law*. Leiden: Brill-Nijhoff. 99–142
- Mallia, P. (2011). Case of M.S.S. v. Belgium and Greece: A Catalyst in the Re-thinking of the Dublin II Regulation. *Refugee Survey Quarterly*. 3(30).107–128
- McDonough, P. Kmak, M. Selm, J. (2008). *Sharing Responsibility for Refugee Protection in Europe: Dublin Reconsidered*. Brussels
- Mitsilegas, V. (2014). Solidarity and Trust in the Common European Asylum System. *Comparative Migration Studies*. 2(2). 181–201
- Moreno-Lax, V. (2012). Dismantling the Dublin system: M.S.S. v. Belgium and Greece. *European Journal of Migration and Law*. 1(14). 1–31
- Ohlsson, N. (2015). *Challenging the principle of solidarity in the Common European Asylum System*. Master Thesis, Lund: Lund University
- Pascouau, Y. (2014). *The future of the area of freedom, security and justice*. Discussion Paper, Brussels: European Policy Centre
- Peers, S. Moreno-Lax, V. Garlick, M. Guild, E. (2015). *Immigration and Asylum Law (Text and Commentary), Volume 3: EU Asylum Law*. Leiden-Boston: Brill – Nijhoff
- Raičević, N. (2015). Izgradnja zajedničkog evropskog sistema azila i njegovo prilagođavanje masovnom prilivu migranata. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 71/2015. 13–32
- Reneman, M. (2013). Speedy Asylum Procedures in the EU: Striking a Fair Balance Between the Need to Process Asylum Cases Efficiently and the Asylum Applicant's EU Right to an Effective Remedy. *International Journal of Refugee Law*. 4(25). 717–748
- Stoyanova, V. (2008). The Principle of Non-Refoulement and the Right of Asylum- Seekers to Enter State Territory. *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*. 1(3). 1–11
- Toscano, F. (2013). *The Second Phase of the Common European Asylum System: A Step Forward in the Protection of Asylum Seekers?*. IES Working Paper 7
- UNHCR. (2001). *Fair and Efficient Asylum Procedures*. EC/GC/01/12
- UNHCR. (2013). *Moving Further Toward a Common European Asylum System*. [http:// www.unhcr.org/51b7348c9.pdf](http://www.unhcr.org/51b7348c9.pdf) (25. 3. 2016)

**Nebojša Raičević, LL.D.**

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## **ASYLUM PROCEDURE IN EU LAW**

### **Summary**

*Directive 2013/32/EU established the common standards which the EU Member States are obliged to incorporate into their national legislations in order to regulate the procedure for deciding on asylum applications. Asylum proceedings are to be carried out by national authorities but states are obliged to comply with the standards set out in this Directive. The asylum procedure is initiated upon the request of an interested party and its aim is to examine whether a third-country national or a stateless person has met the requirements for obtaining a refugee status. Before examining the justifiability of the asylum application, it is essential to determine which EU Member State is responsible for examining the application, which is established by applying the Dublin rules. If it is established that the state of the applicant's current location is not the state responsible for examining the asylum application, the applicant will be transferred to the respective state. Then, the responsible state is obliged to institute the first instance procedure and examine the submitted application within the prescribed time limits. The examination is carried out in a regular court proceeding, unless there are reasons for instituting a special proceeding (a priority procedure, an admissibility procedure, an accelerated procedure, and a border procedure).*

*Under this Directive, the applicant is guaranteed the right to remain in the territory of the deciding EU Member State, as long as the final decision at first instance is pending, and some other procedural guarantees aimed at ensuring that the decision on asylum has been rendered by observing the rules of fair proceedings. On the other hand, the applicant has certain obligations, the most important of which are the obligations to appear before the competent state authority, to submit the available documents, to agree to being photographed and fingerprinted, etc. If dissatisfied with the first instance decision, applicants may challenge the decision by filing an appeal with the competent national court. During the appeal proceedings, they have the right to remain in the territory of the EU Member States, except in cases involving a number of explicitly prescribed situations. If the asylum application is accepted by the final decision of the competent authority, the person acquires the legal status of a refugee and all the rights arising from that status. If the asylum application is denied, the person is obliged to leave the territory of that EU Member State.*

**Key words:** European Union, asylum, Directive 2013/32/EU, asylum applicant, Dublin rules.

## **PRILOG RASPRAVI O KRIMINALIZACIJI PROGANJANJA\*\***

**Apstrakt:** Različiti oblici u kojima se javlja, težina posledica koje izaziva, kao i mogućnost da preraste u nasilje, čine fenomen proganjanja veoma ozbiljnim i kompleksnim. Iako se može sagledavati sa različitih aspekata, proganjanje je u radu proučavano iz vizure materijalnog krivičnog prava. Tako je u prvom delu dat osvrt na to kako izgleda tipična inkriminacija proganjanja u izabranim evropskim zakonodavstvima, dok su u drugom delu preispitivani postojeći kapaciteti krivičnog zakonodavstva Srbije da odgovori na ovaj problem, pre svega kroz delo ugrožavanja sigurnosti, ne bi li se došlo do zaključka da li je postojeća regulativa adekvatna, ili je ipak potrebna izvesna intervencija zakonodavca.

**Ključne reči:** krivično zakonodavstvo Srbije, proganjanje, ugrožavanje sigurnosti.

### **1. Uvodne napomene**

U kriminološkoj teoriji postoje različite definicije proganjanja, što je posledica većeg broja faktora, počevši od kompleksnosti ove pojave koja obu hvata čitav spektar ponašanja, preko preplitanja sa uznemiravanjem, seksualnim uznemiravanjem, nasiljem u porodici, nasiljem na radnom mestu, ili vršnjačkim nasiljem, do pristupa samih teoretičara, koji su više okupirani opisivanjem njegovih oblika i predlaganjem mera za suzbijanje nego iznalaženjem neke jedinstvene, sveobuhvatne definicije (Nikolić-Ristanović, Kovačević-Lepojević, 2007: 5–6). Sam naziv proganjanje predstavlja prevod engleske imenice

\* dusica@prafak.ni.ac.rs

\*\* Članak predstavlja rezultat istra živanja na projektu u „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ (evidencioni broj 179046), koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

„stalking“ koja se prvobitno koristila za označavanje pojedinih radnji u lovu na životinje, u smislu prikradanja, šunjanja i gonjenja, da bi se tek krajem XX i XXI veka počeo upotrebljavati i kao oznaka određenog načina ponašanja prema ljudskim bićima (Nikolić-Ristanović, Kovačević-Lepojević, 2007: 4). U pitanju može biti bilo koja delatnost podobna da kod prosečne, razumne osobe izazove strah, poput: praćenja i nadziranja žrtve (fizičkog ili uz upotrebu skrivenih kamera ili GPS-a); pojavljivanja na mestima na kojima se pojavljuje i žrtva; slanja neželjenih poklona, pisama, čestitki, imejlova; nanošenja štete na stvarima žrtve; kontrolisanja telefonskih poziva i upotrebe kompjutera; pretnji da će žrtva, njoj bliska osoba ili kućni ljubimac biti povređeni; prikupljanja podataka o žrtvi iz javnih evidencija, servisa dostupnih *on-line*; pretraživanja smeća; kontaktiranja članova porodice, prijatelja, suseda ili kolega žrtve; postavljanja informacija ili širenja glasina o žrtvi putem interneta, na javnom mestu ili izgovaranjem reči; i bilo koje druge aktivnosti usmerene na kontrolu, praćenje ili zastrašivanje žrtve.<sup>1</sup>

Uz značajne razlike, primetno je da se uvek radi o ponašanju koje ne podrazumeva primenu fizičkog nasilja, a njegova opasnost potiče otuda što vremenom može da eskalira u nasilje, posebno ako se u ulozi učinioca nalazi partner ili bivši partner.<sup>2</sup> Takođe, istraživanja pokazuju da usled proganjanja žrtva može da pretrpi brojne negativne posledice po fizičko i psihičko zdravlje, ali i one koje se odražavaju na društvene kontakte i društveni život, kao što su: emocionalna otupelost, osećanje bespomoćnosti, depresivnost, anksioznost, napadi panike, pojačana agresija, gubitak sna, hronični umor, slabost, gubitak težine, promena životnih navika, mesta stanovanja, radnog mesta, izbegavanje društvenih kontakata, raskid veze i pogoršanje porodičnih odnosa, sve do suicidalnih misli i pokušaja samoubistva.<sup>3</sup>

---

1 Videti na <http://www.victimsofcrime.org/our-programs/stalking-resource-center/stalking-information>, pristup 25.02.2016. godine.

2 O faktorima rizika za nastanak nasilja više u: James, Farnham, 2003: 432–438, Miller, 2012: 501, McEwan, Mullen, MacKenzie, Ogloff, 2009: 1469–1478, Norris, Huss, Palarea, 2011: 103–115, Viñas-Racionero, Raghavan, Soria-Verde, Prat-Santaolaria, 2015: 1–18 i dr.

3 Na ovu temu ima mnogo istraživanja, a pregled je u činjen na osnovu nekih novijeg datuma: Dreßing, Bailer, Anders, Wagner, Gallas, 2014: 63–65, Sheridan, James, 2015: 11 i nadalje, Diette, Goldsmith, Hamilton, Darity Jr., McFarland, 2013: 6 i nadalje, Short, Guppy, Hart, Barnes, 2015: 28–30, Maclean, Reiss, Whyte, Christopherson, Petch, Penny, 2013: 193–199, Purcell, Pathe, Baksheev, MacKinnon, Mullen, 2012: 364–368.

## 2. Krivično delo proganjanja u komparativnom pravu sa posebnim osvrtom na pojedina evropska prava

Proganjanje je prvi put inkriminisano u Kaliforniji 1990. godine, i to pod pritiskom javnosti, revoltirane zbog ubistva više žena, koje su prethodno bile proganjane, među kojima je bila i poznata glumica *Rebecca Schaeffer* (Tjaden, 2009: 261–262). Primer Kalifornije su ubrzo počele da slede i mnoge druge federalne države, da bi 1993. godine na inicijativu Kongresa Ministarstvo pravde, tačnije *National Institute of Justice* iz njegovog sastava, izradilo Model zakona protiv proganjanja (*The Model Stalking Code for States*), čime je otvoren proces kriminalizacije ove pojave na saveznom nivou i u ostalim državama, kao i proces ujednačavanja zakonskih rešenja (Tjaden, 2009: 262). Prvobitno određenje proganjanja iz Modela zakona je više puta menjano, da bi se došlo do sledeće polazne osnove: „Svako ko namerno preduzima takvo ponašanje prema određenom licu, za koje zna ili bi trebalo da zna da bi kod razumnog lica izazvalo strah za sopstvenu sigurnost ili sigurnost trećeg lica ili duševni bol, čini krivično delo proganjanja“ (*The Model Stalking Code Revised*, 2007: 25). Pored toga, bliže su određeni elementi dela, pri čemu preduzimanje ponašanja podrazumeva najmanje dva akta uključujući, ali ne ograničavajući se na: postupanje u kojem učinilac direktno, indirektno ili preko trećeg lica, bilo kojom radnjom, metodom, uređajem ili sredstvom, prati, kontroliše, posmatra, nadzire, zastrašuje ili stupa u kontakt sa žrtvom ili ometa njenu imovinu. Propisano je i da duševni bol treba tumačiti kao značajnu duševnu patnju ili uznemirenost koji mogu, ali ne moraju, da iziskuju medicinski ili drugi profesionalni tretman odnosno savetovanje. Model zakona proganjanje svrstava po težini u dela označena kao tzv. *felonies*, a postavlja i nekoliko relevantnih okolnosti za odmeravanje kazne – kršenje naloga o zabrani kontakta sa žrtvom; ranija osuda za delo proganjanja, pod uslovom da do izvršenja novog dela nije protekao rok od deset godina; upotreba sile ili vatrenog oružja ili pretnja da će biti upotrebljeni; i maloletstvo žrtve.<sup>4</sup>

Sa druge strane, za nas bi bilo mnogo značajnije ispitati kakve su odgovore na ovu pojavu iznašle članice Evropske unije. Iako bi se moglo očekivati suprotno, nemaju sve inkriminisano proganjanje.<sup>5</sup> Možemo samo nagađati zbog čega postoje ovakve razlike, a logika upućuje na dva

---

4 Države su zajedničku osnovu razvile i razradile na različite načine, a pregled prihvaćenih rešenja je dostupan na <https://www.victimsofcrime.org/our-programs/stalking-resource-center/stalking-laws/criminal-stalking-laws-by-state>.

5 Preciznije, nešto više od polovine, a u pitanju su: Austrija, Belgija, Velika Britanija, Danska, Irska, Italija, Luksemburg, Mađarska, Malta, Nemačka, Poljska,

moguća razloga – ili se u nekim državama postojećom regulativom može „pokriti“ ovaj oblik društvene patologije ili se sama pojava proganjanja uopšte ne prepoznaje kao dovoljno ozbiljan problem, koji bi zahtevao kriminalizaciju. Države koje su proganjanje proglasile za krivično delo u većini su novelirale svoje krivične zakonike, dok su jedino Velika Britanija i Republika Irska donele posebne zakone.<sup>6</sup> Fokus daljeg izlaganja usmeren je upravo na rešenja prisutna u kontinentalnom pravnom sistemu, ne bi li se pronašao odgovor na pitanje kako izgleda tipična inkriminacija proganjanja, odnosno šta je to što se može naći u većini zakonodavstava kao neka vrsta zajedničkog imenitelja.

### **2.1. Naziv krivičnog dela i objekt zaštite**

U savremenim krivičnim zakonikima je uobičajno da su krivična dela u posebnom delu imenovana, što znači da bi najpre trebalo napraviti nekakav presek prihvaćenih naziva.<sup>7</sup> U većini slu čajeva, naziv dela sadrži kriminološki termin „proganjanje“, mada se mogu uočiti i izvesne razlike, jer je proganjanje prisutno bez ikakvog daljeg određenja, recimo, u italijanskom pravu (*atti persecutori*, čl. 612bis KZ-a), ili uz neki dopunski atribut, poput „upornog proganjanja“ u austrijskom (*beharrliche verfolgung*, čl. 107a KZ-a), odnosno „opasnog proganjanja“ u češkom pravu (*nebezpečné pronásledování*, čl. 354 KZ-a). Primetne su i terminološke nepreciznosti, jer se delo negde naziva „uznemiravanje“ (čl. 222 KZ Mađarske, čl. 251a KZ Malte i čl. 208 KZ Rumunije), iako je u literaturi poznato da između proganjanja i uznemiravanja nema znaka jednakosti i da se navedeni termini ne smeju koristiti kao sinonimi (više o tome u Nikolić-Ristanović, Kovačević-Lepojević, 2007: 6). U tom smislu, svakako su prihvatljiviji nazivi koji uznemiravanje dodatno opisuju, kao na primer „opsesivno uznemiravanje“ (čl. 442-2 KZ Luksemburga). Najmaštovitiji je hrvatski zakonodavac koji je delo nazvao „nametljivo ponašanje“ (čl. 140 KZ-a).

Nadalje, ono na šta treba obratiti pažnju jeste zakonska sistematika, pošto ona otkriva šta se smatra objektom zaštite. Preovlađujući je stav da se radi o ličnoj slobodi (KZ Italije, Nemačke, Belgije, Rumunije,

---

Rumunija, Holandija, Hrvatska i Češka. Tekstovi zakona preuzeti sa <http://www.w.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, pristup 25.02.2016. godine.

<sup>6</sup> *Protection from Harassment Act* i *Non-Fatal Offences Against the Person Act*. Tekstovi zakona s u preuzeti sa <http://www.w.legislation.gov.uk/ukpga/1997/40/contents>, <http://www.w.legislation.gov.uk/ukpga/1997/40/contents>, <http://www.irishtstatutebook.ie/eli/1997/act/26/section/10/enacted/en/html>, pristup 25.02.2016. godine.

<sup>7</sup> To pravilo ima izuzetke. Videti, na primer, zakonike Danske, Poljske i Holandije.



Hrvatske, Holandije) odnosno slobodi (KZ Austrije i Poljske), mada ima i drugačijih primera.<sup>8</sup>

## **2.2. Elementi krivičnog dela (radnja, posledica, krivica)**

U definisanju radnje krivičnog dela proganjanja mogu se uočiti različiti pristupi. Pojedina zakonodavstva sadrže samo okvirno određenje radnje visokog stepena apstraktnosti, dok druga pokušavaju da je konkretizuju, navodeći manje ili više iscrpno ono što se može nazvati taktikama ili obrascima proganjanja. Belgijski KZ predstavlja ilustraciju prvog pristupa, te delo postoji kada se uznemirava drugo lice, pri čemu učinilac zna ili bi trebalo da zna da takvim ponašanjem može ozbiljno narušiti njegovo spokojstvo (čl. 442bis). Isto je i sa rešenjima u zakonodavstvima Luksemburga,<sup>9</sup> Malte,<sup>10</sup> Poljske,<sup>11</sup> Mađarske,<sup>12</sup> Holandije.<sup>13</sup> Nabranje konkretnijih radnji karakteristično je, između ostalih, i za krivično pravo Nemačke. Tako se navodi da lice vrši nezakonito proganjanje drugog na sledeći način: tražeći njegovu blizinu, pokušavajući da stupi u kontakt sa njim putem telekomunikacija ili drugih sredstava komunikacije ili preko trećih lica, zlopotrebljavajući njegove lične podatke u svrhu naručivanja roba ili usluga za njega ili navodeći treća lica da stupe u kontakt sa njim, preteći njemu ili bliskom licu lišenjem života, telesnom povredom, narušavanjem zdravlja ili lišavanjem slobode ili sličnim radnjama utiče na životni stil drugog lica (čl. 238 st. 1). Istom redu pripada i pravo Austrije, te uporno proganjanje drugog lica postoji ako se, u toku dužeg vremena i sa namerom da se utiče

---

8 Krivična dela protiv ličnosti (KZ Luksemburga), krivična dela protiv ljudskog dostojanstva i osnovnih ljudskih prava (KZ Mađarske), krivična dela protiv časti i drugih ličnih prava (KZ Danske), krivična dela kojima se narušava miran su život građana (KZ Češke). Po ovom pitanju je specifičan KZ Malte, jer se delo nalazi u celini pod nazivom „Pretnja, nasilje i uznemiravanje“.

9 Ko u više navrata uznemirava drugo lice, a zna ili bi trebalo da zna da time može ozbiljno u ticati na spokojstvo tog lica, čl. 442-2 KZ-a.

10 Ko preduzima ponašanje koje rezultira uznemiravanjem drugog lica, a zna ili bi trebalo da zna da ga time uznemirava, čl. 251a KZ-a.

11 Ko uporno uznemirava drugog ili njemu bliska lica da bi time kod njega stvorio razuman strah ili značajnije narušio njegovu privatnost, čl. 190a KZ-a.

12 Ko preduzima ponašanje sa namerom da zastraši drugog, naruši privatnost, uznemiri drugog ili stvori emocionalni stres, pod uslovom da ovakvo ponašanje nije rezultiralo težom povredom, čl. 222 KZ-a.

13 Ko nezakonito, sistematski i namerno narušava privatnost drugog lica sa ciljem da prisili to lice da nešto u čini, ne u čini ili trpi ili da izazove strah kod njega, čl. 285b KZ-a.

na njegov način života, traži fizička bliskost sa tim licem, koriste telekomunikaciona ili druga sredstva komunikacije ili treća lica radi stupanja u kontakt sa tim licem, poručuju robe ili usluge za to lice korišćenjem njegovih ličnih podataka ili ako se primoravaju treća lica da ga kontaktiraju korišćenjem njegovih ličnih podataka (čl. 170a KZ-a). Iako se taktike proganjanja u pomenutim inkriminacijama gotovo poklapaju, postoji veoma značajna razlika sa krupnim praktičnim implikacijama. Pažljivom čitaocu sigurno nije promakla činjenica da se u određenju iz nemačkog KZ-a, pored ostalih, nalaze i *slične radnje* kojima se utiče na životni stil drugog lica. To znači da spisak prethodno navedenih radnji nije konačan i da se i neke druge, primenom analogije kao oblika tumačenja, mogu smatrati radnjama krivičnog dela. Upravo ostavljanje ovakve rezerve daje prednost nemačkom rešenju u odnosu na austrijsko.<sup>14</sup> Jasno je, samo po sebi, da nabranje najčešćih metoda proganjanja pruža ograničenu zaštitu, koja je delotvorna u najvećem broju slučajeva, ali koja opet ostaje bez adekvatnog odgovora na sve atipične slučajeve, na sva odstupanja od statistički najzastupljenijih ponašanja. Zanimljivo je da se u zakonima sa manje obimnim nabranjima redovno nalazi i pomenuta „rezervna radnja“ – uznemirava, šalje pisama i stvara neprijatnosti na drugi način (čl. 265 KZ Danske), prati, uhodi drugo lice, nastoji uspostaviti ili uspostavlja neželjeni kontakt sa njim, ili ga na drugi način zastrašuje (čl. 140 KZ Hrvatske) i slično.

Trebalo bi primetiti da, bez obzira na prikazane varijacije, postoji i tačka koja spaja sve radnje proganjanja. Korišćene formulacije upućuju na to da za postojanje ovog dela nije dovoljan jedan, pojedinačni akt, jednokratno ili incidentno ponašanje, već ponavljanje određenog ponašanja. Time se, zapravo, podvlači razlika između proganjanja i uznemiravanja, na koju je ranije ukazano.

Analiza krivičnog dela proganjanja, nadalje, otkriva da je ono u posmatranim evropskim zakonodavstvima često postavljeno kao delatnosno. Prednost ovakvog rešenja leži u tome što je tako jednostavnije i lakše ostvariti krivičnopravnu zaštitu, pošto nema potrebe da se dokazuje da je ostvaren i neki negativan efekat. Kao

---

14 Podrazumeva se i na rešenja drugih država, koje su se opredelile za ovakav opis dela, popu t češkog: Ko u du žem vremenu proganja drugog tako što preti drugome ili njemu bliskom licu nanošenjem telesne povrede ili nekom drugom štetom, traži njegovu blizinu ili ga prati, uporno kontaktira sa njim pu tem elektronskih sredstava, u pisanoj formi ili na drugi način, ograničava ga u uobičajenom načinu života ili zloupotrebljava njegove lične podatke u cilju ostvarenja ličnih ili drugih kontakata, ako takvo ponašanje može izazvati opravdani strah lica za život ili zdravlje njega samog ili njemu bliskih lica, čl. 354 KZ-a.

ilustracija se može iskoristiti austrijsko pravo po kojem je dovoljno, kako je već rečeno, nezakonito i uporno proganjanje drugog u nameri da se ozbiljno utiče na njegov način života (čl. 107a KZ-a). Da bi ovako definisano delo bilo svršeno u formalnom smislu, nije potrebno i realizovanje pomenute namere, mada bi se ova činjenica, koja predstavlja tzv. materijalno dovršenje, sigurno vrednovala u procesu odmeravanja kazne. Sa druge strane, ima i zakonodavstva koja su u biće ugradila posledicu, ali iz toga ne treba zaključiti da su prihvatila identična rešenja. Naprotiv, primetne su određene razlike, pošto neka traže promene čisto psihičke prirode kako je, na primer, potrebno da žrtva oseća teskobu ili strah za sopstvenu sigurnost ili sigurnost njoj bliskih osoba (čl. 140 KZ Hrvatske), da oseća strah uopšte (čl. 251b KZ Malte) ili da je narušen njen duševni mir (čl. 265 KZ Danske). Druge ističu objektivnije promene, poput uticaja na životni stil žrtve (čl. 238 KZ Nemačke), dok treće sadrže kombinaciju, kao što je izazivanje opravdanog straha ili značajnijeg narušavanja njene privatnosti (čl. 190a KZ Poljske). Iako nije posebno naglašeno, sve date napomene odnose se na osnovni oblik krivičnog dela proganjanja, kvalifikovani oblici će biti posebno obrađeni. Ono što se kod inkorporiranja psihičkih posledica može pojaviti kao problem jeste način na koji se utvrđuje da li one postoje, jer on može biti potupno subjektivno obojen, ako se procenjuje sa aspekta žrtve krivičnog dela, ili objektiviziran ako se procena vrši uz pomoć pravnog standarda prosečnog čoveka. Svaki način ima drugačije ishode; subjektivni omogućava prihvatanje realnosti u kojoj lica različitih psihičkih struktura različito reaguju na isto ponašanje, što traži detaljnije upoznavanje žrtve u svakom slu čaju, objektivni ide ka ujednačavanju prakse, bez upuštanja u individualne karakteristike i osobenosti, što vodi ka neprepoznavanju krajnosti, tj. preterano osetljivih i preterano neosetljivih lica. Pored navedenog, može se očekivati i da se postojanje psihičkih posledica ne može uvek sa sigurnošću utvrditi bez stručne pomoći veštaka.

Takođe, u proučavanim inkriminacijama se mogu primetiti i izvesne razlike u subjektivnom smislu. U najvećem broju država radi se o umišljajnom delu bez nekih dodatnih naznaka koje bi uputile na tačno određeni oblik umišljaja (KZ Danske, Nemačke, Poljske, Rumunije, Hrvatske, Češke). Za razliku od toga, u delu zakonodavstva se traži i postojanje određene namere, na primer, da se ozbiljno utiče na način života (KZ Austrije) ili da se zastraši drugo lice, naruši njegova privatnost, prouzrokuje uznemirenost ili emocionalni stres (KZ Mađarske). Kako je poznato da namera predstavlja najviši stepen svesne

i voljne upravljenosti radnje na ostvarenje neke posledice, sledi da ona pretpostavlja postojanje direktnog umišljaja. Treća grupa rešenja posebno ističe intelektualnu komponentu krivice, kroz formulaciju „zna ili bi trebalo da zna“ (da može ozbiljno da naruši spokojstvo drugog lica, po KZ Belgije; da može ozbiljno da utiče na spokojstvo drugog lica, po KZ Luksemburga; da uznemirava drugog, po KZ Malte i slično).

### ***2.3. Kvalifikovani oblici dela i ostali modaliteti ostvarivanja pojačane zaštite***

U jednom delu posmatranih zakonodavstava proganjanje ima teže oblike, što otvara pitanje identifikovanja kvalifikatornih okolnosti, pre svega kako bi se utvrdile eventualne podudarnosti. Tako je primećeno da sadržaj neprava osnovnog oblika često biva dopunjen posebnim svojstvom pasivnog subjekta – sadašnji ili bivši bračni ili vanbračni drug, životni partner ili neformalni životni partner, lice sa kojim je učinilac bio u intimnoj vezi (KZ Hrvatske, čl. 140 st. 2), supružnik, bivši supružnik, partner sa kojim u činilac živi u vanbračnoj zajednici ili bivši vanbračni partner (KZ Mađarske, čl. 222 st. 3) itd. Kako mnogobrojna istraživanja pokazuju da je pojava proganjanja veoma česta upravo među partnerima ili bivšim partnerima, sigurno je da ovakva rešenja imaju svoje opravdanje.<sup>15</sup> Međutim, svojstvo partnera nije jedino, izdvajaju se i neke druge kategorije koje očigledno imaju karakteristike posebno ranjive žrtve, poput deteta (KZ Hrvatske, čl. 140 st. 2), deteta i trudnice (KZ Češke, čl. 354 st. 2), odnosno lica pod zaštitom, starateljstvom ili nadzorom učinioca i lica koja učinilac leči (KZ Mađarske, čl. 222 st. 3).

Pored posebnog svojstva, proganjanje može biti kvalifikovano i težom posledicom. Tako se u nemačkom KZ-u razlikuju dva slučaja, u zavisnosti od njenog značaja i ozbiljnosti: kada u činilac izazove opasnost od nastupanja smrti ili ozbiljne povrede žrtve, njenog srodnika ili drugog bliskog lica, odnosno kada je njegovom radnjom prouzrokovana smrt žrtve, njenog srodnika ili drugog bliskog lica (čl. 238 st. 2 i 3). Zanimljivo je i rešenje poljskog zakonodavca, koji je za težu posledicu postavio pokušaj samoubistva žrtve (čl. 190a st. 3).

---

15 Više u prikazima novijih istraživanja u Weller, Hope, Sheridan, 2013: 321–322, McEwan, Mullen, MacKenzie, 2009: 153, Carabellese, La Tegola, Alfarano, Tamma, Candelli, Catanesi 2013: 3, Ferreira, Matos, 2013: 393–402, Langhinrichsen-Rohling, 2012: 418–426, Sheridan, Lyndon, 2012: 340–350, van der Aa, 2012: 176. i nadalje, itd.

U ovom kontekstu treba pomenuti i način na koji se delo vrši, jer se i on sreće kao kvalifikatorna okolnost. Tako se, na primer, zastrašivanje žrtve vrši pretnjom da će biti upotrebljena sila prema njoj ili drugom licu; stvaranjem utiska da je ostvarivanje pretnje po život, telesni integritet ili zdravlje drugog lica neminovno; zloupotrebom poverenja, položaja ili uticaja nad žrtvom (čl. 222 st. 2 i 3 KZ Mađarske). Upotreba oružja je kvalifikatorna okolnost u češkom pravu, kao i činjenica da u vršenju dela učestvuju više lica, tj. najmanje dva (čl. 354 st. 2 KZ-a).

Postoje i primeri zakonodavstava koja ne sadrže teže oblike proganjanja, već se služe drugačijom tehnikom u cilju ostvarivanja pojačane zaštite, kao što je uvođenje posebnih pooštavajućih okolnosti. U tom smislu, po KZ Belgije kazna može biti udvostručena ako je delo učinjeno iz mržnje, prezira ili neprijateljstva prema licu zbog navodne pripadnosti rasi, boji kože, poreklu, nacionalnom ili etničkom poreklu, nacionalnosti, polu, seksualnoj orijentaciji, građanskom statusu, rođenju, uzrastu, bogatstvu, verskom ili filozofskom uverenju, stanju sadašnjeg ili budućeg zdravlja, invaliditetu, jeziku, političkom uverenju, sindikalnoj pripadnosti, fizičkim ili genetskim karakteristikama ili društvenom poreklu (čl. 442bis). Malteški KZ predviđa uvećavanje kazne za jedan stepen, ako je delo učinjeno prema nekom od sledećih lica: supružnik ili bivši supružnik učinioca; lice koje ima ili je imalo dete sa učiniocem; lice koje je formalno ili neformalno bilo vereno za učinioca sa ciljem zaključenja braka; krvni srodnik po pravoj liniji, bez obzira na stepen srodstva, brat i sestra (biološki i zakonski); usvojilac i usvojenik; lice koje sa učiniocem živi u porodičnom domaćinstvu ili je ranije živelo u porodičnom domaćinstvu makar godinu dana; drugi krvni i tazbinski srodnici zaključno do trećeg stepena; odnosno ako je delo učinjeno u prisustvu maloletnika (čl. 251a u vezi sa 221a i 202h). U italijanskom pravu kazna se uvećava ukoliko je delo učinjeno prema supružniku, čak i kada je došlo do rastave ili razvoda braka, ako su korišćena sredstva telekomunikacija ili elektronskih komunikacija, ako se u ulozi žrtve nađu maloletnik, trudnica, lice sa invaliditetom, odnosno ako je delo učinjeno uz primenu oružja ili od strane prerušenog lica (čl. 612bis KZ-a).

#### ***2.4. Zakonska kaznena politika i politika krivičnog gonjenja***

Prilično je teško dati neki opšti zaključak vezan za zakonsku kaznenu politiku u odnosu na krivično delo proganjanja u evropskim zakonodavstvima. Uz to, logično je i zapitati se koliko je on relevantan i upotrebljiv ukoliko se dobija prostim upoređivanjem propisanih

kazni, kada je pokazano da postoji prilična šarolikost u definisanju ovog dela. Ono što je na prvi pogled primetno jeste činjenica da sva zakonodavstva primenjuju jedan od dva modela – propisuju samo kaznu zatvora (KZ Austrije, Italije, Mađarske, Poljske i Hrvatske) ili propisuju kaznu zatvora alternativno ili kumulativno sa novčanom kaznom (ostale zemlje), sa izuzetkom češkog KZ-a, koji sudu ostavlja da bira između kazne zatvora i kazne u vidu zabrane radnje. Što se kazne zatvora tiče, ona je prisutna u zatvorenim okvirima i okvirima otvorenim nadole. Polazeći od premise da posebni maksimumi daju bolju sliku o težini dela *per se*, kao i o njegovom mestu u hijerarhiji krivičnih dela, dalje izlaganje je upravo usmereno na identifikovanje pomenute granice. Tako se u posmatranim evropskim zakonodavstvima najčešće za delo proganjanja može izreći kazna zatvora do jedne godine (KZ Austrije, Mađarske, Hrvatske, Češke), a potom sledi kazna do dve (KZ Belgije, Danske, Luksemburga) odnosno do tri godine (KZ Nemačke, Poljske, Holandije). Najstrože rešenje sadrži italijanski KZ, sa gornjom granicom fiksiranom na pet godina, a najblaže malteški sa kaznom zatvora u trajanju od tri meseca. Da ne bi bilo zabune, treba istaći da se gorenavedeni pregled odnosi samo na osnovni oblik krivičnog dela proganjanja. Kaznena politika za teže oblike takođe varira, što je potpuno razumljivo kada se uzmu u obzir ranije objašnjene specifičnosti. U tom smislu, najviši maksimumi postoje u nemačkom (pet odnosno deset godina) i poljskom KZ-a (deset godina), što je potpuno očekivano, kako je za postojanje težeg dela u ovim pravima potrebno nastupanje odgovarajuće posledice po život ili telesni integritet. Ostali zakoni zbog načina konstruisanja kvalifikovanih oblika, sadrže niže granice, pri čemu je svakako najblaži malteški sa maksimumom od šest meseci.

Što se politike krivičnog gonjenja tiče, mogu se uočiti tri sistema: prvi, gde je pokretanje postupka prepušteno inicijativi pasivnog subjekta (KZ Belgije, Luksemburga, Poljske, Rumunije, Holandije); drugi, gde se postupak pokreće po službenoj dužnosti (KZ Austrije, Danske, Mađarske, Češke); i treći, koji kombinuje oba rešenja, tako što se delo goni po službenoj dužnosti, osim ako je učinjeno prema detetu, kada se goni po predlogu (KZ Hrvatske), odnosno, tako što se goni po privatnoj tužbi, a izuzetno po službenoj dužnosti, ako za to postoji poseban javni interes (KZ Nemačke).

### 3. Krivično delo ugrožavanja sigurnosti

Krivično zakonodavstvo Srbije ne sadrži zasebnu inkriminaciju proganjanja, poput opisanih u uporednom pravu, te se može postaviti pitanje da li se nekom od postojećih može pružiti adekvatna krivičnopravna zaštita od ove pojave. U traganju za sličnim delom prva asocijacija je, svakako, ugrožavanje sigurnosti, koje se sastoji u ugrožavanju sigurnosti drugog lica pretnjom da će se napasti na život ili telo tog ili njemu bliskog lica (čl. 138 KZ-a). Da bi se utvrdilo u kojoj meri je navedeno delo pogodno za ostvarivanje ovog cilja, ono će biti detaljno analizirano.

Objekt zaštite ugrožavanja sigurnosti se u domaćoj teoriji određuje dvojako, kao lična sigurnost čoveka (Jovašević, 2014: 55) ili kao osećaj lične sigurnosti (Lazarević, 2007: 429, Stojanović, 2013: 1), pri čemu se drugo shvatanje čini preciznijim, što će postati jasnije iz kasnijeg izlaganja. Gotovo da ne treba posebno naglašavati značaj pomenutog dobra; percepcija čoveka da je siguran, da može da vodi miran i spokojan život, jer ga drugi u tome ne ometaju, predstavlja jednu od elementarnih pretpostavki bez koje je teško zamisliti ostvarivanje drugih prava i sloboda.

Radnju dela čini pretnja kojom se stavlja u izgled da će se napasti na život ili telesni integritet. Pretnja nekim drugim zlom, ma kako teško ono bilo, ne bi se mogla kvalifikovati kao ugrožavanje sigurnosti, osim ako to drugo zlo nužno ne podrazumeva i napad na život ili telo.<sup>16</sup> Sam napad treba shvatiti tako da obuhvata i povredu i ugrožavanje odnosnih dobara, što znači da će se on manifestovati u vidu vršenja nekog krivičnog dela protiv života i tela. Eventualno, mogla bi doći u obzir i dela iz neke druge grupe u kojoj se ove vrednosti štite supsidijarno. Ovde bi se moglo pojaviti kao sporno da li je baš svako zlo, za koje je predočeno da će biti izvršeno na telu, dovoljno teško da bi predstavljalo kvalifikovanu pretnju. Kako se kod ugrožavanja sigurnosti ozbiljnost pretnje procenjuje subjektivno, tj. sa aspekta same žrtve, što će kasnije detaljnije biti objašnjeno, jasno je da ni ovo u nekim situacijama ne može biti isključeno.

Primetno je da se kod drugih dela sreće sintagma „pretnja da će se *neposredno* napasti na život ili telo“, što podrazumeva da nema prostorne udaljenosti i vremenskog diskontinuiteta između same pretnje i njenog

---

<sup>16</sup> U prilog tome govori sledeći slučaj iz sudske prakse: okrivljena je u hodniku dobacila privatnoj tužilji da će je „srediti“, pri čemu je sud našao da nema elemenata ugrožavanja sigurnosti, jer se pomenu ti izraz ne odnosi nužno na napad na život i telo. *Presuda Okružnog suda u Čačku, Kž. 236/2007.*

ostvarivanja. Na ispunjenju takvih zahteva se kod ugrožavanja sigurnosti ne insistira, te se pod opis mogu podvesti i pretnje koje se neće neposredno ostvariti. Ni sam način upućivanja pretnje nije relevantan. Iako se dâ pretpostaviti da se ona najčešće iskazuje verbalno, nije isključena ni realna pretnja ni pretnja konkludentnim radnjama.<sup>17</sup>

Nadalje, pretnja treba da se odnosi na lice kome se preti ili na neko njemu blisko lice, na osnovu čega se pravi razlika između direktne i indirektne pretnje. Pojam bliskog lica ovde treba tumačiti restriktivno, pri čemu bi on obuhvatio srodnike u pravoj liniji, brata, sestru, bračnog druga, lice sa kojim se živi u trajnoj vanbračnoj zajednici, usvojioca, usvojenika, staraoca i lice pod starateljstvom (Lazarević, 2007: 430, Stojanović, 2012: 531). Pošto je određeno na koga se sve pretnja može odnositi, trebalo bi se osvrnuti i na to ko treba da je realizuje, da li to mora biti sam subjekt koji je plasira ili dolazi u obzir i neko drugo lice. Smatra se da nije od značaja ko će naneti zlo sadržano u pretnji – lice koje preti lično ili neko drugi, ali je bitno da lice ne preti zlom koje uopšte, ni na koji način ne zavisi od njegovog uticaja (Stojanović, 2013: 3).

Iako nije eksplicitno navedeno u zakonskom opisu, podrazumeva se da pretnja mora biti ozbiljna i moguća, drugim rečima, podobna da kod pasivnog subjekta stvori osećaj straha, lične ugroženosti i nesigurnosti, što predstavlja posledicu ovog dela. Dakle, za merodavno se uzima kako pretnju doživljava konkretna žrtva, te sada postaje jasnija početna napomena da objekt zaštite predstavlja osećaj lične sigurnosti. U tom smislu, ako je, na primer, sredstvo kojim se preti takvo da se njime ne može realizovati zlo predočeno u pretnji, pretnja i dalje može nositi atribut ozbiljne, ali samo pod uslovom da je žrtva imala osnovanog razloga da poveruje u njenu ostvarljivost. Ili, kada se preterano sujevernom licu preti ugrožavanjem života ili tela primenom magije, ako je ono apsolutno ubeđeno da je moguća uzročno-posledična veza između navedenih dešavanja, a učinilac to zna i koristi, delo će ipak postojati, jer stvara osećaj nesigurnosti kod sujevernog lica, nezavisno od toga šta većina ljudi misli o realnosti i opasnosti opisane pretnje (primer iz F. Antolisei: *Manuale di diritto penale, Parte speciale I*, Milano, 2008, p. 154–155,

---

<sup>17</sup> „Prvostepenom presudom dvojica okrivljenih su oglašeni krivim da su ugrozili sigurnost lica, tako što je prvookrivljeni rekao oštećenom: „iskopaću ti oba oka“, dok mu je drugookrivljeni prilazio sa šrafčigerom u ruci. Neosnovano se žalbom branioca okrivljenog navodi da drugookrivljeni nije uputio nikakvu pretnju oštećenom, već da mu je samo prilazio sa šrafčigerom u ruci, te da se pretnja može samo verbalno izreći... pretnja se može izreći i konkludentnom radnjom, a ne samo verbalno, što je drugookrivljeni i učinio.“ Presuda Okružnog suda u Beogradu, K ž. 2856/05 i presuda Prvog opštinskog suda u Beogradu, K. 276/05 (Simić, Trešnjev, 2006: 89).



navedeno prema Stojanović, 2013: 4). Da bi se procenilo kako pasivni subjekt doživljava pretnju, potrebno je analizirati niz parametara, počevši od sadržaja pretnje, načina na koji je izneta, opšteg konteksta u kojem je plasirana, ali i ličnosti učinioca i njegovog ranijeg života, ličnosti oštećenog, njegovih stavova, životnih prilika i slično.<sup>18</sup>

Takođe, pretnja mora biti saznata od strane pasivnog subjekta bilo neposredno bilo posredno. Bez toga, ona ne može da postigne nikakav psihički učinak, pa ni osećanje nesigurnosti i nespokojstva. Logičkom razradom prethodnih stavova dolazi se do nekoliko zaključaka. Prvo, bez saznanja pretnje ne može nastati posledica krivičnog dela, što znači da ono ostaje u stadijumu pokušaja, koji je kažnjiv samo kod najtežeg oblika. Drugo, zbog prihvaćene subjektivne procene ugroženosti, sud nije dužan da ispituje da li je pasivni subjekt u objektivnom smislu bio ugrožen. Treće, u slučaju posrednog saznanja sud mora da odredi krivičnopravni položaj prenosioca pretnje, koji u zavisnosti od svog subjektivnog odnosa može, ali i ne mora, biti saučesnik u ugrožavanju sigurnosti. Četvrto, ako lice kojem se preti, usled nekog svog deficita, nije u stanju da čulno opazi pretnju ili da je poima neće postojati delo ugrožavanja sigurnosti.

Pored navedenog, u našoj sudskoj praksi se uobičajno traži i da pretnja nije uslovljena,<sup>19</sup> mada teorija opet upozorava da insistiranje na neuslovljenosti predstavlja neprihvaljivo pojednostavljivanje, pošto i ovakve pretnje mogu biti ozbiljne i podobne da zastraše žrtvu (Stojanović, 2013: 6).

Delo se smatra svršenim kada je kod žrtve stvoreno osećanje lične nesigurnosti. Za postojanje dela nije potrebno da je učinilac stvarno i imao nameru da pretnju realizuje, a ako je zaista i ostvario postojaće neko krivično delo protiv života i tela, po pravilima supsidijariteta (Lazarević, 2007: 429, Stojanović, 2012: 531). Takođe, trebalo bi posebno

---

18 Videti Presudu Okru žnog suda u Nišu, K ž. 724/2004 i Presudu Okru žnog suda u Valjevu, K ž. 256/2003. Teorijski posmatrano, postoji i drugačiji pristup u kojem se pitanje ozbiljnosti nastoji objektivizirati, korišćenjem pravnog standarda tzv. prosečnog čoveka, koji za ozbiljnu uzima samo onu pretnju koja bi i većini prosečnih građana delovala ozbiljno (Memedović, 2008: 230 i Ćirić, 2011: 201).

19 „Kada optužena uputi pretnju oštećenog da će je ubiti ako je vidi na njenom imanju, radi se o uslovnoj pretnji, te nema ovog krivičnog dela“ (Presuda Okru žnog suda u Beogradu, K ž. 388/2004) ili „... sud je utvrdio da reči koje su bile upućene i to pod uslovom nemaju karakter ozbiljne pretnje, jer se pretnja kao bitan element ovog dela ne može uputiti pod uslovom niti na uopšten i nejasan način, već preciznim i jasnim rečima koje upućuju na nameru učinioca da napadne na život ili telesni integritet oštećenog ili njemu bliskog lica“ (Presuda Okru žnog suda u Nišu, K ž. 684/2004).

istaći da se, zbog upotrebljenog jezičkog oblika „ugrožavanje“ u opisu dela, koje označava nesvršenu, trajnu aktivnost, ponavljanje pretnji mora kvalifikovati kao jedinstvena radnja, a ne sticaj, podrazumeva se, pod uslovom da se sve pretnje odnose na istog pasivnog subjekta (Stojanović, 2012: 532). Učinilac može biti svako lice, a u subjektivnom smislu potreban je umišljaj. Što se zakonske kaznene politike tiče, za osnovni oblik alternativno su zaprećene novčana kazna i kazna zatvora do jedne godine.

Prvi kvalifikovani oblik ugrožavanja sigurnosti nastaje ako je delo učinjeno prema više lica, što po jezičkom tumačenju podrazumeva da pretnja mora biti usmerena prema najmanje dva individualno određena lica, pri čemu nije nužno da bude učinjena neposrednim saopštavanjem svakom od njih pojedinačno.<sup>20</sup> Ovde se kao sporno može pojaviti pitanje da li se pod odnosi kvalifikovani oblik mogu supsumirati pretnje upućene nesrazmerno velikom broju ljudi. U ovom kontekstu bi trebalo pomenuti jedan noviji slučaj iz naše sudske prakse. Naime, jedan od članova „Facebook“ grupe „Gej parada bruka Srbije“ preko ove društvene mreže uputio je pretnju svim licima koja nameravaju da učestvuju na „Paradi ponosa 2010“ u Beogradu. Tada su i prvostepeni i drugostepeni sud zaključili da u delu okrivljnog nema elemenata ugrožavanja sigurnosti, kako se iz datog opisa ne mogu tačno utvrditi lica oštećena izvršenjem dela, jer su u toj meri neodređena da ih je potpuno nemoguće subjektivizovati i individualizovati. Ovo je, međutim, po oceni Vrhovnog kasacionog suda ocenjeno kao neprihvatljivo, pošto upućivanje pretnje putem elektronskog medija namenjenog opštoj javnosti omogućava da za pretnju sazna širok krug ljudi, a time i potencijalni u česnici pomenutog događaja, iz čega je zaključeno da se objektivno mogao stvoriti osećaj uznemirenja, nesigurnosti i straha za ličnu bezbednost kod pripadnika tako određenog kruga lica.<sup>21</sup>

Kvalifikatorne okolnosti predstavljaju i izazivanje uznemirenosti građana ili drugih teških posledica. Uznemirenost građana, recimo, može nastati ako se određenom licu preti nekom opšteopasnom radnjom ili opšteopasnim sredstvom, ako se preti da će napad izvršiti na

---

20 „... pretnja ne mora da bude izvršena neposredno prema svima, već i posredno kada se zapreti oštećenom da će biti pobijeni i on i njegova žena i deca. Za postojanje krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti nije bitno da li su pretnje upućene pojedinačno ponaosob svakom oštećenom licu niti se traži istovremena prisutnost svih oštećenih, odnosno lica kojima se pretnja upućuje, već je potrebno da je pretnjom ugrožena sigurnost više lica“. Presuda Okružnog suda u Beogradu, K.ž. 2110/2004.

21 Presuda Vrhovnog kasacionog suda Kzz. 59/2011.

javnom mestu i slično. I teške posledice predstavljaju faktičko pitanje, tako da sud o tome donosi odluku u svakom konkretnom slučaju. Primera radi, to može biti svako osujećenje ili značajnije ometanje uobičajnih životnih aktivnosti, poput obavljanja poslovnih obaveza, bilo koje delatnosti, usled čega nastaje materijalna ili nematerijalna šteta, ili pak zatvaranje u kuću usled straha od pretnje. Pojedini autori primećuju da pravna priroda uznemirenja građana i teških posledica nije ista, što ima praktične implikacije kod procene krivice učinioca. Tako se uznemirenje ne posmatra kao posledica nego kao objektivni uslov inkriminacije, a to znači da ne mora biti obuhvaćeno umišljajem učinioca, dok prema uobičajnim pravilima u odnosu na teške posledice treba da postoji nehat (Lazarević, 2007: 431, Stojanović, 2012: 352). Za oba oblika određena je kazna zatvora od tri meseca do tri godine.

Najteži oblik dela za kvalifikatornu okolnost uzima svojstvo pasivnog subjekta, tj. činjenicu da se radi o nosiocima državnih ili javnih funkcija – predsedniku Republike, narodnom poslaniku, predsedniku Vlade, članovima Vlade, sudiji Ustavnog suda, sudiji, javnom tužiocu ili zameniku javnog tužioca, advokatu, policijskom službeniku, licu koje obavlja poslove od javnog značaja u oblasti informisanja u vezi sa poslovima koje obavlja. Njegovo uvođenje novelama iz 2009. godine izazvalo je opravdanu kritiku, uključujući i predloge za ukidanje, kako podseća na verbalni delikt i veoma je pogodno za političke manipulacije (Stojanović, 2013: 11, Ćirić, 2011: 210). Takođe, ugrožavanje sigurnosti bi trebalo da bude opšte delo, kojim se garantuje osećaj lične bezbednosti svim građanima, te nema potrebe da se pojedine kategorije ovde izdvajaju. Ako je potrebna dodatna krivičnopravna zaštita, to je bilo moguće ostvariti posebnim inkriminacijama, a ne kod dela koje bi trebalo da ima univerzalni karakter. Kada se zakonodavac već opredelio za to da u kvalifikovanom obliku istakne značaj pojedinih subjekata, postavlja se pitanje zbog čega je izdvojio samo oblast javnog informisanja, zanemarujući ostale profesije ili dužnosti koje nose povećan rizik za lica koja ih obavljaju u oblasti zdravlja ljudi, obrazovanja, javnog prevoza, a delimično i pravne i stručne pomoći pred sudom i drugim organima.<sup>22</sup>

Kritika je bila delotvorna samo u odnosu na zakonsku kaznenu politiku, pošto je umesto prvobitno propisane kazne zatvora od jedne do osam godina, određena kazna zatvora u trajanju od šest meseci do pet godina.

Krivično gonjenje za ugrožavanje sigurnosti se preduzima po službenoj dužnosti. Ovo je značajna promena u odnosu na rešenje iz prethodnog KZ-

---

22 Videti čl. 112 st. 32 Krivičnog zakonika.

a, kako se ranije gonjenje preduzimalo po privatnoj tužbi.<sup>23</sup> Za razliku od nekih drugih intervencija, ova bi se mogla oceniti kao pozitivna, zbog pretpostavke da su u jednom broju slučajeva žrtve tako zastrašene da oklevaju da koriste privatnu tužbu.<sup>24</sup>

#### 4. Zaključne napomene

Prethodno izlaganje navodi na zaključak da se mogu pronaći argumenti za uvođenje posebnog krivičnog dela proganjanja. Tako je komparativna analiza pokazala da ugrožavanje sigurnosti ima prilično ograničene domete u zaštiti od proganjanja, kako se iscrpljuje samo u pretnji da će se napasti na život ili telo, čime van kriminalne zone ostaju mnoge tipične taktike proganjanja: kontrola i praćenje žrtve, uspostavljanje neželjenog kontakta ili komunikacije sa njom, zloupotreba njenih ličnih podataka, kao i sve ostale radnje kojima se izaziva strah i uznemirenje kod žrtve. Uz to, proganjanje je često postavljeno kao delatnosno krivično delo, što obezbeđuje širu zaštitu od one koja se pruža ugrožavanjem sigurnosti kao posledičnim delom. Međutim, u proceni neophodnosti kriminalizacije, ne bi trebalo zanemariti ni neke druge momente, pre svega, činjenicu da je Srbija potpisala i ratifikovala Konvenciju Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici čime je, između ostalog, prihvatila obavezu da preduzme neophodne zakonodavne i druge mere kojim bi osigurala zaštitu od proganjanja.<sup>25</sup> Pored navedenog, trebalo bi primetiti i da je pojava proganjanja faktički prisutna u našem društvu, mada je prilično teško proceniti njene stvarne razmere. Podaci o zastupljenosti mogu se sporadično pronaći u istraživanjima o nasilju nad ženama, koja pokazuju da se ono javlja ili inicijalno, kao oblik psihičkog nasilja u porodici i partnerskim odnosima, ili kao reakcija na neku aktivnost žene usmerenu na to da prekine nasilje. Tako je jedno od novijih otkrilo da je oko 18,6% žena bilo izloženo proganjanju, uključujući fizičko praćenje, praćenje u virtuelnom svetu, uspostavljanje

---

23 Videti čl. 67 Krivičnog zakona Republike Srbije, *Službeni glasnik SRS*, br. 26/77, 28/77, 43/77, 20/79, 24/84, 39/86, 51/87, 6/89, 42/89 i 21/90, *Službeni glasnik RS*, br. 6/90, 49/92, 23/93, 67/93, 47/94, 17/95, 44/98, 10/02, 80/02, 39/03 i 67/03.

24 Pretpostavlja se da ugrožavanje sigurnosti, čak i u pomenu tom režimu gonjenja, ima visoku tamnu brojku. Analiza statističkih podataka pokazuje da je u 2014. godini bilo 900 osuđujućih presuda za ovo delo, što na ukupan broj osuđenih (35.376) čini zastupljenost od 2,54%. Republički zavod za statistiku, 2015: 8.

25 Videti čl. 34 Zakona o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2013.

neželjenog kontakta, širenje neistinitih informacija na internetu i slično (više u Petrović, 2010: 25–54). Zabrinjavajuće je da se ono pojavljuje i u okviru vršnjačkog nasilja, obično u vidu pretnji i zastrašivanja ili širenja laži kako bi se ograničili socijalni kontakti učenika (više u Popadić, Plut, 2007: 319). I, na kraju, kriminalno-politički posmatrano, krivično delo proganjanja bi, u jednom broju slučajeva, moglo da posluži kao preventivni mehanizam, u smislu tzv. delikta zapreke za vršenje ozbiljnijih, nasilnih dela. Kriminalizacija proganjanja, svakako, nije nikakva čarobna formula za rešavanje kompleksnog problema proganjanja, ali jeste nesumnjivo jedna u nizu pretpostavki.

## Literatura

Van der Aa, S. (2012). Stalking as a Form of (Domestic) Violence against Women: Two of a Kind? *Rassegna italiana di criminologia*. 3. 174–187

Viñas-Racionero, R., Raghavan, C., Soria-Verde, M. A., Prat-Santaolaria, R. (2015). The Association Between Stalking and Violence in a Sample of Spanish Partner Violence Cases. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*. 3 August. 1–21

Diette, T. M., Goldsmith, A. H., Hamilton, D., Darity Jr., W., McFarland, K. (2014). Stalking: Does it Leave a Psychological Footprint? *Social Science Quarterly*. 95 (2). 563–580

Dreßing, H., Bailer, J., Anders, A., Wagner, H., Gallas, C. (2014). Cyberstalking in a Large Sample of Social Network Users: Prevalence, Characteristics, and Impact Upon Victims. *Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking*. 17 (2). 61–67

Zakon o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici. *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*. Br. 12 (2013)

James, D. V., Farnham, F. R. (2003). Stalking and Serious Violence. *Journal of the American Academy of Psychiatry and Law*. 31 (4). 432–439

Jovašević, D. (2014). *Krivično pravo, Posebni deo*. Beograd: Dosije

Krivični zakonik Republike Srbije. *Službeni glasnik RS*. Br. 85 (2005), 88 (2005 – ispr.), 107 (2005 – ispr), 72 (2009), 111 (2009), 121 (2012), 104 (2013) i 108 (2014)

Lazarević, Lj. (2007). *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*. Beograd: Savremena administracija

Langhinrichsen-Rohling, J. (2012). Gender and Stalking: Current Intersections and Future Directions. *Sex Roles*. 66 (5-6). 418–426

Maclean, L., Reiss, D., Whyte, S., Christopherson, S., Petch, E., Penny, C. (2013). Psychiatrists' Experiences of Being Stalked: A Qualitative Analysis. *Journal of American Academy of Psychiatry and Law*. 41 (2). 193–199

Memedović, N. (2011). Ugrožavanje sigurnosti pretnjom da će se napasti na život ili telo. *Pravni život*. 9. 227–233

McEwan, T. E., Mullen, P. E., MacKenzie, R. (2009). A Study of the Predictors of Persistence in Stalking Situations. *Law and Human Behavior*. 33 (2). 149–158

McEwan, T. E., Mullen, P. E., MacKenzie, R. D., Ogloff, R. P. (2009). Violence in stalking situations. *Psychological Medicine*. 39 (9). 1469–1478

Miller, L. (2012). Stalking: Patterns, Motives and Intervention Strategies. *Aggression and Violent Behavior*. 17. 495–506

Nikolić-Ristanović, V., Kovačević-Lepojević, M. (2007). Proganjanje: Pojam, karakteristike i društveni odgovori. *Temida*. 4. 3–12

*Non-Fatal Offences Against the Person Act*, <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1997/act/26/section/10/enacted/en/html>, pristup 25.02.2016

Norris, S. M., Huss, M. T., Palarea, R. E. (2011). A Pattern of Violence: Analyzing the Relationship between Intimate Partner Violence and Stalking. *Violence and Victims*. 26 (1). 103–115

Petrović, N. M. (2010). Rasprostranjenost nasilja u porodici u Vojvodini. *U Nasilje u porodici u Vojvodini (ur. V. Nikolić-Ristanović), str. 25–54*. Novi Sad: Pokrajinski sekretarijat za rad, zapošljavanje i ravnopravnost polova

Popadić, D., Plut, D. (2007). Nasilje u osnovnim školama u Srbiji – oblici i učestalost. *Psihologija*. 40 (2). 309–328

Presuda Vrhovnog kasacionog suda Kzz. 59/2011, preuzeto sa <http://www.vksud.rs/sr-lat/kzz-5911-povredekri%C4%8Dnog-zakon-a-ugro%C5%BEavanje-sigurnosti>, pristup 25.02.2016.

Presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž. 2110/2004. *Bilten Okružnog suda u Beogradu*. 65 (2005). 57

Presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž. 388/2004. *Sudska praksa*. 1 (2005). 20

Presuda Okružnog suda u Valjevu, Kž. 256/2003. *Sudska praksa*. 9 (2006). 14

Presuda Okružnog suda u Nišu, Kž. 684/2004. *Bilten sudske prakse Okružnog suda u Nišu*. 22 (2006). 96

Presuda Okružnog suda u Nišu, Kž. 724/2004. *Bilten sudske prakse Okružnog suda u Nišu*. 22 (2006). 96

*Protection from Harassment Act*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/40/contents>, pristup 25.02.2016.

Purcell, R., Pathe', M., Baksheev, G. N., MacKinnon, A., Mullen, P. (2012). What Mediates Psychopathology in Stalking Victims? The Role of Individual-vulnerability and Stalking-related Factors. *The Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*. 23 (3). 361–370

Republički zavod za statistiku. (2015). *Saopštenje Republičkog zavoda za statistiku, Statistika pravosuđa, br. 192, god. LXV, od 15.07.2015. godine*

Simić, I., Trešnjev, A. (2006). *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, sedma knjiga*. Beograd: Službeni glasnik

Stojanović, Z. (2012). *Komentar Krivičnog zakonika*. Beograd: Savremena administracija

Stojanović, Z. (2013a). Propisivanje i primena krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti. *U Kaznena reakcija u Srbiji, III deo (ur. Đ. Ignjatović), str. 1–16*. Beograd: Pravni fakultet

Sheridan, L. P., Lyndon, A. E. (2012). The Influence of Prior Relationship, Gender, and Fear on the Consequences of Stalking Victimization. *Sex Roles*. 66 (5-6). 340–350

Sheridan, L. P., James, D. V. (2015). Complaints of Group-Stalking ("Gang-stalking"). An Exploratory Study of Their Nature and Impact on Complaints. *The Journal of Forensics Psychiatry and Psychology*. 26 (5). 601–623

Short, E., Guppy, A., Hart, J. A., Barnes, J. (2015). The Impact of Cyberstalking. *Studies in Media and Communication*. 3 (2) December. 24–37

Tjaden, P. (2009). Stalking Policies and Research in the United States: A Twenty Year Retrospective. *European Journal on Criminal Policy and Research*. 15. 261–278

*The Model Stalking Code Revised*. (2007). Washington DC: The National Center for Victims of Crime

Ćirić, J. (2011). Ugrožavanje sigurnosti. *Pravni život*. 9. 199–218

Ferreira, C., Matos, M. (2013). Post-Relationship Stalking: The Experience of Victims With and Without History of Partner Abuse. *Journal of Family Violence*. 28 (4). 393–402

<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, pristup 25.02.2016.

<https://www.victimsofcrime.org/our-programs/stalking-resource-center/stalking-laws/criminal-stalking-laws-by-state>, pristup 25.02.2016.

Carabellese, F., La Tegola, D., Alfarano, E., Tamma, M., Candelli, C., Catanesi, R. (2013). Stalking by Females. *Medicine, Science and the Law*. June. 1–9

Weller, M., Hope, L., Sheridan, L. (2013). Police and Public Perceptions of Stalking: The Role of Prior Victim–Offender Relationship. *Journal of Interpersonal Violence*. 28 (2). 320–339

**Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.**

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

**CONTRIBUTION TO THE DISCUSSION ON THE  
CRIMINALIZATION OF STALKING**

**Summary**

*The serious and complex nature of stalking, as a social phenomenon, is reflected in diverse forms of this illicit act, the severity of consequences caused by its commission, and the likelihood of being turned into violence. Whereas it may be observed from different perspectives, in this paper stalking is examined from the aspect of substantive criminal law. In the first part of this article, the author provides an overview of legal provisions on the crime of stalking as envisaged in selected European legislations. In the second part of the paper, the author re-examines the capacity of the existing Serbian criminal legislation to respond to this problem, especially through the envisaged criminal offence of endangering safety of another. In conclusion, the author discusses the inadequacy of the existing legislation and the need for further legislative intervention in this area.*

**Key words:** *Serbian criminal legislation, stalking, endangering safety.*



## **KRIMINALITET PROGANJANJA – KRIMINOLOŠKI I KRIVIČNO PRAVNI ASPEKT**

**Apstrakt:** Autor, polazeći od istorijskog aspekta kriminaliteta proganjanja, daje prikaz različitih određenja ovog društveno negativnog ponašanja u zakonskim tekstovima država koje su prve inkriminisale ovakvo ponašanje. Nakon toga autor predstavlja podatke o obimu raprostranjenosti kriminaliteta proganjanja u Sjedinjenim Američkim Državama i Australiji. S obzirom na to da postoje različite vrste progonitelja, autor je u narednom delu rada analizirao svaku od vrsta progonitelja. Povezanost kriminaliteta proganjanja i nasilja, kao i odgovori žrtve na sopstvenu viktimizaciju su sledeći delovi rada kojima je autor posvetio posebnu pažnju. Širok dijapazon posledice proganjanja zahteva detaljnu analizu. Stoga je autor posledice kriminaliteta proganjanja obradio u posebnoj glavi rada. Zamena mesta na taj način da žrtva proganjanja postane izvršilac ubistva, a progonitelj žrtva najtežeg oblika krvnog delikta, iako retko, zahteva analizu i predlaganje novih zakonskih rešenja vezanih za privilegovane oblike ubistva zarad poboljšanja položaja žrtve proganjanja, a ujedno izvršioca ubistva. Autor na kraju rada obrazlaže potrebe inkriminacije novog krivičnog dela kriminaliteta proganjanja po ugledu na Republiku Hrvatsku, kao i privilegovanog ubistva pod nazivom ubistvo progonitelja od strane progonjenog.

**Ključne reči:** kriminalitet proganjanja, progonitelj, progonjeno lice, ubistvo.

---

\* dimovski@prafak.ni.ac.rs

## 1. Uvod

Kriminalitet proganja (stalking crime) određuje se kao akt konstantnog ugrožavanja jedne osobe u kojoj je ona izložena dva ili više puta neželjenoj komunikaciji ili kontaktu. Objašnjenja kriminaliteta proganja zahteva traženje enciklopedijskog značenja engleske reči *stalking*. Naime, reč *stalking* nastala je u XV veku i odnosio se na lov u kojem lovac prati, vreba i na kraju ubija životinju (Van der Aa, 2010: 29–30).

Iako je kriminalitet proganja novi oblik društveno neprihvatljivog ponašanja, treba naglasiti da neki kriminolozi, poput Kamira (Kamir), ističu da je prvi slučaj proganja zabeležen još u mesopotamijskom mitu o Lilitu iz 1.000 p.n.e. Ujedno, moguće je navesti slučaj proganja Jelene Trojanske od strane Agamemnona. Prva inkriminacija ponašanja, koje bi mi modernim rečnikom nazvali kriminalitetom proganja, zabeležena je u Justicijanovim Institucijama iz 535. godine. Paragraf četiri IV knjige odnosi se na nanošenje povreda do kojih je nastalo usled konstantnog praćenja matrona (nadzornika) ili mladog dečaka ili devojčice koji još uvek nisu punoletni. U Velikoj Britaniji slučaj pod nazivom *Dennis v Lane* iz 1704. godine, kao i slučaj *R v Dunn* iz 1840. godine, prvi su primeri kriminaliteta proganja koji su bili procesuirani pred sudovima (Van der Aa, 2010: 30–31). Dugo vremena nakon ovih prvih primera iz precedentnog prava Velike Britanije države širom sveta su bile neme na ovo društveno neprihvatljivo ponašanje. Slučaj koji je doprineo širenju svesti o potrebi reakcije državnih organa na proganje je ubistvo poznate televizijske glumice Rebeke Šefer (Rebeca Sheaffer) na njenom kućnom pragu od strane duševno bolesnog fana 1989. godine u Sjedinjenim Američkim Državama. Naime, ovaj slučaj je bio medijski praćen, što je uz ostala četiri slučaja proganja žena sa smrtnim ishodom u okrugu Oranž, rezultirao inkriminaciji ovog fenomena kao krivičnog dela najpre u saveznoj državi Kaliforniji (Dunn, 2009: 4). Velika Britanija je tek 157 godina kasnije u odnosu na slučaj *R v Dunn* iz 1840. godine donela je prvi anti-stalking zakon pod nazivom *Protection from Harrasment Act*. Ipak, Velika Britanija je dugo bila zemlja koja je ostajala sama u sankcionisanju kriminaliteta proganja u Evropi. Kao razlog za jedno ovakvo stanje navodi se činjenica da je proganje spadalo u interpersonalne odnose u koje države nisu imale volje da se mešaju (Van der Aa, 2010: 30–31).

## 2. Rasprostranjenost kriminaliteta proganjanja

Kriminološka studija iz 2009. godine pokazala je da je tokom 2008. Godine 1,5% građana Sjedinjenih Američkih Država bilo žrtva kriminaliteta proganjanja, što u brojkama predstavlja 3.300.570 žrtava. Najveći broj osoba prijavilo je da su bile žrtve proganjanja u periodu od šest meseci ili manjem periodu – 39,3%. U periodu od sedam meseci do godinu dana 16,9% Amerikanaca su bile žrtve ovog oblika kriminaliteta nasilja. Devet procenata ljudi, koje je prijavilo viktimiziranost od stokinga, bilo je proganjano u dvogodišnjem periodu. Skoro pet procenata (tačnije 4,6%) žrtava proganjanja je bilo viktimizirano u periodu do tri godine. Proganjanje je trajalo u četvorogodišnjem periodu kod 2,8% žrtava stokinga. Bilo je slučajeva proganjanja koje je trajalo i preko pet godina u 11,1%. Ujedno, 2,9% žrtava proganjanja nije znalo da odredi vremenski okvir svoje izloženosti proganjanju. Ovo istraživanje se, takođe, odnosilo i na načine proganjanje. Naime, 58,3% žrtava proganjanja prijavilo je da se ovo društveno negativno ponašanje ogledalo u neželjenim telefonskim porukama i slanju SMS poruka. Širenje glasina, kao naredni način viktimizacije, zastupljen je kod 36,3% žrtava. Izloženi praćenu ili špijuniranju su bile 34,4% žrtava stokinga. Pojavljivanje na mestima na kojima žrtva proganjanja radi i živi javlja se kod 31,6% žrtava. Skoro 31% (tačnije 30,7%) žrtava je bilo izloženo viktimizacija od proganjanja u vidu slanja neželjenih pisama, kao i elektronske pošte. Čekanje žrtve da se pojavi na određenim mestima postoji kod 29,3% žrtava kriminaliteta proganjanja. Ostavljanje neželjenih poklona postoji kod 12,5% žrtava (Catalano, 2012: 3–4).

Kriminološka studija sprovedena u Australiji na uzorku od 246 žrtava proganjanja pokazala je slične rezultate. Naime, uzorak je bio sačinjen od osoba žrtava kriminaliteta proganjanja koje su bili viktimizirane najmanje mesec dana, pri čemu je proganjanje obuhvatalo najmanje jedno nametljivo ponašanje. Od ukupnog broja žrtava proganjanja njih 89% su bile osobe ženskog pola, dok su ostale žrtve bili muškarci. Najmlađa žrtva proganjanja bila je stara 19 godina, dok je najstarija imala 82 godine života. U 67% slučajeva postojao je prethodno intimni odnos progonitelja i žrtve. Proganjanje od strane poznanika postojalo je u 27% slučajeva, dok su to činili nepoznati ljudi žrtvama u 7%. Zanimljivi su podaci da su osobe muškog pola proganjale 87% žrtava. Ukoliko ovaj podatak povežemo sa podatkom o procentu pola žrtava, neminovno se nameće zaključak da su u dva procenta osobe ženskog pola proganjale žrtve istog pola (Blaauw, Winkel, Arensman, 2000: 4).

Ujedno, studija se bavila vrstama proganjanja, pri čemu je neophodno napomenuti da se u svim slučajevima proganjanja radilo o više različitih radnji čime je žrtva proganjanja bila dodatno viktimizirana. Tako je istraživanje pokazalo da je najveći broj žrtava bio izložen direktnom neželjenom prilasku progonitelja – 92%. Telefonski pozivi postojali su u 86%. Dodatnu uznemirenost žrtava proganjanja stvarala je činjenica da više od polovine ovih poziva obavljeno je tokom noćnih sati. Jedna žrtva proganjanja prijavila je da je svakodnevno primala više od 50 telefonskih poziva. Podjednak procenat žrtava – 74% bio je izložen nadziranju porodičnog doma žrtve i praćenju. Uništenje imovine žrtve, kao i krađa njene imovine, postoji kod 65% žrtava proganjanja. Fizički napad kao način ispoljavanja kriminaliteta proganjanja otelotvoruje se kod 56% žrtava. Nešto manju zastupljenost ima pretnja nanošenja telesnih povreda ili vršenja ubistva. Naime, kod 45% žrtava koje su bile izložene viktimizaciji proganjanja postoji pretnja. Žrtve su najmanje izložene slanju neželjenih pisama i nezakonitim ulaskom u dom žrtve – 41% (Blaauw, Winkel, Arensman, 2000: 5–6).

### 3. Vrste progonitelja

Kriminalitet proganjanja sastoji se od radnji koje su nametljive po svojoj prirodi kada se posmatraju kao jedna celina. Naime, ove radnje posmatrane pojedinačno ne moraju biti nedozvoljene, kao što su slanje cveća, čekanje ispred kuće ili posla određene osobe, slanje SMS poruka, ili obavljanje telefonskih razgovora. Međutim, ukoliko se ove radnje preduzimaju s ciljem proganjanja određene osobe, one predstavljaju društveno opasnu pojavu. Ujedno, kriminalitet proganjanja može, pored ponašanja koja sama po sebi nisu zabranjena i opasna, da se sastoji i od radnji koje su društvene opasne i kao takve inkriminisane – provaljivanje u tuđe stambene prostorije, psihičko ili fizičko uznemiravanje, nanošenje telesnih povreda, silovanje, kao i ubistvo. S tim u vezi treba naglasiti da prilikom utvrđivanja postojanja kriminaliteta proganjanja sve radnje treba posmatrati kao jednu celinu koja se preduzima s ciljem izazivanja straha kod određene osobe.

Kriminolozi Zona (Zona), Šarma (Sharma) i Lejn (Lane) su izradili 1993. godine tipologiju progonitelja: 1) erotomanske, 2) progonitelje obožavaoce i 3) progonitelje koji su bivši partneri sa žrtvom. Erotomanski progonitelji su uglavnom žene koje su u pogrešnom uverenju da je stariji, dobro situirani i poštovani muškarac zaljubljen u nju. Žrtve proganjanja kod narednog tipa stokera su poznate ličnosti ili

u potpunosti nepoznate osobe. Poslednji tip progonitelja svoje radnje upravlja prema bivšim partnerima nakon prekida ljubavne veze (Kamphuis, Emmelkamp, 2000: 207).

Kriminolozi Mullen (Mullen), Pate (Pathe), Pursel (Purcell) i Stjuart (Stuart) su tokom istraživanja 1999. godine identifikovali pet tipova progonitelja. Prvi tip je tzv. odbačeni progonitelj koji se rukovodi željom za osvetom i pomirenjem sa osobom sa kojom se njegova veza upravo završila. Progonitelj sa erotomanskom deluzijom predstavlja naredni tip progonitelja poznat pod nazivom intimni progonitelj. Nekompetentan progonitelj, kao sledeći tip progonitelja, odlikuje se intelektualnom ograničenošću ili određenim društvenim limitima. Želja sa izazivanjem straha i bola kod žrtve progiranja je osnovna karakteristika tzv. kivnog progonitelja. Poslednji tip je progonitelj predator koji je spreman na seksualni napad (Burgess, Regehr, Roberts, 2010: 267).

