

---

UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

---

UNIVERZITET U NIŠU  
PRAVNI FAKULTET

**ZBORNİK RADOVA PRAVNOG  
FAKULTETA U NIŠU**

BROJ 74 | GODINA LV | 2016

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

Nº 74 | 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

## Urednici broja

Prof. dr Miroslav Lazić

Prof. dr Saša Knežević

## 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 Anatol'evna, 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 Nikolaj Fedosovič, akademik, predsednik Međunarodnog trgovinskog arbitražnog suda pri Privredno-industrijskoj komori Ukrajine  
Prof. dr Šagieva Rozalina Vasil'evna, prorektor Akademije advokature i notarijata Ruske federacije

**Sekretar Redakcionog odbora:** Miloš Prica

**Prevodi:** Gordana Ignjatović (engleski)

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

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

Medivest Niš, **Tiraž:** 100

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

## **Issue Editorial Prof.**

dr Miroslav Lazić Prof.

dr Saša Knežević

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 Lyudmila Yur'evna, Civil Law Department, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation

Prof. dr Anatolij Kapustin, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation

Prof. dr Isabel S. Marcus, Buffalo Law School, University of Buffalo, USA

Selivon Nikolaj Fedosovich, Academician, Chairman of the International Trade Arbitration Court, Ukrainian Chamber of Commerce and Industry, Ukraine

Prof. dr Shagieva 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, **Circulation:** 100

---

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš

Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia Telephone:

+381 18 500 201,

E-mail: [zbornik@prafak.ni.ac.rs](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-ofLaw-Nis/?letter=C>



# SADRŽAJ

Uvodna reč..... IX

## TEMA BROJA

### KONTROLA U UNUTRAŠNJEM, MEĐUNARODNOM I PRAVU EVROPSKE UNIJE

Reč urednika Konferencije..... XIII

**Dr Milan PETROVIĆ,**

Savezna država (federacija) i savez država  
(konfederacija) u opštoj teoriji države i prava i  
pozitivnom pravu (drugi deo)..... 1

**Dr Marijana PAJVANČIĆ,**

Javno slušanje – oblik neposrednog učešća  
građana u kontroli vlasti .....21

**Dr Dragan M. STOJANOVIĆ,**

Ustavnosudsko ispitivanje sudskih odluka..... 35

**Dr Miroslav LAZIĆ,**

Zaštita potrošača u kreditnom odnosu ..... 53

**Dr Dragan JOVAŠEVIĆ,**

Krivične sankcije – sredstvo kontrole  
kriminaliteta pravnih lica ..... 71

**Dr Vesna KNEŽEVIĆ PREDIĆ, Dr**

**Zoran RADIVOJEVIĆ,**

Pravosudna kontrola u Evropskoj uniji: procesna  
legitimacija države članice.....91

**Dr Radomir ZEKAVICA,** Kontrola i

odgovornost u sistemu političkih institucija  
Evropske unije –  
osnovni izazovi i problemi .....113

**Dr Maja LUKIĆ,**

Razumevanje uloge opštih pravobranilaca u okviru  
pravosudnog sistema Evropske unije ..... 129

**Dr Aleksandar ĆIRIĆ, Dr**

**Predrag CVETKOVIĆ,**

Ex ante i ex post kontrola javnog interesa u  
sporazumima o javno-privatnom partnerstvu..... 145

<b>Dr Mileva ANĐELKOVIĆ,</b> Neke specifičnosti poreske kontrole u savremenim uslovima poslovanja .....	161
<b>Dr Srđan GOLUBOVIĆ,</b> Kontrolna funkcija Narodne banke Srbije .....	175
<b>Dr Milena JOVANOVIĆ ZATTILA,</b> Kontrolni mehanizmi korporativnog upravljanja.....	189
<b>Dr Vidoje SPASIĆ,</b> Tehnološke mere u funkciji kontrole korišćenja autorskih dela u informatičkom društvu.....	203
<b>Dr. Stefan PÜRNER,</b> Kontrolle: Warum, wann und wie? Einige grundlegende Prinzipien, dargestellt am Beispiel eine Gewerbeuntersagung nach § 35 der deutschen Gewerbeordnung .....	221

## II PRIKAZI

<b>Dr Aleksandar S. MOJAŠEVIĆ,</b> Danijel Kaneman, “Misliti brzo i sporo”, Smederevo: Heliks, 2015. ....	239
<b>Dr Aleksandar ĐORĐEVIĆ,</b> Dragan K. Nikolić, “Zakon sudnji ljudem – najstariji slovenski pravni zbornik”, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu i Centar za vizantijsko- slovenske studije Univerziteta u Nišu, Niš 2016. ....	243

## III RADOVI STUDENATA DOKTORSKIH STUDIJA

<b>Tijana LEVAKOV VERMEZOVIĆ,</b> Zaštita prava na privatnost kao društveni imperativ digitalnog doba - koliko smo ranjivi? .....	249
<b>Snežana ĐURĐEVIĆ,</b> O potrebi izmene dvostranih ugovora o pravnoj pomoći u građanskim stvarima na snazi između Republike Srbije i država članica Evropske unije .....	267
<b>Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu</b> <b>Spisak recenzenata u 2016. godini .....</b>	289
<b>Uputstvo za autore.....</b>	293

# CONTENTS

Editor's Introductory Note.....	X
---------------------------------	---

## IN FOCUS

### CONTROL IN NATIONAL, INTERNATIONAL AND EU LAW

Conference Editors-in-Chief Introductory Note.....	XIII
--	------

<b>Milan PETROVIĆ,</b> Confederation and Federation in the General Theory of Law and State and in Positive Law (part two) .....	1
---	---

<b>Marijana PAJVANČIĆ,</b> Public Hearings: A specific form of citizen participation in exercising control over parliamentary functions.....	21
--	----

<b>Dragan M. STOJANOVIĆ,</b> The Constitutional Court Review of Judicial Decisions .....	35
---	----

<b>Miroslav LAZIĆ,</b> Consumer Protection in Creditor-Debtor Relations .....	53
--	----

<b>Dragan JOVAŠEVIĆ,</b> Criminal Sanctions for Legal Entities: An instrument of crime control .....	71
--	----

<b>Vesna KNEŽEVIĆ PREDIĆ,</b> <b>Zoran RADIVOJEVIĆ,</b> Judicial Control in the European Union: Standing of a Member State .....	91
---	----

<b>Radomir ZEKAVICA,</b> Control and Accountability in the System of European Political Institutions: Major Issues and Challenges .....	113
---	-----

<b>Maja LUKIĆ,</b> Understanding the Role of the Advocates General in the EU Judicial System .....	129
--	-----

<b>Aleksandar ĆIRIĆ,</b> <b>Predrag CVETKOVIĆ,</b> <i>Ex ante</i> and <i>Ex post</i> Control of the Public Interest in Public-Private Partnership Agreements.....	145
--	-----

<b>Mileva ANĐELKOVIĆ,</b> Some Distinctive Features of Tax Control in the Contemporary Business Environment .....	161
<b>Srđan GOLUBOVIĆ,</b> The Control Function of the National Bank of Serbia .....	175
<b>Milena JOVANOVIĆ ZATTILA,</b> Control Mechanisms in Corporate Governance .....	189
<b>Vidoje SPASIĆ,</b> Technological Measures for Controlling the Use of Copyrighted Works of Authorship in the Information Society .....	203
<b>Stefan PÜRNER,</b> Control: Why, when and how? Some general principles of state control presented on the example of disqualification from performing commercial activities pursuant to § 35 of the German Trade, Commerce and Industry Regulation Act.....	221

## II REVIEW

<b>Aleksandar S. MOJAŠEVIĆ,</b> Book review: Daniel Kahneman: Thinking, Fast and Slow, (translated into Serbian), Smederevo, Heliks, 2015 .....	239
<b>Aleksandar ĐORĐEVIĆ,</b> Book review: Dragan K. Nikolić; Zakon Sudnyi Lyudem – the Earliest Slavic Legal Code (in Serbian), Faculty of Law, University of Nis and Center for Byzantine-Slavic studies University of Nis, Nis 2016 .....	243

## III PHD STUDENTS' PAPERS

<b>Tijana LEVAKOV VERMEZOVIĆ,</b> The Protection of the Right to Privacy as the Social Imperative of Digital Age: How vulnerable are we? .....	249
<b>Snežana ĐURĐEVIĆ,</b> On the Need to Revise Applicable Bilateral Treaties on Legal Assistance in Civil Matters between the Republic of Serbia and EU Member States .....	267
<b>List of Reviewers of the Collection of Papers of the Law Faculty in Niš .....</b>	289
<b>Guidelines for Authors.....</b>	295



## Uvodna reč

Poštovani čitaoci,

U svesci koji se nalazi pred vama odstupili smo od uobičajene strukture sadržaja na koju ste navikli. Tema broja posvećena je Međunarodnoj naučnoj konferenciji „Kontrola u unutrašnjem, međunarodnom i pravu Evropske unije“ održanoj na Pravnom fakultetu u Nišu 18. i 19. maja 2016. godine i njome je obuhvaćeno 14 naučnih radova učesnika Konferencije. Prilozi ostalih učesnika Konferencije pisani na engleskom jeziku biće publikovani u posebnoj tematskoj monografiji. U ostalim elementima sadržaja možete pročitati dva interesantna prikaza knjiga i dva rada studenata doktorskih akademskih studija prava.

U Nišu, decembar, 2016. godine

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

## **Editor's Introductory Note**

Dear Readers,

In this volume, we have departed from the usual organizational structure of the Law Faculty journal. This thematic issue of "The Collection of Papers of the Law Faculty in Niš", includes papers from the International Scientific Conference "Control in National, International and EU Law", held at the Faculty of Law, University of Niš, on 19th and 20th May 2016. It includes 14 scientific papers written in Serbian, whereas the contributions written in English will be published as a special thematic monograph. This issue of the LF journal also includes two interesting book reviews and two articles written by students of doctoral academic studies.

Niš, December 2016

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

# TEMA BROJA

---

---

KONTROLA U  
UNUTRAŠNJEM,  
MEĐUNARODNOM I  
PRAVU EVROPSKE UNIJE



## **Reč urednika Konferencije**

Međunarodna naučna konferencija "Kontrola u unutrašnjem, međunarodnom i pravu Evropske unije", održana 19. i 20. maja 2016. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu, okupila je veliki broj inostranih i domaćih stručnjaka. Izbor teme Konferencije izraz je namere pravne nauke da doprinese razvoju kontrole i poboljšanju kvaliteta zaštite čoveka i drugih pravnih subjekata u svim sferama društvenih odnosa, a radi smanjenja rastućih razlika i nejednakosti među ljudima na globalnom i lokalnom nivou.

Opšti je utisak da je Konferencija postigla visok naučni nivo, kako izborom tema, tako i u sadržinskom smislu, što potvrđuje i objavljivanje više od 60 naučnih radova u dva zbornika – tematski zbornik sa grupom radova na engleskom jeziku i grupa od 14 radova na srpskom jeziku u okviru Zbornika radova Pravnog fakulteta u Nišu. Objavljivanje ovog Zbornika izraz je nastojanja da se rezultati istraživanja učine dostupnim široj javnosti, kako bi se podstakla naučna i stručna rasprava o teorijskim i praktičnim problemima značajnim za društvenu zajednicu.

### *UREDNICI*

*Prof. dr Miroslav Lazić,  
profesor Pravnog fakulteta,*

*Prof. dr Saša Knežević,  
dekan Pravnog fakulteta,*



**Dr Milan Petrović**,  
Redovni profesor  
Pravnog fakulteta (u penziji),  
Univerzitet u Nišu

originalan naučni članak  
doi:10.5937/zrpfni1674001P

UDK: 342.24

Rad primljen: 30.09.2016.  
Rad prihvaćen: 25.10.2016.

## **SAVEZNA DRŽAVA (FEDERACIJA) I SAVEZ DRŽAVA (KONFEDERACIJA) U OPŠTOJ TEORIJI DRŽAVE I PRAVA I POZITIVNOM PRAVU (drugi deo)**

**Apstrakt:** Na temelju istraživanja različitih tipova federacija i konfederacija, a posebno imajući u vidu tip saveza država u kome države članice nisu nužno ravnopravne, ali zato pojedine države članice imaju pravo na istupanje (secesiju) iz saveza, rad dolazi do zaključka da je „Druga Jugoslavija“ bila, uprkos nazivu, konfederacija. To rešenje predstavlja kršenje takozvanog „drugog sporazuma“ Tito– Šubašić od 1. novembra 1944. godine, koji je predviđao organizovanje Jugoslavije kao federativne zajednice. Kršenje tog sporazuma otvara pitanje legitimiteta „Druge Jugoslavije“ i granica između njenih bivših država članica, pošto te granice nisu utvrđene nikakvim međunarodnim ugovorom. S obzirom da postoji pravni kontinuitet između Kraljevine Srbije te „Prve“ i „Druge“ Jugoslavije, ispravno rešenje se mora tražiti u povratku na stanje koje je postojalo pre nastanka jugoslovenske države.

**Ključne reči:** savezna država i savez država; suverenitet; identitet i sukcesija država; državne granice.

Prvi pojavni oblik drugoga tipa saveza država bila je samoproglášena Konfederacija južnih federalnih jedinica Sjedinjenih Američkih Država, koja je od 1861. godine do 1865. godine bezuspešno vodila secesionistički građanski rat protiv savezne države. Ustav te Konfederacije (Confederacy) zasnivao se na shvatanjima poznatog severnoameričkog političara i teoretičara ustavnog prava iz prve

---

\* milan@prafak.ni.ac.rs

polovine 19. veka, Kalhuna (J.C. Calhoun; o njemu v.: Jellinek, 1882, 187 idd.; Ebers, 1910, 145 idd.). Po Kalhunu, postoje samo unitarna država i savez država. Savezna država ni kao pojam ni kao pojava ne postoji, te su s toga države članice Sjedinjenih Američkih Država koje su usvojile savezni Ustav od 1787. godine ostale i dalje suverene i zadržale pravo na otepljenje; sledstveno tome, Savez nema sopstvena, već samo „delegirana ovlašćenja“ (delegated powers). No, po Kalhunu postoje dve vrste saveza država: „konfederacija“ (confederacy) i „federalna vlada“ (federal government). Centralni organ konfederacije, kakve su bile Sjedinjene Američke Države prilikom svog nastanka, jednak je skupštini diplomata koji su se okupili da zaključe kako da se oživotvori kakav savez ili ugovor između njihovih suverena, s tim da se izvršenje prepusti ugovornim stranama. Naprotiv, „federalna vlada“ poseduje kao centralni organ zbiljsku vladu koja neposredno deluje na građane država članica, pri čemu taj centralni organ ima kako zakonodavna, tako i upravna i sudska ovlašćenja. Ali, ta vlast centralnom organu ne pripada u svojstvu sopstvenoga prava, jer je on takođe stvoren pukom ugovornom voljom država članica i nije ništa drugo doli nosilac određenih vladalačkih prava koja su mu delegirale države. Ostala vladalačka prava, i to kako u pogledu posedovanja, tako i u pogledu vršenja, zadržavaju države članice; za razliku od „delegiranih“, to su „rezervisana ovlašćenja“ (reserved powers).

Ustav samoproglašene Konfederacije bio je zapravo Ustav Sjedinjenih Američkih Država, prerađen u smislu Kalhunove „federalne vlade“. U preambuli konfederativnog Ustava je napisano: „Mi, narod Konfederativnih država, svaka država odlučujući u svom suverenom i nezavisnom karakteru, da bi obrazovali trajnu Federalnu vladu... rešavamo i utvrđujemo ovaj ustav za Konfederativne Države Amerike.“. Štaviše, ovaj Ustav mogao se lakše promeniti nego Ustav Sjedinjenih Država, jer se za njegovu izmenu tražila, po slovu čl. V Ustava Konfederacije, ratifikacija od strane dveju trećina legislatura ili konvencija država članica. Samo, u čl. VI, odsek 5. Ustava Konfederacije stoji: „Nabranje, u ustavu, izvesnih prava, neće biti tumačeno da uskrati ili umanj drugu, koja je zadržao narod pojedinih država.“

Pod ovaj tip saveza država potpadaju Društvo naroda, koje je delovalo od 1920. godine i bilo ugašeno 1945. godine, Ujedinjene nacije, osnovane 1945. godine i Evropska Unija, osnovana 1950-ih godina na temelju triju zapadnoevropskih organizacija: Evropske zajednice za uglj i čelik, Evropske atomske zajednice te Evropske ekonomske zajednice.



No, kod tih saveza država iternacionalni i nadnacionalni elementi nadgornjuju državne, pa bi njihovo razmatranje spadalo u zamišljeni posebni deo ovog istraživanja. Ovde će biti reči o adekvatnijim pojavnim oblicima toga tipa: Sovjetskom Savezu i „Drugoj Jugoslaviji“.

Može da iznenadi zašto Sovjetski Savez (SSSR: Savez Sovjetskih Socijalističkih Republika) svrstavamo među saveze država, pošto se u celokupnoj pravnoj književnosti on sagledava kao savezna država. No, pravilna egzegeza, koja uključuje i istorijski metod, vodi do nepobitnog zaključka da je Sovjetski savez bio savez država i ništa drugo. Prvi ustav Sovjetskog Saveza, koji je konačno usvojen 31. januara 1924. godine, sadržavao je dva dela: Deklaraciju o obrazovanju SSSR-a i Ugovor o obrazovanju SSSR-a, kojim su se ujedinile formalno nezavisne sovjetske republike: Ruska Socijalistička Federativna Sovjetska Republika (RSFSR), Ukrajinska Socijalsitička Sovjetska Republika (USSR), Beloruska Socijalistička Sovjetska Republika (BSSR) i Zakavkaska Socijalistička Federativna Sovjetska Republika (ZSFSR: Sovjetska Socijalistička Republika Azerbejdžan, Sovjetska Socijalistička Republika Gruzija i Sovjetska Socijalistička Republika Jermenija).

Taj ustav bio je dakle međunarodni ugovor, koji je, prema deklaraciji o obrazovanju SSSR-a (in fine) trebalo da bude „novi odlučujući korak na putu ujedinjenja trudbenika svih zemalja u Svetsku Socijalističku Sovjetsku Republiku“. Međunarodnim ugovorom osnivaju se, po pravilu, savezi država. Samo, nije isključeno da se međunarodnim ugovorima osnivaju i savezne države, pa čak i unitarne države. Valja, dakle, razmotriti koja je od ovih formi u pitanju, u šta su se rečene sovjetske republike ujedinile. U preambuli Ugovora o obrazovanju SSSR-a stoji na ruskom: „v odno sojuznoe gosudarstvo“. To se obično prevodi: „u jednu saveznu državu“. Samo, u rusko-sovjetskoj pravnoj terminologiji, „sojuznoe gosudarstvo“ označava Sovjetski Savez kao „savez država“. Recimo, Ustav Ruske Socijalističke Federativne Sovjetske Republike od 10. jula 1918. godine u čl. 2. tu sovjetsku republiku označava „kao federaciju sovjetskih nacionalnih republika“ i ne kao „sojuzno gosudarstvo“, što će reći da za pisce prvih sovjetskih ustava, među kojima su Lenjin i Staljin bili najuticajniji, „federacija“ i „sojuznoe gosudarstvo“ nisu bili istovetni pojmovi. Ali i sada važeći Ustav Ruske Federacije od 12. decembra 1993. godine u čl. 1. kaže: „Ruska Federacija – Rusija je demokratska federativna pravna država (gosudarstvo) sa republikanskim oblikom vlasti.“ Dakle, ne „sojuznoe gosudarstvo“.

U prilog Sovjetskog Saveza kao konfederacije govori i čl. 3. Ustava iz 1924. godine koja odredba ističe „suverenitet saveznih republika“, a posebno čl. 4. gde stoji: „Svaka od saveznih republika zadržava pravo slobodnog izlaska iz Saveza.“ Čl. 6. dotičnog Ustava propisao je da je za izmene, ograničenja ili ukidanje čl. 4. potrebna saglasnost svih republika koje ulaze u sastav Sovjetskog Saveza. Međutim, pravo saveznih republika relativisano je tako, što je Ugovor o obrazovanju Sovjetskog Saveza propisao i čl. 64-69. sovjetsko (komunističko) državno uređenje saveznih republika. Slične odredbe sadrži i Ustav SSSR-a od 5. decembra 1936. godine i Ustav SSSR-a od 7. oktobra 1977. godine koji je znatno izmenjen zakonom od 1. decembra 1988. godine. Zanimljivo je da se Sovjetski Savez raspao legalnim putem – secesijom svojih saveznih republika – kada je jula 1991. godine bio potpisan Ukaz o departizaciji, kojim je bila zabranjena delatnost Komunističke partije u preduzećima i ustanovama, da bi potom bio obustavljen i rad Komunističke partije Sovjetskog Saveza; (v.: Isaev, 1994, 428 id.).

Inače, u sovjetskom ustavnom pravu pravne činjenice nisu bile usaglašene sa pravnim normama, činjenica revolucije je nadgornjavala svaku normu, što je bilo karakteristično za jednopartijske komunističke diktature, za razliku od pravne države. Tako po čl. 18-a Ustava SSSR-a od 5. Decembra 1936. godine svaka republika, naporedno sa Savezom, „ima pravo da stupa u neposredne odnose sa inostranim državama, da s njima zaključuje ugovore i razmenjuje diplomatske i konzularne predstavnike“. Po čl. 18-b istog Ustava, svaka savezna republika, pored Saveza, „ima svoje republičke vojne formacije“. Odredbu sličnu onoj iz navedenog čl. 18-a, sadržavao je i Ustav Sovjetskog Saveza iz 1977. godine i ustavni tekst iz 1988. godine. Ali, dogod je Sovjetski Savez postojao, savezne republike nisu vršile nijedno od tih saveznim ustavima priznatih ovlašćenja. Po Ustavu Sovjetskog Saveza iz 1924. godine, formalno vrhovni organ vlasti Saveza bio je Kongres Sovjeta, čiji su članovi bili birani od strane sovjeta užih teritorijalnih jedinica ili neposredno na kongresima sovjeta pojedinih saveznih republika. U razdobljima između održavanja Kongresa sovjeta, vrhovni organ vlasti bio je Centralni Izvršni Komitet (CIK) SSSR-a, koji se sastojao iz Saveznog sovjeta i Sovjeta nacionalnosti, i bio biran od strane Kongresa Sovjekta. CIK je dakle bio posredno izabrani dvodomni sovjetski centralni parlament, ali opet uglavnom samo sa izbornim funkcijama. On je birao svoj Prezidijum kao neku vrstu kolektivnog šefa države, ali bez izvršne vlasti, s nadležnošću čije je težište ležalo na normativnoj i nadzornoj delatnosti. CIK je takođe obrazovao saveznu vladu, Sovjet narodnih komesara (Sovnarkom) SSSR-a, kao nosioca

zbijske normativne i upravne vlasti i produženu ruku Komunističke partije. Ceo izborni sistem stavljala je u pokret krajnje centralizovana Komunistička partija, pri čemu su svi organi, osim saveznoga Sovnarkoma, imali čisto ceremonijalne funkcije. Ceo sovjetski režim imao je tako karakter piramide, na čijem su se dnu nalazili formalno najviši organi vlasti, a na vrhu zbijski odlučio, savezni Sovnarkom i Komunistička partija.

Odnos između saveznog Prezidijuma i Sovnarkoma, s jedne strane, i vrhovnih organa saveznih republika, s druge, upečatljivo predočava čl. 42. Ustava Sovjetskog Saveza iz 1924. godine: „Centralni izvršni komiteti saveznih republika i njihovi prezidijumi ulažu prigovor na dekrete i naredbe Sovjeta Narodnih Komesara Saveza Sovjetskih Socijalističkih Republika Prezidijumu Centralnog Izvršnog Komiteta saveza Sovjetskih Socijalističkih Republika, što ne zadržava njihovo izvršenje.“ Polazeći od ovakvog stanja stvari, Timašev (Timaschew, 1925, 173) zaključuje da Sovjetski Savez nije ni savezna država, već tip decentralizovane unitarne države, u kojoj su savezne republike zapravo autonomne pokrajine. S obzirom na ondašnju situaciju, taj je zaključak tačan. No, suverenitet saveznih republika latentno je postojao i dalje, bio je samo suspendovan, i bilo je dovoljno da dođe do samoukidanja komunističke diktature, pa da taj suverenitet istovremeno stupi na snagu. Takav „mirujući“ suverenitet nije nepoznat u pravnoj istoriji. Od 1527. godine suverenitet Ugarske vršio je austrijski car, i tek je 1867. godine ponovo uspostavljen efektivni suverenitet Ugarske u realnoj uniji sa Austrijom; (v.: Hellbling, 1956, 216 id., 363 id.).

Mogućnost postojanja tog „mirujućeg“ suvereniteta dokaz je egzistencije istorijskog prava nacije na teritoriju, koje, kada jedanput uđe u nacionalni pravni poredak, postaje nezastarivo svojinsko pravo nacije. Nacija nije pravni subjekt, pa je valjda zato pravna nauka mimoilazi. Ali, kao institucija i moralni subjekt ujedno, nacija je više od toga; (v.: Renard, I, 1930, 152 id.). Zato ona deluje kroz pravne subjekte koji je sačinjavaju: od pojedinaca do države. Nameće se izvesna analogija između nacije i Vaseljenske Crkve s pravoslavnoga stanovišta). Vaseljenska crkva nije subjekt prava, već su subjekti prava, unutar nje, mesne crkve, manastiri i crkvene dobrotvorne ustanove; (v.: Milaš, 2004, 548 id.).

Početak nastanka jugoslovenske države usledio je posle napada Austro-Ugarske na Srbiju i izbijanja Prvog svetskog rata, u izjavi srpske kraljevske Vlade u Narodnoj skupštini u Nišu 7. decembra (24. novembra) 1914. godine (u takozvanoj „Niškoj deklaraciji“). U njoj stoji: „Uverena u

rešenost celoga srpskoga naroda da istraje u svetoj borbi za odbranu svoga svetoga ognjišta i slobode, vlada kraljevine smatra kao svoj najglavniji i u ovim sudbonosnim trenucima jedini zadatak, da obezbedi uspešan svršetak ovog velikog vojevanja, koje je, u trenucima, kad je započeto, postalo ujedno borbom za oslobođenje i ujedinjenje sve naše neslobodne braće Srba, Hrvata i Slovenaca“. (Nav. u: Novak, 1930, 708.)

Jugoslovenstvo je, u stvari, bilo hrvatska ideja, koju su Srbi prihvatili kao svoju nacionalnu i državnu religiju. Značajno je da je još 12. Avgusta 1861. godine, kada Srbi o juoslovenstvu još ništa nisu znali, zakon hrvatskog sabora o službenosti narodnog jezika propisao u čl. 1: „Jezik jugoslovenski trojedne kraljevine izjavljuje se ovim za svakoliki opseg trojedne kraljevine za jedino i isključivo služben jezik u svim strukama javnog života.“ („Pozor“, 13. avgusta 1861. godine, nav. u: Novak, 1930, 256). Da jugoslovenstvo može biti i antisrpsko, pokazala je, još mnogo pre titoizma, takozvana „Majska deklaracija“ od 30. maja 1917. godine koju su u Beču, dakle u vreme kada je Srbija bila pod austro-ugarskom i bugarskom okupacijom, objavili članovi „jugoslovenskog kluba“ pri austrijskim Carevinskim većem: „Potpisani narodni zastupnici u „Jugoslovenskom klubu“ udruženi izjavljuju, da na temelju narodnog načela i hrvatskog državnog prava zahtijevaju ujedinjenje svih zemanja u monarhiji, u kojima žive Slovenci, Hrvati i Srbi, u jedno samostalno, od svakoga gospodstva tuđih naroda slobodno i na demokratskoj podlozi osnovano državno tijelo, pod žezlom habzburško-lorenske dinastije, te će se svom snagom zauzeti za ostvarenje ovoga zahtjeva svog jednog te istog naroda. Sa ovim pridržajem potpisani će u čestvovati u radu Parlamenta.“ (Nav. u: Čulinović, I, 1961, 25.) Znakovito je da su prvopotpisnici te deklaracije bili rimokatolički sveštenik Anton Korošec iz Slovenije i Matko Laginja iz Istre, koji su zauzimali značajne položaje i u Kraljevini Jugoslaviji: Korošec je bio mnogokratno ministar, jedno vreme i predsednik vlade, a Laginja ban Hrvatske i Slavonije.

Da bi navele Italiju da stupi na njihovu stranu u Prvom svetskom ratu, sile Antante: Francuska, Velika Britanija i Rusija, zaključile su sa njom 26. aprila 1915. godine Londonski ugovor, kojim je, između ostalog, bila predviđena podela Dalmacije na severni i južni deo, pri čemu bi severni deo pripao Italiji, a južni Srbiji i Crnoj Gori. Prema primedbi uz čl. 5 tog Ugovora, ovim potonjim državama pripala bi „čitava obala od rta Planka do reke Drima, sa važnim lukama Split, Dubrovnik, Kotor, Bar, Ulcinj i Sv. Jovan Medovanski, i sa ostrvima Veliki Drvenik, Mali Drvenik, Čiovo, Šolta, Brač, Jakljan i Koločep. Luka Drač ostaće u posedu nezavisne muslimanske države Albanije.“ Londonski ugovor

rešavao je, dakle, na širokogrud način pitanje izlaska Kraljevine Srbije na Jadransko more. Potom je predsedniku srpske vlade Nikoli Pašiću 16. avgusta 1915. godine predat Memorandum velikih sila saveznica. U tom se Memorandumu Srbiji dosuđuju: Bosna i Hercegovina, Srem, Bačka, deo jadranske obale od rta Ploče do 10 kilometara južno do Cavtata, severna Albanija i Slavonija. Zauzvrat, Srbija bi trebalo da ustupi Bugarskoj deo Vardarske Makedonije prema ugovoru o savezu između dveju država od 13. februara 1912. godine. (Tekst Memoranduma nalazi se u: Stanković, 1995, 163, s geografskom kartom Srbije prema Memorandumu, u prilogu.) Pašić je taj Memorandum izneo pred Narodnu skupštinu, na tajno zasedanje, i Skupština je, posle burne rasprave o Makedoniji, 10. avgusta (po starom kalendaru) 1915. godine odobrila vladinu politiku: (v.: Pašić, IV, 18998, 39 idd.). Vlada Srbije je 1. septembra 1915. godine odgovorila na dotični Memorandum prihvatajući koncesije ponuđene Srbiji, s tim što je u pogledu Makedonije postavila sledeće uslove: da granica sa Grčkom ostane očuvana; da Skoplje sa okrugom Ovče polje bude zaštićeno od mogućih napada Bugarske uspostavljanjem jedne strateško-geografske granice; da grad Prilep, kolevka srpskog naroda, koji je vezan za Srbiju tolikim slavnim uspomenama, ostane u sastavu Kraljevine. Saveznički Memorandum od 16. avgusta 1915. godine izražava stav velikih sila o granicama teritorije na koju srpski narod ima istorijsko pravo, a njegovo prihvatanje od strane Narodne skupštine i vlade Srbije dalo mu je karakter akta međunarodnog prava.

Samo, Londonski ugovor i Memorandum doveli su srpske političke odlu čioce, pre svega regenta Aleksandra Karađorđevića i Nikolu Pašića, u neobično tešku dilemu. Da su prihvatili da primene te akte, do jugoslovenskog ujedinjenja ne bi moglo da dođe. Federalističko, tačnije konfederalističko uređenje Jugoslavije, za koje su se zalagali Hrvati i Slovenci već na neuspešnoj Ženevskoj konferenciji od 9. novembra 1918. godine, nije dolazilo u obzir, jer bi tada veliki deo srpskih zemalja potpao pod hrvatsku vlast. Kao najprihvatljivija mogućnost izgledalo je unitarističko uređenje Jugoslavije na čelu sa dinastijom Karađorđevića. Zato Prvodecembarsko ujedinjenje 1918. godine nije bilo ni ugovor međunarodnog ni unutrašnjeg prava, već jednostrana inkorporacija Srba, Hrvata i Slovenaca bivše Austro-Ugarske u Kraljevinu Srbiju, samo s novim imenom: „Kraljevstvo Srba, Hrvata i Slovenaca“. Pošto je ta inkorporacija bila dobrovoljna, velike i udružene sile pobednice priznale su je senžermenskim mirovnim ugovorom, koji je 6. avgusta 1921. godine ratifikovala Narodna skupština u Beogradu. I Ustav Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca od 28. juna 1921. godine i Ustav Kraljevine

Jugoslavije od 3. septembra 1931. godine predviđali su unitarističko državno uređenje. Hrvati su za početak prihvatili unitarizam, jer je Srbija, zauzvrat, izrično odbila da prizna Londonski ugovor. U odgovoru na „adresu“ zagrebačkog „Narodnog vijeća“, kojim je 1. decembra 1918. godine proglasio ujedinjenje Srbije sa zemljama „nezavisne države Slovenaca, Hrvata i Srba u jedinstveno Kraljevstvo Srba, Hrvata i Slovenaca“, regent Aleksandar je rekao (nav.u: Novak, 1930, 818): „Smemo slobodno reći, da će u poštovanju tih načela i predanja, u osećajima našega prijateljstva i dobroga susedstva, talijanski narod naći više pravoga dobra i bezbednosti, nego u ostvarenju Londonskog ugovora, potpisanog bez nas i od nas nikad ne priznatoga...“.

Međutim, Srbija se nije nikada odrekla Memoranduma od 16. Avgusta 1915. godine! Kada je pukovnik Simović, kao predstavnik srpske Vrhovne komande pri „Narodnom vijeću Slovenaca, Hrvata i Srba“ 13. Novembra 1918. godine doputovao u Zagreb, te se u hrvatskoj sabornici susreo sa vodećim članovima Vijeća, jedan od njih, Ivan Lorković, uzeo je reč (v.: Krizman, 1989, 336 id.) i stao govoriti o obrazovanju „Države Slovenaca, Hrvata i Srba“ na teritoriji otopljenj od Austro-Ugarske (do Drine, Save i Dunava), nezavisne od Srbije i Crne Gore, i o njenom priznanju od strane srpske Vlade. Na to je Simović odgovorio: „Ja nemam nikakvo ovlašćenje, da Vam dajem bilo kakvu izjavu u tome pogledu i nisu mi poznate intencije vlade. Ali, kao vojnik, mogu Vam reći ovo: Srbija, koja je u ovom ratu dala jedan i po miliona žrtava za oslobođenje i ujedinjenje svoje jednokrvne braće preko Dunava, Save i Drine, ne može ni u kom slučaju dozvoliti, da se na njenim granicama formira neka nova država, koja bi u svoj sastav uzela sve njene sunarodnike i da – posle četvorogodišnjih muka i potpunog poraza neprijatelja – ostane u pozadini i sve plodove dobivene pobeđe prepusti drugome, koji je u ratu učestvovao na neprijateljskoj strani. Srbiji – po pravu oružja, a na osnovu ugovora o primirju s Mađarskom koji je potpisao vojvoda Mišić, kao opunomoćenik komandanta vojsaka na Solunskom frontu;... pripada sledeća teritorija: Banat do linije Oršava- Karansebeš-r. Maroš-Arad-ispod Segedina; Bačka do linije Horgoš- Subotica-Baja; Baranja do linije Batasek-Pečuj-Barč i dalje rekom Dravom do Oseka; Srem i Slavonija do linije želj. pruge Osek-Đakovo-Šamac; cela Bosna i Hercegovina i Dalmacija do rta Planka. Van te teritorije, da se možete opredeljivati po volji: da idete sa Srbijom ili da formirate zasebnu državu.“

Kada su se 1923. godine i 1924. godine kao i 1928. godine politički odnosi između Srba i Hrvata naročito zaoštrili, štampa je počela da piše o mogućnosti „amputacije“ Hrvatske; na to je kralj Aleksandar u izjavi za

jedne engleske novine 10. oktobra 1928. godine tu mogućnost demantovao; (v.: Gligorijević, II, 2002, 315 idd., 343). Zanimljivo je da su objavljivane geografske karte sa linijom moguće „amputacije“ uglavnom odgovarale zapadnoj granici Srbije po Memorandumu; (v.: na primer, geografsku kartu u: Gligorijević, II, 2002, između str. 316. i 317.).

Preuređenje Jugoslavije u smislu konfederacije sproveo je po završetku Drugog svetskog rata vrhovni komandant partizanskih komunističkih odreda i generalni sekretar Komunističke partije Jugoslavije, Josip Broz Tito. Za to mu je išao u prilog sticaj izuzetno povoljnih istorijskih okolnosti. Posle vojnog puča od 27. marta 1941. godine Nemačka i Italija su u aprilskom ratu 1941. godine porazile jugoslovensku vojsku i Jugoslaviju teritorijalno rasparčale, dok su Kralj i Vlada otišli u izbeglištvo čije je završno odredište bio London. Kao nemačko-italijanski protektorat, stvorena je ustaška Nezavisna Država Hrvatska, čiji je glavni cilj bio genocid nad srpskim narodom. Ostvarenje tog cilja postalo je moguće tek nakon fašističke okupacije Jugoslavije. Uništenje Jugoslavije kao političke osnove „velikosrpske“ ili „srbijanske“ hegemonije bio je i cilj Komunističke internacionale (Kominterne), čiji je pokrovitelj bio Sovjetski Savez a deo KP Jugoslavije. U rezoluciji trećeg kongresa KP Jugoslavije o nacionalnom pitanju, koji je održan od 17. do 22. Maja 1926. godine u Beču, rečeno je da je KPJ „jedina partija u Jugoslaviji koja se najdoslednije bori za neograničeno pravo samoopredeljenja do otcepljenja od današnje države“. Po shvatanju KPJ, nacionalno pitanje može se potpuno rešiti samo ako se ispuni njen zahtev „za Federacijom radničko-seljačkih republika na Balkanu, jer samo dobrovoljno ujedinjenje organizovanih nacija u radničko-seljačke države može dovesti do stvarnog rešenja nacionalnog pitanja“. Kada ja 1932. godine došlo do ustaškog ustanka u Lici i severnoj Dalmaciji (takozvanog „Velebitskog ustanka“), KP Jugoslavija je podržala tu ustašku akciju, koja je bila usmerena iz Italije. S tim u vezi, rukovodilac KPJ Milan Gorkić (Josip Čižinski) piše 1933. godine direktivu mesnim komunistima u kojoj, među ostalim, stoji (Očak, 1988, 155): „potreba i praktičan rad među samim ustašama sa ciljem da rukovodstvo ustaške borbe pređe u ruke pristaša saveza radnika, seljaka i ugnjetenih naroda i da se taj pokret iz izolovane akcije partizanskih odreda pretvori u polaznu tačku za razvijanje nac(ionalno) rev(olucionarne) borbe i borbe masa protiv v(ojno) f(ašističke) diktature na najširoj osnovi...“

No, kada su se sovjetsko rukovodstvo i Kominterna uplašili od mogućnosti napada antikomunističke nacističke Nemačke i antikomunističkog milatirističkog Japana, koji su 25. novembra 1936. godine i zaključili

„Antikominterne-pakt“, svetski komunizam menja taktiku i za Jugoslaviju preporučuje „Front narodne slobode“, privremeno odustajući od politike razbijanja te države. U odluci politbiroa Centralnog komiteta KPJ posle 7. kongresa Kominterne održanog 1. avgusta 1935. godine u Moskvi, stoji: „Ostajući pri svom principijelnom gledištu samoodređenja naroda sa pravom na otcepljenje, komunisti uzimaju u obzir sadašnju međunarodnu situaciju i pri uslovu uništenja nacionalne neravnopravnosti, maksimalnih garancija slobode hrvatskog i drugih naroda i slobodnog pristanka tih naroda, ne izjašnjavaju se za otcepljenje tog naroda (!) od današnje državne zajednice – Jugoslavije.“ Ali, „staro prijateljstvo“ nije ni pod novim uslovima bilo zaboravljeno, pa su 1936. godine u sremskomitrovačkoj kaznionici, na izdržavanju robije, Moše Pijade ispred komunisti i Mile Budak ispred ustaša, sklopili sporazum o saradnji dveju organizacija (Slijepčević, 1978, 564).

Kada su Tito i njegova vojska, 1941. godine prognani iz Srbije i 1942. godine iz Crne Gore, stajali pred uništenjem, „Zagrebačkim sporazumom“ iz juna 1942. godine između italijanskog okupatora i ustaške vlade, Titovim je jedinicama bilo omogućeno da zaposednu Zapadnu Bosnu, u kojoj je, zajedno sa susednom Severnom Dalmacijom i Likom, srpsko stanovništvo činilo većinu; (v.: Petranović, 1992, 287). To stanovništvo dalo je Titu najbolje borce i omogućilo mu da tamo stvori svoju malu „sovjetsku republiku“. U Bihaću 27. novembra 1942. godine Tito je dao da se donese rezolucija o osnivanju „Antifašističkog veća narodnog oslobođenja Jugoslavije“ (AVNOJ). No, AVNOJ-u još nisu bili pridati atributi državnosti, osim vojno-političkih. U rečenoj rezoluciji stoji da će „Izvršni odbor“ AVNOJ-a stajati na čelu „Narodnooslobodilačke borbe“ „kao njeno političko predstavništvo“. Međutim, pojedina zemaljska veća prisvajala su već tada ovlašćenja nosilaca vrhovne državne vlasti. Tako je 20. septembra 1943. godine Zemaljsko antifašističko vijeće narodnog oslobođenja Hrvatske (ZAVNOH) donelo odluku na osnovu načela o samoodređenju naroda da se proglašuju „ništetnim svi ugovori, paktovi i konvencije, koje su razne velikosrpske vlade sklopile s Italijom...“ (Petranović /Zečević, 1988, 647). AVNOJ se, dakle, od samog početka zamišljao kao vrhovni organ konfederativne Jugoslavije.

Britanski ministar inostranih poslova, Antoni Eden, označio je jugoslovensku Vladu u izbeglištvu samo jedan dan nakon što je napustila zemlju kao „jedinog legitimnog predstavnika Kraljevine Jugoslavije“. Krajem juna 1941. godine, britanski premijer Winston Čerčil je istakao da ta vlada „poseduje sve državne attribute suverene vlasti.“ (V.: Petranović, II, 1988, 53.) Pri svemu tome, Čerčil nije bio iskren. Uvek je žalio propast



Austro-Ugarske monarhije i želeo njenu obnovu u vidu neke Podunavske federacije, što bi značilo „via facti“ razbijanje Jugoslavije; (v: Kosanović, 1984, 165 id., 178 idd., 190. idd.). Posle veličanstvene pobede Crvene armije u Staljingradu u januaru 1943. godine nad Nemcima, Čerčilu je bilo jasno da će se kad-tad Crvena armija pojaviti i na Balkanu, pa je Staljinu, tvorcu komunističkog plana razbijanja Jugoslavije, ponudio njenu konfederalizaciju kao uvod u njenu podelu. Staljinu ta mogućnost nije uopšte bila tuđa. O svemu tome piše izvrstan poznavalac Sava Kosanović. Kosanović, međutim, greši kada u Titu vidi spasioca Jugoslavije (Kosanović, 1984, 222 idd.). Tito je, u stvari, bio određen od velikih saveznika, da upravlja Jugoslavijom kao stečajnom masom.

AVNOJ je na svom 2. zasedanju 29-30. novembra 1943. godine u Jajcu najpre doneo odluku kojom se proglašava za „vrhovnog predstavnika suvereniteta naroda i države Jugoslavije kao celine“. Istovremeno, on je doneo i odluku „o izgradnji Jugoslavije na federativnom principu“. U preambuli te odluke stoji: „Na osnovu prava svakog naroda na samoopredeljenje, uključujući pravo na otepljenje ili na ujedinjenje sa drugim narodima, i u skladu sa istinskom voljom svih naroda Jugoslavije, osvedočenom u toku trogodišnje zajedničke narodnooslobodilačke borbe, koja je skovala nerazdruživo bratstvo naroda Jugoslavije...“ A u tački 2. dotične odluke piše: „Da bi se ostvario princip suverenosti naroda Jugoslavije (ne vidi se da li je „narod“ u jednini ili množini, M.P.), da bi Jugoslavija predstavljala istinsku domovinu svih svojih naroda i da nikada više ne bi postala domenom bilo koje hegemonističke klike, Jugoslavija se izgrađuje i izgradiće se na federativnom principu, koji će obezbediti punu ravnopravnost Srba, Hrvata, Slovenaca, Makedonaca i Crnogoraca, odnosno naroda Srbije, Hrvatske, Slovenije, Makedonije, Crne Gore i Bosne i Hercegovine.“ Videli smo da je pravo na samoopredeljenje, uključujući pravo na otepljenje, čisto konfederativni princip. „Nerazdruživo bratstvo naroda Jugoslavije“ pravno ne znači ništa. Isto tako, „federativni princip“ je takođe pravno neodređen pojam (videti o saveznoj državi: Petrović, 2016, 1-24). Taj princip treba da obezbedi „punu ravnopravnost“ jugoslovenskih naroda i zemalja, ali pošto se u saveznoj državi, to jest njenoj naddržavi, odlučuje većinski, to znači da pune ravnopravnosti njenih naroda i njenih federalnih jedinica ne može biti u takvoj državi, pa „federalni princip“ u stvari znači: „konfederalni princip“. Važno je da se u ovde navedenoj prvoj odluci AVNOJ-a, AVNOJ opredeljuje kao „vrhovni predstavnik suvereniteta“ samo „u vreme oslobodilačkog rata“, tako da se posle tog rata suverenitet vraća jugoslovenskim narodima i zemljama.

No, još dok je rat trajao, pojedina zemaljska antifašistička veća odlučivala su kao organi država članica konfederacije, a da se AVNOJ nije tome protivio. U čl. 1. svoje odluke od 9. maja 1944. godine ZAVNOH kaže: „Na osnovu suverene volje i prava samoodređenja naroda Hrvatske... Zemaljsko antifašističko vijeće narodnog oslobođenja Hrvatske, kao jedini pravi državni sabor Hrvatske, vrhovni je organ državne vlasti, vrhovno zakonodavno i izvršno narodno predstavničko tijelo Hrvatske i predstavnik suvereniteta naroda i države Hrvatske kao ravnopravne federalne jedinice Demokratske Federativne Jugoslavije.“ A u čl. 9. iste Odluke ZAVNOH rešava: „Na području Hrvatske važe zakoni Demokratske Federativne Jugoslavije i zakoni Hrvatske...“ Prema tome, zakoni Jugoslavije važe u Hrvatskoj po odobrenju ZAVNOH-a.

Sve ovo komunističko ustavotvorstvo bilo je projekcija budućnosti, jer nijedan veći grad još nije bio u Titovim rukama, a nije imalo ni legitimitet. Legitimna je bila jedino kraljevska Vlada u Londonu. Zato su veliki saveznici, posebno premijer Čerčil, kod koga je ta vlada bila u „gostima“, nastojali da dođe do sporazuma između Kralja i Tita. Pošto nijedan srpski političar od formata nije htio da pregovara s Titom, Čerčil je u tu svrhu primorao Kralja da mandat za sastav Vlade poveri hrvatskom banu Šubašiću. Ovde je od bitnog značaja takozvani „drugi sporazum“ Tito - Šubašić od 1. novembra 1944. godine. U stavu 2. tog sporazuma stoji: „Stojeći na principu državnog kontinuiteta Jugoslavije sa međunarodno-pravnog gledišta, na jasno izraženoj volji svih naroda Jugoslavije u njihovoj četvorogodišnjoj borbi za jednu novu, na principima demokratije izgrađenu, nezavisnu i federativnu državnu zajednicu,... i stoga stojimo na stanovištu pridržavati se temeljnih i opštih načela one ustavnosti koja je svojstvena svim istinskim demokratskim državama.“ Dalje je dogovoreno da Kralj Petar II ne ulazi u zemlju „dok narodi o tome ne donesu svoju odluku, a u njegovoj odsutnosti kraljevsku vlast da vrši Kraljevsko namesništvo“ (stav 4. sporazuma). U stavu 5. sporazuma stoji: „Kraljevsko namesništvo postavlja se ustavnim aktom Kralja, na predlog Kraljevske vlade, a po sporazumu Predsednika Nacionalnog komiteta oslobođenja Jugoslavije Maršala Josipa Broza- Tita sa Predsednikom Kraljevske vlade dr-om Ivanom Šubašićem. Kraljevsko namesništvo polaže zakletvu Kralju, a vlada polaže zakletvu narodu.“ U stavu 9. sporazuma bilo je propisano: „Nova vlada objaviće deklaraciju koja će sadržavati osnovna načela demokratskih sloboda i garancija za njihovo sprovođenje. Lična sloboda, sloboda od straha, sloboda veroispovesti i savesti, sloboda govora, štampe, zborna

i udruživanja, naročito će biti naglašene, kao i pravo vlasništva i privatne inicijative...”

Na dan 4. marta 1945. godine Kralj Petar II postavio je ukazom ove kraljevske namesnike, a to su: dr Srđan Budisavljević, dr Ante Mandić i inž. Dušan Serbec. Već sutradan, 5. marta namesnici su u zelenoj dvorani Narodne skupštine položili zakletvu Kralju i narodu; (v.: Šepić, 1983, 414). Na dan 7. marta 1945. godine kraljevski namesnici postavili su Privremenu vladu Demokratske Federativne Jugoslavije: ta Vlada, čiji je predsedik bio Tito, a ministar inostranih poslova Šubašić, položila je istoga dana u Narodnoj skupštini, pred kraljevskim namesnicima, zakletvu narodu.

Tito, sa svoje strane, nije ni pomišljao da se pridržava sporazuma od 1. novembra 1944. godine. Umesto demokratskih sloboda, u zemlji je uspostavljena partijsko-policijska diktatura i „narodni sudovi“ su izricali smrtne kazne za običnu kritiku političkog stanja; (v.: Nikolić, 2011, 182 i adnotacija 42). Kraljevskim namesnicima bilo je onemogućeno da saobraćaju s Kraljem. Na sastanku „Velike trojice“ (Truman, Čerčil, Staljin) u Potsdamu 19. jula 1945. godine, Čerčil je konačno postao svestan koga je doveo na vlast, rekavši: „Skupština (AVNOJ) nije reorganizovana; sudstvo nije ponovo uspostavljeno; Tito je nametnuo striktnu partijsku organizaciju sa policijskom kontrolom i štampu tako strogo kontrolisanu kao u fašističkoj zemlji.“ (Petranović/ Zečević, 1988, 760.) Na dan 8. avgusta 1945. godine Kralj Petar II uputio je notu ambasadorima savezničkih sila u kojoj, između ostalog, stoji: „Opšte je poznato da sam dao svoj pristanak na Sporazum samo po savetu velikih saveznika s ciljem da otklonim prepreku za uspešan ishod rata u Evropi, da bi se izbegao građanski sukob i da se olakša saveznička pomoć mojim napaćenim sunarodnicima.

„Nažalost, sada je jasno celom svetu da građanski sukob u zemlji nije izbegnut. To je i maršal Tito priznao u svom govoru 7. avgusta. U Jugoslaviji postoji u punoj meri diktatura Titovog režima. U državnoj organizaciji uništeni su zakoni i na taj način sprečena slobodna narodna volja. Vrše se pripreme za plebiscit, sredstvima ubeđivanja, silom i terorom specijalne policijske organizacije OZNA koja je zamenila Gestapo...

„Nijedan član Sporazuma, zaključenog sa maršalom Titom, nije primenjen u Jugoslaviji, već je sve promišljeno zanemareno od strane Titove Vlade. Smatram da namesnicima nije bilo dozvoljeno da izvršavaju moje ustavne dužnosti i da se nisu obazirali na zakletve koje su mi položili, ni na svoje dužnosti prema meni. Ovim proglašavam da oni više ne mogu da

me zastupaju, niti da rade u moje ime. Zbog toga sam odlučio da povučem ovlašćenja, koja sam im dao. Lično ne mogu da odobrim ovakvo stanje stvari, kojeg se gnušam. Od ovog trenutka, dužnost odbrane ustavnih prava mog naroda preuzimam na sebe.“ Sutradan, 9. avgusta, Kralj je uputio namesnicima telegram kojim ih obaveštava da je odlučio da ukine Namesništvo. (V.: Gligorijević, 2001, 242 idd.) Na ovaj način, Sporazum od 1. novembra 1944. godine nije više mogao da se izvrši, i svi Titovi politički akti koji su doneseni posle 9. avgusta 1945. godine postali su nelegitimni. Titova vlada je 10. avgusta 1945. godine donela zaključak da „Kraljevski namesnici ostaju jedini nosioci i vršioci kraljevske vlasti...“ No, to nije imalo nikakvog pravnog značaja. Kralj je uvek mogao da opozove namesnike kao svoje punomoćnike, pogotovu kada krše zakletvu koju su mu položili, a Titova vlada nije imala pravo da se poziva na sporazum koji stalno i u celini nije izvršavala.

Titovi ustavi bili su nelegitimni ne samo zbog nestanka pravnog osnova, nego i zato, što Jugoslaviju nisu uređivali, saglasno stavu 2. Sporazuma od 1. novembra 1944. godine između Tita i Šubašića, kao „federativnu državnu zajednicu“ (Petrović, 2016, 1-24), već kao konfederaciju.

Pri tom se karakter te konfederacije menjao. Po Ustavu FNR Jugoslavije od 31. januara 1946. godine, koji je rađen po ugledu na Ustav Sovjetskog Saveza, Jugoslavija je bila centralistički uređena, ali je u čl. 1. svog Ustava poznavala pravo na samoopredeljenje, uključujući pravo na otcepljenje svojih „ravnopravnih naroda“. No, kada se Hrvatskoj pojavio 1970. godine „masovni pokret“ (MASPOK), koji se, uz podršku tamošnjih komunista, zalagao za otcepljenje Hrvatske, Tito i njegov najbliži saradnik, Slovenac Kardelj, preusmerili su uređenje Jugoslavije na konfederalizam starijeg tipa. Po Ustavu SFRJ od 21. februara 1974. godine centralni organi („federacija“) izgubili su svaku realnu vlast, posebno u oblasti finansija. U poslednjem izdanju svog „Političkog sistema“, Jovan Đorđević piše (Đorđević, 1988, 496): „Najzad, za ulogu federacije... karakteristično je: a) smanjenje njenih funkcija i sredstava; b) zavisnost njenih oblika i funkcija od uticaja i stavova republika; c) odgovornost republika za funkcionisanje federacije; d) participacioni federalizam (republičko delegatski sastav svih važnijih institucija federacije).“

Zauzvrat, pravo republika na otcepljenje bilo je ukinuto članom 5 stav 3. dotičnog ustava, koja odredba glasi: „Granica Socijalističke Federativne Republike ne može se menjati bez saglasnosti svih republika i autonomnih pokrajina.“

Granice između republika kako sastavnih država Jugoslavije, Tito je samovoljno povukao, a da bi izbegao svaku raspravu o njima, nazvao ih je „administrativnim“; (v.: Petranović, 1992, 55). Titu je naročito bilo stalo da Srbiji onemogućiti izlaz na more, pa je zato i Boku Kotorsku „administrativno“ pripojio Crnoj Gori; Boku, čija je Skupština novembra 1918. godine u Kotoru proglasila „suverenstvo kralja Petra“ (Krizman, 1989, 357). Arbitražna komisija za Jugoslaviju, koju je osnovala Evropska zajednica, iznela je 11. januara 1992. godine mišljenje da administrativne granice između bivših jugoslovenskih republika treba da postanu državne. U prilog tog shvatanja, dotična se komisija pozvala na načelo „uti possidetis“; (o tom načelu v.: Shaw, 2006, 446 idd.). To načelo prvi put je primenjeno u pogledu razgraničenja bivših španskih kolonija u Južnoj Americi. Samo, između ovih dveju hipoteza postoje bitne razlike: Španija je u Južnoj Americi imala legitimnu vlast, dok su jugoslovenske republike nasledile od Titove Jugoslavije i njenu nelegitimnost. Pre uspostavljanja administrativnih granica između španskih provincija u Južnoj Americi nikakvih granica nije bilo. U Jugoslaviji postojale su međunarodne granice Srbije, pre nego što je Tito ustanovio „administrativne“. Te granice Srbije, na koje srpska nacija ima istorijsko pravo, „miruju“. Kada će stupiti na snagu, zavisi od foruma pred kojim je svako predviđanje nemoguće, ali i svako zemaljsko izvrtnje istine: foruma istorije.

## Literatura

- Bigne de Villeneuve, M. de la (1954). *L'activité étatique*. Paris.
- Bornhak, C. (1896). *Allgemeine Saatslehre*. Berlin.
- Burdeau, G. (1966). *Traité de Science politique*. 2-e éd. Paris.
- Burke, E. (1961). *The Philosophy of Edmund Burke*. Ed. by L.I. Bredvold / R.G. Ross, Ann Arbor.
- Giacometti, Z., Fleiner, F. (1949). *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*. Zürich.
- Gligorijević, B. (2001). *Kralj Petar II Karađorđević u vrtlogu britanske politike ili kako je ukinuta monarhija u Jugoslaviji*. Beograd.
- Gligorijević, B. (2002). *Kralj Aleksandar Karađorđević. srpsko - hrvatski spor*. Beograd.
- Gurvitch, G. (1931/1932). *Le Temps présent et l'idée du droit social*. Paris.
- Dahm, G. (1961). *Völkerrecht*. Stuttgart.

- Duguit, L. (1928). *Traité de Droit constitutionnel*. 3-e éd. Paris. Đorđević, J. (1988). *Politički sistem*. izmenjeno izdanje. Beograd. Ebers, G.J. (1910). *Die Lehre vom Staatenbunde*. Breslau.
- Živanović, T. (1959). *Sistem sintetičke pravne filozofije*. Beograd. Isaev, I.A. (1994). *Istorija gosudarstva i prava Rossii*. Moskva. Jellinek, G. (1882). *Die Lehre von den Staatenverbindungen*. Berlin.
- Kelsen, H. (1925). *Allgemeine Staatslehre*. Berlin.
- Kosanović, S.N. (1984). *Jugoslavija bila je osuđena na smrt. Smisao Moskovskog sporazuma*. (Pripremio za štampu B. Krizman). Zagreb /Beograd.
- Krizman, B. (1989). *Hrvatska u Prvom svjetskom ratu. Hrvatsko-srpski politički odnosi*. Zagreb.
- Kunz, J. (1929). *Die Staatenverbindungen*. Stuttgart.
- Laband, P. (1911). *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*. Tübingen.
- Le Fir, L. (1934). *Međunarodno javno pravo*. Beograd.
- Liszt, F. von. (1927). *Le Droit International. Exposé systématique*. Paris.
- Louter, J. de. (1920). *Le Droit International Public Positif*. Oxford.
- Milaš, N. (2004). *Pravoslavno crkveno pravo*. 2. izdanje. Mostar. (1902, fototipsko izdanje, Beograd /Šibenik.)
- Nikolić, K. (2011). *Srbija u Titovoj Jugoslaviji (1941-1980)*. Beograd. Novak, V. (1930). *Antologija jugoslovenske misli i narodnog jedinstva*. Beograd.
- Očak, I. (1988). *Gorkič. Život, rad i pogibija*. Zagreb.
- Pašić, N. (1998). *Nikola Pašić u Narodnoj skupštini*. IV (priredio Đ. Stanković). Beograd.
- Petranović, B. (1992). *Srbija u Drugom svetskom ratu*. Beograd.
- Petranović, B., Zečević, M. (1988). *Jugoslavija 1918–1988*. Tematska zbirka dokumenata. 2. izdanje. Beograd.
- Petranović, B. (1988). *Istorija Jugoslavije 1918–1988*. Beograd.
- Petrović, M. (2000). "Yugoslav War, Occurences and the International and "Municipal" Law Problem relations". *Facta Universitatis, Series: Law an Politics*. Vol. 1. No 4. University of Niš.

Petrović, M. (2001). "Jugoslovenska ratna zbivanja i problem odnosa međunarodnoga i „unutrašnjega“ prava", U: *Jugoslovenska kriza: pouke za međunarodno pravo, Zbornik radova*, Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta.

Petrović, M. (2004). "Ustav i legitimitet. Donošenje, promene i važenje ustava s težištem na pitanju legitimiteta kao jednog od osnovnih pojmova teorije ustava i ustavnog prava". Naučno savetovanje: *Ustavno pitanje u Srbiji*. Niš: Pravni fakultet.

Petrović, M. (2015). "Prilog učenju o osnovnim pojmovima trijalističke teorije prava i država", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 70, god. LIV.

Petrović, M (2016). Savezna država (federacija) i savez država (konfederacija) u opštoj teoriji države i prava i pozitivnom pravu (prvi deo), *Zbrnik radova Pravnog fakulte u Nišu*, br. 73.

Puchta, G.F. (1837). *Das Gewohnheitsrecht*. Erlangen.

Renard, G. (1930). *La Théorie de l' Institution. Essai d'ontologie juridique*. Paris.

Stanković, Đ. (1995). *Nikola Pašić, saveznici i stvaranje Jugoslavije*. 2. izdanje. Zaječar.

Slijepčević, Đ. (1978). *Jugoslavija uoči i za vreme Drugog svetskog rata*. Minhen.

Strupp, K. (1920). *Das Völkerrechtliche Delikt*. W. Kohlhammer. Berlin /Stuttgart/ Leipzig.

Schmitt, C. (1950). *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*. Köln/Berlin.

Shaw, M.N. (2005). *International law*. 5th ed. Cambridge.

Terré, F. (2009). *Introduction générale au droit*. 8-e éd. Paris.

Tocqueville, A. de. (1951). *De la Démocratie en Amérique*. Paris: Editions M. – Th. Génin.

Timaschew, N. (1925). *Grundzüge des sowjetrussischen Staatsrechts*. Mannheim.

Fauchille, P. (1922). *Traité de Droit International Public*. Paris.

Ficker, H.G. (1926). *Vertragliche Beziehungen zwischen Gesamtstaat und Einzelstaat im Deutschen Reich*. Breslau.

Foignet, R. (1905). *Manuel élémentaire du droit international public*. 5-e éd. Paris.

- Hatschek, J. (1978). *Englische Vefassungsgeschichte bis zum Regierungsantritt der Königin Viktoria*. 2. Aufl., Aalen.
- Haenel, A. (1873). *Studien zum deutschen Staatsrechte*. Leipzig.
- Haenel, A. (1892). *Deutsches Staatsrecht*. Leipzig.
- Hachenburger, M. (1896). *De la nature juridique du protectorat*. (thèse). Paris.
- Hegel, G.W.F. (1981). *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*. Nach der Ausgabe von E. Gans herausg. v. H. Klenner, Berlin.
- Hellbling, E.C. (1956). *Oesterreichische Verfassungs - und Verwaltungsgeschichte*. Wien.
- Holtzendorff, F. von. (1887). *Handbuch des Völkerrechts, II: Die völkerrechtliche Verfassung und Grundordnung der auswärtigen Staatsbeziehungen*. Berlin: C.
- Habel. Čulinović, F. (1961). *Jugoslavija između dva rata*. Zagreb.
- Šepić, D. (1983). *Vlada Ivana Šubašića*. Zagreb.
- Waitz, G. (1853). *Das Wesen des Bundesstaates*. Kieler Monatsschrift.
- Weiss, A. (1899). *Manuel de Droit international privé*. 2-e éd. Paris.
- Westerkamp, J.B. (1892). *Staatenbund und Bundesstaat. Untersuchungen über die Praxis und das Recht der modernen Bünde*. Leipzig.



**Prof. Milan Petrović, LL.D.**

Full Professor (retired),

Faculty of Law, University of Niš

**CONFEDERATION AND FEDERATION IN THE GENERAL  
THEORY OF LAW AND STATE AND IN POSITIVE LAW**

**Summary**

*Scientific interest in issues concerning federalism, which implies determining the difference between a confederation (a union of confederal states) and a federation (a federal state comprising federal entities) seems to have disappeared after the dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia in 1992, the country which had existed in the period from 1945 to 1992 under different names: the Democratic Federal Yugoslavia (DFY), the Federal Peoples' Republic of Yugoslavia (FPRY), and finally the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY). Although a number of other confederations or federations (notably, the Soviet Union and Czechoslovakia) ceased to exist in the 20<sup>th</sup> century, history bears witness of the establishment of two important associations of states: the United Nations Organisation (UN) and the European Union (EU). They are highly significant for Serbia, which is a member state of the UN and cherishes close cooperation with the EU. However, the dissolution of the SFRY has not resolved some important issues among its former member states. The basic postulate of these problems is the fact that the Federal Peoples' Republic of Yugoslavia (FPRY as "the second Yugoslavia") is not the successor state of the Kingdom of Yugoslavia ("the first Yugoslavia") because "the first Yugoslavia" was never dissolved, i.e. its international personality did not cease to exist; namely, the "second Yugoslavia" is only the continuator state (ensuring the continuity of the state in the territory of its predecessor), just as the Kingdom of Yugoslavia was the continuator state rather than the successor state of the Kingdom of Serbia. Hence, the problem comes down to the identity of legal subjects.\_*

*The essential difference between a confederation and a federation are as follows:*

- 1) confederation member states may autonomously decide whether they would act independently abroad (e.g. to maintain diplomatic relations, to conclude international agreements, etc.); on the other hand, federal entities (members of a federation) do not have such an option, or they may possibly be given such an option (to an extent which is considered relevant) by the central (federal) government;*
- 2) the internal borders between confederation member states may be changed only by international treaties adopted at an international conference, whereas the internal borders between federal entities may be unilaterally established and changed by the central government;*
- 3) confederation member states, in principle, have the se-*

*cession right (ius secessionis) to withdraw from the confederation, whereas federal entities have no such right.*

*It should be noted that a confederation, as a rule, has a capacity of legal personality in international law, just as its individual members. Yet, the difference between the internal state law and public international law is quite relative. Namely, as noted by Toma Živanović, international law (both private and public) is governed by collision norms. While the essence of private international law is conflict resolution involving subjective private rights and obligations arising from the internal law of different states, the essence of public international law is resolution of conflicts between different sovereign states.*

*The basic difference between a confederation and a federation is that each confederation member state is the holder of supreme power (sovereignty), whereas the federal units in a federal state have no such power, given the fact that sovereignty is exclusively vested in the federation (federal state). The supreme power is a de facto matter; it implies the capacity to maintain public order in a specific territory. Relying on the comparative research of different confederations and federations, the author comes to a conclusion that the "second Yugoslavia" (FPRY) was actually a confederation (despite its official title). However, this conclusion raises the question of borders between its former member states, particularly considering that these (FPRY) borders were not established by any international treaty. Given the fact that there is legal continuity between the Kingdom of Serbia, the "First Yugoslavia" (Kingdom of Yugoslavia) and the "Second Yugoslavia" (FPRY), the solution must be sought in the process of restitution, which implies a return to a prior state of affairs that existed before the creation of the (first) Yugoslav state.*

**Keywords:** *confederation and federation; sovereignty; legal identity and succession of states; state borders.*

**Dr Marijana Pajvančić,**  
Redovna profesorka  
Pravnog fakulteta u penziji,  
Univerzitet u Novom Sadu

originalan naučni članak  
doi:10.5937/zrpfni1674021P

UDK: 342.53

Rad primljen: 30.09.2016.  
Rad prihvaćen: 25.10.2016.

## **JAVNO SLUŠANJE – OBLIK NEPOSREDNOG UČEŠĆA GRAĐANA U KONTROLI VLASTI**

**Apstrakt:** U ovom radu predmet pažnje je učešće građana u vršenju javne vlasti. Posebno se analizira njihov uticaj na ostvarivanje kontrole rada organa javne vlasti. Kontrolu organa vlasti građani ostvaruju koristeći prava garantovana unutrašnjim i međunarodnim pravom (npr. pravo na peticiju, pravo na javnu kritiku organa vlasti, pravo da se obrate organima javne vlasti i od njih zatraže odgovor na određena pitanja i dr.). Jedno od tih prava realizuje se u jednom posebnom obliku javnog slušanja koje omogućuje uticaj građana na ostvarivanje kontrolne funkcije parlamenta. Ovaj poseban oblik javnog slušanja je parlamentarno saslušanje (parlamentarna istraga). Za razliku od javnog slušanja koje se vezuje za normativnu funkciju parlamenta, parlamentarno saslušanje je oblik ostvarivanja kontrolne funkcije parlamenta. Ova vrsta rasprave organizuje se kako bi ispitao i istražio rad državne uprave, ministarstava, javnih službi, organizacija i institucija kojima je povereno vršenje javnih ovlašćenja, ministara i drugih visokih državnih zvaničnika. Pored uticaja građana na ostvarivanje kontrolne funkcije parlamenta, organizovanje parlamentarnog saslušanja jača povezanost građana sa njihovim neposredno biranim predstavnicima u parlamentu, dodatno legitimira parlament kao kontrolora izvršne vlasti i jača njegov demokratski kapacitet i autoritet.

**Ključne reči:** Javno slušanje, parlament, kontrolna funkcija, građani i izabrani predstavnici.

---

\* marijana.pajvancic@gmail.com

## 1. Uvod

Neposredno u češće građana u odlučivanju o javnim poslovima je jedan od načina ostvarivanja suverenosti građana i važan pokazatelj demokratičnosti ustavnog sistema. Pravo građana da sudeluju u vođenju javnih poslova, kao individualno i političko pravo građana garantuje ne samo unutrašnje već i međunarodno pravo. Pakt o građanskim i političkim pravima<sup>1</sup> garantuje na opšti način pravo građana da, bez diskriminacije i neumesnih ograničenja, sudeluju u vođenju javnih poslova.

U unutrašnjem pravu ovo pravo i oblike njegovog ostvarivanja reguliše Ustav Republike Srbije. Ustavne principe koji postavljaju osnov i definišu okvir učešća građana u vršenju vlasti, uključujući i kontrolu vlasti, garantuju osnovna načela Ustava.<sup>2</sup> Ustav izričito garantuje i više prava vezanih za učešće građana u vršenju javne vlasti (sloboda osnivanja političkih stranaka<sup>3</sup>, sloboda udruživanja i političkog organizovanja<sup>4</sup>, pravo na obaveštenost o pitanjima od javnog značaja,<sup>5</sup> sloboda okupljanja,<sup>6</sup> pravo na peticiju i obraćanje organima državne vlasti<sup>7</sup>, pravo na učešće u upravljanju javnim poslovima<sup>8</sup>, kao i instrumente koje građani mogu koristiti kako ostvarili ova prava.

Neposredno u češće građana u kontroli vlasti (Orlović, 2012: 135) ne znači i u češće svih građana u tom procesu, ali uvek podrazumeva: mogućnost uticaja na proces, javnost kao princip rada i komunikacije, demokratsku kontrolu procesa i učešće u realizaciji (Vela, Hetebant, Novak, Kerkez, Patija, Milić, Pernar, Kunac, Bužnikić, Bosanac, 2008: 97). Postoji više mogućnosti ostvarivanja kontrole vlasti od strane građana.<sup>9</sup>

---

1 Član 25, stav 1 Pakta o građanskim i političkim pravima, *Službeni list list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/71.

2 Član 2, stav 2 Ustava Republike Srbije.

3 Član 5, stav 1 Ustava Republike Srbije.

4 Član 55, Ustava Republike Srbije.

5 Član 51, stav 1 Ustava Republike Srbije.

6 Član 54, Ustava Republike Srbije.

7 Član 56, Ustava Republike Srbije.

8 Član 53, Ustava Republike Srbije.

9 Šire o komparativnim iskustvima Nemačke i Norveške kod Pajvančić, 2013: 47–67, kao i iskustvu o iskustvu Crne Gore kod Pajvančić, 2010.

Jedna od njih je individualno pravo građana na obraćanje državnim organima, organizacijama kojima je povereno vršenje javnih ovlašćenja, organima autonomne pokrajine i organima jedinica lokalne samouprave (pravo na peticiju).<sup>10</sup> Prednost ovog instrumenta je u tome što je lišen formalnosti (ne zahteva korićenje posebne forme kao ni posebne formalne procedure obraćanja državnom organu, niti mora ispunjavati neke druge formalne zahteve). Organi vlasti obavezni su da razmotre predstavke građana i obaveste ih o aktivnostima koje su preduzeli, ali nemaju obavezu da povodom iznetih predloga pokrenu postupak odlučivanja. Kada organi vlasti nađu da postoje razlozi za pokretanje postupka u vezi sa kritikom iznetom u peticiji, oni u okviru svoje nadležnosti sami pokreću postupak. Podsticaj za postupanje potiče neposredno od građana, ali niti građani niti njihova inicijativa ne pokreću postupak odlučivanja, već to čine drugi subjekti (vlada, ministarstvo, poslanici i sl.).

U ovom prilogu naša pažnja usmerena su na drugi oblik učešća građana u ostvarivanju kontrole vlasti. To su javna slušanja kao poseban oblik javne rasprave i institucionalni aranžman, vezan za rad parlamenta, koji pruža mogućnost da građani neposredno učestvuju u kontroli vlasti.

## 2. Oblici javnih rasprava

Javna rasprava kao oblik neposrednog učešća građana u vršenju vlasti može se organizovati više oblika od kojih su dva specifičan oblik rada parlamenta (Orlović, 2009: 56): javno slušanje i javno saslušanje (parlamentarna istraga). Za razliku od javnog slušanja, koje se vezuje za normativnu funkciju parlamenta, parlamentarno saslušanje je oblik ostvarivanja kontrolne funkcije parlamenta koji se organizuje da bi ispitao rad državne uprave, ministarstava, javnih službi, organizacija i institucija kojima je povereno vršenje javnih ovlašćenja, ministara i drugih državnih zvaničnika. Parlamentarne istrage se, po pravilu, poveravaju radnim telima parlamenta, koja se obrazuju samo za tu svrhu (Pejić, 2006: 247). Po okončanju rada i podnošenja izveštaja parlamentu oni prestaju sa radom.

Javne rasprave se razlikuju od principa javnosti rada parlamenta (Betam, 2008: 43) prvenstveno u načinu komunikacije između parlamenta i građana i cilju koji se nastoji postići u ovoj komunikaciji. Javnost kao princip rada parlamenta pretpostavlja jednosmernu komunikaciju – od parlamenta ka građanima, čija je svrha i cilj samo informisanje

---

10 Član 56, stav 1 Ustava Republike Srbije.

javnosti o radu parlamenta. Javna rasprava pak pretpostavlja dvosmernu komunikaciju – od parlamenta ka građanima i od građana ka parlamentu. Njen cilj je da konsultuje građane o određenom pitanju, posebno da sasluša njihovo mišljenje, predloge i kritike.

### **3. Značaj neposrednog učešća građana u ostvarivanju kontrole vlasti**

Tri ključna principa konstitucionalizma postavljaju osnov i definišu okvir učešća građana ne samo u vršenju već i u kontroli vlasti. Osnov za angažman građana u kontroli vlasti su ustavni principi prema kojima vlast potiče od građana<sup>11</sup>, koji su nosioci suvereniteta<sup>12</sup> i koji vrše vlast neposredno ili preko svojih neposredno biranih predstavnika.<sup>13</sup> Iako ova su ova načela utkana u temelje konstitucionalizma, pogledi na neposredno učešće građana u vršenju vlasti se razlikuju.

Za pristalice *pluralističke perspektive*, koji na vlast gledaju kao na svojevrsnog „arbitra“ među interesnim grupama u društvu, uključivanje građana u odlučivanje kontroli vlasti može postati instrument promovisanja različitih, često suprotstavljenih interesa koji parališu odlučivanje, jer je njihovo usklađivanje dugotrajan, ne retko bezuspešan proces. Iako je u češće građana u odlučivanju o javnim poslovima i kontroli vlasti jedna od najznačajnijih odlika demokratskog društva i demokratskih procedura, oblici u kojima se to ostvaruje zavise od toga kako je u konkretnom ustavnom i političkom sistemu uspostavljena institucionalna i procesna veza između građana i vlasti (kada, u kojim slučajevima, povodom kojih pitanja, na koji način i sa kakvim kvalitetom ovlašćenja se građani uključuju u ovaj proces).

*Pristalice predstavničke demokratije* prednost daju odlučivanju građana preko izabranih predstavnika, jer je to efikasnije. Svojim predstavnicima građani ukazuju poverenje na izborima i poveravaju im upravljanje javnim poslovima. Stoga pristalice ovog stanovišta ne gledaju blagonaklono na učešće građana u odlučivanju i kontroli vlasti. U prvi plan ističe se da neposredno učešće građana u odlučivanju i kontroli vlasti omogućuje pojedincima i interesnim grupama da zastupaju uže, pa i svoje lične interese.

---

11 Član 2, stav 2 Ustava Republike Srbije.

12 Član 2, stav 1 Ustava Republike Srbije.

13 Član 2, stav 1 Ustava Republike Srbije.

*Građanski koncept* naglašava da se demokratija ne može redukovati samo na predstavničku demokratiju. Demokratija pretpostavlja različite forme neposrednog učešća građana u vršenju i kontroli vlasti. Prednosti neposrednog učešća građana u vršenju i kontroli vlasti ogledaju se u: usvajanju kvalitetnijih i za građane boljih odluka; uspostavljanju i izgradnji kvalitativno drugačijih, demokratskih odnosa između građana i javnih vlasti; jačanju poverenja građana; podizanju legitimiteta vlasti koja se oslanja na mišljenje građana; transparentnosti procesa odlučivanja koji postaje bliži građanima; jačanju odgovornosti vlasti prema građanima i javnosti; upoznavanju građana sa njihovim pravima, posebno sa pravom na učešće u odlučivanju o javnim poslovima i kontroli vlasti; podizanju nivoa svesti građana o značaju njihovog neposrednog angažmana u odlučivanju o javnim poslovima i kontroli vlasti; podsticanju građanskog aktivizma; uspostavljanju stalnog interaktivnog dvosmernog odnosa vlasti i građana koji omogućuje da različiti interesi, informacije, lokalna saznanja i alternativni predlozi i kritike budu uključeni u proces odlučivanja.

#### **4. Prednosti i nedostaci javnih slušanja**

Javna slušanja su noviji oblik učešća građana u vršenju i kontroli vlasti. Stoga je važno odgovoriti na pitanje da li je to efikasan i delotvoran vid učešća građana u ovom procesu? Odgovor na ovo pitanje traži da se sagledaju i istaknu prednosti, ali i kritičke zamerke koje se odnose na javna slušanja.

- *Prednosti javnih slušanja.* Organizovanje javnog slušanja značajno je i za građane koji neposredno učestvuju u kontroli javnih vlasti i za ostvarivanje kontrole funkcije parlamenta. To se posebno ogleda u: pribavljanju legitimiteta ostvarivanju kontrolne funkcije parlamenta i jačanju poverenja građana u parlament, koji, sledeći kritiku iznetu na javnom slušanju, pokrene instrumente kojima ostvaruje svoju kontrolnu funkciju; jačanje kvaliteta komunikacije, interakcije i uzajamnog poverenja između građana i poslanika, jer građani imaju mogućnost da vrednuju, ocenjuju, nadziru i kontrolišu sposobnost, efikasnost i spremnost poslanika da zastupaju njihove interese, uzmu u obzir njihova mišljenja i predloge i postupaju po iznetim kritikama; podsticanje građanskog aktivizma koji odlikuje demokratiju i demokratsku političku kulturu jer uključuje interakciju građana i vlasti pri odlučivanju i kontroli vlasti; uvid u različita mišljenja, kritike i alternative; razvijanje procedura koje omogućuju dijalog i rešavanje

sporova kroz konsenzus; većim mogućnostima da se parlamentarci i vlada blagovremeno upoznaju i suoče sa kritikama i primedbama koje građani upućuju na rad administracije, vlade i parlamenta i dr.

- *Nedostaci javnih slušanja.* Najčešće isticani nedostaci javnih slušanja na koje se u kritikama ovog oblika rada parlamenta ukazuje su: formalizovane procedure o kojima govore primeri komparativne parlamentarne prakse (ispunjavanje obaveze ustanovljene propisima); odsustvo dijaloga i debata među istomišljenicima (učešće poslanika dok se učešće građana svodi na prisustvovanje sednici, kratko vreme za debatu, komunikacija svedena na pitanja i odgovore, sastav učesnika koji se pozivaju i sl.); podela među učesnicima javnog slušanja na stručnjake (kompetentnost) i građane (laici koji nastupaju iz svojih ličnih ili lokalnih pozicija); sastav učesnika javnog slušanja često ne održava stavove građana, jer subjekti koji učestvuju u debati nisu reprezentativni uzorak socijalne strukture društva (moćne interesne grupe potiskuju građane); instrumentalizacija javnog slušanja u svrhe političke utakmice između suprotstavljenih političkih grupacija; suprotstavljena viđenja i konflikti u toku javnog slušanja koji mogu izazvati socijalne i političke napetosti u vezi pitanjem koje se razmatra, zaoštriti odnos parlamentaraca i građana, otuđiti građane od parlamenta, što vodi njihovoj pasivizaciji; neizvestan i neznatan uticaj efekata javnog slušanja i dr.

Zamerke upućene javnom slušanju zasnovane su na parlamentarnoj praksi. Većina problema, međutim, ne počiva na prirodi i svojstvima javnog slušanja, već su posledica propusta u organizovanju javnog slušanja (loše planirane aktivnosti; loše projektovana agenda po kojoj se odvija javno slušanje; nedefinisani ili neprecizno definisani ciljevi; nedostaci u kriterijumima po kojima se pozivaju u česnici javnog slušanja; nerazumevanje smisla i svrhe javnog slušanja; neprecizno postavljen i nejasno definisan cilj koji se nastoji postići organizovanjem javnog slušanja i sl.). To ne znači da kritike ne treba uzeti u obzir. Naprotiv, treba ih brižljivo razmotriti ne samo pri opredeljivanju za (ili protiv) održavanja, već naročito prilikom planiranja i organizovanja javnog slušanja.

## **5. Javno slušanje u ustavnom sistemu Republike Srbije**

U ustavnom sistemu Republike Srbije javna slušanja su novina (Pejić, 2011: 283) koja je u parlamentarni život uvedena izmenama Poslovnika



Narodne skupštine Republike Srbije, izvršenim 2010. godine.<sup>14</sup> Poslovnik Narodne skupštine reguliše javna slušanja u Glavi V, tački 5,<sup>15</sup> u kojoj su sistematizovane odredbe o radnim telima koja se obrazuju u Narodnoj skupštini. Poslovnik reguliše osnovne oblike u kojima se organizuju javna slušanja u Narodnoj skupštini.<sup>16</sup> Kriterijum za njihovo razlikovanje je sadržaj nadležnosti Narodne skupštine.

Javna slušanja se mogu organizovati u dva oblika: kao oblik rada Narodne skupštine u vezi sa njenom normativnom funkcijom (javna slušanja informativnog karaktera), ali i kao oblik rada Narodne skupštine u vezi sa njenom kontrolnom funkcijom (javna slušanja fokusirana na praćenje primene zakona).

Zajedničke karakteristike javnih slušanja ogledaju se u uključivanju javnosti (stručnjaci, građani, predstavnici različitih organizacija i sl.) u rad Narodne skupštine, posebno u aktivnosti njenih radnih tela, kao i prikupljanje različitih mišljenja, stavova, informacija i sl. o pitanjima važnim za ostvarivanje nadležnosti Narodne skupštine, kako bi ona što kvalitetnije obavljala svoje nadležnosti.

Javna slušanja se najčešće organizuju u vezi sa ostvarivanjem normativne nadležnosti Narodne skupštine. Zavisno od toga da li se javno slušanje organizuje pre usvajanja zakona u toku trajanja zakonodavnog postupka, kao deo tog postupka, ili se organizuju kao debata nakon usvajanja zakona, razlikuju se i dva vida javnog slušanja vezana za normativnu funkciju Narodne skupštine. U prvom slučaju smisao organizovanja javnog slušanja je uključivanje građana u proces koji prethodi usvajanju zakona (Pajvančić, 2013: 89). Drugi vid javnog slušanja vezan za normativnu funkciju Narodne skupštine<sup>17</sup> organizuje se nakon usvajanja zakona. Debata je u ovom slučaju usmerena na propise koji su usvojeni u Narodnoj skupštini, koji su na snazi i koji čine deo pravnog sistema. Iako je ovaj vid javnog slušanja sadržinski vezan za normativnu funkciju Narodne skupštine, on se razlikuje od javnog slušanja koje se organizuje u procesu usvajanja zakona. Smisao i cilj organizovanja javnog slušanja, u ovom slučaju nije neposredno usmeren na podizanje kvaliteta zakonskih rešenja, već je prvenstveno usmeren na razmatranje i razjašnjenje pitanja koja se postavljaju u vezi sa primenom propisa koji je Narodna skupština usvojila, a o

---

14 Poslovnik je usvojen 28. jula 2010. godine, *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 52/2010.

15 Članovi 83 i 84 Poslovnika Narodne skupštine.

16 Član 83 Poslovnika o radu Narodne skupštine.

17 Član 83 Poslovnika Narodne skupštine.

kojima postoje različita mišljenja, a u praksi i različite interpretacije. Na javnom slušanju pokušavaju se razjasniti pitanja na koja se različito gleda i koja su praksi povod za različite interpretacije. Ishod javnog slušanja u ovom slučaju mogao bi rezultirati pokretanjem postupka za izmenu zakonskih rešenja koja su izazvala probleme u praksi. Primetno je da ovaj vid javnog slušanja ima ambivalentnu prirodu.

Kada se javno slušanje organizuje o važećem zakonu, propisu, ono može podstaći normativnu delatnost Narodne skupštine ukoliko ishod rasprave bude predlog za izmene i dopune zakona. U tom kontekstu i ova javna slušanja utiču na podizanje kvaliteta normativne delatnosti i mogla bi se smatrati delom zakonodavnog procesa i normativne funkcije Narodne skupštine. Ako se ne izgubi iz vida, javno slušanje u ovom slučaju se fokusira na razjašnjenje pitanja koja se postavljaju u vezi sa zakonom koji je na snazi, posebno u vezi sa njegovom primenom javno slušanje se može smatrati i ostvarivanjem kontrolne funkcije Narodne skupštine, jer je sadržinski povezano sa njom, budući da se kontrola egzekutive od strane Narodne skupštine fokusira upravo na primenu zakona. Nesumnjivo je da se ovaj vid javnog slušanja može vezati kako za normativnu tako i za kontrolnu funkciju Narodne skupštine. Od ishoda javnog slušanja u svakom konkretnom slučaju zavisice i to da li je ono vezana pretežno za normativnu funkciju Narodne skupštine (ako javno slušanje podstakne poslanike da predlože izmenu ili dopunu zakona) ili njenu kontrolnu funkciju (ako javno slušanje dovede do primene instrumenata parlamentarne kontrole vlade).

## **6. Javno slušanje u kontekstu kontrolne funkcije Narodne skupštine**

Poslovník Narodne skupštine reguliše još jedan oblik organizovanja javnog slušanja. Javno slušanje može se organizovati i u ostvarivanju kontrolne funkcije Narodne skupštine. Pored uobičajenih instrumenata parlamentarne kontrole egzekutive, javno slušanje predstavlja osoben oblik ostvarivanja kontrolne funkcije Narodne skupštine i dopunjuje standardne instrumente parlamentarne kontrole egzekutive. Poslovník Narodne skupštine<sup>18</sup> jednom načelnom odredbom izričito propisuje da se javna slušanja mogu organizovati i radi ostvarivanja kontrolne funkcije Narodne skupštine. Ova načelna odredba Poslovníka Narodne skupštine nije konkretizovana niti je bliže regulisan način na koji se javno slušanje koristi kao instrument ostvarivanja kontrolne funkcije

---

18 Član 83 Poslovníka Narodne skupštine.

Narodne skupštine. Ipak dve odredbe Poslovnika posredno upućuju na mogući sadržaj ostvarivanja kontrolne funkcije Narodne skupštine kroz formu javnog slušanja, kao oblika rada Narodne skupštine.

Prema jednoj odredbi Poslovnika, javno slušanje se može organizovati radi praćenja sprovođenja i primene zakona.<sup>19</sup> To bi moglo uputiti na zaključak da bi se javno slušanje organizovano sa ovim ciljem moglo smatrati i nekom vrstom praćenja i monitoringa rada vlade i jedne od njenih najvažnijih nadležnosti koja se odnosi na sprovođenje i primenu zakona i uključenje odgovornost vlade pred Narodnom skupštinom za obavljanje ovih aktivnosti. Organizovanjem javnog slušanja koje se odnosi na praćenje sprovođenja i primene zakona Narodna skupština stiče uvid u jedno od najznačajnijih područja rada vlade. Informisanje o radu vlade i uvid u njene aktivnosti u vezi sa primenom zakona može biti i podsticaj za poslanike da posegnu i za drugim instrumentima parlamentarne kontrole vlade koji mogu dovesti i do pada vlade (interpelacija, glasanje o poverenju vladi), ukoliko Narodna skupština nije zadovoljna njenim radom.

Druga odredba Poslovnika odnosi se na organizovanje javnog slušanja u cilju razjašnjenja otvorenih ili spornih pitanja, kao i rešenja sadržanih u zakonima koji su na snazi.<sup>20</sup> Budući da se sadržaji koje uključuje ovaj vid javnog slušanja odnose na primenu zakona koji su na snazi, a vlada je odgovorna ne samo za njihovu primenu već i za njihovu pripremu i izradu, moguće je, u ovom kontekstu, javno slušanje razumeti i kao oblik ostvarivanja kontrolne funkcije Narodne skupštine.

Iz svega iznetog moglo bi se argumentovano braniti stanovište da javno slušanje u ustavnom sistemu Srbije i parlamentarnoj praksi može naći svoje mesto ne samo u ostvarivanju normativne funkcije Narodne skupštine već i u ostvarivanju njene kontrole funkcije (Orlović, Lončar, Spasojević, Radojević, 2012: 58). U sklopu celine institucionalnih aranžmana koji karakterišu ostvarivanje kontrolne funkcije Narodne skupštine, javna slušanja su, pored poslaničkih pitanja, još jedan vid „ranog sistema upozorenja“ vladi. Organizovanje javnog slušanja omogućuje parlamentarnoj većini koja podržava vladu da upozna svoj poslanički klub sa saznanjima, mišljenjima, sugestijama i kritikama građana iznetim u vezi sa zakonom povodom koga je održano javno slušanje i njegovom primenom za koju je vlada odgovorna. Tako javna slušanja kao „rani sistem upozorenja“ upotpunjuju standardne instrumente

---

19 Član 83 Poslovnika Narodne skupštine.

20 Član 83 Poslovnika Narodne skupštine.

parlamentarne kontrole vlade i unapređuju kontrolnu funkciju Narodne skupštine uključujući i građane u njeno ostvarivanje.

## 7. Organizovanje javnog slušanja

Za organizovanje javnog slušanja i njegov uspešan ishod veoma su značajna i tehnička pitanja, posebno stoga što su javna slušanja novina u parlamentarnom životu u Srbiji. Mnoga od ovih pitanja nisu našla mesto u poslovničkim odredbama. Zbog toga, iako se radi o sasvim konkretnim i tehničkim pitanjima, ukazujemo na njih u kratkim crtama. Uspešnost organizovanja i ishoda javnog slušanja često zavisi od toga kako su definisani svrha i cilj javnog slušanja; da li je realistično i dobro procenjena izvodljivost i ishod javnog slušanja; kako se organizacije civilnog društva uključuju u proces organizovanja javnog slušanja i na koji način uzimaju u češća na javnom slušanju; kako se organizuje informativna kampanja i šta ona mora da uključi; šta su moguće su posledice ishoda javnog slušanja; postupanje aktera javnog slušanja nakon što je javno slušanje održano i dr.

*Definisanje svrhe i cilja javnog slušanja* je najznačajnija aktivnost koja prethodi njegovom organizovanju. U pripremi javnog slušanja važno je jasno definisati njegovu svrhu i cilj, jer ono iziskuje aktivnost ne samo organizatora već i učesnika debate, zahteva pripremu za debatu, angažuje vreme, materijalna sredstva i korišćenje drugih resursa.

*Izvodljivost i ishod javnog slušanja* moraju se sagledavati u kontekstu svrhe i cilja zbog kojih se organizuje. Izvodljivost i ishod javnog slušanja moguće je proceniti tek kada je cilj javnog slušanja jasno definisan. U propisima koji regulišu rad parlamenta nisu propisani kriterijumi na osnovu kojih bi odbor koji organizuje javno slušanje mogao odrediti izvodljivost i ishod javnog slušanja. U nedostatku normativno propisanih kriterijuma, odboru koji organizuje javno slušanje vodič za vrednovanje izvodljivosti i pomoć u sagledavanju ishoda javnog slušanja je odgovor na pitanje da li organizovanje javnog slušanja poboljšava ili ugrožava odnose između građana i vlasti. Ovo je važno i delikatno pitanje koje bi odbor trebalo da analizira u pripremi javnog slušanja, jer se javno slušanje organizuje da bi se unapredili odnosi između građana i njihovih predstavnika. Javno slušanje može doprineti izgradnji poverenja između građana i parlamentaraca, ukoliko građani u toku rasprave steknu uverenje da se njihov sud i mišljenje uvažavaju, a predlozi i kritike koje iznose sa pažnjom slušaju. To može imati za rezultat formiranje pozitivnog mišljenja građana o instituciji koja je omogućila

da se čuje njihov glas. Zato je potrebno da odbor koji organizuje javno slušanje i sa ovog aspekta proceni kako da organizuje javno slušanje; ko će biti učesnici koji se pozivaju na raspravu; kako će se odvijati tok javnog slušanja da bi se ostvario dijalog između građana, stručnjaka i parlamentaraca; kako se odnositi prema mišljenjima, sugestijama, predlozima, ali i kritikama i zamerkama koje građani i stručnjaci upućuju u vezi sa pitanjem povodom koga je organizovano javno slušanje.

Javno slušanje omogućuje i neposredno *učesće organizacija civilnog društva* u organizovanju javnog slušanja, učesće njihovih predstavnika u debati, kao i aktivnosti nakon javnog slušanja (npr. informisanje građana o sadržaju i ishodu; praćenje primene usvojenih zaključaka i obaveštavanje javnosti o tome i dr.). Ove organizacije često planski i na organizovan način lobiraju za održavanje javnog slušanja o aktuelnim i važnim društvenim pitanjima i različitim metodama vrše pritisak na parlamentarce i odbore da organizuju javna slušanja (npr: upućivanje pisama narodnim poslanicima u kojima iznose svoje stavove, sugestije, predloge, zamerke i kritike; zahtevaju zakazivanje sastanaka ili susreta sa narodnim poslanicima, ili sami zakazuju sastanke na koje pozivaju i parlamentarce, aktere u zakonodavnom postupku, građane u lokalnim sredinama kako bi razmotrili pitanja koja su na skupštinskoj agendi; podnose inicijative da se otvori debata o alternativnim modelima zakona ili problemima u primeni zakona i načinu njihovog rešavanja i dr.). Način učesća organizacija civilnog društva kao i njihova prava i obaveze u debati koja se odvija na javnom slušanju propisima nisu posebno regulisani niti postoje smernice u vezi sa njihovim angažmanom na javnom slušanju.

*Informativna kampanja* je važna komponenta pripreme i organizovanja javnog slušanja. Ponekad ona presudno utiče na (ne)uspeh toka javnog slušanja i njegov ishod. Dobro pripremljena, organizovana i blagovremena informativna kampanja doprineće da javnost bude dobro informisana, što je preduslov za kvalitetan doprinos građana u debati o pitanju povodom koga se organizuje javno slušanje. Loše planirana i vođena informativna kampanja, kampanja koja se vodi u pogrešnom trenutku, mogu u javnosti izazvati negativne reakcije, uticati na demotivaciju za učesćem na javnom slušanju, stvoriti utisak da Narodna skupština ne pokazuje interesovanje za mišljenja, stavove i kritike građana, što će rezultirati neuspešnim ishodom javnog slušanja.

*Ishod javnog slušanja* je informacija koja, pored tehničkih podataka (vreme održavanja, tema povodom koje je organizovano, učesnici),

sadrži i pregled mišljenja, stavova, predloga, inicijativa, kritičkih zamerki iznetih od strane učesnika na javnom slušanju.<sup>21</sup> Informaciju sastavlja predsednik odbora koji je organizovao javno slušanje. Učesnici javnog slušanja i članovi odbora imaju pravo da iznesu primedbe na informaciju. Predsednik odbora dostavlja informaciju i prispele primedbe predsedniku Narodne skupštine, članovima odbora koji je organizovao javno slušanje i učesnicima javnog slušanja. Ishod javnog slušanja pokazuje i da se u parlamentarnoj praksi Srbije javno slušanje organizuje kao informativno i da njegove karakteristike ne zavise od toga da li se vezuje za normativnu ili kontrolnu funkciju Narodne skupštine. Poslovnik ne pravi razliku između javnog slušanja kao dela zakonodavnog postupka i javnog slušanja kao vida ostvarivanja kontrolne funkcije Narodne skupštine.

## 8. Zaključak

U Poslovniku Narodne skupštine javno slušanje je regulisano načelno, bez jasnog razgraničenja javnog slušanja koje je deo zakonodavnog procesa i ostvaruje se u okviru normativne delatnosti Narodne skupštine i javnog slušanja koje se realizuje kao način ostvarivanja kontrolnih funkcija Narodne skupštine.

Ostaje otvoreno i više ne samo praktičnih već i suštinski važnih pitanja od kojih naglašavamo samo neka:

Kakva je svrha sastavljanja i dostavljanja informacije sa javnog slušanja kao i „sudbina“ informacije koja se dostavlja predsedniku Narodne skupštine, članovima odbora koji je organizovao javno slušanje i drugim učesnicima javnog slušanja?

Da li se informacija, pored narodnih poslanika koji su članovi odbora koji je organizovao javno slušanje, dostavlja i svim drugim narodnim poslanicima, dakle i onima koji nisu učestvovali na javnom slušanju?

Da li mišljenja, predlozi i kritike iznete u debati na javnom slušanju podstiču ili na bilo koji drugi način utiču na ostvarivanje kontrolne funkcije Narodne skupštine?

Koji kriterijumi se primenjuju za izbor u česnika koji se pozivaju na javno slušanje?

Ova i druga pitanja na koja može ukazati i praksa organizovanja javnih slušanja govore u prilog zaključku da bi ovaj novi institut parlamentarnog života u Srbiji valjalo detaljnije, jasnije i konkretnije regulisati i normativno uobličiti.

---

21 Član 84, stav 8 Poslovnika Narodne skupštine.

## Literatura

Beetham, D. (2008). *Parlamentarna demokratija u XXI veku – vodič za dobru praksu*. (prevod) Interparlamentarna unija, UNDP.

Vela, A., Hetebrant, R., Novak, J., Kerkez A., Patija, I., Milić, D., Pernar, S., Kunac, S., Bužnikić E., Bosanac G. (2008). *Putevi i stanputice u zakonodavnom zagovaranju*. Zagreb: B.aB.e – Grupa za ženska ljudska prava.

Orlović S. (2007). *Javna slušanja kao institucija parlamentarne prakse*. Beograd: OEBS.

Orlović, S. (2009). *Parlament i građani – vodič za građane i udruženja građana*. Beograd: Program Ujedinjenih nacija za razvoj.

Orlović, S. (2012). *Demokratske performanse parlamenata Srbije, Bosne i Hercegovine i Crne Gore*. Beograd: FPN, Sarajevski otvoreni centar, Centar za demokratiju.

Orlović, S. Lončar, J. Spasojević, D. Radojević, D. (2012). *Poboljšanje demokratskih performansi parlamenata Srbije, Bosne i Hercegovine i Crne Gore*. Beograd: FPN, Sarajevski otvoreni centar, Centar za demokratiju.

Pajvančić, M. (2010) *Javna rasprava – oblik neposrednog učešća građana u zakonodavnom procesu (organizovanje i vođenje)*, Podgorica: OEBS.

Pajvančić, M. (2013). *Javna rasprava – oblik neposrednog učešća građana u zakonodavnom procesu*, Beograd: Konrad Adenauer Stiftung.

Pejić I. (2006). *Parlamentarno pravo – francuski, nemački, britanski, srpski i primer Evropskog parlamenta*. Niš: Centar za publikacije, Pravni fakultet Niš.

Pejić I. (2011). *Parlamentarno pravo*. Niš: Centar za publikacije, Pravni fakultet Niš.

**Marijana Pajvančić, LL.D.**

*Full Professor (retired),*

*Faculty of Law, University of Novi Sad*

**PUBLIC HEARINGS: A SPECIFIC FORM OF CITIZEN PARTICIPATION  
IN EXERCISING CONTROL OVER PARLIAMENTARY FUNCTIONS**

**Summary**

*This paper focuses on the citizen participation in the exercise of public authority, in particular, their impact on the exercise of control over the work of public authorities. The exercise of citizens' authority to control the activities of the public authorities is guaranteed by the rights envisaged in the domestic and international law (such as: the right to petition, the right to public criticism of the authorities, the right to address public authorities and seek answer to certain questions, etc.).*

*One of these rights is exercised in a special form of public hearing which enables citizens to take part in exercising control over parliamentary activities. This special form of public hearing is a parliamentary inquiry. Unlike the public hearing (scrutiny) related to scrutinizing the normative function of Parliament, parliamentary inquiry is a form of public debate aimed at enabling citizens to exercise control over the workings of Parliament. This kind of debate is organized to examine the investigative work of the state administration, ministries, public services, organizations and institutions entrusted with public authority, ministers and other senior government officials.*

*Besides demonstrating the citizens' influence on exercising control over parliamentary functions, parliamentary hearings reinforce the citizens' relations with their directly elected representatives in parliament. In addition, they further legitimize the parliament as a controller of the executive power, and strengthen its democratic capacities and authority.*

**Keywords:** *public hearing, parliament, control function, citizens and elected representatives.*



## **USTAVNOSUDSKO ISPITIVANJE SUDSKIH ODLUKA**

**Apstrakt:** Sve do ekspanzije ustavnosudskog odlučivanja o ustavnim žalbama na odluke sudske vlasti, nije bilo previše spornih pitanja u odnosima ustavnog i redovnog pravosuđa. Kompetencije ustavnog suda u normativnoj kontroli, posebno njeno sprovođenje na zahtev sudova (incidentna kontrola), kao i rešavanje sukoba nadležnosti u kojima je jedan od učesnika kompetencionog spora sudska vlast, pre su bile u funkciji održanja ustavne podele vlasti, nego što su potencijalno ugrožavale nezavisnost sudske vlasti. Vežanost sudova za odluke ustavnog suda proizlazila je iz njihovog inter omnes dejstva. Kontroverznost ustavnosudske funkcije imala je svoj načelni povod u odnosima ustavnog suda i zakonodavne vlasti. Vremenom je većina spornih pitanja u ovom odnosu razrešena bilo samim ustavom bilo judikaturom ustavnog sudovanja. Premeštanjem težišta u delovanju ustavnog sudstva preokupiranog rešavanjem ustavnih žalbi, sve više izbija u prvi plan i pokazuje se prilično spornim odnos ustavnog suda i redovne sudske vlasti. Pravna moć ustavnog pravosuđa prema odlukama sudske vlasti, presudama ili rešenjima, prihvata se dosta oprezno, uz značajne rezerve, ukoliko je uopšte priznata.

**Ključne reči:** ustavni sudovi, sudovi, sudske odluke, specifično ustavno pravo, neposredna ustavna zaštita.

### **1. Dogma sudske nezavisnosti**

U značajnom broju država u kojima je institucionalizovano ustavno pravosuđe, njemu se ne dodeljuje ovlašćenje na ispitivanje, potom korekciju, odnosno anulaciju sudskih odluka. Negde se ne prihvata ni uže ovlašćenje ustavnog suda na ocenjivanje ustavnosti vansudskih pojedinačnih akata i radnji drugih državnih organa, posebno organa uprave.

---

\* stojand@prafak.ni.ac.rs

Predmet ustavne kontrole uvek bi bili jedino normativni, tj. opšti pravni akti. Pojedinačni akti bilo kog državnog organa, pre svega sudski akti, ostaju podložni samo oceni zakonitosti koju daje redovna pravosudna vlast. Ona to može da čini bilo u postupku ocene zakonitosti pojedinačnih akata uprave (upravni spor) bilo u postupku instancione kontrole odluka sudova nižeg stepena.

Negde se, na primer u Austriji, ustavnosudska kontrola pojedinačnih akata dozvoljava jedino prema upravnim aktima i faktičkim službenim radnjama upravne vlasti. Kao očigledni kompromis, ovo rešenje traži optimalni sklad između zahteva za pojačanom zaštitom Ustavom garantovanih prava s jedne, i zahteva za potpunim očuvanjem nezavisnosti sudske vlasti s druge strane. Sudske odluke ovde ne može da ispituje niti da poništava nikakva druga vlast koja se nalazi izvan ordinarne sudske vlasti, dakle, ni ustavni sud. Neposrednu zaštitu Ustavom garantovanih prava pozvani su da pružaju jedino redovni, stručni sudovi. Ustavni sud se zaustavlja na ispitivanju akata stvaranja prava (zakon, uredba i državni ugovor), kao i pojedinačnih akata uprave, dakle, administrativnog izvršenja zakona. Nadzor ustavnog pravosuđa nad sudskom primenom prava potpuno je isključen.

Ustavnosudsko ispitivanje upravnih akata u Austriji pokazuje se kao nado-gradnja upravnog spora. Ispituje se delovanje uprave ne samo u odnosu na zakon, što čini upravno sudstvo, nego i u odnosu na Ustavom garantovana prava, što je nadležnost ustavnog pravosuđa. Principijelno, Ustavni sud ne može da ispituje odluke upravnog pravosuđa, jer, vremenski posmatrano, odluka Ustavnog suda o konstataciji povrede Ustavom garantovanog prava upravnim aktom uvek dolazi pre nego što je Upravni sud doneo odluku o zakonitosti odnosnog upravnog akta. Oba postupka su koncipirana kao samostalno odlučivanje oba visoka suda javnog prava, s tim što je pojedinac očigledno usmeren da najpre pobija upravni akt pred Ustavnim sudom. Tek ako ovaj sud ustanovi da nema povrede ustavnih prava, moguće je pobijanje zakonitosti upravnog akta, zahtevom da se predmet ustupi Upravnom sudu. Obrnuto postupanje, da najpre odlučuje upravno, potom ustavno pravosuđe, nije dopustivo. Moguća preklapanja kompetencija između Upravnog i Ustavnog suda razrešavaju se u postupku interpretacije Ustavom garantovanih prava. Posmatrano sa načelnog stanovišta, ovim rešenjem se funkcionalna nezavisnost sudske vlasti pokazuje apsolutnom. Praktično, ustavno sudstvo deluje kao specijalno upravno pravosuđe, koje nema zakon za merilo ispitivanja valjanosti upravnih akata, nego neposredno primenjuje Ustav, odnosno Ustavom garantovana prava.

Može se zaključiti da dogma nezavisnosti sudske vlasti vodi isključivanju ustavnog sudstva od bilo kakve kontrole sudskih akata, bilo presuda bilo rešenja, bez obzira na merilo kontrole. Prema tome, dok se princip podele vlasti ipak ne smatra smetnjom za ustavnosudsko ispitivanje odluka zakonodavne vlasti, dotle je pravno dejstvo ovog principa nepremostiva prepreka za ispitivanje odluka sudske vlasti, negde pojedinačnih akata uopšte.

## 2. Dogma neposredne zaštite ljudskih prava

Suprotno stanovištu koje potpuno isključuje ustavno pravosuđe od ispitivanja pojedinačnih akata ili jedino dozvoljava ocenu ustavnosti upravnih akata, u ustavima većeg broja država ustanovljena je nadležnost ustavnog suda da odlučuje o ustavnim žalbama (tužbama) građana. Ustavnom žalbom mogu da se osporavaju svi pojedinačni akti koji imaju obeležja autoritativnih akata javne vlasti, uključujući sudske akte, tvrdnjom da su povredili Ustavom garantovana prava i osnovne slobode. Pri tome, visoki ustavni rang i neposredno dejstvo osnovnih ljudskih prava polazna su tačka za dodeljivanje ustavnom pravosuđu moćnog ovlašćenja da ispituje, potom poništava odluke sudske vlasti.

Pod uticajem Bonskog ustava, potom dogmatike osnovnih prava, razvijena je doktrina o direktnoj, izravnoj vezanosti svih javnih vlasti za ustav i njegovo neposredno pravno obavezujuće dejstvo na celoviti pravni poredak.<sup>1</sup> Osnovna prava neposredno utiču na sve njegove elemente, razvijajući, kao vrednosno jezgro ustava, snažno „dejstvo zračenja“ (*Ausstrahlungswirkung*).<sup>2</sup> U osnovnim pravima utisnute su fundamentalne vrednosti zajednice dostojne posebne ustavne zaštite.

Kako su ustavom neposredno vezane sve vlasti,<sup>3</sup> proizlazi da je ne samo zakonodavac dužan da vodi računa o osnovnim pravima, nego da obavezu

---

1 Bonski ustav (GG,1/3) utvrdio je sledeću formulu dejstva osnovnih prava: „Naredna osnovna prava vezuju zakonodavstvo, izvršnu vlast i pravosuđe, kao neposredno važeće pravo.“

2 U čuvenoj presudi nemačkog Saveznog ustavnog suda Lüth (Lit), BVerfGE 7,198, ova ideja je jasno izražena sledećim rečima: „Isto tako je tačno da Ustav nije želeo uređenje koje je vrednosno neutralno, (...) da je u delu sa ljudskim pravima uspostavio objektivno ustrojstvo vrednosti i da upravo ovde dolazi do izražaja principijelno osnaženje osnovnih prava (...). Ovakav sistem vrednosti koji u svom središtu ima ljudske osobe koje se slobodno razvijaju u socijalnoj zajednici i njihovo dostojanstvo, mora kao ključna odluka važiti za sva područja prava; zakonodavstvo, uprava i pravosuđe dobijaju od njega smernice i impulse.“

3 Ustav Republike Srbije ne sadrži eksplicitnu potvrdu da su sve javne vlasti vezane osnovnim pravima, ali ona može da se izvede iz ustavnog načela neposredne

poštovanja Ustavom garantovanih prava u jednakoj meri imaju izvršna, pa i sudska vlast.<sup>4</sup> Ta vezanost podrazumeva, *inter alia*, strogo poštovanje jezgra ili „bitne sadržine“, značenja i domašaja Ustavom garantovanih prava i sloboda. Osnovna prava ne važe u okvirima zakona, nego je obratno; valjanost zakona se procenjuje sa aspekta poštovanja ljudskih prava. Za Ustavom garantovana prava, pored zakonodavca, vezane su takođe izvršna i sudska vlast, nezavisno od toga što je ta vezanost različite prirode i intenziteta. Štaviše, u nekim slučajevima pojedina osnovna prava mogu da razvijaju obavezujuće dejstvo u „horizontalnim odnosima“, među privatnim, trećim licima (*Drittwirkung*), a ne samo u vertikalnim odnosima između javnih vlasti i građana. U tom slučaju stručni sudovi takođe „moraju da poštuju ustavno pravo, kao i efekat zračenja osnovnih prava u privatnopravne odnose.“<sup>5</sup>

Da bi ljudska prava doista bila fundamentalne pravne pozicije pojedinca najvišeg ranga, nedodirljive za javne vlasti, neophodno je, dakle, da dobiju karakter neposredno primenljivog ustavnog prava, koje kao takvo uživa posebne ustavne garancije. Ta specijalna zaštita ostvaruje se ne samo normativnom kontrolom podustavnog prava, naročito zakona, kojom se osnovna prava ipak samo posredno štite, nego stvarnom mogućnošću da se na zahtev titulara prava u posebnoj sudskoj proceduri ispituju svi pojedinačni autoritativni akti kojima se odlučuje o Ustavom garantovanim, odnosno osnovnim pravima. U ovom drugom slučaju procedura zaštite osnovnih prava bila bi neposredna ili izravna. Kao sastavni deo „specifično ustavnog prava“, ona bi takođe trebalo da bude podržana i sprovedena od ustavnog sudstva.

Neposredna ustavna zaštita bi nužno morala da obu hvati sudsku vlast, štaviše prvenstveno bi prema njoj delovala. Posebnim pravnim sredstvom, ustavnom žalbom ili ustavnom tužbom od ustavnog suda bi se tražilo ne samo da utvrdi, nego i da otkloni posledice povrede osnovnih prava garantovanih ustavom, koje su uzrokovane sudskim aktom. U slučaju konstatacije povrede osnovnih prava, ustavni sud bi samostalno određivao način otklanjanja nastalih posledica, naredio pravično

---

primene zajemčenih prava. „ *Ljudska i manjinska prava zajemčena Ustavom neposredno se primenjuju.*“ (U:18/1).

4 U vezi s tim Savezni ustavni s ud navodi: „(...) Sudovi pri tumačenju i primeni običnog prava, posebno generalnih klauzula, moraju voditi računa o vrednostima koje su zaštićene Ustavom. Ako im jedan sud ne iziđe u susret, onda je on kao nosilac javne vlasti povredio norme osnovnih prava na koje nije obratio pažnju; njegova presuda mora biti ukinuta u postupku ustavne tužbe pred Saveznim ustavnim sudom.“ – BVerfGE 18,85.

5 BVerfGE,52,214.

zadovoljenje titulara povređenog prava, uključujući donošenje nove sudske odluke.

Prema tome, dogma osnovnih ljudskih prava nalazi se iza stanovišta koje zagovara potrebu da se ustavom dodeli pravna moć ustavnom sudstvu da ispituje konformnost sudskih odluka sa ustavom, odnosno Ustavom garantovanim pravima. Ustavnosudsko ispitivanje sudskih odluka nalazi se u službi jednog višeg cilja – ideje neposredne zaštite ljudskih prava. Ona bi obezbeđivala punu delotvornost i efektivnu sprovodljivost ustavom proklamovanim pravima pojedinca, što je više nego dovoljna kompenzacija za izvesno odstupanje od pravila da sudske odluke ne mogu da preispituju organi koji se nalaze izvan organizma redovne pravosudne vlasti. Ovo odstupanje ipak ne znači da ustavni sud preuzima poslove sudske vlasti, jer ostaje nedirnuto pravo sudova da samostalno rešavaju sporove za koje su nadležni. Od njih se jedino zahteva da te sporove rešavaju na način kojim se neće povrediti Ustavom garantovana prava pojedinaca.

Bez sumnje privlačna, dogma ljudskih prava zahteva univerzalnost u smislu da svekoliko državno delanje bude procenjivano sa njihovog stanovišta, kako normativni akti, tako i pojedinačne pravne odluke i službene radnje. Taj zadatak trebalo bi da izvršava ustavno pravosuđe koje bi ispitivalo, utvrđivalo povrede i korigovalo apsolutno sve akte i radnje javne vlasti zbog njihovog neprijateljskog odnosa Ustavom garantovanim pravima. Ako je nesporno da su sve vlasti principijelno vezane Ustavom, onda se ovoj logici ne može mnogo prigovarati, bar ne sa dogmatskog stanovišta, osim što se može izraziti sumnja da je dogmom osnovnih ljudskih prava ustavnom sudu možda postavljen preambiciozni zadatak.

Ideja neposrednog važenja osnovnih prava, dakle, polazna je tačka za opravdanje ustavnosudskog ispitivanja sudskih odluka, ocenjivanje njihove saglasnosti sa „specifičnim ustavnim pravom“, tj. utvrđivanje (ne)usklađenosti odluka sudske vlasti sa osnovnim pravima. Pri tome, akcione mogućnosti ustavnog suda zavise od načina garantovanja tih prava, mere u kojoj su ta ustavna prava podobna za neposrednu, direktnu primenu. Domet pravne vezanosti javne vlasti za osnovna prava zavisi od sadržine konkretnog osnovnog prava, ova opet od načina njegovog garantovanja. U prvom slučaju pravi se razlika između liberalnih (prava slobode) i socijalnih osnovnih prava.<sup>6</sup> Obavezujuću snagu bezuslovno poseduje jedino kategorija liberalnih prava koju zakonodavac,

---

6 V. o ustavnoj sistematici i klasifikaciji osnovnih prava: Stojanović, 1989: 84–99.

pod određenim pretpostavkama, može samo da ograniči, ali ne da oblikuje. Njihova sadržina, kao i njihova individualistička crta, već je ustavom dovoljno određena, unapred poznata gotovo u svemu. Nasuprot njima, kod socijalnih osnovnih prava subjektivni karakter je najčešće slabije izražen ili ga uopšte nema, tako da ova prava zapravo pre imaju karakter programskih načela, ponekad institucionalnih garancija, nego sudski sprovodljivih subjektivnih zahteva prema državi. Samo socijalna prava koja u sebi sadrže liberalne elemente pokazuju se podobnim za dostizanje neposredne ustavne zaštite.

Kada je u pitanju način garantovanja, radi se o tome da li je ustavotvorac osnovno pravo garantovao uz pridržaj (rezervu) zakona, prepuštajući njemu konačno oblikovanje sadržine osnovnog prava ili takvo ovlašćenje za zakonodavca ustavom nije izričito predviđeno.<sup>7</sup> U prvom slu čaju pravno dejstvo osnovnih prava je slabije, jer se njihova sadržina konačno oblikuje tek delovanjem zakonodavca.

Na osnovu izloženog može da se zaključi da je vezanost sudova za osnovna prava različitog intenziteta. Ako se ima u vidu ovo diferenciranje, postojaće različiti prostor i uže ili šire mogućnosti za ustavnosudsko ispitivanje sudskih odluka. U principu, taj prostor će da zavisi od načina garantovanja, sadržine, dometa i pravnog dejstva konkretnog osnovnog prava.

### **3. Obim i granice ispitivanja sudske odluke**

U državama gde ustavni sud ocenjuje ustavnost pojedinačnih akata i radnji javnih vlasti, zaoštren je odnos ustavnog i redovnih, stručnih sudova. U praksi se ovaj odnos često pokazuje kao neskriveno rivalstvo između ustavnog suda i najviše instance redovne sudske vlasti, imajući u vidu da se ustavnosudski postupak može aktivirati tek nakon iscrpljenja redovnog pravnog puta instancione kontrole. Postupak po ustavnoj žalbi najčešće podrazumeva ispitivanje poslednje sudske odluke donete u nizu, tj. odluke suda donete po poslednjem redovnom pravnom leku. U poređeno posmatrano, redovni, naročito apelacioni i kasacioni sudovi svuda, gotovo bez izuzetka, sa velikim rezervama i nepoverenjem, i naročito u početku, ne prihvataju ovu nadležnost ustavnog suda. Posebno se osporava pravno dejstvo odluke ustavnog suda prema sudskoj vlasti.

---

<sup>7</sup> V. o oblikovanju i ograničenju osnovnih prava: Stojanović, 1989: 162–174; v. za ustavno pravo Republike Srbije: Stojanović, 2013: 194–196.

Ako je ustavom već izričito ustanovljena nadležnost ustavnog suda da ocenjuje ustavnost sudskih odluka, onda više ne može ni da se osporava ova pravna moć ustavnog pravosuđa tvrdnjom da je suprotna načelu podele vlasti, odnosno principu nezavisnosti sudske vlasti. Najviše što u ovom slučaju može da se primeti, osim upozorenja da to ustavno rešenje verovatno nije dobro, jeste da nadležnost ustavnog suda predstavlja izuzetak od tradicionalno ukorenjenog pravila da sudske odluke ne podležu preispitivanju od organa koji se nalazi izvan redovnog pravosuđa. Pod uslovom da ustav nije eksplicitno odredio pravno dejstvo odluke ustavnog suda prema sudskoj vlasti ili da uređivanje ovog pitanja prepušta zakonu, isti prigovor, međutim, može iznova da se postavlja. Ako se, dakle, načelno ne može pobijati sama nadležnost ustavnog suda, nije isključeno da se osporava njeno konkretno oblikovanje, uključujući posledice odluke ustavnog suda, upravo sa pozivom na njeno „razorno“ dejstvo po princip podele vlasti i nezavisnosti sudova.

Kao prvi ozbiljniji prigovor može da se postavi pitanje mogućnosti određivanja prihvatljive mere ustavnosudske kontrole, utvrđivanja granica ustavnosudskog ispitivanja sudskih odluka koje ustavni sud ne bi smeo da prekorači, potom pravnog dejstva konstatacije da je sudskim aktom povređeno Ustavom garantovano pravo, te podobnosti načina otklanjanja povrede i određivanja pravičnog zadovoljenja. Ako ne bi postojali potpuno jasni i precizni kriterijumi u pogledu obima i granica ispitivanja nedostataka sudskih odluka, kao ni puna izvesnost u pravno dejstvo konstatacije da je sudskim aktom povređeno Ustavom garantovano pravo, pre može da se ugrozi princip podele vlasti ovim oblikom ustavne kontrole, nego ustavnosudskim aktivizmom u postupku normativne kontrole prava. Sa ovim problemom ustavni sudovi su se odmah suočili, pokušavajući da izgrade principijelno stanovište o svom odnosu prema sudskoj vlasti, potom izvesne kriterijume, obrasce i standarde prilikom utvrđivanja prihvatljivosti i osnovanosti ustavne žalbe. Time bi se u najvećoj mogućoj meri izbeglo preplitanje nadležnosti ustavnog suda sa zadacima redovne pravosudne vlasti.

Nema sumnje da odgovor na ključno pitanje kod odlučivanja ustavnog suda o osnovanosti ustavne žalbe, obimu ili dubini ispitivanja sudske odluke za koju se tvrdi da je povredila ustavna prava žalioaca, presudno utiče na kvalitet odnosa ustavnog i redovnog pravosuđa. Ako su merila i kriterijumi ispitivanja sudske odluke previše široko postavljeni ili su nejasni i nesigurni, onda će misija ustavnog suda verovatno biti promašena ili će u praksi da dovede do nepoželjnog instancionog procenjivanja i neprimerenog delovanja na sudsku vlast. Postoji, dakle, latentna

opasnost da ustavni sud ode predaleko u svom ispitivanju, da „dublira“, zameni i preuzme poslove najviše sudske instance u obezbeđivanju jedinstvene primene ne samo Ustava, nego i zakona. Jednako je opasna praksa u suprotnom smeru, kada ustavni sud sam sužava polje vlastitog delovanja kako bi se odbranio od prigovora da se bilo neosnovano bilo opravdano, ali ipak preterano, „meša“ u Ustavom zaštićeno područje sudske vlasti. U svakom slučaju, teško je pronaći pravu meru, nepromenljivi, svagda važeći, postojani obrazac ustavnosudskog postupanja u kontroli sudskih odluka. Svakako, nikada ne treba izgubiti iz vida da ustavni sud ne sme da preuzima ulogu vrhovne sudske instance, niti da sebe vidi kao ničim sputanu super revizionu instancu nadređenu najvišem redovnom sudu.

### **3.1. Povreda „specifičnog ustavnog prava“**

U literaturi o ustavnom pravosuđu bila su od početka razvijena dva ekstremna gledišta o obimu ispitivanja odluka redovnih sudova. Dok je jedno išlo u pravcu gotovo potpunog ukidanja ustavne žalbe (tužbe) na odluke stručnih sudova, dotle je drugo ustavnu žalbu želelo da protegne i na ispitivanje primene običnog zakonskog prava. Oba ekstremna gledišta su prevaziđena. Vladajuća doktrina nastoji da kategorizuje jurisprudenciju ustavnog pravosuđa polazeći od razlike između „specifično ustavnog prava i „običnog zakonskog prava“.

Principijelno, ustavni sud se zaustavlja na ispitivanju da li je sudskom odlukom povređeno osnovno pravo, odnosno da li se u odluci vodilo dovoljno računa o Ustavom garantovanim pravima. Poštujući svoju ustavnu nadležnost da neposredno štiti ljudska prava, ustavni sud odbija da ispitivanje sprovede u svemu, kao viša sudska instanca, koja ispravlja sve bitne pravne pogreške i nedostatke odluka nižih stepena sudske vlasti. Prema tome, postojanje određenog obima i granica ispitivanja sudskih odluka proizlazi iz same misije ustavnog suda u postupanju sa ustavnim žalbama, koja je u osnovi određena ustavom. Ta ustavna nadležnost je polazna tačka za tvrdnju da ustavni sud nije i nikako ne sme da bude revizionu instanca. Njegova funkcija se iscrpljuje samo u utvrđivanju ili odbijanju utvrđivanja povrede „specifičnog ustavnog prava“. Ispitivanje da li postoji povreda Ustavom garantovanog prava je jedini zadatak, ali i najopštiji standard za određivanje obima i granica ispitivanja odluka sudske vlasti.

Ne može se osporavati da svaka pogrešna sudska presuda predstavlja na neki način povredu Ustava, pošto se svakom pogrešnom presudom krše kako princip zakonitosti, tako i načelo jednakosti građana, odnosno



zabrana diskriminacije. Pored toga, pogrešna sudska presuda je klasičan zahvat u osnovna prava čoveka (Pestalozza, 1991: 176). Međutim, ustavni sud, ipak, ne bi mogao da ispituje sudske odluke u svim dimenzijama njene pravne valjanosti, njenu *in toto* ustavnost i zakonitost. U sistemu redovne sudske vlasti to je zadatak apelacione instance koja odlučuje po žalbi na odluku suda prvog stepena. To znači da je na ispravljanje pogrešnih sudskih odluka principijelno pozvana sama sudska vlast.

Mada se obično smatra najvišom pravosudnom vlašću u ustavnopravnim pitanjima, ustavni sud ne predstavlja nikakvu višu ili poslednju instancu koja bi konačno odlučivala o pravnim nedostacima sudskih odluka. Njegovo uključivanje u ispitivanje pravosnažnih sudskih odluka je samo izuzetno moguće, dopustivo samo ako se pogreška može pravno kvalifikovati kao povreda osnovnih ustavnih prava. Ništa u tome ne menja činjenica da se ustavni sud *de facto* priziva napadom na svaku sudske odluke protiv koje je iscrpljen redovni put pravne zaštite. Samo sudska odluka koja dokazano vređa ili ne vodi dovoljno računa o Ustavom garantovanim pravima može da bude uspešno pobijana pred ustavnim sudom. Teorijski, ukoliko bi redovni, stručni sudovi uvek i u svemu tumačili i primenjivali zakone u skladu sa ustavom i Ustavom garantovanim pravima, utoliko bi se smanjivao i nestajao prostor za ustavnosudsko ispitivanje sudskih odluka.

Ustavni sud se nalazi pored, a ne iznad redovnih sudova, tako da nije svaka povreda prava podobna za ustavnosudsko ispitivanje. Da ustavni sud neograničeno ispituje sudske odluke, slično kao revizionu instancu, ne samo da nije prihvatljivo, nego nije ni logički moguće, „ jer nije sasvim sigurno da li netačna odluka povređuje osnovna prava stranke koja je izgubila“.<sup>8</sup> Ustavni sud, dakle, nije revizioni sud koji bi odluke redovnih sudova ispitivao u punom obimu u pogledu njihove potpune pravne valjanosti, kao što ni sama ustavna žalba nije dopunsko redovno nego, pod određenim uslovima, specifično vanredno pravno sredstvo. Ukoliko bi ustavni sud istraživao sve moguće pravne nedostatke sudske odluke, onda ne bi mogao da se opravda smisao ustavne žalbe i specifični cilj ustavnosudskog postupanja po njoj.

Ni naše ustavno pravosuđe ne vidi svoj odnos prema redovnom pravosuđu kao instancioni nadzor. U svojim odlukama Ustavni sud je uvek ponavljao stav da nije pozvan da vrši instancionu kontrolu sudskih odluka, već da je jedino nadležan da utvrdi povredu Ustavom garantovanih prava i sloboda. Tako se u obrazloženju skoro svake odluke po ustavnoj žalbi

---

8 *BVerfGE, 18, 85.*

nalazi jedan opšti, tipski stav u kome Sud opisuje vlastiti ustavni zadatak: „(...) U toku postupka pružanja ustavnosudske zaštite povodom ispitivanja osnovanosti ustavne žalbe, u granicama zahteva istaknutog u njoj, Ustavni sud utvrđuje da li je u postupku odlučivanja o pravima ili obavezama podnosioca ustavne žalbe povređeno njegovo Ustavom zajemčeno pravo ili sloboda.“<sup>9</sup> Objašnjavajući dalje svoj zadatak u ovom postupku, Sud podseća da ustavna žalba mora da sadrži jedino ustavnopravne razloge kojima se obrazlaže tvrdnja da je sudski akt povredio osnovna prava žalioaca, tako da je Ustavni sud u postupku po ustavnoj žalbi „(...) nadležan jedino da ispituje postojanje povreda ili uskraćivanja Ustavom zajemčenih prava i sloboda, te se stoga i navodi ustavne žalbe moraju zasnivati na ustavnopravnim razlozima kojima se, sa stanovišta Ustavom utvrđene sadržine označenog ustavnog prava ili slobode, potkrepljuju tvrdnje o njegovoj povredi ili uskraćivanju“.<sup>10</sup>

Iz navedenih stavova proizlazi da Ustavni sud načelno prihvata stanovište da su najopštije granice ispitivanja sudskih odluka uvek određene sadržinom „specifičnog ustavnog prava“. U procentualno najvećem broju slučajeva Sud je lapidarno odbacivao ustavne žalbe, objašnjavajući da se od njega traži da postupa kao sud poslednje instance u odnosu na osporenu sudsku odluku, da u svemu preispita njenu zakonitost, sve njene pravne nedostatke i sl. Nezavisno od toga što se ustavna žalba odbacuje zbog nepostojanja procesnih pretpostavki za odlučivanje, u stalnoj praksi Suda često se navodi još jedna konstatacija kojom se u stvari ustavna žalba odbija zbog nepostojanja ustavnopravnih razloga koji bi vodili utvrđivanju povrede Ustavom garantovanog prava. „(...) Ustavni sud je ocenio da se navodi podnosioca ne mogu prihvatiti kao ustavnopravni razlozi kojima se argumentuju tvrdnje o povredi prava na pravično suđenje, već se od Ustavnog suda, u suštini, traži da kao instancioni (revizijski) sud oceni zakonitost osporenih rešenja“.<sup>11</sup> Odluke koje se zasnivaju na ovakvom obrazloženju nazivaju se „*mali meritum*“. U novijoj praksi Ustavnog suda mogu se naći i druge, slične konstatacije kojima Ustavni sud, mahom negativno, opisuje opštu granicu svog ispitivanja sudskih odluka, odnosno postupanja sa ustavnim žalbama (Nenadić, 2014:109).

---

9 V. od brojnih odluka US, na primer: *Už-8057/2012*.

10 V. od brojnih odluka US, na primer: *Už-2565/2011*.

11 V. od brojnih, na primer, rešenje Ustavnog suda *Už-1454/2014*.

### **3.2. Posredna i neposredna zaštita „specifičnog ustavnog prava“**

Kada je reč o obimu i granicama ustavnosudskog ispitivanja odluka redovnih sudova, posmatrano sa načelnog stanovišta, može da se uspostavi dvostruka paralela između ustavne normativne kontrole i odlučivanja ustavnog suda o ustavnim žalbama. Oba postupka ustavne kontrole stavljaju ustavni sud u delikatne odnose sa zakonodavcem s jedne i redovnim sudovima s druge strane, naročito u pogledu obima ispitivanja kreacionih akata ovih organa, zakona i sudske odluke.

Apstraktna normativna kontrola otvorila je problem principijelnog odnosa ustavnog suda, kome je, priznanjem monopola tumačenja ustava, namenjena uloga njegovog čuvara i zakonodavca, koji je snagom principa narodne suverenosti pozvan na stvaranje prava, a to znači izvršenje ustava. U ovom slučaju postavljalo se pitanje: ko je prvenstveno pozvan na interpretaciju ustava, zakonodavac ili ustavni sud? Traženje najprikladnijeg načina da se ovaj problem razreši i dovedu u sklad na prvi pogled nepomirljivi zahtevi, iznedrilo je doktrinu „samouzdržljivosti“ ustavnog suda. Smatra se da su razvijanjem i doslednom primenom ove doktrine očuvani kako autoritet zakonodavca tako i integritet ustava, koji potpomaže ustavno pravosuđe.

Kod ustavnosudskog ispitivanja sudske odluke interpretacioni problemi nastaju u tumačenju i primeni ustavne i zakonske norme, utvrđivanju značenja konkretne pravne norme koja razrešava sporni pravni odnos, i naročito njene neposredne zasnovanosti na ustavnoj normi ili njene suprotnosti Ustavom garantovanom pravu. Dok se u jednom slučaju ispituje apstraktni odnos ustavne i zakonske norme, dotle se u drugom postupku ispituje odnos norme zakona primenjene na konkretni slučaj prema ustavnoj normi koja jemči osnovno pravo ili slobodu.

Druga, još značajnija paralela koja može da se povuče između ova dva oblika ustavne kontrole je postojanje zajedničkog merila za ispitivanje ustavnosti normativnih i pojedinačnih akata javnih vlasti – ljudska prava i slobode. Ustavnost zakona ili pravilnost sudske odluke ispituje se prema merilu njihove saglasnosti sa Ustavom garantovanim pravima. Razlika je u tome što je kod ispitivanja ustavnosti zakona ovo jedno od nekoliko mogućih, dok su kod sudskih odluka osnovna prava garantovana Ustavom jedino dozvoljeno merilo ustavne kontrole. U poslednjem slučaju jasno se potvrđuje funkcija ustavnog pravosuđa; ono je čuvar Ustava, a ne čitavog prava.

Bliskost ova dva oblika ustavne kontrole, pre svega, identičnost cilja kontrole – zaštita osnovnih prava – može da dovede do njihovog spajanja

u jedan ustavnosudski postupak. To je, na primer, slučaj u Nemačkoj, gde ustavnom žalbom neposredno može da se pobija ustavnost zakona koji vređa osnovna i sa njima izjednačena prava. S druge strane, tamo gde pojedinac ne može neposredno da osporava ustavnost zakona moguće je uspostavljanje tesne proceduralne veze između procedura neposredne i posredne zaštite, ako je ocena ustavnosti zakona prethodno pitanje u postupku odlučivanja o ustavnoj žalbi. Tada ustavni sud u postupku kontrole normi najpre ocenjuje ustavnost zakona, potom odlučuje o osnovanosti ustavne žalbe, tj. postojanju povrede osnovnog prava koja je učinjena sudskom odlukom.

#### 4. Određivanje granica ispitivanja sudskih odluka

Zaštita „specifičnog ustavnog prava“ je najopštija granica ustavno-sudskog ispitivanja sudskih odluka. No, podela ustavnih zadataka između redovnog i ustavnog pravosuđa ne menja ništa u tome da su redovni sudovi takođe pozvani da štite i čuvaju ustav. Samo deo njihove funkcije, neposredna primena Ustavom garantovanih prava ili odbijanje, odnosno pogrešno primenjivanje „specifičnog ustavnog prava“, podleže ustavnosudskoj oceni. Zbog toga može da se prihvati kao opšti standard postupanja, stav jurisprudencije nemačkog Saveznog ustavnog suda da su „(...) oblikovanje postupka, utvrđivanje i ocena činjeničnog stanja, tumačenje običnog prava i njegova primena na pojedinačni slučaj isključiva nadležnost redovnih sudova, tako da su izuzeti od naknadnog ispitivanja Ustavnog suda; samo kod povrede specifičnog ustavnog prava Ustavni sud može da se upusti u odlučivanje o ustavnoj žalbi“.<sup>12</sup>

Formulu o povredi „specifičnog ustavnog prava“, odnosno obimu kontrole (*Kontrollendichte*) sudskih odluka, Sud je dopunio *Hekovom formulom*, nazvanom po sudiji *Karlu Heku (Karl Heck)*: „ (...) Uopšteno se može reći da su postupci supsumcije u okviru primene običnog prava izuzeti iz nadležnosti kontrole Saveznog ustavnog suda dok god nije uočljiva greška u tumačenju koja počiva na načelno netačnom gledištu koje je od značaja za jedno ljudsko pravo, a posebno za obim njegove zaštite i ima posebnu težinu u svom materijalnom značenju za konkretan pravni slučaj.“<sup>13</sup>

Prihvatajući ovaj obrazac na sličan način postupa Ustavni sud u nameri da što je moguće konkretnije odredi obim i granice ispitivanja sudskih odluka. Tipsko pojašnjenje „crvenih linija“ Suda obično je izraženo sledećom konstrukcijom: „Ustavni sud naglašava da odlučujući o ustavnoj

<sup>12</sup> BVerfGE, 18,85.

<sup>13</sup> BVerfGE, 18,85.

žalbi ne može da ocenjuje pravilnost zaključaka redovnih sudova, osim ako iz konkretnih, pravno i činjenično utemeljenih ustavnopravnih razloga navedenih u ustavnoj žalbi, ne proizlazi da su sudovi proizvoljno primenili pravo, odnosno da sudski postupak u celini nije bio pravičan.“ Iz ovoga sledi zaključak da tačnost i potpunost činjeničnog stanja, kao i poštovanje pravila sudskog postupanja, odnosno konkretno postupanje redovnog suda nije predmet ustavnosudskog procenjivanja, osim ako zaključci suda o činjenicama nisu proizvoljni ili ako sudski postupak u celini nije bio pravičan.

Ako bi se tražio širi prostor za ustavnosudsko ispitivanje sudskih odluka, onda bi se izvesno daleko više mogao naći u kriterijumu nepravičnog sudskog postupanja, nego u kriterijumu proizvoljnog zaključivanja o činjeničnom stanju i njegovoj pravnoj kvalifikaciji, jer su pravila sudskog postupka „ozračena“ osnovnim pravima, tako da su u sudskim procedurama ugrađena Ustavom garantovana prava. Korpusom ustavnih garancija u formi osnovnih prava jemči se objektivna pravna zaštita ili pravično pravno postupanje koje se zbirno može da se označi kao pravo na pravdu, kao ustavni *status activus processualis*. Poseban značaj za ovaj kriterijum ima zahtev da sudska zaštita bude delotvorna, a ne samo „teorijska i iluzorna“, što pretpostavlja pravo na saslušanje pred sudom i pravno obrazloženu sudsku odluku, bez obzira na to da li je njome udovoljeno traženju stranke ili je njen zahtev odbačen. Sudska odluka, prema stalnoj praksi Ustavnog suda, koja nije dovoljno obrazložena ili postupanje suda koje nije dovelo do njenog donošenja u razumnom roku, nije u skladu sa kriterijumima pravičnosti i delotvornosti. Ovi kriterijumi nalaze primenu u svakom sudskom postupku, uključujući procenjivanje postupka izvršenja sudske odluke, vraćanja tražioca prava u njegovu prethodnu zakonitu poziciju i u datom slučaju ostvarivanja prava na naknadu pretrpljene štete.

Najviše prostora za intervenciju Ustavnog suda ima primena materijalnog prava u rešavanju konkretnog spora pred sudom za koju se tvrdi da je izvršena tako da odstupa od merodavnog ustavnog prava ili ga potpuno ignoriše, odnosno o njemu ne vodi dovoljno računa. Primena prava je u toj meri pogrešna da u konačnom rezultatu vređa osnovna prava, tako da se pokazuje kao arbitrarna interpretacija. Ovaj kriterijum ostavlja slobodan prostor unutar koga se ustavno pravosuđe rukovodi načelom da „ustavna kontrola mora utoliko da bude intenzivnija, ukoliko norma ili njena primena intenzivnije zahvata u zaštićeno područje osnovnih prava“.<sup>14</sup> Međutim, pogrešna primena „običnog“ prava sama po sebi već ne

---

<sup>14</sup> BVerfGE,75,313.

znači povredu ustava. Kad razlikuje „specifično ustavno“ od „običnog“ prava, ovde zapravo, kako tačno opaža *Pestaloca*, ustavni sud manje misli na razlikovanje dva tipa ustavnog prava – „specifičnog“ i „nespecifičnog“, nego na dve vrste povrede prava (*Pestalozza*, 1991: 168). Ako se ovaj stav prihvati, onda ni tok sudskog postupka ni procesne akcije učesnika nisu predmet ustavnosudskog ispitivanja, osim ukoliko su procesni nedostaci takvog intenziteta da sudski postupak u celini može da se kvalifikuje, kako je već rečeno, kao nepravičan, jer vređa „specifično ustavno pravo“, odnosno jedan njegov suštinski deo – materijalno pravo na pravično suđenje.

Mada se formula „specifično ustavno pravo“ čini jednostavnom, teško je da se samo iz nje precizno odredi domet osnovnih prava, a time i obim ovlašćenja ustavnog sudstva pri ispitivanju sudskih odluka. U cilju razgraničenja „specifičnog ustavnog prava“ od „običnog zakonskog prava“, Savezni ustavni sud razvio je u svojoj stalnoj praksi nekoliko interpretacionih figura koje su od značaja za određivanje obima i granica ispitivanja sudskih odluka. Tako, na primer, „*specifično ustavno pravo bilo bi povređeno onda kad se nedostatak sudske odluke nalazi u nepoštovanju ustavnog prava*“, odnosno ako je redovni sud pošao od jednog „*načelno netačnog gledišta o značenju osnovnog prava*“ ili ako je „*pogrešno razumeo*“ ili nije dovoljno vodio računa o „*dometu i snazi osnovnog prava*“, „*dejstvu zračenja*“, „*domašaju*“ jednog osnovnog prava ili osnovnih prava uopšte, odnosno kada je sudija „*pošao od takvih procenjivanja koja vređaju osnovno pravo*“ ili kada „*njegovi stavovi tumačenja nisu saglasni sa osnovnim pravom*“ (*Bleckman*, 1979: 117).

U pravnoj teoriji se ovi stavovi nisu smatrali dovoljnim i pouzdanim za ispitivanje sudskih odluka. Posebno se sumnjivom smatrala judikatura o ovlašćenju ustavnog sudstva da ispituje relevantne činjenice. Ustavni sud, po pravilu, ne ocenjuje tačnost i potpunost činjeničnog stanja, niti slobodnog sudijskog uverenja kojim je izvršena ocena činjeničnog materijala koji je bio podloga sudske odluke. Tako se, na primer, Savezni ustavni sud dugo kolebao po pitanju toga da li i u kom obimu za primenu osnovnih prava može da ispituje relevantne činjenice ili mora potpuno da se pouzda u činjenično stanje koje je utvrdio redovni sud. Nesigurnost je postojala i kada se radilo o procenjivanju odnosa između pojedinih osnovnih prava (problem konkurencije osnovnih prava) ili u procenjivanju javnog interesa kojim se povlače granice osnovnog prava u pojedinačnom slučaju (*Bleckmann*, 1979: 118). U suprotnom, ako bi se upustio u ispitivanje tačnosti i potpunosti činjeničnog stanja, ustavni sud bi teško mogao da se odbrani od prigovora da postupa, u stvari, kao instancioni sud.

U nemačkoj dogmatici osnovnih prava odavno se smatra da kompetencije Saveznog ustavnog suda obuhvataju najmanje dva načelna područja ispitivanja. Sud uvek najpre ispituje da li primenjeni zakon vređa osnovna prava i da li je zbog toga ništav. Potom, u pogledu ustavno konformnog tumačenja, Sud ispituje da li je tumačenje koje je redovni sud dao zakonu protivno značenju osnovnih prava. Kada je reč o ispitivanju pojedinačnog slučaja, Savezni ustavni sud interveniše: (a) ako je instancioni sud uopšte propustio ispitivanje stanja stvari u konkretnom slučaju, tj. nije vodio računa o osnovnim pravima; (b) ako instancioni sud pri ispitivanju stanja stvari nije uzeo u obzir bitno ustavno stanovište slučaja, tj. značenje osnovnih prava (Steinwedel, 1976: 33).

Bez obzira na znatno skromniju praksu, ni Ustavni sud nije odoleo izazovu da koliko-toliko precizira obim i granice vlastitog ispitivanja sudskih odluka. Pri tome, svoje postupanje ovaj sud smatra mogućim, Ustavom dopustivim odstupanjem od načelno opšte prihvaćenog pravila da sudske odluke podležu kontroli jedino viših instanci redovnog pravosuđa. Već je navedeno da se Ustavni sud ne smatra pozvanim da ocenjuje zaključke redovnih sudova, „osim ako iz pravno i činjenično utemeljenih ustavnopravnih razloga ne proizlazi da su sudovi proizvoljno (arbitrarno) primenili pravo ili da sudski postupak u celini nije bio pravičan“.

Lista razloga za moguću intervenciju Ustavnog suda unutar dozvoljenih granica ustavnosudskog ispitivanja obično se izvodi iz prirode povrede nekog prava koja se kvalifikuje bilo kao „povreda ustavnog načela jednakosti“, odnosno „jednake zaštite prava“, bilo kao „povreda prava na pravično suđenje“. U obrazlaganju svojih odluka Sud obično zaključuje: da je redovni sud „*arbitrarno tumačio zakon*“, da je „*primenio zakon na neustavan način*“, da je „*pogrešno interpretirao sadržaj nekog prava*“, da je „*neprihvatljivo interpretirao sadržaj merodavnog prava*“, da je „*povredu zakona učinio na tako grub način da je njegova primena u suprotnosti sa svrhom i ciljem zbog koje je zakon donesen*“, da je „*sudsko tumačenje dovelo do rezultata koji ni zakonodavac ne bi bio ovlašćen da propiše*“, da je sud „*primenio zakon koji očigledno nije trebalo primeniti*“ i slično (Nenadić, 2014b: 111).

## 5. Zaključak

Težište ustavnosudskog ispitivanja sudskih odluka mora da bude na interpretaciji, pravnom stanovištu koje je redovni sud zauzeo ili je trebalo da zauzme o značenju osnovnih prava, njihovom normativnom dometu i njihovim granicama. Pogrešna interpretacija „specifičnog ustavnog

prava“ ili, uopšte, nevođenje računa o značenju Ustavom garantovanog prava opravdavaju zamenu sudske primene prava ustavnosudskom. Ustavnosudska intervencija je obavezna i onda kada je sud primenio zakon, ali ga je protumačio tako da, kada bi njegovo tumačenje bilo doista tačno, taj bi zakon bio protivustavan. Ona je načelno prihvatljiva i onda kada je sud, u slučaju da se dva osnovna prava nađu u koliziji, posmatrano sa ustavnopravnog stanovišta, neosnovano dao prednost jednom osnovnom pravu na račun drugog.

## **Literatura**

Bleckman, A. (1979). *Allgemeine Grundrechtslehren*. Berlin.

Nenadić, B. (2014). “Osvrt na kontrolu ustavnosti sudske vlasti”. u: *Položaj i perspektiva ustavnog sudstva*. Beograd.

Nenadić, B. (2014). “Opšti osvrt na kontrolu ustavnosti sudske vlasti”. u: *Položaj i perspektiva ustavnog sudstva, Zbornik radova*. Beograd.

Pestalozza, Ch. (1991). *Verfassungsprozessrecht*, München.

Stojanović, D. (1989). *Odnovna prava čoveka - ljudska prava i slobode u ustavima građanskih država*. Niš.

Stojanović, D. (2013). *Ustavno pravo*. Niš.

Steinwedel, U. (1976). “Spezifisches Verfassungsrecht“ und „einfaches Recht“. Der Prüfungsumfang der BVerfG bei Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtsentscheidungen.

Nomos Verlagsgesellschaft. 1. Aufl.

***Dragan M. Stojanović, LL.D.***

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

## **THE CONSTITUTIONAL COURT REVIEW OF JUDICIAL DECISIONS**

### **Summary**

*In principle, the constitutional precepts envisage that judicial decisions are not subject to extrajudicial control. However, in the course of deciding on constitutional complaints, the Constitutional Court reviews the compliance of individual legal acts and actions of state authorities with the Constitution, including court*



*decisions on cases involving the constitutionally guaranteed rights. Hence, in order to eliminate tension or even contradiction between the constitutional precepts, the constitutional review of judicial decisions should be considered as a special form of judicial control, regardless of the fact that the Constitutional Court is not part of the judicial structure in the strict organizational sense. Thus, unlike the cases where the Court is involved in the normative control of the applicable law, in the process of reviewing judicial decision of lower courts the constitutional judiciary acts in the capacity of a specific judicial authority.*

*According to another possible interpretation of the aforementioned constitutional norms, the direct constitutional protection of the constitutionally guaranteed rights may only be pursued in the the process of reviewing individual legal acts and actions of state authorities, but not by pursuing a judicial review of court decisions which the Constitutional Court has no jurisdiction to decide upon. Thus, the dogma of judicial independence would prevail over the dogma of direct protection of fundamental rights. The third interpretation of this relationship maintains that that judicial decisions may be subject to control but, in this specific case, the Constitutional Court may only issue an opinion (a statement) rather than a binding decision which would cancel the lower court judgment. Then, it is up to the judicial authorities of the lower instance to adjust their judicial decision, which in the opinion of the Constitutional Court constitutes a violation of the constitutionally guaranteed rights, with the Constitution.*

*In the long-standing practice of the Constitutional Court of Serbia, this competence has been perceived as the capacity to review all individual legal acts within the general framework of the Court's constitutional authority to directly protect fundamental human and minority rights and freedoms guaranteed by the Constitution, provided that this competence does not have the character of a last-instance control of the legal validity of the court decision in totum, in a manner exercised by higher judicial instances in regular court proceedings. With reference to these assumptions, the paper will examine and discuss the eligibility, scope, reach and limits of constitutional review of judicial decisions.*

**Keywords:** *constitutional courts, judicial decisions, constitutional review, specific consitutional law, direct consitutional protection.*



## **ZAŠTITA POTROŠAČA U KREDITNOM ODNOSU\*\***

**Apstrakt:** *U uslovima kapitalističkog finansijskog tržišta, u kome vladaju uslovi nametnuti od velikih bankarskih korporacija i institucija, a posebno u kreditnom odnosu, poverilac (zajmodavac, kreditor) je kao davalac kredita, u momentu zaključenja ugovora o kreditu, u ekonomski i pravno dominantnoj poziciji, tako da često nameće dužniku (korisniku usluge, potrošaču) uslove kreditiranja i ugovorne klauzule koje nisu pravične. Zato zakonodavac i državne institucije treba zakonom da zaštite dužnika kao korisnika kredita (potrošača) od takvih uslova kreditiranja koje nepravično otežavaju njegov položaj.*

*Tema našeg rada je analiza položaja subjekata kreditnih odnosa, a posebno zakonskih odredbi kojima se štiti položaj ekonomski i pravno zavisne ugovorne strane. Pravni položaj dužnika i njegovo pogoršanje izazvano reformom finansijskog tržišta i reformom zakonodavstva o hipoteci dodatno je pogoršan u poslednjih desetak godina u pravu Srbije. Rad se bavi problematikom kako ustanoviti ravnotežu interesa poverioca i dužnika, i to tako da davalac kredita zadrži imovinsku motivaciju – kamatnu zaradu, a da korisnik kredita obezbedi pravnu sigurnost i zaštitu od nepravičnih klauzula.*

**Ključne reči:** *Finansijsko tržište, bankarske institucije, korisnici kredita, kreditni uslovi, kontrola finansijskog poslovanja.*

---

\*lazic@prafak.ni.ac.rs

\*\* Rad je rezultat istraživanja na projektu: „Usklađivanje prava Srbije sa pravom EU“ Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Izložen je na naučnom skupu „Kontrola u unu trašnjem, međunarodnom i pravu EU“, održanom na Pravnom fakultetu u Nišu, 17. maja 2016.

## 1. Uvod

Kredit je institucija kojom poverilac (zajmodavac, kreditor) privremeno ustupa kupovnu snagu slobodnih novčanih sredstava (izuzetno robe ili usluga) dužniku (zajmoprimcu, korisniku bankarske usluge, potrošaču), koji se obavezuje da će nakon određenog vremena (kratkoročni do pet ili dugoročni do 30 godina) vratiti primljeni novac (odnosno robu ili platiti vrednost usluge) i isplatiti ugovorenu kamatu. Davaoci kredita (zajmodavci), pored imovine dužnika sa očekivanim (znači neizvesnim) prihodima, uključujući i buduću zaradu, zahtevaju dodatne garancije za vraćanje novca. Dopunska sredstva obezbeđenja potraživanja se, uobičajeno, dele na lična (ugovorna kazna, jemstvo i odustanica) i realna (kapara, kaucija, ručna zaloga i hipoteka) (Lazić, 2009: 45).

U savremenom pravu, hipoteka je postala jedan od najvažnijih pravnih instituta, čija je osnovna funkcija obezbeđenje potraživanja (Soergel, Siebert, 1968: 668; Marković, 1911: 172). U pravno-ekonomskoj teoriji se govori i o drugim funkcijama založnog prava – pribavljanje kredita, rasterećenja davaoca kredita i funkcija olakšavanja refinansiranja kroz sekundarno tržište (Hiber, Živković, 2015: 28).

Hipotekarni kredit je osnovni izvor realizacije brojnih potreba savremenog čoveka (stambeni<sup>1</sup> i poslovni prostor, pokretanje biznisa, kupovina auta itd.), i „poluga“ razvoja društva. Prednost kredita obezbeđenog hipotekom je u omogućavanju dobijanja novčanih sredstava srazmerno vrednosti hipotekovane nepokretnosti (najčešće one koja se pribavlja iz kredita), što omogućava zaduživanje znatno iznad platežne sposobnosti dužnika tako što se teret mesečne otplate raspoređuje na period otplate kredita. Kredit pomera granice ekonomskog zakona, omogućavajući da se može trošiti ne samo ono što je zarađeno, već i očekivana zarada unapred dobijena putem instituta „zajma koji je u osnovi kredita“ (Marković, 1911: 172).

Na srpskom finansijskom tržištu, nakon promena 2000. godine i prelaska na tržišni sistem, kao uslov kreditnog plasmana stranog kapitala, Svetska banka i strane poslovne banke su želele efikasno sredstvo obezbeđenja u pogledu izvesne, brze i jednostavne naplate potraživanja.

---

1 Logičan odgovor na dilemu “živeti kao podstanar i plaćati zakupninu, ili za sličnu sumu plaćati ratu kredita za svoj stan”, čini hipotekarni stambeni kredit najprivlačnijim pravnim institutom. Među tim, Scile i Haribde hipotekarnog kredita mogu dovesti do višegodišnje uplate rata kredita koja se završava neuspešno po dužnika – prodajom stana radi otplate duga i resetovanjem stambenog pitanja na početak.

Zato se pristupilo reformi hipotekarnog prava i stvaranju instrumenata za funkcionisanje finansijskog tržišta. Donošenjem Zakona o hipoteci (ZH)<sup>2</sup>, Republika Srbija je izvršila prvu potpunu regulativu hipotekarnog prava (65 članova), a izvršena je i neophodna izmena katastarske evidencije<sup>3</sup>. Svakako, istovremeno je trebalo voditi računa i o adekvatnoj zaštiti naših građana i privrednika kao korisnika kredita.

U uslovima liberalizacije kapitalističkog finansijskog tržišta, posebno u kreditnom odnosu, ne postoji pravna jednakost ugovornih strana. Moto liberalnog kapitalizma je povećanje potrošnje, što uzrokuje permanentnu „glad za novcem“ i razvoj kreditnog sistema. Velike bankarske korporacije i institucije kao davaoci kredita su ekonomski u dominantnoj poziciji, tako da svoju prednost koriste da nametnu uslove kreditiranja i ugovorne klauzule koje su nepravične i prekomerno pogoršavaju položaj dužnika. Pored toga, finansijske institucije „nameću“ državnoj vlasti kreiranje društvenog i pravnog „miljea“ koji je znatno povoljniji za poverioce. Prepuštanje formiranja uslova kreditiranja slobodi finansijskog tržišta može dovesti do potpunog ekonomskog kraha građana, a time i ugroziti stabilnost društvenog uređenja. Zakonodavac i državne institucije treba zakonom da zaštite dužnika kao korisnika kredita (potrošača) od takvih uslova kreditiranja koje nepravično otežavaju njegov položaj. Osnovne državne institucije koje treba da vode računa o zaštiti ekonomskih interesa svojih građana, privrednika, kao i same države, jesu Vlada i Narodna banka Republike Srbije.

U radu se bavimo problematikom kako ustanoviti ravnotežu interesa poverioca i dužnika, posebno kroz uslove kreditiranja, kao i zaštitom dužnika prilikom zaključenja ugovora o kreditu, kao ekonomski i pravno zavisne i neprofesionalne ugovorne strane.

## **2. Liberalizacija finansijskog tržišta i bankarskog sistema**

*Liberalni kapitalizam je slobodan ekonomski i privredni sistem gde svi učesnici imaju tržišne uslove za rad i poslovanje uz minimalne intervencije države. Nameće se pitanje šta takva sloboda znači na finansijskom tržištu, a posebno u bankarskom sistemu i da li je društveno korisna ili štetna? Pokušaćemo da ukažemo, da znači da su korisnici kredita, manje-više, prepušteni „diktatu“ beskompromisnog*

---

2 “Sl. glasnik RS”, br. 115/2005, br. 60/2015. Zakon o hipoteci se primenjuje od 25. 2. 2006. i Zakon o izmenama i dopunama Zakona o hipoteci od 16. 7. 2015. g.

3 Zakonom o državnom premeru i katastru (“Sl. glasnik RS”, br. 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015 – odluka US i 96/2015).

bankarskog sektora koji, u stalnoj trci za profitom, nameće nepovoljne uslove kreditiranja.

Zlatno doba ekonomskog liberalizma (1846–1914) je doba brze industrijalizacije kapitalističkih zemalja, koje je John Maynard Keynes (Kejnz) opisao kao vreme ekonomskog prosperiteta, zahvaljujući tome što je bogatstvo bilo raspoređeno na uzak sloj preduzetnika, kapitalista, a radničke su nadnice bile veoma niske, na granici egzistencije. To je omogućilo brzu akumulaciju kapitala, velike investicije i brzu industrijalizaciju (Robinson, “John Maynard Keynes”, cit. po Mesarić, 2002: 1151).

Posledice Prvog svetskog rata, a zatim i velika ekonomska kriza (1929–1933) označila je kraj vladavine liberalizma i laissez-faire-a teorije u ekonomskim odnosima. Kejnz je 1931. g., svedočeći pred Macmillan-ovim komitetom o problemu nezaposlenosti i recesiji u Velikoj Britaniji (cit. po Mesarić, 2006: 603), izrazio sumnju u liberalni kapitalizam, tvrdeći da jedino povećana državna potrošnja može zaustaviti recesiju, podići profit i smanjiti nezaposlenost. Kejnz je u svojim radovima odbacio nekontrolisani individualizam liberalnog kapitalizma, a odlučujući uticaj na ekonomske tokove 20. veka je imao njegov stav da u kapitalističkom sistemu ne postoji mehanizam koji automatski obezbeđuje punu zaposlenost ljudskih i materijalnih resursa i da nivo zaposlenosti zavisi od nivoa “*agregatne potražnje*”<sup>4</sup>, ukazujući na neophodnost državne intervencije.

Kejnz je postao „kapitalistički Marks“, koji je verovatno spasao kapitalizam tog perioda. Nastupilo je doba državnog intervencionizma, koje je trajalo sve do sedamdesetih, pa i osamdesetih godina prošloga veka, kada je ponovo oživeo liberalni kapitalizam, posebno kroz izraz globalizacije i liberalizacije finansijskog tržišta. To je dovelo do kriznih žarišta, a posebno je značajan krah finansijskog tržišta u SAD, sa „domino“ efektom na svetsku ekonomiju.

Od novijih kritičara liberalne ekonomske doktrine, Lester Turow je osporio percepciju liberalne doktrine o čoveku kao racionalnom biću, homo-economicus-u, koji donosi celishodne odluke. Kao osnovnu slabost tržišnog mehanizma Thurrow tretira čoveka kao biće čije je

---

4 Razvijajući ekonomsku teoriju o konceptu multiplikatora, koji označava odnos između promene u obimu investicija i povećanja nacionalnog dohotka, ukazao je da je veličina investicija ključni parametar za stimulisanje agregatne potražnje, privatnih i javnih investicija, pune zaposlenosti i redistribucije dohodaka (Kejnz, 2013).