Ovim dvema prethodnim tipologijama progonitelja zamerano je da su više zasnovana na teoriji nego na empirijskom istraživanju. Ujedno, kada je pokušano da se ove tipologije empirijski verifikuju, zaključci su donošeni na osnovu malog uzorka, što predstavlja ograničavajući faktor dobijenih rezultata. Kao još jedna kritika, koja se može uputiti navedenim tipologijama, navodi se činjenica da u tipologiji Zona, Šana i Lejna postoji preklapanje kriterijuma za podelu. Naime, erotomanija je i psihički poremećaj i jedan od tipa progonitelja. Osveta, kao osnov progiranja, nije pokrivena tipologijom izvršenom od strane Zone, Šane i Lejna. Nedostatak tipologije Mulena, Patea, Pursela i Stjuarta otelotvoruje se u činjenici da tokom progiranja stoker može prelaziti iz jednog tipa u drugi, što postojeću tipologiju čini nekonzistentnom (Van der Aa, 2010: 47).

Kao reakcija na navedene tipologije i njihove mane izrađena je nova tipologija progonitelja od strane kriminologa Mohandiea (Mohandie) i njegovih saradnika. Kao osnovu za tipologiju uzeto je (ne)postojanje veze između progonitelja i žrtve, kao i kontekst u kojem se progiranje vrši – progiranje poznate ličnosti ili progiranje anonimne ličnosti. Polazeći od ovih osnova podele, Mohandie, zajedno sa svojim saradnicima, kao tipove progonitelja je naveo intimnog progonitelja, progonitelja poznanika, progonitelja javne ličnosti i privatnog progonitelja. Osnovna odlika intimnog progonitelja je zlonamernost na osnovu čega se stvara velika šansa da dođe do primene fizičkog nasilja prema žrtvi progiranja. Najmanja šansa da progonitelj primeni fizičku silu prema

žrtvi postoji ukoliko je javna ličnost žrtva jednog ovakvog društveno neprihvatljivog ponašanja. Međutim, ukoliko dođe do primene nasilja, ozbiljnost nanesenih povreda je daleko veća. Najveći broj stokera direktno pretili žrtvi, kako je pokazalo jedno drugo istraživanje zasnovano na ovoj tipologiji, dok su javne ličnosti manje izložene direktnoj pretilosti. Različiti tipovi progonitelja zahtevaju drugačiju reakciju državnih organa. Za intimne progonitelje akcent se stavlja na probaciju. Kombinacija klasične državne reakcije i pružanje adekvatne medicinske pomoći je osnov za zaštitu žrtava proganjanja od stokera poznanika, kao i privatnog stokera. Javnim ličnostima mora biti pružena profesionalna zaštita, ne samo od strane pripadnika unutrašnjih poslova, već i od strane privatnog obezbeđenja, ukoliko to one zahtevaju (Van der Aa, 2010: 47).

#### **4. Kriminalitet proganjanja i nasilje**

Pažljivo analizirajući određenje kriminaliteta proganjanja, možemo zaključiti da je to oblik kriminaliteta nasilja u kojem ne postoji neposredan fizički kontakt progonitelja i progonjenog. Međutim, druga istraživanja, takođe sprovedena u Sjedinjenim Američkim Državama, pokazala su da progonitelji u 25 do 35% slučajeva primenjuju nasilje prema žrtvama proganjanja (Reno, Robinson, Brennan, Schwartz, 1998: 2).

Kako postoje različite vrste progonitelja, kriminološke studije su bile usmerene i u identifikovanju tipa progonitelja koji je najviše nasilan. Rezultati su pokazali da najviše nasilja primenjuju progonitelji koji su prethodno bili u intimnoj vezi sa žrtvama proganjanja. Ujedno, rizik viktimizacije žrtava proganjanja od homicida je veliki. Naime, skoro jedna trećina ubijenih žena su lišene života od strane bivših partnera, pri čemu, ujedno, postoji i kriminalitet proganjanja. Usled nepostojanja jedinstvene nacionalne statistike nemoguće je tačno proceniti koliko žena, koje je prethodno zlostavljano, bude lišeno života. Ipak, postojeći podaci ukazuju da između 29 i 54% žena žrtava homicida je bilo zlostavljano, pri čemu, kao i kod prethodnog podatka, postoji proganjanje od strane muškaraca (Reno, Robinson, Brennan, Schwartz, 1998: 2).

Nasilje kod kriminaliteta proganjanja može biti usmereno ne samo prema žrtvi ovog društveno neprihvatljivog ponašanja, već, kako ti ističe kriminolog Melou Rajd (Meloy Reide), i prema pojedincu koji pokušava da zaštiti žrtvu proganjanja. Tako se kao žrtve nanošenja telesnih povreda ili homicida mogu naći rođaci ili bliska lica žrtve proganjanja u

slučajevima kada se radi o progoniteljima koji su bivši partneri sa žrtvom, a progonitelj smatra da se to lice njemu onemogućava kontakt sa žrtvom proganjanja ili se kao žrtve telesnih povreda ili homicida mogu naći pojedinci poput advokata, poslodavca ili lekara žrtva proganjanja kada se radi o stokingu od strane progonitelja obožavaoca ili tzv. erotomanskog progonitelja (Reide, 1999: 88).

U određenim slučajevima nasilje može, iako se to retko dešava, biti usmereno ne samo prema određenim osobama, već i prema životinjama koji su ljubimci žrtve proganjanja. Osnovni motiv zlostavljanja životinja ili njihovog ubijanja je želja progonitelja da podseti žrtvu proganjanja da je on sve vreme prisutan i da lako može nastaviti proganjanje (Reide, 1999: 89).

## **5. Odgovor žrtve na proganjanje**

Kod žrtava kriminaliteta proganjanja često postoji osećaj bespomoćnosti i uzaludnog obraćanja državnim organima, pri čemu se traženje pomoći od strane žrtve se desi kasno kada su posledice njene viktimizacije velike. Pravovremeno traženje pomoći je onemogućeno zbog toga što progonitelji na početku bilo kakvog odnosa sa budućom žrtvom proganjanja ispoljavaju ponašanje koje obuhvata neželjene kontakte. Ujedno, proganjanje nastaje postepeno. Naime, na početku se izgleda bajkovito u smislu slanja ljubavnih pisama i poruka, slanja cveća, kao i poklona. Svoj pravi intenzitet proganjanje doživljava u slu čaju raskida, jer su u većini slučajeva progonitelji bivši partneri žrtve. Progonitelji smatraju da će svojim postupcima uspeti da obnove intiman odnos sa svojim bivšim partnerkama, koje polako postaju žrtve jednog društveno neprihvatljivog ponašanja (Goldsworthy, Raj, 2014: 184–185).

Sopstvenoj viktimizaciji u neku ruku mogu doprineti i žrtve proganjanja, jer u određenim slučajevima, dajući lažnu nadu bivšim partnerima da mogu sa njima da nastave intiman odnos, dovode do toga da progonitelj nastavi sa dotadašnjim ponašanjem. Stoga eksperti predlažu da, ukoliko neka osoba želi da prekine intimni odnos, neophodno je da se prilikom raskida izričito stane na stanovištu da ne postoji bilo kakva šansa ka pomirenju, pri čemu je neophodno da se navede da se osoba, koja raskida, nada da će potencijalni progonitelj ubrzo naći novu partnerku. Ujedno, treba izbegavati situacije koje mogu biti dvosmisleno tumačene, čime bi se potencijalni progonitelj samo ohrabrio da nastavi svoje ponašanje sa željom da obnovi intimnu vezu sa bivšom partnerkom. Na ovaj način pozicija potencijalne žrtve proganjanja je jasna.

Kriminolozi Kupak (Cupach) i Spitzberg (Spitzberg) su na osnovu proučavanja pojedinačnih slučajeva proganjanja došli do saznanja o načinima reakcija žrtava na pojavu stokinga. Naime, postoje pet načina reakcija žrtava na proganjanje: 1) nastavljanje odnosa (moving with), 2) preduzimanje mera protiv stokera (moving against), 3) udaljavanje od progonitelja (moving away), 4) preduzimanje aktivnosti na sopstvenu ruku (moving inward) i 5) traženje pomoći (moving outward).

Određeni načini reakcije žrtve na progonoštvo su dalekosežno mnogo efikasnije za njen položaj. Naime, udaljavanje od progonitelja, kao oblik reakcije žrtve na progonoštvo, a koje se ogleda u izbegavanju stokera, menjanju svakodnevnih aktivnosti, povlačenje iz društva, korišćenje opreme za identifikaciju progonitelja kod telefonskih poziva, kao i instaliranje drugih bezbedonosnih mera, doprinosi smanjivanju interesa progonitelja za nastavak njegovog društveno neprihvatljivog ponašanja. Kako su pokazala istraživanja, ovaj način reakcije je najefikasniji u sprečavanju daljeg proganjanja. Traženje emocionalne pomoći, dobijanje podrške od drugih, traženje saveta ili empatije, unajmljivanje obezbeđenja, kao i zahtevanje da se prema progonitelju izreknu mere bezbednosti daljeg uznemiravanja su osnovni načina reakcija žrtve pod nazivom traženje pomoći. Ujedno, ova reakcija žrtve na proganjanje pokazala je dobre rezultate u pogledu njegovog sprečavanja. Treba naglasiti da sve pobrojani načini reakcije žrtve na proganjanje nisu preporučljivi, jer neki od njih mogu dovesti ne do smanjenja obima proganjanja i u krajnjem slučaju njenog prestanka, već dovesti do povećanja učestalosti preduzimanja radnji proganjanja. Jedan od takvih načina reakcije žrtve je preduzimanje mera protiv stokera u vidu zastrašivanja, fizičkih napada od strane same žrtve ili određenih mera od strane nekog trećeg samo će doprineti jačanju uverenja kod stokera da njegovo ponašanje daje rezultate i stoga će on sa takvim ponašanjem nastaviti u još većem obimu. Jedina mera u okviru ovog načina reakcije žrtve na proganjanje koja rezultira smanjivanju proganjanja je preduzimanje mera od strane treće osobe, pri čemu se ta mera ne ogleda u pretnji ili fizičkom napadu na stokera, već u preduzimanju pravnih postupaka. Preduzimanje mera na sopstvenu ruku, kao jedna od načina reakcija žrtve na proganjanje, ima u određenim situacijama, kada se ovaj način reakcija ogleda u upotrebi alkohola ili psihoaktivnih supstanci, pogubne posledice za samu žrtvu. Naime, na ovaj način žrtva proganjanja upotrebljava alkohol i psihoaktivne supstance kao analgetike neresavajući pri tome problem proganjanja i postaje još više ranjiva. Ipak, i u okviru ovog načina reakcije postoje određene dobre taktike kao što su odlazak na psihoterapiju,



preduzimanju radnji na sopstvenom osnaživanju, kao i pripremanje sebe, u vidu nabavke oružja, alarma protiv silovanja i telefona, za naredni kontakt sa stokerom. Poslednji način reakcije na proganjanje poznat je pod imenom *moving with*, odnosno nastavljnje odnosa sa progoniteljem. Kao i prethodno spomenuti način reakcije žrtve na proganjanje, ovaj način reakcije daje kontraproduktivne rezultate. Naime, održavanje kontakta sa progoniteljem, pokušaji pregovaranja, nagovaranje progonitelja da potraži stručnu pomoć, kao i nastavak održavanja intimne veze sa stokerom su najgori načini reakcije žrtve na situaciju u kojoj se nalazi (Goldsworthy, Raj, 2014: 185–187).

## 6. Posledice kriminaliteta proganjanja

Posledice kriminaliteta proganjanja javljaju se ne samo kod direktne žrtve ovog društveno negativnog fenomena, već se njene posledice mogu naći i kod bliskih lica direktne žrtve. Kriminolozi su identifikovali nekoliko vrsta posledica kriminaliteta proganjanja. Naime, kao posledice možemo navesti: 1) konsekvence na mentalno zdravlje, 2) konsekvence na fizičko zdravlje, 3) konsekvence na ponašanje u školi ili na radnom mestu, 4) konsekvence na društveni život i 5) konsekvence na finansijski položaj žrtve.<sup>1</sup>

Odbijanje, konfuznost, sumnja u samu sebe, postavljanje pitanja da li je progonitelj samo neadekvatno reagovao, frustracija, osećaj krivice, osramoćenost, osećaj izolovanosti, bespomoćnost, anksioznost, depresivnost, strah, nemogućnost spavanja tokom noći, postojanje posttraumatskog stresnog poremećaja, suicidalne misli, misli o ubistvu progonitelja, nesigurnost, nemogućnost verovanja drugim ljudima, zloupotreba alkohola, lekova, kao i opojnih droga mogu se navesti kao posledice mentalnog zdravlja žrtve kriminaliteta proganjanja.<sup>2</sup>

Istraživanje sprovedeno krajem devedesetih godina prošloga veka od strane Blauva (Blaauw), Vinkela (Winkel) i Erensmanna (Arensman) u Australiji na uzorku od 246 žrtava, koje smo već spomenuli prilikom prikaza rezultata obima kriminaliteta proganjanja, pokazalo je da 78% žrtava ima somatske simptome, anksioznost, socijalnu disfunkcionalnost, kao i tešku depresiju. Na taj način žrtve kriminaliteta proganjanja pate od istih simptoma kao i pojedini psihijatrijski pacijenti. Druga istraživanja pokazala su da se strah

---

1 Impact of stalking on victims. Retrieved 20 December 2015, from <https://www.stalkingriskprofile.com/victim-support/impact-of-stalking-on-victims>

2 Ibidem.

kod žrtve naglo povećava ukoliko se u ulozi progonitelja nalazi bivši partner. Polazeći od činjenice da su u najvećem procentu progonitelji bivši intimni partneri, možemo zaključiti da kod velikog procenta žrtava kriminaliteta proganjanja postoji strah za sopstveni život i život bliskih osoba. Kriminolozi Nikastro (Nicastro), Kozins (Cousins) i Spitzberg (Spitzberg) su na uzorku od 187 žena žrtava proganjanja od strane svojih bivših partnera zaključili da one žene koje su tokom intimne veze bile suočene sa nasiljem imaju kasnije za vreme proganjanja viši nivo stresa nego žene koje tokom intimne veze nisu bile žrtve porodičnog nasilja.<sup>3</sup>

Pored psihičkih posledica, kod žrtve kriminaliteta proganjanja moguće je naći i fizičke posledice. Naime, zbog konstantnog straha dolazi do nemogućnosti kontinuiranog spavanja tokom noći. Ujedno, depresija i hronični stres uzrokuju glavobolju i gastrointestinalne probleme (dodavanje ili gubitak kilograma). Ukoliko žrtva kriminaliteta proganjanja pati od astme, gastričnih čireva ili psorijaze, neminovno dolazi do pogoršanja ovih bolesti. Jedna od fizičkih posledica proganjanja je postojanje vrtoglavice kod žrtve, kao i skraćivanje uzdaha i izdaha. Upotreba alkohola, psihoaktivnih supstanci ili lekova po sopstvenom nahođenju imaju za posledicu fizičke promene na telu žrtve ovog društveno neprihvatljivog ponašanja. Kako kod žrtve proganjanja ne postoje želja za polnim opštenjem, kao i seksualna disfunkcionalnost, kvalitet seksualnog života žrtve kriminaliteta proganjanja drastično opada. Prekomerno znojenje i lupanje srca su, takođe, fizička posledice stanja u kome se žrtva proganjanja nalazi. Sve pobrojane posledice utiču na kvalitet stanja organizma žrtve.<sup>4</sup>

Kao narednu posledicu proganjanja naveli smo konsekvence na ponašanje u školi ili na radnom mestu. Naime, ukoliko je žrtva proganjanja učenik ili student, dobijanje dobrih ocena, kao i polaganje ispita trpi značajne posledice. Pored ostvarivanja slabijeg uspeha, moguće je da žrtva proganjanja izbegava dolazak u školu ili na fakultet, čime se direktno utiče na kvalitet obrazovanja koju data žrtva stiče, a dugoročno i na sam život žrtve, jer neostvarivanjem kvalitetnog obrazovanja uspeh u životu je dosta upitan. Slične posledice kriminalitet proganjanja ima i na žrtve koje su zaposlene. Tako dolazi do preteranog uzimanja

---

3 Intimate Partner Stalking: Fear, Psychological Distress and Health Impacts. Retrieved 20 December 2015, from <http://www.nij.gov/topics/crime/intimate-partner-violence/stalking/pages/fear-distress-health.aspx#note17>

4 Impact of st alking on v ictims. Retrieved 20 December 2015, from <http://www.stalkingriskprofile.com/victim-support/impact-of-stalking-on-victims>

bolovanja ili čak neopravdanog izostanka sa posla, što za posledicu ima ili otpuštanje sa posla ili davanje otkaza.

Uticaj na društveni život žrtve kriminaliteta proganjanja su naredne posledice jednog ovakvog fenomena. Kvalitet sadašnjih i budućih odnosa žrtve kriminaliteta proganjanja sa ljudima direktna je posledica nesigurnosti i nemogućnosti da se veruje drugim ljudima. Žrtva kriminaliteta proganjanja, želeći da izbegne fizički kontakt sa progoniteljem, menja svoje svakodnevne aktivnosti, kao što su odlazak u teretanu ili izlazak u grad. Ta želja za izbegavanjem kontakta sa progoniteljem dovodi i do izolacije žrtve proganjanja i u odnosu na druge ljude sa kojima u rođaćkim ili prijateljskim vezama. Ukoliko se radi o proganjanju koje dugo traje, pri čemu postoji pretnja po fizički integritet žrtve, može doći da se žrtva proganjanja odluči za preseljenje u drugi grad, uz menjanje broja mobilnog telefona.<sup>5</sup>

Posledice kriminaliteta proganjanja ogledaju se i u pogoršanju finansijskog položaja žrtve proganjanja. Naime, neodlaskom na posao zbog navodnog bolovanja, napuštanjem posla i traženjem novog posla, što zahteva početak profesionalne karijere ispočetka, neminovno dolazi do pogoršanja socio-ekonomskog položaja žrtve ovog društveno negativnog ponašanja. Ostvarivanje pravnog puta zaštite od daljeg proganjanja zahteva snošenje određenih troškova. Na taj način se položaj žrtava proganjanja naročito pogoršava ukoliko je reč o osobama slabe platežne moći. Postavljanje kamere, alarma u kući, kao i kupovina određenih odbrambenih sredstava u vidu peper spreja ili angažovanja privatnog obezbeđenja zarad povećanja stepena bezbednosti rezultira neophodnošću izdvajanja određenih novčanih sredstava. Zbog pogoršanja psihičkog stanja žrtve proganjanja angažuje se psiholog, a često i psihijatar, radi pružanja određenje psihičke pomoći. Pošto smo kao jedno od posledica proganjanja naveli i pogoršanje fizičkog stanja, žrtva proganjanja prinuđena je da se za medicinsku pomoć obrati specijalistima različitih medicinskih struka. Stoga pružanje psihičke i medicinske pomoći predstavlja dodatni udarac i na onako pogoršanu ekonomsku situaciju žrtve proganjanja. Žrtve proganjanja, misleći da će njihova viktimizacija da se prekine menjanjem prebivališta, sele se ili u drugo naselje u okviru istog grada ili menjaju grad u kojem žive, što dovodi do novih troškova usled raskida ugovora u iznajmljivanju stana pod uslovom da se radi u podstanaru, ali i troškova preseljenja u novi stan.<sup>6</sup>

---

5 Ibidem.

6 Ibidem

## **7. Potreba inkriminacije kriminaliteta proganjanja i ubistva progonitelja od strane progonjenog**

Navedeni primeri u uvodu ovog rada ubistava žena prilikom proganjanja dovode nas do zaključka da je rizik viktimizacije žena veliki. Naime, kod ubistva žena, kako je to naglasio čuveni kriminolog Hans von Henting, ubicu treba tražiti među rođacima i to, pre svega dolaze u obzir muž ili ljubavnik (Kapamadžija, 1981: 15). U dinamici muško-ženskih odnosa kod proganjanja moguće je prema već pomenutom kriminologu doći do zamene pozicija, te da progonitelj postane žrtva i progonjeno lice postane vinovnik krvnog delikta.

Tokom 2010. godine Višu sud u Vranju doneo je presudu (K br. 77/2010) kojom je osudio devojkicu sa inicijalima L.A. za ubistvo na mah na pet godina zatvora. Naime, dana 7. 2. 2009. godine oko 16.30 sati L.A. je u svom stanu dovedena bez svoje krivice u jaku razdraženost, napadom od strane ubijenog S.M. iz sela Tibužde, čime je u stanju bitno smanjenje uračunljivosti, sa umišljajem, lišila života na mah lice S.M. Ubijeni je nenajavljen i bez poziva ušao u njen stan u spavaću sobu, izvukao je iz kreveta, dok je spavala, i oborio na zemlju. Nakon toga podigao je sa poda i počeo da je udara rukama i nogama po glavi i telu, govoreći joj pri tome da mora da bude njegova ili Božja. Potom je uhvatio rukama za kosu i udario joj potiljačni deo glave o zid, dok se L.A. branila udarajući ga pesnicama i grebuci ga noktima po licu i vratu. L.A. je potom otišla do ulaznih vrata i rekla sada pokojnom S.M. da izađe iz stana, ali ju je on uhvatio za kosu i počeo da je vuče prema radnom stolu od kuhinje, a zatim joj je naglo spustio glavu naniže, usled čega je optužena udarila lice o radni sto. Kako je L.A. leđima bila naslonjena na radni sto, S.M. ju je rukama uhvatio za vrat, što je kod nje izazvalo jaku razdraženost. Ona je zatim uzela kuhinjski nož, koji joj je bio na dohvata ruke, što je pokojni S.M. primetio i pokušao da joj desnom rukom oduzme nož od čega je zadobio posekotine u predelu desne šake. Pošto nije uspeo da joj oduzme nož, L.A. je zamahnula nožem, pri čemu je bila svesna svoga dela i htela njegovo izvršenje, čime mu je nanela povredu opasnu po život na granici sa bezuslovnom povredom u predelu prednje leve strane grudnog koša. S.M. je na putu za bolnicu preminuo.

Apelacioni sud u Nišu (Kž.1.2969/10) je na osnovu žalbe branioca optužene L.A. preinačio presudu Višeg suda u Vranju u delu kazne, pri čemu se optužena L.A. osuđuje na kaznu zatvora od četiri godine. Ujedno, kako bi se na adekvatan način sagledao ovaj krivični događaj, neophodno je detaljnije proučiti odnos između L.A. i S.M. Naime, u obrazloženu presudu Višeg suda u Vranju moguće je naći podatke o njihovom odnosu.

Ljubavna veza između njih dvoje trajala je od 1. 5. 2008. godine do 21. 7. 2008. godine. Pokojni S.M. nije mogao da se pomiri sa raskidom, pa ju u više navrata fizički maltretirao i tukao. Isto tako, upućivao joj je pretnje, kao i psovke i uvrede. L.A. je u dva navrata o tome obavestila organe unutrašnjih poslova. Fizičko maltretiranje L.A. je nastavljeno i u zadnjih desetak dana pre kobnog događaja kada je ju je tukao na Ulici Zmaj Jove u Vranju ispred kladionice, a potom i u blizine iste kladionice.

Radi dodatnog razjašnjenja odnosa između osuđene L.A. kao i pokojnog S.M. obavljen je intervju sa osuđenom u Kazneno-popravnom zavodu za žene, gde je ona izdržavala kaznu zatvora. Tom prilikom je osuđena L.A. iznela sledeće: *„Kad dođem da pričam o ubistvu, mnogo mi je teško. Problem je u psihopati koji mi je okrenuo život za 360%. Ja sam došla na odmor iz inostranstva. Upoznali smo se u diskoteci u Vranju. Taj dečko se onda zaljubio u mene. Proganjao me je, mislio je da smo mi u vezi. Slao mi je poruke, onda je krenuo fizički da me maltretira zato što nisam htela da budem sa njim. Obratila sam se policiji, ali su mi rekli da ne rešavaju ljubavne probleme. Obratila sam se i sudu, ali su mi rekli da ne mogu ništa da urade, jer ne postoji krivična prijava. Došla sam ujutru u 6 sati iz kazina druga kojem sam pomagala, jer on nije bio tu. Onda su mi oko deset sati stigle poruke uvredljivog karaktera, ali mu ja nisam odgovarala. Oko pola pet mi je stigla poruka od njega: Ako neću biti njegova, onda neću biti ničija, 'onda ćeš biti Božja'. Ja sam spavala kad mi je on slao poruke. Onda je provalio u stan i onda me je napao. Onda je došlo do svačega, do pokušaja silovanja, do tuče. Ne zna se ko je koga udarao. Prosto se ne sećam kako sam ga ubola. Prosto mi je to izašlo iz pameti.“* Nakon postavljenog pitanja kako je došao do njenog mobilnog telefona, osuđena L.A. je odgovorila: *„On je došao do mobilnog telefona preko mog druga. Kad sam izlazila iz diskoteke stigla mi je poruka: 'Ostavila si nešto unutra, mislim da je to srce.' Sretali smo se po gradu, ali me nikad nije lično pozvao da izađemo.“*

Analiza krivičnog događaja sa smrtnim ishodom dovodi nas do zaključka da je izvršiteljka ubistva na mah L.A. prethodno bila proganjanja od strane pokojnog S.M. Naime, L.A. se, prema sopstvenom kazivanju, više puta obraćala javnom tužilaštvu i organima unutrašnjih poslova koji nisu reagovali na adekvatan način, zbog nemogućnosti da ponašanje sada pokojnog S.M. podvedu pod neku od postojećih inkriminacija u pozitivnom zakonodavstvu Republike Srbije, iako su postojala određena krivična dela, poput nanošenja telesnih povreda i ugrožavanja sigurnosti, pod koja se ponašanja S.M. moglo podvesti.

Biće krivičnog dela ugrožavanje sigurnosti (član 138) ne pokriva sve radnje kriminaliteta proganjanja. Naime, za postojanje krivičnog dela ugrožavanje sigurnosti neophodno je postojanje pretnje da će se napasti život ili telo, što implicira neophodnost postojanja tzv. kvalifikovane pretnje. Iako zakonodavac zahteva da pretnja bude ozbiljna, ona je krivično relevantna samo kada je ozbiljna. Drugim rečima, za pretnju se kaže da je ozbiljna samo kada je objektivno podobna da kod onog kome se preti rezultira postojanje straha ili nesigurnosti. Pretnja treba da se odnosi na lice kome se preti ili njemu blisku osobu. Bliskost sa određenom osobom procenjuje se na osnovu više okolnosti koje se otelotvoruju u srodnosti po krvi u pravoj liniji, po bočnoj liniji (brat i sestra), supružnik, osoba sa kojom se živi u trajnoj vanbračnoj zajednici, staratelj, lice pod starateljstvom, usvojlac, kao i usvojenik. Pojam bliskog lica ne treba ekstenzivno tumačiti, te se treba u njegovom određenju zadržati na već pobrojana lica (Lazarević, 2011, 530–531). Ujedno, zakonodavac je propisao dva teža oblika ovog krivičnog dela. Dok se prvi teži oblik krivičnog dela ogleda u radnji koja je preduzeta prema više lica ili je delo izazvalo uznemirenost građana ili druge teže posledice, drugi teži oblik postoji ako je ugrožavanje preduzeto prema nosiocima najviših državnih ili drugih javnih funkcija.

Posmatrajući slučaj ubistva na mah, kao i elemente bića krivičnog dela ugrožavanje sigurnosti, vidimo neophodnost postojanja posebne inkriminacije u vezi kriminaliteta proganjanja. Naime, iako su posledice ugrožavanja sigurnosti i kriminaliteta nasilja isti, radnje izvršenja nisu iste. Stoga nadležni javni tužioci ne preduzimaju krivično gonjenje u slučaju proganjanja, jer dato ponašanje ne mogu da podvedu pod krivično delo ugrožavanje sigurnosti. Republika Srbija mora što pre implementirati u svoje krivično zakonodavstvo dobra rešenja iz uporednog prava kojima se kriminalitet proganjanja proglašava krivičnim delom.

Republika Hrvatska je izmenama svog krivičnog zakonodavstva inkriminisala kriminalitet proganjanja u članu 140. Kaznenog zakonika,<sup>7</sup> nazvavši ga nametljivo ponašanje, u okviru glave XIII Krivična dela protiv lične slobode. Naime, biće krivičnog dela sastoji se u upornom i duževremenskom praćenju ili uhođenju druge osobe ili uspostavljanju ili nastojanju uspostavljanja neželjenog kontakta ili zastrašivanja na drugi način, pri čemu kod date osobe izazove teskobu ili strah za sigurnost ili sigurnost njoj bliskih osoba. Predviđena sankcija je kazna zatvora do jedne godine. U stavu 2 istog člana predviđeno je teži oblik

---

7 Kazneni zakon, NN 125/11, 144/12, 56/15, 61/15

nametljivog ponašanja, kada je krivično delo počinjeno prema sadašnjem ili bivšem bračnom ili vanbračnom drugu ili istopolnom partneru, osobi s kojom je izvršilac bio u intimnoj vezi ili prema detetu. U ovom slučaju propisana je kazna zatvora do tri godine. Krivična dela iz člana 140 se gone po predlogu, osim ako je počinjeno prema detetu. Hrvatski zakonodavac uveo je u članu 73 meru bezbednosti zabrana približavanja, uznemiravanja ili uhođenja, čime je dodatno pojačana zaštita žrtava, između ostalog, i krivičnog dela nametljivo ponašanje.

Za razliku od Hrvatske, Federacija Bosna i Hercegovina nije uvela posebno krivično delo kojima se inkriminiše kriminalitet proganjanja, već je u Zakonu o zaštiti od nasilja u porodici<sup>8</sup> uvela u članu 13 posebnu zaštitnu meru zabrana uznemiravanja ili uhođenja osobe izložene nasilju. Ova mera bezbednosti se može izreći osobi koja nasilje čini uznemiravanjem ili uhođenjem, a postoji mogućnost da bi ponovo mogla uznemiravati ili uhoditi člana porodice. Predviđajući opseg ove mere bezbednosti, zakonodavac je znatno ograničio krug lica koja uživaju zaštitu uznemiravanja ili uhođenja, jer lica koja nisu u porodičnim vezama sa osobom koja uznemirava ili uhodi nemaju zaštitu od jednog ovakog nedozvoljenog ponašanja.

Polazeći od činjenice da postoji mogućnost, kao što smo već napomenuli u uvodu, da progonitelj i žrtva zamene uloge, te da progonitelj postane žrtva homicida, a žrtva proganjanja vinovnik ubistva, potrebno je dodatno analizirati postojeće oblike ubistva predviđene krivičnim zakonodavstvom Republike Srbije, jer je moguće da žrtva proganjanja bude osuđena na određeni oblik ubistva za koji je predviđena višegodišnja kazna zatvora. Naime, u već pomenutom slučaju L.A. je bila osuđena na ubistvo na mah, pri čemu je kazna zatvora iznosila četiri godine. Uslovi da bi se jedan homicid kvalifikovao kao ubistvo na mah su da je ubistvo izvršeno na mah, da je u činilac doveden u stanje jake razdraženosti napadom, zlostavljanjem ili teškim vređanjem od strane žrtve, kao i da je učinilac u takvo stanje doveden bez svoje krivice. Ujedno, za ovo krivično delo predviđena je kazna zatvora od jedne do osam godina.

U slučaju da neki od uslova za postojanje ubistva ne mah ne budu ispunjeni, postojaće obično ubistvo za koje je propisana još veća kazna zatvora – od 5 do 15 godina. Ovakvom konstelacijom različitih oblika ubistava položaj žrtve proganjanja i naposletku vinovnika homicida je dosta težak. Stoga, zakonodavac mora, da bi dodatno zaštitio položaj jedne ovakve osobe, predvideti poseban oblik privilegovanog ubistva pod nazivom ubistvo

---

8 Zakon o zaštiti od nasilja u porodici, Službeni glasnik FBiH, broj 20/13.

progonitelja od strane progonjenog, pri čemu treba predvideti blaže kažnjavanje u odnosu na ubistvo na mah. Biće ovog oblika privilegovanog ubistva bi moglo da glasi: „Ko drugog liši života, pri čemu je kod njega izazvana teskoba ili strah za sigurnost ili sigurnost njoj bliskih osoba prethodnim proganjanjem od strane ubijenog, kazniće se zatvorom od jedne do pet godina.“ Za postojanje ovog oblika privilegovanog ubistva neophodno je istovremeno ispunjenje da uslova – 1) postojanje prethodnog proganjanja izvršioca ubistva od strane ubijenog, tako da se ne zahteva pravnosnažna osuđujuća presuda za krivično delo proganja, kada bude uvedeno izmenama krivičnog zakonodavstva i 2) postojanje teskobe ili straha za sigurnost ili sigurnost njoj bliskih osoba u koje je ubica doveden proganjanjem od strane žrtva ubistva.

## 8. Zaključak

Kriminalitet proganjanja nije novi kriminalni fenomen. Naime, prvi slučaj kriminaliteta proganjanja zabeležen je još u antičkom periodu. Međutim, tek u XVIII veku su zabeleženi prvi slučajevi proganjanja koji su bili procesuirani pred sudovima. Širenju svesti o neophodnosti inkriminacije kriminaliteta proganjanja doprinelo je ubistvo poznate glumice Rebeke Šefer. Nakon toga Sjedinjenje Američke Države su proganjanje inkriminisale kao krivično delo. Ubrzo su i druge države širom sveta donele ili posebne zakone kojima je zabranjeno ovo društveno neprihvatljivo ponašanje ili su postojeći zakonski tekstovi iz oblasti krivičnoga prava promenjeni dodavanjem još jednog krivičnog dela.

Republika Srbija znatno zaostaje za savremenim rešenjima u pogledu društvene reakcije na slu čajeve proganjanja. Naime, nepostojanje krivičnog dela, čije se biće poklapa sa radnjom izvršenja proganjanja, dovodi do toga da nadležni državni organi ne reaguju na pravi način. Najpre je neophodno inkriminisati proganjanje kao posebno krivično dela i na taj način omogućiti državnim organima da ne nalaze izgovore za neadekvatno reagovanje u slu čaju proganjanja. Do tada moguće je da žrtva proganjanja bude izložena takvoj situaciji da potraži način rešavanja problema sopstvene viktimizacije sama, što u krajnjem slu čaju može rezultirati ubistvom progonitelja. Zarad poboljšanja krivično pravnog položaja žrtve proganjanja a istovremenog izvršioca ubistva progonitelja, autor predlaže novu inkriminaciju u okviru privilegovanih ubistava na taj način da zaprećena kazna zatvora bude manja od kazne za ubistvo na mah. Shodno analiziranom primeru ubistva na mah počinjenom od strane L.A., dovoljno da ne bude ispunjen jedan od



uslova za ovaj oblik ubistva pa da žrtva proganjanja bude osuđena za obično ubistvo, čime bi ona dospela u još gori krivično pravni položaj iako je žrtva ubistva, a istovremeno progonitelj, doprineo sopstvenoj viktimizaciji. Inkriminacijom novog oblika privilegovanog ubistva pod nazivom ubistvo progonitelja od strane progonjenog zakonodavac bi na adekvatan način sagledao dinamički odnos u konstelaciji snaga progonitelja/žrtve ubistva i progonjenog/izvršioca ubistva. Ipak, ukoliko zakonodavac ne inkriminiše ovako počinjeni homicid kao poseban oblik privilegovanog ubistva, neophodno je predvideti kao olakšavajuću okolnost postojanje proganjanja u slučaju lišavanja života progonitelja od strane žrtve. Na taj način bi se olakšala krivično pravna pozicija lica koje je bilo duževremenski viktimizirano u pogledu proganjanja, a na kraju je izvršilo lišenje života progonitelja.

## Literatura

Blaauw, E., Winkel, F. W., Arensman, E. (2000). The toll of stalking: The relationship between features of stalking and psychopathology of victims, Sydney. Retrieved 20. December 2015, from [http:// www.aic.gov.au/media\\_library/conferences/stalking/blaauw.pdf](http://www.aic.gov.au/media_library/conferences/stalking/blaauw.pdf)

Burgess, A., Regehr, C., Roberts, A. (2010). *Victimology: Theories and Applications*, Jones and Bartlett Publishers, Boston

Catalano, S. (2012). *Stalking Victims in the United States – Revised*, U.S. Department of Justice Office of Justice Programs Bureau of Justice Statistic, Washington

Dunn, J. (2009). *Courting Disaster, intimate Stalking, Culture, and Criminal Justice*, Transaction Publishers, New Brunswick

Goldsworthy, T., Raj, M. (2014). Stopping the stalker: Victim responses to stalking. An examination of victim responses to determine factors affecting the intensity and duration of stalking, *Griffith Journal of Law & Human Dignity*, Gold Coast, Volume 2 (1)

Impact of stalking on victims. Retrieved 20 December 2015, from [https:// www.stalkingriskprofile.com/victim-support/impact-of-stalking-on-victims](https://www.stalkingriskprofile.com/victim-support/impact-of-stalking-on-victims)

Intimate Partner Stalking: Fear, Psychological Distress and Health Impacts. Retrieved 20 December 2015, from [http:// www.nij.gov/topics/crime/intimate-partner-violence/stalking/pages/fear-distress-health.aspx#note17](http://www.nij.gov/topics/crime/intimate-partner-violence/stalking/pages/fear-distress-health.aspx#note17)

Kamphuis, J. H., Emmelkamp, P. M. G. (2000). Stalking — a contemporary challenge for forensic and clinical psychiatry, *The British Journal of Psychiatry*, Mar, 176 (3)

Kazneni zakon, NN 125/11, 144/12, 56/15, 61/15

Reide, M. (1999). Stalking an old behaviour – A new crime, *The psychiatric clinics of North America*, Vol. 22. No. 1

Reno, J., Robinson, L., Brennan, N., Schwartz, K. (1998). Stalking and domestic violence – The Third Annual Report to Congress under the Violence Against Women Act, National Criminal Justice Reference Service, Rockville

Van der Aa, S. (2010). Stalking in the Netherlands: Nature and Prevalence of the Problem and the the Effectiveness of Anti-Stalking Measures, Maklu, Antwerpen

Zakon o zaštiti od nasilja u porodici, Službeni glasnik FBiH, broj 16/03

Kapamadžija, B. (1981). Ubistvo – Psihopatologija i sudska psihijatrija, Matica Srpska, Novi Sad

Lazarević, Lj. (2011). Komentar Krivičnog zakonika, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd

**Darko Dimovski, LL.D.**

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## **STALKING: CRIMINOLOGICAL AND CRIMINAL LAW ASPECTS**

### **Summary**

*Starting from the historical aspects of stalking crime, the author first provides an overview of different definitions of this socially negative behavior in the legal documents of countries where such conduct was first criminalized. The author presents statistical data on the scope of stalking in the United States and Australia. The second part of the paper discusses different types of stalkers, whose distinctive features are analyzed in more detail. In particular, the author focuses on the causal link between the stalking crime and violence, as well as the victims' responses to their own victimization. In the next part of this article, the author provides a detailed analysis of a wide range of consequences of stalking crime. In some cases, the victim of stalking may become the perpetrator of a criminal act of murder, whereas the stalker becomes a victim of this serious form of homicide. Although these cases are not numerous, they call for further analysis and proposing new legal solutions related to the privileged forms of murder, which are aimed at improving the position of the victim of stalking who is the perpetrator of such homicide. Finally, the author argues in favour of incriminating a new type of felony – the crime of stalking (in line with the model envisaged in the criminal legislation of the Republic of Croatia), as well as a privileged homicide which may be designated as a murder of a stalker committed by a victim of stalking.*

**Key words:** *stalking crime, stalker, victim of stalking, homicide.*



**Dr Mihajlo Cvetković,\*** docent  
Pravnog fakulteta, Univerzitet  
u Nišu

originalan naučni članak

UDK: 347.44:004.738.5

Rad primljen: 30.09.2015.

Rad prihvaćen: 01.12.2015.

## **UGOVOR O KORIŠĆENJU TUĐIH RAČUNARSKIH RESURSA\*\***

**Apstrakt:** Ugovorni odnosi povodom upotrebe tuđe stvari nisu novina. Međutim, eksploatacija tuđih računarskih resursa preko interneta i prateći pravni promet svakako odstupaju od tradicionalnih okvira posebnog dela ugovornog prava. Savremene činidbe (infrastruktura, softver ili platforma kao usluga) teško se opisuju terminologijom poteklom iz rimskog prava. Izrazita novost visokotehnoloških usluga skriva neravnopravan položaj ugovarača. Njihovi pružaoci, mahom globalne multinacionalne kompanije, preopširnim ugovorima, sačinjenim od više akata, obezbeđuju sebi neopravdane privilegije. Opšti uslovi poslovanja zakomplikovani su „sporazumom o nivou usluge“, pravilima ponašanja i (ne)garancijama privatnosti. Korisnici olako pristaju na unapred sastavljene ponude, ne znajući da je prividno besplatan ugovor, zapravo obostrano-obavezujuć i vrlo lukrativan drugoj strani. Autor analizira u kojoj meri su norme o prodaji, zakupu, zajmu i posluži primenljive na „oblak“ ugovore i koliko je ugovorna zaštita potrošača, kao relativno nova disciplina, u prednosti. Prestanak ugovora između provajdera i korisnika obeležavaju specifične postugovorne obaveze, svojstvene online okruženju.

**Ključne reči:** ugovor, internet, prestacija, usluga, analogija, potrošači, besplatnost, „oblak“ računarstvo.

---

\* mihajloc@prafak.ni.ac.rs

\*\* Rad je rezultat istraživanja na projektu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013–2018. godina.

## 1. Uvod

Ideja da se računarski resursi<sup>1</sup> isporučuju slično komunalnim uslugama, kao što su snabdevanje električnom energijom i gasom, telefonija ili javni prevoz, stara je pola veka. Razvoj informacionih tehnologija u zadnjoj dekadi omogućio je njenu realizaciju kroz „oblak“ računarstvo. Bez obzira na složenost informacione infrastrukture, stvara se i održava utisak da su svi resursi korisniku uvek na raspolaganju, a da je, s druge strane, on izolovan od ostalih korisnika i bezbedan od nasrtljivaca i znatiželjnika.<sup>2</sup> Takva vizija je tehnički i ekonomski ostvariva samo pod uslovom da postoji uređen sistem, zasnovan na prihvaćenim standardima. Standardi su tehničke, ali i pravne prirode. Zato gornja analogija sa uslugama od opšteg ekonomskog interesa nije slučajna, kao ni u nastavku prikazana analogija sa imenovanim ugovorima nastalim u rimskom pravu.

Digitalni podaci su nova valuta digitalne ekonomije, „oblak“ je trezor banke, a provajderi drže ključeve poslovne produktivnosti i uspeha u 21. veku (Hunt, 2015: 451). Čak 64% evropskih preduzeća koristi „oblak“, kao i većina građana (Commission Staff, 2012: 8). Iako ova delatnost, veoma važna za privredu, povećava produktivnost i kreira radna mesta, tržište EU godinama zaostaje za američkim. Zato je Evropska komisija osnovala 2013. radnu grupu eksperata sa zadatkom da izradi model ugovor za „oblak“ računarstvo i tako umanjiti razlike prisutne na jedinstvenom tržištu, stvarajući bezbedno okruženje zasnovano na pravičnim ugovorima i dobroj poslovnoj praksi.<sup>3</sup>

Postojeći tradicionalni pravni okvir relevantan za „oblak“ je složen i neadekvatan, pa postoji velika pravna nesigurnost. Trenutno stanje karakterišu veliki problemi vezani za ugovornu odgovornost, bezbednost podataka, zaštitu privatnosti, položaj potrošača, ali i drugih korisnika „oblaka“. Naime, postojeća poslovna praksa je nepravedna prema korisnicima budući da provajderi isključuju svoju odgovornost, zadržavaju pravo na jednostranu izmenu ugovora, neovlašćeno iskorišćavaju tuđe podatke, različite rizike u potpunosti

---

1 Računarski resurs je svaki fizički ili virtuelni element računarskog sistema. Fizički resursi su telesni uređaji, npr. procesor obrađuje podatke, „čvrsti disk“ ih čuva, a mrežna infrastruktura ih prenosi. Virtuelni resursi nisu materijalizovani, npr. računarski programi i jezici.

2 Coming, *Kako su nastali računarski oblaci*, Retrived 25, Sep 2015, from: [http://www.coming.rs/business\\_it/business\\_it\\_1/kako\\_su\\_nastali\\_racunarski\\_oblaci](http://www.coming.rs/business_it/business_it_1/kako_su_nastali_racunarski_oblaci).

3 Commission decision on setting up the Commission expert group on cloud computing contracts (2013/C 174/04).

prebacuju na korisnika (Hon, Millard, Walden, 2012: 81). Sve to pravdaju „besplatnošću“ svojih usluga.

Podloga problema je činjenica da pravnici nisu dovoljno upoznati sa novim neimenovanim ugovorima, nedostaje terminologija. U tom smislu ovaj rad predstavlja pokušaj da se jedna nova tema približi domaćoj pravničkoj javnosti. Odnosi povodom „oblaka“ nisu regulisani posebnim propisima, tako da se postavlja pitanje koja pravila treba primeniti. Odgovor na ovo praktično pitanje zahteva sagledavanje na teorijskom nivou, tj. razmatranje pravne prirode ugovora o korišćenju tuđih računarskih resursa. Dakle, predmet ovog rada je analiza pomenutih praktičnih i teorijskih problema. To je važno ne samo radi rešavanja eventualnih sporova, nego i zbog potrebe da se ovaj građanskopravni odnos adekvatno uredi, u skladu sa načelom savesnosti i poštenja.

## 2. Činidbe i njihov predmet

Računarski oblak (cloud computing) predstavlja iskorišćavanje računarskih resursa na daljinu,<sup>4</sup> putem interneta. Konceptija je proizašla iz ideje iznajmljivanja računara. To je delatnost u kojoj se veoma prilagodljivi informatički resursi nude brojnim eksternim korisnicima u vidu usluge. Prilagodljivost u ovom slučaju znači da se ponuda resursa prilagođava potražnji korisnika skoro trenutno.

Ekonomska kriza je uticala na preduzeća da se fokusiraju na svoju osnovnu delatnost i ostvare uštede u drugim oblastima. „Oblak“ računarstvo karakterišu brojne prednosti: niski troškovi, fleksibilnost, nezavisnost hardvera i lokacije, mogućnost deljenja resursa, pouzdanost i bezbednost. Usluge se plaćaju na osnovu utroška. Korisnik po potrebi ostvaruje povećanje ili smanjenje resursa. Troškovi su niski jer se koristi zajednička, deljiva informaciona infrastruktura. Nije potrebna početna investicija u opremu. Nema potrebe da se instaliraju i održavaju serveri,<sup>5</sup> upravlja nadgradnjom, brine o kompatibilnosti softvera i njegovom ažuriranju. Podacima se pristupa sa bilo kog online uređaja, eliminiše se „tiranija udaljenosti“. Čuvanje podataka je zagarantovano, jer su smešteni u centrima na više geografskih lokacija.

Stručnjacima i istraživačima iz različitih oblasti nije bilo lako da sroču definiciju koja sveobuhvatno pokriva različite aspekte „oblaka“

---

4 „Na daljinu“ znači da je korisnik geografski udaljen od računarskog resursa koji koristi.

5 Računar koji opslužuje druge računare u mreži redovno je povezan na internet.

sa tehničke ili upotrebne strane. Definicije se često prilagođavaju potrebi autora koji „oblak“ pominje.<sup>6</sup> Tako npr. Evropska unija u svom strateškom dokumentu „Oslobođanje potencijala ‘oblak’ računarstva u Evropi“ navodi da: „Oblak računarstvo u pojednostavljenom smislu treba shvatiti kao čuvanje, obradu i korišćenje podataka pohranjenih na udaljenim računarima kojima se pristupa preko interneta.“

„Oblak“ računarstvo se prema načinu korišćenja javlja u više modela. Privatni „oblak“ je upotrebni model gde isključivo jedan subjekt koristi računarsku infrastrukturu. Privatni „oblak“ je svojina jedne kompanije koja kontroliše kako se njegovi resursi koriste od strane različitih linija poslovanja ili njenih konstitutivnih grupa. Takav model nije predmet ovog rada, jer nema dva pravna subjekta, odnosno pravnog odnosa. Zajednički „oblak“ upotrebljava zajednica korisnika ili potrošača, ali ni tu nema dužničko/poverilačkog odnosa. Predmet ovog rada su ugovori vezani za „oblak“ otvoren za javnost, odnosno unapred neodređene korisnike. Javni „oblak“ je svojina kompanije koja drugim pravnim ili fizičkim licima nudi brz i povoljan pristup računarskim resursima. Korisnici ne treba da kupuju hardver, softver i prateću infrastrukturu, kojom upravlja pružalac usluge, tj. provajder. Javni „oblak“ mahom je usmeren ka potrošačkim uslugama kao što su pretraživanje na internetu (Google, Bing), lični e-mail servisi (Yahoo mail, Gmail, Outlook), društveno povezivanje (Facebook, Twitter, LinkedIn) i druge primene današnjeg interneta (Youtube, Dropbox, Gdrive). Hibridni „oblak“ je mešavina prethodnih, povezana u jedinstven entitet određenom vlasničkom strukturom ili tehnologijom na koju određeni subjekat polaže isključivo pravo.

Usluge koje provajder nudi korisniku takođe su raznovrsne. „Infrastruktura kao usluga“ je polazni nivo usluge gde korisnik upotrebljava računarsku opremu provajdera. On bira broj i snagu računara prema svojim potrebama. Umesto da kupuje hardver i brine o njegovom smeštaju, korisnik preko virtuelnih servisa ima utisak da se oprema nalazi na njegovoj lokaciji. Ovaj osnovni servis zapravo predstavlja brz i lak način da korisnik bez početnih investicija i uz niske troškove poveća svoje operacije kroz zakup. Nema amortizacije, održavanja skupe opreme koja zauzima prostor i troši energiju. Te troškove snosi provajder.

---

6 Duško Martić, *Računarstvo u oblacima (cloud computing): šta je i što nas treba da bude briga?*, Retrived 25, Sep 2015, from <http://pravoikt.org/>.



„Softver<sup>7</sup> kao usluga“ podrazumeva da korisnik upotrebljava aplikacije koje se nalaze u infrastrukturi oblaka (npr. Microsoft Office 365, Google Apps).<sup>8</sup> Aplikacije su dostupne putem interneta s različitih korisničkih uređaja. Provajder je vlasnik pozadinske infrastrukture, mreže, operativnog sistema, kao i konkretne aplikacije koja se eksploatiše. S korisničke strane to znači da nema dodatnog ulaganja, kao ni troškova oko ažuriranja sistema. Korisnici na zahtev dobijaju oročene licence za aplikacije koje su im potrebne, onoliko koliko su im potrebne (što je bitno zbog određivanja pravne prirode u nastavku). Ovakav pristup omogućava optimalno korišćenje resursa i smanjenje troškova koji bi nastali pribavljanjem klasičnih licenci, instaliranjem i održavanjem hardverskih resursa neophodnih za funkcionisanje softvera. Dakle, to je rešenje gde korisnik softver „ne kupuje“, već ga koristi kao uslugu putem interneta.

„Platforma kao usluga“ je složeniji servis, namenjen naprednom korisniku. On razvija, testira i distribuira vlastite aplikacije na infrastrukturi provajdera. Preko servisa korisnik obavlja svoju osnovnu delatnost, pružajući usluge trećim licima. Provajder obezbeđuje platformu koja najčešće uključuje servere, mrežnu infrastrukturu, centar za skladištenje podataka, operativne sisteme i programske jezike. Umesto da svoj sajt, aplikaciju ili ceo informacioni sistem gradi od nule, korisnik jeftinije i pouzdanije iznajmljuje već napravljen servis provajdera. Mnogi „oblaci“ se zasnivaju na sadržaju koji stvaraju korisnici (Facebook, društvene mreže, Youtube, Google play).

### 3. Ugovorne strane

„Oblak“ najviše odgovara poslovnim korisnicima jer dobijaju stručnu podršku, kao i bezbednu, ekonomičnu infrastrukturu bez inicijalnih investicija. Postoje zalaganja da se mala i srednja preduzeća u „oblak“ okruženju po položaju izjednače sa potrošačima. Poslovni korisnici provajderu plaćaju novčanu naknadu, ugovori su dugoročni. Kratkoročni ugovor sa provajderom zaključuju organizatori događaja i manifestacija

---

<sup>7</sup> Izraz „Softver“ je engleskog porekla i označava računarski program. Jedna od mogućih podela računarskih programa je na operativni sistem i aplikacije. Operativni sistem omogućava usklađen rad različitih uređaja i aplikacija.

<sup>8</sup> Aplikacija je vrsta računarskog programa koja omogućava realizaciju određenog zadatka u korist korisnika, te se zove i korisnički softver. Tu spadaju: kancelarijske, obrazovne, poslovne aplikacije, aplikacije za obradu zvuka, slike ili video materijala, kao i aplikacije za zabavu. Konkretni primeri su: Word, Excel, Firefox, Media Player, StarCraft.

ograničenog trajanja kada je potrebno obezbediti velike računarske resurse na kratak period (Eurosong, Univerzijada, sportske priredbe).

„Oblak“ koriste i potrošači, tj. fizička lica. Oni zakupljuju virtuelne desktop računare ili infrastrukturu provajdera za skladištenje podataka (Gdrive, Dropbox). „Oblak“ ispunjava njihove komunikacione (e-mail servisi, društvene mreže) i kulturne potrebe. Potrošači retko plaćaju novčanu naknadu, većina njih pristaje na neku drugu vrstu protivčinidbe.

Nezavisni isporučioци aplikacija su između potrošača i poslovnih korisnika. Ovi preduzetnici preko servisa „platforma kao usluga“ razvijaju proizvode, nude ih tržištu, izvode obuku ili pružaju raznovrsne usluge. Sa provajderom dele ostvareni prihod (asimetrični ortakluk).

Javna preduzeća i državne ustanove u inostranstvu preko „oblaka“ efikasno pružaju usluge građanima. Ugovori sa provajderima se zaključuju javnim nadmetanjem i imaju javno-pravne elemente pa je ova kategorija korisnika u znatno boljem položaju od ostalih. Škole i univerziteti u svetu uveliko koriste „oblak“, umesto da grade skupu sopstvenu infrastrukturu koja brzo zastareva.

Nasuprot korisnicima, tabor provajdera je mnogo uniformniji. To su uglavnom multinacionalne, visoko-tehnološke kompanije koje posluju globalno i stiču ogroman profit koristeći nove poslovne modele, teško uklopive u flegmatični ugovorni pravni okvir 20. veka. Za mnoge modele još uvek nema ni adekvatnog prevoda, pa se koriste izvorni engleski termini, npr. freemium (Hunt, 2015: 453).

#### **4. Sporazumi između korisnika i provajdera**

Odnos između provajdera i korisnika uređen je ugovorom. U njemu se navodi da „oblak“ servisi omogućavaju korisniku da upotrebljava server, mrežnu opremu i aplikacije u računarskoj infrastrukturi provajdera. Telekomunikaciona mreža i resursi ostaju isključivo u svojini provajdera. Glavna obaveza korisnika je da plati naknadu i poštuje provajderova pravila. Glavna obaveza provajdera je da korisniku omogući korišćenje i neprekidnu vezu sa resursima koje korisnik zatraži u okviru servisa. Provajder je dužan da svoju telekomunikacionu mrežu i resurse, neophodnu za korišćenje usluge, održava u ispravnom stanju. Odnosi između ugovarača su jako složeni zbog brojnih sporednih obaveza. Ugovor između njih nije jedinstven akt u formalnom smislu, nego se sastoji

iz više akata (opšti uslovi poslovanja, sporazumi o: nivou usluge, ponašanju korisnika, privatnosti) (Bradshaw, Millard, Walden, 2011: 14). U nekim konkretnim slučajevima ti akti zajedno imaju i preko 19.000 reči (Hunt, 2015: 461), što je četiri puta više od ovog rada.

Opšti uslovi poslovanja sadrže generalne odredbe koje regulišu odnos provajdera i korisnika. Provajder ih nudi kao stalnu i opštu ponudu, a skrojeni su pristrasno po njegovoj meri. Ugovor se zaključuje tako što korisnik prihvati opšte uslove provajdera, što redovno čini online. Najvažniji sastojci su određena naknada i drugi komercijalni elementi, klauzule o isključenju provajderove odgovornosti, izbor merodavnog prava i načina rešavanja sporova, kao i trajanje ugovora (Bradshaw, Millard, Walden, 2011: 15). Egzoneracione klauzule u korist provajdera su jako problematične jer sav rizik prouzrokovanja štete prebacuju na korisnika. Njih provajderi unose u opšte uslove poslovanja pozivajući se na zaštitu koju im je zakonodavac dao iz sasvim drugih razloga. Pitanje odgovornosti pružaoca internet usluga regulisano je Zakonom o elektronskoj trgovini izrađenom po uzoru na Direktivu o elektronskoj trgovini.<sup>9</sup> Propisi isključuju odgovornost provajdera za prenos, privremeno i trajno skladištenje protivpravnog sadržaja ako su ispunjeni određeni uslovi. Provajder sadržaja eksploatiše korisnički sadržaj, ali za njega ne odgovara. Zašto maksima *cuius commoda eius et incommoda* ne bi važila i u digitalnom društvu? (Cvetković, 2011: 265).

U opštim uslovima se navode svi ostali posebni sporazumi, presudni za međusobni položaj ugovarača. Oni važe ako je korisnik sa njima upoznat i ako je na njih pristao. Strani sudovi beleže slučajeve gde se neadekvatno prikazivanje ovih sporazuma (samo kao hyperlink) smatra nepoštenom trgovačkom praksom (Comparative Study, 2015: 33).

Sporazum o nivou usluge ima tehnički karakter, tipičan je za teretne servise i bliže određuje kvalitet provajderove usluge. Njen nivo zavisi od visine naknade koju korisnik plaća. Sporazumom se detaljnije određuje kako servis reaguje pod opterećenjem, koliko vremena je potrebno da se sistem oporavi nakon prekida, kakva je korisnička podrška i sl. S obzirom na to da se usluga pruža na daljinu i zavisi od spoljnih faktora i složene infrastrukture, izvesno je da će se dešavati neželjene situacije u kojima će servis biti nedostupan. Sporazumom o nivou usluge predviđeni su određeni vidovi obeštećenja u tom slučaju. Tipično je da provajder uskraćuje korisniku pravo na bilo kakve lekove sem tzv.

---

<sup>9</sup> Zakon o elektronskoj trgovini, *Sl. glasnik RS*, 41/09 i 95/13; Directive on electronic commerce (2000/31/EC).

„servisnih kredita“ i to samo usled okolnosti koje je provajder mogao da kontroliše (Hon, Millard, Walden, 2012: 96). Servisni kredit je unapred ugovorena kompenzacija za vremenski period kada je činidba provajdera ispod ugovorenog nivoa. U praksi se javljaju različite verzije, slične ugovornoj kazni ili penalima. Retko je to određena novčana suma, odnosno pravo na umanjeње cene. Redovno se kredit sastoji u tome da korisnik dobija pravo da bez naknade koristi servis u određenom budućem periodu (npr. pad sistema od 6 minuta, donosi kredit od 600 besplatnih minuta) (Bradshaw, Millard, Walden, 2011: 37). Ipak, u određenim slučajevima, servisni kredit je pogodnost za korisnika, jer ne mora da dokazuje svoju štetu.

Kao referentna tačka za procenu saobraznosti, sporazum o nivou usluge je vrlo važan. Sa jedne strane polazi se od ugovornih odredbi i njihovog tumačenja, sa druge uzimaju se u obzir i razumna očekivanja korisnika, zato što je on pristupio ugovoru koji je sastavio provajder. Pored toga, ukoliko ugovorene odredbe znatno odstupaju od osnovnih principa ugovornog i potrošačkog prava, odnosno daju provajderu neopravdano veliku prednost, one su ništave, pa važe dispozitivna pravila imenovanih ugovora po analogiji.

Sporazum o ponašanju korisnika postoji kod svih „oblaka“ (bez obzira da li su teretni ili besplatni), a sadrži negativne obaveze, odnosno zabrane. Njemu se nalaže da ne ugrožava rad i bezbednost servisa i ne nanosi štetu provajderu, ne uznemirava druge korisnike, ne koristi servis za neovlašćeni pristup autorskim pravima ili pravima industrijske svojine trećih lica, kao i drugim tuđim informacijama ili resursima, ne čini nelegalne radnje itd. Zanimljivo, Facebook zabranjuje licima osuđenim zbog seksualnih delikta pristup njegovom servisu. Provajderi se tako ograđuju od protivpravnog ponašanja svojih korisnika (tu npr. spada: nedozvoljeno slanje poruka, postavljanje uvredljivog sadržaja, govora mržnje, zagovaranje diskriminacije i slično). Nepoštovanje pravila ponašanja je razlog da provajder jednostrano raskine ugovor (Bradshaw, Millard, Walden, 2011: 19–20). Ovde postoji analogija sa ugovorom o zakupu. Ako zakupac i posle opomene zakupodavca upotrebljava stvar protivno ugovoru ili njenoj nameni ili zapušta njeno održavanje, te postoji opasnost znatne štete za zakupodavca, ovaj može otkazati ugovor bez davanja otkaznog roka (čl. 582 ZOO).<sup>10</sup>

Sporazum o privatnosti uređuje kako provajder koristi podatke prikupljene od korisnika i predviđa mere koje je dužan da preduzme kako

---

10 Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ*, 29/78 – *Sl. list SCG*, 1/03.

bi ih zaštitio od trećih. On bi trebalo da sledi isključivo instrukcije korisnika, poštujući određene bezbednosne mere. Provajder se obavezuje na diskreciju. Ne sme da pristupa podacima korisnika, osim kada je to nužno zbog održavanja servisa. Podatke otkriva trećem samo na osnovu sudske odluke, ali pojedini provajderi korisničke podatke dostavljaju i na zahtev državnih vlasti (Bradshaw, Millard, Walden, 2011: 26). U vezi sa zaštitom ličnih podataka je i pitanje njihove geografske lokacije.

„Izvoz“ podataka predmet je Direktive o zaštiti podataka,<sup>11</sup> što je naročito važno kada se radi o provajderu izvan EU. Nažalost, poslovna praksa provajdera jako odstupa od gore navedenih preporuka, pa u praksi nije jasno ni koje sve korisničke podatke sakupljaju, ni kako ih koriste (Svantesson, Clarke, 2010: 394).

## 5. Pravna priroda ugovora

### 5.1. Bitne osobine

Pre rasprave o pravnoj prirodi „oblak“ ugovora, treba ukazati na neke njegove osobine odlučujuće za pravilnu kvalifikaciju. U pitanju je konsensualan ugovor, koji se zaključuje samom saglasnošću volja. U praksi, najčešće tako što korisnik pristane na opšte uslove provajdera objavljene na njegovom sajtu.

Treba imati u vidu da se, prema rasporedu obaveza, radi o obostrano-obavezujućem ugovoru. I korisnik i provajder su istovremeno u ulozi poverioca i dužnika. To ponekad nije uočljivo na prvi pogled, zato što nasuprot glavne obaveze provajdera (da pruži uslugu) u nekim slučajevima nema glavne protivčinidbe korisnika (da plati novcem). Međutim, uvek postoje brojne negativne obaveze korisnika. On je dužan da poštuje pravila ponašanja koja određuje provajder. Te obaveze nisu direktna protivčinidba glavnoj obavezi provajdera, ali nisu ni sporedne jer u slučaju njihove povrede dolazi do raskida ugovora. Zato se radi o pravom, sinalagmatičnom ugovoru koji stvara uzajamne obaveze ugovarača.

Prema tome da li se za korist koja se na osnovu ugovora stiže isplaćuje naknada drugoj ugovornoj strani, ugovori se dele na teretne i besplatne (dobročine).<sup>12</sup> Ovde je reč o poslu lukrativnom za provajdera. Najčešće

---

11 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

12 U domaćoj literaturi se za besplatan ugovor koristi i termin dobročin ugovor. Ova dva pojma ipak treba razlikovati, jer dobročinstvo sadrži kvalitet više (npr.

se usluga daje besplatno na probu, pa se za produženje ili proširenje njenog obima zahteva naknada. Obaveza korisnika je nekad sasvim vidljiva, npr. kada uslugu plaća novcem. Međutim, postoje i ugovori gde je naknada korisnika, naročito kada je on fizičko lice, manje uočljiva. Često provajderi svoje usluge reklamiraju kao besplatne kako bi namamili korisnika – fizičko lice. Međutim, on „plaća“ svojim ličnim podacima ili na neki drugi način (npr. pristajanjem na reklamu). Kao sve vrednije sredstvo plaćanja javljaju se lični podaci. Usluga se pruža ako korisnik pristane da provajder prikuplja podatke o njemu (npr. o navikama, afinitetima, stavovima, kretanju, interesovanju). Podaci se prodaju trećem (kao što čini Facebook) ili se koriste za tzv. ciljani marketing (Google). Lični podaci se lako pretvaraju u novčanu vrednost, donoseći ogroman profit. Javljaju se i drugačije nenovčane protivčinidbe, npr. da bi se pogledao snimak ili slušala muzika, potrošač mora da se registruje, odgleda reklamu, popuni upitnik. Ovakvi ugovori razlikuju se od klasičnih teretnih ugovora jer korisnik ima utisak da je provajderova usluga besplatna. Razlikuju se i od uobičajenih besplatnih ugovora jer provajder iz njih izvlači veliku korist, mada izgleda kao da posluje u interesu korisnika. Svakako se provajder ne može izjednačiti sa jednim poklonodavcem. Zato se ovo obeležje može označiti kao pseudobesplatnost.<sup>13</sup> Važno je napomenuti da su „oblak“ ugovori u privredi uvek teretni.

Pravilna kvalifikacija osobina jednog pravnog posla je presudna iz više razloga. Na teorijskom planu postoje velike razlike između različitih pravnih sistema. Naime, u anglosaksonskom pravu, da bi jedan sporazum bio prinudno izvršiv ugovor, zahteva se „consideration“. U najširem smislu, nužno je da nasuprot činidbe postoji protivčinidba. Konkretnije, bez naknade nema ugovora i besplatni poslovi nisu predmet ugovornog prava. Međutim, uvaženo je da neimovinske protivčinidbe korisnika takođe treba uzeti u obzir (Bradshaw, Millard, Walden, 2011: 15). Nemački sud ističe da je pristajanje na opšte uslove provajdera dovoljno za „consideration“, pa provajder ne uživa beneficiju blaže ugovorne odgovornosti kao besplatni prenosilac (Hunt, 2015: 466). Na praktičnom planu kontinentalnog prava, razlikovanje teretnog od besplatnog posla je važno zbog ugovorne odgovornosti (samo kod teretnih postoji odgovornost za pravne i materijalne nedostatke). Kod besplatnih ugovora nema ekvivalencije, pa se pribavilac naročito ne štiti. Pribavilac koji nije platio ne treba da očekuje isti kvalitet

---

besplatno davanje narkotika sigurno nije dobročinstvo) (Cvetković, 2013: 420).

13 Ovo obeležje bliže je opisano u radu (Cvetković, Nikolić, 2015: 53).

kao onaj koji je zaključio teretni ugovor. Ovde međutim treba uvažiti da isplata novčane sume nije ni jedini ni najvažniji oblik naknade.

Kod obligacija sredstava izvršenjem prestacije ne mora se postići i krajnji rezultat za poverioca. Kod ovih obligacija dužnik se obavezuje da izvrši određenu radnju, bez obzira da li se njenim ostvarenjem realizuje određeni cilj. Tu činidbu mora da preduzme sa dužnom pažnjom, odnosno prema pravilima odgovarajuće struke. Kad dužnik tako ne postupi, smatra se da obligacija nije izvršena. Pod obligacijama cilja (rezultata) se podrazumevaju obligacije kod kojih se dužnik ne obavezuje samo da uradi neki posao, tj. izvrši određenu činidbu, već se obavezuje da će preduzimanjem tih radnji postići određeni rezultat. Postavlja se pitanje da li je obaveza provajdera obligacija cilja ili obligacija sredstva. Odgovor zavisi od konkretnog ugovora. Ukoliko nema preciznijih ugovornih odredbi, za uslugu provajdera se u načelu pretpostavlja da se radi o obligaciji sredstva. Međutim, ako postoje pretežni elementi ugovora o delu (odnosno što je činidba šira), onda se ipak traži ugovorom određen rezultat. Takođe, kada se provajder obaveže na određeni nivo usluge, odmah se prepoznaju obligacije rezultata. Međutim, ako se obavezao da će „učiniti sve što je u okviru njegovih (tehničkih) mogućnosti“, onda je pak reč o obligaciji sredstva (Comparative Study, 2015: 32). Dakle, konačna ocena donosi se na osnovu tumačenja konkretnih ugovornih odredbi. Korisniku više odgovara da se provajderova činidba okarakterise kao obaveza rezultata.

## ***5.2. Analogija sa imenovanim ugovorima***

U doktrini nema jedinstvenog stanovišta o pravnoj prirodi ugovora između provajdera i korisnika. Ovaj ugovor svakako nije klasičan obligacioni ugovor pa nema saglasnosti koja pravila treba primeniti.

Mada se u nekim ugovorima iz domaće poslovne prakse pominje kupovina,<sup>14</sup> doktrina naglašava da „oblak“ ugovor treba razlikovati od ugovora o prodaji (Hunt, 2015: 456). Po klasičnoj definiciji, ugovorom o prodaji obavezuje se prodavac da prenese na kupca pravo svojine na prodatu stvar i da mu je u tu svrhu preda, a kupac se obavezuje da plati cenu u novcu i preuzme stvar (čl. 454, st. 1 ZOO). Glavna razlika je u tome što se između provajdera i korisnika ne prenosi svojina, a sticanje svojine je osnov prodaje (causa acquirendi). Nešto šire shvatanje prodaje dozvoljava, pored svojine, i prenos nekog drugog prenosivog prava. Prodavac nekog drugog

---

14 *Opšti uslovi korišćenja cloud servisa Telekoma Srbija*, Retrived 25, Sep 2015, from: <https://oblaci.rs/>

prava obavezuje se da kupcu pribavi prodato pravo, a kad vršenje tog prava zahteva državinu stvari, da mu i preda stvar (čl. 454, st. 2 ZOO). Međutim, provajder ne prenosi na korisnika nikakvo subjektivno građansko pravo, već se ugovorom o „oblaku“ omogućava upotreba provajderovih resursa. Ovlašćenje upotrebe je samo jedna komponenta (atribut) svojine, a nije samostalno građansko subjektivno pravo čak i kada, u tradicionalnim pravnim poslovima, onaj ko upotrebljava tuđu stvar ima neposrednu državinu. Korisnik „oblaka“ nema nikakvu državinu. Druga važna razlika između „oblak“ ugovora i prodaje je u njenom drugom bitnom elementu. Nema prodaje bez cene izražene pretežno u novcu, a obaveza korisnika je često nenovčana.

Nemački teoretičari pravnu prirodu „oblak“ ugovora određuju prema tome da li je posao besplatan ili teretan. Ako je reč o teretnom poslu, onda je on najbližiji ugovoru o zakupu (Comparative Study, 2015: 28). Klasičan ugovor o zakupu se definiše kao ugovor kojim se obavezuje zakupodavac da preda određenu stvar zakupcu na upotrebu, a ovaj se obavezuje da mu za to plaća određenu zakupninu (čl. 567 ZOO). Sličnosti između „oblak“ ugovora i zakupa zaista postoje. I korisnik i zakupac upotrebljavaju tuđu stvar, za šta plaćaju naknadu. Oba ugovora su dugotrajna, u smislu da obim činidbi zavisi od proteklog vremena. Provajder, kao i zakupodavac, održava predmet činidbe (računarske resurse/odnosno zakupljenu stvar) u ispravnom stanju. Korisnik „oblaka“ je dužan da poštuje pravila ponašanja koja određuje provajder, slično kao što zakupac upotrebljava stvar prema ugovoru ili njenoj nameni, poput dobrog privrednika i dobrog domaćina. Podzakup se može prepoznati u servisu „platforma kao usluga“, kada korisnik nudi usluge trećem. Provajder je tu u položaju zakupodavca, korisnik je zakupac, a treći podzakupac. Sa druge strane, postoje i krupne razlike između „oblak“ ugovora i zakupa. Glavna obaveza zakupodavca je predaja individualno određene stvari, koju nakon prestanka ugovora zakupac vraća. Kod „oblak“ ugovora nema nikakve fizičke predaje, samim tim ni vraćanja. Provajderov hardver ostaje isključivo u njegovoj državini. Doduše, po prestanku ugovora, resursi se automatski „vraćaju“ provajderu. Postoji još jedna razlika. Ugovor o zakupu je uvek teretan, zakupnina se određuje u novcu ili drugoj zamenljivoj stvari, tj. važe pravila o ceni koja mora biti određena ili određiva, srazmerna i stvarna. Protivčinidba korisnika „oblaka“ je mnogo šira, te je ponekada nije moguće kvantitativno odrediti, a još manje se mogu ispuniti zahtevi da bude stvarna i srazmerna (npr. kada glavna obaveza korisnika nije novčana). Ove razlike remete gore citiranu koncepciju nemačkih teoretičara.



Besplatno pružanje „oblak“ usluge nemački autori karakterišu kao beskamatni zajam. Po klasičnoj definiciji, ugovorom o zajmu obavezuje se zajmodavac da preda u svojinu zajmoprimcu određenu količinu novca ili kojih drugih zamenljivih stvari, a zajmoprimac se obavezuje da mu vrati posle izvesnog vremena istu količinu novca, odnosno istu količinu stvari iste vrste i istog kvaliteta (čl. 557 ZOO). Analogija zaista postoji: oba ugovora su dugotrajna; provajder ne može da koristi resurse ustupljene korisniku dok odnos traje, isto kao što se zajmodavac privremeno lišava zamenljive stvari u korist zajmoprimca. Sa druge strane, zamerke istaknute povodom poistovećivanja „oblak“ ugovora sa prodajom važe i za zajam: nema prenosa svojine i predmet činidbe nije stvar. Osim toga, iako je zbog obaveze zajmoprimca da pozajmljeno vrati obostrano-obavezujući, beskamatni zajam je tipičan primer besplatnog pravnog posla. Ugovor o „oblaku“, kada nije očigledno teretan, u najboljem slučaju je po korisnika pseudobesplatan. Pored toga, beskamatni zajam se daje s obzirom na lična svojstva zajmoprimca. Naprotiv, provajder nudi svoje usluge nepoznatim, unapred neodređenim korisnicima, a radi sticanja dobiti, pa svakako nije posao intuitu personae.

Budući da nema prenosa svojine sa provajdera na korisnika, i imajući u vidu da on ugovorom stiče samo ovlašćenje da upotrebljava provajderove resurse, ostaje analogija sa ugovorom o posluži. U klasičnom značenju, tim ugovorom poslugodavac predaje nepotrošnu stvar poslugoprimcu da je besplatno upotrebljava, a poslugoprimac je dužan da po isteku vremena istu stvar vrati. Međutim, ovoj analogiji se može zameriti da je posluga besplatan ugovor, a ugovor o „oblaku“ nije.

### **5.3. Zaštita potrošača**

Kada je korisnik fizičko lice, i na tržištu pribavlja usluge u svrhe koje nisu namenjene njegovoj poslovnoj ili drugoj komercijalnoj delatnosti, a provajder se uklapa u definiciju trgovca (pravni subjekat koji nastupa na tržištu u okviru svoje poslovne delatnosti ili u druge komercijalne svrhe), „oblak“ ugovor je potrošački ugovor. Za korisnika je takva kvalifikacija povoljna jer onda uživa pojačanu zaštitu, dobijajući status potrošača. Uostalom, po ugledu na Direktivu o pravima potrošača, srpski zakonodavac u Zakonu o zaštiti potrošača pominje i „digitalni sadržaj“.<sup>15</sup> Propisi o zaštiti potrošača su *lex specialis* u odnosu na opšti ugovorni režim. Tako npr. pošto se skoro uvek radi o ugovoru zaključenom na daljinu, postoji predugovorna obaveza provajdera

---

15 Zakon o zaštiti potrošača, *Sl. glasnik RS*, 62/14.

da potrošača informiše pre zaključenja ugovora kao i pravo korisnika na jednostrani raskid.

Propisi o zaštiti potrošača primenjuju se na ugovor o isporuci robe i ugovor o pružanju usluge. Smatra se da su pravila o prodaji robe neprimenljiva (Comparative Study, 2015: 8), zato što se roba definiše kao telesna pokretna stvar, a predmet provajderove činidbe je sasvim drugačije prirode. Treba imati u vidu da je predmet činidbe kod zajma zamenjiva stvar, odnosno kod zakupa i usluge individualizovana stvar, te se argument netelesnosti i kod ovih analogija uspešno može istaći.

Pošto je pravila o prodaji robe doktrina odbacila, ostaje samo jedno rešenje. Ugovor o pružanju usluga je svaki ugovor, koji nije ugovor o prodaji, u skladu sa kojim prodavac pruža ili se obavezuje da pruži uslugu potrošaču, kao što je izrada ili opravka određene stvari ili izvršenje određenog fizičkog ili intelektualnog rada, a potrošač plaća ili se obavezuje da plati cenu za uslugu (čl. 5, tč. 23 ZZZP). U ovu zakonsku definiciju uklapa se „oblast“ ugovor ukoliko se ona malo šire protumači. U tom smislu, izraz „cena“, u klasičnom obligacionom pravu vezan za novac, treba zameniti izrazom „naknada“. Provajder svojim radom obezbeđuje korisniku upotrebu resursa, što ovaj plaća u novcu ili na neki drugi način. Upada u oči sličnost sa ugovorom o delu, s tim što je njegov bitan sastojak fizički ili faktički posao poslenika, a postoji i obaveza naručioca da posao primi.

Što se položaja korisnika tiče, njemu ide u prilog da se „oblast“ ugovor tretira kao uslužni potrošački, mada zakonodavac nije previše rigorozan prema pružaocu usluge. Provajder je dužan da potrošaču pruži uslugu saobraznu ugovorenoj (čl. 80 ZZZP). Ona to nije ako: ne odgovara opisu koji je dao provajder, nema posebna ili redovna svojstva, ne odgovara očekivanjima koja su osnovana s obzirom na prirodu usluge i javna obećanja prodavca (čl. 81 ZZZP). Pravni standardi kao što su „razumna očekivanja“ ili „redovna svojstva“ su poznati kada se odnose na tradicionalne usluge. Zbog novosti, ti pravni standardi nisu izgrađeni ni u sudskoj praksi ni u doktrini kada se radi o online okruženju, ali postoje određeni pomaci. Provajder duguje pažnju „dobrog privrednika“, odnosno treba da postupa stručno. U jednoj parnici engleski sud je utvrdio da provajder nije tako postupio jer softver, stavljen na raspolaganje korisniku, nije bio adekvatan njegovim konkretnim potrebama. Usluga treba da je pogodna za naročitu upotrebu zbog koje je korisnik traži (Comparative Study, 2015: 30). U francuskom pravu, opšta pravila o saobraznosti usluge važe i za „oblast“. U nemačkom pravu, takva pravila važe ako se ne mogu

primeniti pravila koja važe za imenovane ugovore. Provajder mora da pokaže „razuman stepen pažnje“ (Comparative Study, 2015: 30). U slučaju nesaobraznosti, korisnik ima pravo na sniženje cene i raskid ugovora, a ovaj poslednji lek je ujedno i jedini ako je ugovor pseudobesplatan.

## **6. Prestanak ugovora**

U slučaju prestanka „oblak“ ugovora, otvaraju se interesantna specifična pitanja. U literaturi se pominju post-ugovorne obaveze provajdera. Njihov predmet su korisnički podaci pohranjeni u „oblaku“. Provajder je dužan da ih nakon prestanka ugovora vrati korisniku. I ovde postoji analogija sa imenovanim ugovorima. Zakupac može odneti dodatke koje je učinio na stvari ako se mogu odvojiti bez njenog oštećenja (čl. 585 ZOO). Kada se norma primeni na online okruženje sledi da korisnik ima pravo da ukloni podatke sa hardvera provajdera.

Kako bi se sprečilo da korisnik dođe u nezavidan položaj zavisnosti od provajdera, važno je stvoriti uslove za mobilnost korisničkih podataka. Provajder ima interes da zadrži korisnika što duže, pa tehničkim merama stvara situaciju u kojoj je korisnik „zaključan“ za njegov servis (Commission Staff, 2012: 27). Zato je sloboda korisnika, odnosno mogućnost „selidbe“ na drugi servis, važan element „oblak“ ugovora. Sudovi su potvrdili da je provajder dužan da dozvoli transfer, pa i da saraduje sa novim provajderom kojeg je korisnik izabrao (Comparative Study, 2015: 54). Zato bi provajder trebalo da sačuva podatke korisnika određeno vreme nakon prestanka ugovora. U nekim slučajevim potrebno je sačuvati podatke i nakon smrti korisnika, npr. kada provajder ima podatke o elektronskoj valuti preminulog.

Sa druge strane, korisnik je zainteresovan da nakon transfera njegovi podaci budu definitivno obrisani, jer on ima pravo da bude zaboravljen. Provajder ima suprotan interes, pa je nužno ovo pitanje urediti ugovorom. Problem je tehnički jako složen. Naime, podaci se fizički ne uništavaju, već se samo menja njihov status u smislu da se „preko njih“ mogu upisati novi (Hon, Millard, Walden, 2012: 117). Sve do tog trenutka, podaci se nalaze na hardveru provajdera čak 30 pa i 60 dana i mogu se povratiti, iako su obrisani (Svantesson, Clarke, 2010: 394). Zato advokati informisanih korisnika ugovaraju specifično pravo na jednostrani raskid ugovora u slučaju da provajdera preuzme korisnikov konkurent (Hon, Millard, Walden, 2012: 122).

## 7. Zaključak

Zakonske norme o imenovanim ugovorima (prodaja, zakup, zajam, posluga), bazirane na rimskim kontraktima, a kodifikovane početkom 19. veka, koncipirane su za telesna, pokretna dobra, faktički i fizički posao. Pravni promet današnjice odnosi se na drugačije činidbe, sa razmera pravne istorije donedavno potpuno nezamislive. Zato modernom pravniku nije lako da tradicionalni arsenal upotrebi u online izazovima. Stvarnost vrši veliki pritisak da se, ne samo Posebni deo ugovornog prava kao najdinamičnija oblast Obligacionog prava, već i opšta Civilistika, obogate novim pojmovima. Pomaci u tom smislu (npr. „digitalni sadržaj“ kao zakonom definisan predmet činidbe) su samo početak. Ipak, anahronizam između propisa i online pravnog života ponekada je toliko veliki da literatura često predlaže da se „oblak“ ugovor shvati kao pravni posao sui generis, što samo potvrđuje da su pozitivni propisi, u računarskom žargonu, „nežurirani“.

Na „oblak“ ugovor mogu se po analogiji primeniti pojedina pravila imenovanih ugovora jedino ako se ona široko shvate. Tako npr. pravila namenjena ugovoru o zakupu su najbliža servisu „infrastruktura kao usluga“, gde je provajder zakupodavac skladišta za podatke, a korisnik je zakupac. Međutim, što je činidba provajdera šira, to je manje sličnosti za zakupom. Klasična pravila se koriste u odsustvu ugovorenih, ili kada su ugovorne klauzule nevažeće jer nepravilno prema korisniku favorizuju provajdera.

Korisnik „oblaka“ kao potrošač uživa veći stepen zaštite nego drugi korisnici, naročito kada su to mala i srednja preduzeća. Njima ostaje jedino zaštita koja proizilazi iz opštih načela ugovornog prava, npr. tumačenje formularnih ugovora contra stipulatorem. Doduše, tretiranje „oblak“ ugovora kao ugovora o usluzi nije neka posebna privilegija jer je i samo „pravo potrošača usluga“ nerazvijeno. Koren provajderove dominacije je nejednakost znanja, razlika u ekonomskom smislu je sekundarna.

Pseudobesplatnost je veoma zanimljiva karakteristika pojedinih „oblak“ ugovora, mada se javlja i u drugim odnosima koji nastaju povodom interneta. Iz pseudobesplatnog „oblaka“ obe strane izvlače korist, ali razmena vrednosti između dve imovine ugovarača nije vidljiva, kao npr. kod prodaje gde prodavac ostaje bez stvari, ali dobija novac. Naprotiv, ovde postoji konverzija nematerijalne vrednosti (ličnih podataka i sl.) u materijalnu, a moć da je sprovede ima isključivo provajder. Sama konverzija nije nikakva novina, ona postoji recimo u slu čaju kada

tutor naplati učeniku za održani čas. Međutim, učenik zna da čas nije besplatan. Iako su korisnici, za sada, u ogromnoj većini zadovoljni što od provajdera dobijaju uslugu koju ne plaćaju novcem, pseudobesplatnost nikako ne treba izjednačiti sa pravom besplatnošću koja postoji npr. kod poklona. Ovo je važno zbog velikih praktičnih razlika u vezi ugovorne odgovornosti između obostrano-obavezujućih teretnih i jednostrano-obavezujućih besplatnih ugovora.

## Literatura

Bradshaw, S., Millard, C., Walden, I. (2011). Contracts for clouds: Comparison and analysis of the terms and conditions of cloud computing services. *International Journal of Law and Information Technology*. 19/3. 187–223

Commission decision of 18 June 2013 on setting up the Commission expert group on cloud computing contracts. (2013/C 174/04)

Commission Staff Working Document. Accompanying the document: *Unleashing the Potential of Cloud Computing in Europe*. Brisel. 2012

DLA Piper UK LLP, *Comparative Study on cloud computing contracts*. (2015). Luxembourg. ISBN 978-92-79-46480-5. doi:10.2838/16333

Hon, W. K., Millard, C., Walden, I. (2012). Negotiating Cloud Contracts: Looking at Clouds from Both Sides Now. *Stanford Technology Law Review*. 16/1. 79–129

Hunt, M. K. (2015). CloudConsumer: contracts, codes & the law. *Computer Law & Security Review*. 31/4. 450–477

Svantesson, D., Clarke, R. (2010). Privacy and consumer risks in cloud computing, *Computer Law and Security Review*. 26/4. 391–397

Zakon o zaštiti potrošača. *Sl. glasnik RS*. Br. 62(2014)

Zakon o obligacionim odnosima. *Sl. list SFRJ*. Br. 29(1978)/ *Sl. list SCG*. Br. 1(2003) – Ustavna povelja

Cvetković, M. (2011). Odgovornost pružaoca usluga informacionog društva za štetu koju prouzrokuju njihovi korisnici protivpravnim sadržajem. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 58. 249–266

Cvetković, M. (2013). Objektivni element ugovora o poklonu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 65. 419–436

Cvetković, M. Nikolić, Đ. (2015). Saobraznost digitalnog sadržaja. *Pravo i privreda*. 7–9. 47–65

**Mihajlo Cvetković, LL.D**

Assistant Professor

Faculty of Law, University of Niš

## **CONTRACT ON USING COMPUTER RESOURCES OF ANOTHER**

### **Summary**

*Contractual relations involving the use of another's property are quite common. Yet, the use of computer resources of others over the Internet and legal transactions arising thereof certainly diverge from the traditional framework embodied in the special part of contract law dealing with this issue. Modern performance concepts (such as: infrastructure, software or platform as high-tech services) are highly unlikely to be described by the terminology derived from Roman law. The overwhelming novelty of high-tech services obscures the disadvantageous position of contracting parties. In most cases, service providers are global multinational companies which tend to secure their own unjustified privileges and gain by providing lengthy and intricate contracts, often comprising a number of legal documents. General terms and conditions in these service provision contracts are further complicated by the "service level agreement", rules of conduct and (non)confidentiality guarantees. Without giving the issue a second thought, users easily accept the pre-fabricated offer without reservations, unaware that such a pseudo-gratuitous contract actually conceals a highly lucrative and mutually binding agreement. The author examines the extent to which the legal provisions governing sale of goods and services, lease, loan and commodatum may apply to "cloud computing" contracts, and analyses the scope and advantages of contractual consumer protection, as a relatively new area in contract law. The termination of a service contract between the provider and the user features specific post-contractual obligations which are inherent to an online environment.*

**Key words:** contract, Internet, performance (*praestatio*), services, analogy, consumers, pseudo-gratuitous contracts, cloud computing.

**Dr Marija Đorić,\***  
Naučni saradnik,  
Institut za političke studije u Beogradu

originalan naučni članak

UDK: 329.055.1

Rad primljen: 17.02.2016.  
Rad prihvaćen: 24.04.2016.

## **PROBLEM DEFINISANJA SAVREMENOG DESNIČARSKOG EKSTREMIZMA U POLITIČKOJ TEORIJI\*\***

**Apstrakt:** U radu se istražuju teorijske kontroverze u vezi sa definicionim određenjem desničarskog ekstremizma. Kako je ekstremizam varijabilan, amorfan i nedovoljno istražen fenomen koji je uslovljen vremenom, prostorom, političkim, te kulturnim razlikama, tako je u polju političkih nauka nastala jedna velika konfuzija u definisanju desničarskog ekstremizma. Problem istraživanja desničarskog ekstremizma se dodatno usložnjava jer postoji niz naziva koji se u savremenoj literaturi koriste kao njegovi sinonimi poput desnog radikalizma, neonacizma, neofašizma, ultraradikalizma itd. Otežavajuća okolnost u teorijskom određenju ekstremne desnice je i to što se u mnogim kako administrativnim, tako i akademskim definicijama, ne pravi jasna distinkcija između ekstremizma i srodnih fenomena poput terorizma, radikalizma i populizma. U cilju što validnijeg teorijskog određenja desničarskog ekstremizma, autorka je podrobno analizirala sve komponente koje grade ovaj fenomen i ispitala njihov kauzalitet.

**Ključne reči:** ekstremizam, desnica, desničarski ekstremizam, politička teorija, definicija ekstremizma, nasilje.

---

\* mara.djoric@yahoo.com

\*\* Rad je nastao u okviru naučnoistraživačkog projekta "Demokratski i nacionalni kapaciteti političkih institucija Srbije u procesu međunarodnih integracija" (evidencioni broj 179009), finansiranog od strane Ministarstva prosvete i nauke Republike Srbije.

## 1. Određenje ekstremizma

Da bi se valjano istražile sve teorijske kontroverze u vezi sa određenjem savremene ekstremne desnice, potrebno je najpre pojasniti fenomen ekstremizma. U etimološkom smislu, ekstremizam potiče iz latinskog jezika (lat. *extremus*) i označava krajnost u određenim stavovima, idejama, vrednostima ili delanju. Latinski izraz *ad extrema* ukazuje na nešto što ide do krajnjih granica, baš kao što i ekstremiteti – noge i ruke, predstavljaju završetke, odnosno kraj čovekovog tela. Van te “granice” našeg bića se nalazi sfera nepoznatog koja pravi demarkacionu liniju razdvajanja – “Mi” i “Oni”.

Kod ljudskog bića postoji svest o sopstvenom postojanju, narodu ili etničkoj grupi kojoj pripada, prostoru na kome egzistira, ali i svest o prostoru na kome se nalaze drugi. Lični kao i kolektivni prostor egzistencije je omeđen granicama do kojih se pruža. Van tih stvarnih ili metaforičkih granica se često osećamo nesigurno, jer ne poznajemo dovoljno novi prostor i ne znamo kakve nas opasnosti u njemu sve čekaju. Aristotel je u “Fizici” pisao o strahu od praznog prostora (*horror vacui*), *smatrajući da svaka praznina ima potrebu da bude ispunjena* (Aristotel, 2006). *U psihološkom kontekstu bi horror vacui mogao da se odnosi na strah od samoće i potrebu za pripadanjem. Čovek je predodređen kao zoon politikon da pripada određenom kolektivitetu, pa zato Aristotel u “Politici” tvrdi da van granica polisa žive samo bogovi i zveri.*

Ekstremizam se u društvu može okvalifikovati kao “ponašanje koje je na granici dozvoljenog, sa tendencijom da se naznačena granica pređe” (Đorić, 2014: 21.) Granice se u savremenim političkim sistemima mogu percipirati prvenstveno u vidu zakona ali i u vidu običaja i normi, čijim narušavanjem ulazimo u sferu ekstremizma koja je disharmonična i stoga nepoželjna u modernim demokratijama. Problem sa granicama je u tome što su one promenljive i što je teško naći zajednički konsenzus oko njihovog postojanja. Pre svega, granice su vremenski omeđene. Ono što je nekada bila normalnost u društvu sa stanovišta savremene demokratije može biti okvalifikovano kao ekstremna pojava. Na primer, u srednjem veku je inkvizicija koristila mučenje kao osnovnu metodu ispitivanja, dok se u 21. veku to može smatrati upotrebom ekstremnih sredstava i metoda.

Granice su uslovljene prostorom i kulturom datog prostora, pa tako danas u nekim islamskim državama žene koje su silovane izdržavaju zatvorsku kaznu jer su imale seksualne odnose pre braka<sup>1</sup>, a one koje su

---

1 Primer Avganistana.



preljubnice se kamenuju do smrti. Za evropsko-hrišćansku tradiciju ovakav odnos prema ženskom polu se može smatrati necivilizovanim i ekstremnim. Nije teško zaključiti da ono što predstavlja ekstremizam za jednu političku kulturu, u drugoj se može smatrati normalnim, te je evidentno da je percipiranje ekstremizma uslovljeno vremenom, prostorom i kulturološkim razlikama.

U političkoj praksi se izraz ekstremizam zloupotrebljava u velikoj meri, što još više otežava određenje ovog fenomena. Naime, političari često koriste izraz "ekstremista" kako bi diskreditovali političke protivnike. Dok je u vreme Francuske revolucije aristokratija nazivala ekstremistima buržoaziju, kasnije su isti naziv predstavnici radničke klase koristili za građansku klasu. Problem je u tome što se u politici ekstremistima nazivaju ne samo oni koji zaista koriste nasilje kao *modus operandi*, već i politički neistomišljenici koji ne pripadaju ekstremnoj političkoj opciji.

Ekstremizam se često poistovećuje sa srodnim pojavama, poput terorizma, i to je još jedan problem u preciznom određenju ove pojave. Odnos ekstremizma i terorizma je odnos opšteg i posebnog. Dok je svaki terorizam u isto vreme i ekstremizam, to ne važi u obratnom smislu reči, jer ne mora svaki ekstremizam voditi nužno ka višem stepenu političkog nasilja, tj. terorizmu.<sup>2</sup> I u pogledu zakonskog sankcionisanja, mnogo je lakše inkriminisati terorizam u odnosu na ekstremizam. U našem Krivičnom zakoniku postoji kazna za delo terorizma, dok se ekstremizam i ne spominje, pa samim tim i nema propisane kazne za delo ekstremizma. Doduše, postoje neki sinonimi u Zakoniku koji bi se mogli svrstati pod pojam ekstremizma (poput govora mržnje, diskriminacije i sl.), ali kod nas ekstremizam još uvek nije inkriminisan pod tim imenom. Razlog zašto je to tako se može naći upravo u amorfnosti i varijabilnosti fenomena ekstremizma, koja dovodi do problema njegovog definisanja, kako u akademskoj, tako i u administrativnoj sferi.

U nauci postoje različiti teorijski pristupi u određenju ekstremizma. Imajući u vidu da se ekstremizam pretežno bazira na kolektivnom identitetu, Simeunović navodi kako se "pojedinaac utapa u svoj izabrani kolektiv i služi mu bez obzira da li je reč o naciji, verskoj grupi ili rasi, pa čak i fudbalskoj, ili nekoj drugoj sportskoj navijačkoj grupaciji" (Simeunović, 2009:155), i dodaje kako se u osnovi svakog grupnog identiteta može pronaći arhaični, plemenski identitet koji još uvek nije

---

<sup>2</sup> Dobar primer su rasistički skinhedsi koji su tipični predstavnici ekstremista, ali za koje još uvek ne možemo reći da su teroristi.

civilizacijski prevaziđen. Simeunovićeve definicija ekstremizma glasi: „Ekstremizam je kompleksna društvena pojava zasnovana na prenatlaženim biološkim potrebama samozaštite i ksenofobičnoj varijanti identitetnog mehanizma, koje služe formiranju i opravdanju teško dozvoljivih stavova i agresivnog ponašanja kojima se, kao neprijateljska, ugrožava neka rasna, verska, etnička ili druga grupa. Ekstremizam odlikuju vigilantni formalno-zaštitni stav prema sopstvenoj grupi, koji podrazumeva preteranu revnost u iznalaženju neprijatelja i 'pravo' na netrpeljivost, mržnju i agresivnost prema pravom ili pretpostavljenom neprijatelju, kao i tendencija preuzimanja vođstva u svojoj grupi ili skupini radi njenog mobilisanja sa namerom sistematskog prelaska granica društveno dozvoljenog ponašanja, a sve u ime očuvanja vrednosti, identiteta i perspektive svoje grupe“ (Simeunović, 2009: 158). Iz ove definicije jasno vidimo da ekstremizam uglavnom korespondira sa nasiljem (a sve u ime "viših" ciljeva), što ga čini nepoželjnom i destruktivnom pojavom u društvu. Amorfne, kompleksne i nedovoljno profilisane pojave poput ekstremizma se mogu objasniti samo uz pomoć opširnih definicija, kao što je to slučaj sa definicijom Dragana Simeunovića koja sadrži sve potrebne elemente da bi se smatrala akuratom i naučno validnom.

Ekstremizmu su svojstveni i međugrupni odnosi koje je objasnio Šerif Muzafer (Sherif Muzafer), uspostavivši teoriju realističnih međugrupnih konflikata. Po ovoj teoriji postoji neposredna veza između ekstremizma i borbe za ekonomske resurse. Nedostatak ove teorije je što ne može da objasni nastanak spontanog takmičenja između grupa ukoliko ne postoji sukob interesa.

Teorija socijalnog identiteta ima suprotno viđenje ekstremizma jer smatra da se ovaj fenomen javlja kada postoji prenatlažen vigilantizam kod pojedinaca koji štite kolektivni, tj. grupni identitet. Prema ovoj teoriji pojedinac se odlučuje za ekstremistički pristup u situaciji kada proceni da je ugrožen aksiološki sistem grupe kojoj pripada, te vrlo često koristi nasilje u odbrani kolektivnog (i ujedno individualnog) identiteta.<sup>3</sup>

Prilikom pokušaja da naučno odredimo fenomen ekstremizma primećujemo njegovu kompleksnost, nedorečenost i varijabilnost, što otežava naučno objektivno istraživanje. U tom pogledu je i veoma zahtevno elaborirati pojam desničarskog ekstremizma (koji se može okvalifikovati kao

---

3 Videti više o tome u: Tajfel, Henri, *Social identity and intergroup relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

vrsta ideološki fundiranog ekstremizma), koji često pretenduje da pod “maskom demokratije” prikrije svoju spremnost na upotrebu nasilja.

## 2. Problemi prilikom izučavanja desničarskog ekstremizma

Desničarski ekstremizam ili ekstremna desnica ima niz sinonima u savremenoj političkoj teoriji: neonacizam, neofašizam, desni populizam, desni radikalizam, ultra-radikalizam, ultra-desnica itd. Mnogi od njih su nevalidni, poput desnog radikalizma, jer se radikalizam i ekstremizam ne mogu u potpunosti izjednačiti, što su vrlo eksplicitno u svojim istraživanjima naglasili Uwe Bakes (*Uwe Backes*) i Erhard Jese (*Erhard Jesse*).<sup>4</sup>

Savremena ekstremna desnica predstavlja konglomerat različitih, često protivurečnih ideologija, čime se otežava njeno definisanje. Dok sa jedne strane ekstremna desnica u modernom društvu prihvata neke od tradicionalnih vrednosti nacizma i fašizma, sa druge strane se zalaže za kvazidemokratiju, pravdajući svoje violentne akcije “odbranom demokratije” i “ugroženih grupa”. Konfuziju u profilisanju ekstremne desnice još više usložnjava njeno prihvatanje nekih tipično levičarskih ideja, poput socijalne pravde, revolucije i sl.

U engleskom jeziku se za desničarski ekstremizam koristi složenica *Right-wing extremism* (ređe *far right*), dok se u nemačkoj literaturi sreće naziv *Rechtsextremismus*. Primećuje se da se u oba jezika desnica dovodi u vezu sa pravom, čime se ne samo na etimološki način, već i simbolički, objašnjava spremnost desničara da uobliče poredak gvozdеноm disciplinom, poštujući državni autoritet i pravni poredak, koji je uglavnom totalitarističkog tipa. U našem jeziku je izraz “desnica ruka” odraz pouzdanosti i sigurnosti, dok se čak i u hrišćanstvu desna strana smatra uzvišenijom u odnosu na levu, jer se desno od Boga nalazi Isus, dok je leva strana rezervisana za Nečastivog (Biderman, 2004:67).

Ekstremna desnica je svoju kulminaciju doživela u vreme Drugog svetskog rata zahvaljujući nacizmu i fašizmu. Međutim, mnogo ranije pre Drugog svetskog rata, ekstremna desnica je dobila svoje bestijalno obličje zahvaljujući Kju kluks klanu u SAD, kada su u ime hrišćanske religije

---

4 Videti više o tome u sledećim radovima: Backes, Uwe, *Politische Extreme: eine Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis in die Gegenwart*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2006. Backes Uwe, Jesse Eckhard, *Gefährdungen der Freiheit: extremistische Ideologien im Vergleich*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2006.

(protestantizma), belci na američkom Jugu sprovodili stravične zločine nad Afroamerikancima.

Rasadnici ekstremno deničarske ideologije su rasne teorije koje su na iracionalan način ukazivale na navodnu superiornost jednih rasa ili nacija u odnosu na druge, čime se opravdavala diskriminacija i upotreba političkog nasilja.<sup>5</sup> Neretko su se vulgarizovale određene teorije koje nisu ni na koji način podržavale rasizam, diskriminaciju i "dominaciju" pojedinih rasa. Dobar primer ove zloupotrebe je Darwinova teorija borbe za opstanak koja je do te mere bila simplifikovana od strane nacista da su njome opravdavali ubijanje "nižih" rasa, kako bi arijevska rasa dominirala. Bez obzira što Darwinova „borba za opstanak“ implicira i pojavu agresije između istih, pa i različitih vrsta do uništenja, treba naglasiti da je ova paradigma upotrebljena u jednom širem kontekstu, ukazujući na međuzavisnost živih bića, koja uključuje ne samo puku egzistenciju jedinke, već i sposobnost produžetka vrste: „S pravom se može reći da se dva pripadnika porodice pasa u vremenu oskudice bore među sobom za hranu i održanje života. Ali se može reći i da se neka biljka na granici pustinje bori protiv suše za opstanak“ (Darvin, 2009: 83).

Završetkom Drugog svetskog rata ekstremnoj desnici je zadat odlučujući udarac, ali samo privremeno, jer ekstremizam desničarske ideološke provenijencije pokazuje sposobnost regeneracije. Navikao da buja u periodima velikih istorijskih i društvenopolitičkih kriza, desničarski ekstremizam se veoma uspešno revitalizovao 90-ih godina 20. veka završetkom Hladnog rata i stvaranjem partijskog pluralizma u zemljama Istočnog bloka. Tada će se na političkoj sceni javiti mnogobrojni varijeteti desnice, među kojima će se naći mesta i za desničarske ekstremiste. Osim toga, globalizacija je u novije doba sa svojim idejama denacionalizacije i desuverenizacije samo podstakla vigilantistički nastrojene ekstremne desničare koji su spremni da brane po svaku cenu naciju, državu i grupu kojoj pripadaju.

### 3. Definisane ekstremne desnice

Heterogenost ekstremne desnice je u velikoj meri otežavala njeno teorijsko izučavanje, što se vidi na primeru definicija. Pre svega, mnogi teoretičari određujući desničarski ekstremizam koriste veoma kratke

---

5 Npr. teorije Gobinoa, Čemberlena i sl. Videti više o tome u: De Gobineau, Arthur, *The inequality of human races*, Fertig, New York, 1999; Chamberlain, Houston Stewart, *Foundations of the nineteenth century. Vol. 1*, Elibron Classics, cop. [S.l.], 2005;

definicije, što ne korespondira sa ovako složenim fenomenom, i ne prikazuje ga na naučno validan način. Osim toga, treba voditi računa da se društvenopolitički fenomeni moraju posmatrati u vremenu i prostoru pojavljivanja, pa se tako ekstremna desnica iz Drugog svetskog rata ne može uporediti sa ekstremnom desnicom u periodu globalizacije. Sledeći problem je poistovećivanje ekstremne desnice sa srodnim pojavama poput radikalizma, terorizma, populizma i sl., čime se samo zamagljuje istina.

Mnogi teoretičari određuju ekstremnu desnicu isključivo u komparaciji sa ekstremnom levicom. Ted Gar (*Ted Gurr*) čak koristi isti naziv za ekstremne levičare i desničare, nazivajući ih "disidentskim ekstremistima" (Purpura, 2006: 18). Lenski (Gerhard E. Lenski) je pak došao do zaključka kako su ljudi na višem stepenu obrazovanja skloniji levičarskom ekstremizmu, dok oni manje obrazovaniji, naginju ekstremizmu desnice, što ne možemo smatrati ispravnom tvrdnjom (Lenski, 1954: 405–413).

Gus Martin (Thomas Augustine "Gus" Martin) navodi kako je Francuska revolucija predisponirala nastanak ekstremne desnice koja je predstavljala „reakciju protiv dominantnih sistema vrednosti i koja se postavlja superiorno u odnosu na postojeće društvo sa naglaskom svoje izuzetnosti“ (Purpura, 2006: 18). Francuska revolucija je kolevka levice i desnice jer se tada prvi put svet politike podelio na ovaj binarni ideološki sistem, pa se samim tim i može smatrati kolevkom njihovih ekstremnih formi.

Po Hartmanu desni ekstremizam je „uopšten naziv za one snage koje su protivnici društvenog progresa“ (Mudde, 2000:10), dok njegovo mišljenje deli i Volter Laker (*Walter Laqueur*), koji je tvrdio da je levica progresivnija u odnosu na desnicu (Laqueur, 2002: 58). Smatramo da su ovakva zaključivanja neosnovana i jednostrana, iz prostog razloga što nije svaka levičarska varijanta nužno progresivna, kao što nije ni svaka desnica isključivo regresivna. Dobar primer za to je levičarska teroristička grupa Bader-Majnhof (Baader-Meinhof), koja je 70-ih godina 20. veka bila odgovorna za veliki broj terorističkih napada, čime je unazadila u svakom smislu reči nemačko društvo. Sa druge strane, snage neokonzervativizma su 80-ih godina donele veliki prosperitet Velikoj Britaniji.

Vilhelm Hajtmajer (Wilhelm Heitmeyer) izdvaja dve grupe definicija koje se bave određenjem ekstremne desnice. Prvoj grupi pripadaju tzv. političko-institucionalne definicije koje u nasilju ekstremnih

desničara vide rušenje postojećih institucija (države, parlamenta i sl.). Drugu grupu definicija čine tzv. društvene definicije, koje osnovu desničarskog ekstremizma vide u totalitarizmu, nacionalizmu i rasizmu (Heitmeyer, Hagan, 2003: 400). Najveći problem sa desničarski fundiranim ekstremizmom po Hajtmajeru je to što je poguban po liberalno društvo i što devastira demokratiju. Videći u ekstremnoj desnici predominantno grupno ponašanje, Hajtmajer je izdvojio sedam takvih oblika ekstremne desnice, koji koriste nasilje:

1. Omladinci u gangovima
2. Nasilje supkulture (npr. skinheds grupe)
3. Partije (cilj im je ulazak u parlament i osvajanje vlasti)
4. Religijske grupe (u pitanju je religijski motivisan ekstremizam koji se bazira na nasilju i koji insistira na diskriminaciji „nevernika“)
5. Kju kluks klan (kao jedna od najstarijih i najviolentnijih ekstremističkih grupa)
6. Desničarski teroristi (imaju često tesnu vezu sa državnim organima vlasti)
7. Ekstremno desničarski sukobi velikih srazmera (javljaju se usled velikih društvenih kriza).

Mnogi istraživači su pokušali da kvantitativno odrede elemente definicije ekstremne desnice, te tako Kas Mjud (Cas Mudde) zaključuje da postoji 58 različitih ideoloških elemenata u okviru 26 definicija desničarskog ekstremizma (Klandermans, Mayer, 2005: 4). Već iz ove informacije vidimo koliko je fenomen ekstremne desnice razuđenog i heterogenog karaktera. Kas Mjud u svom opsežnom projektu navodi kako ekstremna desnica dobija na zamahu posle Drugog svetskog rata kombinujući antikomunizam, hrišćanski fundamentalizam, nacionalizam i ksenofobiju (Mudde, 2000:13). Na primeru Kas Mjud vidimo da je nezahvalno primenjivati pozitivistički pristup u društvenim naukama, jer se kod određenih pojava, kakav je i ekstremizam, ne može sve kvantifikovati kao u prirodnim naukama.

Jirgen Falter (Jürgen Falter) i Zigfrid Šuman (Siegfried Schumann) su primenili eklektički pristup u stvaranju definicije ekstremne desnice, te su spojili 10 ideoloških odrednica: „hipernacionalizam, etnocentrizam, antikomunizam, antiparlamentarizam, antipluralizam, militarizam, zakon i red, potreba za jakim političkim liderom, anti-amerikanizam i kulturni pesimizam“ (Klandermans, Mayer, 2005: 4).

Objasnićemo svaki od navedenih elemenata kako bismo razumeli suštinu desničarskog ekstremizma.

Ukoliko krenemo od analize hipernacionalizma videćemo da se fenomen nacionalizma različito percipirao u različitim vremenima. U 19. veku je nacionalizam bio osnova ujedinjenja Nemačke i Italije, da bi recimo, u doba građanskog rata na prostoru SFRJ 90-ih godina 20. veka dobio potpuno drugačije, tj. negativno obeležje. Hipernacionalizam je pojava koja ukazuje na prenaplašenu dimenziju nacionalnih osećanja, koja nedvosmisleno vode u ekstremizam. Gotovo po pravilu, hipernacionalizam se danas javlja u onim zemljama koje su više decenija bile zatvorene unutar komunističkih ideoloških sistema u kojima je stvaran privid "bratstva i jedinstva".

Zajedno sa hipernacionalizmom često ide i etnocentrizam koji ukazuje na preveliku okrenutost nacije sebi, što može voditi u kolektivni narcizam. Imajući u vidu da "novi svetski poredak" insistira na denacionalizaciji, desuverenizaciji i univerzalizaciji, ekstremni desničari se još više okreću grupi kojoj pripadaju iz straha da ne izgube svoj etnički identitet, što ukazuje na njihovu vigilantističku dimenziju.

Iako je raspadom Istočnog bloka došlo i do kraha komunističke ideologije, ekstremni desničari i dalje vide u komunistima jednu od najvećih ideoloških opasnosti. Sa svetskom ekonomskom krizom koja je pokrenula lavinu nezadovoljnih i obespravljenih radnika, dolazi do jačanja levičarskih ideja koje su antipod ekstremno desničarskom sistemu vrednosti. Suštinski spor je u krupnom kapitalu koji je oduvek bio motorno gorivo ekstremne desnice, dok je pak od strane levičarskih krugova bio smatran sredstvom eksploatatora.

Antiparlamentarizam je sledeći konstitutivni element desničarskog ekstremizma. Kako je nasilje osnovni metod delovanja ekstremne desnice, sasvim je logično da će ekstremni desničari biti protiv parlamentarnih sredstava borbe koji su *differentia specifica* demokratskih političkih sistema. Zajedno sa antiparlamentarizmom ide antipluralizam kao karakteristika totalitarnih sistema koji su plodno tle za klijanje ekstremne desnice.

Da bi pokazala svoju snagu i moć, ekstremna desnica naginje militarizmu koji je svoj "krešendo" doživeo tokom Drugog svetskog rata u vidu nacizma i fašizma. I danas se kod ekstremnih desničara oseća "žal" za ovim prošlim vremenima u kojima je postojao jedan vođa, jedna partija i jedna ideologija za koju se žrtvovalo sve. U cilju promovisanja političke moći,

ekstremni desničari organizuju mnogobrojne paramilitarne kampove u kojima obučavaju buduće generacije ekstremnih desničara, sprovodeći nad njima različite metode indoktrinacije.

Jedan totalitarni sistem kome naginju ekstremni desničari ne može da funkcioniše bez autoritarnog vođe, koji po pravilu ima izražajnu harizmu. Izučavajući harizmu, Veber joj je pripisivao “božanska svojstva”, dok Simeunović smatra da masu privlače harizmatični lideri jer se identifikuju sa njim i na taj način se približavaju nečemu “uzvišenom, natprirodnom, pa čak i samom Bogu” (Simeunović, 2009: 149). Nasuprot totalitarnim sistemima, demokratska društva imaju otklona prema “jakim vođama”, jer prevelika količina vlasti u jednim rukama vrlo lako vodi njenom kvarenju.<sup>6</sup>

Falter i Šuman su naveli i antiamerikanizam kao suštinsko svojstvo ekstremne desnice, sa čime se ne možemo u potpunosti složiti. Naime, antiamerikanizam je prisutan kod antiglobalista, kao i kod onih ekstremista koji deluju van teritorije SAD, ali američka ekstremna desnica na primer, nema ovu komponentu – naprotiv, ona zdušno podržava “amerikanizaciju sveta” i favorizuje patriotizam. Zbog svega toga Keti Marks (Kathy Marks) određuje desničarski ekstremizam posmatrano iz ugla američke perspektive: „Desničarski ekstremisti su individue ili grupe koji prete da će izvršiti ili izvršavaju kriminalne akte, uznemiravaju ili zastrašuju druge individue, grupe ili pripadnike državne uprave zbog njihovog rasno-etničkog porekla ili pozicije u vladinim strukturama SAD“ (Marks, 1996: 16).

Na kraju eklektičke definicije Faltera i Šumana pronalazimo kulturni pesimizam kao značajni segment ekstremne desnice. Kulturni pesimizam uključuje negativan odnos prema drugim tzv. “nižim” kulturama, a glorifikaciju sopstvene, koja je po pravilu “superiorna”. Ovakav diskriminatorni stav koji vodi u opštu segregaciju se posebno može primetiti kod organizacije “Krv i čast” (*Blood and Honour*), koja deluje širom sveta zahvaljujući internet mreži. Dobar primer su i belci koji žive u Južnoafričkoj Republici koji su još 1918. godine osnovali rasističko udruženje *Bratstvo* (Broederbond). Ovo udruženje je imalo za cilj sprovođenje supremacije bele rase i “zaštitu” belачke kulture, a koliko je bilo važno vidimo po tome što je svaki ministar belac morao da prođe kroz njegovo članstvo.

Desni ekstremizam pokazuje svoju amorfnost ne samo kada su u pitanju elementi koji grade njegovu ideološku osnovu, već i kada je reč o njegovom

---

6 Simeunović, 2002: 167.



nazivu. Često se (nepravilno) kao sinonim za desni ekstremizam uzima izraz *desni radikalizam*. To je posebno vidljivo u istraživanjima koja su radili Oto i Merten (Hans-Uwe Otto i Roland Merten). Oni smatraju da se “desno radikalnim mogu nazvati samo stavovi i radnje kojima se prihvata nasilje kao načelno legitimno sredstvo za postizanje desno ekstremističkih ciljeva” (Otto, Merten, 1993: 19). Prva greška ovih teoretičara je to što positovećuju izraz radikalno i ekstremno. Dok je radikalno nešto što ukazuje na korenite promene (lat. radix – koren), ekstremno podrazumeva određene krajnosti nepopustljivosti ili preglashenosti u određenom stavu ili delovanju, o čemu govori i etimologija samih reči. Druga greška ovih istraživača je u tome što nasilje ne mora uvek i nužno predstavljati metod delovanja ekstremista, kao i to da ciljevi ne moraju uvek biti ekstremistički (Đorić, 2014: 38). To dobro objašnjava Simeunović navodeći da postoje tri vrste ekstremizama (Simeunović, 2009: 156):

1. Kada se koriste ekstremne metode i sredstva za sprovođenje neekstremnih ciljeva.
2. Kada se koriste neekstremne metode i sredstva za sprovođenje ekstremnih ciljeva.
3. Kada se koriste ekstremne metode i sredstva za sprovođenje ekstremnih ciljeva.

Ova treća vrsta ekstremizma je najopasnija jer poseduje dominantan violentni kapacitet koji se manifestuje u ekstremnim metodima i sredstvima.

Dodatni problem u određenju ekstremne desnice predstavlja i prostor njenog delovanja. U američkoj literaturi se, na primer, pravi značajna razlika između ekstremista i umerenih konzervativaca na osnovu kapaciteta nasilja, što nije uobičajeno u evropskoj literaturi.<sup>7</sup> Ovakvu tezu zastupa Martin Daram (Martin Durham) koji smatra da su ekstremisti posebno opasni jer su protiv neoliberalizma i slobodne ekonomije (Durham, 2000: 34).

U konglomeratu najraznovrsnijih definicija o ekstremnoj desnici treba razlikovati *administrativne* i *akademske* definicije. Dok je prva vrsta definicija nastala kao rezultat delovanja međunarodnih organizacija i državnih institucija, akademske definicije su proizvod

---

<sup>7</sup> Prema ovom shvatanju konzervativci iako pripadaju desničarskoj ideologiji ne koriste nasilje kao osnovni metod delovanja, što je recimo slu čaj sa ekstremnim desničarima.

naučnoistraživačkog rada. One se razlikuju ne samo po formi, već i po konsenzencama koje proizvode u društvu (Simeunović, 2009: 33–45).

Desničarski ekstremizam je bio predmet izučavanja Lipseta, Adorna (Theodor W. Adorno), Hane Arent, Karla Lovenštajna (Karl Loewenstein) i dr. Od savremenih teoretičara njime se bave Kas Mjud, Džonatan Vajt (Jonathan White), Volter Laker, dok su posebno značajna istraživanja koja sprovode Uve Bakes i Ekhard Jese. Ekstremna desnica je postala značajna tema u Srbiji, pogotovo nakon raspada SFRJ, što se eksplicitno vidi u radovima Dragana Simeunovića, Žarka Trebješanina, Todora Kuljića i dr.

Može se zaključiti da su u istraživanju ekstremne desnice plodotvornije rezultate dali naučnici, za razliku od institucija i međunarodnih organizacija, te su za sada i akademske definicije pouzdanije i validnije. U administrativnoj sferi se prvi put pojam desničarskog ekstremizma etablirao 1972. godine kada su šefovi vlada nemačkih pokrajina doneli uredbu o *Članstvu činovnika u ekstremnim organizacijama* (Velički, 2010: 72). Od velikog značaja je što se od tog momenta pojam radikalizma više ne upotrebljava kao sinonim ekstremizma, jer se smatra da je reč o dvema različitim pojavama.

Imajući u vidu sve poteškoće u naučnom profilisanju ekstremizma, njegovu složenost i varijabilnost u zavisnosti od vremena, prostora pojavljivanja i konstelacije društvenopolitičkih elemenata, došli smo do sledeće akademske definicije desničarski fundiranog ekstremizma koja odgovara savremenom društvu:

“Desničarski ekstremizam je ponašanje i mišljenje na granici dozvoljenog sa tendencijom da se ta granica pređe, svojstveno pokretima, grupama i organizacijama (ređe pojedincima) koje se služe naci-fašističkim sredstvima i metodima u ostvarivanju ‘velikih’ ciljeva. U zavisnosti od vrste kolektiviteta kojem pripadaju, desničari se bore za supremaciju neke grupe, nacije, rase ili religije, nipodaštavajući sve ono što se razlikuje od njihovog sistema vrednosti” (Đorić, 2014: 134–135).

Činjenica je da će se i ova definicija menjati onim tempom kojim se bude transformisao desničarski ekstremizam. Problem kod društvenih fenomena kakav je desničarski ekstremizam je to što su oni dinamičkog karaktera i što se moraju posmatrati u vremenskom, društvenopolitičkom i prostornom kontekstu, kako bi se mogli analizirati na naučno objektivni način. Smatramo da će migracije sa prostora bliskoistočnih ratišta na evropski kontinent u velikoj meri pogodovati razvoju ekstremne desnice, jer će pobuditi njen vigilantistički potencijal,

tako da će u budućnosti od velikog značaja biti ispitivanje kauzaliteta između migracija i ekstremne desnice.

Ono što je evidentno jeste da ekstremizam svake vrste, uključujući i ekstremnu desnicu, ruiniira demokratski politički poredak jer vodi nestabilnosti i anomiji. Zbog svega toga treba usvojiti jedinstvenu definiciju ekstremne desnice, kako bi se ona na vreme mogla prepoznati i staviti pod kontrolu nadležnih državnih organa. Nažalost, proces usvajanja opšteprihvaćene definicije u nauci teče sporo, pre svega zbog dvostrukih međunarodnih standarda koji su svojstveni politici kao praksi.

## Literatura

- Aristotel, (2006). *Fizika*. Beograd: Paideia
- Backes, U. Jesse, E. (2006). *Gefährdungen der Freiheit : extremistische Ideologien im Vergleich*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht
- Backes, U. (2006). *Politische Extreme: eine Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis in die Gegenwart*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht
- Biderman, H. (2004). *Rečnik simbola*. Beograd: Plato
- Velički, D. (2010). Desni ekstremizam, radikalizam i evropska Nova desnica. *Politička misao*. 2. 72.
- Darvin, Č. (2009). *Postanak vrsta putem prirodnog odabiranja ili očuvanje povlašćenih rasa u borbi za život*. Novi Sad: Akademska knjiga
- De Gobineau, A. (1999). *The inequality of human races*. New York: Fertig
- Durham, M. (2000). *The Christian right, the far right and the boundaries of American conservatism*. Manchester: Manchester Univ. Pres
- Đorić, M. (2014). *Ekstremna desnica: međunarodni aspekti desničarskog ekstremizma*. Beograd: Nauka i društvo Srbije
- Klandermans, B. Mayer, N. (2005). *Extreme Right Activists in Europe*. London and New York: Routledge
- Laqueur, W. (2002). *A history of terrorism*, New Brunswick: Transaction Publishers
- Lenski, G. (1954). Status Crystallization: A Non-Vertical Dimension of Social Status. *American Sociological Review*, 19. 405–413.
- Marks, K. (1996). *Faces of right wing extremism*. Boston: Branden

- Mudde, C. (2000). *The Ideology of Extreme Right*. Manchester: Manchester University Press
- Purpura, P. (2006). *Terrorism and Homeland Security: An Introduction with Applications*. Boston: Butterworth-Heinemann
- Simeunović, D. (2009). *Terorizam* (drugo izdanje). Beograd: Pravni fakultet
- Simeunović, D. (2009). *Uvod u političku teoriju*. Beograd: Institut za političke studije
- Simeunović, D. (2002). *Teorija politike*. Beograd: Udruženje Nauka i društvo Srbije
- Tajfel, H. (2010). *Social identity and intergroup relations*. Cambridge: Cambridge University Press
- Chamberlain Houston, S. (2005). *Foundations of the nineteenth century*. Vol. 1, [S.l.]: Elibron Classics
- Wilhelm Hagan, J. (2003). *International handbook of violence research*, Dordrecht, Boston: Kluwer Academic Publishers

**Marija Đorić, PhD**

*Research Associate,*

*Institute for Political Studies, Belgrade*

**THE PROBLEM OF DEFINING CONTEMPORARY RIGHT-WING EXTREMISM IN POLITICAL THEORY**

**Summary**

*The subject matter of research in this paper is theoretical controversy related to the definition of right-wing extremism. Given the fact that extremism is a variable, amorphous and insufficiently researched phenomenon, largely conditioned by time, space, political and cultural differences, there is a great confusion in the field of political science when defining right-wing extremism. The problem of researching right-wing extremism is additionally complicated by various terms that are being used in the contemporary literature as its synonyms, such as right-wing radicalism, neo-Fascism, ultra-radicalism, etc. In order to provide the most valid theoretical determination of right-wing extremism, the author provides a detailed analysis of all the components constituting this phenomenon and examines their causality.*

*In the political praxis, the term extremism is extensively abused, which additionally complicates its determination. Videlicet, politicians often use term "extremist" in order to discredit their political opponents. While during the French revolution aristocracy saw the bourgeoisie as extremists, the members of the working class later stated that the bourgeoisie were extremists. The problem lies in the fact that, in politics, extremists are not only the ones who use violence as modus operandi; indeed, it is also used by political opponents who do not belong to the extreme political option.*

*Another aggravating factor in defining right-wing extremism is that many administrative and academic definitions do not make a clear distinction between extremism and related phenomena, such as terrorism, radicalism and populism. Extremism is most often equaled with terrorism, which gives rise to another problem in defining this phenomenon. The relation between extremism and terrorism is the relation of general and specific. Namely, every act of terrorism is concurrently considered to be an act of extremism, but not vice versa, given the fact that every act of extremism does not lead towards a higher level of political violence (i.e. towards terrorism). Even in the terms of legal sanctioning, it is much easier to incriminate terrorism in comparison to extremism. The Serbian criminal legislation envisages relevant punishment for committing an act of terrorism, without even mentioning extremism, which implies that there is no penalty prescribed for committing an act of extremism. Despite numerous academic and administrative definitions on the concept of extremism, there is still a lack of a balanced approach to defining right-wing extremism, which is also largely conditioned by political definitions. The most prominent problem in addressing the social phenomena such as right-wing extremism lies in the fact that these social phenomena are dynamic and, in order to be analysed in a scientifically objective manner, they must be examined in the specific temporal, spatial and socio-political context.*

**Key words:** *extremism, right-wing extremism, political theory, definition of extremism, violence.*



**Dr Strahinja D. Miljković,**  
Docent Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Prištini sa privremenim sedištem  
u Kosovskoj Mitrovici

pregledni naučni članak

UDK: 339.187.44

Rad primljen: 10.07.2015.  
Rad prihvaćen: 25.02.2016.

## **O VRSTAMA FRANŠIZNIH NAKNADA**

**Apstrakt:** Potreba kapitala za osvajanjem novih tržišta kroz minimalna investiciona ulaganja može se ostvariti putem franšizinga kao specifičnog investicionog metoda ugovornog poslovanja. Upotreba uspešnog metoda poslovanja, smanjeni investicioni rizici i samostalnost u poslovanju su jedni od opredeljujućih razloga pristupanja franšizing network-u od strane potencijalnog primaoca franšize. Koristeći se benefitima koje mu omogućava poslovanje u razvijenoj i tržišno prepoznatljivoj franšizing mreži, primalac franšize ima određene ugovorne finansijske obaveze prema davaocu franšize. Primalac franšize prilikom zaključenja i tokom trajanja ugovornog odnosa davaocu franšize plaća: 1) inicijalnu franšiznu naknadu (initial franchise fee); 2) kontinualnu franšiznu naknadu (continuing franchise fee) I 3) advertajzing naknadu (advertising fee). U radu poseban akcent se stavlja na obračun tj. metodologiju obračuna visine inicijalne i kontinualne franšizne naknade. Prilikom obračuna visine kontinualne franšizne naknade koristi se metod „procenta bruto prihoda“ kojim se utvrđuje visina franšizne naknade poznatija kao „royalty fee“. Određivanjem šta je royalty fee dolazi se do zaključka da to nije jedini oblik franšizne naknade, već da je u pitanju jedan od najefikasnijih metoda obračuna visine kontinualne franšizne naknade. Posebna pažanja se posvećuje i advertajzing naknadi (reklamna naknada), a to iz razloga jer ona prilikom obračuna može predstavljati deo kontinualne franšizne naknade (za primaoca franšize od značaja da se utvrdi njena visina i procenat od kontinualne franšizne naknade).

**Ključne reči:** ugovor o franšizingu, franšiza, davalac franšize, primalac franšize, inicijalna franšizna naknada, kontinualna franšizna naknada, advertajzing naknada.

## 1. Uvod

Franšizing kao metod ugovorne kooperacije omogućava davaocu franšize (*franchisor*) da ustupanjem franšize (*franchise*)<sup>1</sup> i minimalnim investicionim ulaganjima uđe na ciljano tržište i na taj način proširi svoje poslovanje. Koristeći se franšizingom kao investicionim metodom širenja poslovanja na ciljanom tržištu davalac franšize koristi resurse primaoca franšize (*franchisee*),<sup>2</sup> i to: a) finansijske; b) personalne i v) poznavanje tržišnih pravila (pravnih normativa) ciljanog tržišta. Koristeći se resursima primaoca franšize, davalac franšize ostvaruje: a) minimiziranje investicionih troškova i b) postojanje minimalnih investicionih rizika.

Ekonomsku srž ugovora o franšizingu (*franchising agreement*), bez obzira na pojavnu formu, čine tri osnovna finansijska aspekta i to: a) cena ulaska primaoca franšize u franšizing mrežu (*franchising network*) i uspostavljanje poslovanja; b) kontinualni trošak članstva u franšizing mreži (*franchising network*) i snabdevanja davaočevom robom i/ili uslugama i v) sporazum/i o reklamama koje sklapa franšizing mreža (Mendelsohn, 2004: 91). Primalac franšize prilikom zaključenja i tokom trajanja ugovornog odnosa davaocu franšize plaća naknadu,<sup>3</sup> i to: 1) inicijalnu naknadu (*initial franchise fee*); 2) kontinualnu naknadu (*continuing franchise fee*) i 3) advertajzing naknadu (*advertising fee*).

## 2. Inicijalna i kontinualna franšizna naknada

### 2.1. Inicijalna franšizna naknada (*initial franchise fee*)

Inicijalna franšizna naknada je naknada koju primalac franšize davaocu franšize plaća u trenutku zaključenja ugovora i ona ne predstavlja ništa drugo do „cenu – pristupnicu“ ulaska u franšizing

1 Pod pojmom „franšiza“ se podrazumeva ukupnost elemenata (prava, usluge i metodi poslovanja) koje davalac franšize ustupa primaocu franšize kao celinu na osnovu ugovora o franšizingu.

2 Au tor se opredeljuje za termin „primalac franšize“, a ne za termin „korisnik franšize“ iz razloga što se kao „korisnik“ javlja krajnji korisnik usluga ili potrošač proizvoda čija su prava jednosmerna. Za razliku od korisnika, „primalac franšize“ je lice koje se s jedne strane nalazi u pravnom odnosu prema davaocu franšize, dok se s druge strane nalazi i u pravnom odnosu prema korisniku usluga  
– krajnjem potrošaču.

3 „Korisnik franšize je dužan da davaocu franšize plaća naknadu za korišćenje prenetih prava, ovlašćenja, metoda poslovanja, *know-how*, kao i za izvršene usluge davaoca franšize u vreme i na način kako je to određeno ugovorom o franšizingu“  
– član 1282, Nacrt Građanskog zakonika 2015, Republika Srbija.



mrežu ( *franchising network*). Inicijalna naknada je jednokratna naknada; plaća se po otpočinjanju ugovornog odnosa i ona ne predstavlja glavni tj. kontinuirani izvor prihoda davaoca franšize tokom trajanja ugovornog odnosa.

Od svih tipova naknada, među kompanijama davaocima franšiza, inicijalna naknada najviše varira, može se kretati od nekoliko hiljada do preko 100.000 američkih dolara, a sve u zavisnosti od industrije u kojoj posluje franšiza.<sup>4</sup> Ipak, praksa je pokazala da se najčešće pristupa zaključenju onih ugovora gde prosečna inicijalna franšizna naknada iznosi između 20.000 i 35.000\$ (Seid, Thomas, 2007: 23).

### 2.1.1. Određivanje visine inicijalne franšizne naknade

U ekonomijama koje imaju tradiciju franšizing poslovanja<sup>5</sup> zastupljena su dva suprotstavljena stanovišta o određivanju visine inicijalne naknade. Prema prvom stanovištu, davaocu franšize je u interesu da odredi što niži iznos inicijalne franšizne naknade i pored toga što njom ne bi bili obuhvaćeni svi realni troškovi davaoca franšize. Ovo stanovište svoje opravdanje nalazi u tome da franšizing poslovanje koje se želi širiti postaje interesantnije za potencijalne primaoce franšize, a takođe određivanjem nižeg iznosa inicijalne franšizne naknade davalac franšize izlazi u susret primaocu franšize da uz smanjene troškove osnuje samostalnu franšizing jedinicu. Po drugom, suprotstavljenom stanovištu, akcenat se stavlja na to da davalac

---

4 U slu čaju *Dunkin' Donuts* zahteva se inicijalna franšizna naknada u iznosu od 40.000 do 90.000\$ kada je u pitanju poslovna jedinica u okviru tržnog centra ili samostalna, dok se za poslovnu jedinicu koja se nalazi u okviru benzinske stanice ili marketa zahteva iznos od 20.000 do 45.000\$, dostupno na: <http://www.franchisedirect.com/foodfranchises/dunkin-donuts-franchise-07676/ufoc/>. (datum pristupa: januar 2016).

5 Uslu žni sektor u Francuskoj je u toku 2010. godine činio preko 60 odsto ukupnog prometa franšize. Prema podacima Federation Francaise de la franchise (FFF) u 2012. godini, broj franšizing mreža je 1.658, sa ukupnim brojem zaposlenih od 323.497 i ostvarenim prometom od 50,68 milijardi evra, a 2013. godine broj franšizing mreža je 1.719, sa ukupnim brojem zaposlenih od 308.993 i ostvarenim prometom od 47,4 milijardi evra, dok je 2014. godine broj franšizing mreža 1.796, sa ukupnim brojem zaposlenih od 335.271 i ostvarenim prometom od 51,45 milijardi evra, dostupno na: <http://www.franchise-fff.com/franchise/chiffres-cles/les-chiffres-cles-en-france.html> (datum pristupa: decembar 2015); U toku 2012. godine u Nemačkoj je po osnovu franšizing poslovanja ostvaren promet u obimu od 61,2 milijardi evra, a u oko 72.700 nezavisnih franšizi zaposleno je skoro 546.000 ljudi. Prognoze su da će tokom 2015. godine franšizing industrija generisati promet od oko 70 milijardi evra, dostupno na: <http://www.gtai.de/GTAI/Navigation/EN/Invest/Industries/Consumer-industries/franchising.html> (datum pristupa: novembar 2015).

franšize potencijalnom primaocu franšize treba u punom iznosu da naplati inicijalnu franšiznu naknadu koja bi obuhvatala sve faktore troškova<sup>6</sup> i maržu.

U kom će se obimu primaocu franšize naplatiti inicijalna naknada zavisi i od stepena razvijenosti poslovanja davaoca franšize. U početnim fazama davalac franšize koji još nije u punom obimu razvio poslovanje, a koji se nalazi u fazi ekspanzije, nije u mogućnosti da naplaćuje inicijalnu naknadu u punom obimu. Visina inicijalne naknade<sup>7</sup> davaoca franšize koji se nalazi u fazi ekspanzije često ne pokriva inicijalne troškove osnivanja.<sup>8</sup> Na tom i takvom stepenu razvoja davaocu franšize je u interesu da ima što više primaoca franšize koji će donositi prihode, a u želji da svoju franšizu učini primamljivijom za potencijalne investitore. Vodeći se poslovnim interesima, visina inicijalne naknade koja se određuje od strane davaoca franšize često se formira na niskom nivou – u proseku je to 10 odsto od ukupne sume *start-up* investicije koja je primaocu franšize potrebna za započinjanje poslovanja – a ne bi li sačuvali i sopstveni kapacitet za uspešno poslovanje. Treba istaći da ovaj odnos može da padne čak ispod 10 odsto za sisteme koji zahtevaju visoke kapitalne izdatke primaoca franšize. Opet, često je taj procenat i veći, posebno u slučaju franšiznih sistema koji ne zahtevaju velike investicije primalaca franšize.<sup>9</sup>

Određivanje iznosa inicijalne franšizne naknade u nižem iznosu ne predstavlja ekskluzivno pravo davaoca franšize koji se nalazi u fazi ekspanzije, već ovom metodu često pribegava i davalac franšize koji ima razvijeno poslovanje i prepoznatljiv tržišni brend. Razlog zašto davalac franšize to radi ne može se naći u njegovoj nedovoljnoj

---

6 Na ukupne troškove u ticaja imaju faktori: regru tovanja, procenjivanja, obuke i u tvrdivanja primaoca franšize u poslovanju, s tim da ono uk lju ču ju pravne i računovodstvene takse i takse za pronalaženje položaja.

7 Na visinu inicijalne naknade, a koja je najčešće proporcionalno srazmerna prepoznatljivosti brenda date franšize, u tiče mnoštvo faktora, a neki od njih su:

1) obim i vrsta inicijalne podrške primaocu franšize; 2) iznos koji konkurencija naplaćuje za istu naknadu; 3) vrednost brenda; 4) du žina trajanja ugovora; 5) vrsta i tip poslovne jedinice; 6) veličina geografskog podru čja na kome će poslovati franšizing jedinica itd.

8 Inicijalni troškovi osnivanja mogu se odnositi na: 1) uspostavljanja inicijalnog sistema poslovanja (npr. izrada internet prezentacije, uklju čivanje u franšiznu mrežu, odabir lokacije itd.); 2) troškovi obuke; 3) troškovi pregovaranja i selekcije primaoca franšize.

9 Dostupno na: <http://franchising.rs/abc-fransiza/66/fransizni-paket/>. (datum pristupa: januar 2016).

razvijenosti franšizing poslovanja, već da bi primaocu franšize omogućio da u potpunosti razvije poslovanje koje ostvaruje pozitivne ekonomske efekte, a za koje je potreban vremenski period od tri do pet godina (*break point*).<sup>10</sup> Vremenski period od tri do pet godine (*break point*) realan je u poslovnoj praksi i ne postoji mogućnost da ga davalac franšize skрати na način što će naplaćivati viši iznos inicijalne naknade. Ipak, u okolnostima kada davalac franšize smatra da može da skрати vremenski period koji je potreban da bi se dostigla prelomna tačka (da naplaćuje visoke inicijalne naknade na franšizu), neophodno je da ostvari što veći povraćaj od operacija primaoca franšize kako bi mogao da pravda troškove (Mendelsohn, 2005: 135).

Na formiranje inicijalne franšizne naknade takođe utiče i stepen tržišne prepoznatljivosti franšizing mreže. Stepene tržišne prepoznatljivosti mreže, vrednost njenog naziva, *image*-a i članstva u njoj predstavljaju faktore koji se uzimaju u obzir prilikom formiranja inicijalne naknade. Veća vrednost franšizing mreže na tržištu neminovno implicira i veći uspeh potencijalnog člana mreže, a samim tim i veću inicijalnu naknadu.

Pored faktora troškova i marže i stepena tržišne prepoznatljivosti franšizing mreže, kao treći faktor koji utiče na formiranje visine inicijalne naknade javlja se i franšizni paket (*franchise package*).<sup>11</sup> Od značaja za formiranje inicijalne franšizne naknade je i način na koji je davalac franšize strukturirao franšizni paket (Mendelsohn, 2005: 134).

Visina iznosa inicijalne franšizne naknade koju primalac franšize treba da isplati davaocu franšize prilikom pristupanja ugovoru uvek mora biti precizno navedena i izražena u formi pune naknade za franšizu (Adams, Hickey, Jones, 2006:245). Inicijalna franšizna naknada ne može biti neodređena, tj. da se kasnije u toku izvršenja ugovora od strane davaoca franšize naknadno određuje njena visina. Prilikom

---

10 Prelomna tačka – *break point* se odnosi na period poslovanja u kojem primalac franšize po proteku u tri do pet godina počinje da ostvaruje prihode koji su na godišnjem nivou veći od rashoda.

11 Pod franšiznim paketom prava podrazumevaju se: pravo korišćenja zaštitnog imena davaoca franšize za proizvod ili usluge, *know-how*, poslovni i tehnološki metodi, procedurama i drugim pravima na proizvodno i intelektualno vlasništvo – „...trade name, and/or trade mark and/or service mark, know-how, business and technical methods, procedural system, and other industrial and/or intellectual property rights...” art. 1. European Code of Ethics for Franchising, dostupno na: <http://www.franchise-fff.com/base-documentaire/finish/206/327.html> (datum pristupa: januar 2016).

sastavljanja nacrtu ugovora, a kasnije i zaključenja, izričito i decidno se navodi šta je sve inicijalnom franšiznom naknadom obuhvaćeno, s tim da takođe treba izričito navesti i sve stavke koje nisu obuhvaćene inicijalnom franšiznom naknadom iako po sadržini ugovora je jasno da one nisu ni uključene (Adams, Hickey, Jones, 2006: 245).

### 2.1.2. Metodi određivanja visine inicijalne franšizne naknade

Praksa je pokazala da postoje tri modaliteta određivanja visine inicijalne franšizne naknade, i to: a) na osnovu pruženih usluga; b) na osnovu pruženih usluga i opreme i v) metod „ključ u ruke“.

Davalac franšize visinu inicijalne franšizne naknade može da utvrđuje na osnovu usluga koje pruža primaocu franšize prilikom uspostavljanja samostalne franšizing jedinice, obezbeđujući mu određeni spektar usluga i saveta koji mu omogućavaju da uspostavi i pokrene samostalnu franšizing jedinicu (*franchising unit*) (Mendelsohn, 2005: 134). Franšizna naknada koju primalac franšize plaća pokriva troškove pruženih usluga, obu hvatajući: 1) usluge obuke; 2) odabira mesta; 3) sređivanja prostorija i 4) sve one druge usluge koje čine sastavni deo ustupljenog franšiznog paketa (Mendelsohn, 2004: 92). Pored toga što se visina ove vrste inicijalne franšizne naknade određuje na osnovu spektra pruženih usluga, kao jedan od faktora koji takođe u čestvuje u određivanju visine ove naknade je i „cena pristupanja“. Visina cene pristupanja franšizing mreži *a priori* uslovljena je prepoznatljivošću brenda na ciljanom tržištu na koja se ustupa franšizom tj. stepenom prepoznatljivosti brenda kod potencijalnih potrošača ili korisnika usluga.

Drugi metod određivanja visine inicijalne franšizne naknade jeste da, pored pružanja različitog spektra usluga, davalac franšize primaocu franšize prodaje „opremu“. Davalac franšize prodaje primaocu franšize franšizni paket, koji pored različitog spektra usluga i prava, sadrži i opremu<sup>12</sup> koja je neophodna primaocu franšize za započinjanje samostalnog poslovanja, s tim da prodajna cena uključuje inicijalnu naknadu na franšizu u vidu marže na cenu opreme (Mendelsohn, 2005: 134).

---

12 Oprema koju davalac franšize prodaje u franšiznom paketu primaocu franšize predstavlja „početnu“ - osnovnu opremu, koja primaocu franšize omogućava da pokrene poslovanje svoje franšizing jedinice, a u skladu sa poslovnim metodom i poslovnom politikom franšizing mreže, s tim što se događa da, pored početne opreme, franšizini paket obu hvata i početni inventar i zalihe robe.

Treći, a istovremeno i najkompleksniji način određivanja visine inicijalne franšizne naknade je po metodu „ključ u ruke“. „Ključ u ruke“ je sistem gde davalac franšize: 1) vrši odabir poslovnog prostora, zakupi ga (ili kupi) i opremi; 2) izvrši obuku zaposlenih i 3) taj i takav poslovni prostor prepusti – ustupi primaocu franšize. Primalac franšize putem primene metoda „ključ u ruke“ dobija poslovni prostor koji mu omogućava da započne sa poslovanjem bez opterećenja da li će poslovni prostor opremiti u skladu sa poslovnim prostorijama franšizing mreže. Franšizna naknada koju davalac franšize određuje putem primene metoda „ključ u ruke“ obuhvata: a) troškove opremanja poslovnih prostorija i b) uključuje ostvareni profit od njih (Mendelsohn, 2004: 92). Prilikom zaključenja ugovora o franšizingu uz primenu metoda „ključ u ruke“ inicijalnu franšiznu naknadu davalac franšize najverovatnije će naplatiti putem marže na troškove elemenata sadržanih u franšiznom paketu uključujući i obuku, s tim da ova naknada uključuje i elemente koji se mogu pripisati pristupanju franšizing mreži (Mendelsohn, 2005: 134).

## **2.2. Kontinualna franšizna naknada (*continuing franchise fee*)**

Primalac franšize u obavezi je da davaocu franšize tokom trajanja ugovornog odnosa plaća ugovorom predviđenu kontinualnu franšiznu naknadu (*continuing fee*). Za razliku od inicijalne franšizne (pristupne) naknade koja je jednokratna, kontinualna franšizna naknada trajnog je karaktera. Kontinualna franšizna naknada u sebi obuhvata naknadu za: 1) korišćenje brenda; 2) vizuelnog identiteta; 3) prateće podrške i 4) *know-how*-a davaoca franšize. Kontinualna franšizna naknada najčešće se naplaćuje na mesečnom nivou, s tim da nije nepoznata ni praksa plaćanja na nedeljnom nivou.

Poistovećivanje kontinualne franšizne naknade sa tantijemom je veoma često, te samim tim neophodno je razlikovati pojam tantijema od pojma kontinualnih franšiznih naknada. Pod tantijemama se podrazumeva pasivan prihod koji se najčešće ostvaruje korišćenjem patenta ili autorskih prava (Mendelsohn, 2004: 93). Za razliku od tantijema koje predstavljaju pasivan prihod, kontinualne franšizne naknade uvek predstavljaju aktivan prihod. Kontinualna franšizna naknada kao aktivan prihod omogućava davaocu franšize da: 1) finansira aktivnosti pružanja širokog spektra usluga primaocu franšize i 2) ostvaruje profit.

### 2.2.1. Metodi obračuna visine kontinualne franšizne naknade

Jedan od najprihvaćenijih, a istovremeno i najefikasnijih načina obračuna visine kontinualne franšizne naknade je putem „metode procenta bruto prihoda“ (*royaltyes fee*). Kao osnovica za procentualno utvrđivanje uzima se u obzir bruto prihod (*gross revenue*) koji primalac franšize ostvaruje tokom poslovanja svoje franšizing jedinice u tekućoj poslovnoj godini. Ukupan prosečan iznos kontinualnih franšiznih naknada kreće se u rasponu od 5 do 7% ostvarenog bruto prihoda primaoca franšize, (Mendelsohn, 2005: 140), s tim da postotak takođe zavisi i od poslovnog sektora u kojima posluje franšiza.

Metodom procenta na osnovu ostvarenog bruto prihoda od prodaje (eng. *gross sales revenue*), a ne na osnovu neto prihoda od prodaje ili dobiti (profita), izbegava se mogućnost da primalac franšize prikriva ili umanjuje navedene iznose „naduvavanjem“ drugih troškova (Mendelsohn, 2004: 25). Za razliku od neto prihoda koji primalac franšize ostvaruje u tekućoj poslovnoj godini, bruto prihod je veoma teško izmeniti ili prikriti ga. Za primaoca franšize metod procenta bruto prihoda ima određene prednosti, i to: a) zna tačno koliko treba da plati; b) zna kako precizno da izračuna visinu naknade i v) zna da davalac franšize neće uzimati naknade ni na jedan drugi način. Za davaoca franšize metod procenta bruto prihoda je od značaja jer zna s jedne strane kako stoji u poslovanju i s druge strane ima koristi od inflatornog rasta bruto prihoda i rasta poslovanja (Mendelsohn, 2005: 135).