“ponašanje u finansijskim transakcijama često iracionalno, bilo zbog neosnovanog optimizma ili pesimizma, uticaja psiholoških činioca, sugestivne moći reklame na formiranje potrošačkih navika, uloge ‘efekta demonstracije’ u ekonomiji potrošnje itd. To uslovljava da je uspostavljanje ravnoteže preko tržišta neizvestan i često previše dug proces” (L. Thurrow, *Dangerous Currehts, The State of Economics*, cit. po Mesaric, 2006: 603).

Moderno kapitalističko društvo počiva na liberalnom finansijskom tržištu na kome dominiraju davaoci kredita. Da li je liberalna doktrina efikasna na finansijskom tržištu? Aktuelni problemi finansijskog tržišta su rezultat nedovoljnog uvažavanja istorijskog iskustva i činjenica da smo zaboravili šta se desilo tridesetih godina prošlog veka (Stanković, 2006: 23).

Svrha finansijskog sektora je efikasno prenošenje viška novca (sakupljenog štednjom i iz drugih izvora) investitorima, što se može najefikasnije uraditi klasičnim bankarskim hipotekarnim kreditom. Međutim, liberalna bankarska mašinerija, koristeći kreiranu potrebu modernog čoveka za stalnim razvojem standarda povećanjem potrošnje nudi stalno nove bankarske proizvode čija je zajednička svrha dobit banaka i korporacija iz imovine građana i privrednih subjekata. Neki od poznatijih finansijskih proizvoda su: raznovrsni hipotekarni krediti; refinansiranje kredita; euroobveznice, eurovalute i dr. „derivati“; fluktuacija kamatnih stopa (Libor, Euribor, valutna klauzula); sekjuritizacija kredita itd. „*Magnet*“ bankarskih proizvoda, na kojima se bazira dobra zarada je, kreditni logo – “pruži čoveku mogućnost da danas potroši pare i odmah zadovolji svoje potrebe, i on će ih sigurno potrošiti bez obzira na cenu koju će morati da plati”. Ovaj „zakon“ potrošačkog društva deluje prema svima – građanima, privrednicima, pa i samim državama. Zaduživanje postaje način života. “Pre dve godine nisam imao ni centa, a sada dugujem dva miliona dolara” (nepoznati autor). Ova potrošačka logika je potvrđena teorijom tzv. “nekonzistentne vremenske preferencije” Mathew Rabina, a zasniva se na tvrdnji „da je opadanje vrednovanja budućeg zadovoljstva više nego proporcionalno sa protokom vremena, čime se osporava teza klasične liberalne doktrine, u kojoj se kaže da vremenska preferencija opada srazmerno s protokom vremena“ (Mesarić, 2002: 1156).

Klasični hipotekarni kredit nosi mali rizik. *Finansijske inovacije su izvitoperile bankarski sistem, tako da je klasična dobit – kamata, postala nedovoljna, već se računa na nerealnu, špekulativnu, zaradu.*

*Građani postaju „moderni robovi“ finansijskih institucija.* U trci za dodatnim profitom, banke su, kroz proces sekjuritizacije<sup>5</sup> i prodajom obveznica iz očekivanog prihoda, i ova sredstva prenela iz aktive banaka.

Sekjuritizacija je omogućena daljom prodajom potraživanja osiguravajućim organizacijama i prodajom hartija od vrednosti investitorima koji su bili uvereni da kupuju sigurne proizvode. Tako je banka mogla da poveća masu kredita. Sekjuritizacija je korisna operacija kada se izvodi iz „sigurnih“ kredita u smislu otplate. Međutim, u trci za klijentima sredstva su plasirana u subprime<sup>6</sup> kredite, za koje je skoro izvesno da se neće vratiti. Ovaj prevelik rizik doveo je do kraha sistema zasnovanog na ovoj operaciji, posebno na najvećem, američkom finansijskom tržištu. Slogan o “1% nepristojno bogatih na račun 99% nepristojno siromašnih” – poznata krilatica demonstranata antiglobalista na Volstritu i pokreta nezadovoljnih koji se širi (moderni prekarijat), postaje bliska realnost.<sup>7</sup> Tako je sekjuritizacija postala špekulativna radnja, iako je osmišljena kao višestruko korisna (banka ostvaruje dobit prodajom potraživanja kroz kamatni diferencijal; poboljšava finansijski leveridž – odnos kapitala i založenih sredstava; ostvaruje kamatu plasmanom novog kredita itd.). Neminovno je moralo doći do urušavanja sistema, jer se nesigurni krediti nisu mogli vratiti, a došlo je i do pada cena nekretnina, koje nije imao ko da kupi, što je obezvređilo hipotekarno osiguranje.

Poznati aktuelni kritičar neoliberalne doktrine Joseph Stiglitz svojom teorijom “asimetričnih informacija”<sup>8</sup>

---

5 Sekjuritizacija kao finansijski instrument omogućava prodaju očekivanih prihoda sa kamatom, kako bi se kroz nove kredite sa višom kamatom finansiralo širenje kreditnog sistema. Ako očekivani prihodi izostanu, dolazi do kraha finansijskog tržišta sa nesagledivim posledicama (Lazić, 2009: 5).

6 Sabprajmovi su krediti koji se dodeljuju osobama sa platežno neizvesnim pokrićem na duži period (nesiguran posao; nestabilne zarade; precenjena vrednost obezbeđenja itd.). Omogućeni su namernim smanjenjem bankarske discipline prozrokovane trkom za zaradom i preprodajom dugova nacionalnim korporacijama, tako da je kredit dobila i najsiromašnija i najrizičnija kreditna grupa, tzv. NINJA (No Income No Job No Assets – bez prihoda, bez posla, bez imovine), akronim skovan u vreme krize hipotekarnih kredita u Americi.

7 Praktičan primer su Amerikanci, koji su podsticani da se u velikoj meri zadužuju radi kupovine kuća i stanova. U 2010. g. 85% svih berzanskih vrednosti je u rukama 1% građana. Dolazi do pauperizacije srednje klase. U Evropi je ta stopa koncentracije manja, ali je proces isti.

8 J. Stiglitz je zajedno sa M. Spence-om i G. Akerlof-om za ovu teoriju dobio 2001. g. Nobelovu nagradu za ekonomiju. (Mesarić, 2002: 1151).



je razvio tezu o neravnopravnosti ugovornih strana u tržišnim transakcijama, zbog toga što je davalac usluga kao profesionalac više informisan o bankarskom proizvodu koji prodaje od kupca kao neprofesionalca, te je neophodna korektivna i kontrolna intervencija države.

U našim uslovima, takvu kontrolnu funkciju treba da vrši, pre svega, Narodna banka Srbije, a svakako i država kroz zakonodavni mehanizam. Efikasnost delovanja ovih institucija zahteva saradnju i koordinaciju zajedničkih akcija i finansijskih mera.

### **3. Realizacija zakonske uloge Narodne banke u kreiranju finansijskog sistema**

Uloga Narodne banke je određena Zakonom o Narodnoj banci Srbije (ZNB)<sup>9</sup>. Osnovni cilj NBS je „postizanje i održavanje stabilnosti cena“ i „doprinos očuvanju i jačanju stabilnosti finansijskog sistema“ (čl. 3 i 4). U ostvarivanju tog cilja NBS aktivno saraduje s drugim nadležnim državnim i međunarodnim institucijama. Radi regulisanja finansijskog tržišta, NBS-u je zakonom (čl. 4 ZNBS) dato u nadležnost sprovođenje brojnih ovlašćenja, od kojih izdvajamo: utvrđivanje i sprovođenje monetarne i devizne politike; sprovođenje aktivnosti i mera radi očuvanja i jačanja stabilnosti finansijskog sistema; izdavanje novčanica i kovanog novca i upravljanje tokovima gotovine; izdavanje i oduzimanje bankama dozvola za rad i kontrola boniteta i zakonitosti poslovanja banaka; obavljanje poslove zaštite prava i interesa korisnika usluga koje pružaju banke i druge finansijske institucije; utvrđivanje uslova za pokretanje i sprovođenje postupaka restrukturiranja banaka itd.

NBS podnosi Godišnji izveštaj o stabilnosti finansijskog sistema (Izveštaj).<sup>10</sup> Osnovni cilj *Izveštaja* jeste informisanje svih relevantnih aktera o stanju finansijske stabilnosti i prepoznavanje potencijalnih rizika kojima je izložen finansijski sistem, a posebno bankarski sektor, i proceni sposobnost sistema da ih apsorbuje i ostane stabilan i sposoban da nastavi s nesmetanim funkcionisanjem, posebno u uslovima finansijskih potresa.

Kao najveći unutrašnji rizici za finansijsku stabilnost Srbije (Izveštaj za 2015), označeni su: visok nivo evroizacije finansijskog sistema koji povećava njegovu izloženost kreditno-deviznom riziku;

---

9 „Službeni glasnik RS“, br. 72/2003, 55/2004, 85/2005 – dr. zakon, 44/2010, 76/2012, 106/2012, 14/2015 i 40/2015 – odluka US).

10 Sajt NBS. [http://www.nbs.rs/internet/latinica/90/90\\_2/finansijska\\_stabilnost\\_2015.pdf](http://www.nbs.rs/internet/latinica/90/90_2/finansijska_stabilnost_2015.pdf)

visoko učešće problematičnih kredita i niska kreditna aktivnost banaka; neadekvatna procena vrednosti nepokretnosti datih kao sredstvo obezbeđenja kredita i dr. Radi prevazilaženja problema, NBS planira: mere koje podstiču smanjenje kamatnih stopa i doprinose rastu kreditnog potencijala banaka, čime se podstiče privredna aktivnost, smanjuje broj problematičnih kredita i stimuliše rast kreditne ponude; usvajanje Zakona o uređenju profesije procenitelja vrednosti nepokretnosti i unapređenje standarda procene; unapređenje funkcionalnosti baze podataka o procenama vrednosti hipotekovanih nepokretnosti i vrednosti kredita i dr.

Poseban deo Izveštaja je posvećen bankarskom sektoru. „Bankarski sektor Srbije odlikuje jaka kapitalna baza, pa je i tokom 2015. godine bio adekvatno kapitalizovan.<sup>11</sup> Kreditiranje stanovništva je i dalje u porastu (3,1% na kraju 2015), zahvaljujući tome da su standardi pri odobravanju kredita kako privrede, tako i stanovništva, ublaženi. Kao razlog za ublažavanje navode se niski troškovi izvora sredstava i visoka konkurencija u bankarskom sektoru. Ublažavanje standarda kreditiranja ogleda se u snižavanju kamatnih marži, provizija i naknada“ (Izveštaj, str. 48). Ukupni neto krediti fizičkim licima su na kraju 2015. godine iznosili 696 milijardi dinara, a dominantan udeo u ukupnim kreditima imali su krediti stambene izgradnje (45,7%) i gotovinski krediti (29,7%), kod kojih je zabeleženo učešće problematičnih kredita 9,5%, odnosno 10,1%. Od ukupnih zaduženja fizičkih lica, oko 58% je u stranoj valuti, od toga oko 45% u evrima. Srbija je ušla u krizu s relativno visokim učešćem problematičnih kredita (11,3% na kraju 2008), a na kraju 2015. godine bruto problematični krediti činili su 21,6% ukupno odobrenih bruto kredita (Izveštaj, str. 50). Imajući u vidu visoko učešće problematičnih kredita u ukupnim kreditima, naročito privrede, najizraženiji poslovni rizik u bankarskom sektoru Srbije i u 2015. g. bio je kreditni rizik (86% od ukupnih rizika).

Kako bi zaštitila interese deponenata i ostalih poverilaca i očuvala finansijsku stabilnost, pored rezervi propisanih u skladu s Međunarodnim standardima finansijskog izveštavanja, NBS zahteva i formiranje tzv. regulatornih rezervi, tj. rezervi za procenjene gubitke. Na kraju 2015. u bankarskom sektoru je poslovalo 30 banaka, a s pozitivnim rezultatom 17 banaka (učešće u neto aktivni bankarskog sektora 72,6%), dok je 13 banaka zabeležilo gubitak (učešće u neto aktivni 27,4%). Struktura dobiti ukazuje na to da je poslovni model domaćih banaka orijentisan

---

11 „Na kraju godine PAK je iznosio 20,9%, što je znatno iznad regulatornog minimuma (12%) i dva i po pu ta iznad minimuma propisanog u EU (8%)“ (Izveštaj, 2015: 47).

ka tradicionalnim bankarskim poslovima. Profitabilnosti bankarskog sektora najviše doprinosi dobit po osnovu kamata, naplata troškova i provizija. U Izveštaju se zaključuje da je bankarski sektor Srbije visoko otporan na pretpostavljene rizike.

S obzirom na to da se banke finansiraju dominantno iz deviznih izvora, one se štite od deviznog rizika odobravanjem kredita s valutnom klauzulom. Kao mera zaštite korisnika kredita predloženo je: dosledno sprovođenje strategije dinarizacije finansijskog sistema Srbije od strane svih relevantnih u česnika (NBS, Vlada i banke); nastavak promocije dinarskih finansijskih instrumenata – od dinarske štednje preko državnih hartija u domaćoj valuti; sprovođenje Strategije i akcionih planova za rešavanje problematičnih kredita radi smanjenja kreditnog rizika; koristeći instrumente finansijske supervizije, NBS obezbeđuje otpornost finansijskih institucija na rizike, obezbeđujući istovremeno i zaštitu interesa korisnika njihovih usluga i njihov održivi razvoj.

Iako je bankarski sistem jedna od najregulisanijih sfera ekonomije, on je, u moderno doba, postao receptor krize, jer je širenjem ponude novih finansijskih usluga i obaranjem finansijske discipline, finansijska institucija uvek korak ispred pravne regulative, maltene u špekulativnoj zoni. Kada je usled toga finansijski balon na svetskom tržištu napukao, bila je neophodna brza intervencija državnih institucija, koja je neutralisala finansijsku bombu koja je pretela da raznese čitav svetski bankarski sistem i tako su neoliberalni finansijeri spaseni sredstvima iz državnih monetarnih rezervi, odnosno parama građana. Poslovi iz sfere finansijskog sektora sve manje su delo realnih ekonomista, a sve više predmet matematičkih spekulacija. To zahteva veću regulatornu kontrolu državnih institucija radi zaštite korisnika kredita.

Analizirajući Izveštaj NBS-a, ne možemo se oteti utisku da je više pažnje posvećeno bankarskom sektoru kao pružaocima finansijskih usluga, a nedovoljno korisnicima tih usluga. Doduše, u cilju stimulanja devizne i kreditne aktivnosti banaka, NBS je preduzimala niz mera. Tako, radi prevazilaženja poteškoća u otplati kredita data je mogućnost: prevremene otplate kredita bez naknade; produženja roka otplate do godinu dana po zahtevu klijenta, pri čemu je gotovinske kredite moguće produžiti samo ukoliko budu konvertovani u dinarske; konverzija kredita indeksiranih u stranoj valuti u dinarske, po zahtevu klijenta i konverzija kredita indeksiranih u CHF u EUR, po zahtevu klijenta.

Međutim, ove mere nisu dovoljno efikasne u domaćim uslovima male zaposlenosti građana i niskih zarada. Čini se da je neformiranje državne razvojne (hipotekarne) banke bio i ostao nepremostiv nedostatak za zaštitu domaće privrede i građana u kreditnom sistemu, o čemu govorimo u nastavku rada.

#### 4. Uloga države u kreiranju uslova kreditiranja

Pod ulogom države mislimo na zakonodavnu funkciju i mere Vlade i/ili Narodne banke, kojima se određuju uslovi funkcionisanja finansijskog tržišta, stimulišu povoljni kreditni uslovi, a destimulišu špekulativne bankarske radnje. Zaštitna funkcija države ima višestruko dejstvo, a ovom prilikom posebno ćemo se baviti zaštitom korisnika kredita kao potrošača, zaštitom od efekata varijabilnih kamata, valutne klauzule i troškova kreditiranja.

a) *Zaštita korisnika finansijskih usluga kao potrošača.* Treba poći od pretpostavke da je potrošač svako lice koje „kupuje“ bankarske proizvode ili koristi finansijske usluge. Posebno je neophodna zaštita za fizička lica koja se u ugovornom odnosu javljaju kao „slabija“ – neprofesionalna ugovorna strana bankarskog posla.

Zaštita korisnika kredita kao potrošača je veoma važan segment, gde Republika Srbija treba da ostvari standarde prihvaćene na nivou EU. Težnja EU je da se postigne nivo zaštite koji potrošačima – korisnicima kredita garantuje, u svim zemljama članicama EU, „isti nivo zaštite, i to na jednako transparentan i efikasan način, kada „kupuju“ finansijske usluge“(Guido, 2005: 166).

Zakon o zaštiti potrošača Srbije<sup>12</sup> nije regulisao zaštitu korisnika finansijskih usluga, već je ovo pitanje prepustio posebnom zakonu. Po Zakonu o zaštiti korisnika finansijskih usluga, korisnik finansijske usluge jeste fizičko lice koje koristi finansijske usluge u svrhe koje nisu namenjene njegovoj poslovnoj ili drugoj komercijalnoj delatnosti.<sup>13</sup> Osnovna načela zaštite korisnika, u smislu ovog zakona (čl. 5), jesu: 1) pravo na ravnopravan odnos s davaocem finansijske usluge; 2) pravo na zaštitu od diskriminacije; 3) pravo na informisanje; 4) pravo na određenost ili određivost ugovorne obaveze i 5) pravo na zaštitu prava i interesa.

---

12 Čl. 4 Zakona o zaštiti potrošača, "Sl. glasnik RS", br. 62/2014 i 6/2016 – dr. zakon.

13 Čl. 5 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, „Službeni glasnik RS“, br. 36/2011.

Iako je praktična zaštita korisnika kredita povećana, treba raditi na poboljšanju standarda i potpunom usaglašavanju sa pravom EU. Još uvek banke, u praksi, pokušavaju da ugovore neke nepravilne klauzule (Lazić, 2015: 555).

*b) Zaštita od varijabilnih kamata i valutne klauzule.* Valutna klauzula i varijabilna kamata su dva bankarska proizvoda u interesu poverioca, koja njihov rizik, iako profesionalaca, smanjuju na uštrb rizika korisnika kredita.

*Varijabilna kamata.* Kamata je cena novca koji se pozajmljuje, a koju zajmoprimac plaća banci kao zajmodavcu za upotrebu pozajmljene sume u određenom periodu. Možete ugovoriti kredit sa fiksnom ili promenljivom (varijabilnom) kamatnom stopom. Kredit sa fiksnom kamatnom stopom je kredit čija je visina kamatne stope određena u momentu potpisivanja ugovora i ostaje nepromenjena u periodu otplate kredita. Kredit sa varijabilnom kamatnom stopom, koji banke najčešće ugovaraju na našem finansijskom tržištu, jeste kredit čija je visina kamatne stope vezana za određeni promenljivi faktor (inflacija, referentna kamatna stopa – Libor ili Euribor, stopa rasta cena na malo, dodatna marža banke itd). Ugovorom o kreditu utvrđeni su uslovi pod kojima može doći do tih promena. Poznato je da su banke razvile čitav instrumentarij kako bi se zaštitile od promene cene novca na finansijskom tržištu.

Libor i Euribor su kamatne stope po kojima poslovne banke širom Evrope međusobno pozajmljuju novac (u evrima ili drugoj valuti) i one predstavljaju referentne kamatne stope koje banke koriste kao osnovicu pri obračunavanju kamatnih stopa na kredite koje odobravaju klijentima. Euribor ili Evropska međubankarska stopa je referentna tržišna kamatna stopa izračunata na temelju kotacija banaka u evro zoni, a Libor je međubankarska kamatna stopa među prvoklasnim bankama u Londonu. Vrednost se usklađuju sa kretanjem na međunarodnom tržištu tromesečno ili polugodišnje, čime se menja i kamatna stopa. Banke nude opciju vezivanja varijabilne kamatne stope za vrednost Euribora, kada je kredit indeksiran u EUR, odnosno za vrednost Libora, kada je kredit indeksiran u CHF.

Ukoliko uzimate kredit s varijabilnom kamatnom stopom, izloženi ste kamatnom riziku – da u periodu otplate kredita dođe do promene visine kamate i cene kredita. Zakonom o zaštiti korisnika finansijskih usluga (čl. 26) dopuštena je promenljiva kamatna stopa, jer drugačije uslove kreditiranja bi mogli odrediti samo za domaću razvojnu (hipotekarnu) banku, a država Srbija je nije formirala. Jedina zakonska zaštita je

odredba da priroda elemenata iz čl. 26, st. 1., mora biti takva da na njih ne može uticati jednostrana volja nijedne od ugovornih strana.

Banke su dužne da u svojim poslovnim prostorijama drže istaknuto obaveštenje o kretanju vrednosti ugovorenih promenljivih elemenata. Ova zaštita je najznačajnija u zahtevu za potpunom informisanošću korisnika usluge o određenom finansijskom proizvodu i usluzi, ali nema uticaja na same uslove kreditiranja. Da bi mogao doneti pravilnu odluku o korišćenju nekog finansijskog proizvoda, informacije o njemu moraju biti uporedive. Razvoj evropskog prava pokazuje tendenciju povećanja uporedivosti podataka odlučujućih za donošenje odluke potrošača o izboru ponuđenog finansijskog proizvoda, što je potvrđeno Smernicom o potrošačkom kreditu (IP/02/1289, Brussels, 2002: Consumer credit rules for the 21<sup>st</sup> century). Direktivom o ugovoru o potrošačkom kreditu (87/102/EEC) je uvedena obaveza iskazivanja APR (annual percentage rate) kao ukupne cene kredita kroz godišnju kamatnu stopu bez obzira kome se plaća taj iznos (tzv. efektivna kamatna stopa) i drugi pokazatelji (Čulinović-Herz, 2005: 214). U evropskom pravu je najznačajniji korak u harmonizaciji propisa o zaštiti korisnika kredita učinjen Smernicom o ujednačavanju prava država članica u pogledu potrošačkih kredita iz 1987.<sup>14</sup> Takođe, značajna je Smernica o osiguranju tražbina putem finansijskih instrumenata iz 2002.<sup>15</sup>

*Valutna klauzula.* Kod kredita sa valutnom klauzulom se prilikom odobravanja kredita i kasnijeg plaćanja mesečna rata preračunava u dinare prema vrednosti odnosne valute u momentu plaćanja. Poslovne banke u Srbiji su odobravale kredite koji su se preračunavale u EUR ili CHF, što je menjalo mesečnu ratu i ukupan iznos kredita zavisno od odnosa vrednosti dinara i ovih valuta. S obzirom na to da se Srbija opredelila za plivajući kurs dinara, NBS je pokušavala da održi stabilnost dinara, ali je poznato da je to teška misija za nerazvijene i zadužene države na duži period i stvara negativni efekat kod dugoročnih kredita.

Mnogi ekonomisti smatraju da je generator ekonomske krize u Srbiji: liberalizacija finansijskog tržišta, precenjen devizni kurs dinara i prekomerna lična i javna potrošnja (Kovačević, 2002: 7). NBS je direktno uticala na dešavanja na finansijskom tržištu i doprinosila u velikoj

---

14 Directive 87/102/EEC for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the member States concerning consumer credit, OJ 1987 L 42/48; V., Čulinović- Herz, E. 205/217.

15 Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 2002 on financial collateral arrangements, OJ L 27. 6. 2002, 168/43.

meri neopravdanom jačanju domaće valute, pravdajući sve to tržištem, iza koga su ipak stajali interesi finansijskih institucija (stranih banaka i MMF). To je kasnije dovelo do velikog skoka cene kredita, uz istovremeni pad zarada i povećanje nezaposlenosti. Jedno od rešenja je u kreditima sa fiksnom kamatom i drugim povoljnijim uslovima koje može ponuditi Razvojna banka.

Građanima koji su pre nekoliko godina uzimali stambene i druge kredite vezane za švajcarski franak, zbog globalne krize koja je uzrokovana pucanjem finansijskog tržišta u Americi, jačanja franka u odnosu na evro, ali i povećanja varijabilnih kamatnih stopa, mesečne rate i cena kredita su znatno uvećane. Ponuda "reprogramiranja dugova" konverzijom valutne klauzule iz CHF u EUR nije dala adekvatne rezultate, jer dovodi do dodatnog uvećanja cene kredita. Pored toga, procedura za konverziju u većini banaka je komplikovana, jer zahteva da klijent praktično uzme novi kredit, pri čemu mora ponovo da dostavi svu potrebnu dokumentaciju, plati naknadu za obradu kredita i druge naknade. Neophodno je da naša država preduzme oštre mere, kakve je učinila Mađarska, ali ona nije izgradila takvu međunarodnu poziciju u odnosu na MMF i Svetsku banku i kao država kandidat za ulazak u EU je u zavisnom položaju.

*c) Zaštita korisnika od previsokih troškova kreditiranja.* Poslovne banke u Srbiji, naplaćujući različite vrste provizija i naknada od privrede i stanovništva, ostvaruju milionske prihode<sup>16</sup>. To su naknade za vođenje tekućih računa, za obavljanje menjačkih poslova, za realizaciju naloga transfera novca u zemlji i inostranstvu, izdavanje različitih potvrda, naknade za obradu kreditnih zahteva (često najskuplja bankarska usluga), naknade za prevremenu otplatu kredita (3–5% naknade na sumu koju prevremeno otplaćujete) i sl. Ostvareni prihodi poslovnih banaka od raznih troškova su, u nekim godinama, bili veći od ukupnog profita ostvarenog po osnovu kamata.<sup>17</sup>

Konkurencija poslovnih banaka nije dala rezultate. Proverom ponuda banaka ustanovljeno je da se različite vrste naknada naplaćuju po tarifama

---

16 U 2010. godini je sedam poslovnih banaka, po osnovu provizija, ostvarilo prihode veće od milijardu dinara. Banca Intesa (5 milijardi dinara), Poštanska štedionica (3,5 milijardi dinara) i Komercijalna banka (3,2 milijardi dinara).

17 Portal Kamatica (<http://www.kamatica.com/>) je istra živao visinu naknada poslovnih banaka za pojedine usluge građanima. Tako, na gotovinske, potrošačke i au to kredite, naknade za obradu kreditnih zahteva se naplaćuju u visini od 2 do 3,5%, a za stambene kredite od 0,5% do 2% od odobrenog kredita. Država je kod odobravanja subvencionisanih kredita građanima i privredi ograničila naknade za obradu kredita na 0,5%.

različitog stepena konkurentnosti. Nemoguće je naći poslovnu banku koja kod svih poslova sa stanovništvom ima najniže naknade, a klijenti ne mogu menjati poslovne banke i imati istovremeno više računa zavisno od vrste usluge. Privatnim poslovnim bankama je u zajedničkom interesu kreditiranje sa što višim kamatama i troškovima, a društvo postaje zavisno od banaka koje ne ograničava dovoljno međusobna konkurencija<sup>18</sup>, štaviše dolazi do sprege interesa. Time utiču na privredne tokove i životni standard građana Srbije, jer određuju ko može i pod kojim uslovima dobiti kredit.

Direktiva o tržištima finansijskih usluga, MIFID (2004/39/EC Evropskog parlamenta od 21. aprila 2004) proširila je dejstvo i uvela mogućnost da profesionalni klijenti zahtevaju da se prema njima postupa kao prema neprofesionalcima. Sa njom je usklađen Zakon o tržištima kapitala ("Sl. glasnik RS", br. 31/11).

Moguća državna mera je *formiranje razvojne (hipotekarne) banke*. Razvojna banka bi iz sredstva prikupljenih od građana i iz drugih izvora<sup>19</sup>, po povoljnoj kamatnoj stopi do najviše 3% godišnje, finansirala izvoznu privredu, poljoprivredu i energetski sektor, stambenu izgradnju, refinansirala bi dug privrednika i građana koji ispunjavaju odgovarajuće uslove; krediti bi se izdavali u dinarima sa fiksnom kamatom, a možda i bez valutne klauzule itd.

„Dužnička kriza“ samo je simptom globalnog neoliberalnog kapitalizma, koji zemljama u razvoju nije namenio nikakvu drugu ulogu osim da prodaju svoje sirovine i upijaju višak kapitala iz bogatih zemalja (oplođujući ga iscrpljivanjem svojih građana – prim. autora). „Zemlje u razvoju se nalaze u klopci dužničkog ropstva“ (Bebek, Santini, 14/2, 2008: 310). Razvojna banka bi bila kreator razvoja nacionalne privrede i zaštitnik interesa građana, poslujući ekonomski održivo, ali odričući se neumerene zarade putem visokih kamata i troškova usluga. Bez državne razvojne banke, privatne banke, uglavnom strane, de facto kontrolišu srpski bankarski

---

18 Dod u še, sve manji broj podnetih zahteva za kredit naterao je bankare da, smišljajući nove proizvode, ponude srpskom tržištu i beskamratne kredite na duži period i sa mnogo nižim nivoom opterećenja plate. Beskamratni krediti svode cenu kredita na efektivnu kamatnu stopu (EKS) koja sadrži samo troškove kredita.

19 Kreditna aktivnost banaka omogućava da banka stvara novac na taj način što monetizuje svoju aktivu, i to knjiški ili bezgotovinski. Ovo ih čini emisionim ustanovama na isti način kao što su to centralne banke, s tom razlikom što emituju drugačiju vrstu novca. Da li se takav novac pušta u opticaj bezuslovno (debt-free) ili kao kredit, pitanje je poslovanja, a državna banka bi, poslujući ekonomski, ali sa manjom dobiti, to činila u interesu građana i privrede.



sistem i privredne tokove. Ovi krediti bi bili obezbeđeni hipotekom, pa otuda i mogući naziv Državna hipotekarna banka.

Kao moguću meru pomoći dužnicima u dužničkoj krizi, treba razmotriti i mogućnost uvođenja ličnog bankrota fizičkih lica. Uvođenje ličnog bankrota, iako nije suštinsko rešenje, doprinosi rešavanju problema prezaduženosti i nemogućnosti otplate rizičnih kredita u određenim situacijama. Najbliži primer je zakonodavstvo Hrvatske, koje je dozvolilo da građanima kojima je blokiran račun zbog prezaduženosti bude uveden lični bankrot u kome dobija stečajnog upravnika koji ubuduće odlučuje o načinu korišćenja zarade.

## **5. Zaključna razmatranja**

Zakonskom reformom poverioci su dobili hipoteku kao efikasno sredstvo obezbeđenja potraživanja ne samo u pogledu sigurne, već i u pogledu brže i jednostavnije naplate, posebno uvođenjem vansudske prodaje. Hipotekarnom dužniku je omogućeno da zadrži rang hipoteke nakon otplate duga, a regulisane su i zabranjene klauzule u hipotekarnom odnosu kao mera zaštite dužnika. Međutim, ono što nije funkcija zakona o hipoteci, zaštita korisnika kredita od prekomernog opterećenja nepovoljnim uslovima kreditiranja, nije ostvareno. Korisnicima kredita su ponuđeni krediti sa visokom i promenljivom kamatom, valutnom klauzulom i visokim troškovima kredita. Liberalizacija srpskog tržišta je bila prebrza i pogrešna, posebno posle decenijske izolacije, sankcija i bombardovanja. Društvo je trebalo postepeno prilagođavati tržišnim uslovima privređivanja, a posebno zaštititi građane i privredu od prekomernog kreditnog iscrpljivanja.

U takvim nepovoljnim uslovima kreditiranja pogubno je bilo zalaganje liberalne finansijske koncepcije za jačanje potrošnje preko odobravanja nepovoljnih potrošačkih kredita. Pod uticajem liberalizacije finansijskog tržišta, danas je veliki deo stanovništva Zemljine kugle, a posebno nerazvijenih i prezaduženih država, objekat „fleksibilne eksploatacije“ ili „fleksoplotaicije“ (izrazi preuzeti od Gaj Standing-a). Instrument liberalnog kapitalizma i globalizacije su zavisne političke vlasti prezaduženih država. Kao tehnike globalne eksploatacije koriste se male i nesigurne plate, nesigurnost radnih mesta, politizacija zapošljavanja, neredovni prihodi, visoki troškovi života, obaranje kvaliteta obrazovanja, intelektualno zatupljivanje naroda putem kontrolisanih sredstava informisanja itd., itd...

Preventivnu kontrolnu ulogu opštih uslova poslovanja poslovnih banaka treba da vrši NB Srbije, ali i da preduzima efikasnije mere zaštite korisnika finansijskih usluga. Kao mera za poboljšanje uslova kreditiranja, trebalo je očuvati Državnu hipotekarnu banku, odnosno formirati razvojnu (hipotekarnu) banku sa većinskim državnim kapitalom. Razvojna banka bi iz sredstava prikupljenih od građana i države i drugih izvora finansirala pod povoljnijim kreditnim uslovima od poslovnih banaka (kreditni bi se izdavali u dinarima sa fiksnom kamatom, bez valutne klauzule) razvoj privrede (izvozna privreda, poljoprivreda, energetska sektor itd.) i određene aktivnosti građana (stambeni krediti, refinansiranje dugova itd.), uz obezbeđenje hipotekom i ispunjavanje drugih pravičnih uslova. Razvojna banka bi bila kreator razvoja nacionalne privrede i zaštitnik interesa građana, poslujući ekonomski održivo, ali odričući se neumerene i špekulativne zarade putem visokih kamata i troškova usluga.

U sadašnjim uslovima smatramo da je korisno uvesti i institut ličnog bankrota. Za „homo (ne)economicus-a“, kada bankrotira pod naletom bankarskih proizvoda, reklama i drugih „čari“ potrošačkog društva, lični bankrot je jedino rešenje za prethodno nerazumno trošenje prihoda i život iznad realnih mogućnosti.

Tek sa razvojem privrede, stabilnosti ekonomskih tokova i povećanja zaposlenosti i zarada, uz zaštitu korisnika kredita, može se uspostaviti potpuna funkcija hipotekarnih kredita, kao poluge razvoja društva i poboljšanja standarda građana.

## Literatura

Bebek, S., Santini G. (2008). "Vjecnii" dugovi – mrkva i batina neoliberalnoga kapitalizma". *Ekonomija/Economics*. No. 14 (2). 281–310. [www.rifin.com](http://www.rifin.com)

Godišnji izveštaj o stabilnosti finansijskog sistema za 2015. Sajt Narodne banke Srbije. [http://www.nbs.rs/internet/latinica/90/90\\_2/finansijska\\_stabilnost\\_2015.pdf](http://www.nbs.rs/internet/latinica/90/90_2/finansijska_stabilnost_2015.pdf)

Guido, A. (2005). "New Perspectives in the Protection of Consumers: a General Overview and Some Criticism on financial services", *European Business Law Review*, 4 (16), 719–735.

Direktiva o ugovoru o potrošačkom kreditu, (87/102/EEC) [https://bib.irb.hr/datoteka/396261.Nova\\_Direktiva\\_200848EZ\\_o\\_ugovorima\\_o\\_potrosackom\\_12119C-pdf.pdf](https://bib.irb.hr/datoteka/396261.Nova_Direktiva_200848EZ_o_ugovorima_o_potrosackom_12119C-pdf.pdf)

Directive 87/102/EEC for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the member States concerning consumer credit, OJ 1987

L 42/48; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:l32021>

Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 2002 on financial collateral arrangements, OJ L 27. 6. 2002, 168/43. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32002L0047>

Douglas, B. (2010). "Bihevioristička ekonomija blagostanja". *Panoeconomicus*. Br. 2. 123–151. <http://www.doiserbia.nb.rs/img/doi/1452-595X/2010/1452-595X1001001B.pdf>

Kejnz, J. M. (2013). *Opšta teorija zaposlenosti, kamate i novca*. (1936, reprint). Beograd.

Kovačević, M. (2002). „Efekti postojeće politike valutnog kursa i liberalizacije uvoza“, *Ekonomski anali*. Tematski broj jan. vol 46. str. 187-194.

Kovačević Kuštrimović, R., Lazić, M. (2009). *Stvarno pravo*. Niš: „Punta“. Hiber, D. Živković, M. (2015). *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Marković, L. (1926). *Hipotekarno pravo* (1994, reprint izdanje). Beograd. Lazić, M. (2009). *Prava realnog obezbeđenja*. Niš: „Punta“.

Lazić, M. (2015). "Zaštita hipotekarnog dužnika od nepravičnih klauzula". *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. Niš, Br. 70. 555–572.

Mesaric, M. (2006). "Dugoročna neodrživost tržišnog fundamentalizma i neoliberalnog kapitalizma". *Ekonomski pregled*. Br. 57 (9–10). 603–630.

Mesarić, M. (2002). "Nobelovac Joseph Stiglitz: Kritika „tržišnog fundamentalizma“, globalizacije i politike međunarodnog monetarnog fonda". *Ekonomski pregled*. Br. 53 (11–12). 1151–1182.

Robinson, M., Eatwell, J. (1981). *Uvod u savremenu ekonomiku*. EC Zagreb: Ekonomska biblioteka.

Stanković, K. (2008). "Savremeni pristup ekonomskim doktrinama". *Ekonomski horizonti*. br. 10, (1–2). 5–22

Soergel, B. Siebert, W. (1968). *Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch*. Stuttgart.

Stiglitz, J. (2004). *Protivrečnosti globalizacije*. Beograd: SBM.

Consumer credit rules for the 21<sup>st</sup> century, [http:// europa.eu/rapid/press-release\\_IP-02-1289\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-1289_en.htm).

Čulinović-Herz, E. (2005). "Zaštita potrošača i zaštita ulagatelja na hrvatskom tržištu financijskih usluga". Zbornik Zaštita potrošača i ulagatelja u Europskom i Hrvatskom pravu, Rijeka, str.209-256.

**Miroslav Lazić, LL.D.**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

## **CONSUMER PROTECTION IN CREDITOR-DEBTOR RELATIONS**

### **Summary**

*The capitalist financial market is governed by terms and conditions imposed by large banking corporations and institutions. In creditor-debtor relations, the creditor (lender, lessor) is in a dominant economic and legal position at the moment of entering into a credit agreement, which enables him to impose different terms and conditions upon the debtor (borrower, lessee) and introduce unfair contractual clauses. Therefore, the legislator and government institutions have to protect debtors (consumers) as credit beneficiaries from such credit terms and conditions that unfairly aggravate the debtors legal position.*

*In this article, the author analyzes the legal position of subjects of credit relations, with particular reference to the legislative provisions governing the protection of the debtor (consumer) as an economically and legally dependant contracting party. Apart from being significantly affected by financial market reforms and changes in the mortgage legislation, the legal position of debtors (consumers) has been additionally aggravated in Serbian legislation in the past decade. After discussing the creditor-debtor relations, the author focuses on the issue of establishing a balance of interests; the balance of the creditor and the debtor interests may be achieved by enabling the creditor to keep the financial incentive (earnings form the interest rate) and obliging the debtor (credit-user) to provide legal certainty and protection against unfair contractual clauses.*

**Keywords:** *financial market, banking institutions, credit users, credit terms/conditions, control of financial operations.*

## **KRIVIČNE SANKCIJE – SREDSTVO KONTROLE KRIMINALITETA PRAVNIH LICA**

**Apstrakt:** Prihvatajući krivičnu odgovornost pravnih lica za učinjena krivična dela, niz zemalja u svom novom ili noveliranom krivičnom zakonodavstvu, paralelno sa vladajućim sistemom subjektivne odgovornosti fizičkih lica (koja se bazira na uračunljivosti i krivici), inauguriše sistem objektivne krivične odgovornosti. Naravno da sva pravna lica ne mogu biti krivično odgovorna za učinjeno delo, već se i tu prave izuzeci (posebno kada se radi o državi i državnim organima), ali to ne isključuje krivičnu odgovornost njihovih odgovornih lica za prouzrokovanu posledicu krivičnog dela. Stoga su savremeni krivični zakoni i odredili posebne vrste krivičnih sankcija: kazne, mere bezbednosti i uslovnu osudu, te meru oduzimanja imovinske koristi koja je pribavljena krivičnim delom, te način, postupak i uslove za njihovo izricanje. Upravo u ovom radu će biti govora o pojmu, karakteristikama, vrstama i specifičnostima krivičnih sankcija prema pravnim licima kao sredstvu kontrole korporativnog kriminaliteta (kriminaliteta pravnih lica).

**Ključne reči:** zakon, pravno lice, krivično delo, odgovornost, krivične sankcije, sud.

### **1. Uvodna razmatranja**

Korporativno krivično pravo je deo, segment klasičnog krivičnog prava koje predstavlja sistem zakonskih propisa (ius publicum) kojima se određuju pojam, elementi odgovornosti, sistem krivičnih sankcija i postupak za njihovo izricanje i izvršenje prema pravnim licima kao učiniocima krivičnih dela i sistem krivičnih dela koja mogu izvršiti ova lica

---

\* jovas@prafak.ni.ac.rs

u cilju suzbijanja dela kojima se povređuju ili ugrožavaju zaštićene vrednosti. Ili to je skup pravnih normi koje određuju sadržaje i obim ovlašćenja države na kažnjavanje pravnih lica pri čemu temeljna pretpostavka za primenu tih normi predstavlja određeno ponašanje koje je propisano kao krivično delo (Novoselec, 2004: 3).

Drugim rečima, korporativno krivično pravo (Jovašević, 2012: 13–18) samo je deo pravnog poretka koji propisuje koja se ponašanja određuju kao krivična dela i kakva je pravno organizovana reakcija prema pravnim licima kao učiniocima takvih dela (Marjanovik, 1998: 2). Korporativno krivično pravo se takođe može odrediti kao sistem propisa kojima se u jednoj državi određuje koja se ponašanja smatraju za krivična dela i koje kazne i druge krivične sankcije i pod kojim uslovima mogu biti primenjene prema pravnim licima kao njihovim učiniocima, odnosno kao sistem zakonskih propisa kojima se zaštićuju osnovne vrednosti društvene zajednice na način kojim se ponašanja koja ih povređuju ili ugrožavaju određuju kao krivična dela i kojim se za njihove učinioce propisuju krivičnopravne sankcije (Grozđanić, Škorić, Martinović, 2013:78–81).

Iako korporativno krivično pravo (Jovašević, Ikanović, 2012: 278–281) predstavlja deo, segment opšteg krivičnog prava sa svojom specifičnom sadržinom i ograničenim predmetom, ipak ne treba negirati njegovu pravnu samostalnost. Istina, ono se razvijalo i stasavalo u okviru i pod okriljem krivičnog prava, ali je s vremenom dobilo i svoju samostalnost, kako u međunarodnim, tako i u nacionalnim okvirima. Ta je samostalnost posebno istaknuta u onim pravnim sistemima gde je korporativno krivično pravo i formalno izdvojeno iz sistema krivičnog prava kao što je slučaj u: Srbiji, Hrvatskoj<sup>1</sup>, Sloveniji<sup>2</sup>, Austriji, Crnoj Gori<sup>3</sup> itd., koje su donele posebne zakone o odgovornosti pravnih lica.

Osnovni, glavni i neposredni izvor korporativnog krivičnog prava u Republici Srbiji čine dva zakona: a) Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela (ZOPLKD)<sup>4</sup> i b) Krivični zakonik (KZ)<sup>5</sup>. Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela uređuje uslove odgovornosti pravnih lica za krivična dela, krivične sankcije koje se mogu izreći

---

1 „Narodne novine Republike Hrvatske“, broj 151/03.

2 „Uradni list Republike Slovenije“, broj 98/04.

3 „Službeni list Republike Crne Gore“, broj 2/07.

4 „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 97/08.

5 „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj : 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 i 108/14.

pravnim licima i pravila postupka u kojem se odlučuje o krivičnoj odgovornosti pravnih lica, izricanju krivičnih sankcija, donošenju odluke o rehabilitaciji, prestanku mera bezbednosti ili pravnih posledica osude i izvršenju sudskih odluka (član 1 ZOPLKD). To je zakon kojim se dopunjuju odredbe Krivičnog zakonika u slučajevima kada se kao učinilac predviđenih krivičnih dela javni pravno lice.

## **2. Pravno lice kao subjekt krivičnog dela**

Za razliku od starijih vremena (rimsko pravo), kada je bilo prihvaćeno pravilo da pravna lica ne mogu da budu subjekt krivičnog prava jer su oni nosioci građanske, ali ne i krivične odgovornosti, danas je u kaznenom pravu niza evropskih država prihvaćeno da pravna lica mogu da budu učinioci posebne vrste kažnjivih dela (prestupa i prekršaja), posebno u oblasti privrednog i finansijskog poslovanja, odnosno fiskalnih davanja (npr. u Nemačkoj u Krivičnom zakoniku, u članu 30 je predviđeno da se pravnom licu može izreći prekršajna kazna – novčana kazna ako njegovi organi ili sa njima izjednačena lica učine krivično delo ili prekršaj koji predstavlja kršenje dužnosti pravnih lica ili je tim krivičnim delom pravno lice steklo ili moglo steći protivpravnu imovinsku korist).

Krivično pravo bivše SFR Jugoslavije je posle Drugog svetskog rata predviđalo kažnjavanje pravnih lica za krivična dela (član 10 Zakona o krivičnim delima protiv naroda i države, član 11 Zakona o nedopuštenoj trgovini, nedopuštenoj špekulaciji i privrednoj sabotaži i član 14 Zakona o vrstama kazni). Opšti deo Krivičnog zakona iz 1947. godine predviđao je mogućnost da pravno lice može izuzetno da bude subjekt krivičnog dela u slučajevima kada je u zakonu izričito određena njegova odgovornost. Krivični zakonik FNRJ iz 1951. godine i Krivični zakon SFRJ iz 1976. godine nisu predviđali krivičnu odgovornost pravnih lica.

Ali brojni univerzalni (Palermo konvencija o organizovanom transnacionalnom kriminalu iz 2000. godine) i posebno regionalni evropski dokumenti izričito propisuju krivičnu, građansku i administrativnu odgovornost pravnih lica za krivična dela (Pavišić, 2006: 312–318). Tako je Savet Evrope 1988. godine doneo preporuku P – 88/18 kojom je državama članicama preporučeno da u svoja nacionalna zakonodavstva uvedu sistem kažnjavanja preduzeća koja imaju status pravnih lica za prestupe učinjene u svom poslovanju. Potom Savet Evrope 1996. godine donosi Preporuku P (96) 8, koja se odnosi na kriminalnu politiku u Evropi u vreme promena.

Za uvođenje krivične odgovornosti pravnih lica od posebnog značaja su tri konvencije Saveta Evrope: 1) Konvencija o zaštiti životne sredine putem krivičnog prava iz 1998. godine, koja inauguriše odgovornost pravnih lica za krivična dela kojima se povređuje ili ugrožava životna sredina pod uslovom da je odgovorno lice učinilo krivično delo u ime i za račun pravnog lica; 2) Krivičnopravna konvencija o korupciji iz 1999. godine, koja propisuje krivičnu odgovornost pravnih lica za krivična dela korupcije (ovom je konvencijom državama članicama postavljena obaveza da u nacionalnom zakonodavstvu uvedu krivičnu odgovornost i kažnjivost pravnih lica za korupcijska krivična dela, posebno dela aktivnog podmićivanja, trgovinu uticajem i pranje novca koje u čini odgovorno lice koje ima vodeću ulogu u sastavu pravnog lica, postupajući samostalno ili u sastavu tog pravnog lica); i 3) Konvencija o sajber kriminalu iz 2001. godine, koja uspostavlja krivičnu odgovornost pravnih lica za: krivična dela povrede tajnosti i dostupnosti kompjuterskih podataka i sistema, kompjuterska krivična dela i krivična dela povrede autorskih i srodnih prava.

I druge evropske regionalne organizacije su se uključile u ovu aktivnost. Tako je Evropska unija donela dva dokumenta od značaja za korporativno krivično pravo. To su: 1) Drugi protokol uz Konvenciju o zaštiti finansijskih interesa Evropske unije iz 1995. godine, koji uspostavlja obavezu za države članice na preduzimanje potrebnih mera kojima bi se uspostavila krivična odgovornost pravnih lica za krivična dela: a) prevare, b) aktivnog podmićivanja i v) pranja novca ako su ta dela učinjena u njihovu korist; na sličan način obavezu kažnjavanja za dela aktivnog podmićivanja preporučuje i 2) Konvencija o zabrani podmićivanja stranih javnih službenika u međunarodnim poslovnim transakcijama iz 1997. godine, koju je donela Organizacija za evropsku bezbednost i saradnju (Pop, 2006: 89–94).

Poslednjih decenija 20. veka u nizu krivičnih zakonodavstava je uvedena krivična odgovornost i kažnjivost pravnih lica. Tako Krivični zakonik Kraljevine Holandije iz 1976. godine uvodi opštu krivičnu odgovornost pravnih lica za krivična dela koja mogu izvršiti s obzirom na svoje karakteristike. U Kraljevini Švedskoj je novelom Krivičnog zakonika iz 1986. godine predviđeno izricanje novčane kazne za krivična dela koja izvrše pravna lica. Finski Krivični zakonik iz 1996. godine u prvom poglavlju pod nazivom: „Prostor primene krivičnog prava Finske“ u drugom odeljku izričito određuje korporativnu krivičnu odgovornost – krivičnu odgovornost pravnih lica za krivična dela samo u slučajevima i na način koji je predviđen zakonom. Francuski krivični zakonik iz



1992. godine u nizu svojih odredbi (čl. 121-2, 131-12-49) predviđa na specifičan način utvrđivanje krivične odgovornosti i sistem kazni za pravna lica kao učinioce krivičnih dela. Prema ovom zakonskom rešenju sva pravna lica izuzev države su krivično odgovorna u slučajevima koji su predviđeni zakonom ili drugim propisom ako su ispunjena dva uslova: a) da je krivično delo učinjeno za njihov račun i b) da je krivično delo u činio njihov organ ili predstavnik. Članom 54 Zakona o izmenama Krivičnog zakonika Francuske 2004-204 iz 2004. godine pravno lice može da odgovara za svako krivično delo, što znači da je ukinut princip specijalne krivične odgovornosti „le principe de specialite“ pravnog lica (Poncela, 2005: 25–37).

I Krivični zakonik Republike Slovenije iz 1994. godine je u članu 33 predviđao na specifičan način krivičnu odgovornost pravnih lica, što je konkretno uređeno posebnim zakonom (Bavcon, Šelih, 2003: 372) – Zakonom o odgovornosti pravnih lica za kažnjiva dela iz 2004. godine<sup>6</sup>. Bosna i Hercegovina krivičnim zakonodavstvom iz 2003. i 2004. godine uvodi sistem krivične odgovornosti i kažnjivosti pravnih lica za krivična dela. I Republika Hrvatska 2003. godine donosi poseban Zakon o odgovornosti pravnih lica za kaznena dela<sup>7</sup>, kojim određuje pretpostavke kažnjivosti, sistem krivičnopravnih sankcija i krivični postupak za pravna lica kao učinioce krivičnih dela (Novoselec, 2001: 6–8). Na isti način krivičnu odgovornost pravnih lica poznaje i Krivični zakonik Republike Makedonije u članu 28 a. (posle novele iz 2004. godine) pri čemu se radi o posebnoj, „specijalnoj“ odgovornosti pravnih lica samo za zakonom taksativno nabrojana krivična dela. Švajcarski Krivični zakonik je posle novele iz 2003. godine takođe prihvatio koncepciju odgovornosti pravnih lica za krivična dela.

### **3. Pojam i karakteristike odgovornosti pravnog lica**

U Republici Srbiji je krivična odgovornost pravnih lica uvedena na osnovu člana 12 KZ tek 2008. godine posebnim Zakonom o odgovornosti pravnih lica za krivična dela (ZOPLKD). Ovaj zakon uređuje uslove odgovornosti pravnih lica<sup>8</sup> za krivična dela, sistem krivičnih sankcija i pravila postupka u kojem se odlučuje o odgovornosti pravnih lica, izricanju krivičnih sankcija, donošenju odluke o rehabilitaciji,

---

6 „Uradni list Republike Slovenije“, broj 98/04.

7 „Narodne novine Republike Hrvatske“, broj 151/03.

8 Pojam, karakteristike i vrste pravnih lica su uređeni Zakonom o privrednim društvima („Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 125/04).

prestanku mere bezbednosti ili pravne posledice osude i izvršenju sudskih odluka. Za krivična dela mogu pored fizičkih lica da odgovaraju i: a) domaće i strano pravno lice koje učini krivično delo na teritoriji Republike Srbije, b) strano pravno lice koje u čini krivično delo u inostranstvu na štetu Republike Srbije, našeg državljanina ili domaćeg pravnog lica i v) domaće pravno lice koje u inostranstvu izvrši krivično delo. Od krivične odgovornosti su izuzeta sledeća pravna lica: a) Republika Srbija, b) autonomna pokrajina, v) jedinice lokalne samouprave, g) državni organi, d) organi autonomne pokrajine, đ) organi jedinice lokalne samouprave i ž) druga pravna lica kojima je zakonom povereno vršenje javnih ovlašćenja pod uslovom da je krivično delo u činjenju takvih javnih ovlašćenja, što znači da oni mogu da odgovaraju ako je krivično delo učinjeno izvan „javnih ovlašćenja“ (Jovašević, Petrović, 2007: 185–209).

Za odgovornost pravnih lica (član 6 ZOPLKD) potrebno je ispunjenje dva uslova. To su (Jovašević, 2010: 516–522): a) da je krivično delo učinilo odgovorno lice u okviru svojih poslova ili ovlašćenja u nameri da za pravno lice pribavi korist (bez obzira da li je korist u konkretnom slučaju zaista i pribavljena) i b) da je zbog nepostojanja nadzora ili kontrole od strane odgovornog lica omogućeno izvršenje krivičnog dela od strane fizičkog lica koje deluje pod nadzorom ili kontrolom odgovornog lica<sup>9</sup>. Pri tome je zakon izričito odredio da se odgovornost pravnog lica zasniva na krivici odgovornog lica (što znači da pravno lice odgovara za učinjeno krivično delo, čak i u slučaju ako je krivični postupak protiv odgovornog lica iz zakonom predviđenih razloga obustavljen ili je optužba odbijena).

Korporativno krivično pravo Republike Srbije predviđa, pored osnovne, redovne odgovornosti pravnog lica i njegovog odgovornog lica za učinjeno krivično delo, i posebne oblike odgovornosti pravnog lica. To su (Jovašević, 2011: 121–136): 1) odgovornost u slučaju statusne promene, prestanka ili stečaja pravnog lica, 2) odgovornost za pokušaj krivičnog dela, 3) odgovornost za dobrovoljni odustanak, 4) odgovornost za sticaj krivičnih dela i 5) odgovornost za produženo krivično delo<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> U pravnoj teoriji postoje različita shvatanja o modelu koji opravdava kažnjavanje pravnih lica: a) model objektivne odgovornosti – odgovornost na bazi samog prouzrokovanja posledice krivičnog dela, b) model izvedene krivice pravnog lica iz krivice određenih fizičkih lica – kada pravno lice odgovara u slučaju da je krivično delo u činjenju od strane njegovog odgovornog lica sa krivicom i v) model autonomne odgovornosti.

<sup>10</sup> Zakon o stečajnom postupku, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 84/04.

#### **4. Pojam, karakteristike i vrste krivičnih sankcija**

Krivične sankcije su zakonom predviđene mere društvene reakcije koje izriče sud u zakonom sprovedenom krivičnom postupku prema učiniocu krivičnog dela u cilju suzbijanja i sprečavanja vršenja krivičnih dela. Ili to su represivne mere u rukama države koje ona preduzima protiv u činilaca krivičnih dela u cilju ostvarivanja specijalne i generalne prevencije. Od najstarijih vremena društvo pokušava da se zaštiti od različitih oblika i vidova kriminaliteta pojedinaca i grupa različitim merama. Među njima se posebno ističu kazne koje su dugo vremena, sve do 19. veka predstavljale jedine vrste krivičnih sankcija (monistički sistem sankcija). One predstavljaju reakciju protiv učinioca zbog izvršenja krivičnog dela kojim se nanosi šteta društvu, ali reakciju koja ima za cilj da spreči tog učinioca da ubuduće vrši krivična dela, kao i da utiče na druge građane (potencijalne učinioce) da se uzdrže od vršenja takvih dela. Tako korporativno krivično pravo Republike Srbije poznaje više vrsta krivičnih sankcija. To su prema članu 12 ZOPLKD (Jovašević, 2013: 241–248: a) kazne, b) mere upozorenja i v) mere bezbednosti. To je pluralistički sistem krivičnih sankcija za pravna lica.

##### **4.1. Kazne**

Osnovna i najznačajnija vrsta krivične sankcije, dugo vremena jedina sankcija koja je i danas propisana u posebnom delu Krivičnog zakonika za najveći broj krivičnih dela, jeste kazna. Domaće pravo poznaje dve vrste kazni za pravno lice kao učinioca krivičnog dela (član 13 ZOPLKD: a) novčanu kaznu i b) prestanak pravnog lica. Ove kazne se mogu izreći samo kao glavne kazne. To su kazne koje nisu propisane u Krivičnom zakoniku (u posebnom delu) ni kod jednog krivičnog dela, već sud, kada utvrdi da je određeno pravno lice odgovorno za to delo, po svom nahođenju, imajući u vidu objektivne i subjektivne okolnosti učinjenog lica i učinioca, bira vrstu i meru kazne.

Novčana kazna (Đurđević, 2005: 168–174) jeste imovinska kazna kojom se učiniocu krivičnog dela utvrđuje obaveza da u određenom roku uplati presudom određeni novčani iznos u korist države. Ovo je osnovna kazna za pravno lice kao učinioca krivičnog dela. Izricanjem novčane kazne između učinioca krivičnog dela i države stvara se obligacioni odnos u kome se država pojavljuje kao poverilac, a učinilac dela kao dužnik. Za razliku od fizičkog lica kao učinioca krivičnog dela kome se novčana kazna može izreći na dva načina: a) u dnevnim iznosima i b) u određenom

iznosu, pravnom licu se novčana kazna izriče uvek u određenom, fiksnom iznosu (član 14 ZOPLKD) u okviru propisane najmanje i najveće mere novčane kazne (opšti minimum i opšti maksimum). Naime, novčana kazna se može izreći u rasponu od sto hiljada dinara do petsto miliona dinara. Kod izricanja novčane kazne u određenom iznosu zakon je postavio određena ograničenja do sledećih iznosa: 1) od 100.000 do milion dinara za krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora do jedne godine ili novčana kazna, 2) od milion do dva miliona dinara za krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora do tri godine, 3) od dva miliona do pet miliona dinara za krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora do pet godina, 4) od pet miliona do deset miliona dinara za krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora do osam godina, 5) od deset do dvadeset miliona dinara za krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora do deset godina i 6) najmanje dvadeset miliona dinara za krivična dela za koja je propisana kazna zatvora preko deset godina.

Kod izricanja novčane kazne (Horvatić, 2003: 129–131) sud je dužan u presudi da odredi i rok njenog plaćanja koji ne može da bude kraći od 15 dana ni duži od tri meseca. Rok se računa od dana pravnosnažnosti presude. U opravdanim slučajevima sud može da dozvoli isplatu novčane kazne u otplatama (ratama), ali je tada dužan da odredi broj rata, njihov iznos i rok isplate koji ne može da bude duži od jedne godine – član 51 KZ (Ikanović, 2012: 78–92). Rešenje kojim se određuje izvršenje novčane kazne izvršava nadležni sud u skladu sa odredbama Zakona o izvršenju krivičnih sankcija. Pravnosnažna odluka kojom je izrečena novčana kazna (ili je odlučeno o naknadi troškova krivičnog postupka) izvršava se kada protekne rok određen u odluci za plaćanje novčane kazne (odnosno za naknadu troškova postupka). Ovaj se rok računa od dana kada je osuđenom pravnom licu ili licu koje je dužno da naknadi troškove dostavljena pravnosnažna odluka (čl. 57–58 ZOPLKD).

U slučaju da osuđeno pravno lice u određenom roku ne plati u celosti određenu visinu novčane kazne, pristupa se njenoj prinudnoj naplati (član 59 ZOPLKD), kao i naplati troškova krivičnog postupka. Troškove prinudne naplate snosi osuđeno pravno lice. U postupku za prinudnu naplatu novčane kazne i troškova krivičnog postupka primenjuju se odredbe o prinudnoj naplati po Zakonu o platnom prometu. Ako se istovremeno vrši prinudna naplata novčane kazne (i troškova krivičnog postupka), zakon je utvrdio redosled naplate. To znači da se, prvo, naplaćuju troškovi krivičnog postupka (član 61 ZOPLKD). Ako se usled naplate novčane kazne imovina osuđenog pravnog lica umanjuje u meri da se više ne može namiriti dosuđeni imovinskopравни zahtev oštećenog,

taj se zahtev namiruje iz naplaćene novčane kazne, ali najviše do visine kazne. U slučaju kada se izrečena novčana kazna ne može naplatiti od osuđenog pravnog lica u celini ili ne može da se naplati uopšte, o tome se obaveštava sud koji je doneo prvostepenu presudu o novčanoj kazni (član 62 ZOPLKD).

Najteža kazna koja se može izreći pravnom licu je kazna prestanka pravnog lica – član 18 ZOPLKD (Kambovski, 2007: 178–182). Ova se kazna može izreći ako je delatnost pravnog lica u celini ili znatnoj meri bila u funkciji vršenja krivičnih dela. Dakle, primena ove kazne dolazi u obzir kada je pravno lice svoju registrovanu delatnost iskoristilo kao sredstvo ili način za vršenje krivičnih dela u celini ili u većem obimu, u značajnijoj meri. Nakon pravnosnažnosti presude kojom je izrečena kazna prestanka pravnog lica sprovodi se postupak likvidacije, stečaja ili prestanka pravnog lica. Kazna prestanka pravnog lica se izvršava brisanjem osuđenog pravnog lica iz registra pravnih lica u koje je ono upisano (član 63 ZOPLKD). Po prijemu rešenja o izvršenju kazne prestanka pravnog lica, organ koji vodi registar pravnih lica vrši upis izrečene kazne i o tome se odmah obaveštavaju organi nadležni za sprovođenje postupka likvidacije, stečaja ili prestanka pravnog lica na drugi način (član 64 ZOPLKD). Po prijemu rešenja o izvršenju kazne prestanka pravnog lica organizacija za prinudnu naplatu nalaže svim bankama: a) da blokiraju dinarske i devizne račune osuđenog pravnog lica, b) da dostave podatke o stanju na tim računima i v) da ne otvaraju nove račune. Izveštaj o stanju sredstava na računima osuđenog pravnog lica organizacija za prinudnu naplatu dostavlja sudu koji je izrekao prvostepenu presudu (član 65 ZOPLKD).

Postupak likvidacije ili stečaja privrednog društva kome je izrečena ova kazna sprovodi se prema pravilima koja su određena zakonom za postupak likvidacije, odnosno za bankrot kao oblik stečajnog postupka. Postupak likvidacije ili stečaja banke ili društva za osiguranje sprovodi se u skladu sa odredbama zakona kojima se reguliše postupak likvidacije ili stečaja tih pravnih lica (član 66 ZOPLKD). Postupak prestanka pravnog lica na drugi način sprovode osnivači pravnog lica na osnovu akta kojim je utvrđen režim podele imovine, postupak namirenja poverilaca i način zaštite njihovih prava. Po proteku roka od tri meseca od upisa rešenja o izvršenju kazne prestanka pravnog lica u registar pravnih lica, organ koji vodi taj registar proverava da li je pokrenut postupak likvidacije ili stečaja osuđenog pravnog lica. Ako postupak likvidacije ili stečaja nije pokrenut, organ koji vodi registar pravnih lica – privrednih subjekata obaveštava o tome javnog tužioca

koji u cilju zaštite prava poverilaca pokreće stečajni postupak. Za pokretanje stečajnog postupka nad osuđenim pravnom licem je nadležan javni tužilac po čijem je zahtevu uopšte i vođen prvostepeni krivični postupak (član 67 ZOPLKD). Nakon sprovedenog postupka likvidacije, stečaja ili prestanka pravnog lica na drugi način, organ koji vodi registar pravnih lica izvršava brisanje osuđenog pravnog lica iz registra. O upisu izrečene kazne i brisanju osuđenog pravnog lica iz registra organ koji ga vodi obaveštava sud koji je izrekao prvostepenu presudu – član 68 ZOPLKD (Miladinović Stefanović, 2013: 401–416).

Pri odmeravanju novčane kazne pravnom licu za u činjeno krivično delo – član 15 ZOPLKD (Kambovski, 2006: 688–691) sud je dužan da se pridržava sledećih pravila: 1) kazna se odmerava u granicama koje su zakonom propisane za učinjeno krivično delo (kazneni okviri), 2) uzima se u obzir svrha kažnjavanja – ta se svrha nalazi u okviru opšte svrhe svih krivičnih sankcija – a to je suzbijanje dela kojima se povređuju ili ugrožavaju vrednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom (član 4 KZ). Kazna u smislu člana 42 KZ ima i posebnu svrhu koja se sastoji u: a) sprečavanju učinioaca da čini krivična dela i uticanju na njega da ubuduće ne čini krivična dela (specijalna prevencija), b) uticanju na druge da ne čine krivična dela (opšta prevencija) i v) izražavanju društvene osude za krivično delo, jačanju morala i učvršćivanju obaveze poštovanja zakona (opšta prevencija) i 3) uzimaju se u obzir sve olakšavajuće i otežavajuće okolnosti koje utiču da kazna bude manja ili veća, a naročito sledeće: a) stepen odgovornosti pravnog lica za učinjeno krivično delo, b) veličina pravnog lica, v) položaj i broj odgovornih lica u pravnom licu koja su učinila krivično delo, g) mere koje je pravno lice preduzelo u cilju sprečavanja i otkrivanja krivičnog dela i d) mere koje je pravno lice preduzelo prema odgovornom licu nakon učinjenog krivičnog dela. No, za odmeravanje kazne pravnom licu od značaja su i odredbe koje daju sudu ovlašćenje da primeni posebna pravila koja se odnose na: 1) ublažavanje kazne i 2) oslobođenje od kazne<sup>11</sup>.

#### **4.2. Uslovna osuda**

Drugu vrstu krivičnih sankcija za pravna lica čine mere upozorenja (Selinšek, 2007: 306–307). Za razliku od fizičkog lica, kome se mogu izreći dve vrste ovih mera i to: a) uslovna osuda i b) sudska opomena, pravnom licu se može izreći samo jedna vrsta mera upozorenja. To je uslovna osuda.

---

11 Ovde se mora raditi o posledicama koje bi naročito (u većem obimu ili stepenu) pogadale prosečnog čoveka što je u skladu sa zahtevima generalne prevencije.

Uslovna osuda je odlaganje izvršenja utvrđene kazne učiniocu krivičnog dela pod uslovom da za vreme koje odredi sud ne izvrši novo krivično delo. To znači da je uslovna osuda opraštanje kazne (ili privremeno odricanje države da izrekne kaznu) učiniocu dela od strane društva pod određenim uslovima, opraštanje koje je bazirano na uverenju da će se učinilac ubuduće vladati u skladu sa normama pravnog poretka i da neće vršiti krivična dela. Uslovna osuda se pojavljuje u dva oblika: a) uslovna osuda u klasičnom smislu i b) uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom.

Za izricanje uslovne osude pravnom licu potrebno je ispunjenje dva kumulativna uslova: 1) formalni uslov – da je učiniocu za izvršeno krivično delo utvrđena novčana kazna u iznosu do pet miliona dinara. Pri tome je zakon postavio dva ograničenja u pogledu mogućnosti izricanja uslovne osude: a) ona se ne može izreći učiniocu krivičnog dela za koje je propisana kazna zatvora u trajanju od deset godina ili teža kazna i b) ona se ne može izreći ako nije proteklo više od pet godina od pravnosnažnosti ranije osude kojom je učiniocu izrečena kazna zatvora za umišljajno delo. Mere bezbednosti koje su izrečene uz uslovnu osudu se izvršavaju i 2) materijalni uslov – uverenje (ocena) suda da će se na osuđenog i bez izvršenja utvrđene kazne u dovoljnoj meri uticati da više ne vrši krivična dela. Sud do ovog uverenja dolazi imajući u vidu svrhu uslovne osude pri čemu se posebno uzimaju u obzir sledeće okolnosti: a) stepen odgovornosti pravnog lica za učinjeno krivično delo, b) mere koje je pravno lice preduzelo u cilju sprečavanja i otkrivanja krivičnog dela i v) mere koje je pravno lice preduzelo prema odgovornom licu nakon učinjenog krivičnog dela.

Svoje uverenje i činjenice na kojima ga zasniva sud je dužan da obrazloži u samoj presudi. I kad su ispunjeni ovi zakonom kumulativno predviđeni uslovi, sud može (a ne mora) da izrekne uslovnu osudu. Ako sud odluči da izrekne uslovnu kaznu, tada određuje vreme proveravanja<sup>12</sup> u konkretnom slučaju i uslove pod kojima odlaže izricanje kazne. Ti uslovi mogu da budu: a) obavezni i b) fakultativni. Obavezni uslov pri izricanju uslovne osude jeste da osuđeni za vreme proveravanja koje može da traje od jedne do tri godine ne učini novo krivično delo. Fakultativni uslovi pod kojima se izriče uslovna osuda mogu da budu: a) opšti i b) posebni. Opšti fakultativni uslovi se odnose na sva krivična dela i na sve učinioce pod pretpostavkom da taj uslov odgovara prirodi

---

12 Vreme proveravanja (vreme kušnje ili probacije) određuje se na osnovu uverenja (ocene) suda o dužini vremena koje je potrebno za ostvarenje specijalne prevencije kao svrhe ostvarenja ove krivične sankcije. U tom slučaju sud treba da proceni koliko je vremena potrebno za specijalno preventivno dejstvo.

krivičnog dela i okolnostima pod kojima je učinjeno. To mogu da budu: a) da vrati imovinsku korist pribavljenu krivičnim delom, b) da naknadi štetu koja je prouzrokovana krivičnom delom i v) da ispuni druge obaveze predviđene u krivičnopравnim odredbama. Rok za ispunjenje ovako postavljenih obaveza se utvrđuje u okviru određenog vremena proveravanja. Posebni fakultativni uslovi mogu da se sastoje u obavezi osuđenog da izvrši neku od izrečenih mera bezbednosti (zabrana obavljanja određenih registrovanih delatnosti, oduzimanje predmeta) i posebni fakultativni uslovi koji su u posebnom delu Krivičnog zakonika predviđeni kod pojedinih krivičnih dela koji odgovaraju njegovoj prirodi.

Naše korporativno krivično pravo predviđa kao razlog za opozivanje uslovne osude (Vrhovšek, 2008: 112–116) ako pravno lice u vreme trajanja roka proveravanja bude odgovorno za jedno ili više krivičnih dela (bez obzira da li su ta krivična dela izvršena za vreme trajanja ovog roka ili pre izricanja uslovne osude jer se za njih nije znalo u vreme suđenja). To znači da izvršenje novog krivičnog dela (član 21 ZOPLKD) predstavlja osnov koji dovodi do obaveznog ili fakultativnog opozivanja uslovne osude. Uslovna osuda će se obavezno (obligatorno) opozvati ako osuđeno pravno lice u vreme proveravanja bude odgovorno za jedno ili više krivičnih dela za koja mu je izrečena novčana kazna od pet miliona dinara ili u većem iznosu. Uslovna osuda se može opozvati (fakultativno opozivanje) ako osuđeno pravno lice u vreme proveravanja bude odgovorno za jedno ili više krivičnih dela za koja mu je izrečena novčana kazna manja od pet miliona dinara. Za ocenu da li će opozvati uslovnu osudu u ovom slučaju sud obavezno uzima u obzir okolnosti koje se odnose na učinjeno krivično delo i na pravno lice, a posebno srodnost učinjenih krivičnih dela i njihov značaj. Pri tom je sud vezan zabranom izricanja uslovne osude ako pravnom licu za krivična dela utvrđena u uslovnoj osudi i za nova krivična dela treba izreći novčanu kaznu u iznosu preko pet miliona dinara.

Kada opozove uslovnu osudu sud primenom odredbi o odmeravanju kazne za dela u sticaju izriče jedinstvenu novčanu kaznu (za ranije učinjeno i za novo krivično delo) uzimajući kaznu iz opozvane uslovne osude kao utvrđenu koja se sistemom kumulacije uvećava za novoizrečene kazne. Ako ne opozove uslovnu osudu, sud za novoučinjeno krivično delo može da izrekne: a) uslovnu osudu ili b) kaznu. Ako sud nađe da i za novo krivično delo treba izreći uslovnu osudu, tada utvrđuje jedinstvenu novčanu kaznu (za ranije učinjeno i za novoučinjeno krivično delo) i određuje novo vreme proveravanja koje može da se kreće od jedne do tri godine. Ovo vreme proveravanja počinje da teče od dana pravosnažnosti nove presude.



Ako osuđeno pravno lice u toku novog vremena proveravanja bude ponovo odgovorno za učinjeno krivično delo, tada sud obavezno (obligatorno) opoziva uslovnu osudu i izriče безусловnu novčanu kaznu.

Uslovna osuda (Babić, Marković, 2008: 545–567) može se opozvati u toku vremena proveravanja (član 70 KZ). Ako osuđeni u tom vremenu u čini krivično delo koje povlači opozivanje uslovne osude, a to je presudom utvrđeno tek posle isteka vremena proveravanja, uslovna osuda se može opozvati najkasnije u roku od jedne godine od dana kada je proteklo vreme proveravanja. Ako osuđeni u određenom roku ne ispuni neku od postavljenih obaveza, sud može najkasnije u roku od jedne godine od dana kada je isteklo vreme proveravanja odrediti da se izvrši utvrđena kazna u uslovnoj osudi. Ako se posle izricanja uslovne osude utvrdi da je osuđeni izvršio krivično delo pre nego što je uslovno osuđen zbog čega ne bi bilo osnova za izricanje uslovne osude, uslovna osuda se može opozvati najkasnije u roku od jedne godine od dana kada je proteklo vreme proveravanja. Odluku o opozivanju uslovne osude donosi u formi presude sud koji je sudio u prvom stepenu. U njoj se moraju utvrditi osnov za opozivanje i razlozi kojima se sud rukovodio da opozove uslovnu osudu ako je reč o fakultativnom opozivu.

Uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom (član 71 KZ) jeste drugi oblik (modalitet) ove upozoravajuće sankcije (Petrović, Jovašević, Ferhatović, 2016: 218–221). Zaštitni nadzor obu hvata zakonom predviđene mere pomoći, staranja, nadzora i zaštite. Kada izrekne uslovnu osudu, sud može da odredi da se pravno lice kao učinilac krivičnog dela stavi pod zaštitni nadzor za određeno vreme u toku trajanja vremena proveravanja (član 22 ZOPLKD). Zaštitni nadzor određuje sud u presudi kojom izriče uslovnu osudu i određuje mere zaštitnog nadzora, njihovo trajanje i način njihovog ispunjavanja. Sadržinu zaštitnog nadzora (član 22 ZOPLKD) čine sledeće obaveze: 1) organizovanje kontrole u cilju sprečavanja daljeg vršenja krivičnih dela, 2) uzdržavanje od poslovnih aktivnosti ako to može biti prilika ili podsticaj za ponovno vršenje krivičnih dela, 3) otklanjanje ili ublažavanje štete pričinjene krivičnim delom, 4) obavljanje rada u javnom interesu i 5) dostavljanje periodičnih izveštaja o poslovanju organu nadležnom za izvršenje zaštitnog nadzora.

Pri izboru jedne ili više obaveza u okviru zaštitnog nadzora i određivanju njihovog trajanja sud naročito uzima u obzir sledeće okolnosti : a) godine života učinioca, b) njegovo zdravstveno stanje, v) sklonosti i navike, g) pobude iz kojih je izvršio krivično delo, d) držanje posle izvršenog krivičnog dela, đ) raniji život, e) lične i porodične

prilike, ž) uslove za ispunjenje naloženih obaveza i z) druge okolnosti koje se odnose na ličnost učinioca, a od značaja su za izbor mere zaštitnog nadzora i njihovo trajanje. U svakom slučaju, kada se opredeli za izricanje uslovne osude sa zaštitnim nadzorom, sud određuje i vreme trajanja ovako postavljene mere, s tim da se ovo vreme kreće u okviru vremena proveravanja. U toku trajanja zaštitnog nadzora sud može, s obzirom na ostvarene rezultate, da: a) pojedine obaveze ukine, b) postavljene obaveze zameni drugim obavezama, v) da opomene učinioca dela, g) da produži vreme ispunjenja pojedine obaveze ili d) da ukine zaštitni nadzor ako se utvrdi da je njegova svrha već ostvarena budući da ovde zakon ne predviđa mogućnost opozivanja uslovne osude. Sa opozivanjem uslovne osude prestaje i zaštitni nadzor.

#### **4.3. Mere bezbednosti**

Mere bezbednosti su posebna vrsta krivičnih sankcija koje se može izreći pravnom licu kao učiniocu krivičnog dela. Zakon predviđa tri mere bezbednosti (član 23 ZOPLKD): a) zabrana obavljanja određenih registrovanih delatnosti ili poslova, b) oduzimanje predmeta i v) javno objavljivanje presude. Pravnom licu kao učiniocu krivičnog dela sud može da izrekne jednu ili više mera bezbednosti (kumulacija mera), ako su za to ispunjeni uslovi u konkretnom slučaju. Mere bezbednosti se, po pravilu, izriču uz druge krivične sankcije: a) kaznu i b) uslovnu osudu. Pri tome se mere oduzimanja predmeta i javno objavljivanje presude mogu izreći ako je odgovornom pravom licu izrečena uslovna osuda (član 23, stav 3 ZOPLKD). Uz meru bezbednosti se može izreći i mera oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim delom.

Sud može odgovornom pravnom licu kao u činiocu krivičnog dela zabraniti da obavlja određene registrovane delatnosti ili poslove u vezi sa kojim je krivično delo učinjeno (član 24 ZOPLKD). U osnovi primene ove mere je otklanjanje opasnosti koja proizilazi iz delatnosti ili posla u činioca krivičnog dela, tako što se on onemogućava za određeno vreme u svojoj delatnosti koju je prethodno zloupotrebio i u vezi sa kojom je izvršeno krivično delo. Za izricanje ove mere potrebna su dva uslova: a) da je pravnom licu izrečena kazna i b) da je sud došao do uverenja na bazi ocene svih okolnosti izvršenog krivičnog dela da se opravdano može smatrati da bi dalje vršenje ove registrovane delatnosti ili poslova bilo opasno u smislu da se ponovi isto ili slično krivično delo. Izricanje ove mere je fakultativno, a sud određuje njeno trajanje od jedne do tri godine računajući od dana pravnosnažnosti odluke. Sud koji je u prvom stepenu izrekao ovu meru bezbednosti dostavlja pravnosnažnu odluku (član 69 ZOPLKD) sledećim licima: a) organu koji je nadležan za

vođenje poslova registracije pravnih lica radi odgovarajućeg upisa ili evidencije radi sprovođenja mere, b) organu koji je nadležan za izdavanje dozvole ili odobrenja za vršenje određene registrovane delatnosti ili poslova, ako je propisano da se ta delatnost ili poslovi mogu obavljati samo po izdatoj dozvoli ili odobrenju nadležnog organa, v) policiji na čijem području domaće pravno lice ima sedište, odnosno strano pravno lice ima predstavništvo ili ogranak radi upisa u propisanu evidenciju i g) nadležnom inspekcijском organu.

Oduzimanje predmeta je jedina stvarna mera bezbednosti u našem korporativnom krivičnom pravu. Ona se sastoji u oduzimanju predmeta koji je bio namenjen ili upotrebljen za izvršenje krivičnog dela ili koji je nastao izvršenjem krivičnog dela pod uslovom da se nalaze u svojini pravnog lica kao učinioca prekršaja (član 25 ZOPLKD). No, ovom se merom mogu oduzeti predmeti i kada nisu u svojini pravnog lica u dva slučaja: a) ako to zahtevaju interesi opšte bezbednosti i b) ako to zahtevaju razlozi morala. Izricanjem ove mere se ne dira u prava trećih lica na naknadu štete od učinioca. Oduzimanje predmeta je po pravilu fakultativno, ali zakon može odrediti i obavezno oduzimanje predmeta kod pojedinih krivičnih dela.