Pored čistog oblika „metoda procenta bruto prihoda“, postoji i mešoviti ili kombinovani metod obračuna visine kontinualne franšizne naknade. Kombinovani metod obračuna visine kontinualne franšizne naknade je metod obračuna koji u obzir uzima metod procenta i proizvodnu maržu (metod marže pojavljuje se u proizvodnom franšizingu) i to samo onda kada se davalac franšize javlja u ulozi dobavljača proizvoda. Na osnovu metoda, davalac franšize koji se pojavljuje kao dobavljač, tj. prodavac robe, uračunava maržu na proizvode koje prodaje primaocu franšize. Održivost takvog utvrđivanja visine kontinualne franšizne naknade pre svega zavisi od toga da li se takva marža može naplatiti na razuman i konkurentan način (Mendelsohn, 2004: 93). Od značaja prilikom formiranja franšizne naknade je i da li proizvodi koje davalac franšize prodaje primaocu franšize mogu da budu podložni niskim profitnim marginama usled oslanjanja na visok stepen obima prodaje (kada se ide na velik obim prodaje, a na račun niskog stepena profitnih margina, ne postoji prostor da davalac franšize obračunava dodatnu

maržu na proizvod). Za obračun kontinualne franšizne naknade koristi se još jedna kombinacija „metoda procenta i minimalnog fiksnog iznosa“, s tim da se ova vrsta kombinovanog metoda u poslovnoj praksi izuzetno retko koristi. Ovaj metod obračuna kontinualne franšizne naknade koristi se samo onda ako primalac franšize ne ostvaruje dovoljno promet na osnovu koga bi mu bila naplaćena franšizna naknada, pa se u tom i takvom slučaju unapred plaća ugovoreni minimum.<sup>13</sup>

„Fiksni metod“ predstavlja još jedan u nizu metoda koji se primenjuje prilikom utvrđivanja visine kontinualne franšizne naknade. Iako ovaj metod obračuna franšizne naknade nije uobičajen u franšizing poslovanju, on je moguć. Davalac franšize prilikom zaključenja ugovora može primaocu franšize da odredi fiksnu naknadu bez obzira na obim ostvarenog bruto prihoda u tekućoj poslovnoj godini. Za primaoca franšize utvrđivanje naknade putem fiksnog metoda ima određene prednosti i to samo onda kada franšizne naknade nisu isuviše visoke. Ipak, postavlja se pitanje da li je opravdano da fiksna naknada bude ista na početku poslovanja gde obim poslovanja raste, odnosno da li je ona opravdano visoka ako obim ostvarenog bruto prihoda pada. Davalac franšize u tim i takvim okolnostima u obavezi je da izvrši korekciju fiksne franšizne naknade i to na način da je u redovnim vremenskim intervalima prilagođava proporcionalno ostvarenoj visini bruto prihoda. Prilagođavanje franšizne naknade u redovnim intervalima predstavlja otežavajuću okolnost za davaoca franšize, a to iz razloga jer mora da uzme u obzir i interese primaoca franšize, tj. do izražaja dolazi samo ono prilagođavanje franšizne naknade kojim se ne ugrožava poslovni interes primaoca franšize.

Davalac franšize prihode od profita može obnavljati na osnovu prodaje „vezanih stavki“ primaocu franšize. Metod „vezanih stavki“ obračuna kontinualne franšizne naknade zastupljen je u pivarskoj industriji gde je uobičajeno da se plaća niska fiksna „suva renta – *dry rent* “. Proizvođač piva obnavlja bilans na „mokroj renti – *wet rent* “<sup>14</sup> za pivo i ostali potrošni materijal kojim snabdeva gostioničara (Adams, Hickey, Jones, 2006: 246). Ovaj vid utvrđivanja kontinualne franšizne naknade u franšizing poslovanju može dovesti do određenog nezadovoljstva na strani primaoca franšize, a to iz razloga jer je možda bio u mogućnosti da jeftinije kupuje potrebne artikle na tržištu, a ne da

---

13 Dostupno na: <http://thefranchisemaker.com/learningcenter/franchise-fees-and-royalties-made-easy>. (datum pristupa: januar 2016).

14 Više o tome pogledati na: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmberr/26/2606.htm> (datum pristupa: januar 2016).

ih po znatno višim cenama kupuje od davaoca franšize.<sup>15</sup> Upotreba ovog metoda svoje opravdanje nalazi samo onda kada su u pitanju: 1) slučajevi povezanih artikala neophodnih za kontrolu kvaliteta i 2) radi čuvanja trgovačke tajne ili intelektualne svojine. Upravo radi čuvanja trgovačke tajne ili intelektualne svojine davaoca franšize ovaj metod obračuna kontinualnih naknada je jednostavan računovodstveni metod pogodan za obe ugovorne strane (Adams, Hickey, Jones, 2006: 246).

I na kraju treba istaći da struktura kontinualne franšizne naknade uvek treba da reflektuje: 1) osnovno poslovanje; 2) tok prihoda i 3) dostupne margine, (Mendelsohn, 2004: 93), odnosno navedeni parametri predstavljaju polaznu osnovu pronalaženja adekvatnog metoda koji će odgovarati interesima i davaoca i primaoca franšize. Prilikom utvrđivanja i određivanja metoda, s jedne strane treba poći od suprotstavljenih interesa i primaoca i davaoca franšize, dok s druge strane obavezno se mora uzeti u obzir i obim rasta prenetog franšizing poslovanja. U okolnostima kada se ne mogu naći zajednički imenitelji u vezi sa kontinualnom franšiznom naknadom nemoguće je govoriti o uspostavljanju franšiznog poslovanja tj. postojanje suprotnih interesa – stanovišta o metodu plaćanja kontinualne franšizne naknade implicira odustanak davaoca franšize od poslovanja sa zainteresovanim potencijalnim primaocem franšize (Mendelsohn, 2004: 93).

### **3. Advertajzing naknada (*advertising fee*)**

Primalac franšize u obavezi je da tokom trajanja ugovornog odnosa davaocu franšize za pružene usluge iz oblasti advertajzing poslovanja plaća ugovorom određenu naknadu. Osnov plaćanja advertajzing naknade predstavlja pružanje advertajzing usluga od strane davaoca franšize, tj. pružanje usluga iz oblasti marketinškog poslovanja.

Pružanje usluga iz oblasti marketinškog poslovanja odnosi se na tehničko-organizacione složene poslove koji za rezultat imaju unapređenje prodaje robe i pružanje usluga. Uslov za uspešno marketinško poslovanje zahteva iskustvo i organizacione sposobnosti koje primalac franšize najčešće ne poseduje. Nepostojanje potrebnog *know-how*-a iz oblasti marketinga na strani primaoca franšize i potreba davaoca franšize koji poseduje marketinški *know-how* radi ostvarivanja

---

<sup>15</sup> Ugovorno predviđanje da primalac franšize mora da kupi artikle od davaoca franšize po višim cenama od tržišnih, a koji ne sadrže žigove davaoca franšize, može da u tiče na konkurentsku sposobnost primaoca franšize.



prihoda i što boljeg pozicioniranja na ciljanom tržištu predstavljaju inicijalne razloge za pružanje navedene usluge.

Subjekti koji u svom poslovanju imaju određeno marketinško iskustvo, kao i znatna finansijska sredstva i specijalizovano osoblje, predstavljaju determinante marketinškog poslovanja. Stečeni *know-how* u oblasti marketinškog poslovanja koji predstavlja rezultat dugogodišnjeg poslovanja davaoca franšize direktno se reflektuje i na poslovanje primaoca franšize. Primalac franšize kao subjekt koji nema razvijeno marketinško poslovanje ili nije u finansijskoj mogućnosti (predstavlja mu opterećenje koje se direktno može odraziti na njegove rezultate poslovanja) ubira prednosti takvih oblika i tehnika prodaje koristeći direktne usluge ili *know-how* drugih privrednih subjekata (Tomić, 1987:52).

Motivacioni faktor koji pokreće davaoca franšize da na sebe preuzme obavezu advertajzinga kao deo marketinškog poslovanja ogleda se u tome da pokazuje zainteresovanost da zadrži kontrolu nad robnom markom ili trgovačkim imenom, kao i nad reklamama u pogledu robe ili usluga koje primalac franšize prodaje ili promoviše (Mendelsohn, 2004: 93–94). Davaoca franšize preuzima na sebe obaveze: a) reklamiranja (*advertising*); b) promocije i v) poslova/ve koji se odnose na odnose s javnošću (*Public Relations – PR*).<sup>16</sup> Preuzimajući na sebe obavezu da vrši poslove marketinga i reklamiranja, davaoca franšize preuzima na sebe još jednu obavezu koja se odnosi na to da uključuje primaoca franšize u proces razvijanja šeme za reklamiranje i promocije putem širokih konsultacija ili putem razgovora sa asocijacijom primalaca franšize, tj. on na ovaj način uključuje primaoca franšize u strukturu korporativnog tipa a u cilju razvijanja šeme za reklamiranje i promociju (Mendelsohn, 2005: 104).

### **3.1. Metod određivanja visine advertajzing naknade**

Naknadu za reklamu primalac franšize može plaćati nedeljno<sup>17</sup> ili mesečno. Visina naknade za reklamu određuje se na isti način kao i kod kontinualne franšizne naknade na bazi procenta od ostvarenog bruto

---

16 Odnosi s javnošću (*Public Relations - PR*) je disciplina koja stvara i održava reputaciju u cilju da se ostvari razumevanje i podrška, kao i da se utiče na mišljenja i ponašanja ciljane javnosti. Odnosi s javnošću takođe su planirani i stalni posao stvaranja i održavanja *goodwill-a*, kao i međusobnog razumevanja organizacije (ili pojedinca) i ciljane javnosti.

17 Na primer: *Subway* franšizi, advertajzing naknada, koja iznosi 4,5%, uplaćuje se nedeljno, u fond koji se zove *Subway Franchise Advertising Fund Trust (SFAFT)*. Ovaj fond služi za reklamiranje i marketinške kampanje *Subway-a* na nacionalnom nivou,

prihoda, s tim da se ona uglavnom kreće u rasponu od 1 do 5% i to pre svega u zavisnosti u kojoj se industriji franšiza ustupa.<sup>18</sup> Naknadu koju primalac franšize plaća davaocu franšize može predstavljati kombinaciju kontinualne franšizne naknade i doprinosa za reklamiranje (Mendelsohn, 2004: 95). Primalac franšize plaća jedinstvenu naknadu, pa je neophodno ugovorom precizno odrediti koliki se deo (procenat) ukupne naknade odnosi na kontinualne franšizne naknade, a koliki deo na reklamu i promocije. Za primaoca franšize važno je da se ovo odredi ugovorom jer će znati koliko odvaja za reklamu, a iz razloga jer ima pravo da od davaoca franšize zahteva preduzimanje reklamnih poslova. Davaocu franšize je u interesu da ugovorom precizira koliki se udeo od ukupne franšizing naknade odnosi na reklamu, naročito u slučaju kada se primalac franšize poziva da je prekršio ugovorne odredbe i da nije pružio ugovorom navedene reklamne usluge, a što može predstavljati osnov raskida ugovora. Treba istaći da, posmatrano sa poreskog stanovišta, prihodi od reklamnih naknada ne smatraju se kao oporeziv prihod, već kao prihod koji je sakupljen za određenu svrhu – reklamiranje brenda, između ostalog, i u ime primaoca franšize (Parivodić, 2005: 21).

Svrha naknade za reklamu je da se uplatama različitih primalaca franšize formira zajednički reklamni fond,<sup>19</sup> koji je pod kontrolom davaoca franšize.<sup>20</sup> Postojanje zajedničkog reklamnog fonda omogućava finansiranje marketinških aktivnosti na nivou celokupne franšizing mreže. Davaocu franšize izuzetno je važno da ne postoji fond koji je konstituisan na osnovu doprinosa, a iz razloga jer primalac franšize može iskazivati nezadovoljstvo tvrdeći da se fond koji je osnovan, a

---

dok se 1% fonda koristi za potrebe lokalnog marketinga, dostupno na: <http://www.subwaydevelopmentgroup.com/faq.html>. (datum pristupa: januar 2016).

18 O tome više pogledati na: <http://www.franchisedirect.com> (datum pristupa: decembar 2015).

19 U praksi je čest slučaj da se ova naknada uplaćuje na poseban, izdvojen, račun ili čak zasebnoj firmi koju po mogućstvu kontroliše davalac franšize. Kako bi se izbegli mogući konflikti, korisno je definisati kako i koji deo naknada će se koristiti za lokalni, a koji za nacionalni advertajzing.

20 U cilju razvoja upravljanja nad fondom za marketinške aktivnosti, davaoci franšize osnivaju marketinške komitete/savete, u kojima i primaoci franšiza imaju pravo glasa u određivanju načina korišćenja ovih sredstava. Na čelu tih fondova su marketinški direktori koji imaju za cilj da osmisle, organizuju i implementiraju marketinške kampanje i aktivnosti mreže franšiza. Menadžment advertajzing fonda je u većini slučajeva izdvojen u odnosu na onaj gde su sredstva kontinualne franšizne naknade i opšti prihodi davaoca franšize.

koji služi za reklamiranje i promociju, ne koristi namenski. Kako bi se izbegli problemi koji se mogu pojaviti prilikom trošenja sredstava iz navedenog fonda, neophodno je i poželjno uspostaviti kontrolni mehanizam i to u vidu da se primaocu/ima franšize omogućava da ima/ ju pravo glasa o odlučivanju u pogledu načina korišćenja sredstava iz reklamnog fonda.

Fondove koji imaju karakter reklamnih fondova treba namenski koristiti. Ugovorom se koncizno predviđa u koje se svrhe reklamni fond može koristiti i za namirenje kojih nastalih troškova. Treba istaći da nije moguće da se troškovi jednako raspoređuju tokom godine, odnosno nemoguće je reklamne troškove pravilno raspodeliti tokom tekuće poslovne godine, a iz razloga što u određenim periodima poslovanja neće postojati potreba za podmirivanjem troškova za reklamu. U skladu s ovim postavlja se i pitanje šta bi se desilo da se troškovi ravnomerno rasporede tokom tekuće poslovne godine? U okolnostima jednake raspoređenosti troškova može se doći do situacije da u određenom periodu ne postoji potreba za njihovim podmiranjem, dok će u drugom slučaju postojati potreba, s tim da će ona biti mnogo veća od predviđenih troškova za taj period. Postojanje fiksiranih mesečnih troškova implicira da se ne mogu u potpunosti i sa punim efektom preduzimati reklamne radnje, tj. treba ih preduzimati samo u onom obimu koji se kreće u okviru predviđenih tekućih troškova. Da se ne bi došlo u navedenu situaciju, mnogo je bolje kako za primaoca franšize, tako i za davaoca franšize da se ugovorom precizno odredi koji se troškovi za reklamu imaju podmirivati iz fondova za reklamu bez obzira na trenutak nastanka u toku tekuće poslovne godine. Samo tada i samo tako davalac franšize može preuzeti radnje reklamiranja koje će svoje rezultate ostvariti u celosti i sa svrhom.

Za davaoca franšize značajno je da prilikom zaključenja ugovora o franšizingu odredi koji je najbolji način organizovanja reklamiranja. Postoje tri načina organizovanja reklamiranja, i to: 1) na lokalnom nivou;<sup>21</sup> 2) na nacionalnom nivou<sup>22</sup> i 3) kombinacija lokalnog i

---

21 Za određene oblike franšizing poslovanja davaoca franšize lokalni advertajzing predstavlja najdelotvorniji način promocije poslovanja primaoca franšize.

22 Određeni troškovi koji se mogu pojaviti a koji se odnose na nacionalni advertajzing – reklamiranje (primateljac franšize je i dalje na lokalnom nivou poslovanja), tj. na nacionalni korporativni imidž imaće smisla tek kada franšizing mreža dostigne određenu veličinu, s tim što ovu mogućnost ne treba zanemariti i neophodno ju je pomenuti prilikom nacrta ugovornih odredaba.

nacionalnog (Mendelsohn, 2004:95). Pored mesečnih naknada za reklamni fond, primalac franšize može imati obavezu i u vidu trošenja definisanih iznosa u svrhu lokalnog marketinga, s tim da ti iznosi mogu biti fiksirani ili da predstavljaju procenat od prodaje. Nacionalni marketing povećava svesnost potrošača o brendu (eng. *brand awareness*), dok lokalni marketing privlači potrošače na određene lokacije. Reklamiranje putem ovako osnovanih fondova ima određenih prednosti poput: a) uniformne/dosledne marketinške kampanje na nivou celog ciljanog tržišta; b) utiče se na povećanja svesti potrošača i v) utiče se na veću kritičnu masu potrošača i korisnika usluga.

## Literatura

Adams, J., Hickey, J., Jones, P. K. V. (2006). *Franchising*, Fifth edition, Tottel, West Sussex.

Mendelsohn, M. (2004). *Franchising law*, Second edition, Richmond Law & Tax Ltd. Mendelsohn, M. (2005). *The Guide to Franchising*, 7 ed., Thomson.

Parivodić, M. (2005). *Franchising in Serbia and Montenegro*. Chapter for Kluwer Encyclopedia of International Franchising.

Seid, M., Thomas, D. (2007). *Franchising For Dummies*, New York City: John Wiley&Sons.

Tomić, M. D. (1987). *Ugovor o franchisingu*, Ljubljana.

Internet domeni:

<http://www.franchisedirect.com>

<http://www.franchise-fff.com>

<http://www.gtai.de>

<http://www.publications.parliament.uk>

<http://franchising.rs>

<http://thefranchisemaker.com>

<http://www.subwaydevelopmentgroup.com>

**Strahinja D. Miljković, LL.D.**

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law in Kosovska Mitrovica,*

*University of Prishtina (temporary headquarters in Kosovska Mitrovica)*

## **ON THE TYPES OF FRANCHISE FEES**

### **Summary**

*By accessing a franchising network at the moment of contracting a franchising agreement, a franchisor concedes the franchise package of rights to a franchisee. Making use of the benefits provided by business operations in a developed and market-recognizable franchise network, the franchisee has certain contractual obligations which are embodied in financial compensation to the franchisor. The franchisee is obliged to pay the franchisor certain fees, such as: 1) the initial franchise fee; 2) the continuing franchise fee and 3) the advertising fee. The initial franchise fee may be regarded as „an entry fee“, i.e. a ticket to a franchising network. The continual fee is an active revenue which allows a franchisor to finance the activities of rendering a wide range of services to a franchisee and, concurrently, to make profit. The advertising fee is paid to a franchisor by a franchisee for services rendered in the field of advertising business. In the author's opinion, the professional public in the country should pay considerable attention to this topic, with specific reference to the experiences of countries with developed franchising business practices.*

**Key words:** *franchising agreement, franchise, franchisor, franchisee, initial franchise fee, continuing franchise fee, advertising fee.*



## **MOGUĆE REPERKUSIJE UVOĐENJA INSTITUTA STEČAJA POJEDINCA NA OSNOVU ISKUSTVA SAD**

**Apstrakt:** Na prvi pogled može se steći utisak da je globalna ekonomska kriza uticala na povećanje broja otvorenih postupaka stečaja pojedinca u državama u kojima taj institut postoji. U državama u kojima taj institut još uvek nije uveden, primećen je porast zaduženosti stanovništva protekle decenije. Međutim, dubljom analizom ovog pravnog instituta mogu se nazreti različite reperkusije koje njegova primena ima na privredu jedne države, ali i rast globalne ekonomije. Postavlja se pitanje da li je primena ovog pravnog instituta posledica ili uzrok globalne ekonomske krize. Cilj ovog rada jeste pružanje odgovora na ovo pitanje analizom osnovnih karakteristika, prednosti i nedostataka stečaja pojedinca, kao i posledica negativne selekcije fizičkih lica kao stečajnih dužnika.

**Ključne reči:** zaduženost, fizička lica, negativna selekcija.

### **1. Uvod**

Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda usvojena je 4.11.1950. godine u Rimu. Ova konvencija, između ostalog, osmim članom uređuje obavezu državama potpisnicama da omoguće zaštitu prava na poštovanje privatnog i porodičnog života, doma i prepiske (Savet Evrope, 1950: 5). Prethodno možda neće biti moguće u slučaju da fizičko lice koje je prezaduženo ostane bez osnovnog životnog prostora ili osnovnih sredstava za život, ukoliko su ista pod hipotekom ili zalogom. S obzirom na to da je Republika Srbija ratifikovala pomenutu konvenciju 3.3.2004. godine, uvođenjem pravnog instituta stečaja

---

\* vmizdrakovic@singidunum.ac.rs

pojedince moglo bi se olakšati pružanje zaštite konvencijskih prava. Velika Britanija (od 1861. godine), većina ostalih država članica Evropske unije, Sjedinjene Američke Države (od 1898. godine) i Australija već duže vreme poznaju ovaj institut, a države našeg okruženja, porastom zaduženosti stanovništva, preduzimaju dodatne aktivnosti na njegovom uvođenju.<sup>1</sup> U Sloveniji ova oblast je od pre osam godina regulisana zakonom, u Grčkoj pre pet, a u Hrvatskoj je 2015. godine izrađen nacrt zakona o stečaju pojedinca, koji je kasnije i usvojen i stupio na snagu 1.1.2016. godine (Ministarstvo pravosuđa Republike Hrvatske, 2015: 2). Prema prethodnom izvoru, zaduženost stanovništva u regionu je visoka, tako je u Sloveniji već otvoreno 4.000 postupaka stečaja pojedinca, a u Hrvatskoj zaduženost stanovništva 2013. godine iznosila je blizu 17 milijardi evra, dok je u Srbiji iste godine zaduženost iznosila oko 8 milijardi evra (Udruženje banaka Srbije, 2015). Reč je o značajnom porastu zaduženosti, na primer, 2010. godine zvanična zaduženost stanovništva u Srbiji bila je oko 5 milijardi evra (Udruženje banaka Srbije, 2015). Stečaj pojedinca (engl. *personal bankruptcy*)<sup>2</sup> kao pravni institut još uvek nije zakonski uveden u Republici Srbiji.<sup>3</sup> Prethodno znači da, ukoliko ste prezaduženi i ne možete izmiriti obaveze koje imate kao fizičko lice (osim preduzetnika), trenutno ne možete otvoriti stečajni postupak i time olakšati svoj status u postupku reorganizacije, kao što to mogu učiniti pravna lica. Naime, prema Radoviću (2004), Republika Srbija

---

1 Za više o istoriji razvoja s tečaja pojedinca pogledati Radović, V. (2006). Individualni stečaj. Beograd: Dosije; i Radović, V. (2003). Razvoj individualnog stečaja u anglosaksonskim zemljama. Strani pravni život. 12 (I–III), str. 121–134.

2 Sledi kratak osvrt na prevod termina *personal bankruptcy* (i sličnih termina, na primer: *consumer bankruptcy*, *consumer insolvency*, *personal insolvency*, *bankruptcy of individual debtor*, *debt consolidation proceedings*) na srpski jezik. Ponekad se ovaj termin prevodi i kao „lični bankrot“ ili „bankrot pojedinca“, što ne bi bilo terminološki odgovarajuće, imajući u vidu da termin bankrot potiče iz oblasti stečaja pravnih lica, gde označava prestanak poslovanja. Reorganizacija, kao oblik stečajnog postupka pravnih lica, više bi odgovarala terminu *personal bankruptcy*, jer u tom slučaju privredno društvo nastavlja sa poslovanjem uz pokušaj da se izvrši reorganizacija dugova uz prihvaćeni plan isplate. U SA D stečaj se naziva *bankruptcy*, bankrotstvo se naziva *liquidation* (ovaj postupak u ređen je Odeljkom 7), dok se reorganizacija naziva *reorganization* (ovaj postupak uređen je Odeljkom 11 i 13). Izuzetak o prethodno nabrojanog može biti pravni sistem Velike Britanije i Australije, gde se stečaj pojedinca naziva *bankruptcy*, a stečaj pravnih lica *insolvency*, što može i biti jedan od razloga brojnih nedoumica u vezi upotrebe odgovarajućeg termina. U Hrvatskoj, termin *personal bankruptcy* je preveden kao stečaj potrošača u istoimenom nacrtu zakona, što se čini odgovarajućim.

3 Iako je stečaj preduzetnika već uveden 24. jula 2004. godine, kada je stupio na snagu Zakon o stečajnom postupku, odnosno Zakon o stečaju (Službeni glasnik RS, br. 84/04.).



spada u države u kojima postoji konzervativni pravni sistem kada je u pitanju stečaj pojedinca. Isti autor deli države sa takvim sistemom na dve grupe. U prvoj grupi države (Kina, Bosna i Hercegovina, Mongolija i druge) ne poznaju stečaj fizičkog lica ni u jednom obliku, dok drugu grupu čine države (Brazil, Makedonija, Italija i druge) u kojima samo preduzetnici kao posebna pravna forma imaju mogućnost da otvore stečajni postupak (Radović, 2004). U poslednjoj grupi se još uvek nalazi i Republika Srbija. Međutim, uskoro, sva fizička lica i u Republici Srbiji imaće tu mogućnost. Iako koncept stečaja pojedinca na papiru može izgledati vrlo primamljivo, njegova primena, ukoliko ne postoji adekvatna selekcija stečajnih dužnika, može dovesti do različitih reperkusija na privredu jedne države ili globalnu ekonomiju. Stoga, osnovni cilj ovog rada biće analiza posledica koje stečaj pojedinca može imati na funkcionisanje finansijskih institucija, finansijska tržišta i privredu jedne države. Rad je strukturiran na sledeći način. U prvom delu rada, u iščekivanju zakona o stečaju pojedinca, izložićemo karakteristike, prednosti i nedostatke stečaja pojedinca. Drugi deo rada posvećen je problematici negativne selekcije fizičkog lica, kao stečajnog dužnika. Pre zaključnih razmatranja, na primeru globalne ekonomske krize, analiziraćemo negativni uticaj neadekvatnog filtriranja stečajnih dužnika.

## **2. Karakteristike, prednosti i nedostaci stečaja pojedinca**

Imajući u vidu da će institut stečaja pojedinca tek biti uveden u zakonodavstvo Republike Srbije, u ovom delu rada ukratko ćemo predstaviti osnovne karakteristike instituta stečaja pojedinca, njegove prednosti i nedostatke. Istorijski posmatrano, stečaj pojedinca, u različitim oblicima, postoji već vekovima. Nasuprot njegovom današnjem prilično humanom postupku, u istoriji su za taj postupak bile vezivane različite drakonske mere, kao što su fizičko kažnjavanje, sakaćenje, oduzimanje prava na slobodu i gaženje dostojanstva, kako samog stečajnog dužnika, tako i njegove uže porodice. Međutim, vremenom, fokus je pomeren na imovinu stečajnog dužnika i njeno unovčenje, čime je redefinisana zaduženost fizičkog lica na sledeći način: *from sin to risk, from moral failure to economic failure* (Bodul, 2011: 352).

Za razliku od stečaja privrednih društava, u ovom slučaju stečajni dužnik je fizičko lice, a postupak se sprovodi nad njegovom imovinom koja nije izuzeta iz postupka. Cilj postupka je dvojak, omogućavanje novog finansijskog početka za stečajnog dužnika, oprostom jednog dela ili

celokupnog duga, uz istovremeno najpovoljnije kolektivno namirenje potraživanja stečajnih poverilaca iz unovčene imovine fizičkog lica i raspoloživih budućih priliva novca. Obično u tom postupku određeni deo potraživanja biva otpisan, naročito ako stečajni dužnik ne poseduje nekretnine koje bi se mogle unovčiti, pa je u tome i glavna prednost stečajnog postupka. Razlog otvaranja postupka je prezaduženost stečajnog dužnika (fizičkog lica), odnosno njegova trajnija nemogućnost da izmiri dospele obaveze, bez značajnih posledica koje bi nastale po njegovu egzistenciju. Vremenski period insolventnosti i ukupna vrednost dospelih obaveza obično su određeni posebnim zakonom. Predmet postupka je ukupna imovina stečajnog dužnika, ali obično određeni deo imovine biva izuzet, na primer:

- Odeća, obuća i slični predmeti namenjeni ličnoj upotrebi,
- Hrana i ogrev za potrebe dužnika i članova domaćinstva (obično za određeni period),
- Gotov novac dužnika koji ima stalna mesečna primanja do mesečnog iznosa koji je po zakonu izuzet od izvršenja,
- Ordeni, medalje, ratne spomenice, priznanja, lična pisma, porodične slike,
- Pomagala koja su osobi sa invaliditetom neophodna za obavljanje životnih funkcija i slično.

Stečajni dužnik svoj imovinski status može dati na uvid popisom imovine, obaveza i potraživanja. Troškovi postupka namiruju se iz prethodno uplaćenog predujma koji uplaćuje podnosilac zahteva za otvaranje postupka (neko od poverilaca, mada to može biti i stečajni dužnik). Plan otplate ili reorganizacije dugova sastavlja stečajni dužnik, ponekad uz pomoć stečajnog upravnika kojeg imenuje sud, a koji ne može biti lice povezano sa stečajnim dužnikom. Stečajni upravnik ima slična prava i dužnosti, kao i u postupku nad pravnim licem, ali je prethodno najviše određeno zakonskim uređenjem i razlikuje se između pravnih sistema.

Može se reći da je popularnost stečaja pojedinca najveća u državama anglo-saksonskog govornog područja i da je ona srazmerna vremenskom periodu njegove primene. Tipično fizičko lice koje podnosi zahtev za otvaranjem postupka stečaja pojedinca u Sjedinjenim Američkim Državama je iz srednje klase, jer je za očekivati da ta lica imaju dovoljnu kreditnu sposobnost da „nagomilaju“ gubitke ili preduzmu rizične poslovne odluke (Martin & Paley, 2006: 141). Takođe, u pitanju su lica koja

su obično završila fakultet i koja u svom vlasništvu imaju nekretnine visoke vrednosti, ali nedostatak likvidnih sredstava. Kao najčešći uzroci otvaranja stečajnog postupka fizičkog lica navode se zdravstveni problemi, gubitak posla i razvod braka (Martin et al. 2006: 176).

Učestalost stečaja pojedinca je izražena i u Australiji, u kojoj se u samom zakonu navodi da se stečaj ne sme koristiti kao „karta izbjavljenja“. Određene karakteristike pravnog regulisanja stečaja pojedinca u Australiji su zajedničke i za ostale kontinente i države. Kao osnovne prednosti otvaranja stečaja pojedinca navode se:

- oslobađanje od plaćanja većine obaveza;
- oslobađanje od pravnih radnji koje poverioci mogu preduzeti;
- obustavljanje zaplene imovine;
- obustavljanje odbitaka na ličnoj zaradi;
- zaštita lične imovine (motorna vozila, lična imovina i slično);
- mogućnost putovanja na teritoriji države (ITSA, 2005: 8).

Kao prva prednost ovog instituta navodi se oslobađanje od plaćanja većine obaveza. Ovde se uglavnom zakonom reguliše koje su to obaveze, a misli se na preostale obaveze koje se ne mogu izmiriti redovnim prihodima fizičkog lica u zakonskom periodu, niti iz stečajne mase koja je nastala prodajom njegove imovine. Oslobađanje plaćanja obaveze do skoro nije bila poznata nemačkom pravu,<sup>4</sup> koje je poslužilo kao osnova za većinu zakona u državama u našem okruženju, već je preuzeto iz američkog prava. Naime, fizičko lice kao stečajni dužnik može se osloboditi svih svojih obaveza koje su u stečajnom postupku ostale nenamirene, čak i bez saglasnosti poverilaca (Lovrić, 2004: 33).

Sa druge strane, nedostaci otvaranja stečaja pojedinca su raznovrsni i zavise od toga kakvo je zakonodavno rešenje prihvaćeno. Najčešći nedostaci koji se navode su:

- svi dugovi koji su nastali nakon otvaranja stečaja ostaju punovažni;
- dugovi nastali u vidu prevare ostaju punovažni;

---

<sup>4</sup> Od 1.3.2012. godine, u nemački stečajni zakon (*Insolvenzordnung*) uvedeno je automatsko obustavljanje pravnih radnji protiv stečajnog dužnika (*Schutzschirm*), čime će stečajni dužnik imati dodatni vremenski period na raspolaganju za sastavljanje plana reorganizacije (Heerstrassen, 2012). Nemački zakonodavac preuzeo je model stečajnog postupka iz američkog stečajnog zakona – Odeljka 11 i stečajnog zakona Velike Britanije.

- dugovi u vidu kazni sudova ostaju punovažni;
- dugovi u vidu alimentacije ostaju punovažni;
- nekretnine ostaju pod kontrolom nadležnog tela;
- lice mora predati pasoš i putovati u inostranstvo uz dozvolu nadležnog tela;
- lice ne može biti član upravnog odbora;
- kreditna sposobnost će biti ograničena u određenom periodu, na primer, od 7 godina<sup>5</sup> (pored toga, za sve iznose kredita preko određenog iznosa, lice mora obavestiti kreditora o stečaju);
- moguća ograničenost u dobijanju osiguranja;
- moguća ograničenost u dobijanju zaposlenja (naročito za određena zanimanja);
- informacije o stečaju će biti dostupne javnosti doživotno na odgovarajućem sajtu (ITSA, 2005: 9).

Važno je imati u vidu da prethodno nabrojani nedostaci stečaja pojedinca nisu jedini i da mogu biti drugačiji u zavisnosti od prihvaćenog zakonodavnog rešenja.

### **3. Problem negativne selekcije stečajnih dužnika**

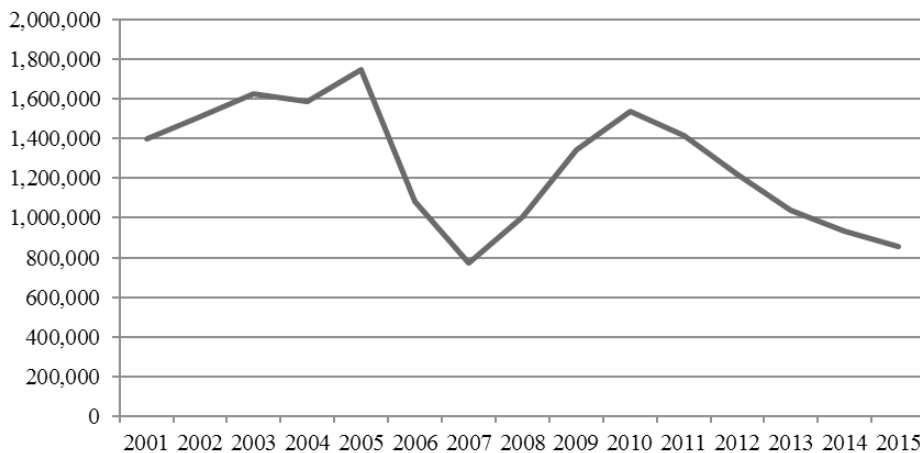
Na osnovu prethodnog stiče se utisak da prednosti pravnog instituta stečaja pojedinca nadmašuju nedostatke. Međutim, iako njegova primena zvuči vrlo primamljivo, neadekvatnim zakonskim regulisanjem mogu nastati vrlo ozbiljne posledice. Cilj je omogućiti fizičkim licima koja poseduju dovoljno unovčive imovine za, pre svega, pokriće troškova postupka, a nakon toga i za pokušaj uspostavljanja zdrave finansijske situacije stečajnog dužnika. Stečajni razlozi moraju biti jasno definisani i dovoljno rigorozni, kako bi eventualne zloupotrebe bile sprečene. Ekonomske krize koje su, čini se, sve učestalije i čiji efekti se odslikavaju na privredi Sjedinjenih Američkih Država, pa i celog sveta, uticale su na prirodno povećanje broja otvorenih postupaka stečaja pojedinca. Nezaposlenost u periodu krize bila je na veoma visokom nivou, a prestanak radnog odnosa, kao što smo naveli, jedan je od glavnih

---

<sup>5</sup> Na primer, u SA D nije jasno određeno kada će stečajni dužnik moći ponovo da se zaduži i to zavisi od tipa kredita. Pa tako, fizičko lice može kupiti automobil na kredit odmah nakon otvaranja postupka, među tim, za hipotekarni kredit bi moralo da sačeka jednu do dve godine.

uzorka otvaranja postupka. Međutim, povećanje otvaranja postupaka stečaja pojedinca u Sjedinjenim Američkim Državama (SAD) je od 2002. godine imalo rekordnu vrednost. Naime, sa nekadašnjih 287.000 aktivnih postupaka, koliko je zabeleženo pre oko tri decenije, broj je povećan na blizu 2 miliona 2005. godine. Na grafiku koji sledi, hronološki je prikazan broj otvorenih stečajnih postupaka fizičkih lica u SAD na godišnjem nivou do jula 2015. godine (statistiku stečajnih postupaka u SAD možete videti ovde: <http://www.uscourts.gov/Statistics/BankruptcyStatistics.aspx>).

Grafik 1. Hronološki prikaz otvorenih stečajnih postupaka pojedinca u SAD



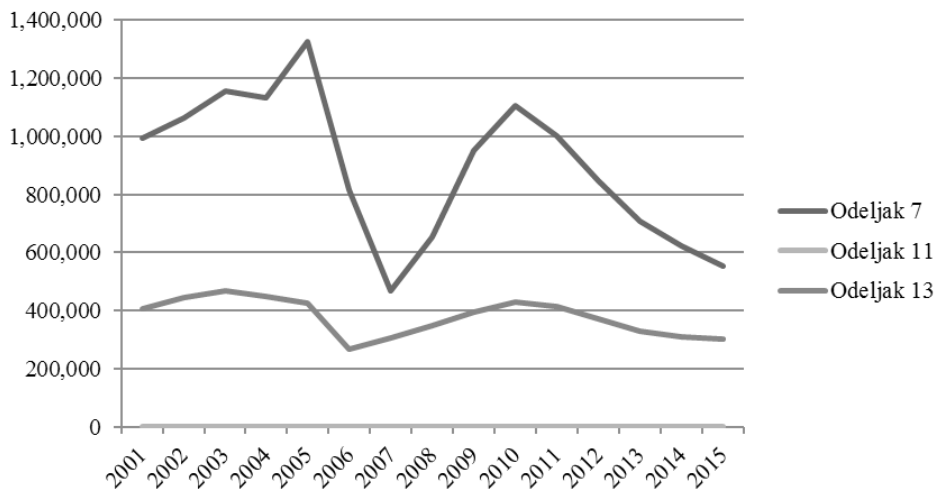
Izvor: prilagođeni podaci sa: <http://www.uscourts.gov/Statistics/BankruptcyStatistics.aspx>

Pretpostavlja se da svake godine privreda SAD izgubi skoro 40 miliona dolara usled otvaranja stečajnih postupaka (Mizdraković, 2012: 38). Kao što se može videti na prethodnom grafiku, broj otvorenih postupaka je bio najveći 2005. godine, dok je minimum zabeležen već naredne 2006. godine. Razlog drastičnog smanjenja otvorenih postupaka je donošenje novog akta čiji je osnovni cilj bio sprečavanje zloupotrebe otvaranja stečaja fizičkih lica (engl. *The Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*). Naime, do reforme koja je izvršena 2005. godine, oko 70% fizičkih lica biralo je Odeljak 7 u skladu sa oprostom dugova, dok je preostali broj birao Odeljak 13, gde se odriču budućih primanja u naredne tri godine u korist prihvaćenog plana isplate dugova (Bodul, 2011:353). Jedan od osnovnih instrumenata borbe protiv smanjenja broja otvorenih

postupaka jeste pooštavanje uslova koji moraju biti ispunjeni kako bi licu koje je podnelo zahtev bio „obrisan“ dug na kreditnoj kartici, u skladu sa zaštitom predviđenim Odeljkom 7 (Tucker, 2006: 60). Naime, lica koja podnose zahtev moraju popuniti i dodatni formular na osnovu kojeg se zaključuje da li postoji osnov otvaranja postupka. Pored toga, vršena je provera da li imovinsko stanje stečajnih dužnika, koji su već odabrali postupak prema Odeljku 13, zaista i odgovara tom postupku. Korišćeni su adekvatni matematički i ekonometrijski testovi kojim je donekle otklonjen problem negativne selekcije stečajnih dužnika (Wedoff, 2005: 332). Takođe, uvedena su i ograničenja u pravima koja su fizička lica u stečaju imala pre uvođenja zakona. Ograničenja se uglavnom odnose na smanjenje broja slučajeva, kada se vrši automatsko obustavljanje naplate potraživanja stečajnih poverioca (engl. *Automatic Stay*).

Pre uvođenja zakona „najpopularniji“ postupak je bio onaj predviđen Odeljkom 7 – Likvidacija, kojim su određeni dugovi fizičkog lica bili delimično ili čak u potpunosti otpisani. Naime, oko tri četvrtine postupaka činili su oni prema Odeljku 7, gde se celokupna imovina fizičkog lica prodaje, kako bi dugovi bili izmireni. Pritom, dužnik dobija oprost dugova i nov finansijski početak već za četiri meseca nakon podnošenja predloga i u praksi najčešće bez predaje imovine ili budućih prihoda (Bodul, 2011: 355). Prema Odeljku 13 – Prilagođavanje dugova pojedinca, dužnik zadržava imovinu, ali mora dostaviti plan otplate dugova (engl. *wage earner's plan*) za period od tri, odnosno pet godina. Fizička lica se najređe opredeljuju za Odeljak 11 – Reorganizacija, jer je kompleksan i zahteva uplatu visokog predujma. Na grafiku koji sledi je hronološki prikaz broja otvorenih stečajnih postupaka u SAD prema obliku postupka na godišnjem nivou do jula 2015. godine.

Grafik 2. Hronološki prikaz broja otvorenih stečajnih postupaka pojedinca u SAD prema obliku postupka



Izvor: prilagođeni podaci sa: <http://www.uscourts.gov/Statistics/BankruptcyStatistics.aspx>

Rezultati zakona su očigledni, jer je primetan značajan pad otvorenih stečajnih postupaka prema Odeljku 7. Imajući u vidu da ovaj oblik podrazumeva prodaju imovine fizičkog lica, postavlja se pitanje zbog čega se lica najviše odlučuju za ovaj oblik stečajnog postupka. Odgovor leži u brzini postupka i u mogućnosti „novog početka“ (engl. *Fresh start*) za fizičko lice.

Prema Odeljku 7, fizičkom licu koje je otvorilo stečajni postupak obrisani su svi:

- neobezbeđeni dugovi, što često uključuje i dugove na kreditnim karticama;
- dugovi po osnovu medicinskog lečenja;
- lični zajmovi i
- potrošački dugovi.

Sva imovina koju dužnik poseduje, a koja nije izuzeta iz postupka, prodaje se i namiruju se obaveze stečajnog dužnika. Međutim, u čak 96% slučajeva otvaranja postupka prema Odeljku 7 dužnici nisu izgubili svoju imovinu koja je smatrana izuzetom (Tucker, 2006: 60).

#### **4. Uticaj negativne selekcije stečajnih dužnika na globalnu ekonomiju**

Na prethodno prikazanom grafiku primećujemo i ponovno povećanje broja otvorenih postupaka 2010. godine, što je očigledno rezultat svetske ekonomske krize, čiji su se efekti zvanično osetili početkom 2008. godine. Razlog velikog broja otvorenih stečaja pojedinca su hipotekarni krediti. Naime, sve do 2006. godine u SAD tržište nekretnina je imalo procvat, ali u tom momentu niko nije mogao da nasluti da će cene nekretnina naglo pasti. U periodu od 2000. do 2007. godine srednja vrednost prodatih nekretnina porasla je za 56%. Lak pristup velikoj količini kapitala koja je bila investirana u ovaj sektor učinila je da se investitori i stanovništvo osećaju bezbedno. Toliko bezbedno da je stanovništvo počelo da kupuje nekretnine koristeći hipotekarne kredite koje nije moglo da isplati. Prethodno je bilo, naravno, zakonski omogućeno finansijskom deregulacijom, odnosno relaksiranjem uslova za odobravanjem kredita. Prema jednom istraživanju, finansijskom deregulacijom može se objasniti makar 10% povećanja otvorenih postupaka stečaja pojedinca u SAD (Astrid, Andreas, 2010: 58).

U momentu blagostanja, ukoliko manji broj klijenata ne isplati dugove, to se ne bi u značajnoj meri odrazilo na poslovanje banaka, pa su i same banke relaksirale uslove za dobijanje kredita. Imajući u vidu da hipotekarni krediti imaju karakter dugoročnih kredita, kapital banke je „zarobljen“ do momenta njihove realizacije. Stoga, da kapital banaka ne bi bio nedostupan duži vremenski period, opredelile su se da prodaju svoja potraživanja brokerima, čime su ubrzale proces naplate potraživanja, pa samim tim i obrt sredstava (Mizdraković, 2012:40). Brokeri su išli korak dalje i spajali su nekoliko potraživanja u vidu hipotekarnih kredita i time kreirali specijalnu hartiju od vrednosti – hipotekarne obveznice (engl. *MBA – Mortgage Backed Securities*). Naravno, da bi mogli da trguju ovim hartijama od vrednosti, morali su dobiti odgovarajući kreditni rejting jedne od tri agencije za kreditni rejting: *Moody's*, *Standard&Poor's* i *FinCredit*.

Na taj način je omogućena dalja prodaja ovih hartija od vrednosti drugim privrednim subjektima i finansijskim institucijama. Kako su vrednosti nekretnina naglo rastle, tako je i vrednost ovih hartija od vrednosti bila (veštački) naduvana. Takvu vrednost su finansijske institucije prikazivale u svojim finansijskih izveštajima i na osnovu toga se još više zaduživale. Međutim, kada je stanovništvo počelo neredovnije da isplaćuje anuitete, nastali su prvi problemi za finansijske institucije.



Već krajem 2007. godine, skoro 16 procenata svih hipotekarnih kredita bilo je nenaplativo u potpunosti (Pozen, 2010:238). Imovina koju su do tada prikazivali u finansijskim izveštajima je postala imovina koju je gotovo nemoguće dalje prodati (engl. *Toxic Assets*), dok je naplata obaveza takođe pogoršana. Srednja vrednost prodatih nekretnina od početka 2007. godine do 2009. godine pala je za oko 20%. Prema proceni, agencije za kreditni rejting su oborile rejting hipotekarnih hartija u vrednosti za oko 1.900 miliona dolara. Postavlja se pitanje kakva je uloga stečaja pojedinca u finansijskoj krizi?

Kao što se može primetiti iz prethodnih grafika, najveći broj otvorenih postupaka bio je u skladu sa Odeljkom 7 i to nije slučajan izbor stanovništva. Naime, u skladu sa Odeljkom 7 banka, odnosno finansijska institucija koja potražuje novac po osnovu hipotekarnog kredita od fizičkog lica, nema pravni osnov da zahteva od lica da isplati u potpunosti dug, već ima pravo da proda nekretninu pod hipotekom i da time izmiri svoje potraživanje. Stečajni dužnik koji je otvorio postupak prema Odeljku 11 i 13 nema takvu mogućnost.

Međutim, prethodno ne bi imalo značajan negativni uticaj na poslovanje finansijskih institucija da cene nekretnina nisu naglo pale, pa time one ponekad nisu mogle da naplate ni deo potraživanja. Drugi problem bio je i izuzetno slaba utrživost nekretnina. Iz prethodnog sledi da je pojedinac ostvarivao veće koristi ako otvori stečajni postupak, nego da uredno servisira svoju obavezu. Stoga, znatan broj stečajnih dužnika imao je status kvazi dužnika, a solventnost finansijskih institucija je rapidno opala, pa su i same otvarale stečajni postupak. Dalje posledice globalne ekonomske krize su poznate, pa se u ovom radu nećemo na njih posebno osvrnati. Predsednik SAD Barak Obama je u svojim govorima često podsećao stanovništvo da imaju moralnu i patriotsku obavezu da izmire svoje obaveze prema finansijskim institucijama. Međutim, tek uvođenjem rigoroznih pravila za otvaranje stečajnog postupka broj istih je smanjen. Očigledno, ključ je u adekvatnom filtriranju potencijalnih stečajnih dužnika koje mora biti zakonski regulisano i pod konstantnim monitoringom od strane državnih organa.

## **5. Zaključna razmatranja**

Stečaj pojedinca kao pravni institut može doprineti boljem funkcionisanju finansijskih tržišta, ubrzanjem postupka naplate potraživanja finansijskih institucija i drugih poverilaca. Ovaj pravni institut bi trebalo da obezbedi i poštovanje osnovnih

ljudskih prava fizičkog lica, kao stečajnog dužnika i očuvanja njegovog dostojanstva. Kao i kod stečaja privrednih društava, podrazumeva se da stečajnih dužnik nije u mogućnosti da na adekvatan način upravlja svojim finansijama, te mu se stoga dodeljuje stečajni upravnik čija je osnovna funkcija kontrola upotrebe finansijskih sredstava u određenom vremenskom periodu. Sa aspekta pojedinca, osnovna prednost ovog pravnog instituta bilo bi eventualno otpisivanje dugova, u zavisnosti od njegovog imovinskog stanja. U slučaju kada ne postoji odgovarajuća i rigorozna selekcija stečajnih dužnika, primena instituta stečaja pojedinca može imati vrlo negativne posledice na privredu jedne države, ali i globalnu ekonomiju. Analizom događaja koji su doveli do nastanka globalne ekonomske krize i uloge stečaja pojedinca u njoj, kao posledice, a više kao uzroka, zaključujemo da je od izuzetne važnosti adekvatno zakonsko regulisanje ovog postupka. Iskustvo država koje su već uvele ovaj institut, od neprocenjivog je značaja. Naime, države u okruženju koje su suviše rigorozno postavile pravila za otpis dugova trenutno su suočene sa mogućnošću da izvrše masovan otpis potraživanja stečajnih dužnika koji zasigurno neće biti u objektivni. Sa druge strane, države u kojima je postupak otpisa dugova u stečajnom postupku suviše fleksibilno postavljen, dolazi do negativne selekcije stečajnih dužnika. Poučeni tim iskustvom, potrebno je uvesti pravni institut stečaja pojedinca na takav način da se njegovom primenom ostvare glavni socijalni ciljevi, uz istovremenu maksimalnu naplatu potraživanja.

## Literatura

- Astrid, D., Andreas, L. (2010). Personal Bankruptcy and Credit Market Competition. *The Journal of Finance*. 2 (LXV). 654–686
- Bodul, D. (2011). Osobni stečaj: Globalni trend i hrvatska perspektiva. *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*. 1 (XXXII). 351–379
- ITSA. (2005). *The Consequences of Individual Bankruptcy*. [Electronic version]. Preuzeto 10.06.2015. [http://www.qpilch.org.au/\\_dbase\\_upl/Bankruptcy.pdf](http://www.qpilch.org.au/_dbase_upl/Bankruptcy.pdf).
- Lovrić, V. (2004). *Stečaj nad imovinom dužnika pojedinca*. [Electronic version]. Preuzeto 18.09.2015. [http://www.sudacka-mreza.hr/doc/sr/radovi/Viktorija\\_Lovric\\_-\\_Stecaj\\_nad\\_imovinom\\_pojedinca.pdf](http://www.sudacka-mreza.hr/doc/sr/radovi/Viktorija_Lovric_-_Stecaj_nad_imovinom_pojedinca.pdf).
- Martin, N., Paley, S. (2006). *J. K. Lasser's The New Bankruptcy Law & You*. New York: John Wiley & Sons
- Mizdraković, V. (2012). *Komparativna analiza ekonomskih aspekata stečaja*. [Electronic version]. Preuzeto 20.09.2015. <http://www.singipedia>.

singidunum.ac.rs/content/3757-Komparativna-analiza-ekonomskih-aspekata-ste%C4%8Daja

Ministarstvo pravosuđa Republike Hrvatske. (2015). *Zakon o stečaju potrošača*. [Electronic version]. Preuzeto 23.07.2015. <https://pravosudje.gov.hr/pristup-informacijama-6341/savjetovanja-sa-zainteresiranom-javnoscju/okoncana-savjetovanja/zakon-o-stečaju-potrosaca-8076/8076>

Pozen, R. (2010). *Too Big to Save*. New Jersey: John Wiley & Sons Inc.

Radović, V. (2003). Razvoj individualnog stečaja u anglosaksonskim zemljama. *Strani pravni život*. 12 (I–III). 121–134

Radović, V. (2004). Stečaj nad imovinom preduzetnika prema usvojenom Zakonu o stečajnom postupku. *Strani pravni život*. 12 (IX). 123–137

Radović, V. (2006). *Individualni stečaj*. Beograd: Dosije

Savet Evrope. (1950). *Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda*. [Electronic version]. Preuzeto 11.09.2015. <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>

Tucker, J. (2006). *Bankruptcy Option for Individuals: Impact of the New Bankruptcy*

*Law Journal of Financial Service Professionals*. 4(LX). 58–67

Udruženje banaka Srbije. (2015). *Za devet godina duplirana zaduženost u evrima po stanovniku Srbije*. [Electronic version]. Preuzeto 18.11.2015. <http://www.ubs-asb.com/Default.aspx?tabid=9940>

Heerstrassen, F. (2012). *Germany Modernizes Insolvency Laws*. [Electronic version]. Preuzeto 22.11.2015. <http://www.terrale.org/publication/pf7dfa93fb0/germany-modernizes-insolvency-laws>

Wedoff, E. (2005). Means Testing in the New 707. *American Bankruptcy Law Journal*. 2(LXXIX). 231–281

### **Vule Mizdraković, PhD**

*Assistant Professor,*

*Faculty of Business in Belgrade, Singidunum University*

## **POSSIBLE RAMIFICATIONS OF INTRODUCING THE INSTITUTE OF PERSONAL BANKRUPTCY: THE USA EXPERIENCE**

### **Summary**

*In the past decade, the increase of household debt in Serbia as well as in the entire region has brought the issue of personal bankruptcy into the spotlight. The adoption of this procedure would enable individuals who are over-indebted and unable*

*to settle out the credit and current payables to file for personal bankruptcy. The main objective of this procedure would be to ensure the maximum reimbursement of creditors' claims from the debtor's available assets and annual revenues. Such a procedure would also provide for the protection of the debtor's basic human rights and dignity. In order to provide a fresh start for the debtor and his financial standing, bankruptcy proceedings commonly include debt write-offs, to some extent. Obviously, personal bankruptcy has two sets of goals, which are mutually inconsistent, contradictory and often incompatible. In order to prevent possible abuses, bankruptcy reasons must be clearly defined and set out in more rigorous terms. This paper analyzes the impact of personal bankruptcy in generating the global economic crisis and the repercussion that personal bankruptcy has had on the global economy.*

*The increase in the number of bankruptcy proceedings filed in the USA in 2005 was a warning about the forthcoming events. Mortgage loans were the major reason for filing a large number of personal bankruptcy claims. In fact, until 2006 the US real estate market had been booming but no one could have guessed then that the real estate values would fall sharply in the years to come. Credit deregulation caused higher demand for mortgage backed loans and the nation's household debt increased significantly. However, the negative selection of debtors, their insolvency and irregular payment of annuities caused turmoil, which generated major problems for financial institutions. At the end of 2007, nearly 16 percent of all mortgage loans were uncollectible in full. The analysis of events that led to the onset of the global economic crisis and the role of personal bankruptcy as its most probable cause yields a conclusion that the adequate legal regulation of this process is paramount. The experiences of countries that have already introduced this legal institute are invaluable. The countries in the region which have set too rigorous rules for debt write-offs are currently facing the option of undertaking massive write-offs of debtors' claims, which are most unlikely to be objective. On the other hand, in the countries which have envisaged too flexible proceedings for debt write-offs, there is a negative selection of debtors and default of financial institutions. With this experience in mind, it is necessary to regulate and apply the institute of personal bankruptcy so that it provides for the maximum debt collection as well as for accomplishing the major social goals.*

**Key words:** *indebtedness, individuals, negative selection.*

## **RADNOPRAVNI POLOŽAJ ZAPOSLENE ŽENE KOJA DOJI**

**Apstrakt:** Radnopravni položaj zaposlene žene koja doji suštinski određuje posebna zaštita. Takva zaštita implicira niz posebnih mera osmišljenih sa ciljem da se zaposlena žena koja doji i dete potpunije zaštite, budući da su umnogome posebno osetljivi. Zaposlenoj ženi koja doji, u tom smislu, jamči se pravo na jednu ili više pauza u toku dnevnog rada ili na skraćenje dnevnog radnog vremena kako bi dojila, ako se vrati na rad pre isteka godinu dana od rođenja deteta, kao i zaštita od rada na poslovima koji su štetni za njeno zdravlje i zdravlje deteta i zaštita u okviru instituta radnog vremena. Potpuna zaštita zaposlene žene koja doji, međutim, pretpostavlja i zaštitu od diskriminacije na osnovu porodičnih obaveza i stvaranje uslova za delotvorno ostvarivanje prava svakog zaposlenog na pravične uslove rada, s obzirom na rizik diskriminacije kojem je izložena i probleme sa kojima se suočava pri ostvarivanju pojedinih prava iz radnog odnosa. U radu je analiziran radnopravni položaj zaposlene žene koja doji sa ciljem da se osvetle i razmotre ciljevi njene (radno) pravne zaštite i ukaže na rizike koji ugrožavaju njeno dostojanstvo i dobrobit.

**Ključne reči:** posebna zaštita zaposlene žene koja doji, zaštita materinstva, zabrana diskriminacije na osnovu porodičnih obaveza.

### **1. Prethodne napomene**

Radnopravni položaj zaposlene žene koja doji u središtu je konfrontacije između zahteva za obezbeđivanje posebne zaštite na radu i zahteva za unapređivanje jednakosti žena i muškaraca u sferi rada. Pomirenje ovih naizgled protivurečnih zahteva predstavlja izazov za radno pravo na koji ono mora adekvatno odgovoriti da bi se očuvalo i unapredilo zdravlje zaposlene žene koja doji i deteta, zaštitio biološki i demografski

---

\* draganarado@sbb.rs

integritet društva, obezbedila bolja zaštita materinstva, povećala stopa nataliteta, efikasnije sprečila i eliminisala diskriminacija na osnovu porodičnih obaveza, itd. Istovremeno, njihovo pomirenje raspiruje polemiku o korisnosti i ograničenjima prava na razliku u jednom od najvažnijih domena ljudske egzistencije – radu. Polazeći od modernog pristupa jednakosti, ženama treba obezbediti zaštitu na istoj osnovi i pod istim standardima kao i muškarcima, a posebnu zaštitu iz bioloških ili fizioloških razloga i radi zaštite materinstva.

## **2. Nacionalni standardi o posebnoj zaštiti zaposlene žene koja doji**

Nacionalni standardi o posebnoj zaštiti zaposlene žene koja doji sadržani su, pre svega, u Zakonu o radu (*Sl. glasnik RS*, 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14), koji je matični zakon u oblasti rada i ima svojstvo opšteg zakona. Pri njihovom donošenju uvaženi su, ali fragmentarno, međunarodni standardi o posebnoj zaštiti zaposlene žene koja doji. Iz tog razloga, trebalo bi dalje raditi na njihovom usaglašavanju sa međunarodnim standardima u ovoj oblasti.<sup>1</sup> U protivnom, stvara se privid napretka i usaglašenosti, a ustvari narušava njihov efekat.

### **2.1. Posebna zaštita zaposlene žene koja doji**

Tradicionalno, posebna zaštita zaposlene žene koja doji jedan je od stubova onog dela radnog zakonodavstva koji se odnosi na posebnu zaštitu zaposlenih žena.<sup>2</sup>

---

1 Posebno, trebalo bi raditi na usaglašavanju nacionalnih standarda sa standardima sadržanim u Direktivi Saveta Evrope broj 92/85 o uvođenju mera za podsticanje poboljšanja bezbednosti i zdravlja na radu zaposlenih trudnica, ili porodilja, ili dojilja, i to iz dva razloga. Prvi otkriva činjenica da je inkorporiranje "Acquiscommunitarie" u nacionalni poredak jedan od uslova koje naša zemlja mora ispuniti da bi bila primljena u članstvo Evropske unije, a drugi činjenica da su komunitarna rešenja prilagođenija nacionalnim okolnostima, konkretnija i detaljnija u odnosu na rešenja sadržana u konvencijama i preporukama Međunarodne organizacije rada.

2 Prve radno zaštitne norme, sadržane u Zakonu o zaštiti radnika iz 1922. godine, ticale su se i posebne zaštite žene i majke, a 1949. godine doneta je Uredba o zaštiti trudnih žena i majki dojilja u radnom (slu žbeničkom) odnosu, prvi specijalni propis o posebnoj zaštiti zaposlenih žena koje doje. Jedno vreme nisu postojale odredbe usmerene specifično na zaštitu zaposlenih žena koje doje, ali su one, kao roditelji, uživale zaštitu u okviru instituta radnog vremena. Izmenama i dopunama Zakona o radu, koje su stupile na snagu aprila meseca 2013. godine, posebna zaštita zaposlenih žena proširena je na zaposlene žene koje doje. Time je u činjen korak dalje

Posebna zaštita zaposlene žene koja doji, inherentna specifičnoj ulozi žene u biološkoj reprodukciji stanovništva<sup>3</sup>, koncipirana je u uverenju da je zaposlena žena koja doji u mnogome posebno osetljiva, zbog čega mora biti zaštićena od svih, za nju, specifičnih rizika, obezbeđivanjem dodatne zaštite bezbednosti i zdravlja na radu. Prinjenom koncipiranjudošlo je do izražaja i uverenje da je dete posebno osetljivo i da se implementacijom posebnih mera za zaštitu zaposlene žene koja doji mora izaći u susret njegovim potrebama i interesima. U literaturi se, otuda, sreće konstatacija da je posebna zaštita zaposlene žene koja doji zaštita materinstva, specifičnog odnosa koji se razvija između majke i deteta (Jovanović, 2015: 265). Ali, ona nije i ne može biti i zaštita roditeljstva. Umesto zaposlene žene koja doji, ne može je koristiti muškarac, kao roditelj, usvojilac, staratelj ili hranitelj, jer bi drugačije rešenje bilo inkompatibilno njenoj prirodi i sadržini.<sup>4</sup>

Činjenica da je ne može koristiti muškarac, kao roditelj, ukazuje da njena primena uzrokuje diferencijalni tretman žena i muškaraca na radnom mestu. Ipak, ne smatra se diskriminacijom, pošto je opravdana biološkim i fiziološkim razlozima i potrebom da se, pružanjem podrške svim ulogama koje žena ima u demokratskom društvu, zaposlenoj ženi omogući ostvarivanje materinske uloge, a da ne bude marginalizovana na radnom

---

ka usklađivanju nacionalnih standarda sa standardima sadržanim u Konvenciji Međunarodne organizacije rada broj 183 o zaštiti materinstva, koju je Republika Srbija ratifikovala 2010. godine (Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori, 1/10) i standardima sadržanim u Direktivi Saveta Evrope broj 92/85 o uvođenju mera za podsticanje poboljšanja bezbednosti i zdravlja na radu zaposlenih trudnica, ili porodilja, ili dojilja.

3 Dojenje, proces u kojem majka hrani dete mlekom iz svojih grudi, predstavlja prirodni nastavak trudnoće. Naime, anatomske i fiziološke promene imanentne drugom stanju nastaju i usled pojačanog lučenja hormona estrogena i progesterona, laktogena i prolaktina. Usled pojačanog lučenja hormona estrogena i progesterona dolazi do povećanja količine masnog tkiva i pojačanje protoka krvi u dojkama, zbog čega grudi postaju veće i teže i neretko otiču, a pojačano lučenje hormona laktogena izaziva rast dojki i bradavica i povećanje i tamnjenje areola. Oko šesnaeste nedelje trudnoće, pojačano lučenje hormona prolaktina, inicira proizvodnju takozvanog "predmleka", ali do laktacije ne može doći usled visoke koncentracije hormona estrogena i progesterona, koji sprečavaju u činak prolaktina na žlezdno tkivo dojki. Nakon porođaja nivo ovih hormona naglo opada, te žena može dojiti (Taraba, 2015:5).

4 Uvažavajući različitost situacija zaposlenih žena, kao i rešenja koja postoje u uporednom pravu, a u najboljem interesu deteta, bilo bi korisno predvideti pravo oca, usvojioca, staratelja i hranitelja na jednu ili više pauza u toku dnevnog rada ili na skraćanje dnevnog radnog vremena radi hranjenja deteta pod uslovima pod kojima se pravo na jednu ili više pauza u toku dnevnog rada ili na skraćanje dnevnog radnog vremena priznaje majci radi dojenja. Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, 2013.

mestu. Istinska jednakost za zaposlene oba pola, međutim, može se postići samo ako je posebna zaštita zaista usmerena na pružanje podrške ili pomoći. Iz tog razloga, a u svetlu razvoja nauke, tehnike i tehnologije, zaštitne mere treba periodično preispitati da bi se utvrdilo da li su još uvek adekvatne i primerene (Petrović, 2009: 220).

Posebna zaštita zaposlene žene koja dojije slojevita i kompleksna, usmerena ka potpunijoj zaštiti zaposlene žene koja doji i deteta. Zaposlenoj ženi koja doji, u tom smislu, jamči se pravo na jednu ili više pauza u toku dnevnog rada ili na skraćenje dnevnog rada radi dojenja, ukoliko se vrati na rad pre isteka godinu dana od rođenja deteta, kao i zaštita od rada koji je štetan za njeno zdravlje i zdravlje deteta i zaštita u okviru instituta radnog vremena (čl. 90a i 93 Zakona o radu). Posebne mere zaštite, dakle, imaju preventivno dejstvo, koje se iscrpljuje stvaranjem uslova rada kojima se do najveće moguće mere štiti zdravlje i bezbednost zaposlene žene koja doji i zdravlje deteta. Istovremeno, one su privremene i primenjuju se dok dete ne napuni godinu ilidok postoji rizik po zdravlje zaposlene žene koja doji i deteta.

## ***2.2. Pravezaposlene žene na jednu ili više pauza u toku dnevnog rada ili na skraćenjednevnog radnog vremena kako bi dojila***

Po isteku porodiljskog odsustva, zaposlena žena može se vratiti na rad iz finansijskih ili drugih razloga. Povratak na rad ne lišava je mogućnosti da doji za vreme radnog vremena, jer ima pravo na jednu ili više pauza u toku dnevnog rada ili na skraćenje dnevnog vremena.

Zaposlena ženaima pravo na jednu ili više pauza u toku dnevnog rada ili na skraćenje dnevnog radnog vremena kako bi dojila, ukoliko se vrati na rad pre isteka godinu dana od rođenja deteta (čl. 93a, st. 1 Zakona o radu), saglasno "opštoj zdravstvenoj preporuci" Svetske zdravstvene organizacije o isključivom dojenju u prvih šest meseci i produženom dojenju onoliko dugo koliko ono prija majci i detetu, kao i preporuci ove organizacije o postupnom uvođenju čvrste hrane u ishranu deteta od šestog meseca (ILO, 2012: 5). Drugim rečima, ona nema ovo pravo kada dete napuni godinu, jer dete tog uzrasta ima nekoliko dnevnih obroka čvrste hrane i lako može izdržati bez majčinog mleka dok je ona na poslu.

Zaposlena žena ima pravo na jednu ili više pauza u toku dnevnog rada ili na skraćenje dnevnog radnog vremena kako bi dojila, ukoliko njeno radno vreme traje šest ili više časova dnevno (čl. 93a, st. 1 Zakona o radu). Dakle, ukoliko radi sa punim radnim vremenom ili sa nepunim



radnim vremenom, ali ne kraćim od šest časova, pošto radno vreme kraće od šest časova dnevno nije prepreka dojenju.

Zaposlena žena ima pravo na jednu ili više pauza u toku dnevnog rada u ukupnom trajanju od 90 minuta ili na skraćenje dnevnog radnog vremena u trajanju od 90 minuta kako bi došla (čl. 93a, st. 1 Zakona o radu). Respektujući različitost situacija zaposlenih žena koje doje i rešenja koja postoje u uporednom pravu, bilo bi korisno propisati da zaposlena žena, koja rodi dvoje ili više dece pri istom porođaju ili rodi prevremeno, ima pravo na jednu ili više pauza u toku dnevnog rada ili na skraćenje dnevnog radnog vremena kako bi došla u trajanju dužem od 90 minuta, prema mišljenju Poverenika za zaštitu ravnopravnosti, u trajanju od 120 minuta. Bilo bi korisno propisati da pravo na pauzu u toku dnevnog rada radi dojenja ima i zaposlena žena koja radi kraće od šest časova dnevno, ali u trajanju kraćem od 90 minuta, prema mišljenju Poverenika za zaštitu ravnopravnosti, u trajanju od 45 minuta, pošto zaposleni, koji rade sa nepunim radnim vremenom, imaju sva prava iz radnog odnosa kao i zaposleni koji rade sa punim radnim vremenom, s tim da ta prava ostvaruju srazmerno vremenu provedenom na radu, odnosno u skladu sa principom prorata temporis (Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, 2013).

Vreme jedne ili više pauza u toku dnevnog rada i skraćanja dnevnog radnog vremena uračunava se u radno vreme (čl. 93a, st. 2 Zakona o radu) i smatra vremenom provedenim na radu u svrhu određivanja prava iz radnog odnosa. Činjenica je, međutim, da zaposlena žena koja doji za vreme korišćenja jedne ili više pauza u toku dnevnog rada ne radi, već delimično odsustvuje sa rada, te po tom osnovu ostvaruje naknadu zarade u visini osnovne zarade, uvećane za minuli rad (čl. 93a, st. 2 Zakona o radu).

Pauza u toku dnevnog rada može se koristiti jednokratno ili u delovima, uz saglasnost zaposlene žene koja doji i poslodavca. Kada se pauza u toku dnevnog rada koristi jednokratno, u neprekidnom trajanju, vreme njenog korišćenja može se rasporediti na početku ili na kraju dnevnog radnog vremena tako da se trajanje dnevnog radnog vremena skрати (Albinezze, Novaković: 2014: 130). Takvo korišćenje pauze, otuda, odgovara zaposlenoj ženi koja, zbog udaljenosti mesta stanovanja od mesta rada, ne može za 90 minuta da ode kući, podoji dete i vrati se na rad. Kada se pauza u toku dnevnog rada koristi u delovima, učestalost i dužinu pauza treba prilagoditi potrebama zaposlene žene koja doji i potrebama deteta, na

osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa.<sup>5</sup> Ukoliko priroda posla ne dozvoljava prekid rada ili podrazumeva rad sa strankama, zaposlenoj ženi koja doji u vreme korišćenja pauze obezbeđuje se zamena, angažovanjem zaposlenog iz dela procesa rada u kojem je prekid rada dopušten.

Kada je to moguće, na radnom mestu ili u njegovoj blizini treba obezbediti prostoriju za podoj. Ova prostorija mora ispunjavati higijenske uslove, uslove u pogledu opremljenosti, itd, a sredstva za njeno obezbeđivanje i održavanje obezbediti u okviru sistema obaveznog socijalnog osiguranja ili iz budžeta države; poslodavac ne bi trebalo da snosi troškove njenog obezbeđivanja i održavanja kako bi se obezbedila bolja zaštita materinstva i unapredio položaj žene na radnom mestu (ILO, 2012:4).

Zaposlena žena ostvaruje pravo na jednu ili više pauza u toku dnevnog rada ili na skraćanje dnevnog radnog vremena kako bi došla na osnovu odluke poslodavca, donete na njen zahtev.<sup>6</sup> To pravo ostvaruje nezavisno od toga koristi li u isto vreme i za isto dete druga prava u vezi sa posebnom zaštitom, jer bi drugačije rešenje bilo inkompatibilno prirodi i sadržini posebne zaštite. To pravo ostvaruje i nezavisno od prava na odmor u toku dnevnog rada, jer jednu ili više pauza u toku dnevnog rada ili skraćanje dnevnog radnog vremena koristi u svrhu dojenja, a odmor u toku dnevnog rada radi obnove radnog potencijala i oslobađanja od umora. Iz tog razloga, pauzu u toku dnevnog rada može koristiti na početku ili na kraju dnevnog radnog vremena, a odmor u toku dnevnog rada u vreme nastupanja prvog zamora, polovinom dnevnog rada (Albineze, Novaković, 2014:131).

### ***2.3. Zaštita zaposlene žene koja doji od rada na poslovima koji su štetni za njeno zdravlje i zdravlje deteta***

Poslovi koje obavlja zaposlena žena koja doji mogu štetno uticati na njeno zdravlje i zdravlje deteta, i pored primene mera zaštite.<sup>7</sup> Iz tog

---

5 Kada napuni šest meseci, dete bi trebalo dobiti pet ili šest pu ta u toku dana, a podoj može trajati od deset do trideset minu ta, zavisno od količine i brzine oticanja mleka, snazi i budnosti deteta, itd. (Taraba, 2015: 9).

6 Po ugledu na rešenja koja postoje u uporednom pravu, bilo bi korisno propisati da zaposlena ženaprilaže zahtevu za ostvarivanje prava na jednu ili više pauza u toku dnevnog rada ili na skraćanje dnevnog radnog vremena potvrdu izabranog lekara, specijaliste pedijatra, da doji. Prilaganje potvrde trebalo bi da je odvrti od eventualnog manipulisanja sa ostvarivanjem ovog prava i doprinese boljoj zaštiti materinstva.

7 Istraživanja u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu pokazuju da je izlaganje žene štetnom zračenju na radnom mestu jedan od faktora rizika za nepravilan razvoj mozga

razloga, a u cilju obezbeđivanja uslova rada kojima se do najveće moguće mere stvaraju pretpostavke za njihovo potpuno fizičko, psihičko i socijalno blagostanje, zaposlena žena koja doji uživa zaštitu od rada na poslovima koji su štetni za njeno zdravlje i zdravlje deteta. Zaštita od rada na takvim poslovima formulirana je u najširem smislu kako bi se zaštitila od rada na svim poslovima koji štete njenom zdravlju i zdravlju deteta. Tako, ona ne može da radi na poslovima koji su, po nalazu nadležnog zdravstvenog organa, štetni za njeno zdravlje i zdravlje deteta, a naročito na poslovima koji zahtevaju podizanje tereta, ili na kojima postoji štetno zračenje, ili izloženost ekstremnim temperaturama i vibracijama (čl. 89, st. 1 Zakona o radu).