Javno objavljivanje presude se sastoji u obavezi osuđenog pravnog lica (učinioca krivičnog dela) da o svom trošku istim putem kojim je krivično delo u činjeno ili na drugi odgovarajući način objavi sudsku odluku u celosti ili delimično (član 26 ZOPLKD). Logično je da se radi o pravnosnažnoj sudskoj odluci. Radi se o meri koja pogađa učinioca krivičnog dela, predstavlja njegovu stigmatizaciju i izlaže ga društvenoj blamaži, ali sa druge strane omogućava oštećenom licu da se otklone ili ublaže štetne posledice izvršenog krivičnog dela. Njenom primenom se otklanjaju štetne posledice po oštećenog i njegov ugled, utisak u društvu koji je narušen izvršenjem krivičnog dela. Ona se može (fakultativno) izreći pravnom licu ako sud smatra da bi bilo korisno da se javnost upozna sa presudom, a naročito ako bi objavljivanje presude doprinelo da se otkloni opasnost po život ili zdravlje ljudi ili da se zaštiti opšti interes. To znači da je njena primena posebno korisna u slučaju izvršenja krivičnog dela kojim se prouzrokovana opasnost za život ili zdravlje ljudi, a sud dođe do uverenja da bi objavljivanje presude doprinelo da se otkloni ili bar umanjati ta opasnost. Naravno, primena ove mere je opravdana i u slučaju zaštite drugog opšteg interesa.

Ova se mera fakultativno izriče kao komplementarna krivična sankcija uz kaznu ili uslovnu osudu. No, zakonom se može odrediti obavezno objavljivanje presude, s tim što sud u svakom slučaju zavisi od dva

kriterijuma: a) značaja krivičnog dela i b) potrebe obaveštavanja javnosti, odlučuje putem kojih sredstava javnog informisanja će se takva presuda objaviti (i na koji način – da li u celosti sa obrazloženjem ili u izvodu – delimično) vodeći pri tome računa da način objavljivanja presude omogući obaveštenost svih u čijem interesu ovakvu presudu zaista i treba objaviti. Sud koji je vodio krivični postupak u prvom stepenu dostavlja izvršnu sudsku odluku kojom je izrečena ova mera bezbednosti radi objavljivanja i to uredniku određenog sredstva javnog informisanja. Troškove javnog objavljivanja presude snosi osuđeno pravno lice (član 70 ZOPLKD).

## 5. Zaključak

Pod uticajem niza univerzalnih i regionalnih dokumenata, u drugoj polovini 20. veka u nizu evropskih krivičnopравnih sistema se uvodi specifičan oblik odgovornosti za krivična dela – objektivna odgovornost ili odgovornost za prouzrokovanu posledicu bez krivice njegovog u činioca. To je odgovornost pravnih lica za krivična dela koja je u nekim državama predviđena izričito u krivičnom zakonu – zakoniku (Švedska, Finska, Holandija, Francuska, Makedonija, Bosna i Hercegovina), dok je u drugim državama propisana u posebnim zakonima (Austrija, Srbija, Hrvatska, Slovenija, Crna Gora).

Radi se o odgovornosti domaćih i stranih pravih lica koja učine krivično delo u privrednom poslovanju radnjom ili propustom odgovornog lica ili drugog lica u ime, za račun ili u korist tog pravnog lica. No, ipak ne mogu sva pravna lica da odgovaraju za krivična dela, pa su tako od ovog vida krivične odgovornosti izuzete države, njeni organi i organi teritorijalne autonomije ili lokalne samouprave. Pored osnovne ili redovne, u zakonodavstvu je propisano i više posebnih oblika krivične odgovornosti pravnih lica: a) odgovornost u slučaju statusne promene, prestanka ili stečaja, b) odgovornost za pokušaj krivičnog dela, v) odgovornost za dobrovoljni odustanak, g) odgovornost za sticaj krivičnih dela i d) odgovornost za produženo krivično delo.

Bez obzira o kom obliku odgovornosti pravnog lica se radi, njemu se kao učiniocu krivičnog dela, nezavisno od odgovornosti odgovornog lica, može izreći jedna ili više krivičnih sankcija: a) kazne (novčana kazna i prestanak pravnog lica), b) uslovna osuda (koja se javlja u dva oblika i to kao klasična uslovna osuda i kao uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom i v) tri mere bezbednosti kao specifične sankcije koje se mogu izreći samostalno ili kumulativno sa navedenim sankcijama. Pri tome je poseban Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela u Republici Srbiji

iz 2008. godine, pored sistema sankcija, propisao pravila za utvrđivanje krivične odgovornosti pravnih lica, te postupak izricanja i izvršenja sankcija kako bi se njihovom primenom mogao ostvariti osnovni cilj krivičnog prava – zaštita i obezbeđenje najznačajnijih društvenih dobara i vrednosti.

## Literatura

Babić, M., Marković, I. (2008). *Krivično pravo. Opšti dio*. Banja Luka: Pravni fakultet.

Bavcon, Lj., Šelih, A. (2003). *Kazensko pravo, Splošni del*. Ljubljana: Pravna fakulteta.

Vrhovšek, M. (2008). *Komentar Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična dela*. Beograd: Poslovni biro.

Grozdanić, V., Škorić, M. Martinović, I. (2013). *Kazeno pravo. Opći dio*. Rijeka: Pravni fakultet.

Đurđević, Z. (2005). *Komentar Zakona o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela*. Zagreb: Narodne novine.

Ikanović, V. (2012). *Odgovornost pravnih lica za krivična djela*. Banja Luka: AIS

Jovašević, D. (2013). *Krivično pravo, Opšti deo*. Niš: Pravni fakultet. Jovašević, D.,

Ikanović, V. (2012). *Krivično pravo Republike Srpske. Opšti deo*. Banja Luka: Fakultet pravnih nauka.

Jovašević, D. (2012). *Korporativno krivično pravo*. Niš: Sven.

Jovašević, D. (2011). Kriminalitet pravnih lica i državna reakcija. Zbornik radova, *Kriminal i državna reakcija*. Beograd : Institut za kriminološka i sociološka istraživanja. 121–136.

Jovašević, D. (2010). Odgovornost pravnih lica – evropski standardi i pravo Republike Srbije. Zbornik radova, *Harmonizacija zakonodavstva Republike Srbije sa pravom Evropske unije*, Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu. 516–533.

Jovašević, D., Petrović, B. (2007). Krivična odgovornost pravnih lica u savremenom krivičnom pravu. *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*. Niš. 49. 185–209.

Kambovski, V. (2007). Krivična odgovornost pravnih lica – komparativna istraživanja. Skopje: Pravniot fakultet.

Kambovski, V. (2006). *Kazeno pravo. Opšt del*. Skopje: Avgust – Š. Marjanovik, G. (1998). *Makedonsko krivično pravo. Opšt del*. Skoplje: Prosvetno del.

Miladinović Stefanović, D. (2013). Odmeravanje kazne pravnim licima kao učiniocima krivičnih dela. Zbornik radova. *Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru*. Niš: Pravni fakultet. 401–416.

"Narodne novine Republike Hrvatske". Br. 151. 2003.

Novoselec, P. (2004). *Opći dio kaznenog prava*. Zagreb: Pravni fakultet.

Novoselec, P. (2001). Temeljne pretpostavke odgovornosti pravnih osoba za kanjiva dejanja. *Pravnik*. Ljubljana. 2. 6–8.

Pavišić, B. (2006). *Kazneno pravo Vijeća Europe*. Zagreb: Golden marketing.

Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A. (2016). *Krivično pravo 2*. Sarajevo: Pravni fakultet.

Poncela, M. (2005). *Droit de la peine*. Paris: Themis.

Pop, Iulia A. (2006). *Criminal liability of corporations – comparative jurisprudence*. Michigan State University: College of Law.

Selinšek, Lj. (2007). *Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela*. Ljubljana: GV Založba.

„Službeni glasnik Republike Srbije“. Br. 84. 2004.

„Službeni glasnik Republike Srbije“. Br. 125. 2004.

„Službeni glasnik Republike Srbije“. Br. 85. 2005, 88. 2005, 107. 2005, 72. 2009, 111. 2009, 121. 2012, 104. 2013 i 108. 2014.

„Službeni glasnik Republike Srbije“. Br. 97. 2008.

„Službeni list Republike Crne Gore“. Br. 2. 2007.

„Uradni list Republike Slovenije“. Br. 98. 2004.

Horvatić, Ž. (2003). *Kazneno pravo. Opći dio*. Zagreb: Pravni fakultet.

***Dragan Jovašević, LL.D.,***

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

### ***CRIMINAL SANCTIONS FOR LEGAL ENTITIES:***

#### ***An instrument of Crime control***

#### ***Summary***

*Although contemporary criminal law accepts the system of subjective criminal liability for a committed crime, numerous European legal documents as well as criminal laws, especially those that have been adopted lately, envisage exceptions from this system. Thus, a new form of criminal liability is being introduced: objective*

*liability based on the causation. One of the forms of objective liability is the criminal liability of legal entities, which has been considered disputable for a long time.*

*Obviously, legal entities cannot be held accountable for all types of criminal offences. They cannot be held liable on the grounds of legal provisions regarding mental competence and culpability (as the elements of subjective criminal liability), nor can they be imposed all types of criminal sanctions recognized in criminal legislation in general. In their new or revised criminal legislation, many countries have recognized and inaugurated the objective criminal liability of legal persons for committed criminal offences alongside with the predominant system of subjective liability (based on the perpetrator's mental competence and culpability). It is indisputable that some legal entities (such as state authorities) cannot be prosecuted and held liable in criminal proceedings; consequently, there are some exemptions from criminal liability (particularly when it comes to the state and state bodies), but it does not exclude criminal liability of responsible officials (natural persons) for causing the consequences of a criminal offence.*

*Due to the specific character of legal and contractual capacity of legal entities, law in general and criminal legislations in particular prescribe special legal grounds for establishing criminal liability of legal entities, which differ from the subjective liability of a natural person (perceived as a conscious and reasonable human being acting on his/her own free will) where the consequence of a criminal offence is a result of one's own conduct embodied either in the commission of a criminal offence or in the omission to act. Therefore, contemporary criminal laws have determined special types of criminal sanctions, such as: punishment, security measures, conditional (suspended) sentence and confiscation of material gain obtained by committing the criminal offence, as well as the instruments, proceedings and conditions under which they may be imposed. Within the framework of the forthcoming reform of the entire penal legislation in the Republic of Serbia, the Serbian legislator may use the legal solutions envisaged in the analyzed documents and criminal legislations as a solid model for implementing the international standards in the field of criminal liability of legal entities. Hence, this paper discusses the particularities governing the application of criminal sanctions for legal entities in the Republic of Serbia, particularly as an instrument of crime control.*

**Keywords:** *law, legal person, crime, responsibility, criminal sanctions, court.*





**Dr Vesna Knežević Predić,\***  
Redovni profesor Fakulteta političkih nauka  
Univerzitet u Beogradu  
**Dr Zoran Radivojević,\*\***  
Redovni profesor Pravnog fakulteta  
Univerzitet u Nišu

originalan naučni članak  
doi:10.5937/zrpfni1674091K

UDK: 341.645.2(4-672EU)

Rad primljen: 30.09.2016.  
Rad prihvaćen: 25.10.2016.

## **PRAVOSUDNA KONTROLA U EVROPSKOJ UNIJI: PROCESNA LEGITIMACIJA DRŽAVE ČLANICE\*\*\***

**Apstrakt:** *Osobeni karakter Evropske unije danas više niko ne dovodi u pitanje. Bez obzira na to da li se naziva supranacionalnom ili sui generis organizacijom, ono što Uniju čini jedinstvenom pojavom u oblasti međudržavnog organizovanja jeste snažan i nezavistan sistem pravosudne kontrole uspostavljen sa ciljem da se „obezbedi poštovanje prava u tumačenju i primeni“ osnivačkih ugovora. U njegovom središtu nalazi se Sud pravde kome osnivački ugovori poveravaju niz posebnih ovlašćenja. Sud je pre svega ovlašćen da presudi da li je država članica propustila da izvrši obaveze koje proističu iz Ugovora. Tvorci Unije su stvorili nekoliko postupka koji vode tom cilju. Prvi omogućava Sudu da po tužbi Komisije presudi da li je država članica poštovala obaveze koje proističu iz prava EU. Sledeći, koji je tokom čitave istorije evropskih integracija krajnje retko upotrebljavan, dodeljuje aktivnu legitimaciju drugoj državi članici. Treći postupak, koji ovom prilikom ostavljamo po strani, ovlašćuje Sud da odgovori na pitanja koja su mu postavili nacionalni sudovi o učincima prava EU na postupke koji se vode pred njima. Pored slučajeva kada se država članica pojavljuje pred Sudom kao pasivno legitimisana strana, osnivački ugovori propisuju nekoliko postupaka u kojima se državama članicama omogućava da pokrenu pravosudnu kontrolu poštovanja prava EU od strane njenih institucija. Tom prilikom državama članicama kao aktivno legitimisanim subjektima stoje na raspolaganju tri vrste pravnih sredstava koje mogu podneti Sudu.*

---

\* vesna.knezevicpredic@fpn.bg.ac.rs

\*\* zoranr@prafak.ni.ac.rs

\*\*\* Rad je pripremljen u okviru projekta „Politički identitet Srbije u regionalnom i globalnom kontekstu“, br. 179079, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

*To su tužba za poništaj, tužba zbog propuštanja i tužba za naknadu štete koju su prouzrokovale institucije EU ili njihovi službenici u vršenju svojih ovlašćenja.*

**Ključne reči:** pravosudna kontrola, procesna legitimacija, aktivna legitimacija, države članice, Evropska unije, Sud pravde, direktne tužbe, poništaj, propuštanje, naknada štete.

## 1. Uvod

Osobeni karakter Evropske unije (dalje: EU) danas više niko ne dovodi u pitanje. Bez obzira na to da li se ona kvalifikuje kao supranacionalna ili, kako Evropski sud pravde radije voli da kaže, kao sui generis organizacija, smatra se da je takva priroda rezultat tri osnovne karakteristike EU<sup>1</sup>.

Najpre, reč je o njenoj strukturi koja između ostalog obu hvata organe u čiji sastav ulaze lica koja nisu predstavnici država vezani instrukcijama svojih vlada, već nezavisne ličnosti ili neposredno izabrani predstavnici naroda. Nadalje, to je osobeni način odlučivanja iz koga proizilaze odluke donete većinskim glasanjem obavezujuće za članice i bez njihovog pristanka, tj. uprkos tome što su protiv njih glasale. Najzad, radi se o ovlašćenju organa da bez posredovanja države članice neposredno uređuju odnose na njenoj teritoriji, odnosno da svojim odlukama direktno stvaraju prava i obaveze za subjekte nacionalnog prava, tj. fizička i pravna lica (Dimitrijević, Račić, 2011: 83).

Istina je da ove tri odlike nisu potpuno nove, te da i druge međunarodne organizacije poseduju neke od tih osobina. Recimo, gotovo sve one imaju neki organ koji je dužan da deluje nezavisno od država članica, a to je po pravilu sekretarijat. Uz to, pojedine njihove odluke donose se većinskim glasanjem, a bar neke od njih su pravno obavezujuće i bez pristanka države članice na koju se odnose. Takav pravni karakter imaju odluke kojima se biraju časnici organizacije i druge organizacione odluke, odluke finansijskog karaktera ili pravilnici koje organizacija donosi. Pojedine organizacije ili, tačnije, rečne komisije imaju pravo da donose odluke koje se neposredno primenjuju i deluju na individualne subjekte čak i bez posredovanja država, tj njihove ratifikacije ili drugog načina uvođenja u unutrašnji pravni poredak.

---

1 Opinion 2/13, *Accession of the European Union to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 18 December 2014, European Court of Justice (dalje: ECJ)

Međutim, novo je njihovo sabiranje ili kumuliranje, budući da se sve ove tri odlike zajedno pojavljuju samo kod EU. Druge tipične organizacije mogu da imaju jednu ili u najboljem slučaju dve, ali nikako sve tri navedene karakteristike. I ne samo to. Ono što je možda najvažnije jeste da kod EU postoji još jedna odlika koje nema ni kod bilo koje druge organizacije. A ta četvrta karakteristika koja Uniju stvarno i izvorno čini jedinstvenom pojavom u oblasti međudržavnog organizovanja je obaveznost pravosudnog rešavanja sporova iz domena prava EU, koja važi za sve subjekte ovog sistema: države članice, institucije i pojedince (Knežević-Pređić, 2001: 84). Ova odlika EU posebno je apostrofirana u slučaju država članica, jer su se one izrekom obavezale da pri rešavanju sporova iz domena EU ne pribegavaju ni jednom drugom načinu osim onom koji je predviđen samim osnivačkim ugovorima. Ova obaveza znači da će države pravosudnim putem rešavati sporove u svim oblastima u kojima su one kao članice poverile nadležnost EU, sa izuzetom zajedničke spoljne politike i politike bezbednosti<sup>2</sup>. Pored aktivne, ova obaveza ima i svoju pasivnu komponentu. Države su se, naime, obavezale da svoje sporove neće rešavati ni pred jednim drugim sudskim organom osim pred pravosudnim organima EU. U središtu sistema pravosudne kontrole, čiji je zadatak da „obezbedi poštovanje prava u tumačenju i primeni“ osnivačkih ugovora, nalazi se Sud pravde EU kao zbirni pojam ili generička oznaka za celokupan pravosudni sistem Unije u čiji sastav ulaze Sud pravde, Opšti sud i specijalizovani sudovi.

Kako bi Sud pravde EU mogao da ispuni svoj zadatak, odredbe osnivačkih ugovora, a posebno Ugovora o funkcionisanju EU (dalje: UFEU) poveravaju Sudu niz posebnih ovlašćenja. Sud je, pre svega, ovlašćen da presudi da li je država članica propustila da izvrši obaveze koje proističu iz Ugovora. Tvorci Unije su stvorili tri različita postupka ili kontrolna mehanizma koja vode tom cilju. Prvi omogućava Sudu da po tužbi Komisije presudi da li je država članica poštovala obaveze koje proističu iz prava EU<sup>3</sup>. Sledeći postupak, koji je tokom čitave istorije evropskih integracija krajnje retko upotrebljavan, dodeljuje aktivnu legitimaciju drugoj državi članici<sup>4</sup>. Treći postupak ovlašćuje Sud da odgovori na pitanja koja su mu postavili nacionalni sudovi o učincima koje pravo EU proizvodi na postupke koji se vode pred njima<sup>5</sup>. Imajući u vidu da je

---

2 Čl.344 Ugovora o funkcionisanju EU (dalje: UFEU ). O domašaju ovog člana videti: *European Union Treaties, A Commentary*, 2015:1034

3 Čl. 258 UFEU

4 Čl. 259 UFEU

5 Čl. 267 UFEU

postupak pred Sudom samo deo parnice koja se odvija pred nacionalnim sudom, ovom prilikom ostavljamo po strani postupak pribavljanja odluke o prethodnom pitanju. Dakle, predmet pažnje u okviru prvog segmenta našeg referata jeste samo pasivna legitimacija države u postupku pravosudne kontrole, odnosno, tačnije rečeno, samo slučajevi kada se kao tužena strana pred Sudom pravde pojavljuje država članica.

Druga oblast kojom se bavimo u ovom radu je aktivna legitimacija država članica u postupcima protiv institucija EU. Osnivački ugovori propisuju nekoliko postupaka u kojima se državama članicama omogućava da pokrenu pravosudnu kontrolu poštovanja prava EU od strane njenih institucija. Tom prilikom državama članicama kao ovlašćenim tužiocima stoje na raspolaganju tri vrste pravnih sredstava koje mogu podneti Sudu. To su tužba za poništaj<sup>6</sup>, tužba zbog propuštanja<sup>7</sup> i tužba za naknadu štete koju su prouzrokovale institucije EU ili njihovi službenici u vršenju svojih ovlašćenja<sup>8</sup>. Tome je posvećen drugi deo ovog rada.

## **2. Pasivna legitimacija države članice u postupcima zbog neispunjenja obaveza**

Povod za pokretanje ovog postupka je nepoštovanje obaveze iz prava EU od strane države članice. Postupak se pokreće sa ciljem da Sud pravde utvrdi postojanje propusta države u ispunjavanju obaveze i da se ona obaveže da prekine sa neizvršenjem (Steiner, Woods, 2003: 578). Pravo na podnošenje tužbe zbog neispunjenja obaveze imaju Komisija i druge države članice. Fizička i pravna lica nemaju aktivnu procesnu legitimaciju, jer zaštita njihovih subjektivnih prava nije neposredni cilj ove vrste tužbe.

U praksi se kao tužilac skoro uvek pojavljuje Komisija u skladu sa svojom ulogom „čuvara ugovora“. Kao tužena strana u ovom postupku pojavljuje se država članica koja navodno nije ispunila neku obavezu iz prava EU. Obaveze zbog čijeg se nepoštovanja pokreće postupak protiv države mogu da potiču iz različitih formalnih izvora prava EU. Prvenstveno su u pitanju obaveze koje proističu iz osnivačkih ugovora i ugovora koji ih menjaju i dopunjavaju, kao i opštih načela prava EU kao drugog izvora primarnog prava. Nesporno je, takođe, da u ovaj krug ulazi i sekundarna

---

6 Čl. 263 UFEU

7 Čl. 265 UFEU

8 Čl. 268 i 340 UFEU

legislativa, tj. obavezujući pravni akti zakonodavnog i nezakonodavnog karaktera koje donose institucije EU na osnovu ovih ugovora. Isti je slu čaj sa ugovornim obavezama proisteklim iz sporazuma koje Unija zaključuje sa trećim državama ili međunarodnim organizacijama (Radivojević, Knežević-Pređić, 2016: 160).

Analiza jurisprudencije Suda pravde ukazuje na neke tipične oblike nepoštovanja obaveza država članica (Craig, De Burca, 2003: 418–424). Tako članica krši pravo EU ako ne obezbeđuje njegovo odgovarajuće dejstvo u svom nacionalnom pravnom sistemu. Sud je, naime, smatrao da država ne poštuje svoje obaveze ukoliko na isti način ne sankcioniše povrede nacionalnog i povrede prava EU<sup>9</sup>.

Nepoštovanje obaveze može da predstavlja i samo zadržavanje na snazi ili sprovođenje u život postojećih zakonskih i podzakonskih akata koji su nespojivi sa pravom EU. U tom pogledu postoji obaveza država članica da iz svog nacionalnog prava ukloni sve norme koje nisu u skladu sa propisima EU, čak i onda kada se više ne primenjuju, jer one za subjekte mogu da budu izvor nejasnoća i pravne nesigurnosti<sup>10</sup>.

Povreda obaveze nedelovanjem postoji kada država članica propusti da preduzme mere na koje je obavezna ili ne donese određeni pravni akt. Do toga najčešće dolazi u slučaju nesprovođenja direktive s obzirom na činjenicu da ona državama ostavlja slobodu u pogledu metoda i sredstava njene implementacije. Kršenje obaveze postoji i ako država direktivu ne sprovede u propisanom roku, budući da svako kašnjenje sa njenom implementacijom ima za posledicu ugrožavanje jedinstvene primene prava EU<sup>11</sup>.

Ovaj postupak osoben je i po tome što njegovom pokretanju prethodi procedura administrativne prirode koji je samo u osnovnim crtama propisana osnivačkim ugovorom, dok je najvećim delom rezultat prakse koju je sama Komisija razvila. On se vodi u okviru ili pred Komisijom i svodi na pregovore sa državom članicom sa ciljem da se postigne saglasnost o navodnom nepoštovanju obaveze i merama za njegovo otklanjanje. Kada pregovori ne dovedu do zadovoljavajućeg rezultata Komisija usvaja obrazloženo mišljenje koje obavezuje državu. Tek ako država ne postupi u skladu sa obrazloženim mišljenjem u roku koji je

---

9 Case C-68/88 *Commission v. Greece* (1989)

10 Case 67/73, *Commission v. France* (1974)

11 Case 39/72, *Commission v. Italy* (1973)

određen<sup>12</sup>, Komisija može pokrenuti sudski postupak. Ona, dakle, nije obavezna da to učini, već joj je ostavljeno diskreciono pravo da odluči da li će postupak okončati u administrativnoj fazi ili će pribеći sudskom obliku kontrole.

Ulogu čuvara ugovora Komisija je različito shvatala od svog nastanka do danas. Tokom prve tri decenije rada ona je svoje pravo da izvede pred Sud „nepoćudnu“ državu koristila oprezno i nevoljno. Do preokreta dolazi sredinom osamdesetih godina predhodnog veka kada na čelo Komisije dolazi Žak Delor (Jacques Delor), posvećeni „integracionalista“ i moćna politička figura.<sup>13</sup> Paralelno sa naporima da se zajedničko tržište „prevede“ u unutrašnje tržište i da se integrativni tokovi prošire na monetarnu, zajedničku spoljnu politiku, pravosuđe i druge oblasti saradnje, Komisija sve intenzivne posmatra i prati implementaciju i, kada nije zadovoljna rezultatima administrativne faze, pokreće postupak pred Sudom. Kontrolna funkcija Komisije i njena uloga tužioca postaje drugi važan stub na kome počiva njen uticaj u EU, uporedo sa funkcijom predlagača obavezujućih akata.

Sa više ili manje oscilacija ona će tu ulogu očuvati i u ovim, za EU veoma turbulentnim vremenima. Od 2011. godine zaključno sa julom ove godine<sup>14</sup>, pred Sudom pravde je okončano 138 postupaka koje je inicirala Komisija protiv države članice. Pregled po godinama pokazuje da su prve godine druge decenije našeg veka beležile veći broj postupaka: 2011. bilo je 26, 2012. maksimalnih 34, a 2013. godine samo tri manje, tj. 31 presuđeni predmet. Pad broja postupaka započinje 2014. kada je zabeleženo 20 presuđenih slučajeva. Najmanje je bilo prethodne, 2015. godine tek 14, dok je do jula ove godine okončano 13 predmeta. Neslavan rekord po broju pojavljivanja pred sudom u ulozi tužene države članice drži Belgija (16 puta), a slede je Portugal (13 puta), Španija (12 puta), Poljska (10 puta), Velika Britanija (9 puta), Irska, Holandija, Nemačka i Francuska (po 7 puta), Austrija (6 puta), Grčka, Luksemburg i Mađarska (po 5 puta), Slovačka (četiri puta), Švedska (tri puta), Češka i Kipar (po dva puta).

---

12 Sud je pokazao oprez i izvesna oklevanja kada je reč o roku koji je ostavljen državi da otkloni navodni prekršaj. Videti: case 74/82 *Commission v. Ireland* ECR (1984); case 293/85 *Commission v. Belgium* (1988)

13 Žak Delor će na čelu Komisije provesti čitavu deceniju počevši od 1985, pa sve do 1995. godine.

14 Videti bazu sudske prakse EUR-LEX, EU case law, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/advanced-search-form.html?qid=1472562901796&action=update> te (25. 8. 2016)

Na samom začelju ove neslavne liste su Malta, Finska, Estonija, Letonija, Litvanija, Slovenija i Rumunija sa po jednom tužbom.

Osim Komisije, još jedan javnopravni subjekt je ovlašćen da inicira postupak protiv države članice, a to je druga država članica. Pre nego što pokrene postupak pred Sudom pravde ona je dužna da se obrati Komisiji koja prvo poziva državu da iznese svoje viđenje slučaja. Pošto je tako dala priliku zainteresovanoj strani da se izjasni, Komisija donosi obrazloženo mišljenje, pa ukoliko država u pitanju ne postupi u skladu sa njim, država koja je pokrenula administrativni postupak, stiče pravo da podnese tužbu Sudu pravde. Međutim, izostanak obrazloženog mišljenja Komisije ne predstavlja prepreku za pokretanje postupka direktne sudske kontrole. Zainteresovana država, međutim, ima pravo na tužbu i bez obrazloženog mišljenja po isteku roka od tri meseca od dana podnošenja odgovarajućeg predmeta Komisiji. Pravo na podizanje tužbe ona bi imala i ukoliko je nezadovoljna mišljenjem, uključujući i slučaj kada Komisija utvrdi da nema nepoštovanja ugovorne obaveze (Knežević-Pređić, V. Radivojević, Z. 2009: 165).

Tokom čitave istorije evropskih integracija ovaj postupak krajnje je retko upotrebljavan, te se u tom smislu teško može smatrati delotvornim. Države članice pokazuju daleko veću sklonost da za svoje uzajamne sporove potraže druga vansudska, tj. politička rešenja. Zbog toga nimalo ne iznenađuje da u izuzetno obimnoj i bogatoj jurisprudenciji Suda sporovi tipa država protiv države učestvuju u izuzetno skromnom broju. Tačnije do sada je bilo samo šest sporova ove vrste od kojih je samo jedan i to prvi završen uspehom države tužioca<sup>15</sup>. U dva slučaja tužba je odbačena zbog nedostatka procesnih pretpostavki za odlučivanje, dok su tri završena meritornim odlukama kojima tužbeni zahtev nije prihvaćen, odnosno tužba je odbijena<sup>16</sup>. Najnoviji od njih, koji može da posluži kao dobra ilustracija, jeste slučaj tužbe Mađarske protiv Slovačke<sup>17</sup>, koji ćemo ovom prilikom kratko prikazati.

Povod za ovaj spor je diplomatski incident koji se desio u leto 2009. godine kada je bivši mađarski predsednik Republike pozvan da dođe u Slovačku u grad Komarno, gde je živela značajna mađarska manjina, i da tom prilikom otkrije spomenik kralju Svetom Stefanu. Međutim, ono što je stvorilo problem bio je datum posete, pošto ona nije planirana

---

15 Case 141/78 *France v. United Kingdom* (1979)

16 Videti: case C-388-95 *Belgium v. Spain* (2000); case C-145/04 *Spain v United Kingdom* (2006)

17 Case C-364/10 *Hungary v. Slovakia* (2012)

za 20. avgust kada Mađari obeležavaju svoj nacionalni praznik u čast prvog kralja, već za 21. avgust kada 1968. godine izvršena intervencija trupa država članica Varšavskog ugovora na tadašnju Čehoslovačku. Drugi problem bio je program posete koji nije predviđao susret sa bilo kojim slovačkim zvaničnikom. Zato je Ministarstvo inostranih poslova Slovačke pozvalo mađarskog ambasadora u Bratislavi i uručilo mu verbalnu notu da je ulazak bivšeg mađarskog predsednika u Slovačku zabranjen iz razloga bezbednosti. Njemu je nota saopštena u toku puta za Slovačku i on se zaustavio na samoj granici odlučivši da ipak ne pokuša ulazak na slovačku teritoriju.

Pošto ovaj spor nije mogao da se reši diplomatskim putem, Mađarska se obratila Komisiji sa zahtevom da pokrene postupak protiv Slovačke zbog kršenja obaveze iz čl. 21 UFEU i pogrešne primene Direktive 2004/38 koje se odnose na slobodu kretanja građana EU. Međutim, Komisija je odbila da tuži Slovačku uz obrazloženje da se na posetu bivšeg šefa države jedne članice drugoj članici ne primenjuje pravo EU, već međunarodno pravo koje reguliše to pitanje nezavisno od toga da li je šef države građanin EU. Iako je po mišljenju Komisije Slovačka pogrešila kada se pozvala na Direktivu EU koja u ovom slučaju nije merodavna, ona je po međunarodnom pravu imala pravo da odbije ulazak bivšeg šefa države.

Zbog ovakvog stava Komisije, Mađarska je 8. jula 2010. podnela tužbu protiv Slovačke Sudu pravde zbog neispunjenja obaveze uz isto obrazloženje, s tim što je kao novi naveden argument da u međunarodnom pravu nema pravila vezanih za kretanje šefova države koje bi dozvoljavalo derogaciju od opšte slobode kretanja u pravu EU. U svojoj presudi Sud je zastupao stanovište da pravo na kretanje i boravak na teritoriji država članica koje uživaju građani EU prema čl. 21 UFEU podleže ograničenjima iz međunarodnog prava koje inače čini deo pravnog poretka EU. Položaj šefa države ima posebne karakteristike i regulisan je pravilima međunarodnog prava koja čine razliku između šefa države i ostalih građana EU. Dakle, za šefove država međunarodno pravo može da postavi ograničenja u pogledu vršenja i korišćenja prava na slobodu kretanja iz čl. 21 UFEU.

Na osnovu toga, Sud je zaključio da Slovačka nije po pravu EU imala obavezu da dozvoli ulazak bivšem mađarskom šefu države na svoju teritoriju. Međutim, Sud je na tome stao i nije se dalje upuštao u analizu pitanja kada i u kome obimu norme međunarodnog prava dozvoljavaju moguća odstupanja od relevantnih pravila prava EU, uz obrazloženje da to nije relevantno



za ovaj slučaj. Na kraju, Sud je u celosti odbio mađarski tužbeni zahtev i naložio joj da plati troškove postupka.

U toku postupka pred Sudom tužene države iznose različite argumente u svoju odbranu kako bi osporile dopuštenost ili osnovanost tužbe. Svrha isticanja ovih prigovora je da se dokaže kako postoje razlozi koji opravdavaju nepoštovanje obaveze. U jurisprudenciji Suda izdvojilo se nekoliko najčešćih strategija odbrane država (Radivojević, et al. 2016: 163). Jedna od njih je da odgovornost države ne postoji u slučajevima kada su preduzete sve raspoložive mere u cilju poštovanja obaveza, ali do njihovog izvršenja nije došlo zbog delovanja ili nedelovanja zakonodavnih ili sudskih organa. Sud pravde nije, po pravilu, prihvatao ovu argumentaciju uz obrazloženje da „obaveze koje proističu iz ugovora počivaju na državi kao takvoj i odgovornost... nastupa bez obzira na to koji je organ države čije je delovanje ili nedelovanje prouzrokovalo neispunjenje njenih obaveza, čak i u slučaju ustavno nezavisne institucije“<sup>18</sup>.

Stav je Suda da odredbe nacionalnog zakonodavstva, pa čak i ustavne odredbe, ne izvinjavaju državu članicu u slučaju nepoštovanja obaveza<sup>19</sup>. Isto tako, ni odgovornost savezne države ne isključuje činjenica da je povredu obaveze iz prava EU izvršio organ vlasti neke njene federalne jedinice<sup>20</sup>.

Jurisprudencija poznaje i slučajeve pozivanja države članice na protivpravnost mere koja nije sprovedena, ali Sud nije bio sklon da prihvati ni tu liniju strategije odbrane<sup>21</sup>. On je, takođe, odbio da kao valjano opravdanje za nepoštovanje obaveza država članica prihvati pozivanje na višu silu<sup>22</sup>, unutrašnje političke prilike, ekonomsku ili socijalnu situaciju ili okolnost da povreda obaveze nije prouzrokovala nikakvu štetu<sup>23</sup>. Konačno, praksa pokazuje nespremnost Suda da države članice koje su tužene za nepoštovanje obaveza oslobodi odgovornosti zato što su na isti način postupile druge države ili institucije Unije<sup>24</sup>.

---

18 Videti: case 77/69 *Commission v. Belgium* (1970); case 8/70 *Commission v. Italy* (1970)

19 Videti: case 280/83 *Commission v. Italy* (1984); case 100/77 *Commission v. Italy* (1978)

20 Case 9/77 *Casagrande v. Munich* (1974)

21 Case 223/87 *Commission v. Greece* (1988)

22 Case 101/84 *Commission v. Italy* (1985)

23 Videti: case C-265/95 *Commission v. France* (1996); case 95/77 *Commission v. Netherlands* (1978)

24 Videti: case 52/78 *Commission v. Italy* (1978); case 90-91/63 *Commission v. Luxembourg and Belgium* (1964)

Posle sprovedenog postupka Sud svojom presudom utvrđuje da li postoji nepoštovanje obaveze od strane države članice. Reč je o presudi deklarativne prirode kojom se samo konstatuje da je tužena država propustila da ispuni svoje obaveze iz prava EU. U toj presudi se može bliže odrediti u čemu se povreda obaveze sastoji, ali Sud nije ovlašćen da državi naredi da nešto u čini ili ne u čini. Isto tako, Sud nije nadležan da poništava nacionalne propise kojima se krše obaveze nametnute pravom EU.

Država članica za koju se utvrdi da nije poštovala neku svoju obavezu dužna je da preduzme sve potrebne mere kojima će izvršiti presudu. Neizvršenje presude smatra se povredom obaveze i predstavlja osnov za pokretanje novog sudskog postupka od strane Komisije. U tom se slučaju od Suda može tražiti da državi koja nije izvršila presudu naloži plaćanje paušalnog iznosa ili novčane kazne<sup>25</sup>.

### **3. Aktivna legitimacija države članice u postupcima protiv institucija EU**

Pravosudnoj kontroli podvrgnute su ne samo države članice već i institucije Unije. U ovom slučaju one su pasivno legitimisani subjekti pošto njihovo ponašanje predstavlja predmet sudske kontrole. Nasuprot tome, u ulozu nosioca aktivne legitimacije pojavljuju se države članice koje osnivački ugovori ovlašćuju da podnošenjem određenih vrsta direktnih tužbi pokrenu mehanizam pravosudne kontrole. Tim ugovorima ustanovljen je kompletan sistem pravnih sredstava i postupaka sa ciljem da omoguće Sudu pravde da kontroliše zakonitost rada organa Unije<sup>26</sup>. Ovako važna uloga sudske kontrole za vladavinu prava u EU proizilazi iz nepostojanja klasične podele vlasti u ovoj međunarodnoj organizaciji, kao i deficita u demokratskoj legitimaciji delovanja njenih organa (Meškić, Samardžić, 2012: 421).

Pravo EU poznaje nekoliko osnovnih postupaka u kojima Sud pravde po tužbama država članica kontroliše zakonitost rada institucija Unije. Oni se mogu razvrstati u sledeće grupe: postupak ocene zakonitosti već donetih akata institucija, postupak povodom nedonošenja akata od strane institucija i postupak utvrđivanja vanugovorne odgovornosti institucija za prouzrokovanu štetu (Knežević-Predić, Radivojević, 2009:180–181).

---

25 Čl. 260, stav 2 UFEU

26 Case 294/83 *Parti écologiste „Les Vers“ v. European Parliament* (1986)

Prvi od njih je postupak kontrole zakonitosti pravnih akta koje usvajaju institucije. Tužba za poništaj predstavlja osnovni način i sredstvo u vršenju ove vrste kontrole. Predmet ove tužbe mogu biti akti poimenično navedeni u osnivačkim ugovorima, ali je Sud pravde u praksi ovaj spisak proširio, vršeći kontrolu nekih akata koji nisu izričito pomenuti. Prema slovu osnivačkih ugovora<sup>27</sup> kontroli valjanosti podležu zakonodavni akti, akti Saveta, Komisije i Evropske centralne banke, kao i akti Evropskog parlamenta, Evropskog saveta, organa tela ili agencija Unije koji su usvojeni sa ciljem da proizvode pravna dejstva prema trećima. Među akte koji su predmet kontrole Sud je uključio i sve druge akte pod uslovom da proizvode pravne posledice po prava i obaveze subjekata prava EU. U tom pogledu od odlučujućeg značaja je sadržina i predmet određenog pravnog akta, a ne njegov naziv i forma<sup>28</sup>. Iz sudske kontrole su pak izričito isključeni akti koji imaju karakter preporuke i mišljenja.

Aktivnu legitimaciju, tj pravo da tužbom pred sudom pokrene postupak za ocenu zakonitosti ima svaka država članica EU. Članica je, kako se obično kaže, povlašćeni ili privilegovani tužilac koji može zatražiti poništenje bilo koje obavezujuće odluke institucija, bez obzira na to o kojoj je vrsti reč ili kome je upućena. Ona ne mora da dokazuje svoj poseban pravni interes i uvek poseduje pravo na podnošenje tužbe za poništaj. Smatra se da države članice kao privilegovani tužioci imaju opšti interes u odnosu na primenu prava EU.

Razlozi za ocenu zakonitosti pravnih akata propisani su osnivačkim ugovorima i obu hvataju: nedostatak nadležnosti; povredu bitnih pravila postupka; povredu osnivačkog ugovora ili svakog drugog pravnog propisa koji se odnosi na njegovu primenu i zloupotrebu ovlašćenja<sup>29</sup>. Rok za pokretanje postupka iznosi dva meseca, a računa se, u zavisnosti od okolnosti, od objavljivanja akta, njegovog saopštavanja ovlašćenom pokretaču postupka, ili od dana kada se on upoznao sa njegovom sadržinom<sup>30</sup>. Ovako kratak rok propisan je radi zaštite i obezbeđenja pravne sigurnosti (Radivojević, et al. 2016: 168). Podnošenje tužbe za poništaj nema suspenzivno dejstvo. Ipak, Sudu pravde je data mogućnost da

---

27 Čl. 263 UFEU.

28 Videti: case 22/70 *ERTA, Commission v. Council* (1971); case C-303/90 *France v. Commission* (1991); case C-366/88 *France v. Commission* (1990); case C-325/91 *France v. Commission* (1993); case T-3/93 *Air France v. Commission* (1994)

29 Čl. 263, stav 2 UFEU

30 Čl. 263, stav 6 UFEU

odloži primenu akta čija se zakonitost osporava kada nađe da okolnosti to nalažu<sup>31</sup>.

Kada utvrdi da postoji neki od razloga za ništavost, Sud pravde poništava osporeni akt<sup>32</sup>. Sud nije ovlašćen da svojom odlukom menja ili dopunjava poništeni akt<sup>33</sup>. Presuda obavezuje ne samo stranke u postupku (Lenaerts, Arts, Maselis, 2006: 133), već deluje prema svima (Manin, 2005: 436), i to od momenta donošenja akta (Misita, 2007: 791). Time se uspostavlja stanje koje bi postojalo da takav akt nije donet. Presuda Suda obavezuje institucije koje su donele poništeni akt da ga više ne primenjuju, kao i da povuku ili ukinu sve druge akte donete na osnovu njega<sup>34</sup>. Pored toga, institucije Unije imaju obavezu da u razumnom roku donesu novi akt koji neće sadržati nedostatke koji su doveli do ništavosti.

U poređenju sa tužbama za neizvršenje obaveza država članica, broj tužbi za poništaj je relativno skroman. U periodu od 2011. do jula 2016. godine<sup>35</sup> okončano je 45 postupaka. Broj presuđenih predmeta varirao je od tri donete presude u prvoj posmatranoj godini do 16 presuda donetih 2015. godine.<sup>36</sup> Najveći broj postupaka inicirala je Španija sa 10 tužbi za poništaj. Sličan entuzijazam pokazala je Velika Britanija koja je podnela 8 tužbi za poništaj, Italija i Nemačka po pet, Francuska i Grčka po četiri, Mađarska i Poljska po dve, Austrija, Letonija, Irska, Belgija, Estonija i Holandija po jednu. U ulozi tuženog ubedljivo se najčešće nalazila Komisija i to čak 29 puta. Sledi je Savet koji je tužen 13 puta, s tim što se 7 puta pojavljivao kao jedini tuženi, a šest puta zajedno sa Evropskim parlamentom. Parlament je samo jednom prilikom bio jedini tuženi, kao i Evropska centralna banka.

Pravosudna kontrola zakonitosti rada institucija ne završava se samo na oceni valjanosti već usvojenih akata. Sud pravde ovlašćen je da kontroliše da li institucije koje su osnivačkim ugovorima obavezne da donesu neki akt, tu svoju dužnost ispunjavaju ili pak propuštaju da izvrše. Pravno sredstvo koje u slučaju nedonošenja akata stoji

---

31 Čl. 278 UFEU

32 Čl. 264, stav 1 UFEU

33 Case C-428/98 *Deutsche Post AG and IECC* (2000)

34 Čl. 266 UFEU

35 Videti bazu sudske prakse EUR-LEX, EU case law, dostupno na:

<http://eur-lex.europa.eu/advanced-search-form.html?qid=1472562901796&action=update>  
(25. 8. 2016)

36 Godine 2012. doneto je devet presuda, 2013. pet, 2014. godine osam, a do jula ove godine četiri presude.

na raspolaganju državama članicama je tužba zbog propuštanja. Tom prilikom od Suda se traži da nedonošenje određenog akta proglašeno povredom osnivačkog ugovora<sup>37</sup>.

Za pokretanje ovog postupka potrebno je ispunjenje nekoliko uslova. Najpre se traži da je propuštanje protivpravno, odnosno da je institucija u pitanju bila dužna da usvoji pravni akt, pa to nije u činila. Prema tome, osnivački ugovor nije prekršen ako je institucijama ostavljeno diskreciono ovlašćenje u pogledu donošenja pravnih akata<sup>38</sup>. Drugi uslov je da institucija o čijem je propustu reč nije usvojila nikakav stav<sup>39</sup>. Svako zauzimanje jasnog i određenog stanovišta po pitanju nedonošenja akta može da dovede do toga da se zahtev države za pokretanje ovog postupka smatra nedopuštenim<sup>40</sup>. Treći uslov tiče se vrste akata zbog čijeg se nedonošenja može pokrenuti postupak. Reč je zapravo o istim onim pravnim aktima koji su predmet tužbe za poništaj.

Sličnost postupka povodom nedonošenja akta sa postupkom ocene zakonitosti uočljiva je i kad su u pitanju države članice kao aktivno legitimisani subjekti. One se i ovde smatraju privilegovanim tužiocima koji ne moraju da dokazuju poseban pravni interes za podnošenje tužbe. Kao takve imaju opšte pravo da pokrenu postupak u slučaju svakog propusta institucije Unije da izvrši neku od svojih obaveza iz osnivačkog ugovora.

Glavnu osobenost postupka pravosudne kontrole u slučaju nedonošenja akata predstavlja zapravo posebna procedura koja prethodi obraćanju država članica Sudu. Kao ovlašćeni nosilac aktivne procesne legitimacije država je dužna da pre podnošenja tužbe zbog propuštanja uputi formalni zahtev nadležnom organu da određeni akt usvoji. Tako se instituciji EU pruža prilika da sama ispravi svoj propust (Drears, Har- greavs, 2004: 149). Institucija ima rok od dva meseca da donese traženi akt. Tek ako u tom periodu ne postupi po zahtevu, otvara se mogućnost državi članici da podnošenjem tužbe pokrene sudski postupak u naredna dva meseca<sup>41</sup>.

Sud pravde nema ovlašćenje da svojom presudom sam usvoji akt koji je institucija Unije propustila da donese. On je samo ovlašćen da utvrdi da takav propust predstavlja povredu osnivačkog ugovora. U ovom slučaju

---

37 Čl. 265 UFEU

38 Case 247/87 *Star Fruit Company* (1989)

39 Case 48/65 *Lütticke v. Commission* (1966)

40 Case 125/78 *Gema* (1979)

41 Чл. 265, став 2 УФЕУ

reč je o deklarativnoj presudi kojom se konstatuje da je neusvajanjem akta institucija Unije prekršila ugovor (Radivojević, et. al. 2016: 172).

Uvid u bazu podataka Suda u periodu 2011–2016. godina<sup>42</sup> pokazao je da države nisu zainteresovane za ovaj postupak. Nijedan slučaj nije pokrenut kako bi se institucije prinudile da iskoriste neko od dodeljenih im ovlašćenja. Još je, možda, interesantnije što naša pretraga nije identifikovala nijedan postupak za naknadu štete protiv institucija EU od strane država članica, što je naredni i poslednji postupak koji je predmet ovog teksta. Istini za volju, zahtev za naknadu štete države su znale da istaknu u nekom drugom postupku, ali kao samostalna tužba ostaje i dalje neiskorišćena mogućnost.

Treću vrstu kontrole predstavlja upravo postupak za naknadu štete koji može pokrenuti svaka država članica koja smatra da joj je ponašanjem organa EU pričinjena šteta<sup>43</sup>. U ovom slučaju radi se o tzv. vanugovornoj ili deliktnoj odgovornosti Unije. Za postojanje te odgovornosti neophodno je ispunjenje nekoliko uslova koji moraju postojati kumulativno. Ovi uslovi obuhvataju: protivpravno ponašanje Unije i njenih institucija; postojanje štete; i uzročno-posledičnu vezu između ponašanja Unije i nastanka štete. Pošto organi rade preko službenika, Unija odgovara za radnje i propuste službenika u vršenju svojih dužnosti<sup>44</sup>.

Vanugovorna odgovornost Unije za štetu može postojati i kada nema povrede, odnosno kršenja pravnih pravila. Iako je odgovornost bez postojanja protivpravnog ponašanja institucije EU još uvek sporna, smatra se da pravičnost nalaže naknadu štete nastalu donošenjem potpuno pravno valjanih akata.

U pogledu postojanja štete i uzročno-posledične veze kao preostala dva uslova odgovornosti pravo EU se uglavnom oslanja na korišćenje analogije sa nacionalnim pravnim sistemima. Pretrpljena šteta mora da bude stvarna i izvesna, a njeno postojanje i visinu treba da dokaže oštećena država. Naknada mora biti odgovarajuća i obuhvata kako stvarnu štetu, tako i izgublenu dobit<sup>45</sup>. Kad je u pitanju kauzalna veza između ponašanja

---

42 Reč je o bazi dokumenata i sudske prakse EUR-LEX, EU case law, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/advanced-search-form.html?qid=1472562901796&action=upda te> (25. 8. 2016)

43 Čl. 268 UFEU

44 Case 9/69 *Saying II* (1969)

45 Case 74/74 *CNTA* (1975)

institucija i službenika Unije i nastale štete, njeno postojanje treba, takođe, da dokaže oštećena država<sup>46</sup>.

U slu čaju vanugovorne odgovornosti EU svaka država članica koja smatra da joj je prouzrokovana šteta, može podneti Sudu posebnu tužbu za naknadu. Ova tužba se podnosi protiv Unije kao tuženog, s tim da njome može biti obuhvaćena i institucija, organ ili agencija čije je ponašanje prouzrokovalo štetu. Kad se radi o šteti koju je prouzrokovao službenik prilikom obavljanja svoje dužnosti, tužba za naknadu se podnosi samo protiv Unije, a ne protiv njega lično.

Rok za pokretanje postupka je pet godina i računa se od dana kada je nastupio događaj na kome se odgovornost zasniva<sup>47</sup>. Ovaj rok se prekida ako oštećena država podnese zahtev za naknadu štete instituciji Unije koja je prouzrokovala štetu. Ukoliko se institucija ne izjasni o zahtevu ili odbije da nadoknadi štetu, država članica ima dodatni rok od dva meseca za pokretanje postupka pred Sudom<sup>48</sup>.

Od Suda se može tražiti da dosudi određeni iznos naknade u novcu ili da samo utvrdi postojanje štete i odgovornosti Unije. U ovom drugom slučaju Sud donosi međupresudu kojom utvrđuje odgovornost i obavezu Unije da oštećenoj državi nadoknadi štetu<sup>49</sup>. Međupresudom se ne određuje tačan iznos štete, već se prepušta strankama da to pitanje sporazumno reše. Ukoliko se u određenom roku ne postigne sporazum, svaka stranka dostavlja Sudu sopstvenu procenu iznosa pretrpljene štete. Sud tada donosi konačnu presudu kojom određuje iznos štete koju treba nadoknaditi (Schermers, Waelbroeck, 2001: 568).

#### 4. Zaključak

Jedna od dilema koja već čitavo stoleće okupira međunarodne forume na kojima se okupljaju države jeste pitanje efikasnosti delovanja međunarodnih organizacija. Ova tema, takođe, izuzetno je visoko

---

46 Case 40/75 *Produits Betrand* (1976)

47 Čl. 40 Statuta Suda. Sud stoji na stanovištu da je u pitanju prekluzivni rok i ispituje ga po slu žbenoj du žnosti; videti: case T-140/04 *Advisebureau Ehcon BV v. Commission* (2005)

48 Čl. 263 UFEU

49 Prema stavu Suda uslov za donošenje međupresude je da će šteta uskoro nastupiti i da se ona može predvideti sa dovoljno sigurnosti; videti: case 60/74, *Kampffmeyer v. Council and Commission*, ECR, 1976, p.711.

rangirana na agendi teoretičara međunarodnih odnosa i međunarodnog institucionalnog prava. Odgovori koji se tim povodom nude variraju već prema političkim, ekonomskim, ideološkim i drugim uverenjima onih koji za njim tragaju, kratkoročnom i srednjoročnom stanju svetske ekonomije, političkoj ravnoteži ili njenom odsustvu, strukturi, ovlašćenjima i oblasti delovanja međunarodne organizacije koja je predmet razmatranja i slično. Jedan od njih je, međutim, konstantan: sve dok se u rukama država članica organizacije nalazi ne samo ovlašćenje da stvaraju pravni sistem organizacije i da implementiraju njegove obavezujuće norme, već i ovlašćenje da same – bilo individualno bilo kolektivno – te norme tumače i odlu čuju o sankcionisanju kršenja, međunarodne organizacije će biti podložne prigovoru neefikasnosti, a često i nepravdičnosti (Schermers, Blokker, 2003: 1385)

Iako i sama često kritikovana „iznutra“ i „spolja“ kao nedovoljno delotvorna, EU svakako nije podložna ovom prigovoru. Isto tako, njen pravni poredak je neuporedivo koherentniji, jedinstveniji i delotvorniji od pravnih sistema drugih, tipičnih međunarodnih organizacija. Nema nikakve sumnje da je tome doprineo čitav niz činilaca: percipirana ekonomska i politička dobit od članstva u EU, zajedničke vrednosti, zajednička baština... Ipak, čini se da svi ekonomski, politički, socijalni, kulturni i drugi faktori ne bi doveli do EU kakvu danas poznajemo da ona, od prvih svojih začetaka, nije raspolagala pravosudnim organom, a kasnije pravosudnim sistemom, čija je nadležnost obavezujuća. Isključivši mogućnost subjekata ovog sistema da u domenima koji su joj povereni svoje sporove rešavaju diplomatskim sredstvima ili pred pravosudnim organima izvan sistema EU, sadašnja Unija se konstituisala kao organizacija zasnovana na vladavini prava. Podvrgavanje države članice pravosudnoj kontroli i, s druge strane, omogućavanje državi da i sama bude inicijator te kontrole, predstavlja, po našem mišljenju, srž tog projekta.

Da li su pravna sredstva ugrađena u temelje ovog balansa korišćena i u kojoj meri? Na osnovu našeg relativno ograničenog uvida u bazu podataka Suda, može se zaključiti da mehanizam kontrole izvršavanja obaveza od strane država u kome se kao tužilac pojavljuje javnopravni subjekt funkcioniše prevashodno zahvaljujući angažmanu Komisije. Možda broj postupaka koji su dobili sudski epilog i nije fascinirajući, posebno u poređenju sa brojem postupaka pribavljanja odluke o prethodnom pitanju, koji konstantno iznosi oko ili čak preko polovine svih postupaka u registru Suda. Ipak, imajući u vidu relativno ograničena sredstva koja stoje Komisiji na raspolaganju i razvijenost samog poretka EU, čini se da



on opravdava očekivanja tvorca osnivačkog ugovora. Utoliko pre što se posmatrani period dobrim delom podudara sa ozbiljnim krizama koje, jedna za drugom, pogađaju samu EU, počevši od krize javnih dugova, preko terorističke i migrantske krize, pa sve do najnovijeg Bregzita. Pitanje je da li će takva nepovoljna atmosfera u i oko EU uticati na politiku koju Komisija vodi u sferi upotrebe svoje aktivne legitimacije.

Kada je o drugoj državi članici kao tužiocu reč, čini se da je ovaj postupak predstavlja neželjenu opciju kojoj se pribegava u onim situacijama koje, iako spadaju u domen prava EU ili su povezane sa njim, imaju dominantnu, širu političku perspektivu. Iako nas istorija ovog postupka navodi na zaključak da su njegovi potencijali za budućnost takođe mali, teško je predvideti kako bi aktuelni procesi u EU i ozbiljne nesaglasnosti između nekih država članica mogli na njega uticati.

Od postupaka u kojima se država članica pojavljuje u ulozi tužioca samo je postupak kojim se zahteva poništaj akta EU stavljen u svoju funkciju. Nimalo neočekivano, na udaru je prevashodno Komisija, pa tek potom Savet samostalno ili zajedno sa Evropskim parlamentom. Indikativno je da vlade država članica do sada nisu zatražile ocenu zakonitosti politički nesumnjivo najznačajnijeg tela, Evropskog saveta, niti bilo koje agencije i tela EU. Takođe je uočljivo da različite države članice pokazuju dramatično različiti nivo aktivizma kao nosioci aktivne procesne legitimacije. Ako je i za očekivati da Velika Britanija bude pri vrhu ove liste, pojava Španije kao lidera i visoki angažman osnivača Nemačke, Francuske i Italije mogao bi biti signal da su države članice spremne da preispituju legalnost delovanja institucija, bilo da je reč o eventualnom prekoračenju nadležnosti, zloupotrebi ovlašćenja ili nepoštovanju pravila postupka.

## **Literatura**

Case 90-91/63 *Commission v. Luxembourg and Belgium* (1964) ECR-625

Case 48/65 *Lütticke v. Commission* (1966) ECR-19

Case 9/69 *Saying II* (1969) ECR-336

Case 77/69 *Commission v. Belgium* (1970) ECR-37

Case 8/70 *Commission v. Italy* (1970) ECR-961

Case 22/70 *ERTA Commission v. Council* (1971) ECR-261

Case 39/72 *Commission v. Italy* (1973) ECR-101

- Case 40/75 *Produits Betrand* (1976) ECR-352  
Case 67/73 *Commission v. France* (1974), ECR-359  
Case 60/74 *Kampffmeyer v. Council and Commission* (1976) ECR-711  
Case 9/77 *Casagrande v. Munich* (1974) ECR-773  
Case 95/77 *Commission v. Netherlands* (1978) ECR-863  
Case 100/77 *Commission v. Italy* (1978) ECR-879  
Case 52/78 *Commission v. Italy* (1978) ECR-284  
Case 125/78 *Gema* (1979) ECR-3173  
Case 141/78 *France v. United Kingdom* (1979) ECR-2923  
Case 74/82 *Commission v. Ireland* (1984) ECR-317  
Case 280/83 *Commission v. Italy* (1984) ECR-2361  
Case 294/83 *Parti écologiste „Les Vers“ v. European Parliament* (1986) ECR-1339  
Case 101/84 *Commission v. Italy* (1985) ECR-2629  
Case 293/85 *Commission v. Belgium* (1988) ECR-305  
Case 223/87 *Commission v. Greece* (1988) ECR-3611  
Case 247/87 *Star Fruit Company* (1989) ECR-291  
Case C-68/88 *Commission v. Greece* (1989) ECR-2979  
Case C-366/88 *France v. Commission* (1990) ECR I-3595  
Case C-303/90 *France v. Commission* (1991) ECR I-5340  
Case C-325/91 *France v. Commission* (1993) ECR I-3283  
Case T-3/93 *Air France v. Commission* (1994) ECR II-121  
Case C-388-95 *Belgium v. Spain* (2000) ECR I-3132  
Case C-428/98 *Deutsche Post AG and IECC* (2000) ECR I-3061  
Case T-147/00 *Laboratories Servier v. Commission* (2003) ECR II-85  
Case T-140/04 *Advisbureau Ehcon BV v. Commission* (2005) ECR II-3287  
Case C-145/04 *Spain v United Kingdom* (2006) ECR I-7917  
Case C-364/10 *Hungary v. Slovakia* (2012) ECR I-2000  
Craig, P. De Burca, G. (2003). *European Union Law, Text, Cases and Materials*,  
Oxford: Oxford University Press

- Dimitrijević, V. Račić, O. (2011). *Međunarodne organizacije*. Beograd: Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta Union
- Drears, E. Hargreavs, S. (2004). *European Union Law Textbook*. Oxford: Oxford University Press
- European Union Treaties: A Commentary* (2015). Geiger, R., Khan, D.E., Kotzur M, (ed.). München–Oxford–Portland: C. H. Beck-Hart
- EUR-LEX, EU case law, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/advanced-search-form.html?qid=1472562901796&action=update> (25. 8. 2016)
- Lenaerts, K. Arts, D. Maselis, I. (2006). *Procedural Law of the European Union*, London: Sweet & Maxwell
- Knežević-Predić, V. Radivojević, Z. (2009). *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*. Beograd: Službeni glasnik
- Knežević-Predić, V. (2001). *Ogled o suverenosti: suverenost i Evropska unija*. Beograd: Institut za političke studije
- Manin, Ph. (2005). *L'Union européenne: institutions – ordre juridique – contentieux*. Paris: Pedonne
- Meškić, Z. Samardžić, D. (2012). *Pravo Evropske unije I*. Sarajevo: TDP GIZ BMZ
- Misita, N. (2007). *Osnovi prava Evropske unije*. Sarajevo: Pravni fakultet
- Opinion 2/13, *Accession of the European Union to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, (2014), ECR I-34
- Radivojević, Z. Knežević-Predić, V. (2016). *Institucionalni mehanizam Evropske unije posle Lisabonskog ugovora*. Niš: Sven
- Schermers, H.G. Blokker, N.M. (2003). *International Institutional Law*. Boston - Leiden: Martinus Nijhoff Publishers
- Schermers, H.G. Wealbroeck, D.F. (2001). *Judicial Protection in the European Union*. The Hague–London–New York: Kluwer International
- Steiner, J. Woods, L. (2003). *Textbook on the European Community Law*, Oxford: Oxford University Press

**Vesna Knežević-Predić, LL.D.**  
Full Professor,  
Faculty of Political Science, University  
of Belgrade

**Zoran Radivojević, LL.D.**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

## **JUDICIAL CONTROL IN THE EUROPEAN UNION: STANDING OF A MEMBER STATE**

### **Summary**

*The distinctive character of the European Union (EU) is indisputable. May it be denoted as a supranational or as a sui generis organization (which is a preferred designation of the European Court of Justice), it is considered to be the result of particular features pertaining to the competences, structure and decision making-process of the EU. It is a truism that other international intergovernmental organizations do share some or all of these features. Almost all of them have at least one institution which is obliged to act independently of the member states; at least some of their decisions are rendered by majority voting, at least some of which are legally binding. What makes the EU truly and genuinely a unique phenomenon in the field of inter-state organization is a strong and independent judicial system, established to "ensure that in the interpretation and application of this treaty the law is observed". In effect, it implies establishing a strong and independent judicial system able to enforce the EU law against all those who are under its domain and, above all, to enforce it against the EU Member States.*

*In order to enable the European Court of Justice (the Court of Justice, the General Court and specialized courts) to perform this duty, the Court has been conferred a range of specific powers under the provisions of the Treaty on the European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union in particular. The Court is empowered to declare that a Member State has failed to comply with its obligation under the Treaties. The founding fathers of the EU designed three different procedures leading to that effect. The first one has proved to be fairly effective; on the grounds of an action brought by the Commission, it enables the Court to adjudge whether a Member State did comply with its obligations stemming from the EU law. The next one provides légitimation active for the other Member State but it has been very rarely used in the whole history of EU integration and can hardly be considered effective. The last one, possibly the most effective in terms of the accomplishment of the Court's paramount goal, enables the Court to respond to questions referred to the Court by national courts about the effect of EU law in cases pending before the national courts. Having in mind that the procedure before the Court is just part of the litigation proceeding pending in the national court, in this analysis we will set*

*aside the preliminary ruling procedure and focus on the so-called direct actions: Commission v. Member state, and Member State v. Member State.*

*In this paper, we will also focus on Member State's légitimation active versus EU institutions. The founding treaties provide for the procedures that enable Member States to initiate judicial review of the EU institution compliance with EU law. The action for annulment, the action for failure to act, and the claims relating to compensation for damage caused by the EU institutions or its civil servants in performance of their duties proved to be effective tools for keeping the EU institutions within the limits of competences coffered upon them by the Treaties. In view of the extensive legislative powers which the Treaties have vested in political institutions and given the fact that their scope has been a matter of great controversy, légitimation active of a Member State has proved to be an important element of a sophisticated and balanced system of judicial control.*

**Keywords:** *judicial control, standing, légitimation active, member states, European Union, Court of justice, direct actions, annulment, failure, compensation for damage.*



**Dr Radomir Zekavica,\***  
Vanredni profesor  
Kriminalističko policijske akademije,  
Univerzitet u Beogradu

originalan naučni članak  
doi:10.5937/zrpfni1674113Z

UDK: 341.176(4-672EU)

Rad primljen: 30.09.2016.  
Rad prihvaćen: 25.10.2016.

## **KONTROLA I ODGOVORNOST U SISTEMU POLITIČKIH INSTITUCIJA EVROPSKE UNIJE – OSNOVNI IZAZOVI I PROBLEMI\*\***

**Apstrakt:** U radu se analizira pitanje političke odgovornosti i kontrole najznačajnijih političkih institucija Evropske unije. Autor ukazuje najpre na osnovna značenja pojma politička odgovornost, a zatim na specifičnosti Evropske unije kao političkog sistema. U radu se daje analiza osnovnih nadležnosti i međusobnog odnosa Evropskog parlamenta, Evropskog saveta, Ministarskog saveta i Evropske komisije i to u kontekstu dva osnovna značenja političke odgovornosti – odgovornost političkih institucija pred građanima i odgovornost na relaciji egzekutiva-legislativa. Autor nastoji da ukaže na ključne probleme i izazove koji stoje na putu uspostavljanja pune političke odgovornosti i daje svoje mišljenje o osnovnim uzrocima krize demokratskog legitimiteta političkog sistema Evropske unije.

**Ključne reči:** politička odgovornost, političke institucije, Evropska unija, demokratija.

---

\*radomir.zekavica@kpa.edu.rs

\*\* Rad je rezultat realizovanja naučnoistraživačkog projekta koji finansira Ministarstvo nauke i tehničkog razvoja RS br. 179045, a koji realizuje je Kriminalističko policijska akademija u Beogradu i bio je usmeno izložen na Međunarodnoj naučnoj konferenciji „Kontrola u unutrašnjem, međunarodnom i pravu Evropske unije“ koja je održana na Pravnom fakultetu u Nišu 19–20. maja 2016. godine.

## **1. Uvod**

Kontrola i odgovornost su termini bez kojih je gotovo nemoguće zamisliti bilo kakvu debatu koja u osnovi ima raspravu o demokratiji i vladavini prava. Osnovni razlog je taj što se ni demokratija ni vladavina prava ne mogu zamisliti bez funkcionalnog i efikasnog sistema kontrole rada predstavnika državne vlasti. Vlast bez kontrole je arbitrarna i autoritarna, a to znači da ne može biti ni odgovorna (osim sebi samoj). Samim tim, nema osnovnih uslova ne samo za demokratiju kao politički režim koji podrazumeva politički odgovornu vlast, nego ni za vladavinu prava kao pravno-politički koncept koji treba da ostvari pretpostavke pravne odgovornosti državne vlasti. Dakle, ukoliko želimo da govorimo o demokratskom sistemu vlasti koji počiva na načelima vladavine prava, onda se mora uspostaviti sistem pune odgovornosti i kontrole, tj. sistem političke i pravne odgovornosti državne vlasti. U tekstu koji sledi ukazaćemo bliže na osnovna značenja ovih termina i njihov međusobni odnos, ali osnovni cilj ovog rada je u tome da se ispita i analizira aktuelni sistem političke kontrole i odgovornosti ključnih političkih institucija Evropske unije (EU) i da se na takav način ponudi odgovor na pitanje da li i u kojoj meri je politički sistem EU u skladu da osnovnim načelima demokratije.

## **2. Kontrola i odgovornost – osnovno značenje**

Pojam kontrole se u nauci najčešće definiše kao upoređivanje postojećeg stanja stvari sa očekivanim. Drugim rečima upoređuje se u kojoj meri i na koji način faktičko stanje stvari u skladu sa onim stanjem stvari koje je društvenim normama definisano kao očekivano. Kontrola je moguća samo tamo gde postoje unapred definisana pravila ponašanja, jer je njena svrha upravo u tome da vrši ocenu usaglašenosti datog ponašanja sa važećim pravilima. Upoređivanje predviđenog i ostvarenog može biti izvršeno prema različitim kriterijumima. Tako recimo, ovi kriterijumi mogu biti političke, tehničke i pravne prirode, te je u zavisnosti od toga moguće govoriti o političkoj, tehničkoj i pravnoj kontroli. Kod tehničke kontrole vrši se upoređivanje izvesnih aktivnosti prema preciznim proračunima, matematičkim standardima ili drugim tehničkim uputstvima. Politička kontrola se odnosi na ispitivanje da li je neki posao obavljen u skladu sa nekom političkom odlukom, stavovima, načelnim opredeljenjima, dok pravnom kontrolom se proverava nečije postupanje s obzirom na pravna merila, pravna pravila (Tomić, 1998: 73).



S druge strane, odgovornost podrazumeva podložnost sankciji. Učiniti nekog odgovornim podrazumeva mogućnost da se od te osobe zahtevaju sva potrebna objašnjenja u vezi zadataka koje preduzima, mogućnost da njeno ponašanje bude ispitivano, da se o njemu sudi i da ono bude sankcionisano od strane drugih (Fisher, 2004: 497). Već iz samog određenja pojma odgovornosti može se uočiti da odgovornost podrazumeva ograničavanje moći, njenu podložnost kontroli različitih subjekata kojima se daje pravo da cene da li je nečiji rad u skladu sa usvojenim normama i standardima, te da u onim slučajevima u kojima procene da to nije preduzmu odgovarajuće mere ili izreknu odgovarajuće sankcije. Kako se obično ističe, velika moć zahteva veliku odgovornost, ali to nije slučaj ukoliko se nezavisno od nosilaca te i takve moći ne stvore mehanizmi njihove efikasne kontrole i odgovornosti.

Kao što smo već istakli, postoje različiti tipovi kontrole i odgovornosti, ali za funkcionisanje nekog pravnog i političkog sistema, od presudnog značaja su pravna i politička kontrola i odgovornost. I u jednom i drugom slučaju postoji mogućnost izricanja sankcije, s tim što su sankcije bitno različite. U slučaju pravne odgovornosti, sankcija može biti različita vrsta kazne u vidu kazne zatvora, novčane kazne i tome slično. U svim slučajevima utvrđivanja pravne odgovornosti reč je o nepoštovanju nekog pravnog pravila, tj. izvršenju delikta zbog čega se pravna sankcija izriče. Politička odgovornost podrazumeva sankciju sasvim drugačije prirode i svrhe. Ta razlika je rezultat drugačije prirode i svrhe političke u odnosu na pravnu odgovornost.

Najjasnija predstava političke odgovornosti, njene svrhe i potencijalne sankcije može se steći uvidom u načine funkcionisanja sistema državne vlasti i primene načela podele vlasti u njima. To se posebno odnosi na parlamentarni sistem vlasti u kojem se ovo načelo primenjuje u skladu sa principom gipke podele vlasti koji podrazumeva mogućnost političke kontrole na relaciji egzekutiva-legislativa i mogućnost uticaja jedne vlasti na drugu i njihove međusobne smene kroz mehanizme izglasavanja nepoverenja vladi ili pak raspuštanja parlamenta. Dakle, u tipičnim parlamentarnim sistemima vlasti, postojanje mehanizama međusobne političke kontrole čini jednu vlast politički odgovornom pred drugom.

Međutim, suština političke odgovornosti je u potpunosti ostvarena tek onda kada su obe vlasti politički odgovorne pred građanima i kada vlast crpi svoj legitimitet iz pristanka građana. To jedan politički sistem čini ne samo politički odgovornim, već i demokratskim. Primarni značaj političke odgovornosti se, stoga, može videti u uspostavljanju

demokratskog karaktera nekog političkog sistema. To iz razloga što politička odgovornost podrazumeva mogućnost ocene rada političke vlasti od strane naroda, i samim tim, mogućnost njenog sankcionisanja u vidu smene vlasti. Prema tome, postojanje mehanizama političke kontrole i odgovornosti je *sine qua non* demokratskog političkog sistema.

Mogli bi konstatovati da se politička odgovornost manifestuje u dva osnovna oblika. Prvi oblik je odgovornost pred građanima, a drugi odgovornost egzekutive pred legislativom i obratno. Za postojanje demokratskog političkog sistema od presudne je važnosti postojanje prvog oblika političke odgovornosti jer on podrazumeva mogućnost demokratskog izbora i smene vlasti. Drugi oblik političke odgovornosti doprinosi balansu političkog uticaja i moći na relaciji egzekutiva- legislativa, ali ne mora nužno da bude preduslov demokratskog političkog sistema (inače se predsednički i skupštinski sistem vlasti onda ne bi mogli smatrati demokratskim).

U vezi prvog oblika političke odgovornosti, treba naglasiti jednu značajnu razliku između pozicije legislative i egzekutive. Naime, politička odgovornost legislative pred građanima je neposredne prirode, tj. ona se utvrđuje i ocenjuje putem izbora koji omogućavaju građanima neposredni uticaj na sastav parlamenta. Ovakva praksa i pravilo su neophodan uslov za postojanje demokratskog političkog poretka, jer se upravo na takav način obezbeđuje da suveren državni organ, koji je ujedno i tvorac državne volje (oličene u ustavu i zakonima), bude demokratski izabran te da njegov sastav zavisi neposredno od volje građana koji imaju mogućnost da putem izbora periodično cene njegov rad i tako ga učine politički odgovornim. To jedan politički sistem čini demokratskim, bar u onom minimalnom, proceduralnom smislu reči. Reč je dakle o minimalnom uslovu koji jedan politički sistem treba da ispuni da bi bio smatran bazično demokratskim.

Za razliku od legislative, politička odgovornost egzekutive pred građanima je više posredne nego neposredne prirode jer se sastav egzekutive (pre svega vlade ali i predsednika u tipičnim parlamentarnim sistemima vlasti) određuje u zavisnosti od rezultata parlamentarnih izbora, odnosno izbornog uspeha političkih aktera i njihovog realnog uticaja u parlamentu. Neposredan izbor i kontrola egzekutive nije nužno neophodna u demokratskim političkim režimima jer nije reč o organima koji stvaraju državnu volju, već o organima koji treba da je sprovede.

Shodno rečenome, reći da u jednom političkom sistemu postoji politička odgovornost koja ga čini bazično (miminalno, proceduralno)

demokratskim znači da taj politički sistem poznaje i primenjuje, pre svega, prvi oblik te odgovornosti, dok je drugi oblik potencijalno značajna dopuna sistemu pune političke odgovornosti, ali ne i nužan uslov demokratskog političkog sistema.

### **3. Specifičnosti Evropske unije kao političkog sistema**

Imajući u vidu osnovno značenje političke odgovornosti treba sagledati da li EU počiva na institucijama i mehanizmima koji omogućavaju takvu odgovornost i shodno tome, da li je i u kojoj meri politički sistem EU demokratski utemeljen (imajući u vidu naravno političku odgovornost vlasti kao bitnu pretpostavku demokratskog političkog poretka). Razmatranje ovog pitanja zahteva odgovor na dva prethodna pitanja, od kojeg zavisi, ujedno, i mogućnost takve analize uopšte. Prvo, da li je EU uopšte politički sistem, i drugo, ako jeste, šta taj sistem i njegove političke institucije čini sličnim a šta različitim u odnosu na nacionalne političke sisteme?

U odgovoru na prvo pitanje treba poći najpre od definicije političkog sistema i izdvajanja bitnih karakteristika koje jedan sistem treba da ima da bi se smatrao političkim. Ključna karakteristika jednog političkog sistema jeste postojanje institucija kolektivnog odlučivanja koje počivaju na setu pravila kojima se regulišu odnosi unutar institucija i između njih. Osim ove, moguće je izdvojiti još nekoliko ključnih karakteristika političkog sistema. To su: mogućnost građana i društvenih grupa da svoje političke želje i interese ostvare u okviru institucija sistema, zatim uticaj kolektivno donetih odluka na distribuciju ekonomskih dobara i vrednosti u okviru sistema kao celine i postojanje permanentne interakcije između političkih ishoda, novih zahteva ka sistemu, odluka (Easton, 1953, 1957; Almond, 1956).

EU, prema mišljenju Sajmona Hiksa (Simon Hix), poseduje sve ove karakteristike. Nivo institucionalne stabilnosti EU je značajno veći nego kod bilo koje međunarodne organizacije. Drugo, postoji set različitih društvenih grupa koje imaju mogućnost ostvarivanja svojih zahteva i interesa kroz institucije EU, počev od pojedinačnih korporacija i poslovnih organizacija, preko radničkih sindikata, političkih partija pa sve do država članica. Ove poslednje imaju, svakako, najveći uticaj i moć, ali one, prema mišljenju ovog autora, nemaju monopol nad političkim zahtevima, jer oni proizlaze iz kompleksne mreže interesa javnih i privatnih grupa. Treće, odluke institucija EU imaju ogroman uticaj na različite sfere društvenog života i distribuciju društvenih

resursa. I končano, politički proces političkog sistema EU je konstanta u političkom životu Evrope (Hix & Hoyland, 2011: 10–11; Hiks, 2007:24–26). Jedina karakteristika političkog sistema koju EU nema jeste monopol nad upotrebom fizičke sile, što čini nemogućim poređenje EU sa tradicionalno-veberovskim shvatanjem države.

Imajući u vidu nivo postignute političke integracije zemalja EU, čini nam se sasvim prihvatljiv Hikov zaključak o EU kao razvijenom političkom sistemu. To polemiku o pravno-političkoj prirodi EU ne čini gotovom niti manje kompleksnom. Od pitanja da li je EU politički sistem ili ne, znatno je kompleksnije i teže pitanje kom tipu političkog sistema ona pripada i koje su njegove ključne karakteristike i ujedno razlike u odnosu na nacionalne političke sisteme. Ovde, svakako, nije reč o dilemi da li je EU demokratski ili autoritarni politički sistem, već da li se ona može smatrati dovoljno razvijenim i kompaktnim političkim sistemom koji omogućava da se EU kao takva svrsta u određeni tip državnog oblika. Specifičnost političkog sistema EU ne dozvoljava da se on jasno i precizno svrsta ni u jedan od do sada poznatih modela državnog oblika. Pošto se EU ne može smatrati klasičnom državom, jedino što preostaje jeste da se smatra konfederacijom (koja po definiciji nije država, već savez država). Međutim, ni ovakvo rešenje ne odgovara stvarnosti u kojoj politički sistem EU pokazuje prepoznatljive karakteristike federalnog i konfederalnog tipa uređenja. Ono što EU čini bliskom konfederalnom tipu uređenja, odnosno savezu država su: nastanak na osnovu međunarodnog ugovora, zadržavanje izvornog suvereniteta država članica, mogućnost jednostrane secesije država članica. Federalnom tipu državnog uređenja EU je bliska zbog suprematije evropskog prava u domenu nekoliko bitnih nadležnosti,<sup>1</sup> primene doktrine „neposrednog dejstva“ kojom se omogućava direktna primena prava EU na građane država članica<sup>2</sup>, kao i sve veća primena principa većinskog odlučivanja umesto odlučivanja konsenzusom (svojstvenog konfederaciji) do čega je došlo poslednjim usvojenim izmenama osnivačkih ugovora. Osim toga, međunarodni ugovori na kojima počiva EU (posebno od Rimskog ugovora i Jedinstvenog evropskog akta) se, s pravom, mogu posmatrati kao propisi koji su sastavni deo procesa konstitucionalizacije EU. Ovakva ocena je bila i formalno potvrđena odlukom Evropskog suda pravde iz 1986.

---

1 Odluka Evropskog suda pravde iz 1964. godine potvrđuje suprematiju evropskog prava – *Flaminio Costa v. Ente Nazionale per L Energia (ENEL)*, ECJ Case 6/64 (1964) ECR 585

2 Ova doktrina je uvedena odlukom Evropskog suda pravde 1963. godine, kada je Sud naveo da „Zajednica predstavlja novi pravni poredak međunarodnog prava“ čiji subjekti nisu samo države-članice, već takođe i njihovi državljani. *Van Gend en Loos c. Nederlandse Administratie Belastingen*, ECJ Case 26/62, (1963) ECR 1, p. 12.

godine kada je konstatovano da Ugovor o EZ predstavlja faktički „osnovnu ustavnu povelju“ Zajednice.<sup>3</sup> Jedan od vodećih analitičara procesa evropske integracije, Džozef Vajler (Joseph Weiler) smatra da je koncept konstitucionalizacije upravo onaj koncept koji najbolje objašnjava suštinske promene i transformaciju EU, posebno u odnosu između Unije i država članica, a koje ukazuju na to da „operativni sistem“ Zajednice više ne funkcioniše prema opštim principima međunarodnog prava, nego preko specifične međudržavne vladine strukture, koja je zasnovana na ustavnoj povelji i ustavnim principima, što politički sistem Unije čini bliskim federalnom tipu uređenja (Vajler, 2002: 33; Weiler, 2003: 8).