Zaštita zaposlene žene koja doji od rada na poslovima koji, na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa, štete njenom zdravlju i zdravlju deteta dizajnirana je tako da se zaposlena žena koja doji zaštiti od rada na poslovima na kojima ne postoji povećana opasnost od povređivanja, profesionalnih ili drugih oboljenja. Pri njenom koncipiranju pošlo se od postavke da i poslovi za koje nisu propisani posebni uslovi rada mogu štetno uticati na zdravlje zaposlene žene koja doji i zdravlje deteta, ukoliko je morfološki, endokrini, senzitivni i, uopšte, fiziološki sklop zaposlene žene koja doji takav da, i pored primene mera zaštite, ne može, bez štete po svoje zdravlje i zdravlje deteta, podneti rad na takvim poslovima (Jovanović, 2015: 266). S tim u vezi, nadležni zdravstveni organ mora oceniti njenu sposobnost da radi na takvim poslovima, a da ne naruši svoje zdravlje i zdravlje deteta,<sup>8</sup> a njegova ocena obavezuje i poslodavca i zaposlenu ženu koja doji. Drugim rečima, poslodavac mora obezbediti zaposlenoj ženi koja doji alternativu radu koji je, po nalazu nadležnog zdravstvenog organa, štetan za njeno zdravlje i zdravlje deteta, a zaposlena žena koja doji mora nastaviti sa obavljanjem poslova u skladu sa ugovorom o radu, ukoliko nadležni zdravstveni organ oceni da njihovo obavljanje ne šteti njenom zdravlju i zdravlju deteta. U literaturi se, otuda, sreće konstatacija da je zaštita zaposlene žene koja doji od rada na poslovima na kojima ne postoji povećana opasnost od

---

deteta koje doji i odgovarajuće promene u njegovom psihičkom razvoju (ILO, 2012: 4).

8 Nadležni zdravstveni organ, a to je lekarska komisija pri medicini rada, u tu svrhu vrši stručnu analizu i, pažljivo i u skladu sa pravilima profesionalne etike, u tvrđuje zdravstveno stanje zaposlene žene koja doji i zdravstveno stanje deteta, prirodu i težinu poslova koje ona obavlja, ispunjenost uslova za njen bezbedan i zdrav rad na tim poslovima i druge relevantne činjenice. Ovaj organ vrši stručnu analizu o trošku poslodavca, a na zahtev zaposlene žene koja doji (iako ne postoje zakonske smetnje da je vrši na zahtev poslodavca), a podaci koje prikupi ne mogu se koristiti u svrhu u diskriminacije.

povređivanja, profesionalnih ili drugih oboljenja uslovna i primenjuje se na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa da rad na takvim poslovima šteti njenom zdravlju i zdravlju deteta (Ivošević, Ivošević, 2015: 205).

Zaštita zaposlene žene koja doji od rada na poslovima koji zahtevaju podizanje tereta, ili na kojima postoji štetno zračenje, izloženost ekstremnim temperaturama ili vibracijama osmišljena je sa ciljem da se zaposlena žena koja doji posebno zaštiti od rada na poslovima za koje su propisani posebni uslovi rada,<sup>9</sup> budući da rad na takvim poslovima, i pored primene mera zaštite, izlaže zaposlene povećanoj opasnosti od povređivanja, profesionalnih ili drugih oboljenja. Iz tog razloga, postavljena je energičnije u odnosu na zaštitu zaposlene žene koja doji od rada na poslovima koji su, po nalazu nadležnog zdravstvenog organa, štetni za njeno zdravlje i zdravlje deteta – nije uslovljena nalazom nadležnog zdravstvenog organa da je rad na takvim poslovima štetan za njeno zdravlje i zdravlje deteta i primenjuje se protiv volje zaposlene žene koja doji i protiv volje poslodavaca (Jovanović, 2015: 266).

Zaposlena žena koja doji štiti se od rada na poslovima koji su štetni za njeno zdravlje i zdravlje deteta zabranom rada na takvim poslovima. Poslodavac, otuda, ima obavezu da zaposlenoj ženi koja doji obezbedi alternativu takvom radu u vidu obavljanja drugih odgovarajućih poslova (čl. 89, st. 2 Zakona o radu), premeštajući je na poslove za čije se obavljanje zahteva vrsta i stepen stručne spreme koji su predviđeni ugovorom o radu (čl. 171, st. 2 Zakona o radu), bez umanjenja zarade. Ukoliko takvih poslova nema, mora je uputiti na plaćeno odsustvo (čl. 89, st. 2 Zakona o radu), sa pravom na naknadu zarade u visini zarade koju bi ostvarila da radi. U protivnom<sup>10</sup>, zaposlena žena koja doji može se obratiti inspekciji rada.

---

9 Pri identifikaciji radnih mesta na kojima se obavljaju poslovi koji zahtevaju podizanje tereta, ili na kojima postoji štetno zračenje, izloženost ekstremnim temperaturama ili vibracijama, poslodavcu može koristiti Pravilnik o radnim mestima, odnosno poslovima na kojima se stavi ž osig u ranja računa sa uvećanim trajanjem (Sl. glasnik RS, 105/03, 126/04, 93/05, 3/07, 8/07, 56/07, 23/08, 94/10, 48/11) i Metodologija za izradu stručne dokumentacije za uvrđivanje i reviziju radnih mesta na kojima se računa staž sa uvećanim trajanjem, pošto se staž sa uvećanim trajanjem računa i na radnim mestima na kojima se obavljaju poslovi koji zahteva podizanje tereta, ili na kojima postoji štetno zračenje, ili izloženost ekstremnim temperaturama, ili vibracijama (Albineze, Novaković, 2014: 124).

10 Poslodavac bi trebalo da obezbedi zaposlenoj ženi koja doji alternativu radu koji je štetan za njeno zdravlje i zdravlje deteta u roku od osam dana od dana prijema njenog zahteva za ostvarivanje prava na zaštitu od rada na takvim poslovima (i nalaza nadležnog zdravstvenog organa), jer Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu

Njeno je pravo i da u samozaštiti odbije da radi ukoliko smatra da su njen život i zdravlje neposredno ugroženi zbog nepreduzimanja mera zaštite, dok te mere ne budu preduzete. Odbijanje se ne može smatrati povredom radne obaveze, niti osnovom za otkaz ugovora o radu od strane poslodavca, jer je zabrana rada na poslovima koji su štetni za njeno zdravlje i zdravlje deteta jedna od (pravnih) mera zaštite (Albineze, Novaković, 2014: 256). Poslodavac, međutim, mora odmah obavestiti inspekciju rada o odbijanju da radi, ukoliko smatra da njen zahtev za preduzimanje mera zaštite nije osnovan (čl. 33 Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu).

Zaštita zaposlene žene koja doji od rada na poslovima koji štete njenom zdravlju i zdravlju deteta temelji se na proceni rizika. Posredstvom ove preventivne aktivnosti sistematski se evidentiraju i procenjuju moguće opasnosti i štetnosti na radnom mestu i u radnoj okolini i analizira verovatnoća nastanka i težine moguće povrede na radu, profesionalnog i drugog oboljenja, što je od suštinskog značaja za utvrđivanje načina i mera za njihovo otklanjanje, sprečavanje ili smanjenje na najmanju moguću meru (čl. 13, st. 1 Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu). S tim u vezi, bilo bi korisno propisati obavezu poslodavca da obavesti zaposlenu ženu koja doji o rezultatima procene rizika i načinima i merama za njihovo sprečavanje, otklanjanje ili smanjenje na najmanju meru.

#### ***2.4. Zaštita zaposlene žene koja doji u okviru instituta radnog vremena***

Zaštita zaposlene žene koja doji u okviru instituta radnog vremena implicira zaštitu od prekovremenog rada<sup>11</sup> i zaštitu od noćnog rada,

---

(Sl. glasnik RS, 101/05) predviđa da je poslodavac dužan da u roku od osam dana od dana prijema zahteva zaposlenog preduzme mere zaštite koje po njegovom mišljenju nisu preduzete.

11 Zaštitu zaposlene žene koja doji od prekovremenog rada treba šire posmatrati tako da obuhvati i zaštitu od dežurstva, jer dežurstvo predstavlja oblik prekovremenog rada kojim se u zdravstvenim ustanovama obezbeđuje neprekidna bolnička i vanbolnička zdravstvena zaštita. Zaštita zaposlene žene koja doji od prekovremenog rada, među tim, ne uključuje zaštitu od rada u režimu preraspodele radnog vremena, pošto se preraspodela radnog vremena ne smatra prekovremenim radom (čl. 58 Zakona o radu). Ali, zaposlena žena koja doji je roditelj deteta koje nije napunilo tri godine, te može raditi u jednom periodu onoliko dugo koliko će u drugom periodu raditi kraće, pod uslovom da ukupno radno vreme u periodu preraspodele, u proseku, ne bude duže od zakonom u tvrđenog punog radnog vremena, uz svoju pisanu saglasnost. Datu saglasnost može opozvati u svako doba u pisanoj formi, ako to nalažu njeni interesi i/ili interesi deteta.

budući da je prekovremeni i noćni rad rad pod posebnim uslovima<sup>12</sup>, koji može ugroziti njeno zdravlje i zdravlje deteta.<sup>13</sup> Iz tog razloga, a u cilju stvaranja pretpostavki za njihovo potpuno fizičko, psihičko i socijalno blagostanje, zaposlena žena koja doji ne možeda radi prekovremeno i noću, ukoliko bi takav rad, po nalazu nadležnog zdravstvenog organa, bio štetan za njeno zdravlje i zdravlje deteta (čl. 90, st. 1 Zakona o radu). Dakle, ona ne može da radi prekovremeno i noću, ukoliko nadležni zdravstveni organ oceni da je njen fiziološki sklop takav da, i pored primene mera zaštite, ne može, bez štete po svoje zdravlje i zdravlje deteta, podneti takav rad.<sup>14</sup> U literaturi se, otuda, sreće konstatacija da je zaštita od prekovremenog i noćnog rada uslovna i da se primenjuje od slučaja do slučaja, odnosno kada nadležni zdravstveni organ oceni da bi takav rad mogao biti štetan za njeno zdravlje i zdravlje deteta (Jovanović, 2015: 265).

Zaposlena žena koja doji štiti se od prekovremenog rada zabranom takvog rada. Dakle, poslodavac ne može zahtevati od nje da radi duže od punog radnog vremena u slučaju više sile, iznenadnog povećanja obima posla

---

12 Prekovremeni rad predstavlja rad pod posebnim uslovima, pošto se obavlja po isteku punog radnog vremena i kao takav zahteva pojačane psihofizičke napore. I noćni rad je rad pod posebnim uslovima. Takav rad obavlja se u periodu od 22 časa do 6 časova narednog dana, te remeti cirkadijalni ritam i zahteva pojačane psihofizičke napore.

13 Prekovremeni i noćni rad uzrokuje stres, umor, nedostatak sna, loše životne i prehrambene navike, smanjenu fizičku aktivnost, itd., i, s tim u vezi, smetnje u kardiovaskularnim, gastrointestinalnim, neuropsihičkim i drugim funkcijama, kao i povrede na radu usled pada motoričkih sposobnosti. Primetan je i štetan u ticaj takvog rada na zdravlje deteta. Promene u neuropsihičkim funkcijama zaposlene žene, kao što su umor, razdražljivost i neraspoloženje redukuju imuno faktore u njenom mlek u, smanju jući otpornost deteta prema preh la dama i infekcijama. Istra živanja pokazu ju i da je noćni rad jedan od faktora rizika za nepravilan razvoj mozga deteta i odgovarajuće promene u njegovom psihičkom razvoju, budući da je noćno majčino mleko, u odnosu na dnevno, bogatije triptofanom. Noćni rad šteti i psihičkom razvoju deteta, izazivajući osećaj straha i nesigurnosti zbog odsustva majke tokom noći (ILO, 2010:75).

14 Ukoliko nadležni zdravstveni organ oceni da prekovremeni i noćni rad nije štetan za zdravlje zaposlene žene koja doji i zdravlje deteta, ona u živa zaštitu od takvog rada u ulozi roditelja deteta koje nije napunilo tri godine, te može raditi prekovremeno i noću, uz svoju pisanu saglasnost (čl. 91, st. 1 Zakona o radu). Uslovljavajućitakav rad pisanom saglasnošću roditelja deteta koje napunilo tri godine, zakonodavac je sagledao mogućnost uvećanja porodičnog budžeta, budući da zaposleni ima pravo na uvećanu zaradu za prekovremeni i noćni rad najmanje 26% od osnovice, s tim da pravo na uvećanu zaradu za noćni rad ostvaruje ukoliko takav rad nije vrednovan pri u tvrđivanju osnovne zarade (čl. 108, st. 1 Zakona o radu).

i u slučaju kada je neplanirani posao neophodno završiti u određenom roku, ukoliko bi takav rad bio štetan za njeno zdravlje i zdravlje deteta, iako u tim slučajevima može zahtevati od ostalih zaposlenih da rade duže od punog radnog vremena.<sup>15</sup>

Zaposlena žene koja doji štiti se od noćnog rada zabranom rada u periodu od 22 časa do 6 časova narednog dana. S tim u vezi, poslodavac mora obezbediti zaposlenoj ženi koja doji, a radi na poslovima koji se, po prirodi, obavljaju u tom periodu ili čija priroda ne dopušta prekid rada, alternativu takvom radu u vidu obavljanja poslova u toku dana.

### **3. Porodične obaveze – nedopušten osnov razlikovanja zaposlenih**

Pri uređivanju radnopravnog položaja zaposlene žene koja doji došlo je do izražaja uverenje da se sva ljudska bića rađaju jednaka u dostojanstvu i pravima i da svako stavljanje zaposlene žene koja doji u nepovoljniji položaj u odnosu na ostale zaposlene u istoj ili sličnoj situaciji predstavlja povredu njenog dostojanstva i negira je i kao ljudsko biće i kao roditelja. Iz tog razloga, radno zakonodavstvo nastoji da zaposlenoj ženi koja doji obezbedi ista prava iz radnog odnosa kao i ostalim zaposlenima, zabranjujući posrednu i neposrednu diskriminaciju zaposlenih i na osnovu porodičnih obaveza u odnosu na: uslove rada i sva prava iz radnog odnosa; obrazovanje, osposobljavanje i usavršavanje; napredovanje na poslu; otkaz ugovora o radu (čl. 18 i 20 Zakona o radu). Tako formulisana zabrana diskriminacije ne isključuje mogućnost različitog postupanja prema zaposlenima, ako su odgovarajuće razlike uzrokovane njihovim radnim iskustvom, sposobnošću, veštinama ili različitim (posebnim) uslovima rada.<sup>16</sup> Praksa, međutim, pokazuje da je zaposlena žena koja doji izložena riziku diskriminacije usled namere poslodavca da izbegne dodatne troškove i teškoće, inherentne zaštiti materinstva, i njegove sklonosti da pretpostavi da je ona, pre svega, majka koja brine o detetu, a poslovne obaveze stavlja na drugo

---

15 Pošto prekovremeni rad predstavlja rad duži od punog radnog vremena, a ne rad duži od ugovorenog (nepunog) radnog vremena, zaposlena žena koja doji ima pravo na zaštitu od takvog rada, ukoliko radi sa punim radnim vremenom.

16 Tako, poslodavac ne postupa diskriminatorski kada zaposlenoj ženi koja doji otkazuje ugovor o radu zbog nepoštovanja radne discipline, jer je nepoštovanje radne discipline opravdan razlog za otkaz ugovora o radu, a diskreciono je pravo poslodavca da odluči da li će otkazati ugovor o radu. Drugim rečima, poslodavac može da pravi razliku između zaposlenih sve dok različito postupanje nastaje kao posledica primene ranije propisanih objektivnih kriterijuma (uslova za sticanje i ostvarivanje prava i pogodnosti iz radnog odnosa).

mesto (Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, 2012). Iz tog razloga, naredni korak u uređivanju radnopravnog položaja zaposlene žene koja doji bio bi uklanjanje prepreka za doslednu primenu principa zabrane diskriminacije. Istovremeno, zaposlena žena koja doji suočava se sa problemima pri ostvarivanju pojedinih prava iz radnog odnosa, koji su bitno različiti i specifični u odnosu na probleme sa kojima se susreću ostali zaposleni.<sup>17</sup> Naredni korak u uređivanju njenog radnopravnog položaja, otuda, trebalo bi da bude stvaranje pretpostavki za delotvorno ostvarivanje prava svakog zaposlenog na pravične uslove rada.<sup>18</sup>

#### **4. Umesto zaključka**

Radnopravni položaj zaposlene žene koja doji umnogome je poboljšan nakon stupanja na snagu izmena i dopuna Zakona o radu aprila meseca 2013. godine. Ipak, razloga za zabrinutost ima na pretek.

Posebna zaštita obezbeđena je zaposlenoj ženi koja doji – dakle, ženi koja doji, a zaključila je ugovor o radu na neodređeno ili određeno vreme, sa punim ili nepunim radnim vremenom. Istovremeno, takva zaštita uskraćena je ženi koja doji, a radi van radnog odnosa po osnovu ugovora o stručnom osposobljavanju i usavršavanju, ugovora o privremenim i povremenim poslovima, ugovora o delu i ugovora o dopunskom radu, zbog toga štoreći van radnog odnosa. Ovakvo rešenje podleže kritici, s obzirom na to da se ženi koja doji, a radi van radnog odnosa, mora obezbediti posebna zaštita iz istih razloga zbog kojih se mora obezbediti zaposlenoj ženi koja doji.

---

17 Defacto nakon povratka sa odsustva zbog trudnoće i porođaja i odsustva radi nege deteta zaposlena žena bude raspoređena na manje plaćene i neodgovarajuće poslove. Zbog obaveza prema detetu koje doji, ona ima skromnije mogućnosti da se obrazuje, osposobljava i stručno usavršava i napreduje i nastoji da radi sa nepunim radnim vremenom, što u tiče na ostvarivanje prava iz radnog odnosa koja su uslovljena dužinom radnog vremena. Šanse da ostane bez posla su velike, jer poslodavac, po svom nahođenju, može aktivirati izjavu o otkazu ugovora o radu, koju je dala na njegov zahtev pri zasnivanju radnog odnosa. Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, 2012.

18 U praksi je čest slučaj da nakon povratka sa odsustva zbog trudnoće i porođaja i odsustva radi nege deteta zaposlena žena bude raspoređena na manje plaćene i neodgovarajuće poslove. Zbog obaveza prema detetu koje doji, ona ima skromnije mogućnosti da se obrazuje, osposobljava i stručno usavršava i napreduje i nastoji da radi sa nepunim radnim vremenom, što u tiče na ostvarivanje prava iz radnog odnosa koja su uslovljena dužinom radnog vremena. Šanse da ostane bez posla su velike, jer poslodavac, po svom nahođenju, može aktivirati izjavu o otkazu ugovora o radu, koju je dala na njegov zahtev pri zasnivanju radnog odnosa. Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, 2012.



Zaposlena žena koja doji suočava se sa problemima pri ostvarivanju prava na jednu ili više pauza u toku dnevnog rada usled nepostojanja prostorije za podoj na radnom mestu ili u njegovoj blizini, kao i posebne patronažne službe koja bi organizovala prevoz majke ili deteta radi podoja. Ovaj problem može se rešiti skraćanjem dnevnog radnog vremena, korišćenjem pauze na početku ili na kraju dnevnog radnog vremena. Pitanje je da li je skraćenje dnevnog radnog vremena (i korišćenje jedne ili više pauze u toku dnevnog rada) u interesu poslodavca, pošto je dužan da zaposlenoj ženi koja doji po tom osnovu isplati naknadu zarade, uvećanu za minuli rad.

Zaštita zaposlene žene koja doji od rada na poslovima sa povećanim rizikom fokusirana je na poslove koji zahtevaju podizanje tereta, ili na kojima postoji štetno zračenje, ili izloženost ekstremnim temperaturama i vibracijama. Ali, po ugledu na međunarodne standarde u ovoj oblasti, a u cilju stvaranja pretpostavki za njihovo potpuno fizičko, psihičko i socijalno blagostanje, trebalo bi je proširiti na zaštitu od rada na poslovima koji zahtevaju dugotrajno sedenje ili stajanje, ili koji uklju čuju izlaganje ekstremnim temperaturama, ili biološkim, hemijskim ili fizičkim agensima.

Potpuna zaštita zaposlene žene koja doji podrazumeva i implementaciju proaktivnijih mera, kao što su: sprovođenje kampanja obaveštavanja o važnosti dojenja, ohrabrivanje i podsticanje zaposlenih žena da nastave sa dojenjem i nakon povratka na rad, podsticanje intenzivne razmene informacija i iskustava među zaposlenim ženama koje doje, davanje publiciteta dobrim praksama. Istovremeno, trebalo bi preduzeti mere podrške porodici kako bi zaposlena žena koja doji lakše uskladila poslovne i porodične obaveze (Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, 2012).

## Literatura

Alibineze, Ž. i Novaković, S. (2014). *Komentar Zakona o radu, Peto izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Beograd: Poslovni biro

Ivošević Z. i Ivošević M. (2015). *Komentar Zakona o radu, Treće izdanje*, Beograd: Službeni glasnik

ILO (2010). MATERNITY AT WORK A review of national legislation Findings from the ILO Database of Conditions of Work and Employment Laws, Second Edition. Geneva: ILO. (Elektronic version). Retrived 15 January, from: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang>

ILO(2012).Maternity Protection Resource Package: From Aspiration to Reality for All/International Labour Office,Conditions of Work and Employment Programme (TR AVAIL). Geneva: ILO.(Elektronic version). Retrived 15 January, from: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang>

Jovanović, P. (2015). *Radno pravo, Sedmo izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Novi Sad: Pravni fakultet u Novom Sadu

Petrović, A. (2009).*Međunarodni standardi rada*, Niš: Pravni fakultet u Nišu

Poverenik za zaštitu ravnopravnosti. *Mišljenje o odredbama Predloga zakona o izmenama i dopunama Zakona o radu*. Preuzeto 15. jula 2015.

Poverenik za zaštitu ravnopravnosti. *Priručnik za borbu protiv diskriminacije na radu (međunarodni standardi, nacionalno zakonodavstvo, sudska praksa)*. 2012

Taraba, M. (2015). *Put ka uspešnom dojenju*. Beograd: Kreativni centar

Zakon o radu. *Službeni glasnik RS*. Br.24 (2005), 61 (2005), 54 (2009), 32 (2013), 75 (2014)

Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu. *Službenik glasnik RS*. Br. 101 (2005)

Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 183 o zaštiti materinstva. *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*. Br. 1 (2010)

Preporuka Međunarodne organizacije rada broj 191 o zaštiti materinstva. *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*. Br. 1 (2010)

***Dragana Radovanović, LL.D.***

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law for Commerce and Judiciary,*

*University Business Academy, Novi Sad*

## **THE STATUS OF A BREASTFEEDING WOMAN IN LABOUR LAW**

### **Summary**

*The legal status of an employed woman who is breastfeeding is regulated by the special Occupational Safety and Health Act. This Act implies a number of specific measures developed to ensure that breastfeeding women and their children, as a particularly vulnerable group, are provided with a fuller support and protection. Thus, a breastfeeding woman is guaranteed the right to take one or more daily breaks to breastfeed her child, or the right to work shorter working hours on the daily basis, provided that she returns to work within a period of one year from the birth of her child. Moreover, a breastfeeding woman shall not be obliged to perform work which has been assessed as significantly risky to her health or to the health of her child. However, a complete occupational safety and health protection of a breastfeeding woman also implies protection from discrimination on the grounds of family responsibilities, as well as creating work environment where every employee can effectively exercise the right to fair working conditions, taking into consideration the risk of discrimination that the breastfeeding woman is exposed to and the difficulties she faces while exercising certain employment rights. This paper analyses the status of employed breastfeeding women in labour legislation in order to discuss and underscore the legal protection goals and to indicate the risks which endanger their dignity and wellbeing.*

**Key words:** *specific protection of breastfeeding women, maternity protection, prohibition of discrimination based on family responsibilities.*



## II SUDSKA PRAKSA

---

---



## **NEZAHVALNOST POKLONOPRIMCA – KAKO JE SUDSKA PRAKSA DOPUNILA ZAKONODAVCA\*\***

**Apstrakt:** Poklonodavac može opozvati ugovor o poklonu zbog poklonoprime nezahvalnosti, iako je ugovor, u načelu, neopoziv. Kako je u tom slučaju spor između ugovarača neminovno, redovno se rešava sudskim putem. Budući da formalni izvori prava ne mogu da predvide sve oblike poklonoprime nezahvalnosti, u parnicama povodom opoziva poklona sud ima kreativnu ulogu. Popunjavajući neminovne praznine, sudovi nekadašnjih jugoslovenskih republika su zakonske odredbe detaljno razradili, izgradivši pravni standard „velika nezahvalnost“. Rad citira 24 presude o: odnosu nezahvalnosti i krivične odgovornosti; stepenovanju nezahvalnosti; poklonoprime nečinjenju štetnom po poklonodavca; nezahvalnosti koja se manifestuje u dužem vremenskom periodu i opozivu zbog mešanja trećih lica.

**Ključne reči:** poklon, ugovor, nezahvalnost, opoziv, pravni standard, sudska praksa.

### **1. Uvodne napomene**

Pozitivna odredba Srpskog građanskog zakonika o nezahvalnosti poklonoprime je svedena kopija izvorne odredbe austrijskog Građanskog zakonika. „Poklon se može poreći ako obdareni veliku neblagodarnost spram darodavca pokaže, nanoseći vred njegovom životu, telu, časti, i narušavajući njegovu slobodu i imanje“ (§ 567 st. 2 SGZ). Sudovi nekadašnjih jugoslovenskih republika su pomenute odredbe lepo razradili, oslanjajući se na strane formalne izvore i ranije domaće odluke.

---

\* mihajloc@prafak.ni.ac.rs

\*\* Članak predstavlja rezultat istra živanja na projekt u „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ (evidencioni broj 179046), koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

Zbirke sudske prakse sadrže puno materijala o opozivu poklona zbog nezahvalnosti, pa su za potrebe ovog prikaza odabrane samo pojedine teme, kao manje zastupljene u literaturi ili zato što je njihova originalnost privukla pažnju autora. Teme su čitaocu približene kombinovanjem redigovanih sentenci i obrazloženja sudskih odluka, obrađenim tako da zadrže autentičnost konkretnog slučaja, uprkos znatnom skraćivanju. Rad citira 24 presude o odnosu nezahvalnosti i krivične odgovornosti, stepenovanju nezahvalnosti, nečinjenju, nezahvalnosti koja se manifestuje u dužem vremenskom periodu i mešanju trećih lica.

## 2. Nezahvalnost i krivična odgovornost

Poklonodavac može opozvati poklon i kada radnja poklonoprимca nema obeležja krivičnog dela, ukoliko je ona izraz njegove grube nezahvalnosti prema poklonodavcu, a vrednosno merilo se zasniva na odgovarajućem pravnom standardu, na onome što se najčešće dešava u jednoj sredini, prema uobičajenom i redovnom toku stvari.<sup>1</sup> Lakše krivično delo (npr. uvreda) nije uvek dovoljno za opoziv poklona, a sa druge strane on se može zahtevati i onda kada obdareni nije izvršio krivično delo, ako se iz njegovog celokupnog ponašanja zaključuje da je pokazao grubu nezahvalnost, pri čemu se cene svi međusobni odnosi ugovarača.<sup>2</sup>

Parnični sud je vezan odlukom krivičnog, ali to ne znači da je vezan i u pogledu odluke o opozivu. Krivična osuda ne garantuje opoziv, niti oslobađajuća krivična presuda znači, automatski, da će poklonoprимac izbeći opoziv. Ko nije kriv u krivičnom, ipak može biti kriv u građanskom smislu.

## 3. Stepenovanje nezahvalnosti

Stepen nezahvalnosti (gruba, očigledna, velika) je pravni standard koji u različitim pravima ima promenljivu kvantitativnu dimenziju. Potrebno je da nezahvalnost nosi poseban animozitet. Svaka neblagodarnost, moralna greška poklonoprимca prema poklonodavcu, ne predstavlja razlog za opoziv, već ta neblagodarnost mora da bude „velika“, odnosno „gruba“.<sup>3</sup> Shvatanje nezahvalnosti je dinamično, ono se menja u zavisnosti od niza uslova i opšteg progressa (npr. teška kleveta preko društvene

---

1 Apelacioni sud u Novom Sadu, Gž. 8637/2010 od 2. 9. 2010. Izvor: „Paragraf Lex“.

2 Vrhovni sud Slovenije, Pž. 712/66 od 20. 10. 1966. Izvor: (Đurđević, 2012: 240).

3 Vrhovni sud Srbije, Rev. 2764/2005 od 7. 12. 2006; Vrhovni sud Srbije, Rev. 3183/2005 od 20.4.2006. Izvor: „Paragraf Lex“.



mreže na internetu doskora nije bila zamisliva). Prilikom ocene akta nezahvalnosti uzima se u obzir i nešto stabilniji etički kriterijum.<sup>4</sup>

Velika, gruba nezahvalnost određuje se prema „aršinu i shvatanjima društvene sredine ugovarača“.<sup>5</sup> Cene se sledeće okolnosti: vladanje poklonoprимca i njegov uticaj na kasnije odnose sa poklonodavcem; ranije držanje oba ugovarača i njihovo uobičajeno ophođenje; da li se radi o usamljenom slučaju ili hroničnom poremećaju, da li je prisutna želja da se odnos popravi (Đurđević, 2012: 244); da li je poklonodavac isprovocirao poklonoprимca. U jednoj presudi stoji: „U ponašanju tužilje (poklonoprимca) prema bratu nije bilo zle namere, držala se uvek po strani kad bi je grdio i psovao, a izazvana njegovim ponašanjem uvrede je ponekad samo vraćala.“<sup>6</sup> Subjektivni doživljaj poklonodavca da je poklonoprимca izneverio njegova očekivanja nije relevantna činjenica.<sup>7</sup>

Važan je i odnos ugovarača mimo poklona, da li je reč o srođnicima, prijateljima. U tom smislu, u jednoj presudi se navodi: „Trebalo imati u vidu da su složeni odnosi između roditelja i dece, osim pravnim normama, regulisani i moralnim normama i običajima.“<sup>8</sup> U takvoj situaciji prag posle kojeg treba dozvoliti opozivanje se snižava.

Vladanje poklonoprимca se strože ceni ako je poklonodavac star ili bolestan. Sudska praksa je bogata takvim slučajevima: „Utvrđena je teška poremećenost odnosa između poklonoprимca i poklonodavca, inače teško pokretnog invalida. Loši odnosi eskalirali su do verbalnih i fizičkih sukoba, da bi končano tužena napustila supruga. S obzirom na postupanje tužene, koje svedoci opisuju kao fizičko i psihičko maltretiranje teškog invalida, opoziv je opravdan“.<sup>9</sup> Tuženi se prema tužiteljici, svojoj babi, koja je teško bolesna i 91 godinu stara, odnosi na vrlo uvredljiv način, fizički joj pretil, ne posećuje je i ne pozdravlja, niti na drugi način iskazuje dužnu pažnju i poštovanje. Ponašanje ima obeležja krivičnog dela uvrede, budući da joj je na javnom mestu govorio „kurvo“ i slao je „u materinu“, te je nogom rasuo ručne radove koje je ona prodavala na pijaci.“<sup>10</sup> „Majka poklonoprимca je u dubokoj starosti od 85 godina, teško pokretljiva i nužno upućena na negu, pomoć i toleranciju.

---

4 Vrhovni sud BiH, Rev. 358/90 od 23. 5. 1991. Izvor: (Lazarević, 2010: 196).

5 Vrhovni sud Srbije, Rev. 2764/05 od 7. 12. 2006. Izvor: (Lazarević, 2010: 338).

6 Vrhovni sud Srbije, Rev. 318/99, bez datuma. Izvor: (Lazarević, 2010: 189).

7 Apelacioni sud u Kragujevcu, Gž. 2. 434/2010 od 26. 3. 2010. Izvor: „Paragraf Lex“.

8 Vrhovni sud Srbije, Rev. 235/02 od 3. 9. 2003. Izvor: (Stanojčić, 2006:501).

9 Vrhovni sud Hrvatske, Rev. X 201/09-2 od 26. 5. 2009. Izvor: <http://www.vsrh.hr>

10 Vrhovni sud Hrvatske, Rev. 126/02-2 od 2. 6. 2004. Izvor: <http://www.vsrh.hr>

Sinovi poklonoprимci je vređaju („zmija otrovnica“, „stara lija“), ne brinu o njoj, odbijaju pružiti joj nužnu pomoć, ostavljaju je samu i teško bolesnu bez mogućnosti da se o sebi brine.“<sup>11</sup>

Образложенje presude kojom se usvaja zahtev poklonodavca zbog uvrede i klevete je eksplicitno i redovno sadrži nepristojne reči. U jednom slučaju poklon nije opozvan jer: „Sudovi nisu utvrdili čime konkretno je tuženi vređao oca poklonodavca i majku, i šta je u fizičkom sukobu učinio ocu, odnosno kakva je odluka u krivičnom postupku, pa pobijane presude ne sadrže činjenice odlučne za ocenu da li se radi o gruboj nezahvalnosti.“<sup>12</sup>

#### 4. Nečinjenje kao gruba nezahvalnost

U načelu, poklonoprимac nije dužan da pomaže poklonodavcu. Međutim, u situaciji kada poklonoprимac uskrati određeno činjenje poklonodavcu, sudovi prepoznaju grubu nezahvalnost. U tom smislu, jedan sud konstatuje:

„Poklonodavac, star i bolestan, nije mogao da nabavi potrebne lekove u zemlji zbog nestašice. Njegov sin, poklonoprимac, je živeo u inostranstvu i s obzirom na svoje imovno stanje lako je mogao da nabavi lek. Među činjenicama utvrđenim u sporu nije postojala nijedna koja bi se podvela pod pravila o opozivu zbog neblagodarnosti“. Poklonoprимac nije povredio oca, nije narušio njegovu slobodu i imanje i zbog toga prvostepeni i drugostepeni sud nisu dozvolili opoziv. Vrhovni sud je doneo suprotnu odluku – lišavanje bolesnog i starog oca lekova u stanju nestašice izazvane embargom je teško ogrešenje prema životu i telu poklonodavca.<sup>13</sup>

U kasnijim odlukama ovaj stav je još jasnije izražen: „Izostajanje radnji kojima bi poklonoprимac pomogao tužiocu i njegovoj supruzi predstavlja grubu nezahvalnost, imajući u vidu starost (90 godina) i zdravstveno stanje poklonodavca.“<sup>14</sup> Gruba nezahvalnost postoji i kada daroprимac prestane brinuti o poklonodavcu i pružati mu nužnu pomoć koja se u takvim okolnostima očekuje od dece prema roditeljima (Tumbri, 1995: 427). Kada poklonoprимac ne posećuje poklonodavca prilikom boravka u bolnici, niti se interesuje za zdravlje svoga oca, time grubo vređa poklonodavčevo osećanje i stvara osećaj napuštenosti i odbacivanja.<sup>15</sup>

---

11 Vrhovni sud Hrvatske, Rev. 575/1995-2 od 4. 6. 1998. Izvor: <http://www.vsrh.hr>

12 Vrhovni sud Hrvatske, Rev. 2528/1999-2 od 13. 8. 2003. Izvor: <http://www.vsrh.hr>

13 Vrhovni sud Srbije, Rev. 4637/95 od 24. 10. 1994. Izvor: (Lazarević, 2010: 345).

14 Vrhovni sud Srbije, Rev. 535/04 od 1. 12. 2004. Izvor: (Đurđević, 2012: 243).

15 Vrhovni sud Srbije, Gzz. 117/04. Izvor: (Lazarević, 2010: 189).

Pod grubom neblagodarnošću poklonoprimca podrazumeva se ne samo gruba fizička sila (tuča), nego i druga ponašanja (uskraćivanje telefona, televizora, vode, grejanja i slično).<sup>16</sup>

## 5. „Produžena“ nezahvalnost

Ponašanje poklonoprimca procenjuje se uzimajući u obzir vrednost, vreme i povod poklona, kao i višegodišnji razvoj poremećenih odnosa. U jednoj presudi je naglašeno: „Kontinuirane uvrede i klevete na račun obdarenice, da se bavi prostitucijom i da je do imovine došla na nezakonit način, čak ubistvom, čine grubu nezahvalnost. Ovo pogotovo kada se ima na umu da tužilac takve grube povrede iznosi širem krugu ljudi pa i samoj deci stranaka. Tuženikovo ponašanje eskaliralo je više godina nakon razvoda braka, pa se ne može smatrati da je tuženi upravo razvodom bio isprovociran.“<sup>17</sup>

Ponekad poremećaj kulminira godinama. Tako u jednom slu čaju sud konstatuje: „Tužioc (roditelji) su prilikom zaključenja kupoprodajnog ugovora označili kao kupca i svog maloletnog sina, iako on u to vreme nije imao svoju imovinu, niti je na bilo koji način učestvovao u kupovini. Na taj način, Otac, Majka i Sin su postali suvlasnici, svako po 1/3 kuće. Kako bi tuženi Sin mogao da dograđuje kuću uz pomoć kredita, a i da bi roditelji bili obezbeđeni u starosti, tužioc su sa Sinom zaključili ugovor o poklonu 1987. Oni su tuženom poklonili svoje suvlasničke delove na kući, a tuženi se obavezao da će u znak zahvalnosti brinuti o roditeljima do kraja njihovog života. Svi su živeli u zajedničkom domaćinstvu sve do 2000. kada su se porodični odnosi u značajnoj meri poremetili, pa je došlo do svađe jer ćerka njegove sestre, po odobrenju Oca, u dvorištu kuće drži jedan automobil. Smatrajući da on kao vlasnik o tome odlučuje, tuženi se usprotivio, jer od njega niko nije tražio odobrenje. Taj događaj je bio povod kasnijih svađa, prepirki i uvreda, koje su bile toliko snažne da je između tužilaca i tuženog prestao svaki kontakt. Tužilja Majka je pretrpela šlog, tako da je teško pokretna, kreće se pomoću štaka, a sve poslove u kući (kuvanje, pranje, peglanje, nabavka lekova) vrši Otac. Tuženi ih ne obilazi, niti pruža bilo kakvu vrstu pomoći, iako živi u istom dvorištu. Tužilac Otac se 2000. razboleo od karcinoma. Obratio se tuženom za pomoć, da ga odvede lekaru, ali je tuženi to odbio, govoreći da ga to uopšte ne interesuje.“<sup>18</sup>

---

16 Vrhovni sud Srbije, Rev. 4361/98 od 9. 9. 1998. Izvor: (Stanojčić, 2006:435).

17 Vrhovni sud Hrvatske, Rev 80/08-4 od 2. 12. 2008. Izvor: <http://www.vsrh.hr>

18 Apelacioni sud u Novom Sadu, Gž. 619/10 od 29. 4. 2010, Bilten suda, br. 1/2010, str. 62.

Gruba nezahvalnost se ne manifestuje isključivo kroz jedan akt, događaj ili situaciju, već se može ogledati u nizu postupaka poklonoprимca koji svaki za sebe, letimično posmatrano, nisu za osudu. U sledećoj parnici poklonoprимac se branio željom da pruži medicinsku pomoć poklonodavcu, ali je sud otkrio zlokobniju motivaciju. Tužilja, majka tužene, poklonila je trosoban stan zadržavajući pravo doživotnog uživanja. U izveštaju lekara specijaliste iz 2003. predložen je smeštaj tužilje u neku ustanovu socijalnog tipa, jer njena porodica nije u stanju da se o njoj stara. Rešenjem Centra za socijalni rad tužilji je priznato pravo na smeštaj u zdravstvenu ustanovu „Bežanijska kosa“. Tužilja je smeštena na odeljenju za obolele od demencije, zatvorenog tipa. Od samog prijema nije se adaptirala. U izveštaju neuropsihijatra 2004. konstatovano je da je tužilja psihički očuvana za svoje godine i da je dezorijentacija u vremenu posledica izolacije i životnih uslova u zatvorenoj zdravstvenoj ustanovi. Predloženo je premeštanje u drugi, adekvatan kućni smeštaj ili dom penzionera. Rešenjem Centra za socijalni rad 2004. tužilji je prestao smeštaj u zatvorenoj zdravstvenoj ustanovi, jer je brigu o njoj preuzela druga ćerka. Tokom 2004. tužena je podnela predlog za lišenje poslovne sposobnosti tužilje. Ovaj postupak je okončan 2006. odbijanjem predloga, jer nema razloga ni za delimično lišenje. Komisija veštaka je procenila da tužilja shvata značaj i upravlja svojim postupcima.

Sud je utvrdio da je tužilja bila u posebnom psihičkom stanju zbog smrti supruga, a imala je preko 70 godina, pa je u takvim okolnostima osnovano očekivati od članova porodice privrženost, posebno kada se radi o odnosu roditelja i deteta kome je poklonjen stan. Sud je cenio smeštaj tužilje u ustanovu za lečenje teških psihijatrijskih bolesti kao i zdravstveno stanje tužilje neposredno pre i posle boravka u zdravstvenoj ustanovi kao i njeno stanje tokom parnice. Nesumnjivo, tužilja nije prihvatila boravak u zatvorenoj ustanovi, niti se svojevoljno podvrgla stacionarnom lečenju. I pored depresivnog poremećaja, sposobna je da pravilno rasuđuje u skladu sa interesima svoje ličnosti i opravdano nije prihvatila boravak u bolnici zatvorenog tipa. Imajući u vidu da je svedocima poznato da je tužilja duboko patila zbog boravka u zdravstvenoj ustanovi i da se u tom periodu njeno zdravstveno stanje naglo pogoršalo, nisu verodostojni iskazi tužene i članova njene porodice (ćerke i supruga), da je zdravstveno stanje tužilje zahtevalo stacionarno lečenje i da je to bilo u interesu njenog zdravlja.

Sud je zaključio: „Boravak tužilje u navedenoj zdravstvenoj ustanovi bio je medicinski neopravdan jer je, u suštini, predstavljao isključivo način njenog zbrinjavanja, s obzirom da tužena nije bila u mogućnosti

da se lično stara o tužilji zbog radnih obaveza. Uslovi boravka su bili neadekvatni i u suprotnosti sa interesima tužilje, što je izazvalo duševne patnje i pogoršanje organskog i mentalnog zdravlja. Mada su tuženoj bila poznata navedena osećanja tužilje, to nije uticalo na nju da tužilju uteši i pokuša da je na drugi adekvatan način zbrine, već je tokom 2004. pokrenula neuspešan postupak lišenja poslovne sposobnosti. Ovakvim postupanjem tužena je ispoljila naročitu upornost u zanemarivanju tužiljinih osećanja i dužnosti poštovanja roditelja. Obdarena je ispoljila neiskreno, neblagonaklono i nekorektno ponašanje, grubo povredivši moralna osećanja tužilje.<sup>19</sup>

Relevantan je akt nezahvalnosti učinjen posle zaključenja ugovora, ali nije bez značaja ponašanje poklonoprимca prema poklonodavcu pre zaključenja ugovora. U tom smislu se u jednoj presudi navodi: „Odnosi između stranaka (oca i sina), takvi su da sukobi između njih postoje godinama, i pre sklapanja darovnog ugovora, a do međusobnih sukoba dolazilo je krivicom obe strane, pa nema mesta opozivu.“<sup>20</sup>

## **6. Mešanje trećih lica u odnos između poklonodavca i poklonoprимca**

Odnos poklonodavca i poklonoprимca treba izolovati od odnosa između ostalih članova porodice. To je jedan sud lepo obrazložio: Godine 2008. zaključen je ugovor o poklonu kojim tužilac, kao ujak, tuženom poklonoprимcu poklanja 15 000 evra radi kupovine kuće. Poklonjenim novcem tuženi je kupio kuću, gde su stranke zajednički proizvodile sir. Dana 1. 5. 2009. u kući tuženog bio je tužilac sa sinom kada je tuženi u opuštеноj atmosferi rekao: „Svi ste vi glupi, ja sam za vas Rokfeler“. Tužilac i sin su ustali i otišli. Nakon toga, tuženi se izvinio tužiocu koji je prihvatio izvinjenje i ponovo su bili u dobrim odnosima.

Supruga poklonodavca odlučila je da prekine zajedničku proizvodnju sira, jer je sumnjala da ih tuženi potkrada i jer nije prihvatala činjenicu da supruga tuženog ima decu iz prethodnog braka. Dana 31. 7. 2009. tužilac je sa suprugom otišao u kuću tuženog radi prenošenja svojih uređaja, a tom prilikom je supruga tužioca vređala suprugu tuženog, psovala je i mlatarala rukama po dvorištu. Potom je došao i sin tužioca kome je tuženi uputio reči: „Urdaru da mi ne dirate, ruke ću vam polomiti“. Nakon ovog događaja, tuženi je išao kod tužioca, koji ga je ponovo radno

---

19 Apelacioni sud u Beogradu, Gž. 6646/10 od 19. 1. 2011. Izvor: <http://www.bg.ap.sud.rs/>

20 Vrhovni sud Hrvatske, Rev. 454/03-2 od 12. 5. 2004. Izvor: <http://www.vsrh.hr>

angažovao. Nakon prijema tužbe, tuženi je prestao da odlazi na posao. Uvredljive reči supruge tužioca je uputila supruzi tuženog i u holu suda, u prisustvu svedoka, a supruga tuženog je ćutala. Na ovako potpuno utvrđeno činjenično stanje, prvostepeni sud pravilno odbija tuženi zahtev. Tuženi svojim ponašanjem nije grubo povredio moralnu obavezu poštovanja ujaka poklonodavca.

Žalbom se bez osnova potencira značaj izjave tuženog: „Svi ste vi glupi, ja sam za vas Rokfeler“, jer je ona data u opuštenoj atmosferi, nije imenovano lice na koga se odnosi, niti je jasno, jer je bilo više prisutnih lica, zašto bi se odnosila baš na tužioca i njegovog sina.

Utvrđeno činjenično stanje očigledno ukazuje na postojanje porodičnih nesuglasica i neslaganja, koja nemaju karakter grube neblagodarnosti. Nije dokazano da je tuženi potkradao tužioca. Sukob se sastojao iz uvreda koje je supruga tužioca uputila supruzi tuženog, što je posledica neprihvatanja činjenice da supruga tuženog ima decu iz prethodnog braka. Nijednom nije intervenisala policija, niti je tuženi naneo tužiocu, ili njemu bliskom licu, telesne povrede. Konačno, sve nesuglasice su prolazile, čemu u prilog govori i to da se tuženi vraćao na posao kod tužioca. Nakon preseljenja mašina tuženi se izvinio tužiocu, koji je to i prihvatio. Sledi da tuženi nije prema ujaku postupao grubo, drsko, bezobrazno ili bezobzirno, niti da ga je svojim postupcima ili rečima teško uvredio.<sup>21</sup>

Prihvatajući „rikošet nezahvalnost“,<sup>22</sup> sud u jednoj presudi zaključuje: „Gruba neblagodarnost može se iskazati i u nanošenju uvrede časti poklonodavcu posredno, tako što je poklonoprimec (očuh) zlostavljao maloletnu ćerku poklonodavca iz prethodnog braka, što se odrazilo na njeno zdravlje.“<sup>23</sup>

U jednom zanimljivom slučaju, poklonodavac nije čak ni posredna žrtva poklonoprimeca, ali su sudovi ipak dozvolili opoziv jer: „Ugovor o poklonu je opoziv, kada se po opšteprihvaćenim standardima sredine u kojoj su stranke živele, radi o nemoralnim postupcima, koji ugrožavaju psihički integritet poklonodavca“. Poklonodavac je saznao da je za vreme braka, dok je privremeno bio u inostranstvu, tužena supruga pozvala drugog muškarca, sa kojim je bila u bliskim odnosima, u kuću

---

21 Apelacioni sud u Novom Sadu, Gž. 329/12 od 21. 3. 2012, Bilten suda, br. 4/2012, str. 60.

22 Izraz se pominje u Komentaru DCFR. Označava situaciju kada poklonoprimec posredno pokaže nezahvalnost, napadom na lice blisko poklonodavcu.

23 Vrhovni sud Srbije, Rev. 2168/2006 od 15. 11. 2006. Izvor: „Paragraf Lex“.

poklonodavca i neopaženo mu u piće sipala omamljujuće sredstvo. On je izgubio svest, pa je usledila lekarska intervencija. Veštačenjem je utvrđeno da mu je u takvom stanju oduzela dragocenosti, novac i mobilni telefon, zbog čega je osuđena zbog razbojništva. Prvostepeni sud je cenio ponašanje tužene i zaključio da se radi o gruboj neblagodarnosti“. I po shvatanju drugostepenog suda ponašanje tužene prema poklonodavcu

„Predstavlja grubu neblagodarnost takve prirode da ugrožava njegov psihički integritet u sredini u kojoj živi, pa je opravdano opozvan ugovor o poklonu“.<sup>24</sup> Čini se da je ovakvo rezonovanje suda preširoko, poklonodavac mora donekle da snosi posledice svog rđavog izbora.

Akt nezahvalnosti može počinuti i lice blisko poklonoprimcu. Sreće se i suprotno mišljenje da su postupci srodnika poklonoprimca prema poklonodavcu irelevantni (Loza, 1969: 636). U tom smislu u jednoj presudi stoji: „Otac je darovao tuženoj stan. Tužena se razvela, pa se udala za drugog muškarca što tužiocu nije bilo po volji. On tvrdi da ga je sadašnji suprug tužene udario, zbog čega je privatnom tužbom pokrenuo krivični postupak. Stranke i dalje žive u istom stanu. Sud smatra da tužena nije počinila grubu nezahvalnost prema poklonodavcu. S obzirom da se tužilac u krivičnom postupku pomirio sa mužem tužene i povukao tužbu protiv njega, onda se ne može osnovano pozvati na nezahvalnost supruga tužene prema njemu. Osim toga, suprug tužene nije ugovorna strana u spomenutom ugovoru.<sup>25</sup> Ipak, prevladava kompromisno rešenje da se poklon opoziva i kada akt nezahvalnosti nije preduzeo poklonoprimac lično, već njemu blisko lice (supružnik ili dete), ali se poklonoprimac saglasio sa preduzetom radnjom ili se stavio na njegovu stranu (Lazarević, 2010: 193).

## 7. Zaključak

Sudska praksa u parnicama povodom poklonoprimčeve nezahvalnosti i pratećeg poklonodavčevog zahteva da se poklon opozove predstavlja dobar primer kreativne uloge sudova, naročito u situaciji kada je formalni izvor (o ovom slučaju SGZ) nedovoljan ili je za presuđenje relevantan dinamičan pravni standard.

Kriterijumi za utvrđivanje krivice u parničnom postupku su niži nego u krivičnom. To znači da se poklon nezahvalniku može opozvati uprkos tome što krivično nije odgovoran. Nezahvalnost karakteriše animozitet neprihvatljiv u društvenoj sredini ugovarača. Ponašanje

<sup>24</sup> Apelacioni sud u Nišu, Gž. 157/2012 od 31. 1. 2012. Izvor: „Paragraf Lex“.

<sup>25</sup> Vrhovni sud Hrvatske, Rev 32/07-2 od 21. 2. 2007. Izvor: <http://www.vsrh.hr>

poklonoprimeca procenjuje se uzimajući u obzir vrednost, vreme i povod poklona, kao i višegodišnji razvoj poremećenih odnosa. Njegovo vladanje se strože ceni ako je poklonodavac star ili bolestan, odnosno kada mimo poklona postoji moralna obaveza prema poklonodavcu.

Zla namera se ostvaruje i nečinjenjem, naročito kada postoji dužnost pomaganja ili dužnost zaštite, pa i nenasilnim aktom. Gruba nezahvalnost je jedan akt, ali se može ogledati u nizu postupaka gde svaki ponaosob nije za osudu. Obrazloženje presude kojom se usvaja zahtev poklonodavca zbog uvrede i klevete je eksplicitno. Odnos poklonodavca i poklonoprimeca treba izolovati od odnosa između ostalih članova porodice. Žrtva nezahvalnosti je prvenstveno poklonodavac, ali je relevantna i nezahvalnost prema njemu bliskom licu ukoliko postoji „rikošet efekat“. Akt nezahvalnosti trećeg lica se računa ako je poklonoprimec podstrekač, saučesnik ili pomagač.

### **Literatura**

Đurđević, M. (2012). *Ugovor o poklonu*. Beograd: Pravni fakultet

Lazarević, D. (2010). *Ugovor o poklonu*. Beograd: Poslovni biro

Loza B. (1969). Opoziv poklona zbog neblagodarnosti poklonoprimeca. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 5-6/1969

Stanojčić, G. (2006). *Aktuelna sudska praksa iz obligacionog prava*. Beograd: Poslovni biro

Tumbri, T. (1995). O opozivu darovanja i pravnoj prirodi izjave o opozivu. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 4-5/1995



**Mihajlo Cvetković, LL.D.**

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

***DONEE'S INGRATITUDE: HOW THE JUDICIAL  
PRACTICE AMENDED THE LEGISLATION***

***Summary***

*Although contracts are generally irrevocable, the donor may revoke the donation contract due to the donee's ingratitude. Such circumstances gives rise to an inevitable dispute between the contracting parties, which is commonly resolved in civil litigation proceedings. Given the fact that formal sources of law cannot predict all forms of donee's ingratitude, courts have a creative role in revocation lawsuits. While trying to fill unavoidable legislative gaps, the courts of the former Yugoslav republics have developed the legal standard of "gross ingratitude", which has been successfully used in the judicial practice. This paper focuses on 24 judgments dealing with different aspects of donee's ingratitude: the relationship between ingratitude and criminal liability; the degrees of ingratitude; the donee's omission which is detrimental to the donor; ingratitude manifested over a longer period of time; and revocation provoked by interference of third parties.*

***Key words:*** *gift, donation contract, ingratitude, revocation, legal standard, case law.*



## **KAKO OSTAVINSKI SUD TREBA DA POSTUPI KADA U TOKU POSTUPKA ZA RASPRAVLJANJE ZAOSTAVŠTINE UČESNICI OSPORE UGOVOR O DOŽIVOTNOM IZDRŽAVANJU?\***

**Apstrakt:** *Kada se u toku ostavinskog postupka sudu prezentuje ugovor o doživotnom izdržavanju, koji je ostavilac zaključio u ulozi primaoca izdržavanja, a učesnici u postupku ugovor ospore, postavlja se pitanje kako ostavinski sud treba da postupi: da li da postupak prekine i učesnike uputi na parnicu ili postupak pred upravnim organom da spor reše, ili da, nezavisno od postojanja spora, ostavinski postupak delimično ili u potpunosti obustavi. U radu, autor ukazuje na dugogodišnju praksu domaćih sudova koji, u slučaju postojanja ugovora o doživotnom izdržavanju, pozivaju naslednike primaoca izdržavanja da se izjasne da li priznaju punovažnost ugovora. U slučaju da naslednici ospore pravnu valjanost ugovora o doživotnom izdržavanju ili istaknu razloge za njegov raskid, višedecenijska judikatura je iznedrila stav da postupak treba prekinuti, a učesnike uputiti da pred nadležnim organom reše spor. Istovremeno, autor ukazuje na novija stanovišta viših sudova, koja su izneta u nekoliko slučajeva, prema kojima nema mesta prekidu ostavinskog postupka u slučaju spora koji se tiče ugovora o doživotnom izdržavanju, budući da takav osnov za prekid postupka Zakon o vanparničnom postupku ne propisuje. Analizirajući ove suprotstavljene stavove i raznoliko postupanje u praksi, u radu se nastoji da se odgonetne kako bi sudovi, pridržavajući se strogo slova zakona, trebalo da postupaju. Takođe, kritički se analiziraju odluke ostavinskih sudova da delimično obustave ostavinski postupak u odnosu na imovinu koja je ugovorom o doživotnom izdržavanju*

---

\* novak@prafak.ni.ac.rs

\*\* Rad je rezultat istraživanja na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ (br. projekta 179046), koji realizuje Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.

*obuhvaćena, budući da institut delimičnog obustavljanja postupka, kao ni delimičnog obustavljanja raspravljanja zaostavštine, Zakon o vanparničnom postupku ne poznaje.*

**Ključne reči:** *ugovor o doživotnom izdržavanju, prekid ostavinskog postupka, obustava ostavinskog postupka.*

## 1. Uvod

Domaća pravna teorija i sudska praksa verovatno ne poznaju tako kompleksan pravni posao koji iznova i iznova, u svakom svom aspektu, izaziva dileme kako među poslenicima pravne misli, tako i u judikaturi, kao što je slučaj sa ugovorom o doživotnom izdržavanju. Doktrinarne nedoumice tolikog su dijapazona, da se gotovo u svakom segmentu u vezi ovog pravnog posla mogu naći teorijski stavovi u potpunoj kontradikciji jedni drugima, kao i dijametralno suprotne sudske odluke, zasnovane na (gotovo) identičnom činjeničnom stanju. Raznolikost sudske prakse očituje se ne samo u pogledu meritornog odlučivanja sudova po brojnim spornim pitanjima, već i prilikom donošenja odluka koje su procesnog karaktera.

Ovaj rad posvećujemo jednom segmentu procesnog delovanja ostavinskih sudova – kada pred sobom imaju ugovor o doživotnom izdržavanju, koji je u ulozi primaoca izdržavanja zaključilo lice čija se zaostavština raspravlja. Kada u ostavinskom postupku iza smrti primaoca izdržavanja ugovor o doživotnom izdržavanju bude prezentovan, redovno jedan ili više učesnika postupka osporavaju njegovu punovažnost ili se pozivaju na postojanje razloga za raskid ugovora. Pitanje koje se postavlja u ovakvoj situaciji jeste kako sud, nadležan za raspravljanje zaostavštine, treba da postupi, kakvu odluku da donese? Uputiti u česnike postupka na parnicu i prekinuti ostavinski postupak, ili nezavisno od osporavanja ugovora ostavinski postupak obustaviti pitanje je na koje odgovor daje samo ostavinski sud koji u konkretnom slučaju postupa. Od odluke suda značajno će zavisiti pravna pozicija svih aktera u postupku.

U radu ćemo ukazati na dugogodišnju praksu postupanja ostavinskih sudova u ovim slučajevima i analizirati zaokret koji su sudovi učinili poslednjih godina, sve u nastojanju da pokušamo da dođemo do odgovora na pitanje kojim smo naslovili ovaj rad.

## 2. Postavljanje problema

U ostavinskom postupku, celokupna procesna aktivnost suda<sup>1</sup> usmerena je na utvrđivanje svih naslednopravnih posledica smrti ostavioca (sud utvrđuje sastav i vrednost njegove zaostavštine, ko su naslednici i po kom osnovu su pozvani na nasleđe, kolika je veličina naslednih delova, odnosno koja prava iz zaostavštine pripadaju univerzalnim i singularnim sukcesorima, itd), kako bi na bazi potpuno utvrđenog činjeničnog stanja rešenjem o nasleđivanju raspravio zaostavštinu.

Svoju odluku ostavinski sud može zasnovati samo na nespornim činjenicama, bilo da o njima među učesnicima u postupku nije bilo spora, ili su učinjene nespornim pred nadležnim organom u parničnom ili upravnom postupku.<sup>2</sup> Ostavinski sud će raspraviti zaostavštinu ako među učesnicima ostavinskog postupka nema spora o bitnim činjenicama na kojima rešenje treba biti zasnovano. Ukoliko se među učesnicima u postupku javi spor oko neke činjenice relevantne za raspravljanje zaostavštine, ostavinski sud, budući da sudi „u belim rukavicama“, neće se upuštati u rešavanje spora, već će učesnike u postupku rešenjem uputiti da spor reše u parničnom ili upravnom postupku. Na parnicu

---

1 Novelirani Zakon o vanparničnom postupku, Sl. glasnik SRS, 25/1982 i 48/1988 i Sl. glasnik RS, 46/1995 – dr. zakon, 18/2005 – dr. zakon, 85/2012, 45/2013 – dr. zakon, 55/2014 i 6/2015 (dalje: ZVP), propisuje da ostavinski sud može, donošenjem rešenja konstitutivnog karaktera, poveriti sprovođenje ostavinskog postupka javnom beležniku, i to onom koji je sastavio smrtovnicu, ukoliko za to ne postoje smetnje (čl. 110a u vezi sa čl. 30a, st. 2 ZVP). Javnom beležniku se sprovođenje ostavinskog postupka može poveriti samo ako je za nasleđivanje merodavno pravo Republike Srbije – kada to nije slu čaj, sud je isklju čivo nadležan da sprovede postupak. Detaljnije o delegiranoj nadležnosti javnog beležnika za sprovođenje ostavinskog postupka, videti (Stojanović, Vidić Trninić, 2015: 35–39). Treba istaći da u trenu tku završetka ovog rada, uprkos tome što je od početka primene svih normi Zakona o javnom beležništvu Sl. glasnik RS, 1/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – dr. zakon i 6/2015, proteklo 20 meseci (Zakon je u primeni od 01. 09. 2014. godine), ove odredbe su i dalje mrtvo slovo na papiru, budući da do sada javnim beležnicima nije bilo povereno vođenje ostavinskih postupaka. Iz tog razloga, a i sa ciljem da ne opterećujemo previše tekst, u daljem delu radu ćemo govoriti samo o ostavinskom sudu, kao postupajućem u ostavinskom postupku.

2 Od ovog pravila postoje izuzeci. Naime, ukoliko ostavinski sud propusti da uputi u česnike postupka na parnicu ili upravni postupak, kao i u slu čaju kada u česnik postupka koji je u ulozi tu žioca upućen na parnicu ne podigne tu žbu u ostavljenom roku, te sâm reši sporno činjenično pitanje, odluku će zasnovati na činjenicama koje je u tvrdio. U tom slu čaju, u česnici ostavinskog postupka nisu vezani onim što u tvrđeno pravnosnažnim rešenjem o nasleđivanju, već mogu i a posteriori u parnici u tvrđivati postojanje, odnosno nepostojanje neke činjenice (Stojanović, Vidić Trninić, 2015: 92).

će, u ulozi tužioca, biti upućen u česnik postupka za raspravljanje zaostavštine čije pravo sud smatra manje verovatnim.<sup>3</sup> Opšte je pravilo da teret dokazivanja činjenica koje jedan pravni posao čine nevaljanim, pada na stranku koja se poziva na njegovu ništavost ili rušljivost (Poznić, Rakić-Vodinelić, 1999: 242). U našoj doktrini zastupa se stav da sud mora voditi računa na čijoj su strani zakonske pretpostavke (a kada se radi o zaveštanju, pretpostavka jeste da je ono punovažno), te shodno tome uputiti suprotnu stranku da pokrene parnicu (Antić, 2007: 372), mada ima i mišljenja da sud u svakom slučaju treba da oceni sve dokaze i na osnovu njih odluči čije će pravo smatrati manje verovatnim (Blagojević, 1969: 335). Samo ukoliko se među u česnicima u postupku pojavi spor o primeni prava, shodno drevnom rimskom pravilu *iura novit curia*, ostavinski sud će samostalno raspraviti sva sporna pravna pitanja.<sup>4,5</sup>

Prezentovanje ugovora o doživotnom izdržavanju u postupku za raspravljanje zaostavštine primaoca izdržavanja, bitno utiče na postupanje i odlučivanje ostavinskog suda. Ugovor sudu, po pravilu, na uvid stavlja davalac izdržavanja na ročištu za raspravljanje zaostavštine ili primerak ugovora šalje poštom<sup>6</sup> i time se legitimise kao titular na imovini koja je sve do trenutka smrti pripadala ostaviocu/primaocu izdržavanja, i koja nije slobodna za nasleđivanje.<sup>7</sup> Neretko, to je i prvi trenutak kada se učesnici ostavinskog postupka, ili bar većina njih, uopšte upoznaju sa postojanjem ovog ugovora, svakako i sa njegovom

---

3 Videti: čl. 23, st. 2 ZVP.

4 Videti: čl. 119, st. 3 ZVP

5 O razgraničenju činjeničnog i pravnog pitanja u ostavinskom postupku, više (Trgovčević-Prokić, 2015: 638-641).

6 Davalac izdržavanja, naravno uz uslov da nije ostaviočev univerzalni ili singularni sukcesor *mortis causa*, nije u česnik u ostavinskom postupku – on se samo može smatrati sporednim u česnikom (Đurđević, 2015: 287), budući da čl. 3, st. 1 ZVP propisuje da je u česnik u postupku lice koje je postupak pokrenulo ili, lice o čijim se pravima ili pravnim interesima odlučuje u postupku, što kod davaoca izdržavanja nije slučaj, jer njegovu pravnu poziciju rešenje o nasleđivanju ne tangira neposredno.

7 Naravno, ovde je reč o imenovanom ugovoru o doživotnom izdržavanju, regulisanom članom 194 Zakona o nasleđivanju, Sl. glasnik RS, 46/1995, 101/2003 – odluka USRS I 6/2015, kod koga je prenos imovinskih dobara sa primaoca na davaoca izdržavanja odložen do smrti vitalicijata. Tzv. nepravi ugovor o doživotnom izdržavanju, kod koga se prenos imovinskih prava vrši za života primaoca izdržavanja, nije od značaja za raspravljanje zaostavštine, budući da imovina obu hvacena ugovorom nije pripadala ostaviocu/primaocu izdržavanja do trenu tka njegove smrti.

sadržinom i pravnim posledicama koje iz ugovora proističu.<sup>8</sup> Ukoliko u česnici u postupku nisu prisustvovali ročištu, sud ih upoznaje sa postojanjem ugovora. Saznanje da je ostavilac zaključio sa nekim licem ovaj pravni posao, kojim je raspologao celokupnom svojom imovinom, ili imovinskim pravima taksativno navedenim u ugovoru, i time svoje naslednike ostavio bez očekivanog nasledstva, izaziva različite reakcije kod učesnika u postupku.

Učesnici u postupku, naročito ako im je postojanje ugovora bilo poznato, mogu se opredeliti da ne ospore ugovor. Po pravilu, međutim, reakcije vitalicijatovih naslednika su burne, i oni neposredno nakon saznanja za ugovor ističu da osporavaju pravnu valjanost ugovora ili ukazuju na okolnosti koje su osnov za njegov raskid. Ključno pitanje koje se postavlja jeste da li pozivanje u česnika u postupku na razloge za raskid ili pravnu nevaljanost ugovora ima bilo kakav uticaj na postupanje suda koji raspravlja zaostavštinu, i na to kakvu odluku procesnog karaktera treba da donese? Druga dilema jeste da li je sud dužan da učesnike u postupku, koji nisu prisustvovali ročištu za raspravljanje zaostavštine, upozna sa postojanjem ugovora i da li treba da ih pozove da se izjasne da li osporavaju ugovor?

### **3. Ukratko o zakonskim razlozima za prekid i obustavu ostavinskog postupka**

Razlozi za prekid ostavinskog postupka propisani su čl. 119, st. 2 ZVP. Pravno relevantne činjenice, koje, ukoliko su sporne među učesnicima, dovode do prekida ostavinskog postupka, zakonodavac na izvestan način klasifikuje u nekoliko kategorija. Kao sporne, Zakon pre svega prepoznaje činjenice od kojih zavisi pravo na nasleđe, naročito u pogledu odnosa ostavioca i naslednika na osnovu koga nasleđuje po zakonu, kao i pitanja punovažnosti ili sadržine zaveštanja. Potom, pravno bitnim smatraju se činjenice od kojih zavisi osnovanost zahteva nadživelog supružnika i potomaka ostaviočevih, koji su živeli sa ostaviocem u istom domaćinstvu, da im se iz zaostavštine izdvoje predmeti domaćinstva, koji služe za zadovoljavanje svakodnevnih potreba, kao i one činjenice od kojih zavisi veličina naslednog dela, a naročito koje se tiču uračunavanja u nasledni deo. Konačno, i činjenice od kojih zavisi osnovanost isključenja nužnih

---

<sup>8</sup> Ukoliko davalac izdržavanja nije u čestvovao u ostavinskom postupku, ili se u toku postupka nije pozvao na ugovor o doživotnom izdržavanju, svoja prava iz ugovora može ostvariti u parnici. Videti: odluke Okru žnog suda u Kragujevcu, Gž. 650/93, od 18. 06. 1993. godine i Okru žnog suda u Požarevcu, Gž. 610/95, od 03. 05. 1995. godine (navedeno prema: Ubavić, 2004: 282-283).

naslednika ili osnovanost razloga za nedostojnost, kao i činjenica o tome da li se neko lice odreklo od nasleđa, osnov su za prekid postupka za raspravljanje zaostavštine.

Spor u pogledu postojanja razloga za raskid ili nevažnost ugovora o doživotnom izdržavanju, zakonodavac ne prepoznaje kao osnov za prekid ostavinskog postupka. Zašto je to tako, razmotrićemo u redovima koji će uslediti kasnije.

Iako je, načelno, ostavinski sud nadležan da rešava sporove o primeni prava, zakonodavac predviđa dva odstupanja od ovog pravila: kada među naslednicima postoji spor o tome da li neka imovinska prava ulaze u zaostavštinu ili se naslednici spore u pogledu zahteva potomaka koji su živeli zajedno sa ostaviocem, za izdvajanjem njihovog doprinosa u uvećanju vrednosti zaostavštine. Nezavisno od toga da li se radi o sporu o činjenicama ili sporu o primeni prava, u ovim dvama slučajevima sud je dužan da uputi stranke da pokrenu parnični ili upravni postupak,<sup>9</sup> u kome će se sporno pitanje rešiti.

Sud će definitivno obustaviti raspravljanje zaostavštine kada ostavilac nije imao zaostavštinu, te je dalje vođenje postupka bespredmetno, kao i kada je umrli imao samo pokretne stvari u momentu delacije, a niko od naslednika ne zahteva sprovođenje rasprave.<sup>10</sup> Po logici stvari, ostavinski postupak se obustavlja i ukoliko se lice, čija se zaostavština raspravlja jer je proglašeno umrlim, pojavi kao živo, a u teoriji se smatra da mesta obustavi postupka ima i kada je ostavilac ostavio samo dugove (Stojanović, 2011: 418). Delimično obustavljanje postupka, ili obustavljanje postupka u odnosu na određena imovinska dobra koja su pripadala ostaviocu do smrti, ali ne čine sastavni deo njegove zaostavštine, Zakon ne propisuje.

#### **4. Raznolika sudska praksa u slučaju kada naslednici ospore ugovor o doživotnom izdržavanju**

Kada se u toku postupka za raspravljanje zaostavštine sazna za postojanje ugovora o doživotnom izdržavanju, okolnosti konkretnog slu čaja diktiraju postupanje ostavinskog suda.

Najjednostavnija je situacija kada je ugovorom obu hvaćena celokupna imovina primaoca izdržavanja, a niko od njegovih naslednika ne ospori ugovor. U tom slu čaju, budući da nema imovinskih dobara slobodnih

---

<sup>9</sup> Videti: čl. 121 ZVP.

<sup>10</sup> Videti: čl. 113, st. 1 i 2 ZVP.



za nasleđivanje, sud rešenjem obustavlja postupak za raspravljanje zaostavštine.<sup>11</sup> Identičnu odluku sud će doneti i ukoliko su u zaostavštini ostale pokretnosti, koje nisu bile predmet raspolaganja ugovorom, a niko od nasljednika ne traži nastavlanje postupka i sprovođenje rasprave (arg. iz čl. 113, st. 2 ZVP).

Spornije je kako sud da postupi kada ugovorom primalac izdržavanja nije raspolagao celokupnom imovinom, a ima mesta nastavljanju postupka (iz razloga što u zaostavštini ima nepokretnosti, ili zato što nasljednici zahtevaju nastavljanje postupka, premda zaostavštinu čine samo pokretne stvari), pri čemu niko od nasljednika ne osporava ugovor. Budući da ostavinski postupak može dugo trajati, da može doći i do njegovog prekida u slučaju spora o nekoj pravno relevantnoj činjenici, što bi štetilo interesima davaoca izdržavanja, jer ne bi mogao da ishodi upis prava svojine u katastru nepokretnosti na nepokretnim stvarima čiji je vanknjižni vlasnik postao u času smrti primaoca izdržavanja (Krstić, 2012: 209), ostavinski sudovi su našli solomonsko rešenje.<sup>12</sup>

Naime, u praksi sudovi donose rešenje kojim delimično obustavljaju postupak za raspravljanje zaostavštine u odnosu na imovinska dobra koja su predmet ugovora o doživotnom izdržavanju.<sup>13</sup> Rešenjem o nasleđivanju naslednicima se samo raspodeljuju ostaviočeva imovinska prava koja su ušla u njegovu zaostavštinu i koja nije otuđio ugovorom.

Ukoliko učesnici postupka za raspravljanje zaostavštine ospore ugovor o doživotnom izdržavanju, postavlja se pitanje da li ostavinski sud treba da prekine postupak i uputi učesnike na parnicu ili upravni postupak, u cilju razrešenja sporne stvari, ili da, nezavisno od postojanja spora, u potpunosti ili delimično obustavi postupak, u zavisnosti od toga da li

---

11 Videti npr. rešenje Okru žnog suda u Kraljevu, Gž. 730/90, od 11. 07. 1990. godine (navedeno prema: Poču ča, 2011: 205), rešenja Osnovnog suda u Kruševcu, 10. 328/11, od 21. 02. 2011. godine, Osnovnog suda u Nišu, 30. 5108/11, od 06. 08. 2012. godine i Osnovnog suda u Pirotu, 20. 732/14, od 17. 06. 2014. godine (izvor: arhive sudova).

12 Da bi ishodio upis prava svojine u katastar nepokretnosti, koji, doduše, ima samo deklarativan karakter kod ovog ugovora, davalac izdržavanja je du žan da, uz predlog za upis, podnese kao dokaz ispravu o ugovoru o doživotnom izdržavanju, javnu ispravu kojom se dokazuje činjenica smrti primaoca (izvod iz matične knjige umrlih, smrtovnica, rešenje o proglašenju nestalog lica za umrlo), i rešenje suda o obustavi ostavinskog postupka u odnosu na nepokretnosti koje su predmet ugovora.

13 Videti npr. rešenja Opštinskog suda u Kruševcu, O. 649/08, od 20. 08. 2008. godine, Opštinskog suda u Boru, O. 180/09, od 10. 08. 2009. godine, Osnovnog suda u Leskovcu, 1.O. 1351/10, od 24. 06. 2010. godine i Osnovnog suda u Surdulici, 10. 1756/13, od 13. 02. 2014. godine (izvor: arhive sudova).

je ugovorom obuhvaćena celokupna imovina primaoca izdržavanja, ili samo pojedina imovinska prava?

Praksa sudova po ovom pitanju je raznolika. Čini se da u većini slučajeva prvostepeni sudovi polaze od stava da je spor u pogledu punovažnosti ugovora o doživotnom izdržavanju prethodno pitanje, od čijeg razrešenja zavisi pravilno i potpuno raspravljanje zaostavštine. Zato, u brojnim slučajevima, sudovi donose rešenje kojim učesnike postupka upućuju da spor razreše pred parničnim sudom (eventualno pred upravnim organom), a postupak za raspravljanje zaostavštine prekidaju do pravnosnažnog okončanja postupka pred nadležnim organom.<sup>14</sup> Osnov za prekid postupka sudovi najčešće nalaze u članu 121 ZVP, u delu odredbe kojom je propisano da u slučaju kada se naslednici spore oko toga da li neka imovina ulazi u zaostavštinu, postupak se prekida i stranke upućuju da spor reše pred nadležnim organom. Licu čije pravo sud smatra manje verovatnim, i koje se upućuje da pokrene postupak za rešenje spornog prethodnog pitanja, ostavlja se rok do 30 dana da postupak pokrene. U suprotnom, ostavinski postupak biće nastavljen. Navedeni rok nije prekluzivan, te se parnica može pokrenuti i nakon njegovog proteka.<sup>15</sup>

Valja naglasiti da sudovi, svakako iz pragmatičnih razloga, ovde svesno čine povredu procesnih pravila. Naime, prema odredbama ZVP, kada sud uputi stranke da pokrenu parnični ili upravni postupak, ostavlja im rok do 30 dana za njegovo pokretanje, a dok ovaj rok ne protekne, odnosno dok sud ne bude obavešten da je predmetni postupak pokrenut, zastaje se sa postupkom za raspravljanje zaostavštine. Tek ukoliko parnica ili

---

14 Videti npr. rešenja Osnovnog suda u Pirotu, Sudska jedinica u Babušnici I-20. 562/11, od 16. 05. 2011. godine, Osnovnog suda u Nišu, 30. 4216/12, od 07. 02. 2013. godine, 30. 4606/14, od 25. 12. 2014. godine i 30. 3589/14, od 27. 04. 2015. godine, Osnovnog suda u Smederevu 20. 476/13, od 21. 03. 2013. godine i Osnovnog suda u Surdulici – Sudska jedinica Vladičin Han, II-100. 179/14 (izvor: arhive sudova). Osim što su ove odluke sporne iz procesnog ugla, o čemu će biti reči u daljem tekstu, neke od ovih odluka imaju i ozbiljne materijalnopravne manjkavosti, koje ukazu ju na značajan stepen nepoznavanja pravnih pojmova i pravnih instituta od strane postupajućih sudova, zbog čega i neke procesne greške nisu slučajne. Tako npr. u pomenutom rešenju ostavinskog suda u Smedereva, u česnik je upućen na parnicu kako bi dokazao ništavost ugovor, jer davalac izdržavanja nije ispunjavao ugovorene obaveze – očigledno postupajući s udiya ne pravi razlik u između razloga ništavosti i razloga iz kojih se može tražiti raskid ugovora. Mož da i veću grešku srećemo u ostavinskom rešenju suda iz Babušnice, u čijem obrazloženju stoji da se davalac izdržavanja «... prihvatio nasleđa prema napred navedenom ugovoru ...».

15 U teoriji ima mišljenja da bi ovaj rok trebalo da bude prekluzivan, jer postojeće rešenje može biti pogodno tle za zloupotrebe i odugovlačenje postupka, i to one stranke za čije je pravo sud našao da je manje verovatno (Blagojević, 1969: 337).

upravni postupak, budu pokrenuti, ostavinski postupak će rešenjem biti prekinut do njihovog pravnosnažnog okončanja.<sup>16</sup>

Naročito je sporna praksa sudova, koja postoji dugi niz godina, da po saznanju za postojanje ugovora o doživotnom izdržavanju, zahtevaju od učesnika ostavinskog postupka da se izjasne da li priznaju punovažnost ugovora - na samoj ostavinskoj raspravi, ili ih o tome obaveste pisanim putem (najčešće u pozivu za ostavinsku raspravu). Sudovi ovde očigledno izvode analogiju sa slučajem kada postoji zaveštanje, koje je, za razliku od ugovora o doživotnom izdržavanju, osnov pozivanja na nasleđe i kojim se raspolaže zaostavštinom. Pitanje punovažnosti zaveštanja krucijalno je za pravilno i zakonito raspravljanje zaostavštine, te je opravdano tražiti izjašnjenje naslednika u pogledu njegove pravne valjanosti, što se ne može reći u slučaju kada postoji ugovor o doživotnom izdržavanju.

Prema stanovištu drugostepenih sudova, zauzetom po pitanju ove pravne stvari u nekoliko slučajeva, ostavinski postupak ne treba prekidati u slučaju spora koji se tiče ugovora o doživotnom izdržavanju. Iznosi se stav da se spor u vezi ovog pravnog posla ne može upodobljavati sporu o punovažnosti zaveštanja, koji je osnov za prekid postupka, te da je postojanje ugovora o doživotnom izdržavanju razlog za obustavu postupka, shodno čl. 113, st. 1 ZVP.<sup>17</sup> To, svakako, ne smeta naslednicima da podignu samostalnu tužbu kojom će osporavati ugovor o doživotnom izdržavanju.

Osim toga, nailazimo i na stanovište da ostavinski sud ne treba da pozove naslednike primaoca izdržavanja da se izjasne da li priznaju valjanost ugovora. Budući da je ugovorom o doživotnom izdržavanju otuđena imovina, i da ona ne ulazi u sastav zaostavštine, nema potrebe da se ovaj ugovor osporava u vanparničnom postupku, već to naslednici mogu učiniti samo u parnici.<sup>18</sup>

## 5. Koje je stanovište ispravno?

Jedna od najznačajnijih činjenica koja se vezuje za ugovor o doživotnom izdržavanju, kada je u pitanju raspravljanje zaostavštine primaoca izdržavanja, jeste da su temeljem ovog teretnog pravnog posla sva imovinska prava, preneti ugovorom, prešla su u svojinu davaoca

---

16 Videti: čl. 24, st. 1 ZVP.

17 Videti: rešenje Okru žnog suda u Beogradu, Gž. 388/02, od 24. 01. 2002. godine (izvor: Paragraf Lex). U tom smislu i: odluke Okru žnog suda u Beogradu, Gž. 7457/01, Gž. 8336/01 (Bilten Okru žnog suda u Beogradu u e-formi).

18 Rešenje Višeg suda u Pančevu, Gž. 678/10, od 19. 04. 2010. godine (izvor: Paragraf Lex).

izdržavanja u trenutku smrti primaoca. Stoga, ugovorom obu hvaćena imovina nije slobodna za nasleđivanje, ne može biti raspravljana u ostavinskom postupku, te ovaj pravni posao treba da ostane izvan sfere interesovanja ostavinskih sudova. Pitanje punovažnosti ovog ugovora ne bi se moglo smatrati prethodnim pitanjem od značaja za raspravljanje zaostavštine.<sup>19</sup> Iz tog razloga, ostavinski sudovi ne bi trebalo da pozivaju naslednike da se izjasne da li osporavaju ugovor ili ne.<sup>20, 21</sup>

Iako razlozi za prekid ostavinskog postupka, propisani čl. 119, st. 2 ZVP nisu opredeljeni kao numerus clausus, zakodavac nije učinio propust kada je, prilikom definisanja razloga koji dovode do prekida postupka, izostavio spor među u česnicima koji se tiče ugovora o doživotnom izdržavanju. Budući da je osporavanje ovog pravnog posla veoma često, zakonodavac ne bi propustio priliku da propiše ovaj razlog da je smatrao da je spor u vezi ovog ugovora osnov za prekid postupka.

Osnov za prekid postupka ne bi se mogao naći ni u članu 121 ZVP. Pre svega, razlog za prekid postupka je, po slovu zakona, spor između naslednika o tome da li neka imovinska prava čine zaostavštinu. Kada postoji spor u vezi ugovora o doživotnom izdržavanju, nema spora među naslednicima već između jednog ili više naslednika, s jedne strane, i davaoca izdržavanja, kao singularnog sticaoca po teretnom pravnom poslu kao osnovu sticanja, koji i ne mora da bude učesnik ostavinskog postupka, s druge. Potom, nije i ne može biti sporno da li neka imovinska prava

---

19 I pored toga što smatramo da ostavinski sud treba da bude potpuno indiferentan u slučaju osporavanja ugovora o doživotnom izdržavanju, navodimo stav, zauzet u judikaturi, da kada postoji spor o primeni prava (npr. o tome da li su zadovoljeni uslovi forme za punovažnost ugovora), ovakav spor bi trebalo da reši sâm ostavinski sud. Videti: odluka Okružnog suda u Novom Sadu, Gž. 1358/06 (navedeno prema: Počuča, 2011: 207).

20 Pozivanje naslednika da se izjasne o ugovoru, i čekanje na odgovor i stav naslednika, ima značajnih praktičnih negativnih strana. Može se dogoditi da se svim naslednicima ne može uru čiti poziv, pa se dostavljanje ponavlja više puta (naročito je veliki problem sa naslednicima koji se nalaze u inostranstvu, a nemaju svog punomoćnika za prijem pismena u zemlji, niti im je postavljen zastupnik). Pored toga, naslednici mogu da odugovlače sa davanjem odgovora, što izaziva odlaganje ročišta i produžava trajanje postupka. Time bi se značajno ugrozili interesi davaoca izdržavanja, koji ne može bez sudske odluke da upiše svoje pravo u javnim knjigama, čak i kada niko od naslednika nema nameru da ospori ugovor.

21 Čini se da nema smetnji da sud samo upozna u česnike postupka, koji nisu prisustvovali ročištu za ostavinsku raspravu, sa postojanjem ugovora, budući da se time oni obaveštavaju koja imovina nije slobodna za nasleđivanje i ne može rešenjem o nasleđivanju biti raspoređena ostaviočevim univerzalnim (eventualno i singularnim) sukcesorima.

obuhvaćena ugovorom o doživotnom izdržavanju ulaze u zaostavštinu, jer je iz sadržine samog ugovora jasno koja su prava prešla na davaoca izdržavanja u času smrti primaoca. Konačno, ovde se, *stricto sensu*, ne radi o sporu da li imovina obuhvaćena ugovorom ulazi u zaostavštinu, već je predmet tužbenog zahteva da sud utvrdi postojanje razloga za nevaljanost ili raskid ugovora o doživotnom izdržavanju. Mesta prekidu ostavinskog posla moglo bi biti samo u slučaju kada određena imovinska dobra nisu eksplicite bila obuhvaćena ugovorom, a zbog nedovoljno jasne formulacije u ugovoru dođe do spora između učesnika u postupku da li su ta dobra sastavni deo zaostavštine, ili je njima raspolagano ugovorom. U ovom slučaju, učesnici ostavinskog postupka bili bi, na osnovu čl. 121 ZVP, poslati da u parničnom postupku reše nastali spor.<sup>22</sup>

Prema našem mišljenju, dakle, i ukoliko naslednici ospore ugovor o doživotnom izdržavanju, to ne bi trebalo da dovede do sistiranja ostavinskog postupka, već sud rešenjem o nasleđivanju samo treba da raspravi ono što čini zaostavštinu umrlog.<sup>23</sup> Naslednici primaoca izdržavanja, koji smatraju da ima mesta poništaju ili raskidu ugovora, samostalnom tužbom mogli bi pobijati ugovor u parnici, a podizanje tužbe ne bi imalo nikakav uticaj na tok postupka za raspravljavanje zaostavštine.<sup>24</sup> Parnični postupak mogao bi biti pokrenut i tokom trajanja ostavinskog postupka, ali i nakon njegovog pravnosnažnog okončanja.

Odluka suda, kada je ostavilac u ulozi primaoca izdržavanja zaključio ugovor o doživotnom izdržavanju, bez obzira da li naslednici osporavaju ugovor, zavisi od toga da li je ugovorom otuđena celokupna imovina primaoca, ili samo pojedina imovinska prava. U prvom slučaju, sud bi rešenjem obustavio ostavinski postupak, jer nema zaostavštine koja bi mogla biti raspodeljena među naslednicima.

---

22 Tako i: rešenje Okru žnog suda u Čačku, Gž. 890/2008, od 21. 05. 2008. godine (izvor: Paragraf Lex).

23 Ukoliko bi naslednici, koji su osporili ugovor, a nisu upućeni na parnicu od strane ostavinskog suda, zbog toga izjavili žalbu protiv donetog rešenja o nasleđivanju, odnosno rešenja o obustavi ostavinskog postupka, viši sud bi takvu žalbu trebalo da odbije, budući da naslednici svoj zahtev upravljen protiv ugovora o doživotnom izdržavanju, mogu, nezavisno od donetog rešenja, da pokušaju da ostvare u parnici. U tom pravcu i: rešenje Okru žnog suda u Čačku, Gž. 1617/08 (Izbor sudske prakse, 3/2009) i presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 7257/12(1), od 15. 08. 2013. godine (izvor: Paragraf Lex).

24 Pravo da pobija ugovor u parnici imao bi i naslednik koji nije u čestvovao u postupku za raspravljavanje zaostavštine. Videti: presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 8975/12 od 24. 10. 2014. godine (izvor: Paragraf Lex).

Kada je ugovorom primalac izdržavanja samo delimično raspolagao svojom imovinom, smatramo da je pogrešna praksa domaćih sudova koji rešenjem delimično obustavljaju postupak za raspravljanje zaostavštine u odnosu na imovinska dobra koja su predmet ugovora, iako je ratio ovakve odluke, kao što smo već istakli, praktične prirode i u interesu davaoca izdržavanja. Zakon o vanparničnom postupku ne predviđa mogućnost delimičnog obustavljanja postupka, niti se može obustaviti raspravljanje zaostavštine, što sudovi redovno čine, već se obustavlja samo postupak. Takođe, jednim rešenjem ne može se, po slovu zakona, i raspraviti zaostavština i (delimično) obustaviti postupak.<sup>25</sup> Smatramo, stoga, da kada ugovorom o doživotnom izdržavanju nije obuhvaćena celokupna imovina primaoca izdržavanja, ostavinski sud treba da rešenjem iz popisa zaostavštine izluči (izdvoji) stvari koje su predmet ugovora i koje ne ulaze u zaostavštinu,<sup>26</sup> a da preostala dobra koja čine ostavinsku masu rasporedi naslednicima.

Kada naslednici davaoca izdržavanja tužbom ospore ugovor, a davalac izdržavanja je prethodno svoje pravo svojine na nepokretnostima, koje su bile predmet ugovora o doživotnom izdržavanju, upisao u katastar nepokretnosti, trebalo bi da traže od parničnog suda izricanje privremene mere zabrane otuđenja nepokretnosti, do pravnosnažnog okončanja parničnog postupka, budući da davalac, kao vlasnik, njima može slobodno raspolagati.<sup>27</sup> U slu čaju da sud usvoji tužbeni zahtev tužioca i ugovor poništi, odnosno raskine, imovina iz ugovora imaće tretman naknadno pronađene zaostavštine. Ostavinski sud će ovaj deo zaostavštine, na predlog naslednika, rasporediti dopunskim rešenjem, shodno ranijem pravnosnažnom rešenju, osim u slučajevima iz čl. 130, st. 2 ZVP Republike Srbije, u kom slučaju će se o sudbini naknadno pronađenog dela zaostavštine odlučiti u parnici.

---

25 Tako: odluka Okru žnog s uda u Beogradu, Gž. 2026/00, od 13. 01. 2001. godine (navedeno prema: Poču ča, 2011: 206-207).

26 Videti: rešenje Opštinskog suda u Čačku, O. 186/05, od 10. 12. 2008. godine i rešenje Okru žnog suda u Čačku, Gž. 264/09, od 26. 02. 2009. godine (navedeno prema: Panov, Kaščelan, Stanković, 2011: 121-122).

27 Ukoliko se u ulozi tu žioca pojavljuje više lica, oni su voljni jedinstveni suparničari (videti odluku Vrhovnog suda Srbije, Gž. 234/92 - navedeno prema: Ubavić, 2004: 100), a kada se na strani tu ženog nalazi više lica, oni imaju položaj nu žnih jedinstvenih suparničara (videti odluku Vrhovnog suda Srbije, Rev. 5491/94 - navedeno prema: Ubavić, 2004: 100).

## 6. Zaključak

Ugovor o doživotnom izdržavanju oduvek je bio kamen spoticanja domaće jurisprudencije. Sudske odluke po brojnim spornim pitanjima koja prate ovaj ugovor, često su neusaglašene, neretko i kontradiktorne.

Raznoliko postupanje sudova nalazimo i kada u toku ostavinskog postupka davalac izdržavanja prezentuje sudu ugovor o doživotnom izdržavanju, koji je zaključio sa licem čija se zaostavština raspravlja. Kada naslednici u ostavinskom postupku ospore ugovor, ukazujući da postoje razlozi za njegovim poništajem ili raskidom, analiza postupanja prvostepenih sudova pokazala je da oni, po pravilu, u ovakvoj situaciji rešenjem prekidaju ostavinski postupak, a naslednike upućuju da svoj zahtev ostvare u parnici.

Navedeno postupanje smatramo pogrešnim. Mišljenja smo da je ono utemeljeno na nekritičkom prihvatanju dugogodišnje prakse u sudovima, bez obzira što nema uporišta u zakonu. Spor koji se tiče ugovora o doživotnom izdržavanju nije osnov prekida ostavinskog postupka, budući da imovina obuhvaćena ugovorom svakako ne ulazi u zaostavštinu, te i nije predmet interesovanja ostavinskog suda, što je i stav viših sudova, istaknut u većem broju odluka. Zbog toga, ostavinski sudovi ne bi trebalo da pozivaju naslednike da se izjasne da li priznaju punovažnost ugovora ili ne. Činjenica da naslednici osporavaju ugovor ne bi trebalo da ima bilo kakav uticaj na procesno postupanje sudova.

Kada je ostavilac u ulozi primaoca izdržavanja zaključio ugovor o doživotnom izdržavanju, procesna odluka suda zavisila bi samo od činjenice da li je ugovorom obuhvaćena celokupna imovina primaoca, pri čemu su sva imovinska dobra taksativno nabrojana, ili samo pojedina dobra. U prvom slučaju, rešenjem bi sud obustavio ostavinski postupak, budući da ostavilac nije imao zaostavštine. U potonjem slučaju, rešenjem bi se iz zaostavštine izlučile stvari kojima je ugovorom raspolagano, a preostala imovinska dobra raspodelila bi se naslednicima. Rešenje kojem pribegavaju ostavinski sudovi, da postupak za raspravljanje zaostavštine delimično obustave u odnosu na imovinu koja je predmet ugovora, po našem mišljenju nije u skladu sa zakonom, niti je pravno-logički ispravno.

Naslednici primaoca izdržavanja, koji smatraju da ima mesta pobijanju ugovora, svoj zahtev bi mogli da pokušaju da ostvare u parnici, nezavisno od toka ostavinskog postupka - i za vreme njegovog trajanja, i nakon pravnosnažnog okončanja.

## Literatura

- Antić, O. (2007). Nasledno pravo. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
- Blagojević, B. (1969). Nasledno pravo SFRJ. Beograd: Zavod za izdavanje udžbenika
- Đurđević, D. (2015). Institucije naslednog prava. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu centar za izdavaštvo i informisanje, Dosije studio
- Zakon o vanparničnom postupku. Službeni glasnik SRS. Br. 25 (1982) i 48 (1988) i Službeni glasnik RS. Br. 46 (1995) – dr. zakon, 18 (2005) – dr. zakon, 85 (2012), 45 (2013) – dr. zakon, 55 (2014) i 6 (2015)
- Zakon o javnom beležništvu. Službeni glasnik RS. Br. 1 (2011), 85 (2012), 19 (2013), 55 (2014) – dr. zakon i 6 (2015)
- Zakon o nasleđivanju. Službeni glasnik RS. Br. 46 (1995), 101 (2003) – odluka USRS i 6 (2015)
- Krstić, N. (2012). Uzastopno otuđenje nepokretnosti na osnovu ugovora o doživotnom izdržavanju i drugih pravnih poslova. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu. 60. 207-225
- Odluka Vrhovnog suda Srbije, Gž. 234/92 (navedeno prema: Ubavić, 2004: 100)
- Odluka Vrhovnog suda Srbije, Rev. 5491/94 (navedeno prema: Ubavić, 2004: 100)
- Odluka Okružnog suda u Beogradu, Gž. 2026/00, od 13. 01. 2001. godine (navedeno prema: Počuča, 2011: 206207)
- Odluka Okružnog suda u Kragujevcu, Gž. 650/93, od 18. 06. 1993. godine (navedeno prema: Ubavić, 2004: 282-283)
- Odluka Okružnog suda u Novom Sadu, Gž. 1358/06 (navedeno prema: Počuča, 2011: 207)
- Odluka Okružnog suda u Požarevcu, Gž. 610/95, od 03. 05. 1995. godine (navedeno prema: Ubavić, 2004: 283)
- Panov, S., Kaščelan, B, Stanković, M. (2012). Nasledno pravo. Praktikum. Beograd; Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
- Poznić, B., Rakić-Vodinelić, V. (1999). Građansko procesno pravo. Beograd: Savremena administracija



Počuča, M. (2011). Ugovor o doživotnom izdržavanju. Novi Sad: Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Novi Sad

Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 7257/12(1), od 15. 08. 2013. godine (izvor: Paragraf Lex)

Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 8975/12, od 24. 10. 2014. godine (izvor: Paragraf Lex)

Rešenje Višeg suda u Pančevu, Gž. 678/10, od 19. 04. 2010. godine (Paragraf Lex)

Rešenje Okružnog suda u Beogradu, Gž. 388/02, od 24. 01. 2002. godine (Paragraf Lex)

Rešenje Okružnog suda u Beogradu, Gž. 7457/01, (Bilten Okružnog suda u Beogradu u e-formi)

Rešenje Okružnog suda u Beogradu, Gž. 8336/01 (Bilten Okružnog suda u Beogradu u e-formi)

Rešenje Okružnog suda u Kraljevu, Gž. 730/90, od 11. 07. 1990. godine (navedeno prema: Počuča, 2011: 205)

Rešenje Okružnog suda u Čačku, Gž. 890/2008, od 21. 05. 2008. godine (izvor: Paragraf Lex)

Rešenje Okružnog suda u Čačku, Gž. 1617/08 (Izbor sudske prakse, 3/2009)

Rešenje Okružnog suda u Čačku, Gž. 264/09, od 26. 02. 2009. godine (navedeno prema: Panov, Kaščelan, Stanković, 2011: 121-122)

Rešenje Opštinskog suda u Boru, O. 180/09, od 10. 08. 2009. godine (arhiva Suda)

Rešenje Opštinskog suda u Kruševcu, O. 649/08, od 20. 08. 2008. godine (arhiva Suda)

Rešenje Opštinskog suda u Čačku, O. 186/05, od 10. 12. 2008. godine (navedeno prema: Panov, Kaščelan, Stanković, 2011: 121)

Rešenje Osnovnog suda u Kruševcu, O. 328/11, od 21. 02. 2011. godine (arhiva Suda)

Rešenje Osnovnog suda u Leskovcu, O. 1351/10, od 24. 06. 2010. godine (arhiva Suda)

Rešenje Osnovnog suda u Nišu, O. 5108/11, od 06. 08. 2012. godine (arhiva Suda)

Rešenje Osnovnog suda u Nišu, 30. 4216/12, od 07. 02. 2013. godine (arhiva Suda)

Rešenje Osnovnog suda u Nišu, 30. 4606/14, od 25. 12. 2014. godine (arhiva Suda)

Rešenje Osnovnog suda u Nišu, 30. 3589/14, od 27. 04. 2015. godine (arhiva Suda)

Rešenje Osnovnog suda u Pirotu, 20. 732/14, od 17. 06. 2014. godine (arhiva Suda)

Rešenje Osnovnog suda u Pirotu, Sudska jedinica u Babušnici I-20. 562/11, od 16. 05. 2011. godine (arhiva Suda)

Rešenje Osnovnog suda u Smederevu, 20. 476/13, od 21. 03. 2013. godine (arhiva Suda)

Rešenje Osnovnog suda u Surdulici, 10. 1756/13, od 13. 02. 2014. godine (arhiva Suda)

Rešenje Osnovnog suda u Surdulici – Sudska jedinica Vladičin Han, II-100. 179/14 (arhiva Suda)

Stojanović, N. (2011). Nasledno pravo. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Centar za publikacije

Stojanović, N., Vidić Trninić, J. (2015). Postupak za raspravljanje zaostavštine u Srbiji. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Centar za publikacije

Trgovčević-Prokić, M. (2015). Razlozi za prekid ostavinskog postupka. Pravni život. 11. 637-656

Ubavić, M. (2004). Ugovori o doživotnom izdržavanju. Beograd: Građevinska knjiga

**Novak Krstić, LL.D.**

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

**HOW PROBATE COURTS HANDLE CASES WHEN  
PARTICIPANTS CHALLENGE A LIFETIME MAINTENANCE  
AGREEMENT DURING THE PROBATE PROCEDURE?**

**Summary**

*Relying on the analysis of judicial practice, in this paper the author discusses the two options that probate courts have at their disposal in the heirs of the deceased person (who is the maintenance recipient) decide to challenge the lifetime maintenance agreement in the course of probate proceedings. The first option, which is quite common in judicial practice, is to stay the probate proceedings until the disputed issue is resolved before the competent (civil or administrative) authority. The author considers this practice to be inadequate because the fact that heirs challenge this agreement is not formally envisaged as the legal ground for staying the probate proceedings. In the author's opinion, regardless of whether the heirs challenge the lifetime maintenance agreement or not, the probate procedure should be terminated if the entire property of the deceased/maintenance recipient is disposed under this contract. If the contract does not cover the entire estate, the court should bring the decision to exclude those assets from the recipient's succession estate, and continue with the probate proceedings. In any case, the heirs are still entitled to file a civil claim in an attempt to prove that there are legal grounds for cancelling or nullifying the agreement.*

**Key words:** *lifetime maintenance agreement, stay of probate procedure, termination of probate procedure.*



# III PRIKAZI

---

---



**Dr Aleksandar S. Mojašević,\***  
Docent Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Nišu

prikaz

Rad primljen: 02.02.2016.  
Rad prihvaćen: 02.03.2016.

Jon Elster, „*Kako objasniti društveno ponašanje: još matica i šrafova za društvene nauke*“, Službeni glasnik, Beograd, 2014.

Knjiga *Kako objasniti društveno ponašanje: još matica i šrafova za društvene nauke*, u izdanju Službenog glasnika (prevod sa engleskog: Dušan Pavlović i Smiljana Skiba), autora Jona Elstera (Jon Elster) predstavlja pravi multidisciplinarni intelektualni podvig. To i nije toliko čudno ako se uzme u obzir intelektualna širina kojom raspolaže autor ove knjige, kao i opseg tema koje obrađuje. Naime, radi se o autoru norveškog porekla i profesoru prestižnih univerziteta u Americi i Francuskoj, nažalost, nedovoljno poznatom u našim akademskim krugovima, koji je svetsku slavu stekao postepenom evolucijom od analitičkog marksiste do kritičara teorije racionalnog izbora. No, njegov intelektualni preobražaj ne govori o nedoslednosti jednog autora, već, naprotiv, o hrabrosti da se odbace prevaziđeni stavovi ili stavovi za koje je sam autor naknadnim uvidima ustanovio da nisu utemeljeni, prvenstveno empirijskim nalazima. S druge strane, Jon Elster ne preza od analize tema koje su predmet istraživanja brojnih naučnih disciplina počev od filozofije, preko sociologije, psihologije, političkih nauka, do istorije i ekonomije. Zavidljivo je njegovo poznavanje pojmova i tema iz navedenih disciplina, što i knjiga *Kako objasniti društveno ponašanje* dokazuje. Nakon čitanja ove knjige, čitaoci će verovatno biti podstaknuti na šire razmišljanje o različitim fenomenima, počev od ljudske racionalnosti u različitim društvenim situacijama, preko veze između prirodnih i društvenih nauka, do toga šta je to prava društvena nauka. Inače, osim ove, na srpski jezik prevedene su još dve njegove knjige: *Kiselo grožđe* (o racionalnosti) i *Svođenje računa* (o tranzicionoj pravdi).

Knjiga *Kako objasniti društveno ponašanje* sastoji se iz pet međusobno povezanih celina. U prvom delu (str. 39–110), koji nosi naziv „Objašnjenja i mehanizmi“, autor predočava kako treba objasniti društvene

---

\* mojasevic@prafak.ni.ac.rs

fenomene. Elster insistira na *uzročnim objašnjenjima* koja se primenjuju u društvenim naukama, za razliku od prirodnih nauka u kojima dominiraju *objašnjenja zakonima*. Pritom, na vrlo životnim primerima, kao što je pitanje *zašto brodvejske predstave danas dobijaju više stojećih ovacija nego pre dvadeset godina*, objašnjava kako doći do uzročnog objašnjenja nekog fenomena (eksplanandum). Autor u ovom delu knjige jasno ukazuje na to da uzročna objašnjenja treba razlikovati od istinitih uzročnih iskaza, korelacija, nužnosti, pričanja priča, statističkih objašnjenja, odgovora na pitanje *zašto* i predikcija. Ovaj deo knjige zaista može biti od koristi svima, a posebno mlađim istraživačima društvenih pojava.

U drugom delu knjige pod nazivom „Svest” (str. 110–202) autor postepeno izlaže određene *psihološke postavke* na kojima razvija model delanja u društvenim odnosima. Sve ove postavke zasnivaju se na pretpostavci *metodološkog individualizma*, inače dominantnoj u ekonomskoj analizi. Centar proučavanja jeste *pojedinaac*, a to znači, prema Elsteru, da je potrebno razumeti kako funkcioniše njegov *um* čiju osnovu čine *uverenja* (beliefs) i *želje* (desires). Dakle, sistem uverenja i želja predstavlja osnovu na kojoj autor pokušava da objasni ponašanje delatnika u različitim kontekstima. S tim u vezi, autor objašnjava prirodu *ljudskih motivacija*, pri čemu u toj analizi polazi od kontinuu uma ljudskih motivacija (od viscelarnog do racionalnog), zatim, korisne trihotomije na *interes*, *razum* i *strast* francuskih moralista iz 17. veka, ali i Frojdove trihotomije na *id*, *ego* i *superego*, i, konačno, stiže do motivacija orijentisanih na ishod delanja (*konsekvencijalistička*) ili prema samom delanju (*nekonsekvencijalistička*). Takođe, autor pravi razliku između *htenja* i *želja* kako motivacionih elemenata *emocija* – kojima, inače, posvećuje celu jednu glavu u ovom delu knjige. Posebno je interesantno razlikovanje između sebičnih i altruističkih motivacija i, s tim u vezi, razlikovanje motivacija podstaknutih moralnim, društvenim i kvazimoralnim normama (koje su podrobno razrađene u posebnoj glavi petog dela knjige). Pritom, sve navedene motivacije delatnika autor potkrepljuje konkretnim primerima ili eksperimentima iz različitih naučnih oblasti. Tako, recimo, u razradi Frojdovog principa zadovoljstva, u pokušaju da objasni razliku između kratkovidosti (iskazane u neposrednom zadovoljenju želja) i dalekovidosti (uzimanja u obzir dalekosežnih posledica), Elster navodi veoma interesantne i živopisne primere *biranja supružnika* navodeći da se nekada više isplati sačekati dok se ne pojavi prihvatljiv kandidat, ili *čuvanja kvalitetnih vina* koja protokom vremena postaju sve bolja. Ovaj deo knjige autor zaključuje razradom *uverenja delatnika* još interesantnijim prime-



rima kockarske zablude, uobražavanja željenog ili magijskog mišljenja. Inače, mehanizam *kolektivnog ili interaktivnog formiranja uverenja* posebno je obrađen u glavi 23 poslednjeg dela knjige (na tom, ali i drugim mestima, uočava se jak uticaj Aleksisa de Tokvila i njegove „Demokratije u Americi” na Elsterove stavove). Osnovna teza jeste da naša uverenja utiču na naše ponašanje, ali da je potrebno shvatiti prirodu ljudskih uverenja, njihove uzroke i posledice, kao i brojne *greške* pri formiranju uverenja, kao što su heuristika dostupnosti (prosuđivanje na osnovu podataka koji su dostupni) ili heuristika reprezentativnosti (prosuđivanje na osnovu sličnosti dvaju fenomena). Očito je da su stavovi Elstera pod uticajem kognitivnih psihologa i njihovih eksperimentalnih istraživanja, poput Kanemana i Tverskog, prema kojima na nekoliko mesta u knjizi iskazuje direktno ili indirektno poštovanje.

U trećem delu knjige pod nazivom *Delanje* (str. 203–301), autor nas postepeno uvodi u temu koja predstavlja srž njegovih intelektualnih razmišljanja, a koja se odnosi na *racionalni izbor*! Osnovna Elsterova teza jeste da se pri razmatranju racionalnog izbora, odnosno procenjivanju da li je izbor racionalan ili ne, moraju uzeti u obzir prethodna *mentalna stanja* delatnika, a ne samo *posledice* koje proizilaze iz njegovog ponašanja. Ta prethodna mentalna stanja oslanjaju se na spomenuti sistem uverenja i želja. Autor navodi da je vremenom postao skeptičan u pogledu objašnjenja delanja teorijom racionalnog izbora. No, to ne znači da je on u potpunosti odbacio ovu teoriju, već samo ukazuje na njena brojna ograničenja, budući da je ona *subjektivna od početka do kraja*. Racionalnost je za Elstera primarni pokretač ljudskog delanja, jer pojedinci, uprkos brojnim iracionalnim odlukama, *žele* da budu racionalni. S tim u vezi, autor u objašnjenju društvenog ponašanja povezuje naše želje sa mogućnostima, našu ličnost sa situacijama i navodi kanonske principe racionalnosti, kao i brojna kršenja tih kanona baziranih, pre svega, na empirijskim istraživanjima biheviornalnih ekonomista i kognitivnih psihologa. Ovaj deo obiluje brojnim interesantnim primerima iracionalnog ponašanja (poput: *paradoksa glasanja, prokletstva pobednika, srljanja u osvetu, zanemarivanja efikasnosti* itd.), koji će sigurno privući pažnju potencijalnih čitalaca. Autor sistematizuje poznate alternative teoriji racionalnog izbora (od kojih su najkorišćenije *teorija odbojnosti prema gubitku* i *hiperboličko diskontovanje*), pri čemu još jednom naglašava ulogu *emocija* koje, izazivanjem neodložnosti, najčešće generišu naše iracionalno ponašanje. Konačno, autor nudi i brojne odgovore na našu iracionalnost, poput druge najbolje racionalnosti (strategije predostrožnosti), unutarpsihičkih strategija (vezivanja

izbora ili korišćenja jednog oblika iracionalnosti u borbi protiv drugog), do vanpsihičkih strategija (koje se svode na predobavezivanje).

Četvrti deo knjige koji nosi naziv „Lekcije iz prirodnih nauka” (str. 303–342) otkriva još nekoliko zanimljivih ideja autora. Prvo, Elster je pobornik redukcije naučnih disciplina, odnosno objašnjenja pojave koja se nalazi na jednom nivou u hijerarhiji nauka pojavom nižeg nivoa. Tako autor iznosi tezu da je discipline, poput: sociologije, ekonomije, političkih nauka i antropologije, moguće redukovati na psihologiju. Zatim, izvodi dalju redukciju psihologije na biologiju, biologije na hemiju itd. Redukcija je, prema Elsteru, *motor napretka nauke*, osim ako nije reč o „preuranjenom”, „sirovom” ili „spekulativnom” redukcionizmu (str. 304). Elster navodi i neka saznanja iz neuronauke i fiziologije (kao relevantne biološke discipline) kojima se mogu objasniti fenomeni straha, poverenja i „preuranjenog zaključivanja”. Naglasimo i to da se on oštro suprotstavlja upotrebi teorije prirodne selekcije kao *analogije* društvenih fenomena, za razliku od *redukcije* koja je moguća. Inače, za razumevanje teorije prirodne selekcije, koja je izložena u glavi 16 ovog dela knjige, potrebno je i određeno predznanje iz prirodnih, pre svega, bioloških nauka.

U poslednjem delu knjige „Interakcija” (str. 343–487) autor iskazuje poštovanje prema nalazima *teorije igara* u objašnjenju društvenog ponašanja. Ovaj deo započinje opservacijom nenameravanih posledica individualnog ponašanja, a potom prelazi na nenameravane posledice interakcije pojedinaca uz navođenja određenih primera poznatih autora poput Karla Marksa ili Adama Smita. Potom prelazi na srž teorije igara – *stratešku interakciju*, uz prikaz nekih standardnih igara sa simultanim izborima, kao što su zatvorenikova dilema, lov na jelena i igra kukavice, i poteznih igara, kao što je sukob dveju vojski na granici svojih država. Ovaj deo knjige posebno je interesantan zbog objašnjenja mehanizama *kolektivnog delanja* i *kolektivnog odlučivanja* (raspravljanja, pregovaranja i glasanja) – tema koje se, pre svega, obrađuju u teoriji političkih nauka.

U Zaključku (str. 489–511) autor postavlja ključno pitanje: *Da li je društvena nauka moguća?* Odgovarajući na to pitanje on prvo postavlja kriterijume šta se smatra naukom, a potom kritički ocenjuje meke, kvalitativne i kvantitativne društvene nauke. Kao pobornik kvalitativne društvene nauke, Elster u potpunosti odbacuje meku društvenu nauku (postmodernizam, postkolonijalnu teoriju, dekonstruktivizam, klajnijansku psihoanalizu i druge pravce), smatrajući je pseudoteorijom

i optužujući je za „meki opskurantizam”. Kada je reč o kvantitativnoj društvenoj nauci, Elster ukazuje na određena ograničenja sa kojima se suočava. Od tri varijeteta kvantitativne društvene nauke (merenje, analiza podataka i modelovanje), autor se, zbog nedovoljnog poznavanja prva dva, usmerio na kritiku modelovanja, koje se često koristi u ekonomskoj nauci. Suština njegove kritike jeste da pojedini ekonomski teoretičari ne uzimaju u obzir kršenja kanonskih principa racionalnosti i tako svoje modele udaljavaju od stvarnosti. Elster čak koristi i termin „ekonomska naučna fantastika” u pokušaju objašnjenja ove tendencije u društvenoj nauci. Naposletku, ovaj autor budućnost društvene nauke ne sagledava ružičastim naočarima s obzirom na to da društveno ponašanje karakteriše *nedeterminisanost*. Jednostavno, ljudska priroda toliko je nestalna i složena, da je, prema mišljenju Elstera, nemoguće doseći taj nivo determinisanosti kakav postoji u prirodnim naukama.

Knjiga *Kako objasniti društveno ponašanje: još matica i šrafova za društvene nauke* autora Jona Elstera namenjena je, pre svega, istinskim zaljubljenicima u nauku i naučni rezon, ma iz koje naučne oblasti da dolaze. Budući da je uglavnom napisana razumljivim stilom, sa obiljem primera, ona može biti pogodna svima koji su zainteresovani da shvate ponašanje pojedinaca u različitim društvenim situacijama. Ako ni zbog čega drugog, treba je pročitati zbog praktičnih saveta kako osvestiti i korigovati *iracionalno ponašanje*, koje nam, toliko puta, nanosi štetu u svakodnevnom životu. Elster je majstorski osvetlio racionalno ponašanje i *odstupanja od istog*, tako da je knjiga preporučljiva i onim teoretičarima (pre svega iz ekonomske oblasti) koji zdušno veruju u racionalni izbor. U tom smislu, knjiga Jona Elstera može biti pravo prosvetljenje!



**Dr Filip Mirić\***

*Stručni saradnik za nastavu Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Nišu*

prikaz

*Rad primljen: 25.03.2016.  
Rad prihvaćen: 18.04.2016.*

Dr Saša S. Knežević, „*Maloletničko krivično pravo (materijalno, procesno i izvršno)*“, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2010.

Monografija „*Maloletničko krivično pravo (materijalno, procesno i izvršno)*“ autora prof. dr Saše Kneževića rezultat je rada na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu „Pristup pravosuđu – instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije“ (broj 149043D), koji je finansiran od strane Ministarstva za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

Ova monografija je rezultat težnje autora da se krivičnopravni položaj maloletnika sagleda u celini, uključujući njegov materijalnopravni, procesni i izvršni aspekt. Ovakav pristup je nužan, imajući u vidu značaj koji maloletničko krivično pravo ima kao autonomni deo krivičnog prava. U fokusu pažnje autora jesu odredbe Zakona o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica („Službeni glasnik Republike Srbije“ br. 85/2005). Navedeni zakonski tekst je osnovni izvor maloletničkog krivičnog prava u Republici Srbiji. Autor posvećuje pažnju i relevantnim podzakonskim pravnim aktima. Pronalaženju adekvatnog društvenog i pravnog odgovora na maloletničko prestupništvo doprinosi i detaljan prikaz uporednopravnih zakonskih rešenja.

Monografija se sastoji iz četiri logički povezana dela. U prvom delu je obrađena materija materijalnog krivičnog prava. Najpre je prikazan kratak istorijski razvoj krivičnopravnog položaja maloletnika u Srbiji, da bi se zatim posvetila pažnja krivičnim sankcijama koje se mogu izreći maloletnim učinocima krivičnih dela (vaspitnim merama, merama bezbednosti i kazni maloletničkog zatvora).

Drugi deo monografije je posvećen procesnom aspektu zaštite od maloletničkog prestupništva. U ovom delu je analiziran krivični

---

\* filip@prafak.ni.ac.rs

postupak prema maloletnicima, njegovi subjekti načela i tok. Posveđena je pažnja sistemu redovnih i vanrednih pravnih lekova u krivičnom postupku prema maloletnicima. Zanimljivo je da je autor prilikom analize arhitektonike krivičnog postupka prema maloletnicima komparativnom metodom ukazivao na prednosti i nedostatke pojedinih inostranih zakonski rešenja, što će svakako biti od koristi i zakonodavcu u procesu reforme maloletničkog krivičnog zakonodavstva.

U trećem delu rada je sagledan postupak izvršenja maloletničkih krivičnih sankcija. Detaljno je obrađen postupak izvršenja vaspitnih mera, mera bezbednosti i kazne maloletničkog zatvora, kao jedine kazne u sistemu maloletničkih krivičnih sankcija.

Dosledno prateći sistematiku Zakona o maloletnim u činiocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, autor u četvrtom delu monografije pažnju usmerava na analizu procesnih i vanprocesnih mehanizama za zaštitu maloletnih oštećenih, pa je sasvim jasno da monografija ima i viktimološki značaj.

Jezgrovit i jasan stil pisanja doprinosi kvalitetu monografije. Autor je složene pravne pojmove i institute vešto i precizno objasnio, tako da oni postanu sasvim razumljivi i čitaocima koji po obrazovanju nisu pravnici, što je još jedan poseban kvalitet ove monografije. U radu je korišćena obimna krivičnopravna literatura čiji detaljan popis dat na kraju monografije čitaocima omogućava da dodatno prošire svoja znanja iz oblasti maloletničkog krivičnog prava.

U monografiji „*Maloletničko krivično pravo (materijalno, procesno i izvršno)*“ autora prof. dr Saše Kneževića na jedinstven način su obrađena sva važna pitanja od značaja za krivičnopravni položaj maloletnika i u njoj se mogu naći predlozi za rešavanje brojnih teorijskih, ali i praktičnih problema. Zbog toga je ova monografija od koristi svima koji se u svom profesionalnom radu suočavaju sa problemom maloletničkog prestupništva.

Iako je monografija „*Maloletničko krivično pravo (materijalno, procesno i izvršno)*“ objavljena 2010. godine, čini se da su problemi kojima se autor u njoj bavi aktuelni i danas imajući u vidu najavljenju reformu maloletničkog krivičnog zakonodavstva u Republici Srbiji.

# IV IN MEMORIAM

---

---





**Ivan Ilić,\***  
*Asistent Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Nišu*

in memoriam

*Rad primljen: 03.04.2016.  
Rad prihvaćen: 18.04.2016.*

## **IN MEMORIAM: PROF. DR ČEDOMIR STEVANOVIĆ (1928-2016)**

Dana 18.3.2016. godine napustio nas je naš istaknuti nastavnik, prof. dr Čedomir Stevanović, redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu u penziji. Tokom više od tri decenije rada ostavio je neizbrisiv trag u akademskoj zajednici.

Rođen je 3.4.1928. godine u selu Mrveš, u opštini Bojnik. Srednju školu je završio u Leskovcu 1949. godine. Višu školu UDB-e je završio u Beogradu 1952. godine, a Pravni fakultet u Beogradu 1961. godine. Magistarske studije je završio na Pravnom fakultetu u Zagrebu 1965. godine. Odbranio je magistarsku tezu na temu „Ponavljanje krivičnog postupka–teoretska pitanja i primena ove ustanove u okružnim sudovima Jugoistočne Srbije“. Doktorsku disertaciju na temu „Iskaz veštaka u krivičnom postupku“ odbranio je na Pravnom fakultetu u Ljubljani 1973. godine.

U periodu od 1952. do 1962. godine radio je u resoru unutrašnjih poslova u Nišu. Iste godine je izabran za asistenta na predmetu Krivično procesno pravo sa kriminalistikom. Za predavača na istom predmetu je izabran 1968. godine, za docenta 1973. godine, za vanrednog profesora pet godina kasnije, a za redovnog profesora izabran je 1983. godine. Na Pravnom fakultetu u Nišu radio je u zvanju redovnog profesora do 1993. godine. Bio je dugogodišnji šef Katedre za krivičnopravne nauke. Obavljao je funkciju dekana Pravnog fakulteta u Nišu u dva mandata, u periodu 1983–1984. i 1990–1992, kao i funkciju prodekana. U periodu 1981–1982. godine obavljao je poslove urednika Zbornika radova Pravnog fakulteta u Nišu.

Profesor Stevanović je autor 14 monografija. Pretežno je reč o udžbenicima iz Krivičnog procesnog prava, od kojih su novije rađene u koautorstvu sa prof. dr Vojislavom Đurđićem. Tokom bogate akademske karijere profesor Stevanović je objavio 15 naučnih članaka, najvećim delom u naučnom časopisu Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu.

Dominiraju teme o učešću građana u suđenju, u krivičnom postupku, ponavljanju krivičnog postupka, ulozi organa unutrašnjih poslova u krivičnom postupku, iskazu veštaka kao dokaznom sredstvu, kao i kontroli zakonitosti sudskih odluka. U naučnim i stručnim krugovima prof. Stevanović uvažavan je kao izuzetan stručnjak.

Profesor Stevanović je mnogim generacijama studenata uspešno prenosio znanja iz teorije krivičnog postupka. Odlikovao se dobrotom, humanošću i znanjem, čime je među studentima uživao autoritet profesora i pedagoga. Važio je za strogog, ali pravičnog ispitivača. Usled kolegijalnosti, principijelnosti i privrženost akademskim normama bio je izuzetno cenjen među nastavnicima i saradnicima. Svojim radom, postupcima i rezultatima čuvao je dostojanstvo svojih koleginica i kolega, kao i ustanove u kojoj je proveo radni vek. Učestvujući u nastanku i razvoju Pravnog fakulteta u Nišu, značajno je doprineo jačanju ugleda i utiranju puta ove visokoškolske akademske ustanove, a na planu krivičnog procesnog prava postavio osnove niške škole teorije krivičnog postupka.

Zbog svega što je ostvario tokom duge i bogate akademske karijere, profesor Čedomir Stevanović će ostati u sećanju kao odgovoran naučni radnik, odličan profesor i pedagog, a svojim kolegama kao pravi i iskreni prijatelj.

V RADOVI STUDENATA  
DOKTORSKIH STUDIJA

---



## **REŠAVANJE SPOROVA PRED SVETSKOM TRGOVINSKOM ORGANIZACIJOM I GRANICE MERODAVNOG PRAVA\*\***

**Apstrakt:** Sistem rešavanja sporova u okviru Svetske trgovinske organizacije (STO) ekskluzivno je orijentisan ka zaštiti prava koja proizlaze iz „obuhvaćenih sporazuma“. Jedno od pitanja oko kojeg se polemíše u akademskoj javnosti odnosi se na relevantnost tzv. „spoljašnjih“ izvora prava, odnosno na kompetenciju sudećih tela STO (panela i Apelacionog tela) da primene izvore koji se nalaze izvan pravnog sistema STO. U okviru svoje prakse ova tela su isticala da obuhvaćeni sporazumi predstavljaju jedino pravo koje je merodavno u postupku rešavanja sporova. Pri istom stavu su i određeni autori koji se bave ovom materijom. Međutim, postoje i drugi autori koji zagovaraju fleksibilniji pristup u pogledu primene spoljašnjih izvora međunarodnog prava. U akademskoj i stručnoj javnosti se sve više insistira na tome da organi STO moraju uzimati u obzir „nove dimenzije međunarodne trgovine“, kao što su zaštita životne sredine i ljudska prava. Iako suštinski „samodovoljan“ i zatvoren, pravni sistem STO nije u potpunosti podoban za primenu koja je izolovana od ostalih normi međunarodnog prava. Međutim, ova konstatacija se mora uzeti sa rezervom, jer se samo na taj način može obezbediti sigurnost i predvidivost multilateralnog trgovinskog sistema olićenog u STO. Stoga je neophodno ustanoviti jasne granice i situacije u kojima je potrebna (pa i nužna) interakcija sa spoljašnjim pravom.

**Ključne reči:** Svetska trgovinska organizacija, sistem rešavanja sporova, merodavno pravo, ljudska prava.

---

\* uros@prafak.ni.ac.rs

\*\* Članak predstavlja rezultat istra živanja na projekt u „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ (evidencioni broj 179046), koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

## 1. Uvod

Pregovori tokom Urugvajске runde, koji su trajali od 1986. do 1994. godine, rezultirali su osnivanjem Svetske trgovinske organizacije – STO (*World Trade Organization – WTO*), koja je počela sa radom 1. januara 1995. godine. Uporedo sa osnivanjem STO došlo je do uspostavljanja čitavog paketa sporazuma u okviru ove organizacije. Pravni sistem STO predstavlja regulatorni okvir međunarodne trgovine, čija se stabilnost i rast obezbeđuju brojnim normama i principima sadržanim u pravu STO, kao i efikasnim sistemom rešavanja sporova.

U okviru Sporazuma o osnivanju STO, donet je i Dogovor o pravilima i procedurama za rešavanje sporova (eng. *Dispute Settlement Understanding – DSU*) kao deo Završnog akta Urugvajске runde. *DSU* predstavlja osnovni izvor prava za rešavanje sporova u okviru STO i uvodi krupne reforme u dotadašnji multilateralni sistem rešavanja međudržavnih trgovinskih sporova u okviru Opšteg sporazuma o carinama i trgovini – *GATT* 1947, koji se primenjivao od 1947. do 1994. godine.

Mehanizam koji *DSU* uspostavlja smatra se najvažnijim aspektom i najznačajnijim dostignućem transformacije *GATT*-a 1947 u STO. Mnogi ga nazivaju „draguljem u kruni“ STO i predstavljaju kao trijumf legalizma nad politikom u međunarodnim odnosima (Zdravković, 2015: 205). Odluke o sporovima se zasnivaju na pravnim, a ne na političkim i diplomatskim osnovama. U literaturi se ovaj koncept označava kao „*rule oriented approach*“. Sudeća tela STO (paneli i Apelaciono telo) imaju jedino mandat da utvrde da li je neka mera nesaglasna sa određenom normom STO sporazuma i da u skladu sa tim utvrde svoje preporuke. Kao značajna osobina ovog sistema navodi se i njegov multilateralni karakter: sporovi su u osnovi bilateralni, ali se moraju rešavati posredstvom multilateralnog foruma.

U kontekstu prava STO, osnov spora predstavlja nepoštovanje odredbi koje su sadržane u njenim obuhvaćenim sporazumima. Na taj način, država „prekršilac“ koristi beneficije otvorenog tržišta partnera, dok istovremeno štiti svoje tržište stvarajući barijere koje onemogućavaju istovrsne beneficije za partnera. Motivi za kršenje obaveze mogu biti razni, a najčešće se radi o zaštiti domaće industrije od konkurencije iz uvoza ili izvoznog promociji sopstvene industrije (Zdravković, 2014:257).

Jedno od ključnih pitanja kada se govori o pristupu pravdi i pravnoj zaštiti u okviru bilo kojeg pravnog sistema (nacionalnog, međunarodnog, nadnacionalnog), odnosi se na to do kojih granica se prostiru norme na

koje se tražilac pravne zaštite može pozivati. Pitanje merodavnog prava je od suštinske važnosti kada se radi o pristupu pravdi i pravnoj zaštiti u okviru STO, jer ono opredeljuje pitanja koja se mogu rešavati u okviru STO sistema.

Autor u ovom radu analizira probleme u vezi sa merodavnim pravom koje su paneli i Apelaciono telo (AT) nadležni da primenjuju prilikom rešavanja sporova između članica STO. Dilema, koja se javlja u akademskoj zajednici odnosi se na to da li sudeća tela STO imaju nadležnost da primene pravne izvore koji se nalaze izvan zaokruženog normativnog sistema STO. Takođe, javlja se i pitanje da li se tzv. „spoljašnji izvori“ mogu primeniti prilikom odlučivanja o meritumu spora ili njihovo dejstvo treba da bude uže, tj. da poseduje svojstvo „pomoćnog sredstva“ u tumačenju normi iz sporazuma STO. Autor čini poseban osvrt i na merodavnost normi koje pripadaju korpusu ljudskih prava u situacijama kada se one mogu dovesti u vezu sa rešavanjem sporova pred STO.

## **2. Obuhvaćeni sporazumi (eng. „covered agreements“)**

Sistem prava STO je vrlo kompleksan. Sadrži čitav niz sporazuma, ministarskih deklaracija, odluka i memoranduma, kao i dodatnih obaveza pojedinih država članica. Prema proceni, ovi izvori obuhvataju preko 30.000 stranica teksta (Ćirić, 2010: 281). Međutim, članica STO ne može posredstvom mehanizma rešavanja sporova tražiti zaštitu prava i interesa koji proizlaze iz svih njenih izvora. U smislu navedenog, sistem prava STO se može podeliti na dve ključne kategorije: a) na obuhvaćene sporazume i b) na druge sporazume, dokumente i pravne tekstove. Osnov ove podele leži u postojanju kompetencije Organa za rešavanje sporova (ORS) da rešava sporove proistekle iz njihove primene. Sa jedne strane su sporazumi čija primena može biti predmet rešavanja pred ORS, a sa druge sporazumi i dokumenti koji su doneti pod okriljem STO, ali radi čije primene se ne može pokrenuti postupak pred ORS. Prvu grupu izvora čine obuhvaćeni sporazumi, koji se označavaju kao izvori prava STO u užem smislu.

Sistem rešavanja sporova u okviru STO ekskluzivno je orijentisan ka zaštiti prava koja proizlaze iz obuhvaćenih sporazuma i tu nema značajnih dilema. U prvoj rečenici člana I(1) DSU navodi se: „Pravila i procedure ovog Sporazuma primenjivaće se na sporove iznete na osnovu odredbi o konsultacijama i rešavanju sporova koje su sadržane u sporazuma navedenim u Apendiksu 1 ovog Sporazuma“. Dakle, prema članu I(1) DSU, u okviru mehanizma predviđenim ovim Sporazumom mogu se rešavati

svi sporovi koji proističu iz primene sporazuma zaključenih u okviru STO (obuhvaćeni sporazumi, eng. „covered agreements“) (Cvetković, 2006: 664). Ovi sporazumi su listom navedeni u Apendiksu 1 *DSU*.<sup>1</sup> U slučaju spora oko pitanja da li se neki sporazum smatra „obuhvaćenim“ u smislu *DSU*, nadležnost da donese konačnu odluku o tome ima Ministarska konferencija kao vrhovni organ STO.<sup>2</sup>

Drugu grupu čine izvori prava STO u širem smislu, koji se u literaturi označavaju i kao „interpretativni sporazumi“, jer su doneti kao pomoćni izvori radi interpretacije STO sporazuma u užem smislu (Cvetković, 2009: 143). Ovi izvori ne sadrže prava i obaveze koje mogu biti predmet zaštite u okviru *DSU* mehanizma.

### **3. Izvori izvan pravnog sistema STO**

#### ***3.1. O jurisdikciji sudećih tela STO u pogledu primene spoljašnjih izvora***

##### *3.1.1. Striktna koncepcija*

Jedno od osnovnih pitanja oko kojeg se polemiše u akademskoj javnosti odnosi se na relevantnost tzv. „spoljašnjih“ izvora prava, odnosno na kompetenciju sudećih tela STO da prilikom odlučivanja o postojanju povrede neke obaveze primene izvore koji se nalaze izvan pravnog sistema STO. Polemike u vezi sa ovim fundamentalnim pitanjem mogu izazivati određene nedoumice kod naučne i stručne javnosti. Stoga, radi stabilnog i predvidivog funkcionisanja STO, neophodno je jasno definisati liniju razgraničenja između izvora koji se mogu primenjivati i tumačiti od strane sudećih tela ove organizacije i izvora koji za to nisu podobni.

---

1 Sporazumi obuhvaćeni Apendiksom 1 *DSU* su: (A) Sporazum o osnivanju STO; (B) Multilateralni trgovinski sporazumi: Aneks 1A Multilateralni sporazumi o trgovini robom (*GATT* i sektoralni sporazumi); Aneks 1B Opšti sporazum o trgovini uslugama (*General Agreement on Trade in Services – GATS*); Aneks 1C: Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS*); Aneks 2: Dogovor o pravilima i procedurama za rešavanje sporova (*DSU*) (C) Pluralni trgovinski sporazumi: Aneks 4 Sporazum o trgovini civilnim vazduhoplovima; Sporazum o javnim nabavkama; Međunarodni sporazum o mleku i mlečnim proizvodima (presta da se primenjuje 1.1.1998. godine); Međunarodni sporazum o govedini (presta da se primenjuje 1.1.1998. godine).

Za razliku od multilateralnih sporazuma, uslov za primenu *DSU* u odnosu na plurilateralne sporazume je saglasnost svih potpisnika plurilateralnog sporazuma (videti Apendiks 1, tač.2 *DSU*).

2 Videti član IX(2) Sporazuma o osnivanju STO.



Svaka dvosmislenost i nelogičnost oko njihovog međusobnog odnosa može uticati na stvaranje brojnih problema, ne samo u okviru STO sistema nego i u odnosima između STO i drugih univerzalnih i regionalnih međunarodnih organizacija. Predupređivanje mogućih nejasnoća je i osnovni razlog zbog čega su redaktori *DSU* bili u velikoj meri precizni prilikom definisanja jurisdikcije sudećih tela u pogledu primene prava. Ipak, na osnovu analize radova autora koji se bave odnosom prava STO i drugih izvora međunarodnog prava, dolazi se do zaključka da u akademskoj javnosti ne postoji saglasnost povodom ovog pitanja.

Centralna dilema je do kog stepena paneli i AT mogu odlučivati o pitanjima koja nisu u direktnoj vezi sa obuhvaćenim sporazumima, niti spadaju u širi korpus pravnog sistema STO. Zapravo, radi se o raspravi povodom kompetencije sudećih tela STO da odlučuju o svim aspektima spora, a ne samo o pitanjima koja direktno proizlaze iz obuhvaćenih sporazuma (Schoenbaum, 1998: 652). Da bi se dao odgovor na ovo pitanje neophodno je analizirati praksu ORS i odgovarajuću akademsku doktrinu.

Kada je u pitanju praksa ORS, stvar je, barem za sada, jasna. Sudeća tela STO i ORS su, kada god bi im se ukazala prilika, isticali da obuhvaćeni sporazumi predstavljaju jedino pravo koje je relevantno i merodavno u postupku rešavanja sporova. Zbog toga su više puta odbijali da primene norme izvan striktnih linija koje ovičavaju pravni sistem STO. Tako je panel, postupajući u sporu *Mexico – Soft Drinks*<sup>3</sup>, naveo da „bilo koji nalaz ovog panela, kao i zaključci i preporuke koje donese u ovom sporu, odnose se jedino na prava i obaveze Meksika na osnovu STO obuhvaćenih sporazuma, a ne na prava i obaveze ove države na osnovu drugih međunarodnih sporazuma, poput NAFTA<sup>4</sup> ili drugih pravila međunarodnog prava“.<sup>5</sup> Isti stavovi kada su u pitanju „spoljašnji“ izvori prava mogu se naći i u drugim izveštajima koje je usvojio ORS.<sup>6</sup>

---

3 *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WT/DS308/R, adopted 24 March

2006, as modified by Appellate Body Report WT/DS308/AB/R, DSR 2006: I, 43.

4 Severnoamerički sporazum o slobodnoj trgovini (e. *North American Free Trade Agreement*).

5 Para. 7.15. Izveštaja.

6 Videti Izveštaj AT u sporu: *European Communities – Measures Affecting the Importation of Certain Poultry Products*, WT/DS69/AB/R, adopted 23 July 1998, DSR 1998:V, 2031. Videti izveštaje postupajućih panela u sporovima: *European Communities – Measures Affecting Trade in Commercial Vessels*, WT/DS301/R, adopted 20 June 2005, DSR 2005:XV, 7713 (para. 7.131); *EC and certain member States – Large Civil Aircraft*, WT/DS316/R, 30 June 2010 (para. 7.89).

Određeni autori takođe smatraju da ORS ima isključivo jurisdikciju da primenjuje pravo iz obuhvaćenih sporazuma. Tako Trahtman u svojim radovima ističe da je jasno da STO mehanizam rešavanja sporova ne predstavlja „sud opšte jurisdikcije” sa kompetencijom da primenjuje celokupno međunarodno pravo (Trahtman, 1999: 338) i da su stoga STO sudeća tela *a priori* onemogućena da primenjuju pravo izvan STO sporazuma (Trahtman, 2004: 858). Prema njegovoj tvrdnji, nijedna od strana u sporu se ne može pozvati na norme međunarodnog prava izvan pravnog sistema ograničenog obuhvaćenim sporazumima. Potvrdu za svoje stavove ovaj autor pronalazi u relevantnim odredbama DSU. Prvo, član III(2) DSU predviđa da „*preporuke ORS ne mogu dodati ili umanjiti prava i obaveze utvrđene obuhvaćenim sporazumima*”. Trahtman tvrdi da bi značenje ove odredbe bilo „apsurdno” ukoliko bi ORS mogao da primenjuje pravo iz drugih izvora međunarodnog prava (Trahtman, 1999: 342). Autor dalje navodi da član VII DSU ograničava mandat panela na primenu samo onog prava koje proizlazi iz STO sporazuma. Konačno, član XI DSU konkretizuje funkciju panela, koja se, prema ovoj odredbi, sastoji u procenjivanju primene i usklađenosti nacionalnih mera sa obuhvaćenim sporazumima. Na osnovu analize teksta navedenih odredbi, koje često i na vrlo konkretan način upućuju na obuhvaćene sporazume kao merodavno pravo, Trahtman zaključuje da bi bilo neuobičajeno tumačiti da su osnivači STO imali nameru da pravo izvan normativnog sistema STO bude primenjivo (Trahtman, 1999: 342).

Neki drugi autori, kao na primer Buš, svoju tvrdnju da sudeća tela STO imaju isključivo mandat da primenjuju pravo iz obuhvaćenih sporazuma, potkrepljuju mišljenjima i preporukama ORS (Busch, 2007: 742).

### 3.1.2. Šire poimanje kompetencije

Pitanje merodavnog prava donekle komplikuju stavovi autora koji zagovaraju fleksibilniji pristup u pogledu primene spoljašnjih izvora međunarodnog prava. Oni ukazuju na grešku koja se pravi u poistovećivanju jurisdikcije ORS i merodavnog prava za konkretni spor. Zagovornici šireg pristupa ističu da činjenica da je jurisdikcija panela striktno ograničena na razmatranje tužbi povodom STO sporazuma, ne znači da pravo koje primenjuje panel mora biti odvojeno od „spoljašnjeg prava” (Pauwelyn, 2003a: 460; Marceau, 2001: 1081). Ovo važi ukoliko se radi o „mešovitim” sporovima, sa manje ili više dominantnom netrgovinskom materijom.

Paulin posmatra pravo STO kao tek jednu od grana, odnosno podsistema Međunarodnog javnog prava (Pauwelyn, 2003a: 25–26; Pauwelyn, 2001:

538). Navodi da STO ne predstavlja ni „zatvoreni pravni krug”, ni „samodovoljan” pravni sistem (Pauwelyn, 2003a: 35). Kao grana ili podsistem, pravo STO je u interakciji, odnosno mora biti u interakciji sa drugim granama i podsistemima Međunarodnog javnog prava, kao što su konvencije o ljudskim pravima ili međunarodni sporazumi o zaštiti životne sredine. Navodi i da određena norma međunarodnog prava može poslužiti kao opravdanje mere koja se osporava u okviru STO (Pauwelyn, 2003b: 997–998). Na osnovu ovih teza, autor zaključuje da merodavno pravo koje primenjuju paneli mora obuhvatiti sve relevantne norme međunarodnog prava koje su obavezujuće za strane u sporu.

Ostali zastupnici šireg gledišta svoje tvrdnje potkrepljuju i argumentom da član III(2) *DSU* nedvosmisleno upućuje na relevantna pravila međunarodnog prava, kao merodavna za interpretaciju prava STO. Ukazuje se i na izveštaj AT u sporu *US–Gasoline*<sup>7</sup>, gde je istaknuto da se *GATT* „ne može čitati u ‘kliničkoj izolaciji’ od međunarodnog javnog prava” (Graewert, 2008:295).

Još jedan predstavnik ovakvog mišljenja, Šonbaum, tvrdi da paneli i AT poseduju „implicitni autoritet” da rešavaju sve aspekte spora, a ne samo one koje su u vezi sa primenom obuhvaćenih sporazuma. Osnov ovakve implicitne moći autor pronalazi u delu teksta člana XI *DSU*, koji utvrđuje mandat panela i AT. Naime, jedan deo rečenice pomenute odredbe govori o zadatku panela i AT da „dođu do drugih nalaza kako bi pomogli *ORS-u* u izradi preporuka”. Šonbaum zaključuje da se ova rečenica treba šire tumačiti i da paneli i AT, posredstvom svog mandata da dolaze do „drugih nalaza”, poseduju ovlašćenje da ispituju i izvore izvan STO koji su relevantni za konkretni spor (Schoenbaum, 1998: 653).

Postoje i izbalansiranija mišljenja koja polaze od toga da pravo iz obuhvaćenih sporazuma treba da poseduje „privilegovani status” u slučaju sukoba sa spoljašnjim normama. Izvori izvan STO se mogu primeniti jedino ukoliko korespondiraju sa normama obuhvaćenih sporazuma, odnosno kada nema konflikta između odredbi. U slučaju konflikta pravo STO treba da ima primat (Bartels, 2001: 506–509).

Poslednjih godina STO je pod ozbiljnim pritiskom brojnih autoriteta kada su u pitanju granice primene njenog mehanizma za rešavanje sporova. Naime, u akademskoj i stručnoj javnosti se sve više insistira na tome da organi STO moraju uzimati u obzir „nove dimenzije međunarodne trgovine”, kao što su zaštita životne sredine i ljudska prava. Istina,

---

<sup>7</sup> *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1996, DSR 1996:I, 3.

malo ko može da porekne činjenicu da STO ima značajan politički i sociološki uticaj koji ide daleko izvan okvira pravno-tehničkog regulisanja međunarodne trgovine. Iako suštinski „samodovoljan“ i zatvoren, pravni sistem STO nije u potpunosti podoban za primenu koja je izolovana od ostalih normi međunarodnog prava. Pravila slobodne trgovine se stoga ne mogu pravno-politički izopštiti iz međunarodnog prava, već je međusobna interakcija neophodna (Lindroos, Mehling, 2006: 875). To je, uostalom, potvrdilo i samo AT u sporu *US-Gasoline*. Međutim, ova konstatacija se mora uzeti sa rezervom, jer se samo na taj način može obezbediti sigurnost i predvidivost multilateralnog trgovinskog sistema oličenog u STO. Stoga je neophodno ustanoviti jasne granice i situacije u kojima je potrebna (pa i nužna) interakcija sa spoljašnjim pravom.

### 3.2. Granice primene spoljašnjeg prava

Spoljašnji izvori, pre svega, mogu biti merodavni ukoliko su inkorporirani u pravni sistem STO. Neke STO odredbe uključuju spoljašnje norme iz pojedinih međunarodnih sporazuma koji su se primenjivali i pre osnivanja STO (Matsushita, Shoenbaum, Mavroidis, 2006: 69–79). Na taj način su određeni spoljašnji izvori postali sastavni deo prava STO, pa prava i obaveze koje sadrže mogu biti predmet rešavanja sporova pred STO organima. Primer takve inkorporacije se može naći u Sporazumu o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine (*TRIPS*) koji, između ostalog, svojom sadržinom usvaja odredbe Bernske, Pariske i Rimske konvencije, kojima se uređuju oblasti intelektualne svojine.

Drugi način na koji spoljašnji izvori mogu biti relevantni ogleda se u direktnom upućivanju STO odredbi na određene spoljašnje norme i dokumenta. Na primere direktnog upućivanja (eng. *explicit reference*) se nailazi u tekstu Sporazuma o sanitarnim i fitosanitarnim merama (*SPS*), Sporazuma o tehničkim preprekama u trgovini (*TBT*) i Sporazuma o subvencijama i kompenzatornim merama (*SSM*). Tako *SPS* upućuje na međunarodne standarde *Codex Alimentarius* Komisije, *TBT* na dokumente Međunarodne agencije za istraživanje kancera (*IARC*), dok *SCM* upućuje na Sporazum *OECD* o uputstvu za dodeljivanje državne podrške kreditima namenjenih izvozu. Za razliku od prava i obaveza sadržanih u spoljašnjim normama koje su inkorporirane u same tekstove obuhvaćenih sporazuma, prava i obaveze iz izvora na koje se samo upućuje ne mogu biti predmet spora, niti se njihova primena može obezbediti *DSU* mehanizmom. Oni,

dakle, nisu pravno obavezujući i služe samo kao vodiči za procenjivanje i sagledavanje različitih specifičnih STO obaveza (Pauwelyn, 2003a: 445).

Spoljašnji izvori mogu biti merodavni i u određenim specifičnim okolnostima, u kojima se procenjuje dopuštenost i opravdanost ograničavajućih trgovinskih mera. Osnov za njihovu primenu u tim situacijama predstavlja član XX *GATT*-a. Navedena odredba uređuje pravo članice da u određenim okolnostima odstupi od obaveza utvrđenih obuhvaćenim sporazumima ukoliko time štiti javne interese koji se smatraju značajnijim od interesa slobodne trgovine, kao i pod uslovom proporcionalnosti.<sup>8</sup> Ovdje se, pre svega, radi o zaštiti javnih interesa poput javnog zdravlja, javnog morala, očuvanja flore i faune, zaštitite iscrpljivih prirodnih resursa, očuvanja nacionalnog i umetničkog blaga i dr. Slične izuzetke predviđa i član XIV Opšteg sporazuma o trgovini uslugama (*GATS*). Kako bi utvrdili opravdanost određenih ograničavajućih mera preduzetih sa tim ciljevima, sudeća tela STO mogu uzeti u razmatranje i relevantne nacionalne i međunarodne izvore i dokumenta. Takav je, recimo, bio slučaj sa utvrđivanjem pojma „iscrpljivi prirodni resursi“ u sporu *US – Shrimp* (Oliveira, 2005: 21).<sup>9</sup>

Izvori izvan pravnog sistema STO mogu, takođe, biti relevantni u situacijama kada su paneli i AT u poziciji da primenjuju opšta pravila, običaje i principe međunarodnog prava. Opšta pravila, običaji i principi su u tom smislu značajni u kontekstu utvrđivanja brojnih pitanja, poput zastupanja države, kompetencije (pravo tribunala da odlučuje o sopstvenoj nadležnosti), tereta dokazivanja, odnosa *lex specialis–lex generalis*, procesne ekonomije, odgovornosti države i dr. Većina ovih pitanja poseduje proceduralni karakter, što može biti od značaja za mnoge segmente rešavanja sporova u okviru STO. Sa druge strane, ta pitanja su sa razlogom izostavljena iz pravnog regulisanja STO, jer je bilo logično da će paneli i AT u odnosu na njih primenjivati već ustaljena pravila, običaje i principe.