Imajući u vidu rečeno, jasno je da se EU kao politički sistem ne može svrstati u idealno-tipske modele državnih oblika. Ona je jedinstvena i specifična transnacionalna politička organizacija i sistem *sui generis*, pa se shodno tome postavlja pitanje na koji način se ima procenjivati sistem utvrđivanja političke odgovornosti unutar jednog takvog *sui generis* političkog sistema. Odgovor na ovo pitanje je moguće pronaći u analizi osnovnih nadležnosti i međusobnog odnosa ključnih političkih institucija EU, a sve u cilju utvrđivanja postojanja oba oblika političke odgovornosti u značenju koje smo prethodno utvrdili.

#### **4. Ključne političke institucije Evropske unije – osnovne nadležnosti i mehanizmi političke kontrole i odgovornosti**

Govoriti o političkim institucijama EU podrazumeva, pre svega, analizu nadležnosti i međusobnog odnosa četiri ključne institucije vlasti EU. To su: Evropski parlament (EP), Ministarski savet (Savet), Evropski savet (ES) i Evropska komisija (Komisija). Ukoliko ovim institucijama dodamo i Sud pravde EU (Evropski sud) imaćemo organe koji u osnovi čine trihotomnu strukturu političke vlasti u EU.

Klasično shvatanje principa podele vlasti nalaže da se osnovne pravno-političke funkcije državne vlasti moraju jasno razgraničiti i ujedno dati u nadležnost različitim organima državne vlasti između kojih može da postoji određeni nivo i oblik međuzavisnosti i uticaja. Već u pogledu ovog načela moguće je uočiti značajnu razliku između političkog sistema EU i nacionalnih političkih sistema. To se posebno odnosi na vršenje zakonodavne vlasti u EU koju zajednički vrše EP i Savet (čl. 14, st. 1, Lisabonski ugovor). Reč je o dva zasebna organa sa dva potpuno različita načina izbora. Za razliku od EP čiji se sastav još od 1979. godine bira na neposrednim parlamentarnim izborima koji se organizuju u svim

---

3 Parti ecologiste, „Les Verts“ v. European Parliament, ECJ Case 294/83 (1986) ECR 1339

državama članicama, Savet čine ministri vlada država članica koje one delegiraju u ovo telo. Postojanje ova dva tela u strukturi zakonodavne vlasti podseća na dvodomnu strukturu parlamenata u federalnim državama, pa tako EP može biti pandan donjem domu čiji se sastav bira na izborima po principu jedan čovek-jedan glas, dok bi Savet bio pandan gornjem domu – domu federalnih jedinica u kojem su one zastupljene po principu pariteta.<sup>4</sup>

Međutim, iako u osnovi sličan, model zakonodavne vlasti EU je bitno drugačiji od modela zakonodavne vlasti u federalnim državama. Najpre, reč je o dva institucionalno odvojena organa vlasti, a ne o dva doma jednog organa vlasti. Drugo, institucionalno odvajanje ovih organa prate razlike u njihovim nadležnostima. Za razliku od oba doma federalnih parlamenata koji zajedno u čestvuju u vršenju primarno zakonodavne vlasti, Savet u okviru svojih nadležnosti obavlja i tipično izvršne funkcije što ga čini mešovitim zakonodavno-izvršnim organom vlasti. Nadležnosti Saveta su tako utvrđivanje politike i koordinacije u skladu sa ugovorima (čl. 16, st. 1, Lisabonski ugovor). Osnovni ciljevi Saveta su: da obezbedi usklađivanje opštih politika država članica, da donosi obavezujuće odluke i prenosi ovlašćenja na Komisiju sprovođenje propisa koje donosi Savet (čl. 202 Ugovora o EU).

Strukturu izvršne vlasti dopunjuje pozicija i nadležnost Evropskog saveta. Ovo telo je uvedeno u institucionalnu strukturu Evropske zajednice tek 1974. godine kada je ovaj organ formalno konstituisan kao jedan od organa Zajednice koji se sastaje na najvišem nivou svake godine radi donošenja opštih odluka od strateškog interesa za Zajednicu. Čine ga najviši politički predstavnici država članica (šefovi vlada) i njegov prioretan cilj jeste davanje neophodnog podsticaja za razvoj Unije i utvrđivanje opštih političkih smernica i prioriteta (čl. 4, st. 1 Ugovora o EU; čl. 15, st. 1, Lisabonski ugovor). Reč je o političko upravljачkoj funkciji najvišeg nivoa u sistemu egzekutive koju je moguće prepoznati i u okvirima nacionalnih sistema vlasti u političko-vladavinskoj funkciji kao zasebnoj potfunkciji upravne vlasti.<sup>5</sup> Strateško-dugoročni nivo planiranja Evropskog saveta kao njegove primarne funkcije potvrđuje i primena metoda „otvorene

---

4 Sajmon Hiks izričito tvrdi da EU ima klasični dvodomni zakonodavni sistem u kojem Savet predstavlja „države“ a Evropski parlament „građane“ (Hiks, 2007: 84).

5 Ovakvu podelu prepoznaju tzv. kvadrilističke teorije državnih funkcija, po kojima se u okviru upravne funkcije mog u izdvojiti dve zasebne: političko- upravljачka ili vladavinska (funkcija vlade) i upravno-izvršna (izvršna funkcija u užem smislu reči). Videti, Marković, 2008; Visković. 1997.

koordinacije“ uvedenog marta 2000. godine. Ovaj metod podrazumeva kolektivno nadgledanje unutrašnjih javnih politika država članica a pokriva širok obim oblasti, uključujući makroekonomsku politiku, politiku zapošljavanja, istraživanja, socijalnu politiku, politiku preduzetništva, obrazovanja i reforme penzionog sistema (Hiks, 2007: 8).

Komisija je takođe deo strukture izvršne vlasti EU, a zahvaljući svom značaju i ulozi u operativnom političkom delovanju institucionalnog sistema EU, ona se obično smatra neformalnom „vladom“ EU. Komisija je kompleksno i izrazito birokratizovano telo sa primarnim zadacima izvršne vlasti i akcentom na inicijativu u oblasti kreiranja kratkoročnih i srednjoročnih javnih politika i kontrole njihovog sprovođenja na nacionalnim nivoima država članica. Njene ključne nadležnosti shodno osnivačkim ugovorima EU su: da se stara o primeni ugovora i mera koje su u skladu sa ugovorom utvrdile institucije Unije, da nadgleda primenu prava pod kontrolom Evropskog suda, da izvršava budžet i upravlja programima, da vrši koordinacionu, izvršnu i upravnu funkciju u skladu sa ugovorima, da predstavlja Uniju na spoljnom planu i da pokreće izradu godišnjih i višegodišnjih programa Unije radi postizanja međuinstitucionalnih sporazuma, kao i da inicira donošenje zakonodavnih akata (čl. 17, st. 1, Lisabonski ugovor). Ekskluzivno pravo zakonodavne inicijative pripada dakle Komisiji, a o značaju ovog tela govori i činjenica da se na predsednika Komisije gleda kao na neformalnog predsednika „evropske vlade“.

Prikaz osnovnih nadležnosti ključnih političkih institucija EU treba da nam olakša razumevanje njihovog međusobnog političkog odnosa i mehanizama političke kontrole i odgovornosti u političkom sistemu EU. Osvrnucemo se, naravno, na one najznačajnije relacije i nadležnosti u međusobnim odnosima ovih organa koji govore o vrsti i obimu njihove političke odgovornosti imajući u vidu oba oblika političke odgovornosti – odgovornost političkih institucija pred građanima i političku odgovornost na relaciji egzekutiva-legislativa.

Formalno gledano jedina politička institucija EU koja podleže neposrednoj oceni građana jeste EP. Izbori koji se održavaju u petogodišnjim ciklusima predstavljaju priliku, kao i u nacionalnim političkim sistemima, za neposrednu ocenu političke odgovornosti EP od strane građana. To EP nesumnjivo čini demokratskim telom sa direktnim legitimitetom koji dobija od građana država članica EU, što je apsolutno nužan preduslov postojanja demokratskog političkog sistema, imajući u vidu da je reč o zakonodavnom organu. U organizaciji

izbora za EP i njihovom sprovođenju moguće je uočiti nekoliko ključnih problema i izazova koji utiču i na sam legitimitet ove institucije.

Prvi problem je u vezi sve slabije izlaznosti građana na izbore za EP. Od prvih izbora pa do poslednjih se beleži konstantni pad izlaznosti u rasponu od 62% – 1979. do svega 43% – 2014. godine. Doduše, pad izlaznosti građana na izbore nije samo problem evropskog političkih sistema, već i problem nacionalnih političkih sistema i krize demokratije uopšte. No ipak, izbori za EP pokazuju ubedljivo najmanje procenite izlaznosti u odnosu na iste takve podatke na nacionalnim parlamentarnim izborima (videti: Vidojević, 2010: 55–59), što dovodi u pitanje legitimitet ovog organa. Tako imamo jednu gotovo paradoksalnu situaciju da se pozicija EP permanentno ojačava usvajanjem poslednjih osnivačkih ugovora EU,<sup>6</sup> dok se u praksi beleži sve veći pad volje i spremnosti glasača da učestvuju u njegovom izboru. Istraživanja javnog mnjenja pokazuju visok stepen neprepoznavanja uloge EP u sistemu političkih institucija EU, pa tako manje od 60% građana EU zna išta o EP, a manje od 5% ima mišljenje o tome šta članovi EP zapravo rade (Hiks, 2007: 99).

Još ozbiljniji problem demokratskog legitimiteta EP jeste u vezi suštinske političke neodgovornosti EP pred glasačima koja proizlazi iz samog načina njegovog izbora i delovanja u toku trajanja mandata. To dovodi do toga da je njega nemoguće kazniti na način na koji se to čini u parlamentarnim sistema što se, uostalom, najjasnije moglo videti na poslednjim izborima za EP koji su pokazali da ekonomska kriza sa svim svojim negativnim efektima u vremenu trajanja prethodnog izbornog mandata nije imala značajniji uticaj na strukturu i odnos snaga u EP (Ibid, 190–194; Samardžić, 2015: 14–15). Razlog tome leži svakako u činjenici da je izborna kampanja za EP u suštini kampanja nacionalnih političkih partija sa temama koje su bitne za dotične države, a ne onim temama koje su primarno i isključivo vezane za EU, pa se šanse za reizbor člana EP ne zasnivaju na njegovom učinku u tom organu nego na popularnosti njegove partije u matičnoj državi, što sve zajedno čini izbore za EP izborima drugorazrednog značaja (Hiks, 2007: 191).

Sam izbor poslanika i raspodela mandata se ne vrši shodno principu „jedan čovek jedan glas“, što je još jedna od slabosti demokratskog legitimiteta EP. Tako je nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora, Ustavni sud Nemačke ocenio u jednoj od svojih presuda da EP nije

---

6 Tako je izmenama usvojenim Lisabonskim ugovorom u potpunosti izjednačena pozicija EP i Saveta u zakonodavnom procesu uz primetno povećavanje nadležnosti EP u segmentu kontrolne uloge EP, posebno u odnosu na Komisiju.



predstavničko telo suverenog evropskog naroda zbog toga što se on ne bira po demokratskom principu jedan čovek jedan glas. Umesto toga građani država članica glasaju kao građani svojih država i to u okviru kvote koju svaka država članica ima u EP. Rezultat toga jeste da su pojedine države neproporcionalno predstavljene u odnosu na broj svojih građana. Tako, jedan glas građana Luksemburga vredi kao deset glasova nemačkih građana.<sup>7</sup>

Analiza postojanja i funkcionisanja drugog oblika političke odgovornosti nalaže izdvajanje i analizu ključnih mehanizama političke kontrole na relaciji egzekutiva-legislativa. U vezi sa tim nameće se prethodno pitanje jasnog razgraničenja institucija izvršnih vlasti čiji bi rad trebalo da bude predmet političke kontrole legislative. Složenost ovog pitanja proizlazi iz kompleksne institucionalne strukture političkog sistema EU i činjenice da nema jasne podudarnosti tog sistema sa nacionalnim sistemima vlasti. Ipak, polazeći od formalnih nadležnosti datih osnivačkim aktima EU, ali još više od realnog političkog uticaja i moći, nema sumnje da ključno telo izvršne vlasti EU predstavlja Komisija,<sup>8</sup> pa se u odnosu prema njoj i treba ispitivati postojanje i efikasno funkcionisanje mehanizama političke kontrole. U vezi sa tim dve su ključne teme na koje se treba osvrnuti. Prva je izbor predsednika Komisije i njenih članova, a druga politička odgovornost Komisije pred EP i Savetom kao nosiocima zakonodavne vlasti EU.

Ugovorom iz Maastrichta uvedene su značajne novine koje su označile početak procesa jačanja uloge EP u postupku izbora predsednika i sastava same Komisije. Članom 214 je uvedeno pravo EP da daje saglasnost na predlog predsednika Komisije koji daju vlade država članica. Kasnijim osnivačkim aktima, regulisanje ovog pitanja je doživelo niz značajnih promena koje su nastavile tendenciju jačanja uloge EP i Saveta, pa se tako Ugovorom iz Amsterdama uvodi pravo EP da stavi veto na nominovanog predsednika Komisije, dok je Ugovor iz Nice uveo dvotrećinsko glasanje u Evropskom savetu prilikom nominovanja predsednika Komisije i

---

<sup>7</sup> BcerfG, 2 Bve 2/08, 2009, §280

<sup>8</sup> Treba naglasiti da je Komisija jedina institucija EU čiji članovi izričito imaju ovlašćenje i dužnost da zastupaju isključivo opšte interese EU a ne interese svojih država članica. U tom smislu, Komisija je istinski branilac interesa EU u celini, u čemu joj pomažu i brojna formalna ovlašćenja u sprovođenju usvojenih javnih politika EU, kao što je mogućnost da direktno novčano kazni pravna lica na teritoriji bilo koje države članice ukoliko u tvrdi da je došlo do prekršaja nekog pravila komunitarnog prava. Osim toga, ona poseduje i ovlašćenje da pokrene postupak pred Evropskim sudom protiv subjekata komunitarnog prava (Košu tić, Rakić, & Milisavljević, 2015: 165).

Komisije u celini. Konačno, Lisabonskim ugovorom se uvodi još jedna značajna novina u postupku jačanja uloge EP i demokratskih procedura uopšte, jer se ovim ugovorom stvara obaveza Evropskog saveta da prilikom predlaganja kandidata za budućeg predsednika Komisije uzme u obzir rezultate izbora za EP (čl 17, st. 7). Poslednji izbori za EP su potvrdili takvo rešenje u praksi i doneli sa sobom još jednu novinu koja se može tumačiti kao politička pobjeda EP. Naime, prvi put predlog za predsednika Komisije je bio javno saopšten od strane političkih stranaka koje su učestvovala u izborima, čime je neformalno umanjena uloga Evropskog saveta da predlaže kandidata za ovu funkciju i ujedno postupak izbora predsednika Komisije dodatno učinio demokratskim, imajući u vidu mogućnost javne debate i argumentacije za i protiv predloženih kandidata u predizbornoj kampanji. Upravo ovu pojavu moguće je posmatrati kao istinsku novinu koju su poslednji izbori za EP doneli (više o tome, Milosavljević, 2015).

Drugo pitanje od značaja za političku odgovornost Komisije jeste pitanje njenog opoziva. Pravo opoziva Komisije od strane EP postoji još od Rimskog ugovora i ono je zadržano i u kasnijim osnivačkim ugovorima EU. Ugovor o funkcionisanju EU tako predviđa da ako se predlog za glasanje o nepoverenju usvoji dvotrećinskom većinom glasova poslanika koji su glasali, a koji predstavljaju većinu svih poslanika EP, članovi Komisije podnose kolektivnu ostavku, a Visoki predstavnik Unije za spoljne poslove i bezbednosnu politiku podnosi ostavku na sve funkcije u Komisiji (čl. 234). Reč je dakle o mehanizmu koji omogućava izglasavanje nepoverenja Komisiji u celini, a ne pojedinim njenim članovima. Međutim, iako formalno pravo izglasavanja opoziva postoji dugo, do njegove primene faktički nikada nije došlo. Kako ističe Hiks, raspuštanje Komisije se dugo doživljavalo kao sredstvo koje bi moglo da izazove negativnu reakciju jer bi vlade i javnost optužile EP za neodgovorno ponašanje (Hiks, 2007: 74). U dosadašnjoj praksi EP, ovaj organ je najbliže bio opozivu 1999. godine kada je zahvaljujući ozbiljnoj nameri izglasavanja opoziva Komisije postignuta ostavka Santerove Komisije pre nego što se formalno pristupilo glasanju o opozivu. Prema Hiksovom mišljenju, iako nije došlo do glasanja, moglo bi se tvrditi da je EP prvi put u svojoj praksi opozvao Komisiju (Ibid, 75).

Uprkos postojanju značajnih mehanizama političke kontrole, počev od onih koji omogućavaju neposredni demokratski legitimitet EP pa do političke odgovornosti Komisije pred EP i Evropskim savetom (pravo predlaganja predsednika Komisije), ostaje činjenica da u celokupnom političkom sistemu EU postoje brojni problemi demokratskog legitimiteta koji

drže već nekoliko decenija otvorenom debatu o demokratskom deficitu EU. Koncept demokratskog deficita i argumentacija u vezi njega, sumira debatu o političkoj odgovornosti političkih institucija EU zbog čega se treba osvrnuti, u osnovnim crtama, na ključne argumente za i protiv postojanja demokratskog deficita EU.

Pitanje njegovog postojanja je postavljeno odmah nakon stupanja na snagu Ugovora iz Maastrichta čije usvajanje označava početak političke integracije i nastanak političkog sistema EU. Značenja termina demokratski deficit su brojna ali u osnovi on označava prevagu moći izvršne vlasti EU, posebno Komisije i Saveta, na račun moći nacionalnih parlamenata, nedostatak neposredne građanske političke kontrole rada najznačajnijih političkih institucija EU, nepostojanje evropskog demosa svesnog sopstvenog evropskog identiteta kao zasebnog identiteta u odnosu na one nacionalne<sup>9</sup> i, u vezi sa tim, nedostatak „pravih“ evropskih izbora. Sajmon Hiks ukazuje na pet osnovnih tvrdnji koje govore o suštini ovog fenomena, to su: uvećana moć izvršne vlasti/umanjena kontrola nacionalnih parlamenata; Evropski parlament je suviše slab; nema „evropskih“ izbora; Evropska unija je predaleko; neprincipijelna raznolikost u kreiranju javnih politika (Hiks, 2007: 177).

Naravno, postoje i oni koji smatraju da problem demokratskog deficita ne postoji. Jedan od vodećih autoriteta u studijama evropskih integracija Andriju Moravščik (Andrew Moravscik) je upravo takvog mišljenja. Prema njegovom mišljenju, svi ključni argumenti u prilog demokratskog deficita neće biti utemeljeni u realnim dokazima ukoliko primenimo razumne kriterijume ocene demokratskičnosti jednog takvog političkog sistema kao što je EU (Moravscik, 2002: 606). Postoje realna ograničenja moći političkih institucija EU koja su rezultat kontrole ovih institucija od strane država članica, tako da EU nije nikakva

„superdržava“ sa birokratizovanom despotskom strukturom (po uzoru na kvalifikacije britanskih tabloida, dodaje Moravščik), već više konfederalna tvorevina sa jasno definisanim uticajem i ulogom država

---

<sup>9</sup> Federalni Ustavni sud Nemačke je odlukom iz 1993. godine posebno naglasio ovu činjenicu, a u vezi obaveze nemačkih vlasti da odredbe Ugovora iz Maastrichta usvoje u nemački pravni sistem. Savezni ustavni sud je tada smatrao da u tadašnjim uslovima postoje temeljne prepreke za prenos vitalnih funkcija državne vlasti na EU, te da demokratski politički sistem postoji tamo gde političke institucije svoju vlast crpe iz pristanka naroda. Pošto ne postoji narod EU već samo narodi država članica, to onda znači da su oni izvor legitimiteta institucija država članica, a ne i evropskih institucija. Osim toga, u EU ne postoji ni zajednički javni prostor u kojem se vodi politička debata i u kojem su zastupljeni različiti društveni interesi i ideje, BvR 2134/92, 2159/92, §39-45.

članica u ključnim procesima – konstitucionalnom, tj. promeni Ugovora, fiskalnom, administrativnom (decentralizovanoj implementaciji javnih politika) i pravnom. Majone (Giandomeniko Majone) ne negira postojanje demokratskog deficita, ali smatra da je neprihvatljiv pristup po kojem bi kriterijume parlamentarnih demokratija koristili za utvrđivanje demokracije političkog sistema EU, i to zbog osnovne logike integracije koja se zasnivala za zaštitu korporativnih interesa država članica i legitimitetu ekonomskog u činka sistema, pa je pogrešno raditi na jačanju demokratskih potencijala sistema u klasičnom smislu reči. Ono čemu treba posvetiti primarno pažnju u pokušaju rešavanja demokratskog legitimiteta jeste jačanje kontrole regulatornih politika (Majone, 1998).

## 5. Zaključak

EU je specifičan *sui generis* politički sistem tako da se pitanje političke odgovornosti mora razmatrati imajući u vidu specifičnosti tog sistema. Kao što smo istakli, da bi jedan politički sistem bio demokratski, makar u minimalno-proceduralnom smislu reči, zakonodavna vlast mora biti birana neposredno od strane građana. To je pravilo bez izuzetka koje ujedno omogućava postojanje prvog i ključnog oblika političke odgovornosti.

U političkom sistemu EU ovo pravilo je sprovedeno u praksi zahvaljujući izborima za Evropski parlament koji omogućavaju bazičnu demokraciju sistema. Izazovi i problemi demokratskog procesa unutar EU drže otvorenim pitanje krize demokratskog legitimiteta političkog sistema i ključnih političkih institucija EU uključujući i Evropski parlament. Kriza demokratskog legitimiteta EU je evidentna, a njene ključne uzroke je moguće pronaći na više mesta. Jedan od prvih je u vezi činjenice da EU nije nastala kao rezultat spontane društvene integracije evropskog društva već je plod političke odluke da se krene u proces političke integracije (Mastriht). Shodno tome, EU je projekat elita i legitimitet tog projekta počiva na ideologiji učinka, tj. na stepenu uspešnosti ostvarivanja ekonomskih interesa vodećih snaga u EU. Ekonomska kriza iz 2008. godine je dodatno doprinela birokratizaciji sistema, preispitivanju ekonomsko-finansijskih politika i iznalaženju mehanizama jače monetarne i budžetske kontrole čime su u prvi plan izbile birokratske, a ne demokratske strukture u EU. Tu se pre svega misli na Evropsku komisiju, Savet ministara (EKOFIN), Evropsku banku i Sud, dok je EP u potpunosti skrajnut na margine uticaja. Formalna potvrda

novog pravca je doneta usvajanjem Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju ekonomskom i monetarnom unijom (2012), koji je donet u skladu sa nemačkim planom rešavanja krize kada su definisani parametri konvergencije koji treba da se postignu politikom štednje (deficit 3% BDP i javni dug 60% BDP). Komisija je, pritom, dobila primarnu ulogu kontrole sprovođenja takve politike od strane država članica. Dakle, konkretan uticaj krize jeste pojačana kontrola a ne demokratske reforme, i to pojačana kontrola od strane Evropske komisije na bazi ugovora koji nosi jak nemački pečat (štednja je, naravno, njihova ideja za prevazilaženje krize, jer su ključni poverioci). Podrška tome jeste osnivanje i novih finansijskih institucija, a to je Evropski stabilizacion fond. Rezultat je da države članice jednostavno gube kontrolu nad instrumentima makroekonomskog upravljanja. U takvim okolnostima, kada je imperativ održiv ekonomsko-finansijski u činak, EP kao jedina demokratska institucija EU gubi na realnom značaju. Sve to, zajedno sa složenom prirodom samog političkog sistema EU (kao kompleksnog birokratskog aparata sa brojnim i izuzetno kompleksnim procedurama odlučivanja u različitim sferama javnih politika i različitim nivoima) dovodi do smanjivanja uticaja demokratskih i povećavanja uticaja birokratsko-oligarhijskih centara moći u procesu donošenja ključnih političkih i ekonomskih odluka.

## Literatura

- Almond, G. (1956). Comparative Political Systems. *The Journal of Politics*. 18. 391–409.
- Easton, D. (1953). *The Political System: An Inquiry into the State of Political Science*. Alfred A. Knopf Inc.
- Easton, D. (1957). An Approach to the Analysis of Political Systems, *World Politics*. 9. 383–400.
- Fisher, E. (2004). *The European Union in the Age of Accountability*. *Oxford Journal of Legal Studies*. 24. 495–515.
- Hiks, S. (2007). *Politički sistem Evropske unije*. Beograd: Službeni glasnik.
- Hix S. & Hoyland, B. (2011) *The Political System of European Union*. Palgrave Macmillan.
- Košutić, B. Rakić, B. Milisavljević, B. (2015). *Uvod u pravo evropskih integracija*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Majone, G. (1998). Europe's Democratic Deficit: The Question of Standards, *European Law Journal*. 4. 5–28.

- Marković, R. (2008). *Ustavno pravo i političke institucije*. Beograd: Službeni glasnik
- Milosavljević, I. R. (2015). Izbori za Evropski parlament u vremenu krize: šta je drugačije ovog puta. *Godišnjak Fakulteta političkih nauka*. 9. (13). 45–62.
- Moravcsik, A. (2002). In Defence of the „Democratic Deficit“: Reassessing Legitimacy in the European Union, *Journal of Common Market Studies*. 40. 603–624.
- Samardžić, S. (2015). Nemoćni parlament u vremenu krize, *Godišnjak Fakulteta političkih nauka*. 9. (13). 9–22.
- Tomić, Z. (1998). *Upravno pravo-sistem*. Beograd: *Službeni list SRJ*. Vajler, Dž. (2002). *Ustav Evrope*. Beograd: Filip Višnjić.
- Visković, N. (1997). *Država i pravo*. Zagreb: Birotehnika.
- Vidojević, Z. (2010). *Demokratija na zalasku*, Beograd: Službeni glasnik.
- Weiler, J. (2003). In defence of the status quo: Europe`s constitutional *Sonderweg*, in: *European Constitutionalism Beyond the State*, Edited by J. H. H. Weiler & M. Wind. Cambridge University Press.

**Radomir Zekavica, LL.D.**

Associate Professor,

Academy of Criminalistics and Police Studies, Belgrade

## **CONTROL AND ACCOUNTABILITY IN THE SYSTEM OF EUROPEAN POLITICAL INSTITUTIONS: Major Issues and Challenges**

### **Summary**

*The paper analyzes the functioning of the political institutions control system within the European Union, especially the European Council as the most important political body of the EU. In particular, the author focuses on the major issues and challenges that may be observed in the process of establishing full legal and political accountability, not only of the European Council but also of other major bodies of the EU, as well as the key issues in establishing and preserving the essentially democratic character of the EU as a supranational political organization.*

**Keywords:** *political accountability, political institutions, the European Union, democracy.*

**Dr Maja Lukić,\***  
Docent na Pravnom fakultetu  
Univerziteta u Beogradu

originalan naučni članak  
doi:10.5937/zrpfni1674129L

UDK: 341.645.2(4-672EU)

Rad primljen: 30.09.2016.  
Rad prihvaćen: 25.10.2016.

## **RAZUMEVANJE ULOGE OPŠTIH PRAVOBRANILACA U OKVIRU PRAVOSUDNOG SISTEMA EVROPSKE UNIJE**

**Apstrakt:** U ovom radu se prvenstveno razmatra uloga opštih pravobranilaca Suda Evropske unije u pravnom okviru Evropske unije posle Lisabonskog ugovora. Pomenuta uloga je do sada evoluirala naporedo sa razvojem uloge samog Suda Evropske unije. Nakon kratkog istorijskog uvoda, posebna pažnja je usmerena na postavljanje opštih pravobranilaca i, na širem planu, na značaj opštih pravobranilaca u arhitekturi pravosuđa Evropske unije nakon Lisabonskog ugovora. Drugo žarište ovog rada usmereno je na utvrđivanje odgovora na pitanje da li su opšti pravobranilci i dalje potrebni, kao i da li će oni ostati potrebni u budućnosti imajući u vidu one izazove za koje je razumno očekivati da će se postaviti pred Sudom Evropske unije. Predmetno promišljanje obuhvata i procenu težine argumenata u prilog i protiv zadržavanja instituta opštih pravobranilaca.

**Ključne reči:** Sud Evropske unije, opšti pravobranilac, panel iz čl. 255 UFEU, reforma Suda Evropske unije.

### **1. Uvod**

Višedecenijsko napredovanje Evropske unije (EU) ka „čvršćem savezu“ u najvećoj meri se zasnivalo na pravu EU, koje se pak upravo na planu učvršćivanja zajednice, zatim Unije, menjalo prvenstveno zahvaljujući praksi Suda EU<sup>1</sup> (Azoulai, Dehousse, 2015: 350–364). U stvaranju te prakse značajnu ulogu odigrala su upravo mišljenja opštih pravobranilaca Suda.

---

\*maja.lukic@ius.bg.ac.rs

1 U ovom radu se pod Sudom EU podrazumeva Court of Justice of the European Union, sudska institucija EU koja obuhvata tri posebna suda, od kojih svaki ima posebna pravila postupka, a koji će u ovom radu biti označeni kao: Sud (*Court of Justice*), Opšti sud (*General Court*) i Službenički sud (*Civil Service Tribunal*).

U istoriji Suda EU ističe se niz opštih pravobranilaca koji su autoritetom svojih mišljenja osigurali mesto te funkcije u pravosuđu EU. Među prvima su se istakli Moris Lagranž (*Maurice Lagrange*) i Karl Remer (*Karl Roemer*), ser Frensis Džejkobs (*Francis Jacobs*) i Miguel Poareš Maduro (*Miguel Poyares Maduro*). Džejkobs je za osamnaest godina, koliko je obavljao dužnost opšteg pravobranioca, napisao preko četiri stotine i pedeset mišljenja (Tamm, 2013: 21–22).

Izraženo smanjenje broja presuda Suda EU donetih u postupku u kome je opšti pravobranilac izneo mišljenje otvara pitanje sudbine i opravdanosti tog instituta.

## **2. Mesto i uloga opštih pravobranilaca u Sudu EU posle Lisabonskog ugovora**

### **2.1. Institut opšteg pravobranioca danas**

Pri Sudu postoji jedanaest pravobranilaca. Od tog broja, na osnovu neformalnog dogovora među državama članicama, šest mesta uvek pripada kandidatima koje predlože Nemačka, Francuska, Italija, Španija, Ujedinjeno Kraljevstvo i Poljska, dok se kandidati ostalih država članica rotiraju na preostalih pet mesta (Schiemann, 2008: 14).

Odredba osnivačkih ugovora o opštim pravobraniliocima – čl. 252 UFEU – je relativno široka: njome se nalaže da oni „postupajući potpuno nepristrasno i nezavisno, pred sudom i javno daju obrazložena mišljenja u predmetima u kojima se to od njih zahteva u skladu sa Statutom Suda EU”.<sup>2</sup> Statut predviđa da opšti pravobranilac po pravilu daje mišljenje veću Suda na usmenoj javnoj raspravi,<sup>3</sup> i to na samom njenom kraju,<sup>4</sup> osim ukoliko veće ne odluči da takvo mišljenje nije potrebno jer se u predmetu ne otvara nijedno novo pravno pitanje, s tim da takvu odluku veće može da donese tek nakon što o toj mogućnosti sasluša i izjašnjenje opšteg pravobranioca.<sup>5</sup> Takođe, Statut dozvoljava da Pravilima postupka u

---

<sup>2</sup> Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union* 326, 26. 10. 2012, p. 158., Art. 252,

<sup>3</sup> *Court of the Justice of the European Union*, Statute of the Court of Justice of the European Union (consolidated version), preuzeto 31. 8. 2016, ht tp://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\_7031/en/, Art. 20. para. 3.

<sup>4</sup> Rules of Procedure of the Court of Justice of 25 September 2012, *OJ L* 265, 29.9.2012, as amended on 18 June 2013, *OJ L* 173, 26. 6. 2013, Art. 82.

<sup>5</sup> *Court of the Justice of the European Union*, Statute of the Court of Justice of the European Union (consolidated version), preuzeto 31. 8. 2016, ht tp://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\_7031/en/, Art. 20. para. 4,



određenim slučajevima bude predviđeno ubrzano i hitno postupanje, što može da podrazumeva i isključenje uloge opšteg pravobranioca.<sup>6</sup>

Pre nego što uputi neki predmet na odlučivanje pred plenarnu sednicu Suda zbog njegove „izuzetne važnosti“,<sup>7</sup> kao i pre nego što donese odluku da u postupku po žalbi protiv presude Opšteg suda ukine usmeni deo postupka, tj. da postupak svede samo na pisani deo,<sup>8</sup> redovno veće Suda mora saslušati izjašnjenje opšteg pravobranioca o tom pitanju. Takođe, Pravila postupka Suda nalažu da se opšti pravobranilac mora saslušati o nizu bitnih procesnih odluka: slu čaju zahteva da u postupku bude upotrebljen jezik različit od onog koji je izabrao tužilac,<sup>9</sup> isključenja advokata ili savetnika stranke zbog nepoštovanja Suda, njegovih pravila i nedoličnog ponašanja,<sup>10</sup> odbacivanja tužbe *a limine*,<sup>11</sup> spajanja predmeta,<sup>12</sup> obustavljanja<sup>13</sup> i odlaganja postupka,<sup>14</sup> zahteva da stranke obezbede dokazivanje činjenica putem svedoka,<sup>15</sup> neodržavanju usmene rasprave,<sup>16</sup> njenom ponovnom otvaranju,<sup>17</sup> dodeljivanju pravne pomoći stranci,<sup>18</sup> kao i o drugim sličnim pitanjima kada Sud odlučuje bilo u prvom, bilo u drugom stepenu.

Slično tome, izjašnjenje opštih pravobranilaca zahteva se i za niz procesnih odluka u postupku po zahtevu za prethodno mišljenje – za odbijanje zahteva obrazloženom naredbom (sa uputstvom da je pitanje već rešeno u ranijoj praksi Suda ili da ne ostavlja prostora za tumačenje), za traženje razjašnjenja zahteva od njegovog uputioca, odluku o tehničkoj ispravci presude, postupanje po ubrzanom ili hitnom postupku<sup>19</sup> i sl.

---

6 *Ibid.*, Art. 23a para. 2.

7 *Ibid.*, Art. 16. para. 5.

8 *Ibid.*, Art. 59.

9 Rules of Procedure of the Court of Justice of 25 September 2012, *OJ L* 265, 29. 9. 2012, as amended on 18 June 2013, *OJ L* 173, 26.6.2013, Art. 37.

10 *Ibid.*, Art. 46.

11 *Ibid.*, Art. 53. para. 2.

12 *Ibid.*, Art. 54. para 2.

13 *Ibid.*, Art. 55.

14 *Ibid.*, Art. 56.

15 *Ibid.*, Art. 66. para. 1.

16 *Ibid.*, Art. 76. para. 2.

17 *Ibid.*, Art. 83.

18 *Ibid.*, Art. 116.

19 *Ibid.*, Art. 99, 101, 103, 105, 108.

Opšti pravobranilac, jednako kao i sudije, može postavljati pitanja svedocima,<sup>20</sup> veštacima<sup>21</sup> i pravnim savetnicima i zastupnicima stranaka.<sup>22</sup>

Prvog opšteg pravobranioca postavlja Sud iz reda opštih pravobranilaca na period od godinu dana, a nakon što sasluša njihova mišljenja o tome.<sup>23</sup>

Osnovna uloga Prvog opšteg pravobranioca je da predmete dodeljuje konkretnim pravobraniocima.<sup>24</sup> Takođe, Prvi opšti pravobranilac poseduje bitno ovlašćenje kojim je obezbeđena kontrola rada Opšteg suda u predmetima od posebnog značaja za integritet pravnog sistema EU – kada Opšti sud odlučuje u drugom stepenu po žalbi protiv odluke nekog od posebnih sudova (nadležnost iz člana 256(2) UFEU), kao i kada Opšti sud donese odluku po zahtevu za prethodno mišljenje na osnovu člana 267 UFEU<sup>25</sup> (nadležnost iz člana 256(3) UFEU).<sup>26</sup> U tim slučajevima Prvi pravobranilac može, ukoliko smatra da „postoji ozbiljan rizik“ da tom odlukom „bude narušeno jedinstvo ili doslednost prava Unije“ predloži da istu odluku razmotri veće Suda.<sup>27</sup>

Usled reformi pravosudnog sistema Unije, u češće broja zaključenih predmeta u okviru celog Suda EU u postupku u kome je opšti pravobranilac dao mišljenje smanjilo se sa sedamdeset procenata u 2004. godini (Bobek, 2015: 167) na oko dvadeset i sedam procenata u 2014. godini. Dok je opisana promena uslovljena rastom broja predmeta Opšteg suda, pred kojim opšti pravobranioци ne postupaju, приметно je da je čak i u postupcima pred Sudom izražen procenat predmeta zaključenih na osnovu postupka u kome nije izneto mišljenje javnog pravobranioца – na osnovu čl. 20 Statuta

---

20 *Ibid.*, Art. 67. para. 3.

21 *Ibid.*, Art. 70. para. 3.

22 *Ibid.*, Art. 80.

23 *Ibid.*, Art. 14.

24 *Ibid.*, Art. 16.

25 Čl. 267 UFEU garantuje da će nacionalni sud „u najkraćem roku“ od Suda EU dobiti prethodno mišljenje o pitanju koje se odnosi na tumačenje osnivačkih ugovora, kao i na važenje ili tumačenje akata institucija, tela, službi i agencija Unije. Art.

267. para. 1, Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union* 326, 26. 10. 2012, p. 164.

26 Trebalo bi imati u vidu da do dana predaje ovog rada Statu tom Suda EU nije predviđen nijedan slučaj kada je Opšti sud ovlašćen da donosi prethodna mišljenja, tako da je Sud jedini nadležan za takve zahteve.

27 *Court of the Justice of the European Union*, Statute of the Court of Justice of the European Union (consolidated version), preuzeto 31. 8. 2016, ht tp://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\_7031/en/, Art. 62.

Suda EU, a usled nepostojanja novog pravnog pitanja u predmetu – takvi predmeti činili su otprilike trećinu svih predmeta zaključenih pred Sudom u 2014. godini (Court of Justice of the European Union, 2015).

Za razliku od postupka pred Sudom, ulogu opšteg pravobranioca u postupku pred Opštim sudom obavlja neki od sudija tog suda. Takvu mogućnost Statut pruža,<sup>28</sup> a Pravila postupka pred Opštim sudom izričito propisuju.<sup>29</sup> Dok se u postupcima pred Sudom mišljenje opšteg pravobranioca ne pribavlja samo izuzetno, u postupcima pred Opštim sudom važi obrnuto pravilo: opšti pravobranilac se određuje za neki predmet samo ukoliko „pravne teškoće“ ili „činjenična složenost“ to zahtevaju,<sup>30</sup> i to odlukom plenuma sudija koja se donosi na zahtev konkretnog veća.<sup>31</sup> Takođe, za razliku od postupka pred Sudom, u postupku pred Opštim sudom opšti pravobranilac ima pravo da mišljenje podnese u pisanom obliku.<sup>32</sup>

## **2.2. Bitne tačke istorijskog razvoja**

U literaturi se najčešće uzori za institut opšteg pravobranioca Suda EU vezuju za francusko i belgijsko pravo (Wathelet, Wildemeersch, 2010: 52). U francuskom sistemu najbliži institut je *Commissaire du gouvernement* u okviru francuskog Državnog saveta (Radivojević, Knežević-Predić 2016: 145; Scharpston, 2008: 22).

Sud EU usložen je izdvajanjem Prvostepenog suda od Suda EU 1988. godine u cilju rasterećenja Suda u užem smislu, s tim što je nadležnost Prvostepenog suda postepeno proširivana sve dok praktično nije postala opšta, što je Lisabonskim ugovorom priznato promenom naziva te instance u Opšti sud. Usložnjavanje je nastavljeno 2004. godine osnivanjem Službeničkog suda, kao prvog i do sada jedinog specijalizovanog suda (Bobek, 2015: 154–155). Institut opštih pravobranilaca u svom punom obimu ostao je specifičnost Suda u užem smislu. U postupku pred Opštim sudom opšti pravobranilac učestvuje po izuzetku, i u tom postupku

---

28 *Ibid.*, Art. 49, para. 1.

29 Rules of Procedure of the General Court of 4 March 2015, *OJ 2015 L 105*, p. 1, as amended on (1) 13 July 2016, *OJ 2016 L 217*, p. 71, (2) 13 July 2016, *OJ 2016 L 217*, p. 72, (3) 13 July 2016, *OJ 2016 L 217*, p. 73, Art. 31 (2).

30 *Ibid.*, Art. 30.

31 *Ibid.*, Art. 31(1).

32 *Court of the Justice of the European Union*, Statute of the Court of Justice of the European Union (consolidated version), preuzeto 31. 8. 2016, ht tp://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\_7031/en/, Art. 53. para. 3.

sudski pravobranilac nije zaseban sudski organ, već se taj institut svodi samo na procesnu ulogu koju vrši neki od sudija.<sup>33</sup> U postupku pred Službeničkim sudom institut opšteg pravobranioca ne postoji.<sup>34</sup>

Kada je osnovan kao organ Evropske zajednice za ugajl i čelik 1952. godine, Sud EU je imao sedam sudija i dva opšta pravobranioca, dakle ukupno devet sudija i pravobranilaca. U trenutku predaje ovog rada, Sud EU ima dvadeset i osam sudija i jedanaest opštih pravobranilaca u Sudu, trideset i pet sudija u Opštem sudu (imenovanje još pet se neposredno očekuje),<sup>35</sup> i sedam sudija u Službeničkom sudu – ukupno osamdeset jedan sudija i pravobranilac.

Proces reforme Suda, usmeren na povećanje broja sudija Opšteg suda zbog njegove preopterećenosti predmetima, iniciran je još 2011. godine, a ozakonjen Uredbom iz decembra 2015.<sup>36</sup> Ključna tačka reforme sastoji se u udvostručavanju broja sudija Opšteg suda. Uredba propisuje da se reforma sprovodi u tri koraka: u prvom, u decembru 2015. je broj sudija Opšteg suda trebalo da poraste za dvanaest, a u drugom, u septembru 2016. Službenički sud, sa svojih sedam sudija bi trebalo da bude integrisan u Opšti sud, dok je treći korak određen krajnjim ciljem – da do septembra 2019. godine svaka država članica ima po dve sudije u Opštem sudu. U toku konsultativnog postupka koji je prethodio donošenju Uredbe, Sud EU je zahtevao samo dvanaest novih sudija za Opšti sud. Međutim, usled nemogućnosti usaglašavanja načina na koji bi se odredilo kojim državama članicama će pripasti nova sudijska mesta, pribegnuto je uvođenju po jednog novog sudije za svaku državu članicu. Rešenje je kritikovano kao nepotrebno i preskupo (Robinson, 2015). Kritiku da se radi o skupom rešenju opovrgao je sam Sud EU objavivši projekciju troškova prema

---

33 Videti fn. 29.

34 Rules of Procedure of the European Union Civil Service Tribunal of 25 July 2007, *OJ L* 225 of 29.8.2007, p. 1, with corrigendum *OJ L* 69 of 13.3.2008, p. 37, as amended by Amendments to the Rules of Procedure of the European Union Civil Service Tribunal of 14 January 2009, *OJ L* 24 of 29.01.2009, p. 10; Amendments to the Rules of Procedure of the European Union Civil Service Tribunal of 17 March 2010, *OJ L* 92 of 13. 4. 2010, p. 17; Amendments to the Rules of Procedure of the European Union Civil Service Tribunal of 18 May 2011, *OJ L* 162 of 22.06.2011, p. 19.

35 European Council, Council of the European Union, *Judges appointed to the General Court* 23/03/2016, preuzeto 31. 8. 2016, <http://www.w.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/23-judges-general-court/>

36 Regulation (EU, Euratom) 2015/2422 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Protocol No 3 on the Statute of the Court of Justice of the European Union, *OJ L* 341 of 24. 12. 2015, p. 14.

kojoj će udvostručenje broja sudija Opšteg suda usloviti povećanje od samo 0,34% ukupnog budžeta Suda EU.<sup>37</sup>

Nakon izmena izvršenih Lisabonskim ugovorom, UFEU predviđa da postoji osam opštih pravobranilaca Suda, s tim što je istom odredbom propisano da Savet može jednoglasnom odlukom povećati broj pravobranilaca ukoliko Sud to zatraži.<sup>38</sup> Deklaracijom br. 38 uz Završni akt Međudržavne konferencije na kojoj je Lisabonski ugovor osnovan, države članice su garantovale saglasnost Saveta za eventualni zahtev Suda za povećanje broja opštih pravobranilaca, kao i da će, ukoliko to povećanje bude za najmanje tri nova pravobranioaca, Poljskoj biti priznato pravo da ima stalnog opšteg pravobranioaca.<sup>39</sup> U januaru 2013. godine Sud je uputio zahtev za povećanje broja pravobranilaca za tri, tako da je povećanje stupilo u dejstvo počev od oktobra 2015. godine.<sup>40</sup>

### **2.3. Kako se postaje opšti pravobranilac?**

Kao i sudije Suda, opšte pravobranioce biraju države članice jednoglasno, sa mandatom od šest godina. Budući da pravobranilačkih mesta nema onoliko koliko i država članica, neformalnim dogovorom je utvrđeno da određene članice, trenutno njih šest, uvek imaju pravo da njihov kandidat bude izabran, dok se na ostale primenjuje sistem rotacije. U literaturi je zastupljeno mišljenje da je mandat šest godina, kao takav, ugrožava nepristrasnost i nezavisnost sudija i pravobranilaca. Taj problem posebno ugrožava institut pravobranilaca, pošto u sadašnjem trenutku sistem rotacije pravobranilačkih funkcija među manjim članicama, koje nemaju stalnog pravobranioaca, podrazumeva da pravobranioci iz tih država koriste samo jedan mandat (Schiemann, 2008: 14; Jacobs, 2013: 59).

Svake tri godine bira se najmanje polovina opštih pravobranilaca.<sup>41</sup> Prema UFEU, pravobranioci, kao i sudije, biraju se iz reda osoba „čija

---

37 Court of Justice of the European Union, October 2014, *Estimated Cost of increasing the number of Judges at the General Court*, preuzeto: 31. 8. 2016, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/doc s/applic at ion/pd f/2015- 05/8- en- a n nex- coutestimatif-364.pdf>

38 Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union* 326, 26. 10. 2012, p. 158, Art. 252, para. 1.

39 Declaration No. 38, Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007, *OJ L* 326, p. 337.

40 Court of Justice of the European Union, Press Release No. 139/13, Luxembourg, 23 October

2013, *Entry into office of new Members at the Court of Justice and the General Court*, preuzeto 31. 8. 2016. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_CJE-13-139\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_CJE-13-139_en.htm)

41 *Court of the Justice of the European Union*, Statute of the Court of Justice of the European Union (consolidated version), preuzeto 31.08.2016. <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/>

nezavisnost je izvan sumnje i koje poseduju kvalifikacije potrebne za obavljanje najviših sudskih funkcija u njihovim zemljama, ili koji su priznati pravni stručnjaci“.<sup>42</sup> Ne postoje uslovi u pogledu državljanstva. U literaturi se takođe ističe da za razliku od Evropskog suda za ljudska prava, za pravobranioce i sudije Suda ne postoje uslovi ni u pogledu godina starosti, kao i da na njihov izbor Evropski parlament nema nikakav uticaj (Von Bardeleben, Donnat, Siritzky, 2012:18).

Bitna novina u postupku izbora pravobranilaca i sudija Suda uvedena je Lisabonskim ugovorom: utvrđena je obaveza pribavljanja mišljenja od savetodavnog panela, čiji sastav je propisan članom 255 UFEU. Panel daje mišljenje o podobnosti kandidata za obavljanje funkcije sudije, odnosno opšteg pravobranioaca. Mišljenje je tajno i upućuje se samo ovlašćenim predstavnicima država-članica (Kokott, Sobotta, 2014: 6). Panel čini sedam lica izabranih iz reda bivših sudija Suda i Opšteg suda, članova vrhovnih sudova država članica i priznatih pravnih stručnjaka, od kojih jednog predlaže Evropski parlament. Članove panela postavlja Savet.<sup>43</sup> U Izveštaju o radu za 2010. godinu panel je izneo grupe elemenata prema kojima ocenjuje kandidate: pravnička sposobnost, profesionalno iskustvo, sposobnost za obavljanje sudijske dužnosti, garancije nepristrasnosti i nezavisnosti koje kandidat pruža, poznavanje jezika; pri čemu je znanje francuskog obavezno, kao i sposobnost za timski rad u međunarodnom okruženju u kome su zastupljene različite pravne tradicije (Von Bardeleben, Donnat, Siritzky, 2012: 19).

Značaj panela iz čl. 255 UFEU teško je potceniti. Budući da je kriterijum podobnosti pretpostavio volji države članice povodom konkretnog kandidata, taj institut je, kao i mnoge druge odredbe Lisabonskog ugovora, uveo supranacionalnost u izbor sudija i opštih pravobranilaca. Po Bobeku, praksa je pokazala da je taj panel pozitivno uticao na selekciju vršilaca sudskih funkcija – panel je negativnim mišljenjem blokirao svakog petog kandidata, pri čemu su negativna mišljenja, iako formalno neobavezujuća, u praksi uvek poštovana (Von Bardeleben, Donnat, Siritzky, 2012: 18; Bobek, 2015: 164). Bobek takođe ističe i druge pozitivne uticaje tog instituta: podignuti su kriterijumi za izbor sudija i pravobranilaca, dominantnim učešćem članova nacionalnih vrhovnih sudova u panelu omogućeno je čvršće povezivanje nacionalnih i Suda EU, a sam panel je uticao na podizanje procesnih i materijalnih kriterijuma

---

Jo2\_7031/en/, Art. 9.

42 Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union* 326, 26.10.2012, p. 158, Art. 253. para 1.

43 *Ibid.*, Art. 255.

za kandidate za najviše sudijske funkcije u državama članicama (Bobek, 2015: 165).

Jednako kao i za prestanak funkcije sudije Suda, tako je i za prestanak funkcije opšteg pravobranioca usled neispunjenja obaveza koje odnosna funkcija nameće, neophodna jednoglasna odluka svih sudija i opštih pravobranilaca Suda.<sup>44</sup>

## 2.4. Uloga opštih pravobranilaca

Opšti pravobranilac se ne smatra vezanim argumentima koje su iznele strane u sporu. Sud nije vezan mišljenjem opšteg pravobranioca. Skorašnja ekonometrijska analiza uticaja pravobranilačkih mišljenja na odluke Suda potvrdila je opšteprihvaćenu tezu da je taj uticaj snažan (Arrebola, Mauricio, Portilla, 2016: 34–35, 38–39). Takođe, često stavovi izneti u mišljenjima opštih pravobranilaca ostaju bolje upamćeni i imaju veći uticaj na formiranje kasnije prakse od samih presuda.

Može se izdvojiti niz osobina po kojima se mišljenja opštih pravobranilaca razlikuju u odnosu na presude Suda. Hartli naglašava da su mišljenja pravobranilaca po pravilu pisana jednostavnijim jezikom nego presude, logički koherentnija, što je posledica da su delo jednog autora, a ne kompromis sudskog veća (Hartley, 2014: 52). Avangardnost stavova iznetih u mišljenjima pravobranilaca može se objasniti i činjenicom da je autorstvo mišljenja opšteg pravobranioca nedvosmisleno i javno poznato, budući da se mišljenja objavljuju jednako kao i presude, za razliku od presuda za koje se ne zna koji sudija je autor kog stava.

U vezi sa okolnošću da Sud često odlučuje u prvom i poslednjem stepenu, bez mogućnosti žalbe, Hartli predlaže viđenje mišljenja opšteg pravobranioca kao svojevrzne odluke u prvoj instanci (Hartley, 2014: 52). Ukoliko se instanca u postupku definiše kao mogućnost za razmenu argumenata, a ne kao prilika za iskaz slobodnog sudijskog stava, onda se Hartlijev stav ne može prihvatiti, budući da strane u sporu nemaju priliku da se izjasne o mišljenju opšteg pravobranioca, koje se iznosi na samom kraju drugog (usmenog) dela postupka.

Neki autori vide ulogu opštih pravobranilaca u obezbeđivanju javnog dijaloga do koga dolazi između Suda i javnih pravobranilaca, koji smatraju najboljim pravcem u kome bi pravo EU trebalo da se razvija.

---

<sup>44</sup> *Court of the Justice of the European Union*, Statute of the Court of Justice of the European Union (consolidated version), preuzeto 31. 8. 2016. ht tp://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\_7031/en/, Art. 6.

Opšti pravobranionci imaju zadatak da preispituju postojeću praksu Suda. Oni tu ulogu mogu da obavljaju bolje od sudskog veća, s obzirom na to da je ono pod pritiskom žurbe da što pre reši konkretan slučaj (Scharpston, 2008: 32, 33). Pravobranilačka mišljenja, po pravilu, u većoj meri prenose argumente strana u sporu, kao i upoređenje nacionalnih sistema država članica (Vaughan, Grey, 2008: 56).

#### 2.4.1. Primeri uticajnih pravobranilačkih mišljenja

Među mnogim mišljenjima Frensisia Džejkobsa, po svom uticaju posebno se ističe mišljenje iz 1992. godine kojim je istakao značaj mogućnosti pozivanja na status građanina Zajednice – *civis europaeus sum* – budući da lice koje to može da kaže ima pravo na poštovanje svojih osnovnih prava širom Zajednice.<sup>45</sup> Bez obzira na to što je zaštita osnovnih prava kao takva nesporna, njeno vezivanje neposredno za status „evropskog građanina“, umesto za status državljanina države-članice Zajednice, jasno je najavilo put razvoja EU od 1993. godine do danas: uspostavljanje neposredne pravne i ustavne veze između EU i njenih građana.

Ističući razliku između Suda i Evropskog suda za ljudska prava u mišljenju u postupku po žalbi protiv prvostepene presude u predmetu *Kadi protiv Evropske komisije*, Miguel Poareš Maduro je izrekao nekoliko stavova koji su ušli u istoriju prava Evropske unije i za koje se već sada može reći da su ugrađeni u temelj ustavnosti EU: „Ugovorom o Evropskoj zajednici zasnovan je autonoman pravni poredak, u okviru koga kako države tako i pojedinci neposredno uživaju prava i imaju dužnosti. Dužnost Suda je da postupa kao ustavni sud domaćeg pravnog poretka (*municipal legal order*), koji jeste Zajednica.“<sup>46</sup> Polazeći od takvog određenja uloge Suda, ali i viđenja jedinstvene veze pravnog sistema i političke prirode Evropske zajednice, Maduro je u istom mišljenju zaključio da osnovno pravo pojedinca garantovano „ustavnim načelima“ prava EU ima prvenstvo čak i nad sadržinom rezolucije Saveta bezbednosti UN donete po osnovu glave VII Povelje UN. Istančanim, ali čvrstim povezivanjem

---

<sup>45</sup> Mišljenje je dato u predmetu po tužbi državljanina Grčke na radu u Nemačkoj protiv Nemačke zbog post u panja državnih organa Nemačke, koje se sastojalo u transliteraciji njegovog imena kao *Hrestos* umesto *Christos*, čime je po navodima tužbe povređeno osnovno pravo na ime, budući da je spornom transliteracijom izgubljena veza sa stvarnim imenom tužioca, kao i sa vezom tog imena sa hrišćanskom verom. Opinion of Advocate General Jacobs, delivered on 9 December 1992, Case C-168/91 *Christos Konstantinidis v. Stadt Altensteig-Standesamt*, para. 46.

<sup>46</sup> Opinion of Advocate General Maduro, delivered on 16 January 2008, Case C-402/05 *Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union and the Commission of the European Communities*, para. 37.



Evropske unije, njenog prava i osnovnih prava garantovanih načelima tog prava, Maduro je postavio temelje za suverenost same EU (Lukić, 2009: 249–250; Lukić, 2013: 236–249).

Presuda u predmetu *Rotman protiv Bavarske* smatra se ključnom za aktuelno razumevanje statusa građanina EU (Lukić, 2012: 535–548). Iznoseći svoje mišljenje u tom predmetu, pravobranilac Maduro je s proročkim nadahnućem opisao suštinu pravne prirode Unije:

„Status građanina Evrope predstavlja nešto više od skupa prava koja bi mogla biti priznata i onima koji taj status nemaju. On pretpostavlja političku vezu između građana Evrope, ali to nije veza koja pripada određenom narodu. Upravo suprotno, ta politička veza ujedinjuje narode Evrope. Zasnovana je na njihovoj uzajamnoj posvećenosti da otvore svoje političke zajednice ostalim građanima Evrope i da izgrade novi oblik građanske i političke odanosti evropskih razmera. Ne zahteva postojanje jednog naroda, ali je zasnovano na postojanju evropskog političkog prostora iz koga prava i obaveze nastaju. ... To je čudesna osobina statusa građanina Unije: taj status jača veze između nas i naših država (budući da smo građani Evrope upravo zato što smo građani svojih država) i, u isto vreme, emancipuje nas od njih (budući da smo sada građani mimo i povrh svojih država.... To legitimizuje i jača autonomiju i autoritet pravnog sistema Zajednice.“<sup>47</sup>

### **3. Da li su i zašto opšti pravobranioци i dalje potrebni?**

#### **3.1. Razlozi protiv zadržavanja opštih pravobranilaca**

Kao što je već objašnjeno, usled širenja nadležnosti Opšteg suda i povećanog oslanjanja na mogućnost da se mišljenje opšteg pravobranioца isključi iz postupka pred Sudom ukoliko se ne radi o novom pravnom pitanju, iz godine u godinu raste broj postupaka u kojima opšti pravobranioци ne daju mišljenje. Bez obzira na to što su pravobranioци i dalje nezamenljivi u složenijim predmetima, prirodno je da težnja za uniformnošću postupka stvara pritisak da se od njih odustane. Takva težnja posebno dolazi iz država u kojima ne postoji nikakav sličan institut, a to su pre svega nove članice EU (Wathelet, Wildemeersch, 2010:

53). Uz druge razloge, često se navodi da bi prvi nacrt izveštaja sudije izvestioца mogao da zameni mišljenje opšteg pravobranioца (Schiemann, 2008: 14–15).

---

<sup>47</sup> Opinion of Advocate General Póitares Maduro, delivered on 30 September 2009, *Rottmann v. Freistaat Bayern*, (C-135/08), ECR I - 01449, para. 23.

Uticaj koji mišljenja pravobranilaca imaju na sudije na prvi pogled ne ugrožava sudijsku nezavisnost budući da su pravobranioци po položaju i uslovima za izbor izjednačeni sa sudijama. Međutim, pojedini autori naglašavaju da je pravobraniočevo mišljenje javno dostupno, dok je sudijska odluka anonimna, što znači da zainteresovana država, naročito država porekla, može na pravobranioца uticati pretnjom, nagradom i sl., ukoliko želi određeni ishod, te da na taj način može doći do posrednog uticaja na sudije (Arrebola, Mauricio, Portilla, 2016: 35–36). Navedeni argument ne čini se ubedljivim. Kao što anonimno mogu usvojiti pravobraniočevo mišljenje, sudije mogu takođe anonimno odlučiti i suprotno od pravobraniočeve preporuke.

### ***3.2. Razlozi u prilog zadržavanja opštih pravobranilaca***

Po nekim mišljenjima, upravo činjenica da presude Suda ne sadrže izdvojena sudijska mišljenja upućuje na potrebu za pravobranilačkim mišljenjima (Vaughan, Grey, 2008: 56; Schiemann, 2008: 14). Taj argument se može razumeti tako da pravobranilac u svom mišljenju ima priliku da u potpunosti razradi teorijsku i logičku konstrukciju na kojoj zasniva svoju preporuku, dok neophodni kompromis među članovima sudskog veća često ograničava sud u doslednom i potpunom obrazlaganju stava zauzetog u presudi.

Šiman navodi da postoji snažna podrška za izmenu prema kojoj bi opšti pravobranioци svoje mišljenje iznosili pre usmene rasprave umesto na njenom kraju. To bi, po njemu, ubrzalo postupak, budući da sada sudija izvestilac zahteva dodatno vreme nakon glavne rasprave kako bi proučio pravobraniočevo mišljenje, a strane bi dobile priliku da se izjasne o pravobraniočevim argumentima. Isti autor navodi da nije uspelo osporavanje pred Evropskim sudom za ljudska prava pravila o izlaganju mišljenja na kraju javne rasprave po osnovu uskraćivanja prava na pravično i javno suđenje (Schiemann, 2008: 17). Paradoksalno, čini se da je upravo osobina koja najviše doprinosi značaju pravobranilačkih mišljenja u praksi Suda njihova neobaveznost za sudsko veće. Opšti pravobranilac svoje mišljenje donosi neopterećen odgovornošću koja je skopčana sa donošenjem presude, usmeren jedino na utvrđivanje najboljeg mogućeg rešenja konkretnog pravnog pitanja.

Transformacija Evropske unije, pa samim tim i njenog prava, nije završena. Dosadašnja praksa je pokazala da su opšti pravobranioци veoma korisni kako za stvaranje novih pravila tako i za izmenu postojećih.

#### 4. Zaključak

U istoriji Suda EU, prava EU i same EU kao političke zajednice, opšti pravobranioci su odigrali ulogu od neizmerno velikog značaja. Taj značaj je dvostruk: s jedne strane, njihova uloga u postupcima pred Sudom u velikoj meri je doprinela izgradnji autoriteta Suda, dok su, s druge strane, upravo u mišljenjima pravobranilaca, češće nego u presudama Suda, artikulirani stavovi koji su formirali pravo EU, pa samim tim i samu EU, s obzirom na to da je pravni sistem osnovno vezivno tkivo EU od nastanka evropskih zajednica do danas.

Promišljenost postojanja instituta opšteg pravobranioaca sastoji se u razdvajanju uloga opšteg pravobranioaca od sudijske uloge, koje omogućava vršiocima i jedne i druge uloge da sopstvenu ulogu bolje ispune. Razdvajanje uloga znači razdvajanje motiva, koji bi možda bili suprotstavljeni da se radi o jedinstvenom procesnom akteru. Opšti pravobranilac usresređen je na najbolje moguće rešenje pravnog pitanja u središtu spora. Budući da svojim imenom stoji iza rešenja koje predlaže, opšti pravobranilac je na najbolji način motivisan da sačini rešenje koje je primenjivo na što veći broj slučajeva logički dosledno, saglasno pravno-političkim interesima celokupne EU. Pravobranilac nije opterećen odgovornošću za ishod konkretnog spora, kao ni argumentima koje su sačinile stranke. Nakon što dobiju mišljenje opšteg pravobranioaca, sudije mogu da se usresrede na konkretan slučaj i da zavisno od sopstvene procene slede pravobraniočevo mišljenje u manjoj ili većoj meri.

Institut opštih pravobranilaca primeren je dinamici koja je inherentna pravu EU: kao intelektualna tvorevina, a ne rezultat prakse i običaja, pravo EU se stalno suočava sa novim pravnim pitanjima, za čije rešavanje su upravo opšti pravobranioci specijalizovani.

#### Literatura

Arrebola, C, Mauricio, A. J, Portilla, H. J. (2016). An Econometric Analysis of the Influence of the Advocate General on the Court of Justice. *Legal Studies Research Paper Series, University of Cambridge, Faculty of Law*, paper no. 3/2016, January 2016.

Azoulay, L, Dehousse, R. (2012). The European Court of Justice and the Legal Dynamics of Integration, u Jones, E, Menon, A, Weatherill, S. (prir). *The Oxford Handbook of the European Union*, Oxford: Oxford University Press. 350–364.

Von Bardeleben, E., Donnat, F., Siritzky, D. (2012). *La Cour de justice de l'Union européenne et le droit du contentieux européen*, Paris: La documentation Française.

Bobek, M. (2015). The Court of Justice of the European Union. u: Arnall, A, Chalmers, D. (prir). *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford: Oxford University Press. 153–177.

Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union* 326, 26. 10. 2012, p. 47–198.

Court of Justice of the European Union (2015), *Annual Report 2014*.

Court of Justice of the European Union, October 2014, *Estimated Cost of increasing the number of Judges at the General Court*, preuzeto: 31. 8. 2016, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-05/8-en-annexe-coutestimatif-364.pdf>

Court of Justice of the European Union, Press Release No. 139/13, Luxembourg, 23 October 2013, *Entry into office of new Members at the Court of Justice and the General Court*, preuzeto 31. 8. 2016. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_CJE-13-139\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_CJE-13-139_en.htm)

*Court of the Justice of the European Union*, Statute of the Court of Justice of the European Union (consolidated version), preuzeto 31. 8. 2016.

[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7031/en/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7031/en/)

Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007, *OJ L* 326, p. 337.

Hartley, T. (2014). *The Foundations of European Union Law*. Oxford: Oxford University Press.

Jacobs, Fr. G. (2013). The Court of Justice in the Twenty-First Century: Challenges Ahead for the Judicial System?, u Rosas, A, Levits, E, Bot, Y. (ur). *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*. The Hague: Springer, Asser Press. 49–59.

Kokott, J, Sobotta, Ch. (2014). The CJEU – An Insiders’ View of an Integration Workshop. *Human Rights Law Journal*. Vol. 34, No. 1–6. 4–11.

Lukić, M. (2009). The Security Council’s Targeted Sanctions in the light of recent developments occurring in the EU Context. *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – International Edition* No. 3. 239–250.

Lukić, M. (2012). Presuda *Rottmann* (2010) Povratna veza od statusa građanina EU ka državljanstvu države članice. *Pravni život*, IV, 12. 535–548.

Lukić, M. (2013). Kadi protiv Komisije: nasleđe tri presude, u: *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom Evropske unije, prilozi projektu 2012*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. 236–249.

European Council, Council of the European Union, *Judges appointed to the General Court* 23/03/2016, preuzeto 31. 8. 2016,

<http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/23-judges-general-court/>

Opinion of Advocate General Jacobs delivered on 9 December 1992, Case C-168/91

*Christos Konstantinidis v. Stadt Altensteig-Standesamt*, ECR 1993 p. I-01191

Opinion of Advocate General Maduro delivered on 16 January 2008, Case C-402/05 *Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union and the Commission of the European Communities*, ECR 2008 p. I-06351

Opinion of Advocate General Poiares Maduro, delivered on 30 September 2009, (C-135/08), Case C-135/08 *Rottmann v. Freistaat Bayern*, ECR I – 01449

Radivojević, Z., Vesna Knežević-Predić, V. (2016). *Institucionalni mehanizam Evropske unije posle Lisabonskog ugovora*. Niš: Punta.

Regulation (EU, Euratom) 2015/2422 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Protocol No 3 on the Statute of the Court of Justice of the European Union, *OJ L* 341 of 24. 12. 2015, p. 14.

Robinson, D. (2015). European Court of Justice doubles number of judges. *The Financial Times*, April 12, 2015.

Rules of Procedure of the Court of Justice of 25 September 2012, *OJ L* 265, 29. 9. 2012, as amended on 18 June 2013, *OJ L* 173, 26. 6. 2013.

Rules of Procedure of the General Court of 4 March 2015, *OJ 2015 L* 105, p. 1, as amended on (1) 13 July 2016, *OJ 2016 L* 217, p. 71, (2) 13 July 2016, *OJ 2016 L* 217, p. 72, (3) 13 July 2016, *OJ 2016 L* 217, p. 3.

Rules of Procedure of the European Union Civil Service Tribunal of 25 July 2007, *OJ L* 225 of 29.8.2007, p. 1, with corrigendum *OJ L* 69 of 13.3.2008, p. 37, as amended by Amendments to the Rules of Procedure of the European Union Civil Service Tribunal of 14 January 2009, *OJ L* 24 of 29.01.2009, p. 10; Amendments to the Rules of Procedure of the European Union Civil Service Tribunal of 17 March 2010, *OJ L* 92 of 13.04.2010, p. 17; Amendments to the Rules of Procedure of the European Union Civil Service Tribunal of 18 May 2011, *OJ L* 162 of 22. 6. 2011, p. 19.

Sharpston, E. (2008). The Changing Role of Advocate General. U: A. Arnull, P. Eeckhout, T. Tridimas (Prir.), *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs* (str. 20–33). Oxford: Oxford University Press. 20–33.

Schiemann, K. (2008). The Functioning of the Court of Justice in an Enlarged Union and the Future of the Court. u: Arnull, A, Eeckhout, P, Tridimas, T. (ur.), *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*. Oxford: Oxford University Press. 5–19.

Tamm, D., (2013). The History of the Court of Justice of the European Union Since its Origin. U: Rosas, A., Levits, E., Bot, Y. (eds.). *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, The Hague: T.M.C. Asser Press. 9–48.

Vaughan, D., Gray, M. (2008). Litigating in Luxembourg and the Role of the Advocate at the Court of Justice. u: Arnall, A., Eeckhout, P., Tridimas T. (prir.), *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*. Oxford, Oxford University Press. 48–69.

Wathelet, M., Wildemeersch, J. (2010). *Contentieux européen*, Bruxelles: Groupe De Boeck.

**Maja Lukić, LL.D.**

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of Belgrade*

## **UNDERSTANDING THE ROLE OF THE ADVOCATES GENERAL IN THE EU JUDICIAL SYSTEM**

### **Summary**

*This paper considers primarily the role of the Advocates General of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the post-Lisbon Treaty environment. That role has so far evolved alongside with the evolution of the CJEU itself. After providing a brief historical overview, the author focuses on the appointment of Advocates General and the composition of their cabinets, and discusses the relevance of the Advocates General in the post-Lisbon judicial architecture of the EU. The latter assumes consideration of the ongoing transformation of the EU judicial system. The second focal point of this paper is a discussion on the question whether Advocates General are still needed, and whether they shall be needed in view of the challenges the CJEU may reasonably be expected to face in the future. The reflection comprises arguments in favor and against keeping the institute of Advocates General within the CJEU structure. Upon balancing the provided arguments, it can be concluded that the mechanism of Advocates General is indispensable to the EU since its ongoing transformation requires constant creation of legal rules. The practice so far has proved the great value of Advocates General for that particular need.*

**Keywords:** *Court of Justice of the EU, Advocate General, TFEU 255 panel, CJEU reform.*

**Dr Aleksandar Ćirić,\***  
Redovni profesor Pravnog fakulteta  
Univerzitet u Nišu

**Dr Predrag Cvetković,\*\***  
Redovni profesor Pravnog fakulteta  
Univerzitet u Nišu

originalan naučni članak  
doi:10.5937/zrpfni1674145C

UDK: 330.322.16

Rad primljen: 30.09.2016.  
Rad prihvaćen: 25.10.2016.

## **EX ANTE I EX POST KONTROLA JAVNOG INTERESA U SPORAZUMIMA O JAVNO-PRIVATNOM PARTNERSTVU\*\*\***

**Apstrakt:** Predmet rada je analiza odredbi sporazuma o javno-privatnom partnerstvu (dalje i: „JPP“) u kontekstu kontrole ostvarivanja javnog interesa u pripremi i implementaciji JPP projekata. Metodologija ostvarivanja kontrole javnog interesa u JPP projektima kroz sporazume o javno-privatnom partnerstvu ima dva aspekta. Prvi aspekt je obezbeđenje verifikabilnih parametara pravnih, ekonomskih i tehnoloških uslova i postupka izbora najpovoljnije ponude za realizaciju javno-privatnog partnerstva (ex ante metodološki aspekt): ovi uslovi predstavljaju temelj budućeg sporazuma o JPP-u. Ex ante metodologija bi trebalo da obezbedi instrumente za kontrolu javnog interesa kroz unapred utvrđene mehanizme verifikacije ispunjenja sporazuma od strane privatnog partnera. Drugi aspekt jeste da se samim sporazumom obezbedi adekvatna implementacija elemenata koji obezbeđuju fleksibilnost realizacije ugovora, te efektivni nadzor te realizacije (ex post metodološki aspekt). U krajnjem, ključ metodološkog pristupa sporazuma o javno-privatnom partnerstvu u kontekstu kontrole ostvarivanja javnog leži u sprečavanju da javni partner podleže iskušenju jednostavnih rešenja. Umesto toga, potrebno je da jasno definiše očekivanja koja kao titular javnog interesa ima od JPP projekta, te limite sopstvene odgovornosti.

**Ključne reči:** javno-privatno partnerstvo i koncesije, sporazum o JPP-u, metodologija „vrednosti za novac“, „hold-up“ problem.

---

\* aciric@prafak.ni.ac.rs

\*\* pepi@prafak.ni.ac.rs

\*\*\* Rad je rezultat istraživanja u okviru Projekta «Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru», br. 179046, koji sprovodi Pravni fakultet u Nišu, a finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

## 1. Uvod

Ugovori o javno-privatnom partnerstvu su ugovori *sui generis*: navedena karakterizacija označava njihovu povezanost kako sa javnopravnim, tako i sa privatnopravnim kanonima i pravilima: naime, kroz javno-privatno partnerstvo prelamaju se radnje, činjenice i aspekti koji mogu imati javnopravnu (efikasna realizacija javnog interesa) ili privatnopravnu konotaciju (izvršenje ugovora na ekonomski opravdan način). Oba navedena pristupa imaju svoju refleksiju u ugovorima o javno-privatnom partnerstvu. Navedena karakteristika ugovora o JPP-u neposredna je potvrda opravdanosti holističkog (celovitog) pristupa kao intelektualne platforme za analizu javno-privatnog partnerstva. Jedino takav (a ne partikularni, policentrični pristup) može da obuhvati kompleks složenih socijalnih, tehničkih, ekonomskih i pravnih pitanja koja angažuje projekat JPP-a. Opisanom pristupu korenspondira *sui generis* struktura ugovora, koji je pravni okvir realizacije javno-privatnog partnerstva.

*Sui generis* pravni dizajn ugovora o JPP-u ima za cilj da obezbedi ostvarivanje javnog interesa kroz realizaciju projekta javno-privatnog partnerstva. Odnos javnog i privatnog interesa u svakom konkretnom slu čaju je jedinstven i po pravilu u značajnoj meri (zbog karaktera projekta) nepredvidiv u ishodu. Mogućnost da JPP kao pravna konstrukcija *sui generis* „uzme najbolje od oba sveta“ (zaštitu javnog interesa i solidarnost iz javnog sektora, odnosno preduzetničku logiku iz privatnog) ne ostvaruje se uvek i bezuslovno. Verovatnoća realizacije opisane mogućnosti zavisi od toga da li pravila javnopravnog i privatnopravnog karaktera međusobno konvergiraju na način koji omogućava da ugovor o javno-privatnom partnerstvu kao okvir konkretnog JPP-a funkcioniše efektivno (sa željenim rezultatom kreiranja dodate vrednosti) i legitimno (sa prihvatanjem njihove obaveznosti). Pri tome, od ključnog je značaja da javni i privatni interes, mada partnerski postavljeni, i dalje ostaju u latentnoj konkurenciji koja se realizuje u pravnim okvirima JPP-a. U graničnim situacijama, međutim (kada nije moguće ostvariti istovremeno oba interesa) javnopravni se interes ima smatrati interesom prvog reda. Uslove i način ostvarivanja ove supermacije trebalo bi brižljivo urediti kroz kontrolu realizacije javnog interesa u JPP projektima.

Navedena kontrola ima dva aspekta.

Prvi aspekt je da potreba obezbeđenja javnog interesa bude parametar za pravnu i ekonomsku pripremu uslova i postupka za izbor najpovoljnije



ponude za realizaciju javno-privatnog partnerstva (*ex ante* metodološki aspekt): ovi uslovi predstavljaju temelj budućeg ugovora o JPP-u. Ispoljavaju se kroz definisanje kriterijuma u postupku izbora najpovoljnije ponude privatnog partnera. Drugi aspekt (koji je zavistan od prvog, odnosno uspeha u obezbeđenju kontrole *ex ante*) jeste da se u samom ugovoru obezbede elementi za adekvatnu kontrolu javnog interesa tokom implementacije ugovora o JPP-u (*ex post* metodološki aspekt).<sup>1</sup>

---

1 Zakon o javno-privatnom partnerstvu Republike Srbije (Sl. glasnik RS», br. 88/2011 i 15/2016) predviđa dva vremenska okvira sprovođenja nadzora nad realizacijom projekta javno-privatnog partnerstva: fazi koja prethodi zaključenju javnog ugovora (*ex ante* nadzor; dalje i: prethodni nadzor) i fazi realizacije projekta (*ex post* nadzor; dalje: nadzor realizacije). Prethodni nadzor u tvrđen je normama Zakona o JPP-u i koncesijama. U ove norme spadaju norme generalne primene (poput načela sadržanih u članu 6 Zakona: načela efikasnosti; načela transparentnosti; načela jednakog i pravičnog tretmana; načela slobodne tržišne utakmice; načela proporcionalnosti; načelo autonomije volje; načelo ravnopravnosti subjekta). Ova načela i pravila generalne primene relevantna su i za fazu nadzora realizacije zaključenog javnog ugovora. Suštinski, ova načela predstavljaju pravne standarde koji se koriste da se u konkretnim okolnostima u tvrdi da li javno-privatno partnerstvo (bilo u fazi pripreme-prethodni nadzor, bilo u fazi implementacije-nadzor realizacije) služi ostvarivanju javnog interesa. Pored generalno primenljivih principa Zakona o JPP-u, prethodni nadzor ostvaruje se kroz pravila o postupku i način dodele javnog ugovora. Prethodni nadzor se ostvaruje pre svega striktnim poštovanjem (imajući u vidu kognitivnu prirodu pravila Zakona) normi kojima se uređuju: kriterijumi izbora privatnog partnera (videti čl. 20 Zakona); pravila kojima je uređen postupak objavljivanja javnog poziva, uključujući i poštovanje rokova za prijem ponuda i njihovu sadržinu (čl. 22–25 Zakona). Prethodni nadzor nad projektom JPP-a bez elemenata koncesije sprovode organi kojima javno telo podnosi predlog JPP projekta radi davanja saglasnosti (Vladi Republike Srbije, Vladi Autonomne pokrajine ili Skupštini jedinice lokalne samouprave, u zavisnosti od toga ko se javlja u ulozi javnog partnera; videti čl. 26 Zakona). Sadržina predloga samim Zakonom iscrpno je opredeljena. Takav pristup ima za cilj da se telima koja imaju zadatak da procene da li je opravdano davanje saglasnosti na predlog JPP projekta obezbedi dovoljno parametara za odluku koja će biti u skladu sa ostvarivanjem javnog interesa (videti čl. 27 Zakona). Dodatni nivo nadzora vrši i Komisija za JPP i koncesije koja daje ocenu sa karakterom obaveznog mišljenja o tome da li se konkretni predlog projekta može realizovati u formi JPP-a (videti čl. 27 Zakona). Prethodni nadzor nad JPP projektom sa elementima koncesije sprovodi stručni tim koga imenuje javno telo koje ima nameru da sprovede koncesiju u formi JPP-a. Videti i Uredbu o nadzoru nad realizacijom javnih ugovora o javno-privatnom partnerstvu (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 47/2013).

## 2. *Ex ante* aspekt kontrole javnog interesa

Suština *ex ante* kontrole javnog interesa u ugovorima o JPP-u jeste da u toku same pripreme ugovora javni partner mora da deluje imajući u vidu perspektivu njegove implementacije. Metodologija *ex ante* zahteva da javni partner adekvatno:

- specifikuje predmet prestacije privatnog partnera;
- obezbedi kriterijume i mehanizme za verifikaciju ispunjenja prestacije privatnog partnera, uključujući i kriterijume za određivanje dobijene „vrednosti za novac“<sup>2</sup>;
- definiše prioritet projekta, u slučaju tenzije između konkurentnih ciljeva koji se projektom ostvaruju (najčešće se radi o ekonomskoj efikasnosti, sa jedne, i zaštiti dostupnosti javnih usluga socijalno ugroženim slojevima, sa druge strane);
- obezbedi transparentnost;

---

2 Javno-privatno partners tvo jedan je od tri načina realizacije projekata infrastrukture i obavljanja delatnosti od javnog interesa. Preostala dva su: realizacija ovih projekata korišćenjem sopstvenih finansijskih, personalnih i drugih resursa (tzv. „*in house*“ metod) ili finansiranje kroz kreditni kapital. Isplativost javno-privatnog partnerstva u odnosu na druga dva gore navedena metoda razvoja javnog interesa procenju je se kroz metodologiju komparacije vrednosti koja se dobija primenom sve tri metode za konkretni projekat („*Value for Money*“ analiza). Komisija za javno-privatna partnerstva i koncesije Republike Srbije, osnovana prema Zakonu o javno-privatnim partnerstvima i koncesijama, usvojila je dokument nazvan „Metodologija za analizu dobijene vrednosti u odnosu na uložena sredstva (*Value-for-Money*) u javno-privatnom partnerstvu i koncesijama“. Navedeni dokument jezgrovito definiše pojam metodologije „vrednosti za novac“ (paragraf 3, strana 1): „*Utvrdjivanje dobijene vrednosti u odnosu na uložena sredstva (utvrđivanje «vrednosti za novac»; e. value for money, VfM) je primena analitičkog postupka u okviru koga se nastoji kvantitativnim putem utvrditi da li je za poreske obveznike od veće koristi da se primeni tradicionalni model investiranja u kome se javno telo pojavljuje u ulozi investitora, preuzimajući sve ili pretežan deo rizika javne investicije, ili im se više isplati da nabave uslugu od ponuđača iz privatnog sektora, prenoseći (alocirajući) većinu rizika na njega, kada se radi o javno-privatnom partnerstvu (JPP). Dakle, u osnovi ideje maksimizacije dobijene vrednosti za javni novac (sredstva) je prenos određenih rizika javne investicije na privatnog partnera. U tom smislu, Evropska komisija definiše javno-privatno partnerstvo kao partnerstvo između javnog i privatnog sektora koje ima za cilj pružanje usluge koju tradicionalno obezbeđuje javni sektor. Javni sektor se javlja u ulozi naručioca koji ima za cilj da obezbedi pružanje javne usluge korisniku, dok se privatni sektor javlja u ulozi izvršioca i ima za cilj da pruži javnim ugovorom definisane usluge*“. Metodologija je dostupna na sajtu komisije <http://www.ppp.gov.rs>.

- prevenira situaciju u kojoj ne može da odustane od ugovora koji privatni partner krši iz razloga oportuniteta.<sup>3</sup>

Suštinski, *ex ante* metodologija bi trebalo da obezbedi instrumente za verifikaciju ispunjenja ugovora od strane privatnog partnera. Ukoliko takva verifikacija nije moguća ili je neracionalna (finansijski ili na drugi način), postoji sumnja da je javno-privatno partnerstvo neadekvatan modalitet za realizaciju projekta čiji je cilj unapređenje javnog interesa, te da bi javni partner u konkretnom slučaju trebalo da koristi druge opcije (korišćenje sopstvenih resursa ili kreditnog kapitala).

Na primer, ukoliko se radi o koncesiji za izgradnju i eksploataciju postrojenja za preradu otpada, nemogućnost da se utvrdi količina otpada koja se može potencijalno preraditi u postrojenju predstavlja razlog da se preispita odluka o ulasku u projekat. Naime, u odsustvu jasne verifikabilne informacije javni partner nema parametar za definisanje drugih elemenata projekta javno-privatnog partnerstva

---

3 Problem oportunitizma u realizaciji projekta javno-privatnog partnerstva potiče iz načelnog stava da aktere JPP-a karakteriše „ograničena racionalnost“ (e. *bounded rationality*): granica njihove racionalnosti definisana je njihovim interesima. Interesima definisana racionalnost aktera JPP-a ustanovljava potencijal za njihov oport unizam. Racionalnost javnog partnera zasnovana je na ostvarivanju političkih ciljeva. Ova racionalnost u državama u tranziciji često ne prelazi granicu trajanja izbornog perioda: time se direktno sukobljava sa perspektivom razmatranja prava, obaveza i odgovornosti aktera javno-privatnog partnerstva, koja se vremenski prostiru na više godina, čak i decenija. Sa druge strane, racionalnost privatnog partnera ograničena je na tržišni modalitet delovanja, u kome načelno nema mesta za javni interes čije je ostvarivanje konstitutivni element javno-privatnog partnerstva. Oportunitizam strana javno-privatnog partnerstva je nastojanje jedne od strana (javne ili privatne) da iz sebičnih razloga zahteva od druge strane ponašanje koje je s uprotno principima na kojima JPP funkcioniše, *in concreto* implementiranim u ugovoru o JPP-u. Ilustracija oportunog ponašanja privatnog aktera je sledeća: ugovorom sa javnim partnerom privatni partner se obavezao da realizuje projekat o izgradnji i eksploataciji postrojenja za preradu otpada. Projekat se realizuje kroz dve faze: fazu izgradnje i fazu eksploatacije. Ugovor koji bi trebalo da traje deset godina privatni partner ima nameru da raskine u petoj godini trajanja ugovora (što je rok u kome se okončava faza izgradnje postrojenja i započinje njegova eksploatacija). Dakle, nakon što je završio fazu izgradnje i naplatio cenu za izgrađeni objekat, privatni partner se odlučuje za raskid. Raskidom gubi pravo na nadoknadu za eksploataciju postrojenja, uz obavezu plaćanja štete za raskid. Razlog raskida je što privatni partner ima mogućnost da svojoj personal i logističke kapacitete transferiše u cilju obavljanja drugog, lukrativnijeg projekta čija je margina profita takva da mu omogućava da, i nakon plaćanja nadoknade štete zbog raskida ugovora, ostvari odgovarajuću dobit.

(koncesione nadoknadu; visine nadoknade koju potencijalni koncesionar naplaćuje po toni i slično). Time je u nemogućnosti da na odgovarajući način utvrdi kriterijume za ocenjivanje ponude. U krajnjem, ulazak u javno- privatno partnerstvo bez opisane informacije bio bi spekulativan i rizičan, bilo da je procena viša, bilo da je niža u odnosu na raspoloživu količinu otpada (količinu koja nije verifikabilna), imajući u vidu sledeće:

- procena koja bi bila previsoka u odnosu na stvarno raspoloživu količinu otpada (količinu koja je u realnosti manja) stvorila bi osnov odgovornosti javnog partnera zbog činjenice da je privatni partner zasnovao svoju ponudu na podacima javnog partnera za koje se ispostavilo da su netačni ili nepotpuni;
- procena količine otpada koja bi bila niža u odnosu na stvarno raspoloživu uslovlila bi da postrojenje ne vrši svoju primarnu funkciju: upravljanje otpadom na određenoj teritoriji. Naime, privatni partner bi izgradio postrojenje čiji kapaciteti ne bi bili dovoljni za stvarno raspoložive količine otpada.

U opisanom primeru, moguće rešenje je da se rizik utvrđivanja količina otpada prebaci na privatnog partnera.<sup>4</sup> Sa druge strane, takvo alociranje rizika protivreči jednom od principa raspodele rizika u JPP projektima: rizike snosi strana koja je u poziciji da njima upravlja na najefikasniji način. Jasno je da informacije o karakteristikama predmeta JPP-a spadaju u polje „znanja“ javnog partnera koji je u skladu sa tim u poziciji da efikasno upravlja rizikom neadekvatne procene količine otpada koja bi trebalo da bude predmet prerade.

Uspeh u definisanju parametara verifikacije uslovljen je i strukturom ugovora. Opisana uslovljenost ilustruje se praktičnim primerom projekta javno-privatnog partnerstva za održavanje metroa u Londonu. Javno-privatno partnerstvo je bilo ograničeno na održavanje infrastrukture, dok je upravljanje ostalo u polju odgovornosti javnog partnera. Projektom

---

<sup>4</sup> U jednom od ugovora o koncesiji za izgrađnju i eksploataciju postrojenja za upravljanje otpadom korišćena je sledeća formulacija: „*Koncedent ima obavezu da omogući potencijalnom ponudocu da, ukoliko smatra za potrebno, o svom trošku i svojim sredstvima ispita strukturu i obim otpada, uz obavezu javnog partnera da uloži najbolje napore u omogućavanju takvog ispitivanja potencijalnim ponudocima*“. Opisana alokacija rizika za stvarne količine i strukturu otpada na privatnog partnera u ovom slučaju amortizovana je klauzulom „najboljih napora“ (e. „*best effort clause*“) javnog partnera (bez jasno definisane obaveze javnog partnera kao „obaveze rezultata“ (e. „*obligation of result*“) da podrži privatnog partnera u ispitivanju količine i strukture otpada.

je predviđeno da tri privatna partnera održavaju metro, pri čemu je svako od njih nadležan za određeno područje. Odvajanje segmenta održavanja (u nadležnosti privatnog sektora) i eksploatacije (faza koja je ostala u nadležnosti javnog sektora) lišilo je javni sektor mogućnosti da se koriste jednostavni kriterijumi učinka privatnog partnera, poput tačnosti i pouzdanosti usluga prevoza (što bi bilo moguće da je privatni partner dobio mogućnost i upravljanja i održavanja). Kako je javni partner odgovoran za vršenje usluge prevoza, bilo je nužno definisati mere za verifikaciju ispunjenja obaveze privatnog partnera (obaveze održavanja) zasnovane na proceni uticaja održavanja na efikasnost prevoza metroom (efikasnost same eksploatacije, koju vrši javni partner). Opisane mere bile su složene u strukturi i kompleksne za kalkulaciju (Burnett, 2013: 223). Iz opisanog primera jasno je da bi kriterijumi verifikacije trebalo da budu vezani za učinak (rezultat; e. „*output based criteria*“), uz minimalne specifikacije ulaznih vrednosti. Time se, između ostalog, podstiče inovativnost privatnih partnera u postupku izbora najpovoljnijeg ponudioca.

Ugovorne odredbe takođe mogu da budu formulisane na način koji podstiče realizaciju javno-privatnog partnerstva u pravcu ostvarivanja tačno određenog cilja. Primer ovakvih odredbi je definisanje cene (tarife) koju privatni partner naplaćuje od korisnika infrastrukture za pružene usluge.

Tako, ukoliko je primarni cilj privatnog partnera da obnavlja postojeću infrastrukturu, ugovorom će biti predviđen metod određivanja cene na osnovu garantovane stope povraćaja investicije privatnom partneru (e. *rate of return*). Stopa povraćaja dobija se na osnovu vrednosti investicije javnog partnera i roka trajanja projekta JPP-a. Po utvrđivanju stope povraćaja, formiraju se tarife koje mogu biti fiksirane za određeni period vremena. Sporazumom o JPP-u može se predvideti mogućnost tzv. regulatornog intervala, odnosno vremena u kome se tarife ponovo utvrđuju, uzimajući u obzir okolnosti u kojima funkcioniše projekat javno-privatnog partnerstva. Po pravilu je privatni partner taj koji inicira pregovore o usklađivanju tarifa, s obzirom na to da je cena često definisana kao deo oportune (agresivne) ponude, čija je sadržina (pa i cena) formulisana prevashodno sa ciljem da bude izabrana kao najpovoljnija u postupku izbora privatnog partnera, dok su parametri njene realizacije u fazi implementacije javno-privatnog partnerstva u drugom planu.<sup>5</sup>

---

5 U postupku izbora najpovoljnije ponude za realizaciju privatnog partnerstva javljaju se ponudjoci čije su ponude agresivne i oportune. Agresivna (oportuna)

U slučaju da je za javnog partnera ključni cilj povećanje nivoa efikasnosti postojećih infrastrukturnih postrojenja (a ne obnova postojeće infrastrukture), koristiće sistem maksimalne cene (e. *price cap*) zasnovan na najvišem iznosu tarife koji definiše javni partner. Visina tarife je zasnovana na ceni isporučene usluge ili dobra (na primer, kod vodosnabdevanja osnov tarife je cena vode). Prilikom određivanja cena javni partner ulazi u sledeći rizik: ukoliko maksimalno određeni iznos bude previsok, privatni partner ostvaruje profit bez podsticaja da efikasno realizuje projekat JPP-a; ukoliko je maksimalno dopuštena cena preniska, ugrožava se finansijska održivost projekta javno-privatnog partnerstva, što na prvi pogled šteti samo privatnom partneru, ali se dugoročne i političke posledice prenose i na javnog partnera, zbog izostanka odgovarajućeg kvaliteta i obima vršenja delatnosti od javnog interesa.

Za razliku od tarife određene prema garantovanoj stopi povraćaja (zasnovanoj na proceni prethodnih, „istorijskih“ troškova investicije), tarifa određena utvrđivanjem maksimalno dopuštene cene bazirana je na proceni budućih troškova. Odgovarajuće utvrđena visina maksimalno dopuštene tarife podsticaj je privatnom partneru da smanji operativne troškove (jer mu tada veći procenat tarife ostaje kao prihod). Posle svakog regulatornog intervala usaglašavaju se iznosi maksimalnih cena. Važno je da ugovorom javni partner obezbedi pravo da se cene usaglašavaju na način koji štiti njegove interese, pre svega klauzulom ponovnog pregovaranja<sup>6</sup>. Značajan deo interesa javnog partnera obezbeđuje se određivanjem početne tarife za pružanje usluga od javnog interesa (tarife koju naplaćuje privatni partner): ukoliko je ona na odgovarajući način definisana, raste verovatnoća da će i njena usaglašavanja tokom kasnijeg perioda biti u skladu sa očekivanjima javnog partnera.

---

ponuda je ona koja sadrži podatke i obavezivanja za koja ponudilac (u kontekstu JPP-a privatni partner) pretpostavlja da neće morati da ih ispuni u celosti (zbog činjenice da postoji asimetričnost informacija u odnosu na javnog partnera ili zbog visokih transakcionih troškova, odnosno političkih posredica zamene izabranog partnera novim).

<sup>6</sup> Klauzula ponovnog pregovaranja (reviziona klauzula) je klauzula (odredba) ugovora javnog i privatnog partnera kojom se u tvrđuju postupak i uslovi njegovog revidiranja. Političke, ekonomske i druge premise na kojima je zasnovan ugovorni odnos promenljive su veličine, pri čemu se mogu pojaviti i okolnosti čije nastupanje nije bilo moguće predvideti, a čija je posledica suštinska izmena karaktera ugovora i balansa prava i obaveza ugovarača. Za prosuđivanje o u ticaju klauzule ponovnog pregovaranja na eliminisanje rizika poremećaja ugovorne ravnoteže, od značaja su sledeća pitanja: okolnost koja se smatra „pokretačem“ pregovora („okidač“ pregovora); predmet pregovaranja; posledice neuspeha pregovora. Videti: Gotanda, 2003.

Posebno važno je *ex ante* definisanje podsticaja transparentnosti i saradnje u razmeni informacija. Princip je sledeći: teret obezbeđenja informacije i podsticaj njenog otkrivanja usmeren je ka akteru (privatnom ili javnom) koji informaciju poseduje ili je razumno očekivati da je može pribaviti. Primenjen na obavezu privatnog partnera da „podeli“ informacije sa javnim partnerom, princip deluje na sledeći način: ukoliko se radi o projektu koji je praćen dinamičnim razvojem tehnologije, privatni partner se ugovorom može obavezati da svoju tehnologiju u određenom roku upodobi tehnološkom napretku. Ovom obavezom prevenira se mogućnost da privatni partner kalkuliše predlogom za realizaciju projekta time što će predložiti korišćenje starijih tehnologija. Mogućnost manipulacije eliminisana je time što bi privatni partner koji (mada svestan postojanja i raspoloživosti nove tehnologije) predlaže korišćenje zastarele tehnologije, kasnije bio (u skladu sa ugovornom obavezom upodobljavanja) izložen visokim troškovima implementacije savremenih tehnologija u okviru konkretnog projekta javno-privatnog partnerstva. Opisani mehanizam opravdan je iz sledećeg razloga: informaciju o savremenim tehnologijama po pravilu ima privatni partner kome je posedovanje takvih informacija ključno za uspeh na tržištu. Pribavljanje ove informacije od strane javnog partnera bi finansijski i logistički bilo neodrživo i zahtevalo bi projekat o projektu. Stoga, u slučaju da pitanje upodobljavanja tehnologije savremenom razvoju ostane neregulisano, izostaje i podsticaj za privatnog partnera da obezbedi informaciju o načinu njegovog rešavanja: od izostanka takve informacije privatni partner ima samo korist (manja cena za zastarelu tehnologiju i viši nivo profita).

Takođe, opšte formulisani kriterijumi poput „kvaliteta usluga“ koji bi trebalo da budu rezultat realizacije projekta javno-privatnog partnerstva moraju da budu konkretizovani: u suprotnom, postoje teškoće u definisanju njihovog ispunjenja, čime se redukuje vrednost ovih kriterijuma za javnog partnera u postupku kontrole učinka privatnog partnera. Kod usluga sa karakteristikom delatnosti od opšteg interesa ima mesta stavu da je neophodno inkorporirati minimalne standarde isporuke robe i vršenja usluga u sam ugovor: ovi standardi ne mogu biti predmet pregovora.

U *ex ante* metode kontrole javnog interesa u ugovoru o JPP-u ubraja se i prethodno definisanje iskustva i finansijske solidnosti ponudioca. Ovi kriterijumi po pravilu su eliminatorni: ukoliko nisu ispunjeni, ponuda nije predmet daljeg razmatranja. Podobnost privatnog partnera podrazumeva dokaz o finansijskoj solidnosti. Tako podnosioc ponude

treba da dokaže da ima pristup ili ima raspoloživa likvidna sredstva, nepokretnosti bez opterećenja, kreditne linije i druga sredstva. Navedena sredstva bi trebalo da zadovolje zahteve vezane za novčane tokove neophodne za realizaciju ugovora u slučaju zastoja ili odlaganja početka rada.

Važan elementat podobnosti privatnog ponudioca su i ljudski resursi. Potencijalni ponudilac je dužan da obezbedi opšte informacije o upravljačkoj strukturi i o raspoloživosti kvalifikovanog personala za određene ključne pozicije koje su navedene u javnom pozivu, za period implementacije ugovora.

Takođe, u cilju sticanja opšte slike o tržišnom profilu privatnog partnera, podnosilac ponude mora da obezbedi podatke o tekućim pravnim procesima i sporovima koji su proistekli iz okončanih ili ugovora čije je izvršenje u toku, kao i podatke o procesima i sporovima koji su vođeni u određenom periodu koji prethodi započinjanju postupka izbora najpovoljnije ponude za realizaciju javno-privatnog partnerstva.

Iz gore navedenog očigledno je da javno-privatno partnerstvo kao koncept uslovljeno prethodnim, *ex ante* rešavanjem kompleksnih pitanja: ovo rešavanje pretpostavlja postojanje određenog nivoa ekspertize i znanja na strani javnog partnera. Ukoliko takve ekspertize nema, ulazak u javno- privatno partnerstvo ne može da bude bazirano na verifikabilnim kriterijumima u činka privatnog partnera, što za posledicu ima nastanak rizika prekida kontinuiteta zaštite javnog interesa kao temeljnog elementa u realizaciji projekata sa privatnim akterima u javnom sektoru.

### **3. *Ex post* aspekt kontrole javnog interesa**

Dok je ostvarivanje pouzdanosti verifikacije u činka privatnog partnera ključni cilj *ex ante* kontrole javnog interesa u ugovorima o javno-privatnom partnerstvu, pitanje kontrole javnog interesa u fazi realizacije ugovora je da se fleksibilnost ugovora ne iskoristi za ugrožavanje navedenog interesa. Ugovori o javno-privatnom partnerstvu trebalo bi da obezbede mehanizam upodobljavanja njegove sadržine izmenama konteksta.

Obezbeđenje fleksibilnosti počiva i na međusobnom poverenju strana i kooperaciji. Poverenje i kooperacija su elementi koji dolaze do izražaja u fazi realizacije ugovora o javno-privatnom partnerstvu, s obzirom na to da u fazi pripreme javni partner (jednako kao i privatni) vode računa i štite sopstvene interese.



Kada se radi o fleksibilnosti ugovora, jasno je da pravni sistem ne može da odvraća strane od oportunističkog ponašanja u ugovornim odnosima.<sup>7</sup> Ukoliko obaveza uzdržavanja od oportunizma nije predmet ugovorne saglasnosti ugovarača, treća strana (sud ili arbitražna) nema mogućnost da je sankcioniše (Posner, 2000: 749–750). U kontekstu JPP-a, ilustracija okolnosti u kojima sud ili arbitražna ne mogu da sankcionišu oportuno ponašanje privatnog partnera je sledeća: treća strana (sud ili arbitražna) može imati znanje o postojanju određenih političkih ciljeva javnog partnera koji su razlog ulaska u projekt javno-privatnog partnerstva. Ovi su ciljevi razlog za JPP projekat, ali ne moraju biti izričito ugovorom definisani mimo generalne deskripcije (smanjenje siromaštva, dostupnost infrastrukture, zaštita javnog interesa u najširem smislu). Suprotan pristup koji bi podrazumevao da sud ili arbitražna tumače meru ostvarivanja opšte navedenih političkih ciljeva sadržanih u ugovoru (bez jasnih verifikabilnih kriterijuma za utvrđivanje njihove ispunjenosti) značio bi da sudbina ugovora zavisi od opštih izjava ugovarača (slično kao kod preambula međunarodnih sporazuma) čime se potencijalno narušava integritet ugovornih obaveza.

Obezbeđenje fleksibilnosti ugovora (pa samim tim i eliminisanje potencijalnog oportuniteta aktera) ostvaruje se ukoliko je ugovor kao formalna struktura prožet principom solidarnosti i kooperacije: primarne obaveze iz ugovora smatraju se osnovom za dalje upodobljavanje ugovora varijacijama konteksta koji ga okružuje.<sup>8</sup> Kooperacija bi trebalo bi da omogući da *lacunae* budu adekvatno ispunjene kroz saradnju ugovarača. Time se omogućava da određeni elementi razmene koji nisu utvrđeni u ugovoru (pa samim tim njihovu pravnu perfektnost ne može verifikovati treća strana-sud ili arbitražna) budu samoizvršive obaveze. Samoizvršivost je karakteristika postupanja strana koje izvršavaju obaveze ne zbog potencijalne odgovornosti za štetu, već zbog međuzavisnosti u izvršenju ugovora: javni partner pristaće na upodobljavanje ugovora o JPP-u jer tržište ne omogućava supstituciju postojećeg partnera novim partnerom koji će adekvatno realizovati projekat (javni partner je u problemu „ograničenja izbora“ – „hold up“

---

7 Oportunizam strana javno-privatnog partnerstva je nastojanje jedne od strana (javne ili privatne) da iz sopstvenih razloga zahteva od druge strane ponašanje koje je suprotno principima na kojima funkcioniše JPP, *in concreto* implementiranim u ugovoru o javno-privatnom partnerstvu. Videti više *supra* u napomeni 5.

8 U literatu ri se sugeriše da u dugoročnim ugovorima „pravna sredstva igraju sekundarnu ulogu (...) i da nepravni faktori igraju ključnu ulogu u rešavanju sporova“ (McKendrick, 1995: 305, 309–310).

problem).<sup>9</sup> Privatni partner će adaptirati ugovor kako bi očuvao poslovni ugled i sačuvao reputacionu vrednost neophodnu za dalje funkcionisanje na tržištu. Opisani balans na kome se zasniva samoizvršivost ugovora o JPP-u ostvaruje se i kroz dužnost kooperacije: u pravnom smislu, ova se dužnost reflektuje kroz ugovorom predviđenu dinamiku, sadržinu i institucionalni format pregovora, stalnu razmenu informacija, transparentost podataka o efikasnosti funkcionisanja projekta javno- privatnog partnerstva i slično. Takođe, sama činjenica raspoloživosti pravnih sredstava za rešavanje sporova ima značajan indirektan uticaj na kooperativno ponašanje strana: naime, poslovni ljudi načelno izbegavaju sporove.<sup>10</sup> Raspoloživost pravnog puta za zaštitu sopstvenih prava čini „senku prava“ u kojoj strane pregovaraju o postojećim ili potencijalnim konfliktima proizišlim iz ugovora u pitanju.

Ilustracija značaja kooperacije za održivost balansa interesa javnog i privatnog partnera kao pretpostavke samoizvršivosti ugovora je sporazum o javno-privatnom partnerstvu kojim se privatni partner obavezuje da izgradi objekat za preradu otpada u cilju proizvodnje energije (e. „Waste to Energy“) i eksploatiše ga određeni broj godina. Prilikom eksploatacije izgradnje objekta, javni partner može da zadrži pravo da učestvuje u delu dobiti koja se ostvaruje kroz prodaju električne energije proizvedene iz postrojenja. Može se ugovoriti da privatni partner ima pravo da prodaje električnu energiju do određene količine, a da se korist (cena) od viška dobijene električne energije deli između javnog i privatnog partnera. To znači da između javnog i

---

9 Problem „ograničenja izbora“ vid je oportunog ponašanja privatnog partnera u kontekstu javno-privatnih partnerstava. On nastaje kada se po obimu i strukturi optimalna transakcija (kvalitet izrade, vreme isporuke, količina proizvoda/ usluga) ne može definisati sa sigurnošću *ex ante*. *Hold up* problem je oblik *ex post* oportunitizma jedne od ugovornih strana koji nastaje zbog specifične svrhe elemenata transakcije. Stoga je druga strana u nefleksibilnoj poziciji (bez alternativnih opcija). U kontekstu JPP-a specifičnost se pre svega odnosi na tehnologiju, ljudski kapital, *know-how* privatnog partnera. Uspeh investicije javnog partnera zavisi od ponašanja vlasnika druge imovine (privatnog partnera) koji ima znanja i sposobnosti koja se ne mogu supstituisati na tržištu. Suštinski, problem ograničenja izbora u kontekstu javno-privatnog partnerstva je situacija u kojoj javni partner omogućiti da privatni partner uloži novac u projekat JPP-a, nakon čega privatni partner izvrši modifikaciju distribucije koristi na način da ima viši nivo dobiti od projekta nego što je to opravdano ulaganjima koja je u činio.

10 Ideja da ugovorna sredstva za povredu ugovora praktično nisu od značaja kod dugoročnih ugovora je tema koja se analizira u literaturi. Prisutni su stavovi da se „iz rezultata empirijskih studija nameće zaključak da se formalna pravna sredstva retko koriste kod dugoročnih ugovornih odnosa“ (Harris, 2005: 27–28, 31–38).

privatnog partnera mora da postoji transparentnost informacija o nivou proizvodnje, metodologiji korišćenja postrojenja, marketinškom pristupu i slično. Ovaj odnos zahteva određeni nivo poverenja i odnos *intuitu personae*.

Kooperacija se efikasno može podstaći kroz mehanizam definisanja cene. Kod kompleksnih JPP ugovora postoji mehanizam utvrđivanja maksimalne cene privatnog partnera (*Guaranteed Maximum Price* – GMP cena). Reč je o ceni koja se duguje privatnom partneru za eksploataciju postrojenja, a koja uključuje stvarne troškove eksploatacije (koji su promenljivi parametar) uz dodatak fiksne nadoknade. Ukoliko ukupan iznos nadoknade pređe GMP cenu, privatni partner nema pravo da traži razliku u ceni. U slučaju da je cena manja nego što je to GMP cena, pozitivnu razliku zadržava javni partner. Privatni partner je, dakle, ekonomskim razlogom (snosi teret povećanja troškova maksimalne garantovane cene) prinuđen da tokom realizacije ugovora teži efikasnom korišćenju resursa kako bi obezbedio veći profit. Istovremeno je dužan da stvarne troškove eksploatacije obrazloži i opravda javnom partneru kroz dostavljanje izveštaja o metodama eksploatacije, programu rada, cenama, uslovima ugovora sa korisnicima usluga u svetlu potrebe ostvarivanja javnog interesa. Javni partner je motivisan (jer zadržava pozitivnu razliku u ceni) da prati i učestvuje u realizaciji ugovora. Opisani metod razvija međusobnu saradnju i kooperaciju.

Kako su krize u odnosu ugovarača pratilac svakog ugovornog odnosa (a posebno kompleksnog i dugoročnog ugovora poput ugovora o JPP-u), moguće je da solidarnost i saradnja erodiraju u prisustvu konflikta. U takvim slučajevima kooperacija mora biti zasnovana ne na altruizmu, već na uzajamnoj zavisnosti ugovarača. Međuzavisnost ima za rezultat da strana ugovora koja nije primila ugovorenu prestaciju ne koristi promptno mehanizam rešavanja sporova: umesto oportunog i netolerantnog ponašanja strana bira kooperaciju. Valja naglasiti da međuzavisnost nema isti intenzitet tokom trajanja ugovornog odnosa: navedeni se intenzitet smanjuje kako odmiče realizacija ugovora. Sa smanjenjem međuzavisnosti, proporcionalno raste mogućnost da strane postupaju oportuno i da umesto principa kooperacije pristupe zaštiti sopstvenog interesa pred sudovima i arbitražama.

## Literatura

Burnett, M. (2013). Public Private Partnership Contract Management-Still in Need of More Attention. *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* Vol. 3. 217–230.

Gotanda, J.Y. (2003). Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contracts Revisited. *Vanderbilt Journal of Transnational Law.* Vol. 36. 1461–1473.

McKendrick, E. (1995). The Regulation of Long-Term Contracts in English Law. U Beatson, J. i Friedman, D. (Prir.). *Good Faith and Fault in Contract Law.* Oxford: Oxford University Press.

Posner, R. (2000). The theory of contract law under conditions of radical judicial error. *Northwestern University Law Review.* Vol. 3. 94. 749–774.

Harris, D. Campbell, D. Halson, R. (2005). *Remedies in Contract & Tort*, 2nd. Cambridge.

**Aleksandar Ćirić, LL.D,**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

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

### **EX ANTE AND EX POST CONTROL OF THE PUBLIC INTEREST IN PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP AGREEMENTS**

#### **Summary**

*The paper analyzes the provisions of public-private partnership agreement (hereinafter: the "PPP") in the context of control of the public interest in the process of preparing and implementing PPP projects. PPP agreements are a mechanism for defining rights and obligations of public and private partners in the process of realization of a particular PPP project. In spite of being defined as partnership, public and private interests largely remain competitive. However, in case it is not possible to achieve both interests at the same time, the public interest is deemed to have priority. The proper implementation of the supremacy of public interests over the private ones calls for an appropriate contractual definition of conditions and manner for such implementation. The methodology for exercising control of the public interest in PPP projects through agreements on public-private partnership has two aspects.*

*The first aspect is to provide verifiable parameters of legal, economic and technological conditions, as well as the procedure for selecting the best bid for the realization of public-private partnership (ex ante methodological aspect); these conditions are the basis for future PPP agreement. Ex ante methodology has to provide instruments for control of the public interest through pre-established mechanisms aimed at verifying whether the private partner has fulfilled the agreement. If such verification is not possible or if it is considered unreasonable (either financially or otherwise), it may raise an issue whether the public-private partnership is an adequate modality for implementation of the project aimed at promoting the public interest; it further implies that the public partner should resort to other options (employing "internal" resources or taking a loan for financing the projects of public interests).*

*The second aspect is that the PPP agreements are to provide for the proper implementation of the elements that ensure some flexibility in implementing the agreement as well as an effective control of such implementation (ex post methodological aspect). PPP agreements should provide a mechanism for adjusting their contents to changed circumstances, i.e. the social, legal and economic context which pervades the preparation, implementation and realization of the specific PPP project. Among other factors, this flexibility rests on mutual trust and cooperation of the contracting parties. Ultimately, in the context of control over exercising the public interest, the methodological approach of the PPP agreement essentially lies in preventing the public partner to succumb to the temptation of adopting the simplest available solution. Instead, it is necessary to clearly define the expectations which the public body as a title-holder of public interest has in regard of specific PPP projects, and to limit the responsibility of the public actor. The success of a PPP agreement in each particular case depends on the extent to which the agreement provides for adequate treatment of these presumptions.*

**Keywords:** *public-private partnerships and concessions, a PPP agreement, the methodology of "value for money", "hold-up" problem.*



## **NEKE SPECIFIČNOSTI PORESKE KONTROLE U SAVREMENIM USLOVIMA POSLOVANJA\*\***

**Apstrakt:** Predmet analize u radu su neki posebni mehanizmi koje razvijene poreske administracije sve češće koriste kako bi dopunile tradicionalnu poresku kontrolu. Inoviranje poreske procedure izazvano je velikim teškoćama koje se javljaju u vezi sa utvrđivanjem realnog poreskog činjeničnog stanja obveznika koji posluju van nacionalnih granica. U suštini, radi se o nastojanjima ka postepenom menjanju prirode poreskih odnosa od zapovedničkih i birokratskih u odnose saradnje i poverenja. Poboljšani odnosi oporezivanja obuhvataju različite mehanizme, odnosno proceduralne novine od kojih se očekuje da olakšaju upravljanje poreskim rizicima i da doprinesu efikasnijoj naplati poreza. Kako bi se izbegli nepotrebni sukobi i troškovi, poreskim obveznicima se pruža mogućnost da unapred traže mišljenje od poreskih organa o poreskim posledicama nameravane transakcije ili da zaključuju prethodne sporazume vezane za vrednovanje transfernih cena ili se zahteva da dostavljaju podatke o šemama agresivnog poreskog planiranja.

**Ključne reči:** poreska kontrola, agresivno poresko planiranje, poboljšani odnosi oporezivanja.

### **1. Uvod**

Tradicionalna poreska kontrola raspolaže nizom neposrednih i posrednih mehanizama i tehnika za otkrivanje slučajeva neplaćanja poreza. Smanjenje poreskog jaza danas se postavlja kao prioritetan cilj poreskih politika u velikom broju zemalja. Mogućnosti naplate poreza

---

\* mevi@prafak.ni.ac.rs

\*\* Rad je rezultat istraživanja na projektu "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru" koji finansira Ministarstvo obrazovanja i nauke Republike Srbije br. 179046

su otežane u savremenim uslovima poslovanja, ne samo u nacionalnim okvirima, već naročito kroz odvijanje prekograničnih transakcija i nesmetano uspostavljanje finansijsko-trgovinskih odnosa na svetskom tržištu. Od poreskih administracija se očekuje da dosledno primenjuju poreske zakone i da u skladu sa njima oporezuju realnu ekonomsku snagu poreskih obveznika, ali su u tom svom delovanju ograničene različitim okolnostima. Poseban izazov predstavlja oporezivanje međunarodnih poslovnih aktivnosti rezidentnih obveznika koji posluju na stranim tržištima, iskorišćavajući pri tome razlike u nacionalnim poreskim sistemima ili nedostatke u međunarodnim poreskim sporazumima. Klasični metodi poreske kontrole uglavnom nisu prilagođeni sticanju saznanja o ukupnoj poreskoj snazi velikih poreskih obveznika (multinacionalnih kompanija i veoma bogatih pojedinaca). U tom smislu, poreske administracije mogu u procesu oporezivanja da se oslone na lojalnost poreskih obveznika ili na međunarodnu poresku saradnju ili da osmisle neke posebne strategije kako bi se suprotstavile međunarodnoj poreskoj evaziji, odnosno agresivnom poreskom planiranju. Ove strategije, u vidu različitih mehanizama, predstavljaju dodatak poreskoj proceduri i usmerene su na povećanje nivoa dobrovoljnog ispunjavanja poreskih obaveza. Nakon kratkog osvrta na okolnosti koje su inicirale uvođenje nekih novina u tradicionalnu poresku proceduru u razvijenim poreskim administracijama, posebnu pažnju posvećujemo specifičnim merama koje treba poresku kontrolu da učine efikasnijom.

## **2. Osavremenjivanje poreske kontrole u razvijenim poreskim administracijama**

Procesi inoviranja poreske kontrole, u sve većem broju zemalja, uslovljeni su izraženim problemima u domenu upravljanja javnim finansijama. Budžetska kriza, ofšor poslovanje i agresivno poresko planiranje i ponašanje multinacionalnih kompanija kao *free riders-a* u svetskim okvirima, javljaju se kao otežavajući faktori delovanja poreskih administracija, imajući u vidu rasprostiranje poreskog suvereniteta samo na teritoriji određene države. Tradicionalna poreska kontrola i dalje ostaje osnovni izvor pribavljanja informacija o poslovanju poreskih obveznika ali ona ima ograničen domet. Pored toga, poreske provere se ne vrše kontinuirano što pogoduje nesavesnim poreskim obveznicima i doprinosi stvaranju poreskog jaza (*tax gap*). Efikasnost nekih osnovnih instrumenata za sprečavanje poreske evazije i olakšavanje dobrovoljnog plaćanja poreza dobro je poznata u vidu tehnike odbijanja poreza na izvoru, kao i od strane poreskih posrednika (banaka i drugih finansijskih



posrednika). Međutim, izazovi globalizacionih promena postavljaju određena ograničenja u oporezivanju međunarodnih prekograničnih aktivnosti.

Promenjene ekonomsko-političke i tehnološke prilike izmenile su u značajnoj meri ambijent u kome poreske administracije obavljaju svoje aktivnosti. Upravo je poreska kontrola jedna od najvažnijih poreskih funkcija koja treba da omogući pravilno i blagovremeno izvršavanje poreskih obaveza, odnosno odvijanje poreskih tokova. Intenzivirano prekogranično poslovanje otežava prikupljanje relevantnih poreskih podataka što je podstaklo neke države da inoviraju poresku proceduru, promenom mentaliteta i ponašanja subjekata poreskog odnosa. Radi se o uravnoteženju interesa poreskih vlasti (bolje oporezivanje) i velikih poreskih obveznika (zahtev za pravnom sigurnošću). Na taj način, tradicionalni poreski odnos se postepeno razvija u poboljšani poreski odnos (Owens, 2012: 517). Takav odnos se zasniva na saradnji i uzajamnom poverenju i tretmanu obveznika kao klijenata poreskih organa. On omogućava aktivniju ulogu obveznika u komunikacijama sa poreskim organima ali, na određeni način, povećava njihovu odgovornost u smislu dostavljanja relevantnih dodatnih informacija, van onoga na šta su zakonom obavezani. Ove informacije se tiču ukazivanja na potencijalne rizike imajući u vidu da je poresko zakonodavstvo često složeno, promenljivo i nejasno, tako da je obveznicima teško da sami prosude poreskopravne posledice svojih aktivnosti (transakcija). Ovaj novi interaktivni pristup ima više preventivni karakter kroz promovisanje klime koja ohrabruje postupanje u skladu sa poreskim zakonima. Za povoljan ishod poboljšanog odnosa oporezivanja bitno je da budu ispunjena očekivanja njegovih subjekata, naravno, u granicama zakona. Očekivanja poreskih obveznika tiču se brzog i pravičnog rešavanja njihovih poreskih stvari i bez sporova. Poreski organi očekuju efikasnije upravljanje poreskim rizicima i bolju naplatu poreskih prihoda. Ostvarivanje zavidnog nivoa korektnosti i profesionalizma u radu trebalo bi da ohrabri poreske obveznike, a naročito velike korporacije, da se obavežu na pozitivan odnos prema poreskoj administraciji (D'Ascenzo, 2015: 95). Uspostavljanje uzajamnog poverenja jeste glavni cilj poboljšanog poreskog odnosa budući da njegov izostanak znači nesigurnost a nesigurnost povećava rizik za obe strane u ovoj pravnoj relaciji. U literaturi se nailazi na mišljenje da se koncept poboljšanog odnosa u osnovi bazira, makar indirektno, na principu pravne sigurnosti, a, pored toga, i na principu efikasnosti poreske administracije (Roch, 2012: 24). Stvaranje povoljnije klime u ispunjavanju poreskih obaveza moguće je postići

na različite načine. Jedan od empirijski potvrđenih mehanizama podrazumeva formalni ili neformalni sporazum između poreskog organa i određenog obveznika (Study into the role of tax intermediaries, 2008: 43). Najpovoljnija iskustva su ispoljena u poreskim sistemima Holandije i SAD, pa se zbog toga najčešće navode kao dobri primeri realizacije programa efikasnijeg upravljanja poreskim rizicima. Horizontalni nadzor (*horizontal monitoring*) predstavlja sistem kontrole zasnovan na uzajamnom poverenju, razumevanju i transparentnosti obveznika i poreskih organa u rešavanju poreskih rizika. Ova mera ima za svrhu da se unapred predvide odstupanja od primene poreskih zakona i na taj način neutrališu mogući rizici neplaćanja poreza (Vukšić, 2012: 84–85). Holandska poreska administracija je pokrenula program horizontalnog praćenja 2005. godine obuhvatajući u početku dvadeset velikih korporativnih poreskih obveznika, sa nastojanjem da podstakne veće otkrivanje poreskih neizvesnosti i rizika, da bi se 2007. godine program proširio na srednje i male kompanije i poreske posrednike. Američka poreska administracija je primenila pilot program, poznat kao *Compliance Assurance Process (CAP)*, 2005. godine na ograničenom broju poreskih obveznika, u pokušajima da maksimizira efikasnost naplate poreza i istovremeno da promeni ponašanje obveznika. Druga inicijativa, poznata kao *Schedule UTP*, predstavlja zahtev upućen korporacijama sa više od 100 miliona dolara u imovini da uključe u njihove poreske prijave plan (raspored) "neizvesnih poreskih pozicija", da bi kasnije ovaj prag bio spušten na 50 miliona dolara 2012. godine i 10 miliona dolara 2014. godine (Gutman, 2012: 472–474).

U poređenju sa tradicionalnom poreskom kontrolom, koja je po prirodi retrospektivna i upravljena na neregularnosti u već podnetim poreskim prijavama, horizontalni nadzor se fokusira na sadašnje i buduće aktivnosti obveznika i uzajamno delovanje sa poreskim organima sa ciljem otklanjanja poreskih rizika pre podnošenja poreskih prijava. Umesto širokih i dugotrajnih provera, koje pokrivaju period od nekoliko godina unazad, ulazak u ovaj program podrazumeva ograničenu poresku kontrolu (Verbič, Čok, Šinkovec, 2014: 68).

### **3. Specifični mehanizmi provere ponašanja poreskih obveznika**

Poslovanje u savremenim globalizacionim uslovima u velikoj meri je usložilo i otežalo rad poreskim organima. Šeme agresivnog poreskog planiranja često su predmet vrlo isplativih tržišnih transakcija, ogromna bogatstva se skrivaju u poreskim oazama,

međunarodna poreska evazija dobija zabrinjavajuće razmere, a sve to zahvaljujući informacionim tehnologijama omogućava jednostavno prebacivanje prihoda u najpovoljnije poreske destinacije. Svesne značaja kooperativnosti poreskih obveznika, razvijene poreske administracije inoviraju poresku proceduru sa ciljem olakšavanja kontrolne funkcije i dobijanja dodatnih informacija. Za sada, samo mali broj država je predvideo u nacionalnim zakonodavstvima obavezno otkrivanje podataka o šemama agresivnog poreskog planiranja, dok su neke države uvele programe dobrovoljnog dostavljanja podataka o prethodno neplaćenim porezima. Veći broj država predviđa mogućnosti poreskih organa da stupaju u neku vrstu "sporazuma" sa poreskim obveznicima objašnjavajući im kako će primeniti poreski zakon u konkretnoj situaciji. U principu, to je dopušteno dokle god poreske vlasti pre primene poreskih zakona ne tumače propise fleksibilnije ili strože nego što je zakonodavac imao u vidu. U međunarodnim poslovnim odnosima, kao dodatni vid kontrole multinacionalnih kompanija koriste se sporazumi o utvrđivanju cena unapred, u kojima poreski obveznik pregovara i dogovara sa poreskim vlastima koju će metodologiju primeniti za transferne cene. Navedeni primeri primene nekih specifičnih mehanizama u poreskoj proceduri, pored olakšavanja poreske kontrole, treba da doprinesu ostvarivanju principa ekonomičnosti oporezivanja i stvaranju podsticajne poreske klime u međusobnim odnosima poreskih organa i poreskih obveznika.

### **3.1. Otkrivanje informacija o šemama agresivnog poreskog planiranja**

Kao deo širih strateških nacionalnih i međunarodnih mera u domenu suprotstavljanja agresivnom i artifičijelnom poreskom planiranju, neke države su propisale pravilo o obaveznom ranom otkrivanju informacija o šemama agresivnog poreskog planiranja. U Izveštaju OECD o inicijativama za iznošenje takve vrste poreskih činjenica, navode se pozitivna iskustva u korišćenju ovih pravila (*Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure*, 2011: 16): značajno smanjuju vreme potrebno poreskoj administraciji za otkrivanje šema agresivnog poreskog planiranja; omogućavaju efektivne poreske istrage zasnovane na rizicima; dopuštaju bržu reakciju poreskih vlasti kroz izmenu zakonodavstva ili rešavanje sporova i brže reagovanje na pojavu šema agresivnog poreskog planiranja, ostvarujući na taj način efekat zastrašivanja (odvraćanja) i smanjujući atraktivnost agresivnog poreskog planiranja. Pravilo o odavanju informacija o abuzivnim šemama pomaže poreskoj administraciji da pronađe obveznike i njihove

poreske savetnike i da traga za drugim obveznicima koji su primenili određenu šemu (Larin, Doung, Jacques, 2008: 158). U literaturi se često navodi primer Velike Britanije koja je 2004. godine uvela *Disclosure of Tax Avoidance Schemes (DOTAS)* kao obavezu, prevashodno promotera ovih šema, da dostave poreskoj administraciji dovoljno detalja tako da poreski službenici mogu razumeti kako šema omogućava poreske pogodnosti za one koji je koriste. Sankcije za nedostavljanje podataka su poslednjih godina znatno povećane. *DOTAS* ima dva cilja. Prva namera je da britanska poreska administracija postane svesna potencijalnih šema izbegavanja plaćanja poreza što je ranije moguće. Takođe je predviđeno da deluje kao sredstvo za odvracanje od preterano agresivnih šema (*Tackling corporate tax avoidance in a global economy: is a new approach needed?* 2013: 17). U britanskoj teoriji su podeljena mišljenja o korisnosti ovog pravila. Neki autori ističu da je iskustvo pozitivno u pogledu smanjenja obima kupljenih šema agresivnog izbegavanja poreza. Međutim, glavni problem sa ovim pravilom, po mišljenju J. Freedman, jeste konceptijska neodređenost granica između različitih modaliteta ponašanja poreskih obveznika (prihvatljive zakonite evazije, neprihvatljive zakonite evazije i nezakonitog izbegavanja poreza) (Freedman, 2006:349). Iako su pojedine šeme posle uvođenja *DOTAS* prestale da se koriste, britanska nacionalna revizorska služba je navela da je to imalo mali uticaj na korišćenje agresivnih šema, ponajviše zbog toga što britanskoj poreskoj administraciji nedostaju sredstva za preduzimanje efektivnih mera kako bi predupredila takva ponašanja (Farusworth, Fooks, 2015: 33). Za sada samo sedam zemalja imaju režim obaveznog dostavljanja informacija u domaćem zakonodavstvu (Irska, Izrael, Korea, Portugalija, Južna Afrika, Velika Britanija i SAD). U vezi sa tim, javlja se dilema da li je to možda razlog da je jedna od aktivnosti OECD, predviđenih projektom BEPS (Action 5), podsticanje država da zahtevaju od poreskih obveznika otkrivanje njihovih aranžmana agresivnog poreskog planiranja? Rani pristup takvim informacijama pruža priliku da se brzo odgovori, odnosno reaguje na poreske rizike kroz intenzivnije poreske kontrole ili promene zakonodavstva. Posebno se preporuke tiču pravila usmerenih na međunarodne poreske šeme kao i na razvoj i primenu efikasne razmene poreskih informacija i saradnje između poreskih administracija (*OECD/ G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Explanatory Statement*, 2015: 16). Potencijalne prednosti šireg prihvatanja obaveze iznošenja činjenica o abuzivnim poreskim šemama mogu se ogledati u sledećem: 1) skraćanju vremenskog perioda pre nego što poreske administracije u nekoliko zemalja postanu svesne praznina ili posebnog tumačenja međunarodnih poreskih odredbi; 2) sprečavanje prenošenja ovih šema iz jedne u drugu

zemlju, i 3) mogućnosti ranijeg saznanja činjenica da se poseban poreski aranžman zasniva na različitom nacionalnom poreskom tretmanu i obaveštavanju o tome druge zainteresovane države (Baker, 2015: 89).

Nešto drugačiju meru u cilju poboljšanja dobrovoljnog plaćanja poreza koristile su pojedine države, posebno nakon globalne finansijske krize iz 2008–2009. godine. Programi dobrovoljnog iznošenja činjenica predstavljaju prilike koje poreske administracije pružaju obveznicima koji nisu izvršavali poreske obaveze da isprave svoje poreske stvari pod specifičnim uslovima. Ove inicijative moraju da uspostave ravnotežu između pružanja dovoljno podsticaja za one koji nisu plaćali porez da se jave, a ne da se nagrađuje ili ohrabruje takvo ponašanje. U suštini, radi se o izuzetnom programu koji dozvoljava poreskim obveznicima da dobrovoljno iznesu činjenice o neprijavljenom dohotku i imovini na osnovu čega dobijaju znatno smanjenje kazni (krivičnih ili administrativnih) (Marino, 2014). Ovi programi mogu biti ugrađeni u poresko zakonodavstvo ili predviđeni kao deo administrativne prakse, a po karakteru su permanentni ili privremeni. Važnost ovih programa je u pružanju prilike poreskim administracijama da povećaju prihode uz smanjene troškove, npr. kroz manji broj poreskih kontrola ili sporova i krivičnih postupaka, kao i da u budućnosti poboljšaju poresku saglasnost onih poreskih obveznika koji su stupili u ovaj program (*Update on Voluntary Disclosure Programmes: A pathway to tax compliance*, 2015: 13).

### **3.2. Prethodno izdata poreska mišljenja (*advance tax rulings*)**

Ovaj mehanizam primenjuje, za sada, 15 država. Generalno posmatrano, obveznik treba da zatraži mišljenje od poreskog organa o poreskim posledicama nameravane transakcije pre podnošenja poreske prijave i ono je samo za njega obavezno. Neki poreski teoretičari smatraju da bi takva mogućnost uz alternativno rešavanje poreskih sporova trebalo bi bude promovisana kao korisno oruđe za stvaranje pravne sigurnosti obveznika, osiguranje državnih prihoda i minimiziranje troškova naplate poreza. Bez sumnje, kombinacija ovih mera, sa podsticajima za poreske obveznike, može biti efektivno oruđe za poboljšanje poreske saglasnosti ali uz podršku poreskih sankcija.

*Advance tax ruling* je pismena izjava poreske administracije data konkretnom poreskom obvezniku koja objašnjava kako će se protumačiti i primeniti poreski zakon na specifičan skup činjenica. Ovo mišljenje odnosi se na buduće transakcije obveznika i trebalo bi obe strane da se na njega u značajnoj meri oslone. U literaturi se većina autora slaže u

pogledu pravne prirode ovog instrumenta smatrajući ga jednostranom odlukom poreske administracije. U studiji OECD iz 1990. godine, posvećenoj sagledavanju prava i obaveza poreskih obveznika, navodi se da su prethodno data mišljenja generalno ograničena na rešavanje izuzetno važnih slučajeva i na specifične transakcije (*Taxpayers' Rights and Obligations-A Survey of the legal situation in OECD countries*, 1990: 21).

Po ugledu na razvijene poreske sisteme, u Hrvatskoj je 2015. godine uveden institut obavezujućeg mišljenja, novelom Općeg poreznog zakona. Za izdavanje obavezujućih mišljenja nadležno je Savetodavno telo u okviru Poreske uprave. U hrvatskoj poreskoj literaturi, ovaj novi institut hrvatskog poreskog postupka se sagledava u kontekstu zaštite prava poreskih obveznika, ali i ostvarivanja potrebne predvidivosti postupanja poreskih tela, pa time i pravne sigurnosti (Nataša Žunić Kovačević, 2016: 287). U srpskoj poreskoj teoriji za sada nema predloga za uvođenje sličnog instituta. Ne može se sporiti potreba za modernizacijom naše poreske procedure imajući u vidu izražene probleme sa poreskom evazijim i sivom ekonomijom. Treba se podsetiti da jedno od načela srpskog poreskog postupka obavezuje subjekte poreskopravnog odnosa na postupanje u dobroj veri. U domaćoj upravnoj teoriji iznose se sumnje u pogledu normiranosti ovog načela da je teško primenjivo i proverljivo (Tomić, 2015: 427). Možda bi poreske vlasti mogle razmisliti o uvođenju instituta prethodnog obavezujućeg poreskog mišljenja kao o jednom od načina primene i ostvarivanja načela postupanja u dobroj veri. To bi svakakao označilo napredak u pravcu poboljšanja odnosa poreskih obveznika i Poreske uprave Srbije.

U EU je sagledana opasnost koja proizlazi iz potencijalnih zloupotreba davanja poreskih mišljenja unapred u smislu neopravdanog privilegovanja pojedinih obveznika tako da je postignuta politička saglasnost krajem 2015. godine o izmeni Direktive o administrativnoj saradnji (iz 2011. godine) koja predviđa obaveznu automatsku razmenu informacija o datim poreskim mišljenjima vezanim za prekogranične transakcije između zemalja članica (*Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/16/ EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation, COM(2015) 135final*). Razmena relevantnih informacija bi se odvijala horizontalno između zemalja članica, ali i vertikalno sa Evropskom komisijom svaka tri meseca. Ovakva aktivnost je predviđena u kontekstu sveobuhvatne borbe protiv štetne poreske konkurencije (Biz, 2015: 1040). Važnost ove nove mere ogleda se u otklanjanju ograničenja koja su važila na osnovu navedene Direktive u pogledu razmene informacija. Na osnovu predloženih izmena ovog dokumenta, odavanje komercijalne tajne nije

više razlog za odbijanje razmene informacija o *advance tax rulings* i *advance pricing agreements*.

Neki autori upozoravaju na problematičnost davanja ovakvih mišljenja u slučajevima odobravanja državne pomoći. Razlog je nedostatak njihove transparentnosti budući da se ne objavljuju. Pored toga, problem nije u primeni pravila već u samom sporazumu (dogovoru) poreskog organa i poreskog obveznika kojim se unapred odobrava nedopuštena poreska pogodnost koja može predstavljati značajnu finansijsku prednost u odnosu na druge obveznike. Takvo postupanje predstavljalo bi pojavu nedopuštene državne pomoći ukoliko se neopravdano pružaju poreske beneficije samo nekim kategorijama poreskih obveznika a ne i drugim u istim situacijama (Lang, 2015: 395).

### **3.3. Sporazumi o unapred utvrđenim cenama transakcija (*advance pricing agreements*)**

Multinacionalne kompanije koriste transferne cene u računovodstvene i poreske svrhe, u svim međukompanijskim transakcijama, određujući tako dohodak ali i poresku osnovicu u određenoj lokaciji. Ukoliko se lokalne poreske stope razlikuju, multinacionalne kompanije imaju podsticaj da manipulišu transfernim cenama da bi prebacili oporeziv prihod iz lokacija gde su porezi viši u lokacije sa nižim porezima. Da bi sprečile prebacivanje profita, poreske vlasti zahtevaju da se transferne cene iskazuju u skladu sa principom "van dohvata ruke" (*at arm's length*). Dok je ovaj princip sam po sebi jasan, njegova primena u praksi se pokazala teškom. Nije moguće uvek pronaći podatke o uporedivim transakcijama na slobodnom tržištu, a pored toga, zahteva se i vođenje čitave dokumentacije o transfernim cenama. Međutim, firme ne znaju da li će poreski organi prihvatiti ove cene i u kolikoj meri će ih prilagoditi stvarnim tržišnim cenama, što ih može izložiti riziku dvostrukog oporezivanja. Jedno od sredstava za smanjenje ove poreske nesigurnosti jeste zaključivanje prethodnih sporazuma o transfernim cenama. Njihovim zaključivanjem između poreskog obveznika i jedne ili više poreskih administracija određuje se odgovarajući metod za utvrđivanje transfernih cena za buduće međukompanijske transakcije za izvestan period. Multinacionalnim kompanijama je u tom pregovaranju omogućeno da podnesu sve potrebne i relevantne informacije o specifičnim međukompanijskim transakcijama. Za razliku od *advance tax rulings*, *advance pricing agreements* se bavi činjeničnom materijom više nego tumačenjem i primenom zakona, i usmereno je na odlučivanje o svim transakcijama ili određenim kategorijama transakcija koje

se tiču obveznika u prekograničnim situacijama (Sawyer, 2004: 47). U literaturi se iznosi kao pogodnost ovih sporazuma postizanje verovatnoće planiranja u pogledu budućeg poreskog tereta i smanjenje rizika dvostrukog oporezivanja (Becker, Davies, Jakobs, 2014: 6).

Poresko pravo Srbije, za sada, ne poznaje institut prethodnog dogovora o ceni ali postoje predlozi u domaćoj literaturi o neophodnosti njegovog uvođenja, imajući u vidu sve veće prisustvo multinacionalnih kompanija na srpskom tržištu (Đinđić, 2014: 191). Teškoće sa kojima su suočene savremene poreske administracije još intenzivnije su izražene u našim specifičnim okolnostima slabih institucija i niskog poreskog morala. U tom smislu, adekvatna primena poreskih propisa i bolja naplata poreza postavljaju pred poreske vlasti neophodnost uvođenja modernih metoda kontrole u radu Poreske uprave Srbije, kao bitnog segmenta procesa njene reforme (Hrustić, 2015: 443), kako bi se osposobila za borbu protiv poreske utaje i štetne poreske konkurencije.

#### **4. Zaključak**

Inicijative u domenu povećanja dobrovoljnog plaćanja poreza i inoviranju poreske kontrole mogu se pravilno razumeti u kontekstu globalne političke podrške angažovanju nacionalnih poreskih administracija na sprečavanju agresivnog poreskog planiranja i međunarodne poreske evazije. Ne treba sumnjati da će inoviranje poreske kontrole imati za rezultat stvaranje podsticajne klime u pogledu izvršavanja poreskih obaveza velikih poreskih obveznika. Međutim, ugradnja nekih specifičnih mehanizama u cilju olakšavanja ove najznačajnije poreske funkcije može stvoriti određene probleme u praksi. Naime, postoji potencijalna opasnost od narušavanja principa zakonitosti i jednakog poreskog tretmana, kao i obezbeđenja poverljivosti i tajnosti podataka. Potrebno je ukazati i na mogućnosti "suvišnog" približavanja poreskih administracija i poreskih obveznika što možda vodi prikrivenoj "privatizaciji" tradicionalnih poreskih odnosa.



## Literatura

D'Ascenzo, M. (2015). Global Trends in Tax Administration. *Journal of Tax Administration* Vol.1, No. 1. Preuzeto 5.9.2015. [www.jota.website/article/view/15/30](http://www.jota.website/article/view/15/30)

Baker, P. (2015). The BEPS project: Disclosure of Aggressive Tax Planning Schemes. *INTERTAX*. Vol. 43. Issue 1. 85–90.

Becker, J., Davies, R.B., Jakobs, G. (2014). The economics of advance pricing agreements. WP 14/26. Oxford University Centre for Business taxation

Biz, C. (2015). Countering tax avoidance at the EU level after “luxleaks”. A history of tax rulings, transparency and BEPS: Base erosion and profit shifting or bending European prospective solutions? *Diritto e pratica tributaria internazionale*, Vol. XII, N. 4. 1036–1067.

European Commission. *Proposal for a Council Directive amending Directive 2011(16)EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation*, COM(2015)135final. Brussels. Preuzeto 5.5.2016.

Farnsworth, K., Fooks, G. (2015). Corporate Taxation, Corporate Power, and Corporate Harm. *The Harvard Journal*, Vol. 54, no. 1. 25–41.

Freedman, J. (2006). Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti-Avoidance Principle. *Working Paper* No 14/2006

Gutman, H. (2012). *The Role of Tax Advisor in the Changing World of Global Tax Administration: The 2012 Erwin N. Griswold Lecture Before the American College of Tax Counsel*. Preuzeto 3.5.2016. [www.americanbar.org/...tax.../ttl-spr12-01-Gutm...](http://www.americanbar.org/...tax.../ttl-spr12-01-Gutm...)

Hrustić, H. (2015). Harmonizacija poreskog zakonodavstva Srbije sa poreskim pravom Evropske unije. *Pravo i privreda*. 5–9. 438–452.

Kovačević, N. Ž. (2016). Prethodna obavezujuća porezna mišljenja – novi institut hrvatskog poreznog postupka. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka*. Vol. 27, br. 1. 267–289.

Lang, M. (2015). Tax Rulings and State Aid Law. *Reprinted from British Tax Review*, issue 3. 391–395.

Larin, G.N., Doung, R., Jacques, M. (2008). Policy Forum: Responses to Aggressive tax Planning-A Study Framework. *Canadian Tax Journal*, Vol. 56, No. 1. 143–159.

Marino, G. (2014). New exchange of information versus tax solutions of equivalent effect, General report. EATLP Congres

*OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (Explanatory Statement)*. (2015). OECD. Preuzeto 1.3.2016. [www.oecd.org/tax/beps-explanatory-statement-2015.pdf](http://www.oecd.org/tax/beps-explanatory-statement-2015.pdf)

Owens, J. (2012). Tax Administrators, Taxpayers and Their Advisors: Can the Dynamics of the Relationship Be Changed? *Bulletin for international taxation*. September. 516–518.

Roch, M.T.S. (2012). *Tax Administration vs. Taxpayer. A New Deal?* Preuzet 3.5.2016. [www.eatlp.org/uploads/...Moessnor%20lecture](http://www.eatlp.org/uploads/...Moessnor%20lecture)

Sawyer, A. (2004). Is an International Tax Organization an Appropriate Forum for Administering Binding Rulings and APAs. *eJournal of Tax Research*, Vol. 2, Num. 1. 8–70.

*Study into the Role of Tax Intermediaries*. (2008). OECD

*Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure*. (2011). OECD Publishing

*Tackling corporate tax avoidance in a global economy: is a new approach needed?* Report. (2013). House of Lords. Preuzeto 13.9.2014. <http://www.publications.parliament.uk/pa/...48.pdf>

*Taxpayers' rights and obligations. A survey of the legal situation in OECD countries*, (1990). OECD

Tomić, Z. (2015). Pogled na opšti poreski procesni zakon – neke odabrane upravne dileme. *Pravo i privreda*. 5–9. 420–436.

Verbič, M., Čok, M., Šinkovec, D. (2014). Some evidence for implementation an enhanced relationship in Slovenia. *Financial Theory and Practice*. 38 (1). 61–80.

Vukšić, Z. (2012). Provedba horizontalnog praćenja u velikih poreznih obveznika. *Porezni vjesnik*. br. 5. 84–98.

Đinđić, S.M. (2014). Ocena efekata međunarodnog poreskog planiranja, *Ekonomski horizonti*, Vol. 16, Sv. 3, 177–193.

*Update on Voluntary Disclosure Programmes: a pathway to tax compliance* (2015). OECD.

**Mileva Anđelković, LL.D.,**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

## **SOME DISTINCTIVE FEATURES OF TAX CONTROL IN THE CONTEMPORARY BUSINESS ENVIRONMENT**

### **Summary**

*Traditional tax control has proven to be an insufficiently effective means of verifying the overall real economic power of large taxpayers (multinational corporations and wealthy individuals). As compared to the increasing mobility of taxpayers, tax administration activities are limited by the territorial jurisdiction of the fiscal sovereignty. The crisis of public finances has forced many countries to focus on the prevention of tax evasion and aggressive tax planning, particularly in international tax matters. In this sense, the traditional forms of tax control are supplemented by some additional strategies which are to provide tax authorities with more data on tax payers' business operations, profit, income, expenses and property. In practice, some developed tax administrations already apply a number of specific measures: the disclosure of information about aggressive tax planning schemes, advance pricing agreement, advance tax rulings, the use of financial intermediaries in data exchange processes, improved taxation relations, automatic exchange of tax information, etc. These specific measures are intended to help tax administrations to overcome the discrepancy between the information at their disposal and the information held by the taxpayers, which facilitates a more realistic assessment of tax liabilities. This will ensure a better management of tax risk and better tax compliance, which will ultimately contribute to a more efficient development of tax systems in the contemporary global business environment.*

**Keywords:** tax control, aggressive tax planning, enhanced taxation relations.



## **KONTROLNA FUNKCIJA NARODNE BANKE SRBIJE\*\***

**Apstrakt:** Ostvarivanje kontrolne funkcije u finansijskom sektoru treba da omogući stalno unapređenje performansi finansijskog sektora i održavanje odgovarajućeg nivoa stabilnosti i poverenja u njihovo poslovanje. U praksi postoje različiti modeli finansijske supervizije, ali u svakom od njih centralna banka ima važnu ulogu. Pored toga što brine o monetarnoj stabilnosti, centralna banka je odgovorna i za finansijsku stabilnost. Ova dva cilja međusobno su uslovljena, budući da nestabilnost cena urušava stabilnost finansijskog sistema, kao što i ranjivost finansijskog sektora negativno utiče na monetarnu stabilnost. Zakonodavstvo Republike Srbije kontrolnu funkciju bankarskih i nebankarskih finansijskih institucija poverava Narodnoj banci Srbije (NBS). Analiza kontrolne funkcije NBS ima za cilj da ukaže na nužnost uključivanja centralnobankarske institucije u proces finansijske supervizije, nezavisno od modela koji se primenjuje.

**Ključne reči:** nadzor i kontrola finansijskih institucija, Narodna banka Srbije, finansijska stabilnost.

### **1. Uvod**

Funkcionisanje savremene privrede ne može se zamisliti bez aktivnosti banaka i nebankarskih finansijskih institucija. Kao finansijski posrednici, ove institucije emitovanjem različitih finansijskih instrumenata mobilišu slobodna finansijska sredstva, koja dalje alociraju u odgovarajuće finansijske plasmane. Obavljajući ovu funkciju,

---

\* golub@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.

finansijske institucije istovremeno utiču i na nivo privredne aktivnosti, strukturu privrede, nivo zaposlenosti i makroekonomsku stabilnost. Zbog izuzetnog značaja koji ima za funkcionisanje privrede, finansijski sektor izložen je snažnoj intervenciji države. U literaturi, intervencija se tradicionalno opravdava postojanjem eksternalija (pojavom da krah jedne finansijske institucije može da ugrozi stabilnost čitavog finansijskog sistema), asimetričnih informacija (potrošači raspolažu sa manje informacija od finansijskih institucija) i činjenicom da su finansijske institucije u prilici da steknu ogromnu tržišnu moć koju mogu da zloupotrebe (Goodhart, Hartmann, Lewellyn, Rojas-Suarez, Weisbrod, 2013: 4–7). Države nastoje da isprave ove tržišne greške regulacijom finansijskog sektora, odnosno postavljanjem pravila koja su obavezujuća za sve finansijske institucije, počev od definisanja uslova koji moraju biti ispunjeni da bi jedna organizacija mogla da obavlja poslove finansijskog posrednika, pa do posebnih zahteva u pogledu delatnosti finansijskih institucija, svojinske strukture i zahteva u pogledu adekvatnosti kapitala. Sastavni deo regulacije finansijskog sektora predstavlja sistem supervizijskog nadzora. Modeli supervizije razlikuju se od zemlje do zemlje i podložni su promenama tokom vremena, ali ono što je karakteristično za sve to je da centralna banka predstavlja instituciju koja je uvek, bilo direktno bilo indirektno, uključena u ovaj proces. Takva uloga joj pripada zbog prirode zadataka koji su joj povereni (monetarna i finansijska stabilnost), ali i zbog činjenice da je reč o instituciji koja raspolaže potrebnim veštinama i resursima za blagovremeno prikupljanje i obradu informacija i lociranje rizika u finansijskom sistemu. Rad je strukturiran tako da se, nakon analize modela finansijske supervizije, razmatraju specifičnosti organizacije kontrolne funkcije Narodne banke Srbije. U poslednjem delu rada, ukazuje se na dobre, odnosno loše strane sistema finansijske supervizije sa dominantnom ulogom centralne banke.

## **2. Finansijska supervizija u Srbiji**

Dizajniranje odgovarajućih regulativnih okvira i postavljanje efikasnog sistema supervizije, dobija na značaju nakon izbijanja finansijske krize krajem 2007. godine, kada su se u punoj meri manifestovale sve mane finansijskog sektora zasnovanog na principima finansijske liberalizacije i deregulacije. Finansijska liberalizacija stvorila je okruženje koje podstiče banke i druge finansijske posrednike da ulaze u poslove koji otvaraju mogućnost sticanja visokih profita, ali i vode preteranom preuzimanju i kumuliranju rizika. Uz to, proces

deregulacije bio je praćen i neadekvatnom supervizijom što je, pre ili kasnije, nužno vodilo izbijanju finansijske krize. Krize finansijskog sektora dovode do značajnih direktnih, ali i indirektnih troškova. Direktni troškovi izražavaju se gubitkom investitora i vlasnika depozita, odnosno u vidu izdataka agencija za osiguranje depozita i povećanih rashoda države. Indirektni troškovi pak mere se gubitkom poverenja u bankarski sistem, što rezultira smanjenjem obima depozita, povećanim troškovima finansijskog posredovanja i niskom konkurentnošću finansijskog, posebno bankarskog sektora, na međunarodnom finansijskom tržištu. Mikroekonomske distorzije negativno utiču na makroekonomsku stabilnost i sputavaju centralnu banku u vođenju monetarne politike. Da bi se sprečilo kumuliranje rizika i predupredili visoki troškovi saniranja posledica kriza, neophodno je razvijanje efikasnog sistema supervizije, koji će najpre delovati preventivno, tj. sprečavati pojavu i akumulaciju sistemskih rizika, a zatim, ukoliko i pored preduzetih mera, finansijske institucije nastave sa kumuliranjem rizika, delovati korektivno. Finansijska supervizija treba da omogući stalno unapređenje performansi i bilansne strukture finansijskih subjekata i održavanje odgovarajućeg nivoa stabilnosti i poverenja u njihovo poslovanje. Na taj način, štite se komitenti finansijskih institucija od gubitaka, budući da se njihovom realizacijom doprinosi uspostavljanju optimalnog odnosa između maksimiziranja profita – kao cilja kojim se finansijske institucije rukovode u svom poslovanju, i očuvanja njihove likvidnosti i solventnosti – kao cilja za čiju realizaciju su korisnici finansijskih usluga, ali i država, snažno zainteresovani. Regulatorni standardi, zajedno sa jasno definisanim načinom sprovođenja nadzora nad bankama i nebankarskim finansijskim institucijama, čine pravno okruženje koje treba da smanji rizik depozitara i podstakne konkurenciju u finansijskom posredovanju (Božina, 2006:109).

Kada je u pitanju nadzor i kontrola nad finansijskim sektorom, u praksi je moguće razlikovati tri modela (European Central Bank, 2010: 6–7): Tradicionalni pristup finansijskoj superviziji podrazumeva uklju čivanje većeg broja specijalizovanih institucija, sa jasno razgraničenom nadležnošću u pogledu kontrole pojedinih segmenata finansijskog sektora (tzv. sektorski neintegrisani pristup). Formiranje posebnih tela za kontrolu i nadzor bankarskog sektora, finansijskog tržišta i osiguravajućih društava polazi od pretpostavke da finansijski sektor nije integrisan i da je za svaki njegov segment neophodna institucija koja će obavljati kontrolnu funkciju.

Pojava drugog modela vezuje se za talas globalizacije i liberalizacije koji svoj vrhunac dostiže tokom devedesetih godina prošlog veka. Ovaj proces u oblasti finansija bio je praćen sve većim stepenom integracije finansijskog sektora. Integrisani pristup zasniva se na potpunoj konsolidaciji odgovornosti u pogledu nadzora unutar finansijskog sektora u jedinstveno nadzorno telo (*umbrella supervision approach*), koje obavlja ovu funkciju nezavisno od centralne banke. Kod ovog modela postoji jedna institucija koja je odgovorna za prudencionu kontrolu i zaštitu investitora. Uvođenje ovog modela supervizije opravdavallo se sve većom integrisanošću finansijskog sektora, pojavom finansijskih konglomerata i konvergencije finansijskih instrumenata. Trend institucionalne konsolidacije i uvođenja jedinstvenog supervizora započet je 1997. godine u Velikoj Britaniji, a kasnije prihvaćen i u skandinavskim zemljama.

Treći model nastaje kao odgovor na finansijsku krizu koja je kulminirala tokom 2008. godine. Model predstavlja neku vrstu kombinacije prethodna dva. U njemu se insistira na konsolidaciji odgovornosti u pogledu nadzora i kontrole, prema ciljevima nadzora koji se žele postići unutar finansijskog sektora, i podrazumeva postojanje dve supervizorske institucije (*twin peaks model*). Jedan segment kontrolne funkcije prepušta se centralnoj banci koja, kao institucija odgovorna za finansijsku stabilnost, vrši nadzor na poslovanjem i kontroliše sistemski značajne finansijske institucije (depozitne institucije, osiguravajuća društva i posrednike na finansijskom tržištu koji mogu da generišu sistemski rizik ), dok se druga institucija u ovom modelu usmerava na praćenje aktivnosti finansijskih posrednika, odnosno načina na koji finansijski posrednici posluju sa klijentima, sa prvenstvenim ciljem zaštite korisnika finansijskih usluga. U zemljama u kojima je prihvaćen ovaj model (Velika Britanija, Francuska, Italija, Holandija i Belgija), nadležnost centralne banke je proširena, budući da obuhvata ne samo superviziju finansijskih institucija, već podrazumeva i obavljanje makroprudencionalne funkcije (Restoy, 2016: 1).

Koji će od navedenih modela biti prihvaćen u određenoj zemlji zavisi od strukture finansijskog sektora, njegove razvijenosti i potrebe da se osigura institucionalna efikasnost. Od početka tranzicije, Srbija je nastojala da postavi efikasan sistem nadzora i kontrole finansijskog sektora. Vodeće mesto u tom sistemu pripada Narodnoj banci Srbije, koja kontrolnu funkciju ostvaruje ne samo prema bankarskom sektoru, već i prema nebankarskim institucijama.<sup>1</sup> Važna funkcija finansijske

---

1 U finansijskom sektoru Srbije dominantnu ulogu ima bankarski sektor. Ukupna bilansna suma finansijskog sektora pod kontrolom Narodne banke Srbije u 2015.



supervizije tiče se i zaštite investitora na finansijskom tržištu. U Srbiji ova oblast supervizije prepuštena je Komisiji za hartije od vrednosti koja reguliše, vrši nadzor i prati aktivnosti svih učesnika na ovom tržištu.<sup>2</sup> Ostvarivanje ciljeva kontrolne funkcije podrazumeva punu posvećenost svih institucija koje svojim akcijama utiču na finansijske tokove. Naravno da to podrazumeva koordinisan pristup, koji je obezbeđen potpisivanjem sporazuma o Komitetu za finansijsku stabilnost.<sup>3</sup> Na taj način, stvoren je institucionalni okvir za saradnju i usaglašenu akciju ovih subjekata. U sklopu pregovara sa EU, Srbiji predstoji dalje usaglašavanje domaćeg zakonodavstva sa principima finansijske supervizije u EU.

### 3. Organizacija kontrolne funkcije Narodne banke Srbije

Prihvatanje odgovarajućeg modela finansijske supervizije podrazumeva definisanje subjekta kontrole, precizno određivanje njihove nadležnosti, definisanje ciljeva kojima se teži i utvrđivanje instrumenata neophodnih za njihovu realizaciju. Zakonodavstvo Srbije prihvata rešenje po kome je Narodna banka Srbije (NBS) glavni subjekat finansijske supervizije. Ovakvoj ulozi odgovaraju i ciljevi za čiju realizaciju je ova institucija odgovorna. Prema odredbama Zakona o Narodnoj banci Srbije, ona je odgovorna za uspostavljanje i očuvanje stabilnosti cena.<sup>4</sup> Pored toga, NBS je dužna da vodi računa o očuvanju i jačanju finansijske stabilnosti, uz uslov da realizacijom ovog cilja ne ugrozi monetarnu stabilnost,

---

godini iznosila je 84% bruto domaćeg proizvoda (BDP), pri čemu 91,5% od ove bilansne sume pripada bankarskom sektoru (Narodna banka Srbije, 2015).

2 Čl. 262 Zakona o tržištu kapitala, Sl. glasnik RS, 31/11

3 Komitet za finansijsku stabilnost predstavlja savetodavno telo čiji je zadatak da razmatra i ocenjuje sva pitanja i moguće mere koje treba preduzeti kako bi se održala stabilnost finansijskog sistema i koordinira aktivnosti svih ključnih subjekata u tom procesu. Komitet za finansijsku stabilnost ima osam članova i čine ga predstavnici ključnih institucija nadležnih za stabilnost finansijskog sistema. Njegovi članovi su guverner Narodne banke Srbije, ministar nadležan za poslove finansija, direktor Agencije za osiguranje depozita, predsednik Komisije za hartije od vrednosti, direktor Uprave za nadzor nad finansijskim institucijama u Narodnoj banci Srbije, viceguverner Narodne banke Srbije zadužen za finansijsku stabilnost, državni sekretar u ministarstvu nadležnom za poslove finansija zadužen za finansijski sistem i generalni direktor Sektora za kontrolu poslovanja banaka u Narodnoj banci Srbije (Narodna banka Srbije, 2013: 104).

4 Čl. 3 Zakona o Narodnoj banci Srbije, Sl. glasnik RS, 72/2003. i Zakona o izmenama i dopunama Zakona o Narodnoj banci Srbije, Sl. glasnik RS, 55/2004, 85/2005 - dr. 44/2010, 76/2012, 106/2012 i 14/2015

odnosno izazove pojavu inflacije. Najzad, centralna banka je obavezna da, ne dovodeći u pitanje monetarnu i finansijsku stabilnost, pomogne ostvarivanju ostalih ciljeva ekonomske politike. Ovako definisani ciljevi impliciraju i poveravanje brojnih funkcija centralnoj banci. Pored monetarne i devizne politike<sup>5</sup>, Narodna banka Srbije nadležna je za sprovođenje nadzora i kontrole bankarskih i nebankarskih finansijskih institucija. Prema članu 4 tač. 6) do 11) Zakona o NBS, kontrolna funkcija odnosi se na banke, delatnost osiguranja, poslove finansijskog lizinga i dobrovoljnih penzijskih fondova, platni promet i zaštitu prava i interesa korisnika usluga koje pružaju ove institucije. Organizaciono, u okviru Narodne banke kontrolna funkcija poverena je Upravi za nadzor (čl. 8a Zakona), koja samostalno ili u saradnji sa Izvršnim odborom NBS nastoji da obezbedi stabilno i sigurno poslovanje subjekata koje kontroliše. Uprava za nadzor nema svojstvo pravnog lica, već predstavlja posebnu organizacionu celinu NBS. U nastojanju da osigura nezavisnost u obavljanju kontrolne funkcije i spreči sukob interesa, Zakon o NBS (čl. 21b) propisuje da je centralna banka obavezna da pri vršenju poslova nadzora nad finansijskim institucijama obezbedi samostalnost i organizacionu razdvojenost u odnosu na druge funkcije i poslove NBS. Budući da je NBS poverena i funkcija restrukturiranja banaka, u st. 2 ovog člana predviđena je obaveza centralne banke da ove poslove obavlja na način kojim se obezbeđuje odvojeno rukovođenje svakim od tih poslova, njihova organizaciona razdvojenost i ujedno sprečava sukob interesa. Primena principa nezavisnosti u vršenju kontrolne funkcije podrazumeva i poštovanje principa personalne nezavisnosti, što se prvenstveno odnosi na način izbora, dužinu mandata, nespojivost funkcija i sprečavanje sukoba interesa. Prema čl. 21a Zakona o NBS, Upravom za nadzor rukovodi direktor, koga na predlog Odbora za finansije bira Narodna skupština, na period od šest godina. Na izbor, nespojivost funkcija i sprečavanje sukoba interesa direktora Uprave shodno se primenjuju odredbe Zakona kojima se propisuje način i uslovi za izbor guvernera NBS. Vršenje kontrolne funkcije od strane Narodne banke Srbije obuhvata regulatornu aktivnost centralne banke, posrednu i neposrednu kontrolu finansijskih institucija koje se nalaze pod nadzorom NBS, i primenu preventivnih, korektivnih i prinudnih mera.