Najznačajnija funkcija spoljašnjih izvora se ogleda u pravilnoj interpretaciji obuhvaćenih sporazuma. Izvor koji je svakako u tom

---

8 Princip proporcionalnosti predviđa da mera kojom se ograničava sloboda trgovine mora biti podobna za zaštitu određenog javnog interesa, sa jedne strane, i da mora biti neophodna, tj. da ne postoji mera manjeg ograničavajućeg efekta kojom se takođe može postići zaštita istog javnog interesa, sa druge strane. Detaljnije o odredbi XX *GATT*-a i principu proporcionalnosti videti: (Cvetković, 2008: 692–705; Cvetković, 2010: 387–420).

9 *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998, DSR 1998: VII, 2755.

pogledu merodavan je Bečka konvencija o ugovornom pravu iz 1969. godine (eng. *Vienna Convention on the Law of Treaties*). Pošto se relevantnost ove Konvencije ogleda u tumačenju STO normi, od primarnog značaja su njene interpretativne odredbe. Interpretacija obuhvaćenih sporazuma je uređena članom II (2) DSU koji glasi: „*Sistem rešavanja sporova u STO je centralni elemenat koji obezbeđuje sigurnost i predvidivost multilateralnog trgovinskog sistema. Članice priznaju da on služi očuvanju prava i obaveza koje članicama pripadaju prema obuhvaćenim sporazumima, kao i razjašnjenju postojećih odredbi u tim sporazumima u skladu sa uobičajenim pravilima interpretacije međunarodnog javnog prava.....*“

Sporazum o osnivanju STO sa pripadajućim aneksima je po svojoj prirodi i svrsi *par excellence* međunarodni sporazum (Ćirić, Cvetković, 2010: 32), i pripada korupsu međunarodnog javnog prava. Stoga upućivanje koje vrši član II(2) DSU na uobičajena pravila interpretacije međunarodnog javnog prava prilikom razjašnjavanja prava i obaveza iz obuhvaćenih sporazuma jasno ukazuje da se Sporazum o osnivanju STO i ostali obuhvaćeni sporazumi ne mogu interpretirati i primenjivati u „kliničkoj izolaciji“ od međunarodnog javnog prava (Zdravković, Vasić, 2014: 174–175). Od samog početka rada eksperti u AT nisu imali dilemu u pogledu identifikacije relevantnih interpretativnih pravila prilikom tumačenja STO sporazuma. Praksa panela i AT, kao i doktrina, saglasni su da se pravila interpretacije sadržana u Bečkoj konvenciji o ugovornom pravu iz 1969. godine mogu *per se* primeniti i na STO sporazume (Cameron, Gray, 2001: 252; Lindroos, Mehling, 2006: 867) u svojstvu „uobičajenih pravila interpretacije“ (Zdravković, 2013: 465). Međutim, nije zanemarljiv ni značaj ostalih odredbi Konvencije, posebno kada su u pitanju određena opšta načela, principi i instituti međunarodnog prava, a koji mogu biti od značaja prilikom interpretacije pojedine norme i utvrđivanja prava i obaveza. Tako su se sudeća tela STO pozivala na principe Bečke konvencije poput *pacta sunt servanda*<sup>10</sup>, dobre vere<sup>11</sup> i zabrane retroaktivnosti.<sup>12</sup>

---

10 Videti Izveštaj Panela u sporu *Korea – Measures Affecting Government Procurement*, WT/DS163/R, adopted 19 June 2000, DSR 2000:VIII, 3541.

11 *Ibid.*

12 Videti Izveštaj AT u sporu *Brazil – Measures Affecting Desiccated Coconut* („Brazil – Desiccated Coconut“), WT/DS22/AB/R, adopted 20 March 1997, DSR 1997:I, 167, str. 15; Videti i izveštaje AT u sporovima: *Canada – Term of Patent Protection*, WT/DS170/AB/R, 18 September 2000, para. 71-72; *EC – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopted 13 February 1998, DSR 1998:I, 135,

#### 4. Rešavanje sporova u okviru STO i pravo ljudskih prava

Veza između ljudskih prava i prava STO može proisteći u slučaju konflikta normi ova dva pravna sistema, npr. u situaciji kada je određena mera u saglasnosti sa pravom STO, ali istovremeno krši ljudska prava. Takođe, može se desiti da jedna država primeni trgovinske sankcije prema drugoj sa ciljem vršenja pritiska na nju da poboljša stanje ljudskih prava na svojoj teritoriji (na primer putem zabrane uvoza nekog proizvoda u čijem je nastajanju učestvovala radna snaga nad kojom se primenjuje ograničenje slobode, prisilni rad ili dečija radna snaga) (Vásquez, 2003: 797; Zagel, 2004: 121). Tada takođe dolazi do konflikta sa normama STO, jer su trgovinske sankcije, ako se posmatraju samo iz ugla STO, nedozvoljene. Pitanje je, dakle, da li država može pred sudećim telima STO pravdavati primenu trgovinskih sankcija prema drugoj državi zaštitom ljudskih prava?<sup>13</sup>

Sudeća tela STO ne poseduju mandat, niti su kvalifikovana da odlučuju o postojanju povrede ljudskih prava. To se od njih ne može ni očekivati, već je na državama da se staraju istovremeno o poštovanju ljudskih prava i svojih obaveza iz STO (Marceau, 2002: 813–814).<sup>14</sup> I zvaničnici STO naglašavaju da je ona trgovinska, a ne organizacija za zaštitu ljudskih prava (Zagel, 2004: 123).<sup>15</sup>

Konsolidacija regulative ljudskih prava i regulative međunarodne trgovine još uvek nije lak zadatak. Norme ljudskih prava i norme međunarodne trgovine razvijale su se odvojeno. Sa druge strane, između ovih pravnih sistema postoji funkcionalna međuzavisnost, jer su se uspostavljali manje-više istovremeno i delili identičan cilj – unapređenje životnog standarda ljudi. Ova tendencija se može posmatrati kao „protivrečnost globalizacije“ koja probleme ljudskih prava ostavlja po strani kada reguliše ekonomske tokove (Shelton, 2002: 284). Pitanja ljudskih prava su odvojena od ekonomske regulative i međunarodne

---

para. 128; *European Communities – Trade Description of Sardines („EC – Sardines“)*, WT/DS231/AB/R, adopted 23 October 2002, DSR 2002:VIII, 3359, para. 200.

13 Ovakve mere se potencijalno označavaju kao „mere za zaštitu ljudskih prava sa trgovinskim dejstvom“ (eng: *Trade-related human rights measures*) i mogu predstavljati trgovinske sankcije ili trgovinske podsticaje koje su uslovljene ispunjenjem određenih standarda ljudskih prava. Detaljnije o ovome videti u: (Cvetković, Zdravković, 2011: 92–110).

14 Treba pomeniti i da se u praksi rešavanja sporova u okviru STO do sada nije pojavio slučaj koji se direktno ticao kršenja ljudskih prava.

15 Ni raniji *GATT* 1947 nije, a i STO danas ne određuje kriterijume demokratske vladavine i stanja ljudskih prava kao relevantne za prisupanje u članstvo.

trgovine i ova dva segmenta još uvek predstavljaju zasebne sisteme. Međunarodno pravo ljudskih prava ima za svoj cilj zaštitu ljudskih prava na globalnom nivou, a međunarodno trgovinsko pravo uređenje i regulisanje međunarodne trgovine, čiji je osnovni cilj profit. Međutim, poslednjih godina se sve više naglašava da ljudska prava treba da budu primarni cilj međunarodne trgovine i regulative koja se odnosi na tu oblast. Takav stav je izrazila i Potkomisija UN za zaštitu i promociju ljudskih prava (Shelton, 2002: 284). U brojnim dokumentima organizacija pri Ujedinjenim nacijama koje se bave ljudskim pravima ističe se neophodnost saradnje sa STO i njenim članicama kako bi se naznačila humana dimenzija slobodne trgovine i investicija, i kako bi se osiguralo da principi ljudskih prava i obaveze koje iz njih proizlaze budu uzeti u obzir prilikom trgovinskih pregovora u okviru STO.

### **5. Recapitulatio**

Pravo STO još uvek funkcioniše kao zatvoreni i „samodovoljni” sistem, a glavnu branu za „prodor” spoljašnjih izvora predstavljaju sudeća tela STO. To se, međutim, ne treba kritikovati. Sudeća tela STO imaju mandat i zadatak očuvanja pravnog sistema STO od spoljašnjih uticaja bez obzira na glasna zagovaranja dela akademske zajednice da spoljašnji izvori, uklju čujući i pravo ljudskih prava, moraju biti uzimani u obzir kao merodavni od strane sudećih tela. Osnovna funkcija sistema rešavanja sporova se ogleda u očuvanju sigurnosti i predvidivosti multilateralnog trgovinskog sistema pravno oličenog u STO.<sup>16</sup> Države su tokom višedecenijskih pregovora, počevši još od *GATT*-a 1947 pa do završetka Urugvajске runde, ulagale značajne napore kako bi takav sistem uspostavile. Zbog toga su osnivači STO i dodelili mandat i zadatak sudećim telima da rade na očuvanju takvog sistema. Iluzorno je i govoriti o postojanju bilo kakve, pa i najimplicitnije namere osnivača STO, da sudećim telima dodele mandat da odlučuju o njihovim pravima i obavezama koje ne proističu direktno iz obuhvaćenih sporazuma. Ukoliko bi se dozvolio nekontrolisani „upliv” spoljašnjih izvora prava u sistem rešavanja sporova pred STO, multilateralni trgovinski poredak više ne bi bio ni siguran, ni predvidiv, čime bi mehanizam rešavanja sporova izgubio svoju osnovu ulogu. To bi, na kraju, verovatno ugrozilo i postojanje same STO s obzirom na to da se od država ne može legitimno očekivati da dopuste da o njihovim pravima i obavezama, koje proizlaze iz svih sfera međunarodnog prava, odlučuju eksperti u sudećim telima STO.

---

16 Videti član III (2) *DSU*.



Pravni sistem STO je jedinstven, i na svetu ne postoji niti jedan drugi univerzalni normativni sistem oko kojeg je postignuta saglasnost u tako velikom stepenu u pogledu međusobnih prava i dužnosti država, a posebno u pogledu tako efikasnog, i na pravu zasnovanog, sistema rešavanja sporova. Zbog toga ga ne treba ugrožavati nastojanjima da treba da apsorbuje norme drugih međunarodnopravnih sistema. Sudeća tela STO za sada uspešno odolevaju pritiscima akademske sredine i uspevaju da očuvaju pravni sistem STO od prekomernih spoljašnjih uticaja.

Spoljašni izvori, ipak, mogu i moraju biti merodavni u određenim situacijama. Takođe, treba praviti i razliku između primene i konsultovanja spoljašnjih izvora prava. Sudeća tela STO ne mogu narušiti uspostavljeni balans prava i obaveza članica STO, ukoliko tokom rešavanja sporova konsultuju međunarodne sporazume, deklaracije, preporuke, dokumenta i druge izvore.

Od merodavnih spoljašnjih izvora imamo u vidu:

- a) izvore koji su inkorporirani u same tekstove obuhvaćenih sporazuma;
- b) izvore na koje norme obuhvaćenih sporazuma direktno upućuju;
- v) relevantne međunarodne i nacionalne izvore, kod procenjivanja opravdanosti ograničavajućih mera u skladu sa članovima XX *GATT* i XIV *GATS*;
- g) opšta pravila, običaje i principe međunarodnog prava proceduralnog karaktera;
- d) pravila međunarodnog prava koja uređuju interpretaciju međunarodnih ugovora.

Izvori navedeni pod g) i d) ne predstavljaju materijalno pravo, već imaju ulogu „vodiča“ za primenu materijalnog prava u obu hvaćenim sporazumima. Kao takvi, ovi izvori ne mogu ni imati veliki uticaj na ishod spora (Lindroos, Mehling, 2006: 876). Oni, zapravo, predstavljaju pravila na koja svaki međunarodnopravni sistem treba da se oslanja kako bi normalno funkcionisao. Takva pravila i principi se lako prilagođavaju različitim pravnim sistemima i pomažu im u sprovođenju materijalnopravnih normi.

Spoljašnji izvori se eventualno mogu primeniti i kao materijalno pravo u situacijama kada se odlučuje o opravdanosti ograničavajućih trgovinskih mera prilikom interpretacije članova XX *GATT* i XIV *GATS*. Do sada je najupečatljiviji slu čaj primene spoljašnjeg materijalnog prava zabeležen u sporu *US-Shrimp* gde se AT pozvalo na nekoliko

multilateralnih sporazuma o zaštiti životne sredine kada je procenjivalo opravdanost mera u skladu sa članom XX *GATT*.<sup>17</sup>

Opšta, fundamentalna pitanja međunarodnog prava, poput ljudskih prava se za sada mogu povezivati sa pravnim normama STO jedino na akademskom nivou.

## Literatura

- Bartels, L. (2001). Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings. *Journal of World Trade*. Vol. 35(3). 499–519
- Busch, M. L. (2007). Overlapping Institutions, Forum Shopping, and Dispute Settlement in International Trade. *International Organization*. 61 (4). 735–761
- Vásquez, C. M. (2003). Trade Sanctions and Human Rights – Past, Present, and Future. *Journal of International Economic Law*. Vol.6. 797–839
- Graewert, T. (2008). Conflicting Laws and Jurisdictions in the Dispute Settlement Process of Regional Trade Agreements and the WTO. *Contemporary Asia Arbitration Journal*. 1(2). 287–334
- Zagel, G. (2004). The WTO and Trade-Related Human Rights Measures: Trade Sanctions vs. Trade Incentives. *Austrian Review of International and European Law*. Vol.9(1). 119–159
- Zdravković, U. (2015). Multilateralni sistem rešavanja međudržavnih trgovinskih sporova od *GATT*-a 1947 do osnivanja Svetske trgovinske organizacije. *Strani pravni život*. Br. 3/2015. 199–212
- Zdravković, U. (2014). O uzrocima i karakteristikama sporova u okviru Svetske trgovinske organizacije. *Pravo i privreda*. Br. 7–9. 254–268
- Zdravković, U., Vasić, A. (2014). Mehanizam rešavanja sporova u funkciji interpretacije prava Svetske trgovinske organizacije. U Stanojević, P. (Ured.). *Pravo i društvena stvarnost : naučni skup sa međunarodnim učešćem*. Sv. 1. Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet. 174–175
- Zdravković, U. (2013). Uloga interpretativnih pravila Bečke konvencije o ugovornom pravu iz 1969. godine u rešavanju sporova pred Svetskom trgovinskom organizacijom. U Dimitrijević, P. (Ured.). *Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru: tematski zbornik radova*. Knj. 3. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta. 463–478

---

17 Videti para. 130 Izveštaja.

Lindroos, A. Mehling, M. (2006). Dispelling the Chimera of 'Self-Contained Regimes' International Law and the WTO. *The European Journal of International Law*. Vol. 16 no.5. 857–877

Marceau, G. (2002). WTO Dispute Settlement and Human Rights. *European Journal of International Law*. Vol. 30, No.4. 753–814

Marceau, G. (2001). Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties. *Journal of World Trade*. 35(6). 1081–1131

Matsushita, M. Shoenbaum, T. Mavroidis, P. (2006). *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*. New York: Oxford University Press

Oliveira, B. (2005). *The Relation Between WTO Law and Public International Law: The applicable law in Dispute Settlement at the WTO*. London: University College London

Pauwelyn, J. (2003a). *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*. New York: Cambridge University Press

Pauwelyn, J. (2003b). How to Win a World Trade Organisation Dispute Based on Non-World Trade Organisation Law? Questions of Jurisdiction and Merits. *Journal of World Trade*. 37(6). 997–1030

Pauwelyn, J. (2001). The Role of Public International Law in WTO: How far can we go? *The American Journal of International Law*. Vol.95. 535–578

Shelton, D. (2002). Protecting Human Rights in a Globalized World. *Boston College International and Comparative Law Review*. Vol. 25, Iss. 2. 273–322

Schoenbaum, T. (1998). WTO Dispute Settlement: Praise and Suggestions for Reform. *International and Comparative Law Quarterly* . Volume 47 Issue 03. 647–658

Trachtman, J. P. (2004). Recent Books on International Law (reviewing Joost Pauwelyn, Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law). *American Journal on International Law*. 98(4). 855–861

Trachtman, J. P. (1999). The Domain of WTO Dispute Resolution. *Harvard International Law Journal*. No.40. 333 – 378

Čirić, A. (2010). *Međunarodno trgovinsko pravo – Opšti deo*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta

Ćirić, A., Cvetković, P. (2010). Princip dobre vere u pravu Svetske trgovinske organizacije. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. Br. 55. 29-46

Cvetković, P., Zdravković, U. (2011). Mogućnost primene trgovinskih sankcija u skladu sa pravom Svetske trgovinske organizacije kao načina suzbijanja trgovine ljudima i drugih oblika savremenog ropstva. U Dimitrijević, P, Kostić, M i Knežević, S. (Ured.). *Trgovina ljudima: pravna zaštita u međunarodnim i nacionalnim okvirima*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

Cvetković, P. (2010). Ostvarivanje ravnoteže između načela slobode trgovine i javnopravnih interesa: primer prava Svetske trgovinske organizacije. U Petrović, M. i Stojanović, N. (Ured.). *Aktuelne tendencije u razvoju i primeni evropskog kontinentalnog prava*. Sv. 2. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta. 387-420

Cvetković, P. (2009). Izvori prava Svetske trgovinske organizacije i njihov značaj za države u tranziciji. U Božić, M. i Golubović, S. (Ured.). *Balkan u procesu evrointegracije: 20 godina tranzicije* (Edicija Balkanske studije; knj. 4). Niš: Filozofski fakultet u Nišu, 137–161

Cvetković, P. (2008). Princip proporcionalnosti u pravu WTO: primer člana XX GATT-a. *Pravo i privreda*. Br. 5–8. 692–705

Cvetković, P. (2006). Sistem rešavanja sporova u okviru Svetske trgovinske organizacije. *Pravo i privreda*. Br. 5–8. 2006. 659–675

Cameron, J., Gray, K. R. (2001). Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body. *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 50. 2001. 248–298

**Uroš Zdravković, LL.B.**

Teaching Assistant

Faculty of Law, University of Niš

## **DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM UNDER THE WORLD TRADE ORGANIZATION AND BORDERLINES OF APPLICABLE LAW**

### **Summary**

*The question of applicable law is of essence in discussing access to justice and legal protection under the WTO dispute settlement system because it determines which disputes are suitable for resolving under the WTO framework.*

*The WTO dispute settlement system is primarily oriented towards protection of rights under the covered agreements. One of the central problem in this discussion is the competence of the WTO judicial bodies (panels and the Appellate Body) to resolve disputes concerning rights and obligations that are not regulated by the covered agreements. According to the rulings of the WTO judicial bodies, they only have jurisdiction to examine covered agreements as the only relevant and applicable law in dispute settlement proceedings. Some scholars support a strict conception of the WTO judicial bodies' jurisdiction pertaining only to the WTO law.*

*Some other authors suggest a more flexible approach, given that the WTO is neither "a closed legal circuit" nor a self-contained regime. As a branch or a subsystem of Public International Law, the WTO has to interact with other branches or subsystems, such as human rights treaties and international environmental protection agreements.*

*Many scholars and experts insist that the WTO bodies must take into account the "new dimensions of international trade", like environmental protection and human rights. Hence, the rules of free trade cannot be legally and politically excommunicated from general international law. Nevertheless, this assertion must be taken with caution: it would be the only way for ensuring protection of security and predictability of the multilateral trading system under the WTO. Therefore, it is important to establish clear borderlines and situations in which interaction with extrinsic sources of law is necessary.*

**Key words:** *World Trade Organisation, dispute settlement system, applicable law, human rights.*



**Mr Đorđe Marilović,\***  
Viši asistent Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Istočnom Sarajevu

pregledni naučni članak

UDK: 003.349:621.395.721.5  
UDK: 336.2:621.395

Rad primljen: 06.01.2016.  
Rad prihvaćen: 25.02.2016.

## **PORESKOPRAVNI ASPEKTI MOGUĆNOSTI ZAŠTITE ĆIRILICE U TELEKOMUNIKACIJAMA\*\***

**Apstrakt:** Upotreba ćirilice i drugih tzv. specifičnih pisama obeshrabrena je u okviru nekih telekomunikacionih usluga. Autor u ovom radu skreće pažnju na nejednak cjenovni tretman ćirilice u telekomunikacijama (SMS poruke), smatrajući da se takva praksa protivi interesima društva koje njeguje bogatstvo jezika.

U svjetlu mogućnosti i obaveza koje proističu iz Konvencije o zaštiti i unapređenju raznolikosti kulturnih izraza, autor predlaže uvođenje mjera kojima bi bila uklonjena cjenovna diskriminacija ćirilice u vezi sa uslugom SMS, i poreskopravne mjere kojima bi bili podržani mobilni operatori i spriječena nejednakost onih operatora koji bi inače zbog cjenovnog izravnjanja pisama bili u lošijem tržišnom položaju. Predložena rješenja su primjenljiva na multikulturalna društva sa ovakvim izazovom, bez obzira na konkretne jezike.

**Ključne riječi:** ćirilica, telekomunikacije, Konvencija o zaštiti i unapređenju raznolikosti kulturnih izraza; porezi; GSM SMS.

### **1. Uvod**

Iako se u radu govori prvenstveno o ćirilici i njenoj upotrebi u telekomunikacijama, tako je učinjeno iz poštovanja prema vrijednostima koje ćirilica znači, i prema ulozi ćirilice u pismenosti srpskog naroda i brojnih drugih naroda. Ukoliko se uzme u obzir činjenica da se ćirilica koristi u preko 50 jezika (Píška 1996: 95), značaj sagledavanja

\* djordje\_maril@yahoo.com

\*\* Sažetak rada usmeno je izložen na IX Harmonius School of Law, Zlatibor, Srbija, 20–23.11.2014. godine, pod nazivom „Mogućnost poreskopravne zaštite upotrebe ćirilice u telekomunikacijama“.

njenog položaja povećava se. Međutim, najdublji razlog bavljenja ovom temom prevazilazi značaj ćirilice, pošto se glavni zaključci rada mogu, bez uzdržavanja, primjeniti i na ostala „specifična“ pisma. Pod pojmom tzv. specifičnih pisama obuhvatamo sva pisma koja nisu bila zastupljena prilikom prvobitnih standardizacija telekomunikacija.<sup>1</sup>

Pored ćirilica (srpske, ruske, bugarske itd.), primjera radi, tu spada rumunska latinica i dr.

Izostavljenost mnoštva pisama prilikom uvođenja prvobitnih standarda telekomunikacija dovela je do njihovog neravnopravnog položaja na tržištu telekomunikacionih usluga. Isprva, takva pisma uopšte nisu bila zastupljena, a danas se ona suočavaju sa diskriminacijom kod usluge SMS poruka.<sup>2</sup> Pomenuta usluga, iako ima veliki broj supstituta i surugata, još uvijek nije izgubila na značaju. Naprotiv, opseg korišćenja SMS poruka značajan je, na šta utiču različiti razlozi (poput dobre dostupnosti korisnika, velike stope pregleda sadržaja SMS poruka, reklamiranja tim putem, upotrebe u sigurnosne svrhe za usluge na internetu).<sup>3</sup>

Iako značaj ove usluge postaje sve manji (mada je još uvijek daleko od zanemarljivog), ona je odličan primjer za ispitivanje hipoteze da se

---

1 *About 3GPP Home*, Preuzeto 30.12.2015. <http://www.3gpp.org/about-3gpp/about-3gpp>

2 SMS (eng. *Small Message Service*) označava tekstualne poruke koje se šalju mobilnim telefonima. Standardi kojima je uspostavljena ova usluga za živjeli s u nakon 1982. godine, a naročito u okviru GSM standarda (eng. *Global System for Mobile communications*, izvorno fra. *Groupe Spécial Mobile*), na inicijativu CEPT (eng. *The European Conference of Postal and Telecommunications Administrations*, fra. *Conférence européenne des administrations des postes et des télécommunications*) – Evropske konferencije poštanskih i telekomunikacionih uprava. Danas izvještaji i specifikacije za mobilne komunikacije razvijaju se u okviru 3GPP (eng. *The 3rd Generation Partnership Project*).

GSM je najšire korišćena mobilna tehnologija u svijetu, sa preko 90% u češća na tržištu. *3GPP Technology Evolution*. Preuzeto 30.12.2015. <http://www.4gamericas.org/en/resources/technology-education/3gpp-technology-evolution/>.

Valja primijetiti da usluga SMS spada u standarde druge generacije mobilnih sistema, i ne gubi značaj iako se danas uveliko radi na prevazilaženju standarda treće generacije.

3 U 2011. godini, čak 75% korisnika mobilnih telefona koristilo je ovu uslugu. *75% of Worldwide Cellphone Users Send Text Messages [STUDY]*. Preuzeto 30.12.2015. <http://mashable.com/2011/12/21/global-mobile-patterns/>

Ako se uzmu u obzir tržišta poput Indije i Brazila, čiji značaj raste, navedeni podatak nije mnogo izgubio na značaju, uprkos promjenama u razvijenim zemljama. Neki izvori govore o svjetskom prosjeku od čak 350 milijardi SMS poruka mjesečno. *Mobile Marketing Association* <http://www.mmaglobal.com/about/industry-overview> – *Industry Overview*. Preuzeto 30.12.2015. <http://www.mmaglobal.com/about/industry-overview>



porezima može povoljno uticati na smanjenje uočene diskriminacije prilikom pružanja usluga na tržištu.

Prema tome, pretpostavke na kojima počiva ovaj rad su:

1. Lica koja se koriste tzv. specifičnim pismima povodom usluge *SMS* poruka diskriminisana su u pogledu cijene u odnosu na lica koja se koriste tzv. standardnim pismima (nepovoljan cjenovni položaj „specifičnih“ pisama).
2. Nepovoljan cjenovni položaj „specifičnih“ pisama počiva na tehničkim razlozima (uslovljenost prihvaćenim standardima telekomunikacija).
3. Otklanjanje diskriminacije nije moguće tek jednostavnom regulativnom djelatnošću države. Diskriminacija se može ukloniti istovremenom primjenom dva instrumenta: 1) regulativne djelatnosti u pogledu pružanja usluga (obaveznost iste cijene za uslugu, bez obzira na predmetno pismo) i 2) namjenskog poreza na pružanje usluge ili refakcije u okviru poreza na dodatu vrijednost (PDV) plaćenog na pružanje usluge.

Predložena rješenja moguće je upotrebiti i kod nejednakog položaja drugih kulturnih izraza (dakle, ne samo pisama), kada je istovremeno sa izjednačavanjem njihovog položaja neophodno osigurati javni prihod za finansiranje tako nastalih javnih rashoda.

Struktura rada prilagođena je izvjesnoj multidisciplinarnosti posmatranog problema. Prvo je prikazana, u najkraćim crtama, tehnička posebnost položaja tzv. specifičnih pisama u odgovarajućim telekomunikacionim standardima. Drugo, ukazano je na pravne izvore kojima je predviđena mogućnost i obaveza rješenja predstavljenog problema. Treće, u skladu sa pravnim izvorima, predložene su odgovarajuće regulatorne i poreskopravne mjere. Zbog veze sa srpskom ćirilicom, posmatrana su prava dvije zemlje u kojima je srpski jezik u službenoj upotrebi, Republike Srbije i Republike Srpske, odnosno Bosne i Hercegovine (BiH).

## **2. Tehnički standardi i različit položaj „specifičnih“ i „standardnih“ pisama**

Razvoj tržišnih usluga bežičnog saobraćanja, ili mobilnih komunikacija, počeo je, grubo rečeno, prije manje od pola vijeka. Uređen i standardizovan okvir za njihov razvoj pružila je dalekovida Evropska

konferencija poštanskih i telekomunikacionih uprava. Taj okvir nosi naziv *GSM*. Danas, korisnici mobilnih telefona imaju na raspolaganju mnoštvo usluga, među kojima su neke koje mogu zamijeniti uslugu *SMS*. Međutim, to nije umanjilo njen značaj i zastupljenost. U svjetlu takvog njenog položaja mogu se posmatrati posljedice koje to ima na kulturu. Za ovo pitanje važno je napomenuti kakav je odnos usluge *SMS* i upotrebe pisama u okviru te usluge.

Odgovarajućim tehničkim specifikacijama predviđeno je koji slovni standard se koristi za slanje tekstualnih poruka.<sup>4</sup> Osnovni je standard kod koga svaki simbol ima 7 bita, a postoje i standardi sa 8-bitnim i 16-bitnim znakovima (*ISO/IEC 10646:2014*).<sup>5</sup> Upotreba 7-bitnog alfabeta je obavezna, a upotreba ostalih je izborna.<sup>6</sup> Kakve su posljedice na korišćenje usluge *SMS*? U ovom radu nije moguće obrazlagati sve pojedinosti koje se tiču standarda i specifikacija. Zbog toga, ovdje slijedi krajnje uprošćen prikaz navedenih činjenica.

Jedna *SMS* poruka je, ustvari, niz informacija koje od jednog uređaja stižu na drugi. Slanje se odvija u skladu sa odgovarajućim protokolom, pri čemu jednu *SMS* poruku čini tačno 1120 bita. Ako jedno, recimo, slovo ima 7 bita, to znači da u jednu *SMS* poruku može stati 160 takvih slova ( $1120/7=160$ ). Takav je slučaj ukoliko se koriste 7-bitna slova. Međutim, 7-bitni sistem slova omogućava vrlo mali broj slova u odnosu na njihov broj u različitim jezicima i pismima, i ne može obuhvatiti sve jezike. Slovni sistemi koji obuhvataju sve znakove moraju imati veći broj bita po jednom slovu. Takav sistem je 16-bitni *UCS2*. Njegova upotreba znači manje slova u jednoj poruci – tek 70 slova od 16 bita staje u jednu *SMS* poruku ( $1120/16=70$ ). U poruku staje manje slova jer su slova po 16-bitnom standardu „krupnija“, nose više informacija, nego slova po 7-bitnom standardu, baš kao što u istu posudu staje manje jabuka no šljiva. To znači da tekst: „Đorđe želi na primjeru da pokaže koliko slova staje u jednu poruku, pa zato piše duge, složene, rečenice pod znacima navoda. Štaviše, on i svoje ime tu spominje.“, sadrži tačno 160 znakova (slova, razmake, interpunkciju, bez navodnika). Ovako poslat, ispisan ćirilicom, tekst bi stao u tri *SMS* poruke. Napisan engleskom latinicom, bez poštovanja srpskog pravopisa, tekst bi izgledao ovako: „Djordje zeli na primjeru da pokaze koliko slova staje u jednu poruku, pa zato pise duge, slozene recenice pod znacima navoda. Stavise, on

---

4 3GPP TS 23.038 V12.0.0 (2014) *3rd Generation Partnership Project; Technical Specification Group Core Network and Terminals; Alphabets and language-specific information (Release 12)*. Preuzeto 3.12.2015. [http://www.3gpp.org/ftp/Specs/archive/23\\_series/23.038/23038-c00.zip](http://www.3gpp.org/ftp/Specs/archive/23_series/23.038/23038-c00.zip).

5 U računarstvu jedan bit je najmanja jedinica informacije.

6 3GPP TS 23.038 V12.0.0 (2014), fn. 6, tač. 6.2.

mora i da mijenja ime.“, a obuhvatio bi, opet, 160 znakova. Razlika je u tome što bi ovaj tekst, ovako neispravno napisan engleskom latinicom, stao u samo jednu SMS poruku. Nepismenost prilikom korišćenja SMS poruka neposredno je podstaknuta različitim cjenovnim položajem tzv. specifičnih pisama, što je posljedica zastarjelih tehničkih standarda. Naprosto, ako pišete ćirilicom, platićete više.

### 3. Pravni okvir problema „specifičnih“ pisama

Polazeći od ustavnih i međunarodnopravnih normi, nesporno je da jezik predstavlja jedan od osnova diskriminacije.<sup>7</sup> U nekim izvorima jasno je određeno pravo građana da upotrebljavaju svoj jezik i pismo.<sup>8</sup> Ovdje treba razlikovati pisma u službenoj upotrebi, i pisma regionalnih i manjinskih jezika. U ovome radu prvenstveno se posmatra položaj pisama koja imaju status službenih pisama. Međutim, predložena rješenja znatno bi poboljšala položaj izuzetno velikog broja pisama, bez obzira na njihov ustavnopravni status.

Može se postaviti pitanje da li je različitost cijena SMS poruka, utemeljena na tehničkom razlikovanju pisama, jedan oblik diskriminacije. Tražeći odgovor na ovo pitanje, možemo poći od Bosne i Hercegovine, u kojoj se Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLP) neposredno primjenjuje. Ipak, „u najvećem broju zemalja Evropska konvencija, poput ostalih međunarodnih ugovora, ima zakonsku pravnu snagu“(Nastić, 2012: 52). U R. Srbiji, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda primjenjuje se od 2003. godine.

Prema tome, da bi se utvrdila diskriminacija, „mora postojati (a) različit tretman (b) osoba koje su u analognoj ili relativno istoj situaciji na bazi (c) jednog od zabranjenih osnova diskriminacije, pri čemu (d) ne postoji objektivno i razumno opravdanje za takav različit tretman“ (Steiner, 2010: 440).

Da li bi se primjer usluge SMS-a mogao podvesti pod ovo određenje? Naime, osobe koje se služe različitim pismima, sa statusom pisma u službenoj upotrebi, jesu u analognoj ili relativno istoj situaciji (navedeni kriterijum (b)), pri čemu postoji različit tretmanu vidu različite cijene za isti broj slova, preko 70, u poruci (kriterijum (a)). Samim tim

---

7 Čl. 21 Ustava Republike Srbije. Čl. II (4)Ustava BiH. Čl.10 Ustava Republike Srpske. Čl. 1, Protokol 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

8 Čl. 34, st. 1 Ustava Republike Srpske.

što su po srijedi pisma u službenoj upotrebi,<sup>9</sup> koja se koriste u jezicima u službenoj upotrebi, postoji osnov diskriminacije – jezik (kriterijum (c)).

Diskriminaciju bi, doduše, vršilo pravno lice, operator mobilne mreže,<sup>10</sup> ili proizvođač i lice koji se bave prometom uređaja koji primjenjuju diskriminatorske standarde. Ipak, „država ima pozitivnu obavezu da zaštiti osobe od diskriminacije koju čine privatna fizička i pravna lica“ (Steiner, 2010: 442). Ovo se čini jasnim, ali posljednji uslov – izostanak objektivnog i razumnog opravdanja za takav različit tretman (d) – nešto je teže uočiti.

Razlozi zbog kojih dolazi do diskriminacije jesu tehničke prirode, pa bi se, na prvi pogled, moglo reći da je to objektivno i razumno opravdanje za različit tretman. Standarde su, u začetku, pravili najuticajni i najrazvijeniji, te su ih prilagodili sebi. Ko je kriv ostalim kulturama i tradicijama što nisu imale dostojne ili dovoljno nametljive predstavnike u tom trenutku? Rješenje može biti da se takve kulture odreknu svojih posebnosti i uproste svoje simbole, slova. Jer, tehnički uslovi su naprosto takvi kakvi jesu. Možemo li, ipak, tako razmišljati? Možemo li, analogno, reći da osoba natprosječne tjelesne mase treba da plati dvije karte za prevoz vazduhoplovom, pošto će to značiti veću potrošnju goriva i moguću štetu na korišćenom putničkom sjedištu? Možemo li očekivati veću cijenu za prevoz osoba sa invaliditetom, za prevoz trudnica i dojenčadi u kolicima – zbog nespornih tehničkih izazova koje to nosi? Treba li odrediti veću školarinu za studente koji se koriste kolicima, zato što naknadna izgradnja pristupne rampe ili lifta predstavlja trošak? Ne.

Jezik kojim prenosimo svoja iskustva, spoznajemo intelektualnu i kulturnu sredinu, kojim pronosimo svoje vrijednosti i u okviru koga razvijamo osjećaj pripadništva, ne smije biti izuzet od zaštite.

„Zahtjev da svi jezici budu tretirani jednako jeste poziv na prepoznavanje dostojanstva svih pojedinaca, bez obzira na njihov jezik.“<sup>11</sup> Kulturna prava predstavljaju sastavni dio ljudskih prava koja su univerzalna, nedjeljiva

---

9 Npr. ćirilica u R. Srbiji: Čl. 10, st. 1 Ustava Republike Srbije.

10 Terminom „operator“ označava selice koje obavlja ili je ovlašćeno da obavlja delatnost elektronskih komunikacija, a u ovom radu misli se na pružanje SMS usluge. Vid. čl. 4 Zakona o elektronskim komunikacijama, *Sl. glasnik Republike Srbije*, 44/10, 60/13 – US, 62/14.

11 UNESCO, *UNESCO World Report Investing in Cultural Diversity and Intercultural Dialogue*. Preuzeto 28.12.2015. <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001852/185202e.pdf>

i međusobno zavisna.<sup>12</sup> Upravo zato, a imajući u vidu da se tekstovi na srpskom jeziku sve više koriste u digitalnom obliku (Vitas, D., Popović, Lj., Krstev, C., Obradović, I., Pavlović-Lažetić, G., Stanojević, M., 2012: 16), posebno je značajna Konvencija o zaštiti i unapređenju raznolikosti kulturnih izraza.<sup>13</sup> Konvencija je stupila na snagu u martu 2007. godine. Republika Srbija je ratifikovala Konvenciju 2009. godine, kao i Bosna i Hercegovina.

Konvencija određuje „kulturni sadržaj“ kao simbolično značenje, umjetničku dimenziju i kulturne vrijednosti koje proizlaze iz kulturnih identiteta ili izražavaju kulturne identitete, a „kulturne izraze“ kao one izraze koji su rezultat kreativnosti pojedinaca, grupa i društava i koji imaju kulturni sadržaj. Jezici jesu suštinski dio raznolikosti kulturnih izraza.<sup>14</sup> To je važno napomenuti pošto Konvencija u članu 6 predviđa mogućnost uvođenja odgovarajućih mjera.

Naime, države mogu usvojiti mjere namijenjene zaštiti i unapređenju raznolikosti kulturnih izraza na svojoj teritoriji, i to, kako stoji u navedenom članu, „mjere koje, na prikladan način, pružaju mogućnost domaćim kulturnim djelatnostima, dobrima i uslugama, među svima onima koje postoje na državnoj teritoriji, za stvaranje, produkciju, difuziju, distribuciju i uživanje u njima, uključujući i odredbe koje se odnose na jezik koji se koristi za takve djelatnosti, dobra i usluge“. Ipak, regulatorna mjera bi odudarala od sve naglašenije zaštite liberalnih okvira za promet dobara i usluga u svijetu. Uporednopravno, prisutni su različiti pristupi povodom odnosa ovakvih mjera prema institucionalizovanim okvirima liberalizacije svjetskog tržišta dobara i usluga (Puppis, 2008: 406). To ne treba da zbuni i okrene nas protiv takvih mjera, jer njihova opravdanost prevazilazi postojeće ciljeve liberalizacije tržišta.

Zastupljenost SMS poruka u savremenom, elektronskom, saobraćanju neposredno utiče na promjenu navika upotrebe pisma. Budući da je upotreba ćirilice znatno obeshrabrena njenim nepovoljnim cjenovnim

---

12 Čl. 5 Univerzalna deklaracija UNESCO-a o kulturnoj raznolikosti (the Universal Declaration on Cultural Diversity (Resolution 31C/25))

13 UNESCO, *Konvencija o zaštiti i unapređenju raznolikosti kulturnih izraza*, UNESCO, Pariz 2005. (*Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expression (CCD; Resolution 33C/41)*). Preuzeto 3.12.2015. ht tp://portal.unesco.org/en/ ev.php-URL \_ID=31038&URL \_DO=DO\_TOPIC&URL \_SECTION=201.html

14 UNESCO, *Ten Keys to the Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: adopted by the General Conference of UNESCO at its 33rd session, 2005*. Preuzeto 4.11.2015. <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001495/149502e.pdf>

položajem, to ostavlja posljedice na ponašanje i navike vrlo širokog kruga stanovnika. U tom smislu, nužno je djelovanje države na zaštitu ravnopravnosti ćirilčkog pisma, koje je jedno od službenih pisama. Isto se odnosi na sva „specifična“ pisma. Zato je uvođenje odgovarajućih regulatornih mjera u ovoj oblasti opravdano i neophodno.

#### **4. Mogućnosti rješenja problema cjenovne nejednakosti SMS poruka**

##### **4.1. Jednaka cijena za jednak broj znakova**

Ćirilčko pismo nije usamljeno u svojoj cjenovnoj nejednakosti povodom usluge SMS. Naprotiv, mnoga pisma dijele ovu sudbinu. Čak, neka od njih su latinična, poput rumunske latinice, što je budilo slične nedoumice u vezi sa elektronskim komunikacijama (Secarã, 2013). Moguća rješenja su višestruka, ali bi njihova primjena imala različite domašaje (Secarã, 2014). Postoji mogućnost da se standardi za SMS poruke unaprijede tako da se ukloni osnov za cjenovnu diskriminaciju. Međutim, takvo rješenje nije izgledno, prije svega zbog načina na koji se standardi usklađuju – najveći broj država pojedinačno skoro ništa ne može u činiti na promjeni svjetskih tehnoloških kretanja. S druge strane, države još uvijek mogu uticati na tržište usluga. U skladu sa odredbama Konvencije o zaštiti i unapređenju raznolikosti kulturnih izraza države mogu preduzeti odgovarajuće mjere za zaštitu raznolikosti kulturnih sadržaja.

Koristeći mogućnosti ostavljene Konvencijom o zaštiti i unapređenju raznolikosti kulturnih izraza, država može uvesti obavezu naplaćivanja iste cijene za isti broj slova u SMS poruci. Ovo bi predstavljalo izazov operatorima koji pružaju uslugu, pošto je kod pružanja usluge SMS uobičajeno posmatranje apstraktnog protoka podataka, bez sagledavanja njihovog sadržaja (operatori broje bite, a ne slova). Međutim, to svakako nije nemoguće. U suštini, prilikom naplaćivanja usluge bilo bi potrebno na odgovarajući način razlikovati 7-bitne, 8-bitne i 16-bitne načine kodiranja, a to dalje upućuje na obavezu vođenja odgovarajućih evidencija o primijenjenim standardima kod pružanja usluge SMS.<sup>15</sup>

---

15 Za postojeće slične obaveze vođenja odgovarajućih detaljnih evidencija, na primjer u pravu Srbije, vid. čl. 14 Pravilnika o zahtevima za uređaje i programsku podršku za zakonito presretanje elektronskih komunikacija i tehničkim zahtevima za ispunjenje obaveze zadržavanja podataka o elektronskim komunikacijama, *Sl. glasnik Republike Srbije*, 88/15.

#### **4.2. Otklanjanje moguće tržišne nejednakosti operatora mobilnih mreža koji pružaju uslugu SMS**

Uvođenje mjere obaveznog naplaćivanja jednake cijene za uslugu prenosa istog broja znakova u okviru SMS dovelo bi, potencijalno, do nove nejednakosti. Operatori koji djeluju na jednom tržištu, gdje korisnici usluga pretežno koriste nekog od operatora, mogli bi se naći u neprilici.

Primjera radi, ukolikopretežna većina stanovništva koja koristi tzv. specifično pismo koristi usluge jednog operatora, dok ostali operatori imaju samo zanemarljivo u češće tzv. specifičnog jezika u prometu usluge SMS, prvi operator biće u nepovoljnijem položaju.<sup>16</sup> Naime, takav operator snosiće teret izjednačavanja cijene za ono što je, objektivno, veći protok podataka i veće opterećenje mrežne infrastrukture, dok će ostali operatori naplaćivati istu cijenu po poruci pri manjem protoku podataka i manjem opterećenju mrežne infrastrukture, pošto njihovi korisnici znatno manje koriste tzv. specifična pisma.

Ovakve okolnosti moguće su u društvima u kojima istovremeno postoji veliko bogatstvo jezika i pisama u upotrebi. Moguće je da, iz različitih razloga, neki operatori pružaju usluge korisnicima koji pretežno koriste tzv. specifična pisma, dok drugi operatori imaju tek zanemarljivo učešće takvih korisnika. Regulatorna mjera kojom bi se nametnula ista cijena za isti broj poslatih znakova, bez obzira na njihovu zapreminu (iznos poslatih bita), dovela bi prvu grupu operatora u nepovoljniji tržišni položaj, i izazvala bi značajne tržišne posljedice. Ako bi se, u tom slučaju, obavezali operatori mobilne telefonije da izjednače cijene za korisnike različitih pisama, bez obzira na stvarne troškove pružanja usluga za različite grupe pisama (posljedica primjene različitih standarda za različita pisma), onda bi oni bili suočeni sa izborom između a) povećanja svojih troškova (zbog smanjenja cijene „skupih“ pisama na cijenu „jeftinih“) i b) većih cijena usluga (zbog porasta cijene „jeftinih“ pisama na nivo „skupih“ pisama). To bi, dalje, dovelo do većih troškova operatora čiji promet se u većem dijelu odnosi na „specifična“, „skupa“, pisma, odnosno do manje konkurentnosti takvih operatora na tržištu. Upravo u tome se ogleda distorzivno dejstvo regulatorne mjere.

---

<sup>16</sup> Primjera radi, u BiH postoji sklonost značajnog dijela korisnika usluga mobilne telefonije ka operatorima koji su bili formirani u entitetskim okvirima. Iako danas djeluju u oba entiteta, operatori su zadržali svoje uporište upravo u korisnicima iz entiteta iz kojih su se prvobitno razvili. Po entitetskom osnovu može se povući jasna granica između korisnika koji su skloniji upotrebi ćirilice i korisnika koji tome nisu skloni.

Imajući navedeni izazov u vidu, treba pronaći sredstva za njegovo uklanjanje ili ublažavanje. Rješenje se moženaci na terenu poreskog prava, i to na onom nivou oporezivanja koje se tiče ukupnog tržišta. Ne bi bilo odgovarajuće ono rješenje koje ima ograničen teritorijalni domašaj (subcentralni ili lokalni nivo), jer bi to samo produbilo tržišne nejednakosti. Rješenje je moguće naći u postojećim poreskim oblicima, ili kroz uvođenje novih. Ne treba zaboraviti da druga varijanta uobičajeno nailazi na veće otpore.

#### **4.3. Olakšice u okviru PDV-a**

Budući da u strukturu tržišne cijene pružanja usluge *SMS* ulazi iznos poreza na dodatu vrijednost, u okviru čega se odvija prevaljivanje poreskog tereta sa poreskih obveznika na poreske destinatare, moguće je poreskom olakšicom podržati navedene operatore. Trebalo bi osloboditi plaćanja PDV-a telekomunikacionu uslugu *SMS* koja se obavlja upotrebom *UCS2* standarda. Mjerenje prometa sadržaja kodiranih prema *UCS2* standardu tehničke je prirode. Potrebno bi bilo osigurati jasan i provjerljiv prikaz takvog prometa, i u skladu s tim primijeniti rješenje. Ponovimo, operatori imaju obavezu vođenja odgovarajućih evidencija o pruženim uslugama. Time bi, razlikom između cijena neoporezovanih i oporezovanih poruka sa 7-bitnim znacima operatori bili finansijski podržani. Postoji barem nekoliko sumnji u vezi s ovim rješenjem.

Prvo, pitanje je da li se ovim uspostavljaju privilegije za određene operatore, i da li se ovo protivi opštim težnjama ka liberalnijem tržištu dobara i usluga (npr. u okviru Svjetske trgovinske organizacije). Na ovo pitanje može se odgovoriti odrično – uslov je jednak za sve operatore na tržištu, olakšica nije ograničena na posebna lica, uslovi su jednako postavljeni za sve koji se nađu u datim okolnostima.<sup>17</sup>

Drugo, upitna je korist koju bi od ove mjere imali operatori u nepovoljnijem položaju. Pošto su poruke kodirane *UCS2* standardom potencijalno više nego dvostruko obimnije od poruka kodiranih obaveznim standardom, a cijena bi bila ista u oba slučaja, da li bi oslobođenje od plaćanja PDV-a bilo dovoljno da ekonomski izravna razlike? Odgovor na ovo pitanje morao bi se potražiti u odgovarajućim studijama graničnog troška koji operator ima prilikom slanja dodatne poruke, i u analizama propusnosti

---

<sup>17</sup> Za primjer normiranja pojma nepoželjne pomoći države u česnicima na tržištu vid. Svjetska trgovinska organizacija, *Sporazum o subvencijama i kompenzatornim mjerama – Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*. Preuzeto 20.11.2015. [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/24-scm.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm.pdf)



telekomunikacionih sistema u slučaju značajnog porasta prometa. Tome ovdje nije mjesto.

Treće, da li bi ovakva olakšica bila tehnički izvodljiva i opravdana? Zbog složenosti oslobođenja od poreza kod posrednih poreza, a naročito kod PDV-a – zbog instituta prethodnog poreza – za istinsko pružanje rasterećenja bilo bi potrebno oslobođenje sa pravom na odbitak prethodnog poreza (Popović, 2014: 452). Međutim, prethodno postavljeno, drugo, pitanje (odnos koristi od olakšice naspram stvarnog graničnog troška slanja dodatne poruke zbog složenijeg standarda) već osporava ovakav pristup. Naime, vrlo je malo vjerovatno da bi granični trošak slanja dodatne poruke zbog zahtjevnijeg standarda bio potpuno jednak iznosu poreskog oslobođenja. Zanemarivanje te nejednakosti obesmisli bi cilj koji se želi postići mjerom, a to je eliminacija distorzije zbog regulatorne mjere „jednaka cijena za jednak broj znakova“. Zato je bolje dozvoliti poresku refakciju. Njome se, iz tehničkih razloga, jednostavnije pruža željena olakšica i to, po pravilu, upravo kod posrednih poreza (Popović, 2014: 156–157). Refakcija bi bila odmjeravana prema utvrđenim troškovima zbog primjene zahtjevnijeg standarda. Troškove bi dokazivao operator u svome zahtjevu za poresku refakciju.

Za predložena rješenja neophodno je sagledati problematiku troškova pružanja SMS usluge. Ovaj rad svako nije mjesto gdje je to moguće učiniti. Međutim, nesporno je da postoje veći troškovi kod pružanja usluga SMS kodiranih UCS2 standardom nego kod uobičajenih poruka kodiranih kao GSM 7 bit.

#### **4.4. Porez na pojedinačnu uslugu**

Ukoliko, ipak, poreska olakšica u okviru PDV-a za pruženu uslugu SMS upotrebom kodiranja UCS2 standardom ne bi bila dovoljna ili primjerena da ukloni tržišnu nejednakost posmatrane grupe operatora, moguće je uvesti poseban porez na pružanje usluga SMS. Porez bi bio posredan, namjenski, sa najširim teritorijalnim važenjem (tako da obu hvati odgovarajuće tržište). Poreski obveznik bio bi pružalac usluge SMS, a poreski teret bi očekivano bio prevaljen na korisnika te usluge.

Takođe, porez bi mogao biti osmišljen nalik porezu na upotrebu mobilnog telefona na usluge mobilne telefonije (konkretno, na uslugu SMS), koji je ranije postojao u poreskom sistemu Republike Srbije.<sup>18</sup> U tom slučaju,

---

18 Zakon o porezima na upotrebu, držanje i nošenje jedobara, *Sl. glasnik Republike Srbije*, 26/01, 80/02, 43/04, 31/09, 101/10, 24 /11, 68/14 –dr. zakon, 112/15. U prvobitnom tekstu, iz 2001. godine, porez na upotrebu mobilnog telefona bio je uređen članovima 7–12.

poreski obveznik bio bi korisnik usluge. Poreski platac – lice koje obračunava, naplaćuje i uplaćuje porez na propisani račun – bio bi davalac usluge. Prodavac tzv. dopune računa za „pripejd“ korisnike ne bi se mogao javiti kao poreski platac, jer uglavnom nije moguće unaprijed utvrditi koji dio kupljene dopune će biti potrošen na uslugu SMS. Porez bi, takođe, bio namjenski.

Iz prihoda od ovih poreza bili bi podržani pomenuti operatori, prema tačno izmjenenom prometu usluga SMS kodiranih UCS2 standardom. Konvencija o zaštiti i unapređenju raznolikosti kulturnih izraza, u već pomenutom članu 6, nudi takvu mogućnost kroz uvođenje mjera čiji je cilj obezbjeđivanje javnog finansiranja.

Sredstva prikupljena na osnovu ovog poreza bila bi prihod odgovarajućeg tijela nadležnog za telekomunikacije (takva regulatorna tijela uobičajena su i najčešće sprovode propise u oblasti radiodifuzije, telekomunikacija i sl.). Ovo tijelo bi isplaćivalo podsticaj mobilnim operatorima prema tačno utvrđenom prometu usluga SMS kodiranih UCS2 standardom. Podsticaj bi se mogao utvrditi za svaku obavljenu uslugu u iznosu koji predstavlja razliku troška pružanja usluge SMS kodirane UCS2 standardom i troška usluge SMS kodirane 7-bitnim standardom (*GSM 7bit*). Naravno, moguće je i iz drugih izvora finansiranja podržati ponašanja koja su u skladu sa politikom jednakih mogućnosti za korisnike svih pisama u službenoj upotrebi – sve to pod pretpostavkom da takva politika uopšte postoji.

Za ova rješenja, značaj sagledavanja troškova pružanja usluga SMS isti je kao i kod rješenja u okviru PDV-a. Nešto je drugačije pitanje poreskog opterećenja. Pošto bi poreski destinatari bili svi koji se koriste uslugom SMS, trebalo bi se opredijeliti za umjerenu poresku stopu kod uvođenja novog poreza, jer je ova usluga već oporezovana PDV-om (to bi bilo u slučaju da istovremeno sa ovom mjerom ne postoji odgovarajućeporesko oslobođenje od plaćanja PDV-a). Visoko oporezivanje ove usluge dovelo bi do velikog rasta cijene usluge, zbog očekivanog prevaljivanja poreza. S druge strane, već mjera utvrđivanja iste cijene za isti broj znakova u usluzi SMS očekivano može dovesti do određenog porasta cijena usluga SMS. Valjalo bi, zato, pažljivo odmjeriti troškove koje operatori zaista imaju, a potom primjeriti visinu poreske stope, poreskih olakšica i, na kraju, podsticaja.

## 5. Zaključak

Pitanje da li pišemo skupljim ili jeftinijim pismom ne bi smjelo da ima osnova u stvarnosti, ako su ponuđena pisma istovremeno u službenoj upotrebi. Kod usluge *SMS*, izuzetno zastupljene usluge elektronskog saobraćanja, ovo pitanje i te kako ima osnova u stvarnosti. Osobe koje upotrebljavaju ćirilicu, i druga pisma koja nisu bila zastupljena prilikom stvaranja prvih (a danas jedino obaveznih) standarda kodiranja *SMS* poruka danas su cjenovno diskriminirane kod korišćenja usluge *SMS*. Prosto, upotreba ćirilice je i do tri puta skuplja nego upotreba

„standardne“ latinice pri korišćenju usluge *SMS* poruka. Razlozi jesu tehničke prirode, ali to ni na koji način ne može opravdati postojanje navedenog problema.

Da bi se spriječila diskriminacija pojedinih korisnika usluge *SMS*, potrebno je obavezati operatore mobilnih mreža koji pružaju takve usluge da za nju naplaćuju jednaku cijenu, bez obzira na upotrebljeno pismo. Izazov tehničke prirode postoji, ali on nije neprebrodiv. Naknadni problem može predstavljati nejednak tržišni položaj pojedinih operatora – onih čiji korisnici bi pretežno koristili tehnički zahtjevnije pismo. U tom slučaju, pristupilo bi se poreskopравnim mjerama u vezi sa porezom na dodatnu vrijednost – poreskom oslobođenju sa pravom na odbitak prethodnog poreza za pružanje usluge *SMS* kod koje se koristi tehnički zahtjevnije pismo, ili refakciji određenog dijela PDV-a. Ukoliko mjere u okviru PDV-a ne bi dale željene ishode, moglo bi se pristupiti uvođenju posebnog poreza na promet usluga *SMS*, ili poreza na upotrebu mobilnog telefona na uslugu *SMS*. Iz tako ostvarenih prihoda finansirali bi se podsticaji operatorima prema tačno utvrđenom prometu i troškovima u vezi sa tehnički zahtjevnijim pismom. Namjenska priroda poreza osigurala bi niz prednosti u odnosu na neka druga rješenja (poput finansiranja podsticaja iz nenamjenskih sredstava, iz budžeta).

U nadi da će izazvati razmišljanja i kritike, ovdje je ponuđena misao o stvarnoj, a ne lažnoj, jednakosti pisama u trenutno najzastupljenijem vidu elektronskog komuniciranja kod nas.

## Literatura

- 3GPP Technology Evolution*. Preuzeto 30.12.2015. <http://www.4gamericas.org/en/resources/technology-education/3gpp-technology-evolution/>
- 3GPP TS 23.038 V12.0.0 (2014) *3rd Generation Partnership Project; Technical Specification Group Core Network and Terminals; Alphabets and language-specific information (Release 12)*. Preuzeto 3.12.2015. [http://www.3gpp.org/ftp/Specs/archive/23\\_series/23.038/23038-c00.zip](http://www.3gpp.org/ftp/Specs/archive/23_series/23.038/23038-c00.zip)
- 75% of Worldwide Cellphone Users Send Text Messages [STUDY]*. Preuzeto 30.12.2015. <http://mashable.com/2011/12/21/global-mobile-patterns/>
- About 3GPP Home*, Preuzeto 30.12.2015. <http://www.3gpp.org/about-3gpp/about-3gpp>
- Zakon o elektronskim komunikacijama. *Službeni glasnik Republike Srbije*. Br. 44.(2010), 60 (2013)– US, 62 (2014)
- Zakon o porezima na upotrebu, držanje i nošenje dobara. *Službeni glasnik Republike Srbije*. Br. 26 (2001), 80 (2002), 43 (2004), 31 (2009), 101 (2010), 24 (2011), 68 (2014) – dr. zakon, 112 (2015)
- ISO/IEC 10646:2014 Information technology; Universal Multiple-Octet Coded Character Set (UCS)*
- Lapko, O. G. (1996). Full Cyrillic: How Many Languages?. *TUGboat 17:2 – Proceedings of the 1996 Annual Meeting*. 174–180
- Mobile Marketing Associationhttp – Industry Overview*. Preuzeto 30.12.2015. <http://www.mmaglobal.com/about/industry-overview>
- Nastić, M. (2012) *Ustavnopravni osnov primene Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u postupku pred nacionalnim ustavnim sudovima*. Doktorska disertacija. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu
- Piška, K. (1996). Cyrillic Alphabets. *TUGboat 17:2 – Proceedings of the 1996 Annual Meeting*. 92–98
- Popović, D. (2014). *Poresko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Dosije studio
- Pravilnik o zahtevima za uređaje i programsku podršku za zakonito presretanje elektronskih komunikacija i tehničkim zahtevima za ispunjenje obaveze zadržavanja podataka o elektronskim komunikacijama. *Službeni glasnik Republike Srbije*. Br 88 (2015)
- Protokol 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda
- Puppis, M. (2008). National Media Regulation in the Era of Free Trade: The Role of Global Media Governance. *European Journal of Communication*. 23. 405–424

Secară, C. (2013) *SMS Story*. Preuzeto 16.11.2015. [http://www.secarica.ro/html/sms\\_story.html](http://www.secarica.ro/html/sms_story.html)

Secară, C. (2014). *Do you speak a cheap language, or an expensive language?*. Preuzeto 16.11.2015. [http://www.secarica.ro/html/the\\_sms\\_discrimination.html](http://www.secarica.ro/html/the_sms_discrimination.html)

Steiner C. et al. (2010) *Ustav Bosne i Hercegovine: komentar*. Sarajevo: Fondacija „Konrad Adenauer“

Svjetska trgovinska organizacija, *Sporazum o subvencijama i kompenzatornim mjerama – Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*. Preuzeto 20.11.2015. [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/24-scm.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm.pdf)

UNESCO, *UNESCO World Report Investing in Cultural Diversity and Intercultural Dialogue*. Preuzeto 28.12.2015. <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001852/185202e.pdf>

UNESCO, *Univerzalna deklaracija UNESKO-a o kulturnoj raznolikosti (the Universal Declaration on Cultural Diversity (Resolution 31C/25))*

UNESCO, *Ten Keys to the Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: adopted by the General Conference of UNESCO at its 33rd session, 2005*. Preuzeto 4.11.2015. <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001495/149502e.pdf>

UNESCO, *Konvencija o zaštiti i unapređenju raznolikosti kulturnih izraza, UNESKO, Pariz 2005 (Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expression (CCD; Resolution 33C/41))*. Preuzeto 3.11.2015. [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=31038&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

Vitas, D., Popović, Lj., Krstev, C., Obradović, I., Pavlović-Lažetić, G., Stanojević, M. (2012). *The Serbian Language in the Digital Age / Srpski jezik u digitalnom dobu*. U Rehm, G., Uszkoreit H. (Eds.), *White Paper Series / Serija belih knjiga*. Springer [Electronic version] Preuzeto 5.11.2015. from <http://www.meta-net.eu/whitepapers/e-book/serbian.pdf>

**Đorđe Marilović, LL.M.**

Senior Assistant,

Faculty of Law, University of East Sarajevo

**THE PROTECTION OF THE CYRILLIC ALPHABET IN  
TELECOMMUNICATIONS: TAXATION ASPECTS**

**Summary**

*The use of Cyrillic and other specific alphabets is discouraged in some telecommunication services. In this paper, the author focuses on unequal treatment of the Cyrillic alphabet in telecommunications (in SMS messages), which is incompatible with the interests of a multilingual society to cherish its linguistic heritage and diversity.*

*Referring to the Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expression (2005), the author suggests introducing measures which would lead to removing the discriminatory pricing of Cyrillic SMS messages, and introducing tax measures which would support mobile network operators and prevent possible market inequalities stemming from introducing these measures. The suggested solution is applicable to any multicultural society facing the same problem, regardless of languages in question.*

**Key words:** Cyrillic alphabet; telecommunications; Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expression; taxes; GSM SMS.

**Jovana Brašić,\***  
Asistent Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Kragujevcu

pregledni naučni članak

UDK: 336.1.07:336.763

Rad primljen: 23.12.2015.

Rad prihvaćen: 03.02.2016.

## **PRAVNI POLOŽAJ I PITANJE SAMOSTALNOSTI KOMISIJE ZA HARTIJE OD VREDNOSTI RS**

**Apstrakt:** Komisija za hartije od vrednosti je regulatorni organ na tržištu kapitala Republike Srbije, koji se stara o bezbednom i legalnom poslovanju na tržištu kapitala, sprovođenju nadzora nad učesnicima finansijskih transakcija i pravilnoj i doslednoj primeni odredaba zakona, kojima se uređuje trgovina na finansijskim tržištima. U uslovima finansijske krize, pravni položaj i nadležnosti Komisije za hartije od vrednosti su osavremenjeni u cilju praćenja globalnih svetskih tokova. U skladu sa tim, osnovni cilj istraživanja usmeren je ka analizi trenutne situacije na tržištu kapitala i statusa Komisije za hartije od vrednosti. Predmet rada jeste analiza pravnog položaja i nivoa samostalnosti koji ima Komisija. U radu se analizira značaj koji ima uvođenje nadzora kroz posebno regulatorno telo na finansijskom tržištu Republike Srbije, ukazuje se na osnovna statusna pitanja i detaljno analizira svaki segment institucionalne nezavisnosti Komisije, personalna, finansijska i operativna nezavisnost. Takođe, načinjen je i uporednopravni prikaz domaćih rešenja pojedinih pitanja iz domena nezavisnosti regulatornog tela sa rešenjima u zemljama iz neposrednog okruženja i zemljama anglosaksonskog prava.

**Ključne reči:** samostalnost Komisije, pravni položaj, institucionalna nezavisnost, personalna nezavisnost, finansijska nezavisnost, operativna nezavisnost.

---

\* jbrasic@jura.kg.ac.rs

## **1. Uvodna razmatranja**

Obezbeđenje pravne sigurnosti i očuvanje principa pouzdanosti ulagača u objavljene podatke o emitentima i hartijama od vrednosti osnovni je cilj nadzora nad poslovanjem učesnika na finansijskom tržištu. Kako se u temelju finansijskih tržišta nalazi poverenje, to je neophodno obezbediti da detaljno regulisanje ne ostane mrtvo slovo na papiru, već da propisana pravila ponašanja u trgovini hartijama od vrednosti budu dosledno primenjivana od strane tržišnih aktera. Umanjenje tržišnih nesavršenosti i ublažavanje mogućih posledica čini se uvođenjem obaveze objavljivanja prospekta i finansijskih izveštaja emitentata hartija od vrednosti, kao i osnivanjem posebnih regulatornih tela od strane države, zaduženih za obezbeđivanje legalnosti u finansijskim transakcijama. Kroz nadležna regulatorna tela država podiže nivo informisanosti, kontroliše zakonitost u objavljenim podacima, štiti investitore i pošteno, korektno i profesionalno poslovanje prisutnih učesnika.

Uspostavljanju nadzora nad obavljanjem finansijskih transakcija znatno su doprineli veliki berzanski krahovi i ekonomske krize do kojih je dolazilo usled trgovine na osnovu nedovoljno pouzdanih hartija od vrednosti, prevarnih informacija, različitih manipulativnih radnji finansijskih posrednika i zloupotreba na tržištu koje su uzrokovane špekulativnim radnjama tržišnih učesnika. Činjenica da su se u srži korporativnih skandala, koji su u pozadini berzanskih krahova, nalazila krivotvorenja finansijskih izveštaja i zloupotrebe velikih investitora, išla je u prilog osnivanju profesionalnog pravnog lica koje bi se bavilo isključivo nadzorom i održavanjem reda u poslovanju na finansijskom tržištu. U tom cilju države konstituišu posebne, specijalizovane i nezavisne institucije kojima poveravaju vršenje prudencionog nadzora. Sledeći praksu država sa razvijenim finansijskim tržištem, i u Republici Srbiji se osniva Komisija za hartije od vrednosti (u daljem tekstu: Komisija), koja dobija ovlašćenja delanja u cilju sprečavanja zloupotreba u finansijskom sektoru.

## **2. Osnivanje i uloga Komisije za hartije od vrednosti RS**

Komisija za hartije od vrednosti je samostalna i nezavisna organizacija, koja odobrava izdavanje hartija od vrednosti, stara se o objavljivanju podataka o izdavaocima hartija od vrednosti, daje dozvolu za učešće u trgovini i vrši kontrolu učesnika na finansijskom tržištu. Osnovana



je na osnovu Zakona o hartijama od vrednosti<sup>1</sup> 1990. godine Odlukom Savezne vlade o delokrugu i sastavu Komisije. Novoosnovana Komisija je kao nezavisna savezna institucija, ceneći legalitet emisije i ukupni bonitet emitenta, odobravalala izdavanje dugoročnih hartija od vrednosti, kontrolisala njihov primarni i sekundarni promet, izdavala dozvole za rad berzi i berzanskim posrednicima i vršila druge funkcije koje su bile utvrđene zakonom (Slijepčević, 1995: 525). Međutim, iako je samo formiranje Komisije bilo značajan pomak u uslovima naglog razvoja finansijskog tržišta, ipak u odredbama zakona kojima je bio regulisan njen pravni položaj, bilo je izvesnih nedorečenosti, koje su otvorile čitav niz dilema o statusu Komisije.

Znatan pomak u odnosu na raniju regulativu načinjen je odredbama Zakona o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata<sup>2</sup>, a danas je položaj i status Komisije regulisan odredbama Zakona o tržištu kapitala<sup>3</sup>. Zakonom o tržištu kapitala u čvršćeni su položaj i nadležnosti Komisije radi praćenja savremenih trendova na finansijskom tržištu, kao što su porast broja izdavaoca hartija od vrednosti, stalno rastuće ponuda i potražnja, razvoj globalnog finansijskog tržišta, novi oblici trgovanja, novi finansijski instrumenti. Odredbama Zakona o tržištu kapitala Komisija je određena kao samostalna organizacija van klasičnog upravnog aparata, koja za svoj rad isključivo odgovara Narodnoj skupštini.<sup>4</sup>U prilog samostalnosti i specifičnosti pravnog položaja Komisije svedoči činjenica da je osnovana zakonom, te da jedino može i biti ukinuta od strane tela koje je osnovalo, za razliku od ranije Savezne komisije, koja je bila osnovana Uredbom i nije imala status nezavisnosti jer je njene članove postavljala Vlada (Slijepčević, 1995: 525). Komisija je pravno lice sa sedištem u Beogradu, koje u ime Republike Srbije nadzire sprovođenje Zakona o tržištu kapitala, Zakona o preuzimanju akcionarskih društava<sup>5</sup>, Zakona o investicionim fondovima<sup>6</sup> i Zakona o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma<sup>7</sup>. Sastav Komisije, kao centralnog organa zvaničnog nadzora, čine stručnjaci za poslovanje hartijama od vrednosti. Sva ovlašćenja, koja ima Komisija, jesu javna ovlašćenja jer ih izvršava kao

1 *Sl. list SRJ*, br. 90/94.

2 *Sl. glasnik RS*, br. 47/06.

3 *Sl. glasnik RS*, br. 31/2011.

4 Čl. 239 Zakona o tržištu kapitala.

5 *Sl. glasnik RS*, br. 46/2006 i 107/2009.

6 *Sl. glasnik RS*, br. 46/2006, 51/2009 i 31/2011.

7 *Sl. glasnik RS*, br. 20/2009, 72/2009, 91/2010 i 139/2014.

poslove poverene od strane države, a isključivi poslovi, koji spadaju u nadležnost Komisije, jesu poslovi nadzora i sankcionisanja učesnika koji su prekršili pravila o trgovini hartijama od vrednosti, te se može reći da je specijalizovan organ. Rad Komisije je javan, sve informacije kojima Komisija raspolaže, a koje su nastale u radu ili u vezi sa radom Komisije, mogu biti saopštene tražiocu informacije, stavljen na uvid dokument koji sadrži traženu informaciju ili može biti izdata kopija zahtevanog dokumenta (Komisija za hartije od vrednosti, 2015).

### **3. Institucionalna samostalnost i pravni položaj Komisije za hartije od vrednosti**

Razvoj finansijskog tržišta i reforma koja je donošenjem novog zakona izvršena na tržištu kapitala zahtevali su uspostavljanje nezavisnosti Komisije radi njenog nesmetanog funkcionisanja. Svoju unutrašnju organizaciju Komisija uređuje samostalno donošenjem Statuta i pravilnika o radu, kao i tarifnika na osnovu koga naplaćuje naknade za usluge koje pruža učesnicima trgovine. Nadzor koji Komisija sprovodi je upravni nadzor, koji se odvija po pravilima opšteg upravnog postupka. Postupak pred Komisijom pokreće se po službenoj dužnosti ili po zahtevu stranke, a Komisija odluke donosi kolektivnim odlučivanjem, na osnovu podnetih dokaza i drugih raspoloživih činjenica. Odluke su konačne i protiv njih nije moguće uložiti žalbu drugostepenom organu. Međutim, nezadovoljna stranka ima mogućnost podnošenja tužbe Upravnom sudu radi ostvarenja prava u upravnom sporu.

Institucionalna nezavisnost ukazuje na status Komisije kao organizacije odvojene od izvršne i zakonodavne grane vlasti i omogućava Komisiji da nesmetano vrši kontrolu i reguliše sektor koji nadgleda, da izvršava svoje nadležnosti i odupire se političkim pritiscima. Ključne komponente institucionalne nezavisnosti jesu personalna nezavisnost, odnosno precizirano trajanje mandata i uslova za razrešenje rukovodilaca, kao i operativna nezavisnost koja se manifestuje kroz mogućnost za otvorenim i transparentnim donošenjem odluka (Quintyn, Ramirez, Taylor, 2007: 8). Institucionalna nezavisnost ukazuje da Komisija mora biti u stanju da donosi odluke koje pripadaju sferi njene nadležnosti, bez nepotrebnog uplitanja od strane ministara, narodnih poslanika i drugih vladinih zvaničnika (Abrams, Taylor, 2000: 6). Međutim, samostalnost Komisije dovedena je u pitanje zakonskom odredbom u kojoj se navodi da sve poslove koje obavlja, izvršava kao poverene poslove.<sup>8</sup>Tumačeći navedeni

---

8 Čl. 262 Zakona o tržištu kapitala.