Postavljanje pravila koja finansijske institucije moraju u svom poslovanju da poštuju treba da obezbedi efikasno upravljanje rizicima

---

5 Takođe, Narodna banka Srbije vodi makroprudencionu politiku, sprovodi postupak i preduzima instrumente i mere u procesu restrukturiranja banaka, odnosno članova bankarske grupe u skladu sa zakonom.

i sigurnost sredstava deponenata. Prema čl. 15 Zakona o NBS, propise i druge opšte akte u oblasti kontrolne i nadzorne funkcije donosi Izvršni odbor centralne banke na predlog Uprave za nadzor. Usvajanjem odgovarajućih pravila uvode se rešenja koja odgovaraju međunarodno prihvaćenim standardima i, istovremeno, domaće zakonodavstvo se usaglašava sa pravnim tekovinama Evropske unije u ovoj oblasti. U savremenim uslovima, aktivnost finansijskih institucija, a naročito banaka, nije omeđena državnim granicama. U uslovima liberalizovanih tokova kapitala, one nastoje da delatnost prošire na više država. Tako, na primer, banke iz razvijenih država vrlo često stvaraju prekogranične finansijske konglomerate sa razuđenom mrežom filijala, predstavništava i drugih organizacionih oblika, a kojim dominira matična banka. S obzirom na dominantnu ulogu bankarskog sektora u Srbiji, od izuzetnog značaja za stabilnost i razvoj finansijskog sektora je harmonizacija domaćih pravila sa standardima Komiteta za bankarsku superviziju (*Basel Committee on Banking Supervision*).<sup>6</sup> Ovim standardima bankama se postavljaju ograničenja koja se tiču a) kapitalnog cenzusa i zahteva u pogledu adekvatnosti kapitala, b) klasifikacije kredita i utvrđivanja standarda za formiranje rezervi za potencijalne gubitke, v) kreditnih limita (standarda o velikim kreditima i o kreditiranju lica povezanih sa bankom i g) ograničenja na trajna ulaganja kapitala banke u akcije preduzeća. Slično, i u ostalim delovima finansijskog sektora nad čijim poslovanjem centralna banka vrši nadzor, regulatorna aktivnost podrazumeva utvrđivanje standarda stabilnog i sigurnog poslovanja.

Posredna i neposredna kontrola bankarskih i nebankarskih finansijskih institucija ima za cilj da osigura poštovanje utvrđenih standarda u njihovom poslovanju. Posrednu kontrolu Narodna banka Srbije ostvaruje analizom izveštaja, koje nadzirana lica po zakonu ili na zahtev dostavljaju centralnoj banci. Podatke koje obrađuje u okviru posredne kontrole, NBS može da pribavlja i iz eksternih izvora. Radi se

---

6 Komitet za bankarsku superviziju formiran je 1975. godine od strane guvernera centralnih banaka visokorazvijenih zemalja, kao odgovor na krizu bretonvudskog sistema U nastojanju da predupredi pojavu sistemskih bankarskih kriza, Komitet je jula 1988. godine usvojio pravila o minimumu obaveznog kapitala i superviziji kreditnih rizika (Bazel I). Tokom 2004. godine postavljeni su novi okviri supervizije koji se temelje na tri stuba: minimuma lica, kapitala i likvidnosti zahtevima za kreditni, tržišni i operativni rizik, postupku supervizijske provere adekvatnosti kapitala i zahtevima za tržišnom disciplinom. Kao odgovor na finansijsku krizu, Komitet 2010. godine uvodi nov sistem pravila poznat pod nazivom Bazel III, kojima se teži rešavanju problema procikličnosti kapitalnih zahteva i kvaliteta samog kapitala (Kundid, Novokmet, 2015: 158–160).

o podacima koji se dobijaju preko Uprave za nadzor, u okviru saradnje sa stranim institucijama i domaćim organima i institucijama nadležnim za nadzor u oblasti finansijskog osiguranja (čl. 65 Zakona o NBS). S druge strane, neposredna kontrola podrazumeva proveru usklađenosti poslovanja u sedištu finansijske institucije. U okviru neposredne kontrole, Narodna banka Srbije (čl. 64 Zakona o NBS) ima pravo uvida u poslovne knjige i drugu dokumentaciju finansijskih institucija, ali i lica koja su sa tim finansijskim institucijama povezana imovinskim, upravljačkim ili poslovnim odnosima.

Sastavni deo kontrolne funkcije centralne banke je i njeno ovlašćenje da preduzima odgovarajuće mere kojima se uklanjaju uočene nepravilnosti u poslovanju finansijskih institucija. Supervizijske institucije mogu primenjivati preventivne, korektivne i prinudne mere. Preventivnim merama se sprečava ulazak na tržište onim institucijama koje bi svojim poslovanjem narušile stabilnost finansijskog sektora. Najčešća preventivna mera odnosi se na licenciranje, koje obu hvata davanje dozvola i saglasnosti bez kojih finansijske institucije ne bi mogle da obavljaju svoju delatnost. Preventivno delovanje Narodne banke Srbije ne bi bilo moguće bez razvijanja informacionog sistema (čl. 69 Zakona o NBS), koji centralnoj banci omogućava efikasno prikupljanje podataka i blagovremenu intervenciju. Korektivne mere primenjuju se radi otklanjanja onih nepravilnosti u poslovanju institucije koje ne utiču bitno ni neposredno na njeno finansijsko stanje, ali bi mogle imati takav uticaj ukoliko se ne bi otklonile. Primena ove mere najčešće se realizuje izricanjem pismene opomene ili davanjem naloga za otklanjanje uočenih nepravilnosti. Supervizorska institucija mora raspolagati odgovarajućim merama koje će primeniti u slučaju da korektivne mere nisu dale očekivani rezultat. Tako Zakon o bankama<sup>7</sup> predviđa mogućnost da Narodna banka Srbije može, u slučaju znatnog pogoršanja finansijskog stanja banke ili teže povrede zakona, propisa NBS i drugih propisa ili statuta banke, naložiti razrešenje svih ili pojedinih članova organa upravljanja banke, odnosno smenu drugih lica na rukovodećem položaju u banci. Pored toga, prema čl. 117 ovog Zakona, centralna banka može, nezavisno od preduzimanja ovih mera ili zajedno s tim merama, banci, kao i članu upravnog, odnosno izvršnog odbora banke, izreći novčanu kaznu (ne veću od 10 % ukupnog prihoda iz prethodne poslovne godine) u slučaju teže povrede zakona ili drugih propisa koji se odnose na poslovanje banke. Najzad, ukoliko su u poslovanju banke, i pored preduzetih mera, i dalje prisutne teže povrede zakona, zloupotrebe u poslovanju ili

---

7 čl. 114–115 Zakona o bankama, *Sl glasnik RS*, 107/2005, 91/2010 i 14/2015.

drugi oblici nepravilnosti, Naroda banka Srbije može finansijskoj instituciji nad kojom vrši nadzor izreći i meru oduzimanja dozvole za rad (čl. 15 Zakona o NBS). Odluku o oduzimanju dozvole, kao i o ispunjenosti uslova za pokretanje stečajnog postupka, odnosno postupka likvidacije nad finansijskim institucijama, donosi Izvršni odbor NBS, na predlog Uprave za nadzor.

#### **4. Prednosti i nedostaci poveravanja kontrolne funkcije centralnoj banci**

Jedno od pitanja koje zaokuplja stručnu javnost tiče se prednosti, odnosno nedostataka rešenja koje funkciju supervizije nad bankarskim i nebankarskim finansijskim institucijama poverava centralnoj banci (Schoenmaker, 2013: 362). Uključivanje centralne banke u ovaj proces vrlo često se opravdava argumentom da je kontrolna funkcija jedna od tzv. tradicionalnih funkcija centralne banke. Prema ovom shvatanju, centralna banka je institucija koja vodi monetarnu politiku, brine o finansijskoj stabilnosti, vrši ulogu zajmodavca poslednje instance, obezbeđuje nesmetano funkcionisanje platnog prometa i vodi prudencionu politiku (Blinder, 2010: 124). U korist integrisanog pristupa supervizijskoj funkciji, sa dominantnom ulogom centralne banke, navodi se i to da je ovaj model pogodniji za zemlje sa nerazvijenim finansijskim sektorom (Taylor, Fleming, 1999: 44). U tim zemljama institucije su još uvek fragilne i poveravanje ove funkcije centralnoj banci može biti optimalno rešenje u uslovima kada javnost najveće poverenje ima u ovu instituciju.<sup>8</sup> Poveravanje supervizijske funkcije centralnoj banci u finansijskom sektoru koji karakteriše dominantna uloga bankarskog sektora ima i drugih prednosti. Na primer, očuvanje likvidnosti, pored toga što predstavlja jedan od osnovnih zadataka banke, važno je za makroekonomsku ali i supervizijsku funkciju. Makroekonomska funkcija tiče se ukupnog iznosa likvidnosti. S druge strane, supervizijska funkcija povezana je sa pitanjem na koji način i u kolikoj meri treba obezbediti likvidnost pojedinih finansijskih institucija. Kao zajmodavac u poslednjoj instanci, centralna banka treba da odluči da li će obezbediti likvidnost ugroženim bankama, kao i pod kojim uslovima takva sredstva mogu biti odobrena. Očigledno je da centralna banka ima mogućnost da u interakciji supervizorske i monetarne regulacije, efikasnije od posebne supervizorske agencije nadzire bankarsku

---

<sup>8</sup> Jedinstveni supervizor lakše zadobija poverenje javnosti (klijenata i nadziranih subjekata) s obzirom na to da ga javnost doživljava kao jedinstvenu vlast nad finansijskim sistemom sa velikom odgovornošću (Božina Beroš, 2012: 358).

delatnost u oblasti likvidnosti, kreditne ekspanzije, menjačkih poslova i međunarodnog bankarstva. Osim toga, centralna banka kao nezavisna institucija ima i veću sposobnost da se odupre spoljnim pritiscima i da obezbedi samostalnost u vršenju supervizijske funkcije. Važan argument da centralna banka bude subjekt supervizijskog procesa predstavlja i to što je reč o instituciji koja je, zahvaljujući razvijenom informacionom sistemu, u stanju da prikupi sve podatke od značaja za praćenje boniteta i kvaliteta poslovanja finansijskih institucija i raspoláže potrebnim veštinama nužnim za sprovođenje kontrole. Najzad, čak i u slučaju kada bi se nadležnost za ovu funkciju poverila nekoj drugoj instituciji, centralna banka ne bi mogla biti isključena iz procesa kontrole.

Pored nesumnjivih prednosti, prepuštanje supervizorske funkcije centralnoj banci ima i neke negativne strane. Ovakvo rešenje vodi koncentraciji odgovornosti i ovlašćenja centralne banke, što u uslovima značajnog odstupanja stvarne od formalne nezavisnosti vodi nekonzistentnoj primeni prudencionih normi. Suočene sa problemom nelikvidnosti i nesolventnosti, banke pojačavaju pritisak na centralnu banku da vodi elastičniju politiku refinansiranja povećanjem kredita namenjenih očuvanju likvidnosti. Pored toga, postoji opasnost konflikta ciljeva monetarne politike i ostvarivanja ciljeva finansijske supervizije. U uslovima kada centralna banka objedinjuje monetarnu i supervizijsku funkciju njena nastojanja da vodi restriktivnu politiku mogu biti ograničena strahom od neželjenih posledica koje restriktivnost može da proizvede po bankarski sistem. Ovo naročito u slučaju spašavanja likvidnosti tzv. sistemski značajnih banaka. Tako je moguće da centralna banka, zbog makroekonomskih ciljeva koji nameću potrebu jakih kreditnih ograničenja, ne bude raspoložena za supervizijsku akciju koja će za posledicu imati povećanu potražnju za kreditima centralne banke.

Nezavisno od modela finansijske supervizije, sa stanovišta monetarnog prava, svakako najznačajnije pitanje iz domena organizacione strukture ove aktivnosti tiče se uloge centralne banke (Lastra, 2015: 112). Ova uloga se tokom poslednje decenije prošlog veka značajno promenila. Od institucije koja je, zajedno sa vladom, bila odgovorna za stabilnost cena, stopu zaposlenosti i privredni rast, ona se transformisala u nezavisnu instituciju, sa primarnim zadatkom da osigura stabilnost cena, odnosno nisku inflaciju. Dominantno stanovište u monetarnoj teoriji da nesamostalna centralna banka, odgovorna za realizaciju više ciljeva, može da se opredeli za vođenje diskrecione monetarne politike, koju prate snažni inflacioni podsticaji (posebno ukoliko se ciljevi koji se

tiču rasta bruto domaćeg proizvoda (BDP) i zaposlenosti postave iznad njihovog ravnotežnog nivoa ili pak nosioci politike iz određenih razloga preferiraju viši nivo cena), imalo je uticaja i na uređenje pravnog položaja centralne banke. Finansijska kriza i posledična recesija podsetila je na lekciju, koja je bila delimično zaboravljena, da finansijska nestabilnost može da prouzrokuje ozbiljnu štetu privredi u celini. Ukoliko želi da očuva povoljne makroekonomske performanse, centralna banka ne može da stoji po strani brinući samo o monetarnoj stabilnosti. Sa ili bez nadležnosti u oblasti finansijske supervizije, centralna banka je odgovorna za finansijsku stabilnost, koja ne može biti razdvojena od monetarne s obzirom na to da nestabilnost cena urušava stabilnost finansijskog sistema, kao što i ranjivost finansijskog sektora negativno utiče na monetarnu stabilnost. Iz tog razloga, čini se da je za zemlje sa nerazvijenim finansijskim sektorom najpogodniji treći model organizacije supervizije koji podrazumeva podelu nadležnosti između centralne banke i posebne supervizijske institucije. U takvoj dvorednoj regulatornoj strukturi, centralna banka preuzima onaj segment koji se tiče obezbeđenja likvidnosti i uslova pod kojima ona može biti obezbeđena. Drugi segment supervizije bio bi obezbeđen od strane nezavisne supervizijske institucije koja bi se bavila pitanjima davanja i oduzimanja licence za obavljanje bankarske aktivnosti, prihvatljivog opsega bankarskih aktivnosti, kao i pitanjem depozitnog osiguranja.

## **5. Zaključak**

Izbor modela finansijske supervizije zavisi od strukture finansijskog sektora, njegove razvijenosti i potrebe da se osigura institucionalna efikasnost. Od početka tranzicije Srbija je nastojala da postavi efikasan sistem nadzora i kontrole finansijskog sektora. Vodeće mesto u tom sistemu pripada Narodnoj banci Srbije koja kontrolnu funkciju ostvaruje ne samo prema bankarskom sektoru, već i prema nebankarskim institucijama. U tom smislu, zakonodavstvo Srbije nadzornu i kontrolnu funkciju prepušta Upravi za nadzor, kao posebnom telu Narodne banke Srbije. Sastavni deo ove funkcije je postavljanje pravila koja finansijske institucije moraju u svom poslovanju da poštuju, kako bi se obezbedilo efikasno upravljanje rizicima i sigurnost sredstava deponenata. Pored toga, kontrolna funkcija obu hvata posrednu i neposrednu kontrolu finansijskih institucija koje se nalaze pod nadzorom NBS, kao i primenu preventivnih, korektivnih i prinudnih mera. U narednom periodu, Srbiji predstoji usaglašavanje institucionalnih okvira supervizije

sa evropskim i međunarodnim standardima. Nezavisno od modela za koji se opredeli, uloga centralne banke u ovom procesu se ne može zanemariti. Nakon globalne finansijske krize, centralne banke finansijskoj stabilnosti daju gotovo isti značaj kao i monetarnoj, čemu odgovara i direktna ili indirektna odgovornost za finansijsku superviziju.

## Literatura

- Blinder, A. (2010). How Central Should the Central Bank be?. *Journal of Economic Literature*.1(48). 123–133.
- Božina, M. (2006). Pravni i ekonomski aspekti regulacije poslovnih banaka u procesu ekonomske i monetarne integracije republike Hrvatske. *Ekonomska istraživanja*. 2(19). 107–117.
- Božina Beroš, M. (2012). Finansijska supervizija u Hrvatskoj – između dvije institucije i jednog evropskog trenda. *Ekonomski pregled*, 5–6 (63). 352–371.
- Goodhart, C., Hartmann, P., Lewellyn, T. D., Rojas-Suarez, L., Weisbrod, S. (2013). *Financial Regulation: Why, How and Where Now?*. London: Routledge Taylor & Francis Group
- European Central Bank. *Recent developments in supervisory structures in the EU Member States (2007-10)*. Brussels: October (2010)
- Zakon o bankama, *Službeni glasnik RS*, Br. 107 (2005), 91 (2010) i14 (2015)
- Zakon o Narodnoj banci Srbije, *Službeni glasnik RS*. Br 72 (2003)
- Zakon o izmenama i dopunama Zakona o Narodnoj banci Srbije, *Službeni glasnik RS*, Br. 55 (2004), 85 (2005) - dr. 44 (2010), 76 (2012), 106 (2012) i 14 (2015)
- Zakon o tržištu kapitala, *Službeni glasnik RS*, Br. 31 (2011)
- Kundid Novokmet, A. (2015). Kontroverze regulacije banaka kroz kapitalne zahtjeve. *Ekonomski pregled*, 2 (66). 156–176.
- Lastra, M. R. (2015). *Interantional Financial and Monetary Law*. Oxford, UK: Oxford University Press
- Narodna banka Srbije. *Godišnji izveštaj o finansijskoj stabilnosti*. (2013)
- Narodna Banka Srbije. *Godišnji izveštaj o poslovanju i rezultatima rada*. (2015)
- Restoy, F. (2016). *The Organisation of Financial Supervision*. [Electronic version]. Retrieved 05, May 2016, from <https://www.bis.org/review/r160126b.htm>



Schoenmaker, D. (2013). Financial Supervision in the EU, In G. Caprio (Eds.), *Handbook of Safeguarding Global Financial Stability, Political, Social, Cultural and Economic Theories and Models* (pp. 355-369). Oxford, UK: Oxford University Press

Taylor, M., Fleming, A. (1999). Integrated Financial Supervision Lessons of Scandinavian Experience. *Finance & Development*. December. 42–45.

**Srdan Golubović, LL.D.**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

## **THE CONTROL FUNCTION OF THE NATIONAL BANK OF SERBIA**

### **Summary**

*The functioning of a modern economy cannot be conceived without activities of banks and non-banking financial institutions. As financial intermediaries, these institutions issue various financial instruments to mobilize and further allocate free financial funds in appropriate financial investments. By performing this function, financial institutions concurrently affect economic activity, economic structure, employment and macroeconomic stability. Due to their importance for economic relations in any country, most countries prescribe very strict requirements that must be fulfilled in order for an organization to perform financial intermediation activities. These conditions are most often related to the specific requirements regarding activities of financial institutions and their establishment, balance sheet, and requirements in terms of capital adequacy. An integral part of the financial sector regulation is definition of the prudential supervision framework (an effective system of supervision, precisely defined competences of the bodies involved in the supervision, their operational independence, transparency, proceedings for the control of solvency and legality of financial institutions' activities) and the implementation of corrective and coercive measures.*

*The paper analyzes the control function of the National Bank of Serbia which, in addition to monitoring and controlling the banking sector, exercises the supervision and control of non-banking financial institutions. The analysis of this issue aims to highlight the importance of the financial institutions' control for curtailing the excessive risk-taking practices by financial institutions, minimizing of systemic risk, and strengthening and preserving the financial system stability.*

**Keywords:** *supervision and control of the financial institutions, National Bank of Serbia, financial stability.*



## **KONTROLNI MEHANIZMI KORPORATIVNOG UPRAVLJANJA\*\***

**Apstrakt:** *Struktura korporativnog upravljanja određena je raspodelom prava i odgovornosti između različitih učesnika u kompaniji. Organizaciono kompleksni korporativni entiteti, nastali kao refleksija složenih formi privrednih društava, usloveli su konflikt interesa između vlasnika, uprave i menadžera, poznatiji kao prvi agencijski problem. Kako savremene kompanije deluju u interakciji sa velikim brojem lica (tzv. stejkholderima), etika i odgovornost prema vlasnicima, zaposlenima, kreditorima i državi su postulati koji se u poslednje vreme preispituju. Razlog tome su brojne zloupotrebe od strane kompanija, kao i njihovo proaktivno delovanje u procesu zaštite od sajber kriminala. Da bi se odgovorilo na nove izazove i zahteve, koji podrazumevaju zadovoljenje interesa akcionara i stejkholdera, menadžment je obavezan da uspostavi adekvatan sistem interne kontrole koji obuhvata sve aktivnosti kompanija. Savremene tendencije u razvoju interne revizije, kao mehanizma dobrog korporativnog upravljanja, ogledaju se i u pružanju saveta u vezi sa anticipiranim budućim rizicima i njihovim upravljanjem.*

**Ključne reči:** *kontrola, korporativno upravljanje, interna revizija, agencijski problem, upravljanje rizikom.*

### **1. Uvodne napomene**

Korporacija predstavlja najsloženiji organizacioni oblik privrednih društava. Kao značajni elementi korporativnog upravljanja pominju su etika i odgovornost prema vlasnicima, kreditorima, zaposlenima, državnim organima i široj javnosti, koji zahtevaju pouzdanu operativnu

---

\* milena@prafak.ni.ac.rs

\*\* Ovaj članak je rezultat istraživačkog rada u okviru projekta br. 179046 „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ Pravnog fakulteta u Nišu koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

i finansijsku kontrolu nad aktivnostima privrednog društva. Iako su odvojena i nezavisna pravna lica, savremene korporacije uvek deluju u interakciji sa velikim brojem drugih internih ili eksternih elemenata, tzv. „stejkholderima“. Najvažniji konstituenti korporativnih privrednih društava su, svakako, vlasnici kapitala i menadžeri. Korporativno upravljanje je značajno za organizacije koje imaju odvojenu vlasničku i upravljačku strukturu, što je karakteristično za akcionarska društva. Zaštita interesa akcionara, kao i drugih stejkholdera, obezbeđuje se dobro prilagođenim modelom i primenjenim pravilima korporativnog upravljanja. Strukturu korporativnog upravljanja utvrđena je raspodela prava i odgovornosti između menadžera, akcionara i ostalih zainteresovanih strana, a njome su propisana i pravila za donošenje odluka.

Korporativno upravljanje definiše se i kao način na koji finansijski dobavljači kompanijama obezbeđuju povraćaj njihovih investicija (Shleifer, Vishny, 1997). Svakoj kompaniji je u interesu što bolja zaštita akcionara, jer na taj način neposredno stvara bolju sliku na tržištu novih investicija. Izgradnja sistema korporativnog upravljanja treba da pomogne u odgovoru na pitanja: koga menadžeri predstavljaju i zašto; kome odgovaraju; kakve su veze menadžera s vlasnicima; kako se menadžeri nadziru i kako ih treba nadzirati; kakvi su odnosi većinskih i manjinskih akcionara; na koji način se štite prava manjinskih akcionara; kako se korporacija odnosi prema javnosti i potencijalnim ulagačima; kako se u korporacijske poslove uključuju druge interesno-uticajne grupe, posebno radnici, ali i kako se štite njihova prava i razmatraju zahtevi; kako se iskazuje društvena odgovornost kompanije i drugo.

Potrebno je naglasiti da kvalitetno korporativno upravljanje treba da osigura podsticaje nadzornom odboru, upravi ili upravnom odboru u ostvarivanju ciljeva koji su u interesu same korporacije, ali i njenih vlasnika. Putem korporativnog upravljanja treba uspostaviti efikasan sistem vođenja i kontrole poslovanja. Dobar mehanizam korporativnog upravljanja za rezultat će imati smanjenje troškova kapitala, kao i efikasnu upotrebu resursa u poslovanju korporacije. Empirijska istraživanja pokazala su da postoji korelacija između kvaliteta korporativnog upravljanja i same korporacije merene finansijskim pokazateljima, tržišnim udelom, zadovoljstvom zaposlenih i drugim pokazateljima (Ritenberg, Schwieger, 2000; Jensen & Meckling, 1976). Kvalitet korporativnog upravljanja je važan izvor konkurentske prednosti kompanije (Hitt, Ireland, Hoskisson, 1995).

Sa aspekta korporativnog upravljanja, pažnja se posvećuje problemima koji prirodno nastaju iz različitosti vlasničke i menadžerske uloge u korporaciji. Posledica razdvajanja vlasništva i nadzora su određeni agencijski troškovi<sup>1</sup> koji nastaju zbog razlike između vlasničkih i menadžerski interesa. Osim mogućeg sukoba vlasnika i menadžmenta, problemi korporativnog upravljanja mogu, takođe, nastati i između akcionara koji nadziru kompaniju i manjinskih akcionara. Model i dobra praksa korporativnog upravljanja treba da osiguraju jednaka prava za sve akcionare, posebno da zaštite manjinske akcionare i njihova investitorska prava ostvarivanja fer povraćaja na svoja ulaganja.

Korporacija je organizacioni oblik privrednih društava u kojem postoji veliki broj vlasnika kapitala čije sposobnosti za upravljanje takvim entitetom često nisu dovoljne. Iz tog razloga su prinuđeni da angažuju kompetentne stručnjake izvan privrednog društva (menadžere), na koje prenose pravo upravljanja i rukovođenja. Očekivano bi bilo da menadžeri kao agenti vlasnika kapitala (principala) vode povereni entitet na način koji će obezbediti njegovo normalno funkcionisanje i ostvarivanje dobiti koja će biti dovoljna za zadovoljavanje njihovih ciljnih funkcija. Međutim, ciljne funkcije vlasnika kapitala i menadžmenta kompanije nisu identične već, naprotiv, konfliktne su. Ovaj konflikt naročito dolazi do izražaja u korporativnim entitetima koji svoju funkciju u procesu društvene reprodukcije obavljaju u granama koje im omogućavaju da raspoložu sa znatnim iznosima tzv. slobodnog neto novčanog toka (*free cash flow*). Dilema da li ostvareni neto novčani tok treba raspodeliti vlasnicima kapitala ili ga treba uložiti u odgovarajuće projekte sa pozitivnom ili čak sa negativnom neto vrednošću, predstavlja jedan od osnovnih uzroka u razmimoilaženju dugoročnih ciljeva vlasnika kapitala i kratkoročnih ciljeva menadžera, odnosno u stvaranju ili intenziviranju konflikta između njihovih ciljnih funkcija (Paape, Snoep, Scheffe, 2002; Sudarsanam, 1995; Jensen, 1986), kada menadžeri svoju ciljnu funkciju počinju da „realizuju na štetu ciljne funkcije vlasnika kompanije“ pri čemu se javlja tzv. agencijski problem.

## 2. Modaliteti korporativnog upravljanja

Efikan mehanizam korporativne kontrole predstavlja tržište i pokretljivost menadžera, koje forsira menadžment na efikasno poslovanje s obzirom na to da postoji mogućnost njihove zamene (Kean, 2003).

---

1 Agencijski troškovi nastaju kada menadžment nastoji da ostvari sopstvene ciljeve, a ne ciljeve akcionara.

Jedan od najznačajnijih mehanizama korporativnog upravljanja koji je karakterističan za zemlje koje nemaju razvijeno tržište kapitala predstavlja koncentracija vlasništva. Relativno veliki, većinski vlasnički udeo omogućava efikasan nadzor menadžmenta od strane vlasnika, sa manjim agencijskim troškovima. Nedostatak ovog mehanizma je da uslovljava često stavljanje manjinskih vlasnika u zavisani položaj u odnosu na velike vlasnike (Shleifer & Vishny, 1997) i eksproprijaciju njihovih prava.

Kada govorimo o tipovima korporativnog upravljanja najznačajnija podela je podela na akcionarski i stejkholderski tip (Roberts, Nulty, Stiles, 2005). Sistem akcionarskog korporativnog upravljanja pretpostavlja da je osnovna njegova funkcija omogućavanje maksimizacije profita akcionara. Ovaj klasičan princip korporativnog upravljanja bazira se na stavovima prema kojima u kompaniji postoji separacija vlasništva i menadžmenta koja dovodi do konflikta interesa. Prema teoriji agencije, koja proizlazi iz suprotstavljenih stavova i ciljeva menadžmenta (maksimizacija sopstvenih interesa i nedovoljnog angažovanja) i ciljeva njihovih vlasnika (maksimizacija vrednosti kapitala kompanije), osnovna intencija vlasnika je da implementacijom različitih mehanizama upravljanja pokuša da na efikasan način nadzire menadžment sa osnovnim ciljem da se on ponaša i reaguje u najboljem interesu principala. S druge strane, stejkholderski princip korporativnog upravljanja u svom fokusu ima zadovoljenje više različitih ciljeva, pomirenja interesa zaposlenih, države, dobavljača, investitora itd. Ovaj princip u svoj fokus stavlja pre svega javno-socijalni interes, za razliku od akcionarskog pristupa koji privatni interes tretira kao primarni (La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer, Vishny, 1998). Jedan od najznačajnijih kriterijuma je tretman, potencijalna snaga i način ponašanja vlasnika, saglasno tome da li se vlasnička struktura zasniva na velikom broju disperziranih akcionara („outsider“) ili na „blokovima“ značajnih akcionara koji aktivno učestvuju u nadzoru i radu kompanije („insider“). Anglosaksonski ili tzv. „outsider“ sistem korporativnog upravljanja je karakterističan za Veliku Britaniju, SAD i Australiju. Ovaj sistem se bazira na velikoj disperziji vlasništva (pojedinačni vlasnički udeo obično ne prelazi 3%), u kojoj se vlasnici ne ponašaju kao aktivni učesnici na tržištu kapitala, nego kao investitori sa dugoročnom vizijom razvoja kompanije u koju ulažu. U ovim sistemima postoje izuzetno sofisticirani korporativni instrumenti, kao i institucionalni mehanizmi nezavisnih članova borda, eksternih revizora, razvijenog tržišta kapitala, tržišta menadžera, sistema plaćanja menadžera u skladu sa kvalitetom.<sup>2</sup>

---

2 U svrh u podizanja nivoa efikasnosti angažovanog tima menadžera koriste se različiti sistemi podsticaja, kako oni koji se realizuju kroz nadoknade koje

### 3. Interni i eksterni mehanizmi

Efikasnost i efektivnost korporativnog upravljanja može se ostvariti primenom različitih mehanizama, koji se najopštije mogu podeliti na interne i eksterne. Najznačajniji interni mehanizmi korporativnog upravljanja su: 1) monitoring menadžmenta od strane upravnog i eventualno nadzornog odbora; 2) odgovarajući sistemi podsticaja menadžera; 3) interna revizija i kontrola od strane velikih institucionalnih ulagača. Sa druge strane, najčešće pominjani eksterni mehanizmi korporativnog upravljanja su: 1) tržište korporativne kontrole; 2) tržište proizvoda i usluga; 3) tržište menadžerskih usluga i zakonska regulativa.

U OECD-ovim Principima korporativnog upravljanja (2004)<sup>3</sup> ističe se da postojanje delotvornog sistema korporativnog upravljanja uveliko pomaže pri osiguravanju nivoa pouzdanosti koja je neophodna za funkcioniranje tržišne ekonomije. S obzirom na istaknuti problem

---

menadžeri ostvaruju mimo redovnih primanja, tako i kroz postizanje odgovarajućih sporazuma, kojima se menadžeri štite u slu čajevima kada je korporativni entitet kojim oni upravljaju meta neprijateljskih napada za preuzimanje kontrole. Sklapanje sporazuma sa angažovanim timom menadžera, u kojima se garantuje isplata relativno visokih novčanih nadoknada u slu čajevima njihovog smenjivanja ili povlačenja, koje je prouzrokovano promenama u kontroli nad korporativnim entitetom kojim oni upravljaju, predstavlja jednu od preventivnih mera odbrane u slu čaju preuzimanja za koju je opšteprihvaćeni naziv „zlatni padobrani“ (*Golden Parachutes*). Aktiviranje prava anga žovanog menadžmenta iz postignu tog sporazuma vezano je za nastanak određenih događaja, kao što su: kupovina određenog procenta udela u vlasništvu od strane ulagača izvan matične korporacije ili postojanje ponude za direktnu k upovinu akcija (ponude na tenderu) za određeni procenat udela u vlasništvu matične korporacije. Prema mišljenju zagovornika primene sporazuma ove vrste, oni predstavljaju način ujednačavanja interesa akcionara i članova uprave nakon pokretanja post upka preu zimanja, čime se smanju je inherentan s ukob interesa, a menadžment podstiče da u post upk u preuzimanja radi u interes u (s u)vlasnika. Oponenti pak smatraju da „zlatni padobrani“ slu že isklju čivo očuvanju stečenih pozicija angažovanog tima menadžera na račun (su)vlasnika, jer „mogu obeshrabriti potencijalne k upce da budu zainteresovani za k upovinu korporacije kojom oni upravljaju ili ohrabriti direktore na klju čnim mestima da podrže predloženu transakciju iako ona nije u najboljem interesu njihovih akcionara“ (Shapiro, 1990). Stoga ih protivnici često nazivaju „zlatnim liscama“ (*Golden Handcuffs*), jer vezuju ruke privrednom društvu, a daju veliku slobodu njihovim imaocima. Broj lica u korporativnom entitetu koja mogu biti obu hvaćena ovakvim sporazumima zavisi od brojnih faktora, među kojima se ističu: veličina i finansijska snaga privrednog društva, ukupni troškovi, praksa konkurenata, verovatnoća da će ta lica tražiti drugo zaposlenje, položaj koji imaju u privrednom društvu, verovatnoća da će njihovo zaposlenje prestati nakon promene kontrole, du žina radnog staža, visina njihovih primanja u privrednom društvu i sl. (Radović, 2008).

3 *OECD Principles of Corporate Governance* (2004)

konflikta interesa i ciljnih funkcija vlasnika i menadžera, logično je da se najveći deo OECD-ovih Principa korporativnog upravljanja, kao i našeg nacionalnog Kodeksa odnosi na definisanje pravila i smernica koje će omogućiti svim (su)vlasnicima ravnopravan tretman i ostvarivanje prava koja im po osnovu uloženog kapitala u odgovarajući korporativni entitet i pripadaju, odnosno na pokušaj prevazilaženja sledeća dva problema:

- eliminisanje tzv. informacione asimetrije (obezbeđivanje objektivnih i pravovremenih podataka o poslovanju korporativnog entiteta u koji su (su)vlasnici uložili svoj kapital) i
- vezivanje angažovanog tima menadžera za korporativni entitet kojim trenutno upravljaju na duži rok, putem različitih sistema podsticaja, čime se pokušavaju približiti njihovi ciljevi sa ciljevima (su)vlasnika.

U zavisnosti od razvijenosti tržišta, ali i od toga koje interesne grupe utiču na donošenje odluka, sa kojim instrumentima i mehanizmima one raspolažu, kako ih koriste i na koji način učestvuju u korporativnom upravljanju, razlikuju se dva osnovna modela korporativnog upravljanja, čija je suština obezbeđivanje monitoringa (kontrole ili praćenja) menadžmenta od strane upravnog i eventualno nadzornog odbora.

Osnovne karakteristike anglosaksonskog modela korporativnog upravljanja (jednodomni, tržišni model) jesu: disperzija vlasništva; odvojenost između onih koji su suvlasnici korporacije i onih koji korporacijom upravljaju; razvijeno tržište kapitala; značajan uticaj tržišta za korporativnu kontrolu; kao i neometan protok informacija kao preduslov nesmetanog funkcionisanja tržišta (Sawyer, 2003). Za ovaj model korporativnog upravljanja karakteristično je i postojanje jedinstvenog odbora direktora, koji čine: izvršni direktori (*executive directors*), koji su stalno zaposleni na upravljačkim funkcijama i neizršni direktori (*outside directors*), koji su članovi odbora, a nisu zaposleni u korporaciji niti za nju obavljaju poslove, i nisu rodbinski povezani sa ključnim ljudima u menadžmentu korporacije. Ovako strukturirani odbori mogu da formiraju odgovarajuće komitete za praćenje različitih oblasti poslovanja (komitet za unutrašnju finansijsku reviziju, komitet za nadzor nad menadžmentom, komitet za imenovanje menadžmenta i sl.), a sve sa ciljem sprečavanja prevelikog uticaja akcionara ili menadžera na poslovanje entiteta (Sudarsanam, 1995; Ritenberg, Schwieger, 2000). Primena anglosaksonskog modela korporativnog upravljanja karakteristična je,



pre svega, za SAD i Veliku Britaniju, što bi se moglo zaključiti već na osnovu naziva ovog modela.

Za zemlje članice Evropske unije pak karakterističan je evropski model korporativnog upravljanja (zatvoreni, insajderski, dvodomni, kontinentalni model), koji se u najvećoj meri primenjuje i u zemljama u tranziciji.<sup>4</sup> Ovaj model se koristi u korporativnim društvima koja svoju funkciju u procesu društvene reprodukcije obavljaju u zemljama sa manje razvijenim tržištem kapitala. Kontrola nad korporativnim entitetom je koncentrisana u rukama malog broja značajnih institucionalnih ulagača, kojima su dostupni svi ključni finansijski pokazatelji, dok kao članovi upravnog ili nadzornog odbora mogu da kontrolišu rad menadžmenta (Du Plessis, 2004).

Dvodomni model korporativnog upravljanja inkorporiran je kako u OECD- ove Principe tako i u naš Kodeks korporativnog upravljanja. Zadatak borda direktora prema Principima OECD-a je, između ostalog, da: prati efektivnost prakse korporativnog upravljanja; bira, kontroliše i menja ključne rukovodioce; kontroliše i upravlja potencijalnim konfliktima interesa menadžmenta, članova borda i akcionara, uključujući zloupotrebu imovine korporativnog entiteta i zloupotrebe u transakcijama sa povezanim licima; obezbeđuje integritet sistema računovodstvenog i finansijskog izveštavanja korporacije, uključujući nezavisnu reviziju, i uspostavlja odgovarajuće sisteme kontrole kojima prati usaglašenost poslovanja društva sa zakonima i relevantnim

---

<sup>4</sup> Evropski, kontinentalni ili tzv. „insider“ sistem predstavlja tip korporativnog upravljanja u kojima je sekundarno tržište akcija prilično nerazvijeno i gde je koncentracija vlasništva značajna (sa prosečnim vlasničkim učešćem 10%–25%), kao i mogućnost njihovog direktnog u ticaja na menadžment kompanije. Ovaj sistem karakteriše slaba razvijenost tržišta kapitala, a osnovni izvor konflikta se javlja između većinskih vlasnika i malih akcionara zbog slabe institucionalne zaštite manjinskih akcionara. Karakteristično je da i u okviru evropskog tipa korporativnog upravljanja postoje podgrupe koje se uglavnom odnose na različiti institucionalni identitet većinskog vlasnika. Naime, u slučaju Nemačke i Japana većinski vlasnici su uglavnom iz finansijskog sektora, koji su u isto vreme i najveći finansijski tih kompanija, dok je u skandinavskim zemljama, kao i kod Italije i Španije porodično vlasništvo najizraženije. Imajući u vidu razvijenost tržišta kapitala, nivo njegove likvidnosti, visok nivo vlasništva u postprivatizacionom periodu (sa privatizacijom koja je još u toku) Republika Srbija ima izražen drugi, kontinentalni tip korporativnog upravljanja. Bez obzira na oblik organizovanja kompanije, u svakom obliku organizovanja uprave i funkcionalnoj podeli poslova, značajno je da se imaju u vidu autoritet funkcije i odgovornost nosioca funkcije (Vujičić, 2011)

standardima. Prema našem Kodeksu<sup>5</sup>, jedan od zadataka upravnog odbora je da omogući ravnopravan i pravičan odnos prema svim akcionarima bez obzira na vrstu, klasu ili broj akcija koje oni poseduju, dok su dužnosti organa nadzora (nadzornog odbora): vršenje nadzora nad radom upravnog odbora i izvršnog odbora direktora (nadzor nad poslovanjem društva), nadzor nad poštovanjem prava akcionara, nad radom i nezavisnošću spoljnog revizora društva i nadzor nad poštovanjem pravila dobrog korporativnog upravljanja. Institucionalni ulagači (penzioni fondovi, investicioni fondovi, banke i sl.), predstavljaju najznačajnije akcionare koji, po pravilu, čine upravni odbor. Veliki akcionari mogu pomoći u smanjivanju agencijskog problema ali, sa druge strane, mogu naneti štetu privrednom društvu zbog izazivanja konflikata između većinskih i manjinskih akcionara. Problem nastaje u situacijama kada većinski akcionari imaju skoro potpunu kontrolu nad korporativnim entitetom i kada investiraju u projekte koji su na štetu manjinskih akcionara. Da bi se izbegli konflikti ove vrste, teži se ka uključivanju neizvršnih direktora u upravne i nadzorne odbore korporativnih entiteta, što ukazuje na težnju za prihvatanjem rešenja koja su data u anglosaksonskom modelu korporativnog upravljanja, u kojem većinu u odborima društva čine neizvršni direktori.

U našem Kodeksu korporativnog upravljanja posebno se ističe potreba obezbeđivanja ravnopravnog i pravičnog tretmana svih akcionara bez obzira na vrstu, klasu ili broj akcija koje oni poseduju, kao i njihovo blagovremeno informisanje o najznačajnijim aspektima poslovanja privrednog društva čije udele u vlasništvu poseduju. Ravnopravan tretman svih akcionara podrazumeva i nuđenje iste cene svim akcionarima za njihove akcije u eventualnom postupku korporativnog prestrukturiranja. Takođe, Kodeks nalaže da upravni odbor mora imati većinu neizvršnih članova, čime se u našim uslovima stvara problem, pre svega, stručnosti i kompetentnosti neizvršnih članova upravnog odbora, zbog činjenice da se u upravni odbor biraju kadrovi koji imaju vrlo malo iskustva ili nezadovoljavajuće stručne kvalifikacije.

Menadžment organizacije ima primarnu odgovornost da, kao izvršilac funkcije upravljanja, pruži odgovarajuća uveravanja akcionarima (vlasnicima) i ostalim interesnim grupama (stejkholderima). Imajući u vidu činjenicu da eksterni revizori nisu u položaju da garantuju akcionarima i ostalim stejkholderima zadovoljavajući kvalitet upravljanja, odgovornost je višeg menadžmenta, uključujući top menadžment, da obezbedi efikasnost celokupnog sistema interne kontrole i kvalitet

---

5 *Kodeks korporativnog upravljanja*, Beograd, „Službeni glasnik RS”, br. 99/2012

svih aktivnosti.<sup>6</sup> Ove kontrole su usmerene kako na unutrašnje izazove i probleme tako i na potrebe akcionara. Ono što akcionari mogu i treba da očekuju je da top menadžment preduzme odgovarajuće mere kako bi osigurao da pronevere i neusklađenosti sa propisima budu svedene na minimum, kao i da verovatnoća otkrivanja ovakvih slučajeva bude maksimalna.

Potrebe akcionara su samo jedan aspekt stalno menjajuće uloge menadžmenta. I drugi faktori, kao što su sve veći rast, složenost poslovnih aktivnosti i tehnološki razvoj, takođe, suočavaju menadžment sa novim izazovima. Da bi odgovorio na nove izazove i zahteve, koji podrazumevaju dobrobit čitave organizacije i zadovoljavanje interesa akcionara i stejkholdera, menadžment je obavezan da uspostavi, održava i nadgleda adekvatan sistem interne kontrole koji pokriva sve aktivnosti organizacije. Iskustva pokazuju da u složenim i velikim organizacijama menadžmentu često nedostaju kapaciteti, veštine, metodologija i objektivnost neophodna za efektivan nadzor nad aktivnostima organizacije, uključujući i sistem interne kontrole (Kean, 2003). Imajući sve ovo u vidu, objektivne i pravovremene ocene kvaliteta interne kontrole i sistema upravljanja poslovnim rizicima bi značajno doprinele jačanju menadžmentske kontrole nad poslovnim aktivnostima, kao i uspešnijem korporativnom upravljanju.

Tokom poslednje četiri decenije, interna revizija se pojavila kao funkcija internog nadzora i značajna podrška celokupnom procesu upravljanja. Od svojih početaka do danas, njena uloga se stalno menjala i interna revizija je doživela mnoge transformacije kako u pogledu svog predmeta rada, tako i u pogledu njene nezavisnosti, odgovornosti i značaja koji ima za proces upravljanja. Zahtevi koji se pred nju postavljaju i pristup obavljanju revizijskog posla od početaka razvoja savremene interne revizije do danas takođe su značajno promenjeni. Danas su već uveliko napuštena shvatanja po kojima je izveštaj odeljenja interne revizije jedini i konačan proizvod koji se nekoj organizaciji može ponuditi (Brodsky, Grochowski, Baker, Huber, 2003). Dok je interna revizija u svojim počecima, kao nezavisna funkcija, bila uglavnom fokusirana na sistem internih kontrola unutar organizacije i aktivnosti koje

---

<sup>6</sup> Nadzorni odbor, nezavisno od važi svojih strateške uloge, nikada ne sme preuzimati poslove top-menadžmenta. On treba da bude nezavisan od menadžmenta. U Nemačkoj, kandidat za člana nadzornog odbora korporacije treba da ispunjava sledeće uslove: (1) ima potpunu poslovnu sposobnost, (2) ne sme biti član više od 10 nadzornih odbora istovremeno (3) ne može istovremeno biti član uprave te korporacije, (4) ne može biti zakonski predstavnik jedne od filijala i zavisnih društava. Kako bi se sprečila povezanost nadzornog odbora i uprave, član nadzornog odbora ne može biti lice koje je zakonski predstavnik neke korporacije (Du Plessis, 2004).

su završene, danas se od nje očekuje da svoje potencijale usmerava na budućnost, pružanjem saveta u vezi sa anticipiranim budućim rizicima u pojedinim područjima poslovanja.

Jedan od osnovnih zadataka interne revizije postaje savetovanje menadžmenta o mogućnostima upravljanja rizicima u smislu oblikovanja i nadziranja odgovarajućeg sistema internih kontrola kojima će se ti rizici uspešno smanjivati. Pri tome, ne treba zaboraviti da u osnovi procesa upravljanja rizicima leži pretpostavka o nužnosti proaktivnog pristupa, prema kome rizici ne obuhvataju samo opasnosti i pretnje, u pogledu neizvesnosti ostvarivanja očekivanih rezultata, već i šanse da se ostvare održive konkurentske prednosti (Brodsky, Grochowski, Baker, Huber, 2003). Savremene tendencije u razvoju interne revizije, kao jedan od ključnih pojmova, ističu tesnu vezu i uticaj koji ova savetodavna funkcija menadžmenta ima na korporativno upravljanje, a jedan od načina na koji interna revizija doprinosi kvalitetu korporativnog upravljanja je kroz unapređenje sistema internih kontrola i procesa upravljanja rizicima (Mallin, 2013).

S obzirom na odgovornost internih revizora prema članovima nadzornih odbora, njihova nezavisnost ipak nije identična onoj koju bi trebalo da imaju eksterni revizori, ali je značajno povećana organizovanjem interne revizije kao samostalne organizacione jedinice, „van direktnog uticaja glavnog menadžmenta”.

Prema Zakonu o računovodstvu i reviziji privredno društvo može da obezbedi, a u zakonom određenim slučajevima dužno je da obezbedi internu reviziju sa zadatkom da ispituje, ocenjuje i prati adekvatnost i efikasnost računovodstvenog sistema i sistema internih kontrola u skladu sa zakonom. Sistem internih kontrola obuhvata sve procedure i postupke koje je rukovodstvo pravnog lica utvrdilo u cilju obezbeđenja urednog i efikasnog poslovanja pravnog lica, pridržavanja utvrđene politike, očuvanja integriteta sredstava, sprečavanja i otkrivanja kriminalnih radnji i grešaka, primene zakonskih propisa, tačnosti i potpunosti računovodstvenih evidencija, kao i blagovremenog sastavljanja pouzdanih finansijskih informacija. Takođe, u članu 266 Kodeksa korporativnog upravljanja navodi se da „društvo mora da ima unutrašnji organ nadzora u formi nadzornog odbora ili revizora u društvu. Revizor u društvu može biti interni revizor (fizičko lice) ili odbor revizora”. U suštini, sistem finansijskog upravljanja i kontrole predstavlja filozofiju pristupa upravljanju. U Republici Srbiji sistem finansijskog upravljanja i kontrole zakonodavno je uređen za direktne

i indirektne korisnike budžeta i javna preduzeća, a kao najbolja svetska praksa se preporučuje za sva preduzeća. Na osnovu preporuka i podrške Evropske unije, Vlada Republike Srbije donela je 2009. godine Strategiju razvoja internih finansijskih kontrola u javnom sektoru u Republici Srbiji. Iste godine se novom verzijom Zakona o budžetskom sistemu, umesto interne kontrole uvodi termin finansijskog upravljanja i kontrole. Ovo zakonsko rešenje predstavlja početak uvođenja korporativnog upravljanja u javni sektor u cilju podizanja njegove efikasnosti.

Interni revizori su u razvijenijim zemljama organizovani u strukovne asocijacije. U našoj zemlji to još uvek nije slučaj iz prostog razloga što je malo privrednih društava u kojima je ova delatnost organizovana, pa samim tim i malo internih revizora. Agencijski problem koji je nastao kao posledica inherentnog sukoba interesa i ciljnih funkcija dva najvažnija konstituenta korporativnih privrednih društava (vlasnika i menadžera) postaje sve kompleksniji, pa je zbog toga u činjen pokušaj formalnog uobličavanja principa korporativnog upravljanja, koji bi za posledicu trebalo da imaju, pre svega, zaštitu i ravnopravan tretman svih akcionara, kao i prevazilaženje informacione asimetrije kao jednog od glavnih uzroka već pomenutog problema.

#### **4. Umesto zaključka**

Nadzorni odbor treba da ima ulogu u izgradnji strategije korporacije jer ona treba da bude stabilan i prepoznatljiv način njenog pozicioniranja. Strategija korporacije je interno konzistentan skup ciljeva, politika i akcija koji spaja snage i slabosti korporacije sa pretnjama i izazovima okoline. Dobra strategija treba da omogući jedinstveno ponašanje korporacije u okolini na način da osigura koordinaciju aktivnosti u korporaciji, prevenciju gubitaka i nadzor upotrebe resursa. Nadzorni odbor je ključni akter u procesu oblikovanja korporacijske vizije. U samom procesu oblikovanja strategije, kao i u procesu eventualnog redefinisavanja strategije, nadzorni odbor ima višestruku ulogu: savetuje, autorizuje i nadgleda proces implementacije strategije.

Najznačajnije odredbe OECD-ovih Principa korporativnog upravljanja, ali i našeg Kodeksa korporativnog upravljanja, odnose se upravo na pokušaj zaštite vlasnika i na njihovo blagovremeno izveštavanje od strane upravnog odbora o svim aspektima poslovanja privrednog društva čije udele u vlasništvu poseduju. Pomenuti dokumenti, takođe, daju i određene smernice upravnom odboru vezane za organizovanje interne revizije, ali i za određenu slobodu u određivanju visine nadoknade za

angažovane timove menadžera, kako bi se povećala njihova lojalnost. Međutim, veliki broj finansijskih skandala u kojima su učesnici bile svetski poznate korporacije (Enron, WorldCom, Vivendi, Parmalat, Adecco i dr.), odnosno njihovi menadžmenti, ukazuje da je agencijski problem izuzetno ozbiljan i da se i dalje mora raditi na pronalaženju novih ili poboljšanju postojećih rešenja kako bi se kapital vlasnika zaštitio. Finansijska tržišta, za koje se pretpostavljalo da predstavljaju savršen način za ocenu poslovanja korporativnih privrednih društava i njihovog menadžmenta, ipak nisu svemoguć mehanizam i opasnosti od (zlo)upotrebe kapitala vlasnika i dalje će biti prisutne.

## Literatura

Brodsky, D., Grochowski, R.B., Baker, W.R., Huber, J. (2003). *The New Role of Audit Committees – Executive Action No.63*. New York: Trends in Corporate Governance

Du Plessis, J. (2004). The German Two-Tier Board and the German Corporate Governance Code. *European Business Law Review*. Vol.15. No. 5. 231–254

Hitt, M.A., Ireland, D.R., Hoskisson, R.E. (1995). *Strategic Management: Competitiveness and Globalization*, West Publishing Company. St. Paul.

Jensen, M. (1986), Agency costs of free cash flow, corporate finance, and takeovers, *American Economic Review*.76 (2). 323–329

Jensen, M. & Meckling, W. (1976). Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*. 305–360

Kean, F.R. (2003). *A Blueprint for Governance: Strategy, Accountability; and Preservation Shareholder Value*. New York: American Management Association

*Kodeks korporativnog upravljanja*, (2012). Beograd. „Službeni glasnik RS”. Br. 99/2012

La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A., Vishny, R. (1998). Law and Finance.

*Journal of Political Economy*. 106. 1115–1155.

Mallin, C. A. (2013). *Corporate Governance*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press

Paape, L., Snoep, P., Scheffe, J. (2002). *Survey in the Relation Between Corporate Governance and the International Audit Function Across the European Union*. The Netherlands, EuracBv, Rotterdam

Radović, V., (2008). Zlatni padobrani, korporativno upravljanje i tržište korporativne kontrole. *Pravo i privreda*. Beograd: Udruženje pravnika u privredi Srbije i Crne Gore

Ritenberg, L. E., Schwieger, B. K. (2000). *Auditing Concepts for a Changing Environment*. Florida: Harcourt College Publisher

Roberts, J., Mc Nulty, T. I Stiles, P. (2005). Beyond Agency Conceptions of the Work of the Non-Executive Director. Creating Accountability in the Boardroom. *British Journal of Management*. Vol.16.

Sawyer, L. B. (2003). *Sawyer's International Auditing – The Practice of Modern International Auditing*. Florida: Florida Institute of Internal Auditors, Altamonte Springs.

Shapiro, A. C. (1990). *Modern Corporate Finance*. New York, Macmillan Publishing Company

Shleifer A., Vishny R.W. (1997). Survey of Corporate Governance. *Journal of Finance*. 737–783

Sudarsanam, S. (1995). *The Essence of Mergers and Acquisitions*. London: Prentice Hall

*OECD Principles of Corporate Governance* (2004)

Vujičić, D. (2011). *Preduzeće, participacija i akcionarstvo*. Novi Sad: Fakultet tehničkih nauka

**Milena Jovanović-Zattila, LL.D.**

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## **CONTROL MECHANISMS IN CORPORATE GOVERNANCE**

### **Summary**

*The structure of corporate governance is determined by the distribution of rights and responsibilities among different actors in the company structure. Organizationally complex structure of corporate entities, established as a reflection of composite forms of business corporations, give rise to the conflict of interest between the owners, the board of directors and managers, which is generally known as the principal-agency problem. Given the fact that operations of modern companies include interaction with a large number of stakeholders, matters of ethics and accountability to the owners, employees, creditors and the state are the basic postulates which have been subject to re-examination lately. The reasons for reassessing these issues are to be sought in numerous abuses by companies, which are on the other hand highly active in their efforts to protect themselves from similar abuses (mainly cyber crime). In order to respond to new challenges and requirements, which include providing for the interests of both shareholders and stakeholders, corporate management is required to establish an adequate system of internal control covering all company activities. Contemporary trends in the development of internal audit, as a mechanism of good corporate governance, are reflected in providing advice in respect of anticipated future risks and risk management.*

**Keywords:** control, corporate governance, internal audit, agency problem, risk management.



## **TEHNOLOŠKE MERE U FUNKCIJI KONTROLE KORIŠĆENJA AUTORSKIH DELA U INFORMATIČKOM DRUŠTVU\*\***

**Apstrakt:** Informatičko društvo proširilo je mogućnosti za korišćenje autorskih dela i drugog zaštićenog sadržaja. Samim tim, digitalna tehnologija je povećala i mogućnosti za neovlašćeno korišćenje zaštićenog sadržaja. Naime, u digitalnom okruženju nosiocima prava je nametnut pojačan rizik od neovlašćenog korišćenja njihovih intelektualnih tvorevina. Nosioци prava sve manje mogu da kontrolišu korišćenje svojih tvorevina, a zaštita koju pružaju pravne norme se u društvu brze razmene informacija može pokazati kao nedovoljno efikasna. Stoga se u praksi sve češće postavljaju fizičke prepreke digitalnom korišćenju autorskih dela, generično nazvane tehnološke mere zaštite.

U radu će biti obrađena pitanja koja se odnose na mere preventivne zaštite autorskih dela putem tehnoloških mehanizama. Međutim, primena ovakvih mera izaziva određene posledice u autorskopравnim odnosima. Tako, one nameću ponovno preispitivanje odnosa između privatnih interesa titulara prava i javnog interesa da društvo koristi i usavršava intelektualna dobra. Takođe, one dovode u pitanje uspostavlјenu ravnotežu interesa svih učesnika u autorskopравnom odnosu: nosilaca prava, korisnika i uživaoca dela, kao i svih ostalih subjekata.

**Ključne reči:** zaštićeni sadržaj, tehnološke mere zaštite, kontrola korišćenja, zaobilazjenje tehnoloških mera.

---

\* vidza@prafak.ni.ac.rs

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

## 1. Uvod

U informatičkom društvu povećane su mogućnosti za iskorištavanje autorskih dela, odnosno broj imovinskopravnih ovlašćenja koja pripadaju autoru.<sup>1</sup> Međutim, s druge strane, povećane su i latentne opasnosti od povređivanja autorskopravnih ovlašćenja. Stoga se pred autore postavio problem kako pronaći adekvatne načine da zaštite svoja ovlašćenja, a da to ne ide na uštrb legitimnih interesa drugih subjekata ili javnog interesa. Rešenje za navedenu situaciju opet se nudi tehnologija, odnosno odgovarajuće tehnološke mere. U tom smislu, glavni izazov je unapređenje zaštite autorskih prava u novom okruženju.

Danas tehnička zaštita autorskih prava nije više predviđanje ili san, i mnoga autorska dela se distribuiraju u zaštićenom formatu: muzički CD-i koriste ugrađene *anti-copy* mehanizme, DVD-jevi sadrže složenu tehničku zaštitu koja sprečava kopiranje, „puštanje“ na nedozvoljenim uređajima ili obezbeđuje geografsku distribuciju filmova, elektronske knjige ne mogu se kopirati, modifikovati ili se koristi na određeni način.

Neposredna reakcija autorskih industrija na informatičko okruženje bila je da se tehnološke mere uključe u zaštitu digitalnih dela, kako bi se osiguralo da prosečan korisnik ne može neovlašćeno da koristi autorskopravno zaštićene sadržaje. Međutim, praksa, a takođe i nekoliko istraživanja, pokazali su da tehnologije zaštite (prvenstveno zasnovane na šifrovanju i sličnim metodima), ne mogu da garantuje potpunu sigurnost zaštite, jer kompjuterski naučnici i talentovani korisnici mogu da zaobiđu ove tehnologije u relativno kratkom roku.

Osim izrečenog, tehnološke mere, same po sebi, nisu dovoljne i one zahtevaju odgovarajuću pravnu zaštitu od njihovog zaobilaženja ili zloupotrebe.

Na kraju, treba istaći da ustanovljenje i primena tehnoloških mera zaštite u korišćenju autorskopravnog sadržaja, izaziva i određena podozrenja i kontroverze, pa čak stvara i određene probleme u autorskopravnim odnosima. Ovo, prvenstveno, što tehnološke mere mogu doći u sukob sa postojećim normama autorskog prava, jer stvaraju određeni disbalans u uspostavljenoj ravnoteži interesa u česnika u autorskopravnim odnosima.

---

1 U odnosu na druga subjektivna prava, au torsko pravo, bez sumnje, sastoji se od najvećeg broja pojedinačnih ovlašćenja, posebno imovinskopravnih.

## 2. Pojam i uloga tehnoloških mera

U digitalnom svetu, bezbednost i privatnost se implementiraju korišćenjem raznih kriptografskih algoritama i protokola. Na samom kraju lanca, digitalni sadržaj se prikazuje u analognoj formi na taj način što se digitalna slika transformiše u svetlo putem displeja, dok se digitalni zvuk transformiše u akustičke talase. Pri tome, uvek je moguća ponovna digitalizacija ovih analognih signala.

Pod tehnološkim merama podrazumeva se bilo koja tehnologija, uređaj ili komponenta koja u svom redovnom funkcionisanju sprečava ili ograničava radnje korišćenja (uključujući i pristup delu) zaštićenog dobra, za čije preduzimanje ne postoji ovlašćenje autora ili titulara drugog prava.<sup>2</sup> Izražavanje autorskih dela u digitalnom formatu omogućava različite načine kontrole njihovog korišćenja. Stoga su raznovrsne i tehnološke mere kojima se takva kontrola ostvaruje.

Tehnološka rešenja, danas, znatno povećavaju mogućnosti zaštite digitalnih dela. U tom smislu, postoje tehnološke mogućnosti za sprečavanje ili ograničavanje pristupa delu; ograničavanje ili kontrolu pristupa određenim izvorima dela; ograničavanje umnožavanja, adaptacije, distribucije, javnog saopštavanja ili prikazivanja dela; identifikovanje svojstava i vlasništva nad delom; kao i lakše dobijanje autorskih licenci.

Funkcionalno posmatrano, postoje tri grupe mera: tehnološke mere kontrole pristupa, tehnološke mere kontrole iskorišćavanja i tehnološke mere zaštite integriteta dela (Koelman, K.J, Helberger, N: 2000: 166). U prvu grupu spadaju one tehnološke mere čiji je cilj da onemoguće neovlašćeni pristup informacijama sadržanim u autorskom delu. Takve su, primera radi, lozinke, ili skremblovanje. Skremblovanje predstavlja postupak promene redosleda podataka u toku prenošenja tako da oni nemaju nikakvo značenje ako ih primi neko kome nisu namenjeni (Tasić, V. Bauer, I: 1989: 333). Kriptovanje (kriptografija) predstavlja način šifrovanja pretvaranjem teksta u kodirane poruke koje mogu da protumače samo korisnici koji imaju ključ ( Tasić, V. Bauer, I: op. cit: 93).

Tehnološke mere kontrole nedozvoljenog korišćenja materijala usmerene su na sprečavanje neovlašćenih lica da preduzimaju u određene radnje koje ulaze u korpus isključivih autorskopравnih ovlašćenja. Najčešće je reč o kontroli umnožavanja. Tako npr. lice koje je pribavilo primerak

---

<sup>2</sup> Čl. 6(3) DIRECTIVE 2001/29/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (Official Journal of the European Communities, L 167, 22. 6. 2001).

autorskog dela u digitalnom obliku (npr. muzički CD), može da upotrebljava autorsko delo, ali zahvaljujući ugrađenim blokadama (fizičkim preprekama), ne može da sačinjava kopije istih. U širem smislu, u ovu grupu bi mogle da se uvrste i tehnološke mere čiji primarni cilj nije da onemoguće korisnika u iskorišćavanju dela, već da prate učestalost i obim dozvoljenog iskorišćavanja na osnovu čega se kasnije obračunava licencna naknada. Mere usmerene na zaštitu integriteta dela imaju za primarnu svrhu onemogućavanje lica koja koriste autorsko delo da vrše bilo kakve izmene na delu. Iako se i ovim merama postiže kontrola korišćenja, s obzirom na to da je reč o neimovinskom ovlašćenju, svrstane su u posebnu grupu.

Uporedo sa stvaranjem i primenom ovih tehnoloških mera odvija se proces pronalazanja načina za njihovo zaobilazanje. Stoga, delotvornost tehnoloških mehanizama zavisi upravo od pitanja njihove pravne zaštite koju danas poznaje većina savremenih pravnih sistema. Ipak, normativna rešenja nisu ujednačena. Postojeće razlike zapravo odražavaju probleme u pronalazanju adekvatnog oblika zaštite, koji najviše proizlaze iz činjenice da se sankcionisanjem zaobilazanja (ili prethodnih radnji) tehnoloških mera dovodi u pitanje cilj autorskog prava uopšte.

Dva međunarodna akta tzv. *internet ugovori* regulišu ovu materiju: WIPO Ugovor o autorskom pravu i WIPO Ugovor o interpretacijama i fonogramima, oba iz 1996. godine. Prema članu 11 Ugovora o autorskom pravu, odnosno čl. 18 Ugovora o interpretacijama i fonogramima, ugovorne strane treba da obezbede odgovarajuću pravnu zaštitu i efikasna pravna sredstva protiv uklanjanja efikasnih tehnoloških mera koje autori, na osnovu ovog Ugovora ili Bernske konvencije, koriste u vezi sa iskorišćavanjem svojih prava; i da u vezi sa njihovim delima ograniče takve postupke koje sami autori nisu odobrili ili koji nisu dopušteni zakonom.

Na nivou EU za predmetnu materiju značajne su dve direktive. Najpre, reč je o Direktivi o pravnoj zaštiti računarskih programa.<sup>3</sup> Ova Direktiva zabranjuje stavljanje u promet ili držanje u komercijalne svrhe bilo kog sredstva čija je jedina svrha da olakša nedozvoljeno uklanjanje ili neutralizaciju bilo kog tehničkog mehanizma eventualno napravljenog u cilju zaštite računarskog programa. Dakle, *stricto sensu*, ne smatra se povredom sam akt zaobilazanja tehnoloških mera. Takođe, nije sankcionisana ni proizvodnja uređaja za zaobilazanje.

---

3 Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs (Official Journal of the EU L 122, 17/05/1991 p. 42).

Direktiva o harmonizaciji izvesnih aspekata autorskog prava i srodnih prava u informacijskom društvu,<sup>4</sup> ispravila je nedostatke prethodne Direktive. U tom smislu, ovom Direktivom se obavezuju države članice da na adekvatan način sankcionišu zaobilaženje bilo koje efektivne tehnološke mere, kao i proizvodnju, uvoz, distribuciju, prodaju, iznajmljivanje, oglašavanje ili posedovanje u komercijalne svrhe uređaja, proizvoda ili komponenti koji su namenjeni zaobilaženju, odnosno pružanju usluga zaobilaženja tehnoloških mera.

Srpski Zakon o autorskom i srodnim pravima (ZASP)<sup>5</sup> u čl. 208 i 208a, detaljno je regulisao pitanje tehnoloških mera zaštite. Pod „tehnološkim merama“, u smislu ZASP-a, podrazumeva se svaka tehnologija, uređaj ili deo koji je konstruisan da tokom svoje namenske upotrebe onemogući ili ograniči radnje korišćenja u vezi sa autorskim delom ili drugim predmetom zaštite, za koje nosilac autorskog ili srodnog prava nije dao saglasnost. Tehnološke mere smatraju se efikasnim kada nosioci prava korišćenje svojih zaštićenih sadržaja ograničavaju putem kontrole pristupa ili putem zaštitnog postupka kao što su enkripcija, deformacija ili druga transformacija zaštićenog sadržaja ili putem mehanizama za kontrolu umnožavanja kojima se postiže cilj zaštite.

Izraz „informacija o pravima“ označava svaku informaciju koja potiče od nosioca prava i koja identifikuje autorsko delo ili predmet srodnopravne zaštite, autora, odnosno nosioca prava, ili informaciju o uslovima korišćenja dela ili predmeta srodnopravne zaštite, ili bilo koji broj ili šifru koja predstavlja takvu informaciju.

U skladu sa ZASP-om, povredu prava predstavljaju sledeće radnje:

3) proizvodnja, uvoz, stavljanje u promet, prodaja, davanje u zakup, reklamiranje u cilju prodaje ili davanja u zakup ili držanje u komercijalne svrhe uređaja, proizvoda, sastavnih delova, računarskih programa, koji su prevashodno konstruisani, proizvedeni ili prilagođeni da omoguće ili olakšaju zaobilaženje bilo koje efikasne tehnološke mere, i koji nemaju drugu značajniju svrhu osim navedene;

4) zaobilaženje bilo koje efikasne tehnološke mere ili pružanje ili reklamiranje usluge kojom se to omogućava ili olakšava;

---

4 Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (Official Journal of the European Communities, L 167, 22. 6. 2001).

5 „Sl. glasnik RS“, br. 104/2009, 99/2011, 119/2012 i 29/2016 – odluka US.

5) uklanjanje ili izmena elektronske informacije o pravima ili stavljanje u promet, uvoz, emitovanje ili na drugi način javno saopštavanje autorskog dela ili predmeta srodnopravne zaštite sa kojeg je elektronska informacija o pravima neovlašćeno uklonjena ili izmenjena, a da pri tom počinitelj zna ili ima osnova da zna da time podstiče, omogućuje, olakšava ili prikriva povredu autorskog prava ili srodnog prava.

Tehnološkim merama zaštite posvećena je sekcija 1201. američkog Zakona o autorskom pravu digitalnog doba iz 1998. godine.<sup>6</sup> U osnovi u ovom propisu razlikuju se dve grupe tehnoloških mera: one koje su usmerene na kontrolu pristupa zaštićenom delu i one kojima se onemogućava nedozvoljeno vršenje autorskih prava u vezi sa zaštićenim delom (kao npr. umnožavanje i javno saopštavanje legalno pribavljenih primeraka autorskih dela). Tako, prema ovom aktu, za zaobilazanje tehnoloških mera kojima se efektivno kontroliše pristup zaštićenom delu; stavljanje u promet, uvoz, nuđenje ili reklamiranje proizvoda i uređaja (i pružanje usluga) konstruisanih ili proizvedenih u svrhu zaobilazanja tehnoloških mera kojima se efektivno štite prava autora, odgovornom licu se mogu izreći građanskopravne i krivične sankcije.

U smislu navedenog, pod zaobilazanjem se podrazumeva izbegavanje, deaktiviranje, pomeranje ili na bilo koji drugi način uklanjanje tehnoloških mera, a kada je reč o kontroli pristupa, naročito, deskremblovanje i dekripcija bez saglasnosti titulara prava.

### **3. Vrste tehnoloških mera i njihovo funkcionisanje u zaštiti internet sadržaja**

Nosioци autorskopravnog zaštićenog sadržaja oslanjaju se na raznovrsne tehnološke mere radi kontrole njegove upotrebe, odnosno zaštite od neovlašćenih upotreba proizvoda i usluga, sačinjenih od informacija različitog tipa. Sve ove mere se dele u dve osnovne generalne grupe: mere hardverskog i mere softverskog tipa.

#### ***3.1. Hardverske i softverske mere***

Mere hardverskog tipa obuhvataju različite vrste fizičkih prepreka koje se ugrađuju u tehničke uređaje za korišćenje i/ili umnožavanje autorskih dela i predmeta srodnih prava. Ovakve prepreke funkcionalno omogućavaju korišćenje zaštićenog sadržaja samo u onoj meri i na onaj

---

6 Digital Millenium Copyright Act of 1998. – DMCA.

način koji je u skladu sa onim što je ugovoreno, odnosno dopušteno. Tako, npr. u američkom Aktu o kućnom audio-snimanju<sup>7</sup> zahteva se od proizvođača uređaja za digitalno audio-snimanje i digitalno audio-međupovezivanje, ugrađivanje takvih performansi koje će ograničavati serijsko kopiranje. Ovo se postiže tako što je hardver programiran tako da čita informaciju koja se kodira i koja je sadržana u „kanalu za digitalno potkodiranje“ digitalnih zvučnih snimaka i emitovanja. Na osnovu informacije koju pročita, strujno kolo hardvera može dozvoliti kopiranje, ali će označiti šiframa kopije koje pravi da bi se ograničilo dalje kopiranje ili potpuno onemogućilo umnožavanje. Sistem za ostvarivanje serijskog umnožavanja dozvoljava neograničeno umnožavanje prve generacije digitalnog originalnog primerka, kao što su CD-i koji distribuiraju kompanije koje ih snimaju, ali sprečava dalje digitalno umnožavanje ovih primeraka.

Slični sistemi mogu se implementirati putem hardvera, softvera ili oba zajedno koristeći odgovarajuće koncepte. Tako, na primer, fajlovi koji sadrže dela mogu obuhvatiti instrukcije koje se jedino koriste za upravljanje ili kontrolisanje distribucije dela. Ova informacija mogla bi se staviti u odeljak za taj deo fajla ili u drugi deo fajla. Zajedno sa hardverom ili softverom koji je prima, informacija se, bilo da je u zaglavlju bilo u nekom drugom delu, može upotrebiti da ograniči upotrebu originala ili kopije fajla koji sadrži delo. Ona može ograničiti upotrebu dela samo na gledanje ili slušanje. Takođe, moguće je ograničiti koliko se puta delu može pristupiti, tj. koliko se puta ono može „otvoriti“ ili umnožiti.

### ***3.2. Serverska kontrola i kontrola na nivou fajla***

U informatičkom društvu tehnologija će igrati centralnu ulogu u implementaciji kontrole pristupa i upotrebe zaštićenih dela na nivou fajla i servera.<sup>8</sup> Distribucija digitalnih dela može biti regulisana, prvenstveno kontrolom pristupa izvorima zaštićenog sadržaja. Pristup ovim serverima može varirati od neograničenog (ceo sadržaj servera na raspolaganju je bez ikakvih ograničenja), preko delimično kontrolisanog (neograničen pristup dozvoljen je samo izvesnim podacima na serveru, a drugima ne), do potpuno kontrolisanog pristupa (nije dopušten nikakav nekontrolisan pristup, u bilo kojoj formi). Kontrola pristupa

---

7 The Audio Home Recording Act of 1992. – AHR A.

8 O bezbednosti na mreži vidi šire u: Spasić, V: Onlajn bezbednost: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu: 55: 2010: 77–101.

ostvaruje se kroz upotrebu procedure identifikacije i autentifikacije koja zabranjuje pristup serveru neovlašćenim klijentima, u celini ili pojedinim informacijama. Skoro svi provajderski servisi, uključujući komercijalne onlajn servise i servere prisutne na internetu, kontrolišu pristup svojim sistemima.

U praksi, neki provajderi dozvoljavaju potpuno neograničen pristup informacijama sadržanim na njihovim glavnim serverima, a kontrolu koriste samo da bi zadovoljili fizička ograničenja svojih glavnih servera, odnosno da bi ograničili broj istovremenih korisnika. Ostali davaoci informacija ograničavaju pristup neprijavljenim klijentima. Tako npr. koristeći „ftp“ servis, klijent može često da se poveže sa udaljenim serverima na mreži, kao „n.n.“ lice, ali će moći normalno da pristupi samo nekim posebnim podacima u centralnom serveru. Naravno, davalac informacije može odlučiti da ne dozvoli nekontrolisani pristup, i odobriti samo ovlašćenim licima da „uđu“ na glavni server. Kontrola pristupa glavnom serveru, koji sadrži zaštićena dela, predstavlja tipično sredstvo, odnosno najčešće će predstavljati prvi nivo zaštite koju će vlasnik sadržaja tražiti pre nego što svoja zaštićena dela učini dostupnim na mreži preko glavnog servera.

Drugi nivo kontrole pristupa i upotrebe zaštićenih dela može se sprovesti putem kontrolnih mera povezanih sa elektronskim datotekama (fajlovima), koje sadrže delo.

Restrikcije pristupa na nivou fajla mogu se sprovesti koristeći određene karakteristike „pomoćnog“ softvera (odnosno programa za tumačenje tzv. „rendering“ softvera). Nosilac prava, odnosno vlasnik sadržaja, može izraditi specijalizovane softverske proizvode ili ostvariti takve karakteristike softverskih proizvoda za opštu primenu, koje bi kontrolisale ko i u kojoj meri može koristiti zaštićeno delo. Ovakve restrikcije mogle bi se ostvariti korišćenjem svojstava pomenutog „pomoćnog“ softvera jedinstvenog formata fajla, ili karakteristika u utvrđenom formatu fajla, ili kombinacijom oba formata. „Kontrolne“ mere takođe bi se mogle sprovesti da odrede da li je vlasnik sadržaja dozvolio izvesne upotrebe dela, kao i neke mere za kontrolu stepena do koga bi zatim klijent mogao da „manipuliše“ delom.<sup>9</sup>

Pomoćni softver, takođe, može biti koncipiran na način da osporava opšti pristup delu ako fajl koji sadrži delo nije dovoljno autentična

---

<sup>9</sup> Tako, npr., pomoćni softver mogao bi korisnika koji nije dobio odgovarajuću dozvolu od vlasnika sadržaja, ili koji koristi neodobrenu ili zastarelu lozinku, sprečiti da koristi podatke.



kopija (tj. fajl je izmenjen u odnosu na verziju koju je distribuirao vlasnik sadržaja). Ovakve karakteristike omogućavaju određivanje koja informacija, dovoljna u pogledu ovlašćene upotrebe, može biti povezana s fajlom koji sadrži softverski proizvod.

## 4. Pojam i značaj kriptografije za autorskopravne odnose

### 4.1. *Skriveno značenje – enkripcija (šifrovanje)*

Funkcionisanje interneta zasniva se na tehnologiji komutacije paketa, što predstavlja sistem kod koga poruke prolaze kroz mnogo različitih punktova, odnosno kompjutera koji se nalaze na različitim mestima i mogu biti posedovani i kontrolisani od strane različitih lica.

Etimološki, kriptografija znači pisanje tajnim znacima, simbolima.<sup>10</sup> Kriptogram je tekst, pismo, spis sačinjen tajnim znacima, tj. šiframa. Kriptografija je grana matematike koja izučava matematičku zasnovanost kriptografskih metoda. Kriptografija ili šifrovanje predstavlja postupak transkripcije (prevođenja) jasne i razumljive informacije u nerazumljiv oblik primenom tajnog dogovora, pri čemu je takvo dejstvo reverzibilno.

Francusko zakonodavstvo<sup>11</sup> definiše delatnost kriptologije kao *sve radnje usmerene na transformisanje jasnih informacija ili znakova u informacije, ili znakove nejasne za treća lica pomoću tajnih sporazuma, ili na realizovanje obratnih operacija, zahvaljujući opremi, materijalu ili kompjuterskom programu zamišljenim sa tim ciljem*. Reč je o jednoj opštoj definiciji koja, takođe, obuhvata i steganografiju, veštinu tajnog pisanja, koja se sastoji u skrivanju jedne poruke u drugoj poruci u ublaženijoj formi.

U kriptografskoj terminologiji poruka se šalje u obliku punog teksta (*plaintext*), ili jasnog, razumljivog teksta (*cleartext*). Formiranje (*encoding*) sadržaja poruke na način koji skriva njegov sadržaj naziva se enkripcija (*encryption*).<sup>12</sup> Enkripcija i dekripcija obično podrazumevaju upotrebu ključa, a metod kodiranja je takav da dekripcija može biti izvršena samo uz poznavanje tačnog ključa.

Generalno posmatrano, kriptografija je umetnost ili nauka držanja podataka tajnim. Kriptoanaliza jeste umetnost, veština prekidanja

---

10 Spominje se još u antičko doba kod Herodota i Plu tarha.

11 Član 28, Zakona 90-1170, sa izmenama od 29. 12. 1990. godine.

12 Enkriptovana poruka naziva se šifrovanim tekstom (*ciphertext*). Post upak stvaranja *plaintext*-a iz *ciphertext*-a naziva se dekripcijom (*decryption*).

(„razbijanja“) šifre (npr. stvaranje punog teksta bez poznavanja tačnog ključa). Kriptografija je povezana sa svim aspektima sigurnog, bezbednog informisanja i prenošenja poruka, autentifikacije (overavanja), digitalnih potpisa i elektronskih plaćanja.<sup>13</sup>

#### **4.2. Funkcije kriptografije**

Metod enkripcije i dekripcije nazvan je šifrovanjem, a proizvod tih postupaka se naziva šifrom. Neke kriptografske metode se oslanjaju na tajanstvenost algoritma. Međutim, svi moderni algoritmi koriste ključ za kontrolu enkripcije i dekripcije. Poruka može biti dekriptovana samo ako se zna tačan ključ, odnosno ako postoji podudarnost između ključeva za enkripciju i dekripciju.