član Zakona o tržištu kapitala, može se zaključiti da je nezavisnost Komisije samo proklamacija (Labudović Stanković, 2011: 128). Ova zakonska odredba približava Komisiju vršiocima uprave, koji poslove koji su im dodeljeni obavljaju takođe kao poverene. Od strane države radi obavljanja stručnih i sa njima povezanih upravnih poslova osnivaju se posebne javne agencije, te se u cilju istraživanja institucionalne nezavisnosti Komisije javlja potreba za analizom sličnosti i razlika između javnih agencija u Republici Srbiji i Komisije kao institucije. Javne agencije se osnivaju ukoliko razvojni, stručni i regulatorni poslovi ne zahtevaju stalan i neposredan politički nadzor i ako javna agencija može bolje i delotvornije da ih vrši od organa državne uprave.<sup>9</sup>

Naime, javne agencije nisu organi državne uprave, već su samostalne organizacije koje obavljaju poslove od opšteg interesa. Javne agencije po svojoj prirodi ne raspolazu autoritativnim ovlašćenjima koja imaju organi uprave, te im se stoga poveravaju javna ovlašćenja Zakonom o javnim agencijama (Milkov, 2013: 87). U svom radu i javne agencije su samostalne i Vlada ne može usmeravati njihov rad, niti ga usklađivati sa radom organa državne uprave (Bačanin, 2011: 180). Potvrda njihove samostalnosti jeste status pravnog lica, koji stiču upisom u sudski registar (Bačanin, 2011: 180). U prilog institucionalne nezavisnosti Komisije je činjenica da njene članove postavlja Narodna skupština, kao i da saglasnost na statut Komisije daje Narodna skupština. Dakle, u pojedinim segmentima u pravnom položaju Komisije ima odstupanja koja je približavaju nedržavnim subjektima, dok, sa druge strane, ima odstupanja koja je približavaju i organima državne uprave. Ipak, Komisija je u obavezi da izveštaje o svom radu podnosi Vladi, čime je stvorena konstantna napetost između članova Komisije i predstavnika Vlade. Takođe, Komisija, iako je osnovana sa ciljem da obezbedi poštovanje odredaba zakona kojim se reguliše trgovina hartijama od vrednosti nema mogućnost da daje tumačenja zakona, već u slu čaju da postoje određene nedoumice i sporna pitanja može jedino konsultovati Ministarstvo finansija (Jovanić, Kovačević, 2008: 12). Takođe, institucionalna nezavisnost podrazumeva i nezavisnost od političkih delovanja i nastupanja političkih partija i funkcionera koji su trenutno na vlasti. Komisija je u tom pogledu samostalna institucija koja obavlja poslove u ime države radi očuvanja finansijske stabilnosti i stabilnosti na tržištu hartija od vrednosti, kao i radi zaštite investitora i očuvanja načela pravne sigurnosti. Sve navedeno ukazuje na činjenicu da je Komisija osnovana sa ciljem sprovođenja nadzora na finansijskom tržištu, te da

---

9 Čl. 2 Zakona o javnim agencijama, *Sl. glasnik RS*, br. 18/2005 i 81/2005.

su joj dodeljene i posebne nadležnosti i proklamovana institucionalna nezavisnost. Međutim, iako je samostalna organizacija koja obavlja poslove od opšteg interesa, njena samostalnost nije potpuna. Po svom statusu ona se nalazi između javnih agencija, od kojih ima veći stepen nezavisnosti, i samostalnih državnih organa, jer njena nezavisnost nije apsolutna, što njen pravni položaj čini još specifičnijim. Stoga se u cilju potvrđivanja njene nezavisnosti i utvrđivanja pravnog položaja u pravnom sistemu Republike Srbije, njena institucionalna nezavisnost razlaže na tri komponente: personalnu, finansijsku i operativnu nezavisnost. Svaki od ovih segmenata nezavisnosti sa svoje strane ukazuje na stepen samostalnosti Komisije i probleme koji se javljaju.

Uporednopravno posmatrano, regulatorna tela na finansijskim tržištima zemalja u okruženju osnovana su kao pravna lica, van upravnog aparata, u čiji se rad ne mogu uplitati ostali vršiocci vlasti i javnih funkcija. Pojedine organizacije za nadzor na finansijskim tržištima osnovane su posebnim zakonima, kojima je regulisan njihov pravni položaj. Na finansijskom tržištu Velike Britanije postoji jedinstveno telo za nadzor nad transakcijama u bankarskom sektoru, poslovima osiguranja i transakcijama sa hartijama od vrednosti, koje samostalno obavlja sve regulatorne i kontrolne poslove, dok je složena tržišna struktura finansijskog sektora SAD nužno nametnula potrebu osnivanja posebnog regulatornog tela za nadzor nad transakcijama sa hartijama od vrednosti (Singh, 2007: 1–2).

### **3.1. Personalna nezavisnost**

Poseban segment institucionalne samostalnosti Komisije jeste personalna nezavisnost, koja se odnosi na nezavisnost rukovodećih lica i kojom se obezbeđuje savesnost, nepristrasnost i stručnost u radu njenih članova. Personalna nezavisnost obezbeđuje se propisivanjem jasnih kriterijuma za izbor i razrešenje članova rukovodećih organa, precizno razgraničenom i ustanovljenom nadležnošću ovih lica. Za članove Komisije potrebno je izabrati ugledne pojedince, osobe od ličnog i profesionalnog integriteta, a ne samo delegirati predstavnike vladajućih stranaka. Taj zahtev je od ključnog značaja za obezbeđivanje efektivnosti u radu Komisije.

Komisija broji pet članova, uključujući i predsednika, koje na predlog nadležnog radnog tela za poslove finansija bira i razrešava Narodna skupština RS.<sup>10</sup> Radom Komisije rukovodi predsednik, koji obavlja i

poslove zastupanja i predstavljanja na protokolarnim događajima. Predsednik i članovi Komisije su stalno zaposleni, čime je obezbeđen kontinuitet u poslovanju.<sup>11</sup> Mandatni period na koji se biraju predsednik i članovi je pet godina. Kratak mandatni period predviđen je kako bi se obezbedila nezavisnost konstantnom zamenom članova. Strogost ovakve zakonske odredbe ublažena je mogućnošću ponovnog imenovanja u članstvo Komisije, čime se potvrđuje da stručni kvaliteti kandidata ipak odnose prevagu. Tokom razmatranja personalne nezavisnosti važno je obratiti pažnju na broj mandata predsednika i članova, budući da zakonskim odredbama nije predviđeno u koliko se ponovnih mandata lica mogu birati. Naime, ponovljeni mandati ovih lica mogu ukazivati samo na njihovu poslušnost političkoj dimenziji, a ne i na stvarne uspehe u radu, imajući u vidu da ih u Narodnoj skupštini biraju predstavnici političkih stranaka, koji će svakako birati lica iz sopstvenih redova. Veoma važno je da personalna nezavisnost, priznata zakonskim tekstom, postane i stvarna nezavisnost, odnosno potrebno je doslovno sprovoditi odredbe zakona radi očuvanja kontinuiteta u radu i nezavisnosti članstva. U suprotnom, česte promene rukovodstva Komisije, česte rotacije članova i razrešenje pre vremena mogu bitno narušiti samostalnost Komisije i uticati na nepristrasnost njenih članova. Česte promene rukovodilaca ukazuju na manju stvarnu nezavisnost Komisije, s obzirom na to da je često promena povezana sa političkim faktorom, a ne činjenicom da manje uspešnog člana zamenjuje sposobniji (Nikolić, 2011: 532).

Samostalnosti Komisije bitno doprinose i pravna pravila o sprečavanju sukoba interesa predsednika, članova i zaposlenih Komisije, koji ne mogu imati vlasničko učešće ili upravljati pravnim licima kojima Komisija daje dozvole za obavljanje delatnosti, ne mogu predstavljati interese tih lica pred Komisijom, državnim organima ili drugim organima.<sup>12</sup>

Takođe, ne mogu obavljati druge poslove koji bi mogli uticati na njihovu samostalnost, nepristrasnost i javni ugled.<sup>13</sup>

Predsednik, članovi i zaposleni Komisije uživaju potpunu pravnu sigurnost jer im radni ili drugi ugovorni odnos sa Komisijom po osnovu koga obavljaju svoje dužnosti može prestati jedino u situacijama predviđenim zakonskim odredbama. Naime, članstvo u Komisiji prestaje na zahtev člana (ostavka), starosnim penzionisanjem i razrešenjem samo iz zakonom predviđenih razloga (Jovanović, 2012: 130). U vršenju svoje

---

10 Чл. 245 Закона о тржишту капитала.

11 Чл. 245 Закона о тржишту капитала.

12 Чл. 247 Закона о тржишту капитала.

dužnosti predsjednik, članovi i zaposleni moraju postupati stručno, savesno i nepristrasno, a sve poverljive podatke označene kao poslovna tajna dužni su da čuvaju sve vreme obavljanja funkcije u Komisiji, kao i u određenom periodu nakon prestanka dužnosti.<sup>14</sup> U suprotnom, podležu krivičnoj odgovornosti za izvršeno krivično delo odavanja poslovne tajne. Novina u odnosu na prethodni zakon, koji je regulisao pravni položaj Komisije, jeste predviđeni kvalifikovani imunitet članova. Naime, član Komisije, zaposleni ili lice angažovano od strane Komisije ne može biti lično odgovorno za bilo koju radnju ili propust koji se dogodi u toku vršenja službene dužnosti, osim ukoliko se radi o zloj nameri ili namernoj zloupotrebi položaja.<sup>15</sup> Postupanje po odredbama zakonskog teksta i drugih pravnih akata koji uređuju poslovanje Komisije od strane članova i zaposlenih štiti njihov pravni položaj u Komisiji i dodatno utiče na povećanje nivoa personalne nezavisnosti. Sa druge strane, njihova zaštićena pozicija prestaje i podležu odgovornosti ukoliko sa namerom zloupotrebe položaj koji imaju u Komisiji i time pričinu materijalnu štetu. Međutim, ono što se može primetiti kao nedostatak ovakve zakonske odredbe jeste da je izostavljena odgovornost i u slučaju nehatnog postupanja, što može uticati na članove Komisije da olako drže do obaveza koje su im stavljene u radnu dužnost.

Članove Komisije za hartije od vrijednosti Republike Crne Gore po jasno utvrđenim kriterijumima bira Skupština, ali na predlog Vlade Republike Crne Gore, čime se zaključuje da ima manji stepen personalne nezavisnosti od domaće Komisije.<sup>16</sup> Članove i predsjednika hrvatske Agencije za nadzor finansijskih usluga imenuje i razrešava Hrvatski sabor na predlog Vlade, što umanjuje nezavisnost i ovog tela u odnosu na domaću Komisiju.<sup>17</sup> Mandat na koji se biraju je duži i iznosi šest godina sa mogućnošću ponovnog izbora. Predsednika i članove Komisije za vrijednosne papire Federacije BiH imenuje i razrešava predsjednik Federacije BiH uz saglasnost potpredsednika, a imenovanje i razrešenje potvrđuje Parlament.<sup>18</sup> Komisija za hartije od vrednosti Republike Makedonije broji pet članova koje na mandatni period od pet

---

14 Čl. 256 Zakona o tržištu kapitala.

15 Čl. 251 Zakona o tržištu kapitala.

16 Čl. 11 Zakona o hartijama od vrijednosti Republike Crne Gore, *Sl. list RCG*, br. 59/00, 10/01, 43/05, 28/06, *Sl. list RCG*, br. 53/09.

17 Čl. 4 Zakona o Hrvatskoj agenciji za nadzor finansijskih usluga, *N. novine RH*, br. 140/05, 154/11, 12/12.

18 Čl. 5 Zakona o Komisiji za vrijednosne papire FBiH, *Sl. novine FBiH*, br. 39/98, 36/99, 33/04.

godina sa mogućnošću ponovnog imenovanja bira Skupština na predlog Vlade Republike Makedonije.<sup>19</sup> Na mandatni period od šest godina sa pravom ponovnog izbora članove najviših organa Agencije za trgovinu vrednosnim papirima Republike Slovenije imenuje Narodna skupština na predlog Vlade.<sup>20</sup> Članove rukovodećih organa britanske Agencije za finansijske usluge bira Ministarstvo finansija, ali uprkos tome, ovo telo ima izuzetno velika ovlašćenja i samostalnost u obavljanju svojih poslova. Komisija za hartije od vrednosti SAD ima pet članova, koje na mandatni period od pet godina postavlja predsednik SAD uz većinsko odobrenje Senata.<sup>21</sup> Na čelu Komisije nalazi se predsednik, dok od preostalih članova Komisije najviše tri člana mogu pripadati istoj političkoj stranci. Takođe, predsednik Komisije nema pravo da razreši sa dužnosti nijednog od članova, takozvanih komesara. Ovakvim pravilima obezbeđena je nezavisnost članstva u postupanju.

### **3.2. Finansijska nezavisnost**

Kako bi se mogla efikasno starati o ostvarenju postavljenih ciljeva i odupirati uticaju politike, Komisija je definisana kao finansijski samostalna organizacija. Budžetska autonomija, u smislu postojanja namenskih izvora finansiranja i sposobnosti da izdvaja sredstva u skladu sa svojim internim prioritetima posebno je važna za ostvarenje postavljenih ciljeva (Abrams et al. 2000: 6). Sredstva za rad Komisije obezbeđuju se iz naknada koje se, u skladu s pravilnikom o tarifi, naplaćuju za obavljanje poslova iz njene nadležnosti, kao i iz drugih izvora navedenih u finansijskom planu, a u skladu sa zakonom.<sup>22</sup> Iz prihoda koje ostvari izdvajaju se sredstva za rezerve Komisije, iz kojih se pokriva nastali višak rashoda nad prihodima, a ukoliko sredstva rezervi nisu dovoljna, gubitak u poslovanju pokriva se iz budžeta RS. Sa druge strane, višak godišnjih prihoda nad rashodima uplaćuju se u budžet RS, čime je ugrožena sloboda Komisije u slobodnom rukovođenju ostvarenim sredstvima, kao jedan od temeljnih postulata finansijske nezavisnosti. Za razliku od Komisije, koja nema mogućnost izbora u raspodeli poslovnog viška, javna agencija višak prihoda nad rashodima može koristiti za

---

19 Čl. 183 Zakona o hartijama od vrednosti, *Sl. vesnik R. Makedonije*, br. 95/2005, br. 25/2007, br.7/2008.

20 Čl. 477 Zakona o trgovini finansijskim instrumentima, *Uradni list R. Slovenije*, br. 108/10.

21 Zakon o berzama hartija od vrednosti SA D iz 1934, sa izmenama i dopunama kroz P. L.-112-158, odobreno 10. avgusta 2012, Naslov I, čl. 4 (a).

22 Чл. 259 Закона о тржишту капитала.

razvoj agencije, za nagrađivanje zaposlenih ili ga preneti u budžet RS.<sup>23</sup> Godišnji finansijski izveštaj Komisija podnosi Narodnoj skupštini RS, u roku od četiri meseca od završetka poslovne godine.

Sredstva za rad Komisije za hartije od vrijednosti Crne Gore obezbeđuju se iz naknada koje se plaćaju za podnošenje zahteva Komisiji za hartije od vrijednosti, naknada koje se plaćaju za registraciju i prenos hartija od vrednosti kod lica ovlašćenih za registraciju hartija od vrednosti i iz drugih izvora.<sup>24</sup> Višak prihoda nad rashodima koristi se isključivo za ispunjenje zakonskih obaveza vezanih za vršenje funkcije regulatornog i nadzornog organa u oblasti hartija od vrednosti, što ukazuje na veću budžetsku samostalnost od domaće Komisije jer je jedino ograničenje korišćenje sredstava u skladu sa ciljevima osnivanja. Hrvatska Agencija za nadzor finansijskih usluga finansira se iz sredstava državnog budžeta, naknada od imovine i prihoda subjekata nadzora i naknada za pružene usluge.<sup>25</sup> Ukoliko rashode nije moguće pokriti iz sopstvenih sredstava, pokrivaju se iz državnog budžeta, dok se višak prihoda nad rashodima uplaćuje u državni budžet. Finansijski plan se, za razliku od domaće Komisije, dostavlja Ministarstvu finansija. Komisija za vrijednosne papire Federacije BiH finansira se od prihoda od naknada i taksa ostvarenih vršenjem poslova iz sopstvene nadležnosti, a sav višak koji se ostvari nad rashodima za jednu poslovnu godinu prenosi se u iduću godinu, što ukazuje na veliku slobodu u raspolaganju sredstvima, niže troškove poslovanja i visok stepen budžetske samostalnosti.<sup>26</sup>

Sredstva za rad Komisije za hartije od vrednosti Republike Makedonije obezbeđuju se iz naknada i taksa koje Komisija naplaćuje za pružene usluge prema tarifniku koji pre stupanja na snagu odobrava Vlada. Višak prihoda nad rashodima koji Komisija ostvari u svom radu uplaćuje se u poseban Fond rezervi Komisije i koristi se za finansiranje nedostatka resursa Komisije, kao i premošćavanje neslaganja prihoda i rashoda u razvoju i promociji rada Komisije.<sup>27</sup> Agencija za trgovinu vrednosnim papirima Republike Slovenije finansira se iz naknada koje ubira u obavljanju sopstvenih poslova. Ukoliko u toku jedne poslovne godine rashodi premašuju prihode, gubitak se pokriva iz sredstava rezervi, a ukoliko sredstva rezervi nisu dovoljna za nastali deficit, ostatak se pokriva sredstvima iz budžeta Republike Slovenije, ali samo ukoliko

---

23 Čl. 52 Zakona o javnim agencijama.

24 Čl. 19 Zakona o hartijama od vrijednosti Republike Crne Gore.

25 Čl. 20 Zakona o hrvatskoj agenciji za nadzor finansijskih usluga.

26 Čl. 19 Zakona o Komisiji za vrijednosne papire FBiH.

27 Čl. 228 Zakona o hartijama od vrednosti R. Makedonije.



je to neophodno i ukoliko bi Agencija za trgovinu vrednosnim papirima bila ozbiljno ugrožena u obavljanju zadataka.<sup>28</sup> Regulatorno telo na finansijskom tržištu Velike Britanije ima veliku samostalnost u finansiranju, a posebno su utvrđeni parametri na osnovu kojih se izdvajaju primanja za predstavnike najviših organa Agencije za finansijske usluge, čime se postiže racionalizacija troškova u poslovanju. Nadzorni organi koji uživaju visok stepen budžetske nezavisnosti spremniji su da izdrže političko uplitanje, budžetske pritiske i da brže reaguju na novonastale potrebe u oblasti nadzora, kao i da obezbede dovoljno atraktivne plate kako bi zaposlili stručno osoblje (Quintyn et al. 2007: 10).

### **3.3. Operativna nezavisnost**

Pravna pretpostavka operativne nezavisnosti ne odnosi se samo na proklamaciju nezavisnosti Komisije u Zakonu o tržištu kapitala, već i na otklanjanje svih nejasnoća i nedorečenosti koje bi mogle u pojedinim situacijama proizvesti odredbe zakonskog teksta. Propisi o operativnoj nezavisnosti Komisije u velikoj meri slede praksu u razvijenim tržišnim privredama, obezbeđujući kapacitete za ostvarenje nadležnosti i funkcija koje su dodeljene Komisiji, a kroz obezbeđenje kompetentnih ljudskih resursa.

Jasni kriterijumi za efikasno sprovođenje svih dodeljenih nadležnosti i funkcija Komisije obezbeđuju njenu operativnu nezavisnost. Ovaj segment nezavisnosti omogućava Komisiji da sve odluke koje donosi samostalno, te da ih može sprovesti bez spoljašnjih pritisaka. Ovlašćenja Komisije stavljena su joj u nadležnost radi ostvarenja osnovnih ciljeva njenog osnivanja, a koji se odnose na zaštitu investitora, obezbeđenje efikasnog i transparentnog tržišta i smanjenje mogućnosti nastanka sistemskog rizika (Jovanić, Kovačević, 2008: 35). U skladu sa tim Komisija ima brojne nadležnosti koje se mogu svrstati po različitim kriterijumima. Komisija ima regulatorna ovlašćenja koja joj omogućavaju donošenje pravnih pravila sa normativno obavezujućim karakterom, kao i propisivanje neophodnih uslova za emisiju hartija od vrednosti i dobijanje statusa ovlašćenog u česnika na finansijskom tržištu (Slijepčević, 1995: 528). Međutim, regulatorna funkcija Komisije i nakon izvršenih reformi ipak ima određenih slabosti, koje se manifestuju u odsustvu legislativne inicijative. Preventivno delujući Komisija daje odobrenja za emisiju hartija od vrednosti i dozvole za u češće u trgovini hartijama od vrednosti i organizovanju trgovine, čime

---

28 Čl. 493 Zakona o trgovini finansijskim instrumentima R. Slovenije.

sprečava potencijalne zloupotrebe i malverzacije na tržištu, kao i štetu koja može nastati iz izvršenih zloupotreba. Posebno značajna jesu procesna ovlašćenja posredstvom kojih Komisija vrši kontrolu i nadzor nad tržišnim akterima, proveravajući zakonitost i pravilnost rada i sprovodeći istragu radi utvrđivanja činjenica značajnih za odlučivanje. Odredbama Zakona o tržištu kapitala postupak nadzora detaljnije je uređen nego što je to bilo u Zakonu o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata iz 2006. godine. Naime, Komisija sprovodi nadzor neposredno u prostorijama subjekta nadzora, kontinuirano na osnovu izveštaja, koje su subjekti nadzora dužni da joj dostavljaju, praćenjem, prikupljanjem i proverom podataka, u saradnji sa drugim organima i licima, koji joj mogu pomoći u delotvornijem radu.<sup>29</sup> Postupak nadzora počinje izdavanjem naloga za nadzor, dok se završava zaključenjem zapisnika, koji se sastavlja u toku postupka nadzora ili nakon izvršenog nadzora i sadrži detaljan opis utvrđenog činjeničnog stanja. U okviru ove grupe nadležnosti mogu se svrstati i represivna ovlašćenja Komisije, kao mogućnost izricanja sankcija i mera učesnicima trgovine koji su prekršili pravila o trgovanju, odnosno ukoliko u postupku nadzora bude utvrđeno postojanje nepravilnosti i nezakonitosti. Pored mera koje je po odredbama i prethodnog zakona mogla izricati, posebno značajan napredak jeste i mogućnost Komisije da izriče novčane kazne.<sup>30</sup> Takođe, novina u odnosu na prethodni zakon jeste i skraćeni postupak nadzora u kome Komisija ima mogućnost izricanja mera radi urednog funkcionisanja finansijskog tržišta ili zaštite investitora, ukoliko je to neophodno, ukoliko se mere ne mogu odložiti, a činjenice na kojima se zasnivaju mere su prethodno utvrđene.<sup>31</sup>

Komisija ima i registarske nadležnosti i one označavaju obavezu da vodi javne registre o obavljenim emisijama i svim značajnim zbivanjima u funkcionisanju finansijskog tržišta. Informativne nadležnosti nalažu Komisiji da objektivno i ažurno prati stanje i funkcionisanje finansijskog tržišta, o čemu dalje obaveštava nadležne državne organe i javnost (Slijepčević, 1995: 528). Takođe, Komisija ima i edukativna ovlašćenja kroz čije izvršenje pruža pomoć institucijama koje se bave obučavanjem i pripremanjem lica za pravilno sprovođenje emisije i trgovinu hartijama od vrednosti. Važne nadležnosti jesu i savetodavni poslovi, koji daju pravo svakom učesniku trgovine da se pismeno ili usmeno obrati Komisiji radi konsultovanja o spornim pitanjima na

---

29 Čl. 264 Zakona o tržištu kapitala.

30 Čl. 275 Zakona o tržištu kapitala.

31 Čl. 274 Zakona o tržištu kapitala.

finansijskom tržištu. U cilju prevazilaženja problema koji su nastajali zbog zakonskih nedorečenosti ili pak zbog kolizije zakonskih odredaba, Komisija zauzima određene stavove i daje mišljenja koja su prihvatana kako od strane učesnika na finansijskom tržištu, tako i od pravosudnih i drugih državnih organa (Dabić, 1995: 110). Međutim, i pored detaljnog regulisanja nadležnosti Komisije i pretpostavki za ostvarenje njenih funkcija, posebno važno pitanje koje izaziva niz dilema i u izvesnoj meri ugrožava samostalnost Komisije jeste kontrola upravnog rada Komisije. Naime, iako je Komisija samostalna i nezavisna organizacija, van klasičnog upravnog aparata, sve poslove koji su joj zakonom dodeljeni vrši ipak kao poverene poslove. Stoga se postavlja pitanje ko će vršiti kontrolu nad nadzornom funkcijom koju ona ostvaruje na finansijskom tržištu. Sa jedne strane, predviđena je jednostепенost u odlučivanju, te su sve odluke koje Komisija donese u postupku upravnog nadzora konačne, što znači da nema kontrole njenog rada od strane drugostepenog organa. Sa druge strane, predviđeno je da nezadovoljna stranka ima pravo tužbe u upravnom sporu. No, pitanje na koje se očekuje odgovor jeste da li je operativna, a time i institucionalna nezavisnost, dodatno ugrožena kroz vršenje nadzora nad poslovanjem Komisije od strane Vlade, kao što je to slučaj sa javnim agencijama, jer nadzor nad radom javne agencije u pogledu poverenih poslova državne uprave vrši ministarstvo u čijem delokrugu su poslovi javne agencije (Milkov, 2013: 88).

Hrvatska Agencija za nadzor finansijskih usluga svoje nadležnosti vrši u cilju promocije i očuvanja stabilnosti finansijskog sistema i nadzora nad zakonitošću poslovanja subjekata nadzora, po načelima transparentnosti, poverenja i izveštavanja javnosti.<sup>32</sup> Ova agencija ima mogućnost legislativne inicijative, što je značajno veća operativna nezavisnost u odnosu na domaću Komisiju. Makedonska Komisija za hartije od vrednosti odgovorna je za zakonito i efikasno funkcionisanje tržišta hartija od vrednosti i zaštite investitora, kako bi se kontinuirano jačalo poverenje javnosti u institucije berzi.<sup>33</sup> Britanska Agencija za finansijske usluge ima ovlašćenja na donošenje brojnih propisa i uputstava, kroz koja ostvaruje svoju regulatornu funkciju i ciljeve koji su joj postavljeni, a koji se odnose na očuvanje poverenja u finansijsko tržište, finansijsku stabilnost, zaštitu potrošača i sprečavanje finansijskog kriminala.<sup>34</sup> U sprovođenju svojih nadležnosti,

---

32 Čl. 13 Zakona o Hrvatskoj agenciji za nadzor finansijskih usluga.

33 Čl. 181 Zakona o hartijama od vrednosti R. Makedonije.

34 *Financial Services and Markets Act 2000*, Ch.1, Part I, Section 3, 4, 5, 6 (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/contents>, 20. Jun 2015).

koje se na tržištu hartija od vrednosti odnose na odobravanje emisija, povezivanje u česnika transakcija, pružanje informacija, članovi Agencije za finansijske usluge imaju obavezu da slede praksu dobrog upravljanja.<sup>35</sup> Nadležnosti američke Komisije za hartije od vrednosti usmerene su na staranje o sprovođenju zakona kojim se reguliše tržište hartija od vrednosti, donošenje pravila o trgovini i kvalitetu hartija od vrednosti i široka procesna ovlašćenja, koja se naročito odnose na sprovođenje istrage i otkrivanje prevarnih radnji na finansijskom tržištu SAD.

#### 4. Zaključak

Radi jačanja pravnog položaja Komisije za hartije od vrednosti kao samostalnog organa u pravnom poretku Republike Srbije, neophodno je realizovati sve zakonski garantovane aspekte njene nezavisnosti. Potvrđena institucionalna nezavisnost Komisije, koja se manifestuje kroz personalnu, finansijsku i operativnu nezavisnost, dovoljan je pravni osnov za izgradnju pouzdanog sistema finansijskog tržišta. Stoga, stalno unapređenje samostalnosti Komisije i utemeljenje njenog pravnog položaja kao stabilne institucije na finansijskom tržištu koja uliva poverenje trenutnim i budućim investitorima doprinosi stabilnosti čitave privrede, bezbednom transferu kapitala između dva suprotstavljena sektora, sektora sa manjkovima i sektora sa viškovima i sprečava narušavanje reda i ravnoteže na tržištu.

Ovlašćenja dodeljena Komisiji Republike Srbije slabija su u odnosu na ovlašćenja američkog i britanskog regulatornog tela, ali prate trendove zemalja u razvoju i ne odstupaju u velikoj meri od načina na koji je ustanovljen pravni položaj regulatornih agencija na finansijskim tržištima zemalja u neposrednom okruženju, osim u delu koji se odnosi na nadležnosti Komisije i činjenicu da ona svoje poslove obavlja kao poverene. Personalna nezavisnost počiva na jasno utvrđenim kriterijumima za izbor i razrešenje članova, što će sprečiti mogućnosti za uplitanje političke dimenzije u rad Komisije. Međutim, ipak postoji mogućnost ometanja nezavisnosti članstva u radu Komisije jer Zakonom o tržištu kapitala nije ograničen broj ponovnih mandata članova. Takođe, zapaža se da u domenu personalne nezavisnosti Komisije postoji najviše pravnih praznina koje bi značajno mogle ometati samostalnost Komisije. U pogledu finansijske samostalnosti problem se javlja u činjenici da se sav višak ostvarenih sredstva nad rashodima na kraju

---

35 *Financial Services and Markets Act 2000*, Ch.1, Part I, Section 7.

jedne poslovne godine mora uplatiti u državni budžet, čime se sprečava slobodno raspolaganje samostalno ostvarenim sredstvima i unapređenje funkcionisanja Komisije. Glavni problem kod operativne nezavisnosti ogleđa se u problemu kontrole nad nadzornom funkcijom Komisije, čime se u izvesnoj meri narušava njena nezavisnost u odnosu na izvršnu vlast.

Stepen u kome je zaista realizovana institucionalna nezavisnost Komisije ukazuje na meru u kojoj je ovo telo u stanju da obezbedi slobodno funkcionisanje tržišta, poštenu tržišnu utakmicu i jednakost učesnika na tržištu. Ukoliko ova institucija nema punu nezavisnost od izvršne vlasti, ne može imati ni potreban autoritet za nadzor nad najdelikatnijim vlasničkim operacijama na tržištu.

## Literatura

Abrams, R., Taylor, M. (2000). *Issues in the Unification of Financial Sector Supervision*, IMF Working Paper, WP/00/213

Baćanin, N. (2011). *Upravno pravo – knjiga I*, Kragujevac: Pravni fakultet Kragujevac, Institut za pravne i društvene nauke

Dabić, S. (1995). Komisija za hartije od vrednosti, *Pravo i privreda*, br. 3–6/1995.

Labudović Stanković, J. (2011). *Finansijska tržišta Evrope: pregled i analiza*, Kragujevac: Pravni fakultet Kragujevac, Institut za pravne i društvene nauke

Jovanić, T., Kovačević, A. (2008). *Razvoj finansijskog tržišta Republike Srbije*, Beograd: PLAC

Jovanović, N. (2012). *Udžbenik iz Berzanskog prava*, Beograd: Pravni fakultet Beograd, Centar za izdavaštvo i informisanje

Milkov, D. (2013). *Upravno pravo I*, Novi Sad: Pravni fakultet Novi Sad, Centar za izdavačku delatnost

Nikolić, Lj. (2011), *Nezavisnost Evropske centralne banke i Narodne banke Srbije*, *Pravni život*, br. 11/2011

Singh, D. (2007). *Banking Regulation of UK and US Financial Markets*, Ashgate Publishing, Ltd. ([https://books.google.rs/books?id=bbEe7b6uEtUC&printsec=frontcover&hl=sr&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.rs/books?id=bbEe7b6uEtUC&printsec=frontcover&hl=sr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)),

Slijepčević, R. (1995). Pravni status Komisije za hartije od vrednosti, *Pravo i privreda*, br. 3–6/1995

Quintyn, M., Ramirez, S., Taylor, M. (2007). *The Fear of Freedom: Politicians and the Independence and Accountability of Financial Sector Supervisors*, IMF Working Paper, WP/07/25.

Komisija za hartije od vrednosti RS (2015). *Informator o radu Komisije za hartije od vrednosti Republike Srbije*

Zakon o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata. *Službeni glasnik RS*, br. 47/06

Zakon o tržištu kapitala. *Službeni glasnik RS*, br. 31/2011

Zakon o javnim agencijama. *Službeni glasnik RS*, br. 18/2005 i 81/2005. Zakon o hartijama od vrijednosti Republike Crne Gore. *Službeni list RCG*, br.59/00, 10/01, 43/05, 28/06, *Službeni list RCG*, br.53/09

Zakon o Hrvatskoj agenciji za nadzor finansijskih usluga. *Narodne novine RH*, br. 140/05, 154/11,12/12

Zakon o Komisiji za vrijednosne papire FBiH. *Službene novine FBiH*, br. 39/98, 36/99, 33/04

US Securities exchange Act of 1934.

UK Financial Services and Markets Act 2000.

[www.sec.gov.rs](http://www.sec.gov.rs)

**Jovana Brašić, LL.B.**

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Kragujevac

## **LEGAL STATUS AND INDEPENDENCE OF THE COMMISSION OF SECURITIES IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

### **Summary**

*The Commission for Securities is a regulatory authority in the capital market of the Republic of Serbia. It ensures safety and legality of financial transactions in the capital market, supervises the participants in financial transactions, and provides for a proper and consistent implementation of the legal provisions aimed at regulating trade in the financial markets. In the circumstances of global financial crisis, the legal status and competences of the Commission for Securities have been updated in order to keep up with the global trends in this area. In that context, the research in this paper is primary aimed at analyzing the current situation on the capital markets and the status of the Commission for Securities in Serbian legislation. The paper first focuses on analyzing the legal position, autonomy and independence of the Commission. In particular, the author discusses the importance of introducing control over the financial market participants by instituting a special regulatory body in the Serbian capital market. The author points out to the basic issues pertaining to the Commission status and analyzes each segment of its institutional independence, including its personnel, financial and operative independence. In addition, the author provides a comparative law overview of legal solutions related to specific issues in the field of independence of this regulatory authority, including the legislation envisaged in the neighbouring countries and common law countries.*

**Key words:** *Commission for Securities, legal status, insitutional independence, personnel independence, financial independence, operative independence.*





## **OVERVIEW OF CONTRACTUAL OBLIGATIONS OF THE KNOW-HOW LICENSOR UNDER THE MACEDONIAN LAW OF OBLIGATIONS**

**Abstract:** *The aim of this paper is to provide a comprehensive analysis of a part of contractual obligations of the licensor of know-how and their regulation in the Macedonian legislation. Special emphasis will be placed on two obligations that contracting parties inevitably incorporate into their agreement: the licensor's obligation to transfer the know-how and to give the necessary instructions and information for its successful utilization, and the licensor's obligation to guarantee the material and legal properties of know-how. Thus, this paper is divided into two systematic sections, focusing on each of these obligations respectively and examining the solutions contained in the Macedonian Obligation Relations Act that are applicable in the regulation of these contractual obligations.*

**Key words:** *know-how, know-how license agreement, obligation to transfer know-how, guarantee of material properties, guarantee of results, technical assistance, liability for eviction.*

### **1. Introduction**

In order to provide an overview of obligations of the licensor of know-how and their regulation in the Macedonian Obligation Relations Act (ORA),<sup>1</sup> we must at first address the terms “license” and “license agreement”. Generally, a license is an authorization to use. The verb “license” means the act of giving permission to use, while the noun “license” refers to the document memorializing that permission. A license is granted by one party (*licensor*) to another party (*licensee*) as an element of the parties’ agreement. A licensor may grant a license under all types of intellectual property law in order to authorize a copyright use (such as

\* [suzana.nashkova@gmail.com](mailto:suzana.nashkova@gmail.com)

1 Закон за облигационите односи (Law on Obligations). *Службен Весник на РМ*, бр. 18/01, 4/02, 84/08 и 161/09; [hereinafter: Obligation Relations Act (ORA)]

copyright software), patent use (manufacturing an invention), or trade secret use (a secret formula) (Epstein, 1991:§10.01), or in order to grant permission to a licensee to use its secret knowledge and experience. This agreement is known in the legal theory as a *know-how license agreement*. Based on the aforementioned acknowledgment, we could define the know-how license agreement as an agreement where one of the contractual parties - *the licensor of the know-how*<sup>2</sup> is obligated to transfer a specific knowledge and experience in the field of technology, as well as other business and financial knowledge and experiences, to the other party - *the licensee of know-how*<sup>3</sup> who is in return obliged to pay the agreed compensation for the transferred knowledge and experience, and to keep them secret under the principle of confidentiality of trade secrets (Lepotić, 2000:377). The Macedonian Obligation Relations Act (ORA) provides a general definition of license agreement, which also includes a possibility for know-how to be a subject of license agreement. Namely, the ORA states that: "By a licensing agreement, a licensor shall assume the obligation to assign to a licensee, entirely or partially, the right of use (franchise) of an invention, technical know-how and experience, trade-mark, sample or model, while the licensee shall assume the obligation to pay a specified fee in return" (art.750:§1).

The content of the know-how license agreement encompasses the rights and obligations of the contracting parties derived from the concluded license agreement. According to the principle of party autonomy of will, which this agreement is based on, the parties are free to arrange their rights and obligations in accordance with the purpose of the agreement. However, this freedom of the contracting parties to freely arrange their contractual relations cannot be understood in absolute terms. Namely, when drafting the contract provisions, the parties should take into consideration the legal and constitutional limitations that apply to this type of agreement. Moreover, the parties should pay special attention to analysis of the legal norms of the International Law applicable to contractual relations with foreign element in case when a know-how agreement contains such element. Also, when it comes to the know-how license agreement, the parties must pay attention to the norms of Competition Law, which by their nature are of imperative character, so that the agreement clauses should not interfere with them. Additionally, when drafting the agreement the parties should base their provisions on: the principle of good faith, the principle of good business practices (*bona fides*), the principle of prohibition of abuse of rights, etc.

Upon the analysis of the comparative legal theory and contractual practice, it may be concluded that almost all legal systems list the following obligations of the know-how licensor: the obligation to transfer the know-how; the obligation

---

2 Hereinafter: licensor

3 Hereinafter: licensee

to guarantee the substantive and legal properties of the know-how that is subject to transfer; the obligation to protect know-how from third parties; the obligation to maintain the secrecy of know-how; the obligation to grant exclusive license for know-how; etc. In this paper, we will examine some of the obligations of the licensor that are explicitly prescribed in the Macedonian Obligation Relations Act, including: *the licensor's obligation to transfer the know-how and give the necessary instructions and information for its successful utilization, and the licensor's obligation to guarantee the properties of the know-how that is subject to agreement.*

## **2. Licensor's obligation to transfer the know-how and give the necessary instructions and information for its successful utilization**

The purpose of every know-how license agreement is to enable exploitation of the know-how. In order to achieve this objective, i.e. in order to ensure that the licensee may exercise his/her rights, the know-how that is subject to the parties' agreement must first be transferred. Therefore, the transfer of the know-how is a fundamental obligation of the know-how licensor. The Macedonian Obligation Relations Act (ORA) expressly regulates this obligation by stipulating that: "*A licensor shall be obliged to deliver to a licensee the subject of the license within the designated time limit*" (Art. 747:§1). In legal theory, there are dilemmas concerning the manner of enabling the transfer of the know-how, but it is usually performed as a combination of the following three methods: the obligation to deliver the technical documentation and other technical means, training of the licensee's staff, and providing technical assistance. It should be noted that the staff training can sometimes be considered as technical assistance in a broader sense.

### **2.1 Delivery of the technical documentation and other technical means**

Generally, the term "*technical documentation*" means all written documents containing technical information relevant to the specific know-how. It is practical and recommendable that the agreement includes a technical documentation list along with the clause on the completeness of technical documentation (stipulating that the list includes the entire technical documentation under the agreement). This clause is a contractual provision that obligates the know-how licensor to deliver to the licensee all technical documentation specified in the list and other related documentation necessary for successful exploitation of the know-how. Some know-how license agreements include clauses which obligates the licensor to deliver to the licensee only the technical documentation that the licensor personally considers to be "reasonably necessary" for the successful exploitation of the know-how, or to such an extent that is considered to be "re-

asonably necessary” (Прица,1981:126). Yet, in the phase of conclusion of the agreement, the know-how licensee is not in a position to know in advance which technical documentation would be sufficient for successful use of the know-how; for this reason, we consider that this obligation should be based on objective criteria rather than on a purely subjective criterion such as the consciousness (*bona fides*) of the licensor. The former observation is supported by the fact that what seems to be reasonable and necessary in one case may not be sufficient in other case (*ibidem*). The list of technical documentation may be incorporated in the agreement or attached as an appendix. Given the specific circumstances, it may include all or some of the following: (a) Items: samples, unregistered designs, machines, apparatus, spare parts, tools, special accessories, etc.; (b) Technical documents: formulae, calculations, plans, drawings, etc.; (c) Instructions: notes concerning the design, manufacture or use of the product or process, technical recipes, explanations supplementing a patent, data on the organization of work, requirements in regard to buildings, layout of plant, etc.(UNECE, 1970:§5). The delivery of the technical documentation can be made either on several occasions, according to the dynamics of delivery specified in the agreement, or at once, within the period specified in the agreement or its annex. In terms of delay in the delivery, parties may agree on penalty fees payable in favor of the know-how licensee. The penalties are usually calculated for a period of one week, or for each commenced week of delay, in the amount of 0.5% or 0.10% of the know-how fee (Прица, 1981:128).

The term “*other technical means*” implies the physical objects/items needed for a better application of the know-how, which can be produced only by the person who possesses the know-how. For example, such means are: molds, tools, CDs and prototypes. One should have in mind that these material/data storages have dual legal status: on the one hand, they are proprietary means and thus they are regulated by Civil Law provisions; on the other hand, they are means that enable the transmission of intellectual information and thus they are regulated by provisions of Intellectual Property Law (Дабовиќ-Анастасовска, 2009:241). The possession of items is one matter and the right to use the information incorporated in those items is another matter, which should be (at least theoretically) separated from the constitutional transfer of the right of use of the subject of license. That distinction is particularly important in determining the license compensation. Namely, in practice, parties sometimes confuse this amount with the sales price of documentation, tools, molds, etc., which may often cause complications in the event of a dispute (*ibidem*). Concerning the contractual terms and dynamic of delivery, the penalties for delay shall be subject to the same rules which apply to the delivery of technical documentation.

## **2.2 Training of the licensee's staff**

The know-how which is the subject of agreement consists of complex knowledge and experience gained as a result of sophisticated scientific research and development. Therefore, in most cases the transfer of technical documentation is not enough to provide for its successful application. In fact, the nature of the object of agreement imposes obligation on the parties to agree on mandatory exchange of experts, which would train the licensee's staff in methods facilitating a more successful application of the know-how. The provisions governing the staff training involve two basic questions. The first question refers to determining the type of training that should be provided by the know-how licensor; how many people need to be trained; previous qualifications which they should possess; where the training will take place and how long it will last. The second question is related to the issue of regulating the cost of accommodation and traveling costs of the staff participating in training, if it is provided outside the place of their regular business activity (Прица, 1981:129). As a rule, the parties must in advance determine the place where the training will take place. If the training takes place at the licensor's site, whereby he owns more factories or production sites, it is necessary to determine in advance the exact facility (given the licensee's interest that the training takes place at the factory or site that has most modern equipment and technology), as well as the conditions under which the staff would be trained (which should be most similar to the conditions that licensor's staff usually have while performing their daily activities). Additionally, the agreement should in advance specify the number and qualifications of licensee's employees/experts who need to be trained. The agreement shall also specify the length of training for each employee/expert, depending on the qualifications they possess, expressed in a number of days or hours (*ibid*:130). The agreement should also contain provision related to the compensation of costs in case the licensor fails to provide an adequate training of the licensee's staff. In that case, the licensee should be entitled to compensation of simple damages (*damnum emergens*), as well as compensation for lost benefit (*lucrum cessans*), which the licensee should have gained by the performance of daily activities if the staff were not involved in the training by the licensor.

## **2.3 Technical Assistance**

Depending on the subject matter they regulate, the provisions pertaining to technical assistance may be classified into three groups. *The first set of provisions* includes the provisions which specify the type or manner of providing technical assistance. The specification of the type of technical assistance enables to precisely determine the following issues: whether the assistance will cover supervision of the equipment installation, ongoing assistance during the exercise

of daily tasks, laboratory services for testing and assessment of the quality of products, etc. (Прица, 1981:134). The *second set of provisions* is related to questions concerning the status, rights and obligations of persons participating in providing technical assistance. These provisions are necessary given the fact that, in most cases, technical assistance is realized through mutual visits of parties' experts, whose rights and duties should be precisely determined. Finally, the *third set of provisions* includes those governing costs for the given technical assistance. The compensation of costs for the given technical assistance shall be subject to the same provisions that apply to the compensation of costs for training of the licensee's staff (*ibidem*).

The licensor's obligation to transfer the object of agreement (i.e. the know-how) and to provide the necessary instructions and information for its exploitation is explicitly stipulated in the Macedonian Obligation Relations Act (ORA): "*The licensor is obliged to transfer the object of the license within the designated time limit*" (art.747:§1). Thereby, the ORA stipulates that the licensor is obliged to deliver the technical documentation required for successful exploitation of the subject of the license (art.747:§2). If this provision is interpreted in absolute terms, it can lead to some difficulties in practice. For example, if the licensor of know-how has not been in a position to exploit know-how directly or through third parties prior to the conclusion of the agreement, then it is quite clear that he does not possess additional technical documentation. Therefore, the solution lies in the relative interpretation of this Article, meaning that a licensor is obliged to transfer the subject of the license to the extent that allows the licensee to use it (Дабовиќ-Анастасовска, 2009:246). According to legal theory, the obligation contained in Article 748 of the ORA should also be interpreted in relative terms. The provision states: "*A licensor shall be obliged to provide a licensee with all instructions and information necessary for the successful use of the subject of license.*" The relativity of interpretation is reflected in the fact that licensor will be obliged to give such instructions and information only if he has some. Just like in case involving the obligation to transfer the technical documentation, if a licensor has not previously exploited the subject of the agreement (either directly or indirectly through third parties), then it is quite obvious that he is not in possession of such information (*ibidem*). When it comes to know-how agreements, especially in case of granting a license for its exploitation, it should be always taken in consideration that it is a business agreement which is expected to bring certain profit for both parties. Therefore, when it comes to provisions related to the delivery of relevant instructions and information, the most efficient instrument may be the clauses pertaining to the calculation of compensation. When the compensation is determined on the basis of results, it is more than apparent that a licensor will be very interested to contribute

towards the successful exploitation of the know-how by providing more precise instructions and more accurate information to the licensee.

### **3. The licensor's obligation to guarantee the properties of the know-how that is subject to agreement**

In bilateral consensual agreements, the contracting parties are liable for the material and legal properties of the subject of agreement. In the know-how license agreement, this responsibility is reflected in the licensor's obligation to guarantee two things: first, that the transferred know-how has the necessary technical characteristics and, second, that its exploitation does not violate the rights of industrial property of third parties (Прица, 1981:134-135). The licensor's obligation to be held liable for the material and legal deficiencies of the transferred know-how derives from the general liability of parties to perform contractual obligations. Relying on the fact that granting a license for transfer of know-how involves some kind of sale, we could say that the liability in these cases does not theoretically differ from the obligation of the seller to guarantee specific properties of goods in general Contract Law. However, considering the intellectual nature of the know-how and the legal nature of the know-how license agreement which differs from the sales agreement, the liability of the know-how licensor cannot be fully equalized with the liability for material and legal deficiencies of goods that are the subject of sales agreement. Hence, the analogy between these provisions may be used only for the purpose of regulating the legal gaps that may arise in case the liability of the know-how licensor is not defined by specific provisions. This obligation is envisaged as an obligation to guarantee the technical and characteristics of the transferred know-how.

#### ***3.1 Guarantee for the technical characteristics***

The licensor of the know-how is obligated to guarantee that the transferred know-how has certain technical characteristics. Nonetheless, he will be liable for technical properties of the know-how that are defined or mentioned in the agreement, but he may be also liable for the properties that the know-how should contain, considering the purpose for which the contract was signed by the know-how licensee if this purpose was known or should have been known by the know-how licensor. The scope of this guarantee covers the guarantee for properness and completeness as well as the guarantee of results, which will be analyzed in the following sections.

### 3.1.1 *The guarantee of properness and completeness*

This type of guarantee derives from the purpose of the concluded agreement, which means that it may be implied and does not need to be explicitly defined; but, in practice, it is the know-how licensor that often insist on its incorporation considering the fact that it imposes some limits to this obligation. On the other hand, the guarantee of properness and completeness also covers two types of guarantees: first, it guarantees that there will be no mistakes in the technical documentation and other technical means (*corpus mechanicum*), and that they are sufficient and suitable for transfer of the specific know-how; second, it guarantees that there is a common technical feasibility and technical fitness, i.e. technical applicability of the subject of license (Прица, 1981:136).

As for the technical documentation, the know-how licensee may indicate its malfunction or incompleteness at any time during the enforcement of the agreement. Irrespective of the fact whether deficiencies will occur in the phase of design, construction, putting a facility into operation, etc., the licensor is obliged to replace the inadequate documentation with proper one and to compensate the caused damage. If the documentation cannot be replaced or if there is a lack of technical feasibility, the know-how licensee can protect his/her rights by referring on the general contract law principles along with additional contractual restrictions (ibid:141-142).

As noted above, within the scope of this guarantee, the know-how licensor is obliged to guarantee for the common technical feasibility and technical fitness, i.e. technical usability of the subject of license. General technical feasibility is a possibility for technical production of certain items or a possibility to apply a specific procedure in the process of production. According to some authors, this guarantee includes the possibility to use the know-how under usual conditions for production of the specific type of products, or products of quality required for normal use. Special technical feasibility is not presumed automatically and it should be expressly defined. This obligation is foreseen in the Article 749 of the ORA, which states: "*A licensor shall guarantee to the licensee the technical feasibility and technical fitness of the subject of license.*" Unlike the guarantee for technical feasibility, the guarantee for technical fitness, i.e. usability of the subject of license, presumes a guarantee that the specified product or process will be adequate and sufficient for achieving the technical objective defined by the parties when concluding the agreement (Чавдар, 2001:692-693). The technical usability of the know-how can cause certain controversies in practice because sometimes it can be misinterpreted as a guarantee of the know-how licensor of the results that should be achieved by the know-how licensee. The technical feasibility and technical usability are complementary terms, but they



are not a substitute for each other. It is clear that if the subject of the agreement is technically feasible, but it is not technically usable, then the purpose of the agreement could not be achieved. If the subject of the know-how license agreement is neither technically feasible nor technically unusable, or if it is technically feasible and usable but it produces certain harmful effects, the question arises: How to regulate the responsibility of the know-how licensor? According to the comparative law as well as the domestic legislation, the licensee has several options: first, to request from the licensor to remove the deficiencies within an appropriate period and to claim damages; second, to request a reduction of the compensation proportionally to the damage (*actio quanti minoris*), or to request termination of the agreement and compensation of damage by the licensor. The compensation is governed by general rules for compensation of damage, whereby the amount will be examined on the merits of each case by determining whether the licensee is entitled to receive compensation in simple damages (*damnum emergens*) or compensation for lost benefit (*lucrum cessans*) (Дабовиќ-Анастасовска, 2009:248).

### 3.1.2 Guarantee of results

This type of guarantee obligates the know-how licensor to guarantee to the licensee that he will be able to achieve the desired results in his own production process, upon exerting relevant efforts and under other specific conditions. In addition to the contractual provisions, the following details should be specified: what results should be achieved; the procedure for determining the guaranteed value; and sanctions in case it cannot be achieved. The determination of results that should be achieved is based on certain technical parameters, such as: the quality standards of the final products (hardness, density, firmness, resistance to corrosion, etc.), or the quantity of the final product which may be obtained with the application of production process (considering the consumption of raw materials, energy per unit of production, etc.) (Прица, 1981:142).

The contractual provisions related to the procedure for determining the guaranteed values and, therefore, the liability of the know-how licensor may differ, depending on whether the role of the know-how licensor is limited to being only the equipment supplier, or whether he is both a supplier and a supervisor of the process of equipment installation. Hence, if the guaranteed values were not achieved due to deficiencies in the equipment, the know-how licensor will be obligated to remove them and to compensate the caused damage (Прица, 1981:143). If the licensor appears both as a supplier and a supervisor of the process of equipment installation, in case the guaranteed values were not achieved he will be obliged to compensate for the caused damage and pay additional costs for substitution and further adaptation of the equipment.

Guaranteed results and values are obtained if the guaranteed parameters are continuously achieved and maintained within a specified period, usually six months to one year. If the guaranteed results and values cannot be obtained given the circumstances which are outside the scope of licensor's liability, then he will be released from liability. However, if the guaranteed results cannot be obtained despite the presence of all necessary conditions, it will be considered that there are deficiencies of the know-how. Thus, the licensor will be entitled to remove the deficiencies and to compensate the caused damage. (ibid:144).

### ***3.2 Guarantee of the legal properties of know-how***

As a kind of contractual liability, liability for legal deficiencies entails imposing an obligation on the responsible party to act upon the request of the other (injured) party and to compensate the caused damage, resulting from the existence of legal deficiencies of the subject of the agreement. The distinctive feature of this kind of liability is that it exists independently from the fault of the responsible party (Marković, 1992:2187). The liability for legal deficiencies of the transferred object or right is called *liability for eviction*. The term *eviction* comes from the Latin word "*evincere, evictus*", which means that the acquirer of the right was defeated in court, i.e. he lost the dispute with a third person who, on the basis of his own ownership right, has taken possession of the right or property (Прица, 1981:147).

The consequences of infringement of the rights of third parties arising from the utilization of the transferred know-how can cause far-reaching consequences for both parties. Therefore, the parties of the agreement have at their disposal various possibilities for regulating this type of guarantee. More precisely, they may include provisions that would limit or exclude the liability of the licensor, obligate the licensor to be liable to certain extent, or obligate him to completely undertake the liability for the infringement of the rights of the third parties (Прица, 1981:145).

#### ***3.2.1 The notion "liability for eviction" and its application in know-how agreements***

When it comes to the agreements governing the transfer of know-how, the term *eviction* generally refers to the legal harassment of the acquirer of know-how by third parties, whose acts exerted influence on the right of the acquirer of know-how to use the transferred knowledge and experience as a whole or in part (Lepotić, 2000:380). The Macedonian Obligation Relations Act (ORA) regulates the obligation to provide guarantee for the legal deficiencies within the part pertaining to the regulation of the liability of the seller for the legal deficiencies.

es in sales agreements, which can by analogy be applied to the liability of the licensor in the know-how agreements. More precisely, the ORA stipulates that: *“A seller shall be liable should the object sold be subjected to a third party’s right (infringements) excluding, reducing or restricting a buyer’s right, whose existence was not communicated to the buyer, and the buyer did not accept the object subjected to such right”* (Art. 496:§1); in addition, the next paragraph specifies that: *“A seller of some other right shall guarantee its existence and lack of legal obstacles for its realization”* (ibid:§2).

The ORA provisions,<sup>4</sup> establishing in general terms the responsibility of the contracting parties in bilateral (consensual) agreements, are additionally specified for the license agreement in Article 750 of the ORA. According to this Article: *“A licensor shall guarantee that the right of use which is the subject of the agreement belongs to him, that there is no lien on it and that it is not restricted in favor of a third person.”* (ibid§1); *“Should the subject of agreement be an exclusive license, the licensor shall guarantee that he has not assigned the right of use to another, either entirely or partially.”*(ibid§2); *“A licensor shall be bound to protect and defend the right which he has assigned to the licensee against all third parties’ requests”* (ibid§3). If these provisions are interpreted in relation to Article 501<sup>5</sup> of the ORA and in conjunction with Article 110 of the ORA,<sup>6</sup> it can be concluded that the licensor’s responsibility for the legal deficiencies in the license agreement (and therefore the license for know-how) may be restricted or completely excluded, except if at the time of concluding the agreement the licensor was aware or must have been aware for this deficiencies (Дабовиќ-Анастасовска, 2009:253).

### 3.2.2 Forms of liability for eviction

The liability for eviction is embodied in the following forms of liability: licensor’s liability for personal actions, licensor’s obligation to protect the licensee from legal disturbance of third parties, and licensor’s obligation to return the given amount and compensate the licensee for damage arising from eviction (Прица, 1981:150).

---

4 See Art.110§2: *“A contracting party shall also be liable for legal failure of performance, and shall be bound to protect the other party against third persons’ rights and claims, which might exclude or restrict that party’s right.”*

5 See Art. 501§1 LCT: *Liability of a seller for legal deficiencies may be limited or entirely excluded by contract.*

6 See Art. 110§3 LCT: *“These obligations of the transferor shall be accordingly subjected to provisions of the present Law concerning the liability of a seller for substantive and legal failure of performance, unless otherwise specified for a particular case.”*

### *3.2.2.1 Liability for personal actions*

This liability implies the obligation of the know-how licensor to enable the licensee to peacefully enjoy the benefits of the acquired rights. Therefore, the licensor should refrain from any action that could upset the licensee or avoid engagement in any legal action that may interfere with the rights and benefits that emerge for the licensee on the basis of the transferred know-how.

### *3.2.2.2 Obligation to protect the licensee*

This obligation implies the duty of the know-how licensor to remove, upon a request of the licensee, the legal disturbance by a third party that could lead to eviction. The ORA explicitly defines this obligation of the licensee as follows: “A licensor shall be bound to protect and defend the right which he has assigned to the licensee against all third parties’ requests” (art.750§3). The legal disturbance must include such legal claims that deny the transfer of the right from the licensor to the licensee because the transferred right belongs to the person who submitted the legal claims or because such person possesses some rights that imposes some limitation over the rights of the licensee (Прица, 1981:147-148). In addition, in order to apply the legal mechanism of protection against eviction it is necessary to make sure that such disturbance is of a legal and not of a factual character.

As for the legal claims of third parties, the key issue is in which case they will be justified and in what form. As far as know-how license agreements are concerned, the legal claims of third parties can be justified only if the third party has a patent right on the invention which the know-how is related to, or if he/she has submitted an application in order to obtain patent protection. These claims could seriously threaten the right of the know-how licensee only if the third party had filed an application for obtaining patent protection before the licensee acquired the know-how and before he provided everything that was necessary for a successful exploitation of the transferred know-how. Yet, the third party is not required to have filed an application for obtaining patent protection before the agreement was signed. The third party could threaten the rights of the licensee even if the application had been filed at the time of concluding the agreement, up to the point when the know-how licensee provides everything necessary for a successful exploitation of the transferred know-how. The signing of the agreement should not be considered as a sufficient ground to assume that the licensee has provided everything necessary for a successful application the transferred know-how (Прица, 1981:148). The kind of contractual clause will be determined on the merits of each case, depending on the specific nature of the know-how. For example, it is presumed that the know-how licensor has provided all that is necessary for successful application of the transferred know-how if

he has built the necessary facilities, has acquired the necessary equipment, has already trained the staff, etc.(*ibidem*).

The forms of exercising this protection are different and depend primarily on the type of legal disturbance by the third party. As noted above, they can have a preventive and repressive effect. The preventive effect is expressed through the very existence of contractual provisions governing this obligation. Thus, at the time of negotiation, the licensor will already be aware of this obligation and he should take all necessary actions to prevent the application of the eviction clause due to his negligence or fault. The repressive effect of the obligation to protect against eviction is evident in case of eviction (Lepotić, 2000:383). In such cases, the know-how licensor has several forms of protection at his disposal. Thus, he may give to the licensee all necessary information which would help him refute the demand of the third party. However, if the third party proceeds with the demand before a relevant Court, the licensor may provide assistance by engaging in the dispute in the capacity of an involved party. Furthermore, the licensor may remove the legal disturbance by making an agreement with the third party, which would lead towards terminating the disturbance of the licensee in the future. Finally, the licensor may modify the recipes, formulas and procedures or other components of the know-how; thus, it will no longer affect the rights of third parties (Прица, 1981:150).

### ***3.3 Obligation to return the given amount and compensate the licensee for damage arising from eviction***

Eviction is a risk which is implied in agreements on the transfer of know-how (Lepotić, 2000:384). The licensor's obligation to return the given amount and compensate the licensee for damage arising from eviction depends on the degree of eviction. In case of complete eviction, due to the right of a third person, the contract is automatically terminated and the licensor shall return the given compensation to the licensee and compensate the damage resulting from the eviction. In case of partial eviction, when the right of the licensee is limited or reduced due to the right of a third party, he could decide whether to ask for termination of the contract or to request a reduction of compensation paid for the transferred know-how. If the licensee decides to demand a termination of the contract due to the reduction or limitation of his right, he shall notify the licensor without any delay (Чавдар, 2001:696). For argumentation on this right of the know-how licensee, we will use the provisions of the ORA governing the right of the buyer to cancel the sale agreement if he was evicted, which by analogy can be applied to the know-how license agreement. Thus, the ORA stipulates: "*Should a seller fail to proceed according to buyer's demand and the buyer be deprived of the object, the contract shall be rescinded on the ground of law, and in case of redu-*

*cing or restricting buyer's right, he may either repudiate the contract or request a proportionate price reduction"* (art.498:§1). As previously noted, the know-how licensor is liable for eviction regardless of his fault, and he is obliged to compensate the damage caused to the licensee. More precisely, the ORA provides: "*The buyer shall in any case be entitled to compensation for loss sustained*" (ibid, §3). If the the know-how licensee engaged in a dispute with a third party without notifying the licensor and lost the dispute, he is still entitled to compensation, unless the licensor proves that he had at his disposal the means which could refute the demand of the third party (art.499). According to the ORA, the licensee is also entitled to compensation in case when he acknowledged the obviously justified right of the third party even without the licensor's notification and without engaging in the dispute (ibid, Art.500).

#### **4. Conclusion**

Considering that the subject matter of the know-how license agreement is know-how, which is a secret and non-registrable right, this fact largely complicates the process of defining the rights and obligations of the parties involved in this type of license agreement. Given the absence of a special license law (at both international and national level) which would explicitly define and regulate the rights and obligations of the parties arising from license agreements, the parties can rely on the provisions contained in the Law of Obligations, which provides partial but adequate solutions governing the rights and obligations of the license agreement parties.

The Macedonian Obligation Relations Act explicitly defines the obligation of the know-how licensors to transfer the object of license and the obligation to guarantee for the material and legal properties. Based on the analysis provided in this paper, we could conclude that the provisions contained in this Act are sufficient basis for regulation of all aspects of the licensor's obligations. Additionally, in case where some aspects of these obligations could not be regulated on the basis of special provisions of the license agreement, the parties can rely upon the provisions governing the liability of the seller in sales agreements or the liability of the lessor in lease agreements.

Considering the fact that the frequency of international transactions on transferring know-how has significantly increased, we must emphasize the need for a commonly understood and universally recognized provisions that will precisely regulate the rights and obligations of the contracting parties in know-how agreements. We sure hope that the near future holds a promise of a uniform law or convention governing such transactions, and that the Macedonian legislation will be able to promptly implement them.

## References

- Epstein, M. (1991). *Drafting license agreements* (4th ed.). New York: Aspen Law & Business
- Dabović-Anastasovska, J. (2009) *Dogovor za licenca – način za vodenje biznis*.
- Skopje: Centar za evropsko primeneto pravo i ekonomija – CEPPE
- Lepotić, B. (2000). Evikcija kod ugovora o “know-how”. *Pravni Život*, vol.11/2000, 375-385
- Marković, S. (1992).Odgovornost za pravne nedostatke izvršenja ugovora o licenci patentiranog pronalaska. *Pravni život*, vol.11-12/92, 2186-2196
- Prica, R. (1981)*Ugovor o know-how-u*. Beograd: Institut društvenih nauka
- Čavdar, K. (2001). *Komentar na Zakonot za obligacionite odnosi*. Skopje: Akademik
- (UNECE) United Nations, Economic Commission for Europe. (1970). *Guide for Use in Drawing up Contracts Relating to the International Transfer of Know-How in the Engineering Industry*, New York, p.32
- Zakon za obligacionite odnosi. *Služben Vesnik na RM*, br. 18/01, 4/02, 84/08 i 161/09

**Mr Suzana Naškova,**  
Pravni konsultant, LARS  
DOO. Štip

### **PREGLED OBAVEZA DAVAOCA KNOW-HOW LICENCE SA ASPEKTA MAKEDONSKOG ZAKONA O OBLIGACIONIM ODNOSIMA**

#### **Rezime**

*Ovaj rad pruža sveobuhvatnu analizu odredaba koje se odnose na regulisanje obaveza davaoca licence kod ugovora o know-how licenci, sa aspekta odredaba sadržanih u postojećem Zakonu o obligacionim odnosima Republike Makedonije. U okviru analize autor stavlja poseban akcenat na dve obaveze bez čijeg ispunjenja nije moguće da dođe do nastanka važeći ugovor o licencu generalno, i stoga i važeći ugovor o licenci know-how-a. To su: obaveza davaoca licence za prenošenja know-how-a i obaveza davaoca licence da garantuje materijalne i pravne osobine prenošenog know-how-a.*

*Da bi dali potpunu sliku o prirodi i obimu obavezaprenošenja know-how-a, ova obaveza je analizirana u pogledu njenih pod-oblika. Konkretno ova obaveza je razmatrana iz aspekta načinama na koji se prenos vrši know-how-a, a to su: predaja tehničke dokumentacije i drugih tehničkih sredstava, obuka kadrova sticaoaca know-how-a i načine pružanja tehničku pomoć. U drugom delu ovog rada, izvršena je analiza na obaveza o garancije za svojstva know-how-a na osnovu podelja ove odgovornosti na: odgovornost za materijalni odgovornost za pravnih karakteristikama know-how-a, tako zvana odgovornost o evikcii. Autor pravi analizu o odgovornosti o materijalnih karakteristikama na bazi detaljni prikaz njenih pod oblike a to su: garancija o tehnička svojstva i garancija rezultata. U okviru ovom delu poseban akcenat je stavljen na analizu odgovornosti za pravne nedostatke know-how-a, ili odgovornosti o evikcii, u kojoj autor ukazuje na konkretne zakonske odredbe koje se odnose na regulisanje odgovornosti o evikcii u okviru ugovorima o licenci, dok u isto vrijeme upućuje na odredbama ovog Zakona koje se odnose na odgovoronost o evikcii kod kupoprodajnog ugovora, koji se mogu primeniti po analogiji na ugovora o licenci u slučajevima kada nisu dovoljneposebne odredbe koje se odnose na ugovore o licenci.*

*Autor zaključuje ovu analizu sa konstatacijom da u odsustvu posebnog licencnog prava (kao na međunarodnom, tako i na nacionalnom nivou) koji će preciznije regulisati prava i obaveze stranaka koje proizilaze iz ugovora o licenci know-how-a, strane se mogu oslanjati na sadržane odredbe u Zakonu o obligacionih odnosa, koji predviđa parcijalna, ali i adekvatna rješenja kojima se regulišu prava i obaveze za strane ugovora o licenca. Autor je takođe istaknuo konstataciju da sa obzirom na činjenicu da frekvencija međunarodnih transakcija prenosa «know-how»-a je značajno povećana, potreba za usvajanje univerzalno prihvađenih odredbe koje će precizno regulisati prava i obaveze stranaka kog ugovor o licencamao»know-how»-a, je više nego neophodna. Na široj osnovi usvajanje na vakvih propisačedoprineti uspešnije utvrđivanje njihovih prava i obaveza i će sigurno doprineti značajnu afirmaciju ovog ugovora.*

**Ključne reči:** know-how, ugovor o licenci za know-how; obaveza za prenos know-how, garancija o materijalnim karakteristikama; garancija rezultata; odgovornost za evikciju.



## ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

### UPUTSTVO AUTORIMA

<b>Opšte napomene</b>	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <b>Word</b> , u fontu <b>Times New Roman ćirilica (Serbian-Cyrillic)</b> , (osim originalnih latinićnih navoda), <b>velićina fonta 12 pt</b> , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da
<b>Obim rada</b>	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od <b>40.000 karaktera</b> ,
<b>Jezik i pismo</b>	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemaćki.
<b>Naslov rada</b>	<b>Naslov rada</b> kucati velićinom fonta <b>14 pt, bold</b> , Times New Roman
<b>Autor(i)</b>	Ime i prezime autora, naziv i puna adresa institucije u kojoj autor radi, kontakt e-mail adresa (velićina fonta 12 pt). Sve podatke o autorima, titula i institucija,
<b>Podaci o projektu ili programu*</b>	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
<b>Podaci o usmenom saopštenju rada*</b>	Ako je rad bio izložen na naućnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili slićnim nazivom, podatak o tome treba navesti u
<b>Apstrakt</b>	Apstrakt sadži 100-250 reći.
<b>Ključne reći</b>	Ne više od 10 ključnih reći na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
<b>Struktura teksta</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Uvod</li> <li>2. Podnaslov 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Podnaslov 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Podnaslov 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Podnaslov 2</li> <li>4. Zaključak</li> </ol> <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>Literatura (References)</b>	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poredati sve jedinice azbućnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da isključe komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
<b>Rezime (Summary)</b>	Piše se na kraju teksta posle Literature, dućine do 2 000 karaktera
<b>Tabele, grafikoni, slike</b>	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikoni ili slike dostaviti u formatu jpg.
<b>Autorska prava</b>	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava. Izjavu preuzeti na: <a href="http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/Autorska_izjava_Zbornik_2013.doc">http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/Autorska_izjava_Zbornik_2013.doc</a>
<b>Dostava radova</b>	Radovi se dostavljaju u elektronskom obliku ( <b>kao attachment</b> ) na sledeću adresu: <b><a href="mailto:zbornik@prafak.ni.ac.rs">zbornik@prafak.ni.ac.rs</a></b>
<b>Ogledni primerak rada</b>	Ovde možete preuzeti OGLEĐNI PRIMERAK RADA <a href="http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/OBRAZAC_Ogledni-primerak_Zbornik_PFNis.pdf">www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/OBRAZAC_Ogledni-primerak_Zbornik_PFNis.pdf</a>

\* Ovi podaci unose se samo u slućaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)

## UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navodenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

**Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati.** Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevodenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava i države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.	(Kelzen, 2010: 56)
Knjiga, Više autora	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.	<b>Prvo citiranje u tekstu:</b> (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) <b>Naredno citiranje u tekstu:</b> (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priređivača	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Beograd: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Članak u časopisu	Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. <i>Anali Pravnog fakulteta u Beogradu</i> . 2(LIV). 5-46	(Marković, 2006: 36)
Enciklopedija	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. (2011). <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11.	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Propisi	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62. 2004.	<b>Fus nota:</b> Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04
Sudske odluke	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57. 2003.	<b>Fus nota:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] <i>ullu</i> Одлука Уставног суда ІУ-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Preuzeto 15.11.2005. <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> ili European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Preuzeto 24.5.2007. <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>Navodenje u tekstu:</b> (Wallace, 2001)  <b>Fus nota:</b> European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Preuzeto 24.5.2007. <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>

## Collection of Papers, Faculty of Law, Niš (M51)

### GUIDELINES FOR AUTHORS

<b>General notes</b>	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font <b>Times New Roman (Serbian-Cyrillic)</b> , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
<b>Paper length</b>	The paper shall not exceed 16 pages. <b>An article</b> shall not exceed 40.000 characters (including spaces). <b>A review</b> shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
<b>Language and script</b>	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
<b>Paper Title</b>	<b>The paper title</b> shall be formatted in font <b>Times New Roman</b> , font size <b>14 pt, bold</b> . The title shall be submitted in English as well.
<b>Author(s)</b>	After the title, the paper shall include the name and surname of the author(s), the name and full address of the institution affiliation, and a contact e-mail address (font size 12 pt). The data on the author(s), academic title(s) and rank(s), and the institution shall be provided in English as well.
<b>Data on the project or program* (optional)</b>	In the footnote at the bottom of the first page of the text shall include: the project/program title and the project number, the project title, the name of the institution financially supporting the project.
<b>Data on the oral presentation of the paper* (optional)</b>	In case the paper has already been presented under the same or similar title in the form of a report at a prior scientific conference, authors are obliged to enter a relevant notification in a separate footnote at the bottom of the first page of the paper.
<b>Abstract</b>	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
<b>Key words</b>	The list of key words following the abstract shall not exceed 10 key words. The key words shall be submitted in both Serbian and English.
<b>Text structure</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Introduction</li> <li>2. Chapter 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Section 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Subsection 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Chapter 2</li> <li>4. Conclusion</li> </ol> <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>References</b>	At the end of the submitted text, the author(s) shall provide a list of References. All entries shall be listed in alphabetical order by author's surname, and each entry shall include the source and the year of publication. When referring to the same author, include the year of publication (from the most recently dated backwards). Please, see the table at the end of the <b>Guidelines for Authors</b> .
<b>Summary</b>	The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English.
<b>Tables, graphs, figures</b>	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in <b>jpg</b> format.
<b>Copyright</b>	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded <small><a href="http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/Author's_Statement_Zbornik_2013.doc">http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/Author's_Statement_Zbornik_2013.doc</a></small>
<b>Paper submission</b>	The papers shall be submitted in electronic format (as an <b>attachment</b> ) to the following address: <b><a href="mailto:zbornik@prafak.ni.ac.rs">zbornik@prafak.ni.ac.rs</a></b>

\* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

## CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book (a single author)	Jones, C. P. (1994). <i>Investments: Analysis and Management</i> . New York: John Wiley& Sons. Ltd.	(Jones, 1994: 123)
Book (a number of authors)	Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shafner, K., Mozur, M. (2006). <i>Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners</i> . Bratislava: UNDP	<b>First in-text citation:</b> (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) <b>A subsequent in-text citation:</b> (Osterrieder et al., 2006: 45)
Joint authorship (a group of authors)	<i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
An article or a chapter in a book with an editor	Scot, C., del Busto, E. (2009). Chemical and Surgical Castration. In Wright, R. G. (ed.), <i>Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions</i> (pr. 291-338). New York: Springer	(Scot, del Busto, 2009: 295)
Journal article	Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). Tipology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher. <i>Sex Abuse</i> . 19 (2). 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha Encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institution (as an author)	Statistical Office of the Republic of Serbia, <i>Monthly statistical bulletin</i> , No. 11 (2011)	(Statistical Office RS, 2011)
Legal documents and regulations	Education Act, Official Gazette RS, No. 62 (2004)	<b>Footnote:</b> Article 12. Education Act, Official Gazette RS, 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905; or <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10; or Constitutional Court decision IU-197/2002, <i>Official Gazette RS</i> , No. 57 (2003)	<b>Footnote:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] or Constitutional Court decision IU-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15 November 2005, from <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> ; or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-c.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-c.asp</a>	<b>In-text citation:</b> (Wallace, 2001)  <b>Footnote:</b> European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-c.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-c.asp</a>