Postoje dva velika, osnovna tipa kriptografije: simetrična i asimetrična kriptografija.

Kod simetrične kriptografije isti ključ se koristi za šifrovanje i dešifrovanje informacija. Problem ove metode je kako naći sredstvo bezbednog prenosa ključa na korespondenta.

Kod asimetrične kriptografije se jednim ključem skriva a drugim otkriva poruka. Korisnik poseduje jedan privatni i jedan javni ključ. On distribuira svoj javni ključ, a čuva skrivenim tajni, odnosno privatni ključ. U ovom slučaju, teorijski, neograničeni broj lica može pisati korisniku uz pomoć javnog ključa, ali samo će korisnik moći da dešifruje poruke svojim privatnim ključem. Kriptografija ovde obezbeđuje verodostojnost podataka koji se prenose putem mreže. Podaci su preneti jedino uz znanje ovlašćenih lica.

Drugi, ili isti par ključeva koristi se da bi se obezbedio identitet emitera poruke (pošiljaoca). To je postupak autentifikacije (overavanja). Korisnik kriptuje (šifruje) poruku svojim privatnim ključem. Svi korisnici moći će da dešifruju poruku javnim ključem, koji se podudara sa pošiljaočevim.

Spoj postupaka autentifikacije pošiljaoca i provere integriteta njegove poruke omogućava stvaranje pravih elektronskih potpisa, koje je u praksi veoma teško falsifikovati, kao i postupak potpisivanja rukom. Informatička tehnika omogućava izrađivanje alatki za proizvodnju

---

13 Vidi šire u: Spasić, V: Uloga kriptografije u transferu i pristupu informacijama na internetu – pravni aspekti: Simpozijum o računarskim naukama i informacionim tehnologijama, Zbornik radova YUINFO – Niš: 2001: CD-ROM: elektronska publikacija.

ključeva i korišćenje sistema kriptografije na način prepoznatljiv za korisnika.

Da bi sistem bio pouzdan, neophodno je da ključevi za korišćeno šifrovanje budu dovoljno sigurni.<sup>14</sup> Prilikom kodiranja sigurnost ključa proizilazi iz njegove dužine. Međutim, što je ključ duži, to će transakcija ili komunikacija biti sporija u smislu vremena potrebnog da se izvrši proračun. Tako, ono što je dobijeno u smislu sigurnosti, gubi se u pogledu brzine i efikasnosti.

Da bi se dešifrovao jedan dokument, bez posedovanja ključa, potrebno je raspolagati kompjuterom sposobnim da izvrši veliki broj operacija u sekundi. Pouzdanost sistema zavisi od sposobnosti računara potrebnog za preduzimanje radnji za „razbijanje“ šifre. Da bi operacija imala smisla, trošak potreban za „razbijanje“ šifre mora biti proporcionalan vrednosti zaštićene informacije. Danas, da bi se „razbio“ („provalio“) jedan ključ reda veličine 1024 bita, potrebno je više milijardi godina računanja kompjuterom. Međutim, ovaj sistem zavisi i od stanja tehnike koje evoluiraju veoma brzo. Algoritam koji se danas smatra nerazrešivim, ne znači da će takav biti i za nekoliko godina.

#### ***4.3. Sistem elektronskog upravljanja autorskim pravima – Digital Rights Management (DRM)***

Neka današnja tehnološka istraživanja vezana su za stvaranje digitalnih dela čija je karakteristika otežano kopiranje, a olakšano dobijanje dozvola za korišćenje. Ovakve tehnologije se nazivaju zajedničkim imenom – *Digital Rights Management (DRM)*. Najjednostavniji sistem u okviru ove tehnologije bazira se na „sigurnom prenosu (transmisiji)“ digitalnog materijala između pošiljaoca i primaoca. Veći stepen zaštite može biti kreiran centralizovanim izvorom pristupa sadržaju zaštićenim autorskim pravom. U tom smislu, klijent (uživalac) može dobiti pristup nekim celovitim kompleksnim podacima, kao što su roman ili film, ali sa pristupom samo u cilju korišćenja dela dok je „konektovan“ na izvorni sajt.

Sistem DRM treba da omogući kompromis između bezbednosti materijala, koju zahteva vlasnik prava; privatnosti krajnjeg korisnika, kao i cene sistema koji će biti korišćen između u česnika u tom lancu. Zadati ciljevi se postižu upotrebom različitih kriptografskih mera.

---

<sup>14</sup> Najslavniji post u pak kriptovanja i jedan od najsigurnijih, prema rečima specijalista, koji postavlja standard post u pak na internet u, gde ga je lako pribaviti, jeste program PGP, baziran na sistemu RSA, koji je pronašao Amerikanac Phil Zimmerman.

Istovremeno sa razvojem tehnoloških mera zaštite teče i proces pronalaženja načina za njihovo zaobilazanje. Stoga, delotvornost tehnoloških mehanizama kontrole zavisi upravo od pitanja njihove pravne zaštite, koju danas poznaje većina savremenih pravnih sistema. Ipak, normativna rešenja nisu ujednačena. Postojeće razlike zapravo odražavaju probleme u pronalaženju adekvatnog oblika zaštite, koji najviše proizlaze iz činjenice da se sankcionisanjem zaobilazanja (ili prethodnih radnji) tehnoloških mera dovodi u pitanje cilj autorskog prava uopšte.

U svakom slučaju, normativnom uređenju tehnoloških mera zaštite mora se pristupiti sa dosta opreza. Obezbeđivanjem pravne zaštite ovih mera trebalo bi zaokružiti i stabilizovati sistem autorskopravne zaštite uopšte. To znači da bi se morala zadržati neophodna ravnoteža interesa svih relevantnih subjekata. Tehnološkim merama kontrole korišćenja autorskih dela moraju se prvenstveno zaštititi interesi stvaraoaca. Ali, svakako se moraju uvažavati i legalni i legitimni interesi korisnika dela i publike (javnosti), a naročito instituta ograničenja autorskog prava u korist trećih lica.

#### ***4.4. Zaštita putem video-kriptovanja***

Koncept isporuke audio ili video-sadržaja preko javnih mreža stvara nove probleme u oblasti autorskog prava. Naime, treba obezbediti sistem za prikupljanje taksi ili procentualne zarade, zaštitu od digitalne krađe, kao i to koji učesnici u procesu su odgovorni za obezbeđenje svake karike u tom lancu. Svi ti izazovi se nameću pred tehničkim pitanjima kako primeniti postojeće pravne propise u digitalnom okruženju.

Kod distribucije digitalnog videa do korisnika stižu digitalne kopije visokog kvaliteta i svaka od njih će biti jednako dobrog kvaliteta. Međutim, prenosom takvog materijala javnim mrežama dolazi do potencijalne mogućnosti krađe od strane pirata. Nosioци autorskih prava internet često doživljavaju kao medijum gde je njihov materijal svima dostupan onlajn. Krađa materijala sa interneta je moguća, iako nije baš jednostavna. Jedan od načina da nosioци prava budu ubeđeni u siguran prenos je kriptovanje materijala pri tranzitu kroz mrežu i direktno dekriptovanje pre njegovog emitovanja.

Postupak kriptovanja mora da zadovolji komercijalne zahteve za video-servisima, navedene zahteve servera, kao i zahteve korisnika autorskih prava. Sistem treba da zaštiti video-vlasništvo od krađe pri tranzitu kroz mrežu, memorisanju na serveru, kao i prilikom dekodiranja i prikazivanja

od strane korisnika. Takođe, potrebno je obezbediti da kvalitet video-signalu bude stalno zadržan.

Nosilac autorskog prava ima pravo da postavi niz zahteva pred kreatora sistema za video-servise kako bi bili uvereni da će njihova investicija biti adekvatno zaštićena. Prvi zahtev se odnosi na autorizaciju korisnika i garanciju za siguran transfer novčanih sredstava ka nosiocu autorskog prava. Drugi zahtev nosilaca autorskih prava bi se odnosio na aktivnu zaštitu njihovog vlasništva putem kriptovanja za sve vreme tranzita kroz javnu mrežu. Konačno, nosioci autorskog prava mogu zahtevati da se video dekriptuje samo na uređajima krajnjeg korisnika, i to tako da korisnik nema direktan pristup dekriptovanom video-sadržaju, kako ga ne bi mogao dalje kopirati. Ova ograničenja se ne odnose samo na sistem za protok videa, već i za projektovanje algoritma za video-kriptovanje. Onlajn video-servis mora da obezbedi autentifikaciju potrošača, kao i mogućnosti za nesmetano plaćanje. Takođe, zahteva se da video bude kriptovan od kada napusti centralni server, pa sve dok ne bude dekriptovan i dekodovan na strani korisničkog uređaja za plejбек.

Široki opseg servera podrazumeva različit hardver, operativne sisteme, kao i softver, što znači da kriptovani digitalni video-signal mora da bude kompatibilan sa svim postojećim i budućim video-serverskim sistemima, odnosno platformama.

## 5. Zaključak

Digitalno doba svakako je nova pretnja zaštiti autorskih prava. Međutim, tehnologija bi mogla i da omogući obezbeđivanje novih alata i sredstava za zaštitu autorskog dela u digitalnom okruženju. Vrlo brzo tehnološka rešenja ili pomoći bili su osmišljeni od strane industrije autorskog prava. „Odgovor na mašine je u mašini“ (Clark, C: 2014).

Neke tehnološke mere imaju za cilj upravljanje licencama o upotrebama prava i odredbe o delima u skladu sa pravilima takvih upotreba: one se zovu *Digital Rights Management* (DRM). Sistemi DRM bazirani prvenstveno na kriptografiji razvijeni su u poslednjih nekoliko godina s ciljem da se pozabave pitanjem trnovite zaštite i upravljanja autorskim prava u elektronskom okruženju. DRM može biti istovremeno nova norma, paralelna onoj za autorsko pravo. Tehnologija je dopuna, odnosno akcesorijum uz autorsko pravo. Međutim, ona pretila da postane njegova supstitucija koja potencijalno može učiniti autorsko pravo potpuno irelevantnim.

Istovremeno sa razvojem primene ovih mera teče i proces pronalaženja načina za njihovo zaobilaznje. Uporedo sa razvojem DRM sistema, nosioci autorskih prava su tražili i pravnu zaštitu od takvih tehničkih pomagala i barijera. Tehnologija može biti poražena od druge tehnologije, kao što je to dokazano u mnogim slučajevima hakovanja zaštite DVD-ja i drugih DRM sistema. Stoga, delotvornost tehnoloških mehanizama zavisi upravo od pitanja njihove pravne zaštite, koju danas poznaje veći- na savremenih pravnih sistema. Zbog toga su doneti propisi o zabrani neovlašćenog zaobilaznje tehnoloških mera zaštite autorskog dela na međunarodnom i nacionalnom nivou. Ipak, normativna rešenja nisu ujednačena. Postojeće razlike zapravo odražavaju probleme u pronalaženju adekvatnog oblika zaštite, koji najviše proizlaze iz činjenice da se sankcionisanjem zaobilaznje (ili prethodnih radnji) tehnoloških mera dovodi u pitanje cilj autorskog prava uopšte.

U SAD tehnološke mere zaštite od neovlašćenog korišćenja imaju značajnu ulogu u kontroli korišćenja zaštićenog sadržaja. Takva kontrola naziva se „rezerva“ i pravi se razlika između dva osnovna oblika rezerve. Prva se naziva tajna ili intelektualna rezerva, i ona omogućava nosiocu da zadrži nepoznate nematerijalne stvari od ometanja ili ograničavanja. Druga, ekonomska rezerva, ili rezerva na tržištu, omogućava da će delo ili drugi zaštićeni sadržaj biti pod njegovom kontrolom, i to kroz prenošenje ovlašćenja na prava intelektualne svojine ili sankcionisanjem nekih ponašanja pravnim sredstavima, npr. putem nelojalne konkurencije (Mousseron, J. M, Vivant, M: 1989: 2–4). Rezerva, dakle, rezultira iz kombinacije DRM i odredbe o zaobilaznje, i ona je hibridna mešavina intelektualne rezerve i ekonomske rezerve.

Kada nosioci prava odluče da obezbede digitalni sadržaj nekim definisanim pravilima upotrebe, kao npr. uključivanjem broja kopija, broja dozvoljenih gledanja, itd..., ova upotreba postaje norma za primaoca i korisnike takvog sadržaja, iako konkretna upotreba tih dela u skladu sa zakonom može biti šira i manje ograničena.

Dusolije ističe da tehnološka zaštita postaje preširoka i više subjektivizirana nego što je objektivna (Dusollier, S.V: 2005: 163). U digitalnom svetu posrednici su nestali i nosioci autorskih prava počeli su da distribuiraju svoja dela direktno javnosti. Pribegavanje tehnološkim merama omogućava kontrolisanje obeju strana prenosa u autorsko- pravnom odnosu. Tehnološka zaštita autorskih prava čini da pristup, korišćenje, odnosno uživanje dela ulazi sferu monopola nosioca autorskog prava. Sledstveno tome, možemo reći da je kôd zakon, odnosno

da digitalni kôd uspostavljen od strane DRM-a deluje kao propis koji menja čovekovo kulturno i društveno ponašanje prema autorskopravno zaštićenom sadržaju. Ovakvo proširenje kontrole autorske oblasti nije samo dopušteno tehničkim i činjeničnim akcijama, već je obezbeđeno zakonom kroz odredbe o zabrani zaobilaženja tehnoloških mera. Dakle, u SAD i EU tehnološki kapaciteti sada diktiraju pravni okvir zaštite autorskih prava. Tehnološke mere sve više postaju supstitucija/zamena za autorska prava, iako se i dalje široko predstavljaju kao njegov običan suplement.

Na taj način, stvaranje pravila o načinu upotrebe informacija postaje sve više privatizovano, a pravna moć da definiše granice javnog pristupa informacijama je umanjena. Po samoj svojoj prirodi, tehnologija bi trebalo da ima protetski karakter: da smanji i zameni nedostatke pre nego da ih dopuni (kompletira). Tehnologija je stvorena s ciljem da ispravi određene manjkavosti, a ne da bi stvarala nove slične nedostatke. Upotreba tehnologije u autorskopравnim odnosima je rešenje, odnosno lek za nedostatak efikasne zaštite autorskih prava. Međutim, da bi se ostvarilo njeno puno dejstvo i moć, ona je stvorena u odsustvu autorskih prava ili makar prikrivanjem autorskih prava iza diktata tehnologije.

Vraćanje izvornih principa u zakonodavstvo o autorskom pravu je jedino rešenje da bi se zadržala prihvatljiva ravnoteža interesa u autorskopравnim odnosima i da bi se tehnologija koristila kao adekvatan alat i pomoć. Cilj je da primena pomoćne tehnologije u autorskom pravu postane upravljanje odnosima između tehnologije i autorskopравnih propisa, a ne zamena jednog drugim. Konačno, zakon mora da pronađe efikasno i uravnoteženo rešenje za očuvanje svih zakonskih izuzetaka u autorskom pravu.

Rezimirajući, možemo konstatovati sledeće. Upotreba tehnoloških mera zaštite autorskopравno zaštićenog sadržaja, osim pozitivnih efekata, izaziva i određene probleme u autorskopравnim odnosima. Prva posledica je da se primenom ovakvih mera faktički proširuje sadržina subjektivnog autorskog prava ustanovljena zakonom u korist nosilaca prava, a na štetu drugih subjekata.

Ugrađivanjem tehnoloških mera kojima se sprečava neovlašćeno korišćenje, može se dogoditi da iskorišćavanje bude onemogućeno i licima koja inače imaju ovlašćenje da preduzimaju pojedine radnje. Pri tome, kada je reč o ugovornom ovlašćenju, problem uglavnom nije primetan, jer se ovlašćena lica (korisnici) najčešće snabdevaju potrebnim sredstvima za uklanjanje zaštitnih mehanizama (npr. lozinkama). Međutim,

sa zakonskim ovlašćenjima (tj. ograničenjima subjektivnog autorskog prava), stvari stoje posve drugačije i velika kategorija subjekata je onemogućena da koristi svoja zakonska ovlašćenja.

Apsolutna zaštita tehnoloških mera postoji samo kada je reč o umnožavanju u privatne svrhe: fizičkom licu je dozvoljeno umnožavanje primeraka objavljenog dela za lične nekomercijalne potrebe, ukoliko takvo umnožavanje ne zahteva zaobilaženje tehnoloških mera ili pružanje ili reklamiranje usluge kojom se to omogućava (Čl. 46 (1) u vezi sa čl. 208 (1) (4) i (5) srpskog ZASP-a).

Zaobilaženje tehnoloških mera isključivo radi vršenja ovlašćenja autora shodno zakonskim ograničenjima, sem umnožavanja u lične nekomercijalne svrhe, predstavlja osnov isključenja odgovornosti za povredu autorskog prava (Radovanović, 2011: 399–411).

Iz navedenog proizlazi da zaobilaženje tehnoloških mera zaštite ne predstavlja uvek povredu prava, jer u određenim slučajevima postoji „ovlašćenje“ da se preduzmu takve radnje. Ipak, uživaoci dela najčešće ne raspolažu tehnološkim veštinama ili sredstvima potrebnim za zaobilaženje tehnoloških mera, zbog čega je neophodno da koriste usluge trećih lica ili da pribave adekvatna sredstva. Dakle, proizvodnja i stavljanje u promet višenamenskih uređaja kod kojih je omogućavanje zaobilaženja samo jedna (ali ne primarna) funkcija, nisu stavljeni van zakona. Prema tome, za pružanje usluga zaobilaženja tehnoloških mera bez pozivanja na izuzetke postoji odgovornost.

## Literatura

Dusollier, S.V: Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique: Larcier: 2005.

Devèze, J. L, Frayssinet, J: Droit de l'informatique et de l'Internet: PUF: 2001.

Vivant, M. et al., Lamy Droit de l'informatique et des réseaux: Lamy: 2007.

Vivant, and Jean-Louis Navarro, L. J: Code de la Propriété intellectuelle: Paris:2016.

Koelman, K.J, Helberger, N: Protection of Technological Measures, u: Copyright and Electronic Commerce – Legal Aspects of Electronic Copyright Management: Kluwer Law International (ed. P. Bernt Hugenholtz): The Hague, London, Boston: 2000.



- Marković, M. S: Pravo intelektualne svojine i informaciono društvo, Beograd, 2014.
- Macrez, F: Les cumuls de droits intellectuels sur les créations informatiques: Strasbourg: 2008.
- Mousseron, M.J. & Vivant, M: « Les mécanismes de réservation et leur dialectique: Le «terrain» occupé par le droit », Semaine Juridique, Cahiers de Droit de l'Entreprise: 1989/1, 2-4.
- Radovanović, S: Tehnološke mere u sistemu zaštite autorskog prava: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu: 1/2011: 399-411.
- Spasić, V: Autorska dela u digitalnom okruženju: Niš: 2011.
- Spasić, V: Digitalno upravljanje pravima: Pravo i privreda: Beograd: 2011: 4-6: 909-926.
- Spasić, V: Onlajn bezbednost: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu: 55: 2010: 77-101.
- Tasić, V. Bauer, I: Rečnik kompjuterskih termina: Beograd: 1989.
- Herak, K.: Digital rights management (DRM): Zagreb: 2005.
- Clark, C: „The answer to the machine is in the machine”: European Publishers Council, 2014. Retrieved 20. 6. 2016. from [http:// copyright-debate.co.uk/?p=641](http://copyright-debate.co.uk/?p=641)

**Vidoje Spasić, LL.D.**

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## **TECHNOLOGICAL MEASURES FOR CONTROLLING THE USE OF COPYRIGHTED WORKS OF AUTHORSHIP IN THE INFORMATION SOCIETY**

### **Summary**

*Information technology has given rise to the problem of controlling the use of copyrighted works of authorship from their unauthorized use. In this context, one of the effective solutions is the application of technological protection measures, which are aimed at a more efficient application of the protection measures prescribed by the law.*

*Technological protection measures imply the use of any technology, device or component which may be aimed at preventing or restricting an unauthorized use of a protected work of authorship, which has not been approved by the author or holder of some related right. Generally, all these measures may be classified into three basic groups: technological measures aimed at controlling access, technological*

*measured aimed at controlling exploitation, and technological measures aimed at protecting the integrity of the work of authorship. Considering their technical characteristics and mode of application, they may be hardware-based measures, software-based measures, or a combination thereof.*

*Modern technology has enabled the development of digital systems which entail a controlled use of copyrighted works and facilitate obtaining licences for their exploitation. They are commonly known as digital rights management (DRM). The DRM system should provide for a compromise between safeguarding the intellectual property rights of the copyright holder, the end user privacy, and system costs. The envisaged goals are achieved by employing various cryptographic measures.*

*The process of developing technological protection measures is accompanied by concurrent attempts to circumvent the application of these measures. Thus, the effectiveness of these measures primarily depends on their legal protection, which has been recognized by a vast majority of legal systems, we now know the most modern legal system. However, the normative solutions are not uniform. The observed differences actually reflect problems in finding adequate forms of protection, which mostly stem from the fact that sanctions for evasion of technological measures call into question the ultimate purpose of copyright law in general.*

*Yet, the regulation of technological protection measures must be approached with great caution. Envisaging relevant legal protection for these measures should contribute to providing a comprehensive and stable system of copyright protection. Moreover, it is essential to ascertain the necessary balance of interest of all relevant subjects involved in that process. Technological measures for controlling the use of copyrighted works of authorship should primarily protect the authors' rights and interests; however, they certainly must encompass the legal and legitimate interests of the end-users as well as the general public, particularly considering the statutory limitations to authorship rights in favour of third parties.*

**Keywords:** *copyrighted work of authorship, technological protection measures, digital rights management, control of use; circumvention of technological protection measures.*

**Dr. Stefan Pürner,\***  
Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche  
Zusammenarbeit e.v. (IRZ) Bonn, Deutschland

originalan naučni članak  
doi:10.5937/zrpfni1674221P

UDK: 347.72.037(436)

Rad primljen: 30.09.2016.  
Rad prihvaćen: 25.10.2016.

## **KONTROLLE: WARUM, WANN UND WIE? EINIGE GRUNDLEGENDE PRINZIPIEN, DARGESTELLT AM BEISPIEL EINE GEWERBEUNTERSAGUNG NACH § 35 DER DEUTSCHEN GEWERBEORDNUNG**

**Abstrakt:** Der Beitrag behandelt Fragen im Zusammenhang mit der staatlichen Kontrolle und der Reaktion auf dabei festgestellte Regelverstöße am Beispiel des § 35 der deutschen Gewerbeordnung. Diese Vorschrift ist die zentrale Normen des deutschen Rechts, auf deren Grundlage unternehmerische Tätigkeit verboten werden kann.

Einleitend wird unter anderem auf die Rolle der Rechtsprechung allgemein, aber auch im Zusammenhang mit der Überprüfung staatlicher Kontrollmaßnahmen, eingegangen. Dabei stimmt der Autor der Auffassung zu, dass in kontinentaleuropäischen Systemen die Rechtsprechung keine Rechtsquelle ist. Dies darf jedoch nicht zu dem Fehlschluss verleiten, dass die Rechtsprechung nicht zur Rechtsfortbildung berufen und auch verpflichtet wäre.

Diese eingehenden Ausführungen sind von Bedeutung, da sich der anschließend vorgestellte § 35 Gewerbeordnung im Laufe der Rechtsentwicklung erheblich geändert hat. Während die Vorschrift ursprünglich eine kasuistische Aufzählung von Einzelfällen enthielt, arbeitet sie heute mit einer Generalklausel. Danach ist der Begriff der (in der Vorschrift nicht näher definierten) „Unzuverlässigkeit“ das maßgebliche Tatbestandselement für das Verbot der Ausübung eines Gewerbes. Dementsprechend hat sich die Aufgabe der Gerichte bei der Behandlung entsprechender Fälle wesentlich geändert. Der Autor stellt dar, dass dies auch gerechtfertigt ist, da der Gesetzgeber kaum alle Fälle, die sich in der Praxis eignen können, voraussehen kann.

---

\* puerner@irz.de

*Besonders stellte er heraus, dass sich der deutsche Gesetzgeber dafür entschieden hat, - anders als manche Rechte in Transformationsstaaten - den Beginn einer gewerblichen Tätigkeit von beschränkenden Vorschriften möglichst freizustellen. Anschließend werden anhand verschiedenster Gerichtsentscheidungen Einzelfragen im Zusammenhang mit einer Untersagung nach § 35 deutsche Gewerbeordnung dargestellt. Dadurch wird aufgezeigt, in welcher Weise die deutschen Gerichte den unbestimmten Rechtsbegriff der „Unzuverlässigkeit“ mit Leben füllen. Dabei wird insbesondere herausgestellt, dass es sich bei der Feststellung der Unzuverlässigkeit um eine Prognoseentscheidung, nicht aber um eine Sanktion für früheres Verhalten, handelt. Außerdem wird darauf hingewiesen, dass die Unzuverlässigkeit immer bezogen auf das jeweilige Gewerbe festgestellt werden muss.*

**Schlüsselworte:** *Deutsches Recht, Verbot der Gewerbeausübung, Aufgabe der Rechtsprechung, Rechtsfortbildung, Kontrolle bei Gründung und Führung eines Unternehmens.*

## 1. Einleitung

### 1.1. Allgemeines zum Begriff der „Kontrolle“ im Recht

Zentraler Begriff im Titel dieser juristischen Konferenz ist der Begriff der Kontrolle. Dieser ist kein eindeutig definierter Rechtsbegriff. Deshalb sollen der Behandlung von Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Gewerbeuntersagung (die meist das Resultat von entsprechenden Kontrollen der unternehmerischen Tätigkeit ist) einige grundsätzliche Überlegungen zum Begriff und zur Berichtigung von Kontrolle im Recht, vorangestellt werden.

Setzt man sich mit dem Wort „Kontrolle“ und seiner Herkunft auseinander, dann stößt man auf eine Bedeutungsverschiebung. Heute verstehen wir dieses Wort nämlich meist im Sinne von „Aufsicht“, also etwas, das sich in einem Verhältnis von Über- und Unterordnung ereignet. Tatsächlich geht er aber auf „*contra rolatus*“ zurück (KirchhofRdNr. 224). Dies bedeutet „Gegen- Aufzeichnung“. Es wird also ein Vergleich zwischen Soll und Ist erstellt. Ein solcher ist aber auch ohne hierarchisches Verhältnis möglich. In diese Richtung deutet auch das verwandte Lehnwort aus dem Englischen „Controlling“, das ebenso einen internen Mechanismus kennzeichnet. Der deutsche Autor P. Kirchhof spricht im Zusammenhang mit innerstaatlicher Kontrolle von (Originalbegriff in der Übersetzung in Fußnote oder in Klammer) „*staatlicher Selbstvergewisserung*“. Der Staat kontrolliert - oder bietet Möglichkeiten zur Kontrolle auch seines eigenen Handelns an – „weil er wissen möchte, „wo er steht“ bzw. ob und wie sein Recht umgesetzt wird. Die verschiedenen Kontrollmechanismen kann man in demokratische Kontrolle über

Parlamente und Parteien und rechtsstaatliche Kontrolle unterteilen (Kirchhof RdNr. 224). Die rechtsstaatliche Kontrolle kann man demselben Autor zufolge wiederum in Kontrolle durch Amtswalter als Selbstkontrolle und in Kontrolle durch Gerichte als Fremdkontrolle einteilen (Kirchhof, aaO).

### ***1.2. Die Rolle der Gerichte (und Richter) als Organ der Kontrolle der Rechtsanwendung, aber auch der Fortentwicklung des Rechtes***

Mit dem letztgenannten Punkt, nämlich der Kontrolle durch Gerichte, verbunden ist die Frage nach der Aufgabe der Rechtsprechung und damit auch dem Selbstverständnis der Richter. Diese ist für das Funktionieren dieser Kontrolle entscheidend. Dem Verfasser ist bekannt, dass in Serbien und darüber hinaus viele über diese Fragen diskutiert wird. Angesprochen werden dabei Fragen der richterlichen Selbstverwaltung, aber auch des Verhaltens der Richter in der Öffentlichkeit und im politischen Leben.

Zu diesem Komplex gehört jedoch auch die Frage nach den Kompetenzen des Richters bei der Anwendung des Gesetzes. Diesbezüglich wird oft vorgetragen, dass in kontinentalen Rechtssystemen die Rechtsprechung keine Rechtsquelle sei. Dies ist theoretisch sicher richtig. Dies bedeutet jedoch nicht, dass Gerichtsentscheidungen, vor allem solche höhere Gerichte, im kontinentalen Recht keine über die Entscheidung des Einzelfalles hinausgehende Wirkung hätten. Sie mögen nicht bindend sein, eine Leitfunktion für die Praxis haben sie doch alle Mal.

Mitunter erweckt die diesbezügliche Diskussion zumindest für Außenstehende auch den Eindruck, dass man wegen der (angeblich) „minderen“ Rolle der Richter in Kontinentaleuropa diese nicht zur *Rechtsfortbildung* berufen sieht. Diesen Eindruck gewinnt man zumindest dann, wenn in Diskussionen Richter auch in Bereichen, die auch in anderen kontinentaleuropäischen Rechtssystemen nicht ausdrücklich durch Gesetz geregelt sind, nach expliziten Vorschriften im Sinne einer Handlungsanweisung für die Falllösung verlangen.

In diesem Zusammenhang (und auch im Zusammenhang mit den nachfolgenden Ausführungen) ist die Definition der Rechtsprechung, die sich in dem bereits angesprochenen Werk von P. Kirchhof (Kirchhof, RdNr. 238) findet, von Interesse:

(Hinweis für den Übersetzer: nachfolgendes Originalzitat bitte bei der Übersetzung in die Fußnote nehmen) *“Rechtsprechung ist nicht bloßes Nachsprechen, sondern wertendes Nachdenken von Vorgesprochenem. Die Rechtsprechung hat... zu entscheiden, wenn die Beteiligten eine sie betreffende Rechtsfrage nicht oder nicht einvernehmlich aus einer Vorschrift beantworten können. Der Richter hat den abstrakten, auf Dauer geltenden Rechtssatz in konkrete, individuelle Verbindlichkeit umzusetzen und so der*

*gesetzlichen Regelung durch schöpferischen Akt Individualität, Spezialität, Gegenwartsnähe und fallgerechte Sachgerechtigkeit zu geben. Richterliche Kontrolle führt umso mehr auch zur Rechtsfortbildung, je weniger die gegenwärtigen Anfragen an das Gesetz aus dem traditionellen Verständnis beantwortet werden können....“*

Diese Definition sollte dazu anregen, künftig bei Diskussionen über die Rolle der Richter genauestens zwischen einer, dem kontinentaleuropäischen Recht fremden Konzept von der Rechtsprechung als Rechtsquelle auf der einen Seite, und der richterlichen Rechtsfortbildung auf der anderen Seite zu unterscheiden. Letztere ist zentrale Aufgabe der Richter in kontinentaleuropäischen Systemen. Wer als Richter nach dem Gesetzgeber ruft, weil er sich beispielsweise scheut, einen Fall über Gesetzes- oder Rechtsanalogie zu lösen, begeht eine Rechtsverweigerung. Die nachfolgenden Ausführungen werden zeigen, dass eine lebensnahe Auslegung der Vorschriften über die Gewerbeuntersagung in Deutschland ohne richterliche Rechtsfortbildung nicht möglich gewesen wäre. Sie wollen deshalb auch einen Beitrag zur Diskussion über die Aufgaben (und Pflichten) von Richtern in einem kontinentaleuropäischen System liefern.

### **1.3. Grenzen für, aber auch Anforderungen an Kontrolle**

Kontrolle darf nie Selbstzweck sein. Sie muss immer einen gewissen legitimen Ziel dienen. Deshalb muss der Staat bei der Einführung von Kontrollmechanismen bedächtig vorgehen. Kontrolle bedarf immer einer Rechtfertigung.

Dies ist die eine Seite der Medaille. Die andere ist, dass der Staat auch nicht zu beliebig sein darf. Der Staat hat gewisse öffentliche Aufgaben, zu denen auch Schutzfunktionen gehören. Diese kann er aber nur wahrnehmen, wenn er kontrolliert. Insbesondere hat der Staat die Aufgabe, das von ihm gesetzte Recht in der Gesellschaft zur Wirkung zu bringen (Kirchhof, aaO). Dies kann er jedoch nur, wenn er kontrolliert, inwieweit dieses Recht auch tatsächlich angewandt wird. Hierbei wird man bezüglich der Art und der Schwere der Eingriffe, mit denen der Staat dieses Ziel verfolgt und nach der Art und den Zielen der Rechtsvorschriften, deren Anwendung der Staat beaufsichtigt, unterscheiden müssen. Je wichtiger diese Ziele sind, desto schwerwiegender dürfen Kontrollmaßnahmen sein. Darüber hinaus darf Kontrolle nicht isoliert von den Sanktionen für Fehlverhalten, das dabei festgestellt wird, gesehen werden. Kontrolle an sich kann eine Grundrechtsverletzung für den Betroffenen darstellen, beispielweise wenn in seinen persönlichen Geheimnisbereich eingegriffen wird. Für die Fehlervermeidung und – beseitigung bedeutet sie jedoch für sich genommen gar nichts. Kontrolle ist diesbezüglich nur dann effektiv, wenn sie dazu bei trägt, festge-

stelltes Fehlverhalten in Zukunft auch zu vermeiden. Kontrolle muss deshalb auch mit nachfolgender Aktion verbunden sein.

#### ***1.4. Mögliche Folgen einer Kontrolle: (Vergangenheitsbezogene) Sanktion oder (zukunftsbezogene) Prävention***

Allerdings ist bezüglich dieser Aktionen genau zu unterscheiden zwischen Sanktion und der Korrektur von Fehlverhalten einerseits und Prävention andererseits. Beides ist gegen Regelverstöße gerichtet, Sanktion und Korrektur sind jedoch vergangenheitsbezogen, Prävention zukunftsbezogen. Ein Staat, der ohne ausreichenden Anlass dort, wo vergangenheitsbezogene Korrekturen oder Sanktionen ausreichend wären, überflüssiger Weise zu dem Mittel einer zukunftsbezogenen Maßnahme greift, die eigentlich keine Prävention, sondern eine Sanktion darstellt, verhält sich nicht rechtsstaatlich. Dadurch wird nämlich das Verhältnismäßigkeitsprinzip (vgl. zu diesem z.B. Wienbracke, S. 148ff oder Lübke-Wolff, S. 12–17) - aus dem auch die Erforderlichkeit und Geeignetheit von Maßnahmen zur Erreichung eines bestimmten Ziele folgt, verletzt.

### **2. Der Entzug der Gewerbeerlaubnis nach § 35 der deutschen Gewerbeordnung (GewO)**

Diese theoretische Unterscheidung lässt sich am besten an staatlichen Eingriffen in die Gewerbefreiheit Privater nach einer Kontrolle, bei der die Verletzung zwingenden Rechts durch diese Privaten bei der Ausübung des Gewerbes festgestellt wurde, darstellen. Deshalb soll dies nachfolgend am Beispiel der Vorschrift des § 35 der deutschen Gewerbeordnung durchgeführt werden. § 35 der deutschen Gewerbeordnung ist die zentrale Normen, auf deren Grundlage in Deutschland die Ausübung gewerblicher Tätigkeiten untersagt werden kann (Brüning, Überblick zu § 35 GewO).

#### ***2.1. Der Wortlaut des § 35 GewO im historischen Wandel***

Diese Vorschrift hat historisch einen Wandel durchlebt, der selbst viele deutsche Juristen, die sie nur in ihrer heutigen Form kennen, überraschen würde. Dieser Wandel kann mit „Von der Kasuistik hin zum unbestimmten Rechtsbegriff“ überschrieben werden. Dadurch hat sich auch die Rolle der Rechtsprechung, also der Kontrolle der Gewerbeaufsichtsbehörden bei der Anwendung der § 35 GewO geändert.

### 2.1.1. § 35 GewO 1869

Die zentrale Vorschrift zur Untersagung unternehmerischer Tätigkeit findet sich seit dem Jahr 1869 in der Gewerbeordnung (die damals noch ein Gesetz des Norddeutschen Bundes war) Damals fanden sich in diesem Paragraphen Regelungen wie die folgenden:

*Die Erteilung von Tanz-, Turn und Schwimmunterricht als Gewerbe darf denjenigen untersagt werden, welche wegen Vergehen oder Verbrechen gegen die Sittlichkeit bestraft sind.*

*Der Handel mit gebrauchten Kleidern, gebrauchten Betten oder gebrauchter Wäsche, der Kleinhandel mit altem Metallgerät oder Metallbruch (Trödel), ... , ferner das Geschäft eines Pfandleiher kann demjenigen untersagt werden, welcher wegen aus Gewinnsucht begangener Vergehen oder Verbrechen gegen das Eigentum bestraft worden ist.*

Der Gesetzgeber regelte also für bestimmte, genau bezeichnete Gewerbe (unternehmerische Tätigkeiten) die Gründe, warum eine solche Tätigkeit für die Zukunft untersagt werden konnte. Auf der Tatbestandsseite formulierte man sehr kasuistisch, ganz so als ob man sämtliche Formen des Fehlverhaltens, die ein Gewerbetreibender begehen kann, und die so schwerwiegend sind, dass man ihm das Gewerbe untersagen muss, voraussehen könnte. Man kann also von einer „geschlossenen Norm“ auf der Tatbestandsseite sprechen.

Auf der Rechtsfolgenseite werden dagegen Begriffe wie „*darf untersagt werden*“ und „*kann ... untersagt werden*“ gebraucht. Die Vorschrift liest sich also wie eine Ermessensvorschrift Auf der Rechtsfolgenseite formulierte man also ergebnisoffen.

### 2.1.2. § 35 GewO 2016 (in dieser Fassung seit 1974)

Fast 150 Jahre später liest sich § 35 Gewerbeordnung, der nun auch eine Überschrift – nämlich „*Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit*“ besitzt wie folgt:

*Die Ausübung eines Gewerbes **ist** von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die **Unzuverlässigkeit** des Gewerbetreibenden oder eine mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in Bezug auf dieses Gewerbes dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. (Hervorhebungen durch den Verfasser)*

Die heutige Formulierung, die aus dem Jahre 1974 stammt, ist das Ergebnis einer langen Rechtsentwicklungen mit verschiedenen Zwischenstufen.



### 2.1.3. § 35 GewO 1960 bis 1974

Diese kann hier nicht im einzelnen dargestellt werden. Es sei jedoch darauf hingewiesen werden, dass es von 1960 bis 1974 (Marcks RdNr. 3) nicht ausreichte, dass „die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist“, sondern zusätzlich gefordert wurde, dass die Unzuverlässigkeit „eine Gefährdung... mit sich bringt“. Auf den Unterschied zwischen beiden Formulierungen wird später noch zurückzukommen sein.

## **2.2. Die Unterschiede zwischen § 35 GewO 1869 und 1974 (= die im Jahr 2016 noch geltende Fassung)**

Vergleicht man die Gesetzesformulierungen aus dem Jahr 1869 und 1974 dann fällt folgendes auf:

### 2.2.1. Änderungen auf der Tatbestandsseite

Der Gesetzgeber hat sich auf der Tatbestandsseite vollständig von seinem kasuistischen Ansatz verabschiedet. Er spricht nun allgemein von „Gewerbe“ und nennt nicht mehr einzelne Arten davon. Damit entfällt auch die Formulierung jeweils eigener Untersagungsgründe für diese spezifisch benannten Gewerbe. Stattdessen wird ein einziger, auf alle Gewerbe anwendbarer Versagungsgrund, nämlich die „Unzuverlässigkeit“, normiert. Dieser Begriff ist jedoch kein „hartes Tatbestandsmerkmal“, sondern ein unbestimmter Rechtsbegriff.

Der Gesetzgeber hat damit einen großen - und vernünftigen - Schritt getan: Er hat anerkannt, dass er nicht allwissend ist und notgedrungen der Rechtspraxis und der Rechtsprechung, die mehr Einblicke in die konkreten Einzelfall haben, die Entscheidung im Einzelfall überlassen muss. Dazu hat er sich des mittels eines unbestimmten Rechtsbegriffes bedient. Dies ist freilich nicht ohne Kritik geblieben (Marcks, RdNr. 2) erscheint aber in Anbetracht der nicht vorhersehbaren Vielgestaltigkeit des praktischen Lebens sachgerechter. Die Rolle der Verwaltungsbehörde (also des Organs, das den Bürger bei der Ausübung seines Gewerbes kontrolliert), und der Gerichte (also des Organes, das die betreffende Behörde bezüglich der Anwendung dieser Vorschrift kontrolliert), wird dadurch aber komplexer. Manche würden eventuell auch sagen: Die Entscheidung wird vom Gesetzgeber auf den Richter verlagert, womit die Entscheidung weniger demokratisch legitimiert ist, als bei einer kasuistischen Vorschrift, bei der die Tatbestandsseite relativ eindeutig ist.

### *2.2.2. Änderungen auf der Rechtsfolgenseite*

Auf der Rechtsfolgenseite dagegen formuliert er nun eindeutig eine zwingende Vorschrift. Dies erscheint auch angebracht, da es schließlich um den Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten. Dies sind wichtige Schutzgüter, die sich dann, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind, nicht gegen die betroffenen einzelne Interessen des Gewerbetreibenden abwägen lassen.

### **2.3. Der heutige § 35 GewO und seine Anwendung**

§ 35 Gewerbeordnung und seine Anwendung in der Praxis eignen sich hervorragend, um grundlegende Dinge darüber, wie der Staat auf bedenkliche Ergebnisse von Kontrollen im Bereich der unternehmerischen Tätigkeit reagieren soll - und wohl auch muss - darzustellen. Die Materie eignet sich auch dazu, die Unterschiede zwischen *notwendiger* Reaktion und *Überreaktion* des Staates darzustellen.

#### *2.3.1. Zeitpunkt der staatlichen Kontrolle unternehmerischer Tätigkeit*

Bezüglich des Zeitpunktes, wann jemand, der eine unternehmerische Tätigkeit aufnehmen möchte, staatlich kontrolliert werden sollte, gibt es verschiedene Ansätze.

Autoritäre Systeme wie die früheren sozialistischen Systeme, neigen dazu, an Aufnahme der unternehmerischen Tätigkeit umfangreiche Anforderungen aufzustellen und diese bis ins einzelnen zu kontrollieren. Manche Relikte dieser Denkungsart finden sich noch heute in den Rechtssystemen der Transformationsstaaten. Zu nennen sind hier beispielsweise Regelungen, durch die für verschiedene unternehmerische Tätigkeiten im einzelnen der Raumbedarf, die Einrichtung der Geschäftsräume und teilweise auch die Anzahl der Beschäftigten vorgeschrieben wird, ohne dass dafür zwingenden Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr erforderlich werden. (Ein Beispiel dafür sind – zumindest nach Ansicht des Autors dieses Beitrages - Art. 2 und Art. 3 Abs.2. Pravilnika o uslovima za obavljanje sportskih aktivnosti i delatnosti, „Službeni glasnik RS“, broj 30 od 18. VI 1999. ).

Das Common Law hat demgegenüber einen sehr liberalen Ansatz. Verkürzt dargestellt könnte man sagen, dass im wesentlichen der Markt das entscheidende Korrektiv ist. Wer im Rahmen seiner unternehmerischen Tätigkeiten keine Qualität liefert, wird wirtschaftlich erfolglos bleiben und deshalb vom Markt verschwinden.

Andere Rechtssysteme, wie beispielsweise das deutsche, vertreten einen Ansatz zwischen diesen beiden. Grundsätzlich ist dort die unternehmerische Tätigkeit frei. Jedoch gibt es Vorschriften durch die zur Aufnahme bestimmter Tätigkeiten, auch solche, die nicht mit der Gefahr für Leib, Leben und Vermögen anderer verbunden sind, zusätzliche Voraussetzungen verlangt werden, die zumindest nach Meinung einiger übertrieben sind. Der Meisterzwang nach der deutschen Handwerksordnung ist ein solches Beispiel (Vgl. dazu Stüben sowie – sehr kritisch, Stieben). In diesem Spannungsfeld wird § 35 Gewerbeordnung als notwendiges Korrelat zur Gewerbefreiheit gesehen (Marcks, RdNr. 15). In der Begründung zum Entwurf des vierten Änderungsgesetzes der Gewerbeordnung (zitiert nach Marcks, RdNr. 15) heißt es, dass die Einführung einer allgemeinen und bundeseinheitlichen Regelung für die Untersagung der Ausübung

*„dem Gedanken Rechnung tragen soll, dass, entsprechend der wirtschaftspolitischen Linie der Bundesregierung, der **Beginn einer gewerblichen Tätigkeit von beschränkenden Vorschriften möglichst freigestellt sein sollte**, dass aber andererseits der Staat zum Eingreifen befugt sein muss, wenn ein Gewerbetreibender dass ihm gewährte Recht der freien gewerblichen Betätigung missbraucht“* (Hervorhebung durch den Verfasser)

Im Ergebnis heißt dies, dass Gewerbetreibende grundsätzlich einen Vertrauensvorschuss genießen. Eine vorherige Kontrolle der Eignung sollte, außer natürlich in Betätigungsfeldern, in denen bei ungenügender Qualifikation große Gefahr für wichtige Rechtsgüter bestehen, nicht stattfinden. Der deutsche Gesetzgeber hat in § 35 Gewerbeordnung also grundsätzlich entschieden für:

- einen Vertrauensvorschuss gegenüber den Gewerbetreibenden
- eine Ex-post, statt eine Ex-ante Kontrolle und
- den Verzicht auf kleinliche Regelungen zur Betriebs- und Personalausstattung, in die unternehmerische Gestaltungsfreiheit der Gewerbetreibenden eingreifen.

### *2.3.2. Unbestimmter Rechtsbegriff statt Kausistik und Regelbeispiele*

Dadurch, dass ausschließlich der Begriff der Unzuverlässigkeit genannt wird, hat sich der deutsche Gesetzgeber nicht nur von seiner früheren „vorausschauenden“ Kasuistik verabschiedet, sondern auch darauf verzichtet, beispielhafte Regeltatbestände zu nennen (Dies war im Gesetzgebungsverfahren strittig, vergleiche dazu Marcks RdNr 23).

Er hat sich durch die Einführung eines unbestimmten Rechtsbegriffes auch dazu durchgerungen, die weitere Rechtsentwicklung und die Konkretisierung der

Anwendungsfälle der behördlichen Praxis und deren nachfolgende Kontrolle durch die Rechtsprechung anzuvertrauen. Damit hat er nach den Gewerbetreibenden auch den Behörden und der Rechtsprechung einen Vertrauensvorschluss gewährt. Diese ist umso größer, als im bundesdeutschen System - im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung - wohl zu Recht - die Möglichkeit einer späteren verodostojnotumacenje eines Gesetzes strikt abgelehnt wird. Mit anderen Worten: Der deutsche Gesetzgeber hat sich durch diese Regelungstechnik auf seine Rolle als derjenige, der den Rahmen vorgibt, beschränkt - und sich nicht die Stellung eines antizipierten Einzelfallentscheiders angemaßt.

## **2.4. Der unbestimmte Rechtsbegriff der Unzuverlässigkeit**

### *2.4.1. Von der Rechtsprechung entwickelte Definition*

Zentraler Begriff des § 35 Gewerbeordnung ist derjenige der Unzuverlässigkeit. Als unbestimmter Rechtsbegriff musste er erst von der Verwaltungspraxis und dann von der Rechtsprechung näher definiert werden. Dies ist mittlerweile erfolgt. Heute ist es gesicherte ständige Rechtsprechung, dass unzuverlässig ist, wer „nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens keine Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe in Zukunft ordnungsgemäß, d.h. entsprechend der gesetzlichen Vorschriften und unter Beachtung der guten Sitten ausüben wird“ (Brüning, S. 19 mit Hinweis auf verschiedenen Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes)

### *2.4.2. Prognoseentscheidung, nicht Unwertsurteil wegen Vergangenen*

Daraus folgt ein weiterer, sehr wichtiger Gesichtspunkt: Da das voraussichtliche Verhalten in der Zukunft ausschlaggebend ist, ist die Feststellung der Unzuverlässigkeit eine Prognoseentscheidung. Der Umstand, dass sich jemand in der Vergangenheit als unzuverlässig erwiesen hat, alleine rechtfertigt deshalb nicht die Gewerbeuntersagung, die im übrigen immer ultimaratio ist (Markcs, RdN. 18) und im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stehen muss, nicht.

Ein Beispiel hierfür: Auch die Verletzung steuerlicher Pflichten stellt eine Unzuverlässigkeit dauern. Ein Steuerpflichtiger, der in der Vergangenheit keine Steuererklärungen abgegeben hat, aber angesichts der drohenden Gewerbeuntersagung einen Steuerberater beauftragt, der sämtliche ausstehenden Steuererklärungen eingereicht hat, ist dann, wenn er auch die angefallenen Steuerschulden beglichen hat, ist nicht mehr unzuverlässig. Schließlich hat er durch sein Verhalten gezeigt, dass er bereit und in der Lage ist, zukünftig seine diesbezüglichen Verpflichtungen zu erfüllen. Und nur hierauf kommt es bei der zu treffenden Prognoseentscheidung an. Dafür gibt es auch rechtssystematische Gründe: Die Gewerbeuntersagung nach § 35 Gewerbeordnung ist ein Instrument

und der präventiven Verhinderung von Gefahren, keines der repressiven nachträgliche Sanktionierung von Fehlverhalten.

Wegen dies unterschiedlichen Anknüpfungspunktes es zu einer Untersagung eines Gewerbes nach § 35 Gewerbeordnung auch wieder ein Verschulden im Sinne eines moralischen oder ethnischen Vorwurfs noch einen Charaktermangel erforderlich. (Brüning aaO, unter Hinweise auf verschiedene Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts)

#### *2.4.3. Keine allgemeines, sondern detailliert auf das jeweilige Gewerbe bezogene Prognoseentscheidung*

Die Unzuverlässigkeit muss sich gerade auf das Gewerbe, das untersagt werden soll, beziehen. Es handelt sich also um eine gewerbebezogene Unzuverlässigkeit. Zur Illustration kann ein vielleicht etwas skurriler Fall aus der deutschen Gerichtspraxis dienen. Entschieden wird er vom Verwaltungsgericht Freiburg (VG Freiburg, Urteil vom 20.10.2009 3 K 838/08). Dabei war einem Gewerbetreibenden das *legale* Anbieten von *Pferdewetten* untersagt worden, da er auch *unerlaubt sonstige Sportwetten* angeboten hatte. Das Verwaltungsgericht kam zu der Auffassung, dass es diesem Fall an der gewerbebezogenen Unzuverlässigkeit fehlt, da es nicht davon überzeugt war, dass der Betreffende beim allein maßgeblichen Anbieten von Pferdewetten die Rechtsvorschriften nicht beachten würde. (Damit erklärte es das illegale Anbieten von Sportwetten nicht für rechtlich unerheblich. Es brachte lediglich zum Ausdruck, dass es nicht seine Aufgabe in diesem Verfahren war, dieses zu sanktionieren.)

Sicher kann man zu diesem Fall unterschiedlicher Meinung sein. Er zeigt jedoch deutlich, wie detailliert die deutsche Rechtsprechung bei der Beurteilung der Unzuverlässigkeit zwischen unbeachtlichem und gewerberelevantem Fehlverhalten unterscheidet. Weitere, vielleicht leichter nachvollziehbar der Fälle sind derjenige, dass die Unzuverlässigkeit für den Betrieb einer Buchhandlung oder eines Warenhauses nicht automatisch auch die Unzuverlässigkeit für den Betrieb eines Zeitungs- oder Zeitschriftenkiosks bedeutet. (Bundesverwaltungsgerichts, Beschluss vom 31.8. 1970, veröffentlicht in DÖV 19 70,825, vergleiche dazu auch Marcks 30) Schließlich stellt die Führung eines Zeitungskioskes geringere Anforderungen an den Gewerbetreibenden als diejenige eines Buchladens oder Warenhauses. Anders formuliert: Wer beim Betrieb eines Warenhauses den Überblick verliert, kann durchaus in der Lage sein, einen wesentlich kleineren Zeitschriftenkiosk zu führen. Wegen fehlender Gewerbebezogenheit wurde auch der Entzug der Gewerbeerlaubnis für einen Einzelhändler, der mit Getränken handelte, aufgrund von Verkehrsstraftaten vom Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (Entscheidung vom 26.9.1973, Gewerbearchiv 19 74,135) für

unwirksam angesehen. Der hessische Verwaltungsgerichtshof (Urteil vom 19. 2. 1982, NJW 19 82,2 1459) ging sogar soweit, dass er mehrere, mit dem Privat PKW begangene Trunkenheitsdelikte nicht als ausreichend für die Entziehung der Erlaubnis zum Straßenverkehrsgewerbe ansah. Seiner Meinung nach sei aufgrund dieses privaten Verhaltens nicht ohne weiteres zu befürchten, dass der Gewerbetreibende mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auch in seinem Gewerbe Vorschriften verletzt (Marcks 31).

Sicher muss man nicht all diesen Entscheidungen zustimmen. Deutlich dürfte aber geworden sein, dass es sich bei der Entscheidung, ob Unzuverlässigkeit vorliegt oder nicht, um eine Rechts- und nicht um eine Ermessensentscheidung handelt. Sie ist also vom Gericht in vollem Umfang überprüfbar (Marcks 24). Der Begriff der Unzuverlässigkeit ist final- und zweckorientiert und muss deshalb gewerbebezogen ausgelegt werden. § 35 ist eine wertneutrale Regelung und keine Strafvorschrift (Beschluss des hessischen Verwaltungsgerichtshof und 28019 80, Gewerbearchiv 1991)

#### *2.4.4. Verhältnismäßigkeit und Verhalten Dritter*

Einige der eben genannten Entscheidungen mögen überraschen. Sie zeigen dadurch jedoch, wie konsequent die deutsche Rechtsprechung das Verhältnismäßigkeitsprinzip bei der Überprüfung von Fällen einer Gewerbeuntersagung durch Behörden prüft. Dieses Prinzip kommt auch zum Tragen, wenn die Zurechnung der Unzuverlässigkeit von dritten Personen zum Gewerbetreibenden zu überprüfen ist. Diese Frage stellt sich typischerweise, wenn der Stellvertreter eines Gewerbetreibenden sich unzuverlässig verhält. Grundsätzlich ist eine solche Unzuverlässigkeit dem Gewerbetreibenden zurechnen, ohne dass es darauf ankommt, ob er in eigener Person zuverlässig ist oder nicht (Ennuschat 88). Deshalb kann ein Gewerbebetreibender, dessen Stellvertreter unzuverlässig ist, einer Untersagungsverfügung nach § 35 nicht mit dem Hinweis auf seine eigene Zuverlässigkeit entkommen.

Jedoch kommt das Verhältnismäßigkeitsprinzip bei der Frage zum Tragen, welchen genauen Inhalt die Verfügung haben darf. In den beschriebenen Fällen wird nämlich meist eine Teiluntersagung, mit der dem Gewerbetreibenden verboten wird, die unzuverlässige Person als Stellvertreter zu bestellen, als milderes Mittel genügen.

Ähnliche Fragen stellen sich bei der Unzuverlässigkeit nur einzelner von mehreren Gesellschaftern, die gemeinsam ein Gewerbe betreiben. In diesen Fällen ist die Untersagungsverfügung nur an den Gesellschafter zu richten, der tatsächlich unzuverlässig ist, nicht jedoch gegen die anderen Gesellschafter. Für diese hat

die Untersagung jedoch die Wirkung, dass sie den unzuverlässigen Mitgesellschafter von der Geschäftsführung ausschließen müssen. (Ennuschat, RdNr. 299)

### 3. Fazit

In der vorliegenden Arbeit konnte § 35 nur in einigen Segmenten beleuchtet werden. Unabhängig davon sollten einige Grundsätze, die in Deutschland im Zusammenhang mit der Kontrolle der Gewerbeausübung bzw. insbesondere mit der, einer solchen Kontrolle nachfolgenden Prüfungen der Frage einer Gewerbeuntersagung angewandt werden, deutlich geworden sein: Diesbezüglich kann von soll folgendes hervorgehoben werden:

- Der deutsche Gesetzgeber hat seine Herangehensweise an diese Frage mehrfach geändert.
- Je demokratischer und rechtsstaatlicher das Land wurde, desto weniger versuchte der Gesetzgeber die sich in der Praxis möglicherweise stellenden Fragen vorab durch kasuistische Regelungen zu entscheiden.
- Durch seine Entscheidung für einen unbestimmten Rechtsbegriff verlagerte der Gesetzgeber (nach Auffassung des Verfassers: richtigerweise) die Kompetenz zur Entscheidung von Einzelfällen auf die Gerichte, anstatt sich dem Irrglauben des Gesetzgebers des norddeutschen Bundes von 1869 hinzugeben, er selbst können schon alle in der Praxis möglichen Fälle voraussehen.
- Eine Gewerbeuntersagung ist nur möglich, wenn sehr strenge Anforderungen erfüllt sind. Diese leiten sich im Wesentlichen aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ab.
- Dies führt zu einer Reihe von Einschränkungen für Behörden, die über eine Gewerbeuntersagung zu entscheiden haben.
  - » Zum einen ist die Entscheidung über eine Gewerbeuntersagung keine Ermessensentscheidung, sondern eine Rechtsfrage, die dementsprechend voll umfänglich von den zuständigen Gerichten überprüft werden können.
  - » Zum anderen ist die Frage der Unzulässigkeit wertneutrale auf die Zukunft bezogen zu entscheiden. Die Vorschrift des § 35 der deutschen Gewerbeordnung ist präventiv und darf deshalb nicht als repressive Sanktionsnorm für früheres Verhaltens missbraucht werden.

## Literature

Briefs, U. (2002). *Deutsche Rückständigkeit. Alles verboten – Die deutsche Handwerksordnung gehört abgeschafft*, in: Stefan Bollmann (Hrsg.): *Patient Deutschland. Eine Therapie*. München.

Stüben, I. (2006). *Das Deutsche Handwerk – Der große Befähigungsnachweis (Meisterbrief) als Kriterium des Marktzutritts*, Hamburg.

Kirchhof, P. (2007). „Mittel Staatlichen Handelns, in Isensee / Kirchhof (Hrsg.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen.*., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage.

### Zeitschriftenbeiträge

Lübbe-Wolff. (2014). Gertrude *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the German Federal Constitutional Court*. In: *Human Rights Law Journal*. S. 12–17.

Wienbracke, M. (2016). *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*. In: *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)*. 2013, S. 148–155 im Internet unter [http:// www.zjs-online.com/dat/artikel/2013\\_2\\_681.pdf](http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2013_2_681.pdf) (zuletzt abgerufen am 7.10.2016)

### Kommentare

Brüning, Ch. (2016). in Johann Christian Pielow (Hrsg.) *Gewerbeordnung*, München.

Ennuschat, J. (2011). in Ennuschat, Jörg/Wank, Rolf, *Gewerbeordnung (GewO). Kommentar mit Arbeitsschutz-, Arbeitszeit- und Ladenschlussrecht*, 8. Auflage, München.

Marcks, P. (2016). in Landmann / Rohmer (Hrsg.) *Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften: GewO, Band I: Gewerbeordnung – Kommentar*, München.

### Gesetze

Gewerbeordnung 1869 vom 21. Juni 1869 (zitiert nach [https:// www.jurion.de/Gesetze/GewO\\_1869](https://www.jurion.de/Gesetze/GewO_1869))

Gewerbeordnung zuletzt geändert 30.6.2016



**Dr. Stefan Pürner,**

*Attorney-at-law,*

*Head of Section at the German Foundation for International Legal Cooperation*

*(Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ),*

*Bonn, Germany*

**CONTROL: WHY, WHEN AND HOW? SOME GENERAL PRINCIPLES OF STATE CONTROL PRESENTED ON THE EXAMPLE OF DISQUALIFICATION FROM PERFORMING COMMERCIAL ACTIVITIES PURSUANT TO § 35 OF THE GERMAN TRADE, COMMERCE AND INDUSTRY REGULATION ACT**

**Summary**

*This paper deals with issues relating to state control and state reaction to breaches of the rules discovered, using the example of Section 35 of the German Trade, Commerce and Industry Regulation Act (§ 35 Gewerbeordnung, GewO). This provision is the central norm in German law, on the basis of which entrepreneurial activities can be prohibited.*

*In the introduction, the author provides an overview of different forms of control and discusses the role of the courts in general, but also in the context of reviewing the control measures taken by the state. The author agrees that jurisprudence (case law) is not a source of law in the countries of the European-Continental legal system. However, this should not lead to the wrong conclusion that the courts are neither qualified nor obliged to develop the law.*

*After the introductory remarks, the author discusses the provisions contained in § 35 of the German Trade, Commerce and Industry Regulation Act (Gewerbeordnung). This example is of particular interest as it demonstrates various general principles of state control over private activities. While the provision originally contained a casuistic enumeration of individual cases, it nowadays uses a blanket clause. Accordingly, the concept of Unzuverlässigkeit (“unreliability”, which is not defined in more detail) is the definitional element for a disqualification from the practice of commercial activities. Hence, the courts’ task in dealing with the respective cases has significantly changed, as the control process involves consideration of both public and private interests, as well as striking a fair balance between the opposing public and private interests. The author points out that this is also justified as the legislator can hardly foresee all cases to which the provision might appear in practice.*

*In particular, the author points out that the German legislator, unlike the legislators in some transformation states, has opted for having as few restrictions as possible at the beginning of a commercial activity. In the second part, specific issues relating to a disqualification pursuant to Section 35 of the German Trade, Commerce and*

*Industry Regulation Act are presented based on various court decisions. This is to show how the German courts interpret the indefinite legal term of “unreliability”. It is highlighted that the determination of unreliability is a predictive decision rather than a sanctioning of conduct in the past. Moreover, it is pointed out that unreliability always has to be determined in relation to the respective trade.*

**Key words:** *German law, disqualification from the practice of commercial activities, development of law by courts, control during the foundation and management of an enterprise.*

## II PRIKAZI

---

---



**Dr Aleksandar S. Mojašević,\***  
Docent Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Nišu

prikaz

*Rad primljen: 23.06.2016.*  
*Rad prihvaćen: 26.09.2016.*

## **Danijel Kaneman, “Misliti brzo i sporo”, Smederevo: Heliks, 2015.**

Knjiga *Misliti brzo i sporo*, u *Heliksovom* izdanju, autora Danijela Kanemana (Daniel Kahneman), dobitnika Nobelove nagrade za ekonomiju, predstavlja rekapitulaciju njegovog izuzetno plodnog naučnoistraživačkog rada, pre svega, u oblasti kognitivne psihologije, ali i teorije odlučivanja i drugih oblasti. Odmah se nameće pitanje: kako jedan psiholog može dobiti Nobelovu nagradu za ekonomiju, i kakve veze njegov rad ima sa oblastima van psihologije? Upravo nakon čitanja ove knjige, možemo se uveriti koliko je naučni rad Danijela Kanemana pomerio granice u oblasti društvenih nauka i zbog čega se on smatra jednim od najznačajnijih savremenih mislilaca. Posebna vrednost ove knjige leži u jednostavnosti izlaganja složenih psiholoških fenomena i poučnim lekcijama koje sve od reda imaju naučnu potvrdu. Ovakva knjiga jasno pokazuje šta je to prava i korisna popularna psihologija za razliku od mnoštva drugih knjiga tog žanra koje u poslednje vreme pune vitrine domaćih i stranih knjižara. Potencijalni čitaoci verovatno će biti podstaknuti na šire razmišljanje, pre svega, o ljudskoj racionalnosti, ali i o pristrasnostima intuitivnog mišljenja, kojima smo kao ljudska bića veoma skloni, recimo, prilikom procene verovatnoće događaja, predviđanja budućnosti, ili procene različitih hipoteza. Inače, na kraju ove knjige se nalaze dva poznata rada ovog autora (pisana i objavljena zajedno sa radovima Amosa Tverskog) prevedena na srpski jezik: *Rasuđivanje u uslovima neizvesnosti: heuristika i pristrasnost* i *Izbori, vrednosti i okviri*. U prvom članku, objavljenom 1974. godine u časopisu *Science*, autori dovode u pitanje tada opšteprihvaćenu pretpostavku ljudskog ponašanja: pretpostavku racionalnosti. Autori su dokumentovali sistemске greške u razmišljanju običnih ljudi koje svoj izvor imaju u samom ustrojstvu našeg kognitivnog aparata. Ovaj članak spada u red najcitiranijih radova u oblasti društvenih nauka, a ideje koje iz njega proizilaze

---

\* mojasevic@prafak.ni.ac.rs

(o pristrasnosti i heuristici) našle su primenu u oblasti prava, obaveštajnog rada, finansija, vojne strategije, i drugim. Pet godina kasnije, autori objavljuju rad „Teorija izgleda: analiza odlučivanja u uslovima rizika”, koja postaje jedna od najpriznatijih teorija i kamen temeljac nove discipline (koja je još u povoju) –bihevioralne ekonomije.

Knjiga *Misliti brzo i sporo* sastoji se iz pet međusobno povezanih celina. U prvom delu (str. 17–89), Kaneman nas na jedan krajnje originalan način upoznaje sa funkcijama dva povezana sistema mišljenja u našem umu: *Sistemom 1*, koji je automatski, brz i najčešće bez naše svesne kontrole, i *Sistemom 2*, koji je spor, racionalan i koji kontroliše Sistem 1. Originalnost knjige proizilazi iz lucidnosti i dovtljivosti samog autora koji složen psihološki mehanizam mišljenja približava svakom čitaocu, bez obzira na vrstu i nivo obrazovanja. Tako, recimo, sadejstvo Sistema 1 i Sistema 2 opisuje kao psihološku dramu sa dva lika, u kojoj glavna uloga pripada Sistemu 1, koji generiše utiske, intuitivne zaključke, namere i osećanja, dok Sistem 2 iste potvrđuje ili ne, pretvarajući ih u eksplicitna uverenja ili svesne izbore. Uprkos tome što Sistem 1 uglavnom dobro funkcioniše i što je podela mentalnog rada između njega i Sistema 2 takva da minimalizuje trud (tzv. *zakon najmanjeg mogućeg napora*) i optimizuje učinak, on je podložan pristrasnostima, odnosno sklon je sistemskim greškama u određenim okolnostima, a osim toga, slabo razume logiku i statistiku. U nastavku ovog prvog dela, Kaneman nas upoznaje sa karakteristikama Sistema 1 i Sistema 2, kojom prilikom ovaj prvi naziva *asocijativnom mašinom*, a drugi *lenjim kontrolorom*. Prvi naziv ukazuje da Sistem 1 funkcioniše po principu asocijacije ideja, na taj način što jedna ideja aktivira mnoštvo drugih ideja, koje potom aktiviraju mnoštvo drugih ideja, stvarajući jednu asocijativno koherentnu sliku koja daje određeni smisao realnosti. No, ta koherentnost potiče od načina rada našeg mozga, a svet (realnost) je znatno besmisleniji nego mi *mislimo*. S tim u vezi, Kaneman na mnoštvo živopisnih primera opisuje kako Sistem 1 daje procene (ne)normalnosti oslanjajući se na određene norme; kako automatski pripisuje namere i uzroke nekim pojavama; kako je sklon brzopletom zaključivanju i tome da lako poveruje u nešto samo na osnovu dostupnih informacija („postoji samo ono što se vidi”); kako stvara emocionalno koherentnu sliku (tzv. halo efekat); kako rasuđuje na osnovu bazičnih procena; zamenjuje teška pitanja lakšim (tzv. heuristika); sparuje po intenzitetu pojave i odlike drugačijeg tipa, itd. Drugi naziv ukazuje da funkcije Sistema 2 iziskuju pažnju i mentalni napor, na primer, kada treba da obavimo računsku operaciju množenja ili deljenja. Posebno su interesantni nalazi da dobro raspoloženje, intuicija, kreativnost,

lakovernost i oslanjanje na Sistem 1 idu u paketu, dok drugi paket čine tuga, oprez, sumnjičavost, analitički pristup i povećano kognitivno naprezanje.

U drugom delu knjige pod nazivom *Heuristika i pristrasnost* (str. 101–184), autor nastavlja sa prikazom živopisnih primera naše sklonosti da izvodimo zaključke na osnovu malog uzorka (zakon malih brojeva); da odlučujemo na osnovu „sidra” (recimo, kada Vam prodavac ponudi cenu kuće i Vi se „upecate”); da procenjujemo učestalost nekih događaja na osnovu lakoće s kojom nam primeri padaju na pamet (heuristika dostupnosti); da smo skloni da odluke i procene zasnivamo na emocijama (afektivna heuristika); kako smo skloni da rizik nekog događaja procenjujemo na osnovu tzv. *slapa dostupnosti* (recimo, kada mediji i javnost neki događaj „naduvaju” do neslućenih razmera što utiče na našu procenu rizika); kako procenjujemo na osnovu heuristike reprezentativnosti (sličnosti opisa sa stereotipima), čime zanemarujemo osnovne statističke stope; kako smo skloni neregresivnim intuitivnim procenama, zanemarujući regresiju ka proseku (recimo, profesor na osnovu iskustva zaključuje da je kritika studenta efikasnija od pohvale, ali ne shvata da je u pitanju regresija ka proseku koja kaže da kritika (ili pohvala) neme veze sa uspehom).

U trećem delu knjige, pod nazivom *Preterano samopouzdanje* (str. 187–248), prikazane su brojne kognitivne zablude, kao što je recimo, *zabluda o razumevanju*, koja je posledica naše iluzije da razumemo prošlost, što implicira da je moguće i budućnost predvideti. Nasim Taleb, koga Kaneman više puta citira u ovoj knjizi, ovaj fenomen naziva *narativnom zabludom*. Zatim, slede interesantni primeri *pristrasnosti naknadnog uvida* („znao sam da će se to desiti”) i *pristrasnosti zbog ishoda* (ako je ishod negativan, skloni smo da okrivljujemo druge, recimo, kada stranka koja izgubi parnicu okrivljuje svog advokata). Interesantna je i *zabluda o validnosti i veštini* (na primer, veštini biranja akcija), kojoj su skloni ne samo laici, nego i stručnjaci, te Kaneman postavlja pitanje da li baš uvek možemo verovati intuiciji stručnjaka. U prilog tome, on iznosi ubedljive dokaze da je nekada bolje donositi odluke na osnovu jednostavne formule, a ne intuicije (recimo, prilikom biranja kandidata za posao). Dalje, još jedna kognitivna zabluda jeste ona koja nastaje pri *planiranju*, kada se pretpostavlja da će se desiti najbolji scenario, a zanemaruju se druge, lošije, mogućnosti. Na kraju ovog dela, Kaneman prikazuje I „pokretačku snagu kapitalizma”: preduzetničko samoobmanjivanje, zanemarivanje konkurencije i prekomerno samopouzdanje (finansijskih) menadžera.

Četvrti deo knjige (str. 251–350), pod nazivom *Izbori*, najznačajniji je za ekonomsku nauku. U ovom delu, autor izlaže suštinu svoje *teorije izgleda*, koja kaže da smo, psihološki gledano, osetljiviji na gubitke nego na dobitke. To rađa odbojnost prema gubicima i našu spremnost da preuzmemo rizik da bismo isti izbegli. U ovom delu, Kaneman izlaže i tzv. *čtetvorostruki obrazac* našeg odnosa prema riziku (odbojnost ili sklonost) u zavisnosti od verovatnoće i, na toj osnovi, izdvaja tzv. efekat izvesnosti i efekat mogućnosti. Interesantno je to da ovaj obrazac objašnjava na primeru izbora između suđenja i poravnjanja. U nastavku, u svom stilu, Kaneman objašnjava kako najčešće precenjujemo retke i negativne događaje, potom, kako pored stvarnog računa, imamo i tzv. *mentalni račun* (na koji snažno utiče i osećanje kajanja), zatim, kako smo skloni preinačenju preferencija u zavisnosti od okvira (pozitivnog ili negativnog).

U petom delu pod nazivom *Dva ja* (str. 353–382) autor pravi distinkciju između dva sopstva, iskustvenog ja i pamtećeg ja. Ovo drugo ja jeste ono koje može „praviti problem”, te nam neka gora životna epizoda može ostati u boljem sećanju, usled čega, kasnije ponovo biramo ista ili slična bolna iskustva. Razlika između dva ja reflektuje se i na planu zadovoljstva, što otvara i problem izbora adekvatnih politika koje za cilj imaju sreću stanovništva (recimo, u oblasti medicine). Kaneman preporučuje uzimanje u obzir i pamtećeg i iskustvenog ja.

Sve u svemu, knjiga *Misliti brzo i sporo*, autora Danijela Kanemana, predstavlja pravo remek-delo (popularne) psihologije. Namenjena je psiholozima, ekonomistima, ali i svima onima koji su zainteresovani da saznaju najnovija naučna dostignuća bihevioralne ekonomije. Da ova disciplina dobija na značaju, govori i činjenica da je američka administracija, kao i vlada Južne Koreje, uključila brojne bihevioralne ekonomiste u kreiranje javnih politika. Štaviše, britanska vlada je formirala poseban *Tim za bihevioralne uvide*, poznatiji kao *Odeljenje za gurkanje*, prema svetskom bestselleru *Gurkanje*, autora ekonomiste Ričarda Talera i pravnika Kasa Sanstina. *Gurkanje* jeste politika libertarijanskog paternalizma, koja se, poput libertarijanizma poznate čikaške škole, oslanja na slobodu pojedinca, *ali* i na mogućnost sofisticirane državne intervencije kako bi se ljudi zaštitili od loših izbora. Bihevioralni ekonomisti, među kojima Kaneman zauzima posebno mesto, veruju u slobodu, ali, za razliku od libertarijanaca, ne pristaju na ekstremnu formu racionalnog aktera (tzv. Ekona), koja odstupa od stvarnog ljudskog ponašanja, opisanog u ovoj izvanrednoj Kanemanovoj knjizi.



**Dr Aleksandar Đorđević,\***  
Docent Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Nišu

prikaz

*Rad primljen: 12.05.2016.*  
*Rad prihvaćen: 12.09.2016.*

**Dragan K. Nikolić, “Zakon sudnji ljudem – najstariji slovenski pravni zbornik”, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu i Centar za vizantijsko- slovenske studije Univerziteta u Nišu, Niš 2016.**

Monografija dr Dragana K. Nikolića, redovnog profesora Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, mada po obimu nevelika, ogroman je doprinos našoj pravnoistorijskoj nauci, slavistici i istorijskoj nauci uopšte. Rezultat je autorovih trogodišnjih istraživanja čitavog kompleksa pitanja vezanih za najstariji slovenski pravni zbornik, a u izvesnom smislu je i sinteza svih dosadašnjih pravnoistorijskih, slavističkih i istorijskih radova o ovoj temi publikovanih od 1829. do 2004. godine. Posebna i trajna vrednost ove monografije sadržana je u činjenici da je u njoj kao prilog dat prvi prevod ovog pravnog zbornika na srpski jezik, koji je autor uradio prema njegovim tekstovima na staroslovenskom jeziku (M. N. Tihomirov, Moskva, 1961) i uz korišćenje njegovih postojećih prevoda na bugarski (V. Ganev, Sofija, 1959) i na makedonski jezik (K. Ilievska, Skoplje, 2004).

Tekst monografije obuhvata sedamnaest preglednih poglavlja i četiri priloga. Unutar pojedinih poglavlja autor iznosi postojeće i još uvek nerazrešene hipoteze o prostoru gde je nastao Zakon sudnji ljudem, govori o opravdanosti produbljenijih pravnoistorijskih analiza teksta Zakona, o recepciji vizantijskog prava u Zakonu, o pojedinim grupama krivičnih dela koje Zakon propisuje (protiv imovine, polnog morala, fizičkog integriteta ličnosti, braka i porodice), te o pojedinim osobenim odredbama Zakona (o povredi prava crkvenog azila, o raspodeli ratnog plena i o otkupu slobodnog čoveka zarobljenog u ratu). Četiri priloga sadrže tekst ovog Zakona na srpskom jeziku, odredbe službenog vizantijskog pravnog zbornika Ekloga, koje su doslovno ili uz modifikaciju preuzete u Zakonu, i tekst tri člana Zakona koji nemaju svoje uzore u Eklogi.

---

\*djole@prafak.ni.ac.rs

U opštim izlaganjima autor upoznaje čitaoce sa dosadašnjim naučnim saznanjima o Zakonu, hipotezama i nedoumicama koje ga prate, kao i o odnosu ovog Zakona i vizantijske Ekloge koja je njegovim redaktorima poslužila kao uzor. Zakon je nastao u drugoj polovini IX ili najkasnije početkom X veka, sačuvan je u više prepisa unutar ruskih mešovitih zakonsko-crkvenih rukopisnih zbornika, od kojih je najstariji u Novgorodskoj krmčiji iz 1280. godine. Sadrži pretežno krivično pravo, ali ima i odredbe privatnog i procesnog prava. Protograf Zakona nije sačuvan, ali je njegov originalan sadržaj potpuno rekonstruisan zahvaljujući postojanju brojnih prepisa njegovog teksta. U naučnoj literaturi je sve do sredine XX veka suvereno vladala hipoteza da je Zakon nastao na teritoriji Bugarske kao zvaničan akt zakonodavne vlasti tokom vladavine ili kneza Borisa (posle 865, a najkasnije do 889. godine), ili tokom vladavine njegovog sina Simeona (893–927). Unutar ove hipoteze postoji i varijanta da Zakon jeste iz doba bugarskog kneza Borisa, da je nastao oko godine 885, kada su iz Moravske u Bugarsku pristigli brojni prognani učenici Ćirila i Metodija, ali da nije bio zvaničan akt zakonodavne vlasti, već privatna pravna kompilacija nepoznatog autora. Od sredine XX veka, sve veći kredibilitet stiču hipoteze istoričara prava i filologa slavista da Zakon ima zapadnoslovensko, panonsko poreklo, da je nastao u Moravskoj kneževini tokom vladavine kneza Rastislava u periodu od početka moravske misije solunske braće Konstantina (Ćirila) i Metodija 863. godine do kraja vladavine kneza Rastislava 870. godine, te da njegovi autori verovatno potiču iz redova novokrštenih Slovena i sledbenika slovenskog prosvetitelja Metodija, a da je možda njegov autor i sam Metodije. Najmanje pristalica je pridobila originalna hipoteza S. V. Troickog da je Zakon nastao oko 835. godine u vizantijskoj oblasti Strimon, severoistočno od Soluna (tada pretežno naseljenoj Slovenima), gde je visoku državnu funkciju neko vreme obavljao upravo Metodije koji je i autor ovog Zakona, te da je Zakon važio samo za južnoslovensko pleme Strimonaca sa ove teritorije, a da je protograf Zakona verovatno bio napisan grčkim slovima na slovenskom jeziku, pošto tada ni glagoljica, ni ćirilica još nisu bile uobličene kao slovensko pismo.

Detaljnou analizom odredaba Zakona, autor je utvrdio da od ukupno 32 njegova člana, samo tri člana nemaju svoje uzore u Eklogi: čl. 1 (kažnjavanje vršenja paganskih obreda i polaganja paganskih zakletvi), čl. 2 (da se ne sudi "bez više svedoka") i čl. 7a (o broju i ličnim svojstvima potrebnih svedoka kod svakog suđenja). Od preostalih 29 članova, 10 su takoreći doslovni prevod analognih članova Ekloge, dok je 19 članova Zakona preuzeto iz Ekloge uz modifikaciju. Autor je upravo tim modifikacijama

tokom svojih istraživanja pridao najveći značaj, jer smatra da se upravo preko sadržaja tih modifikacija mogu objasniti, razaznati ili makar naslutiti konkretne istorijske, društvene, ekonomske, političke i verske prilike na prostoru na kojem je nastao Zakon sudnji ljudem. Budući da je reč u svakom slučaju o prostoru jedne rane slovenske države, bilo da je to Bugarska, bilo da je Moravska, ove su modifikacije od neprocenjivog značaja za sagledavanje fenomena nastanke prvog pisanog prava u ranim slovenskim državama uopšte. Sve modifikacije koje su redaktori Zakona izvršili tokom recepcije vizantijskog prava iz Ekloge, autor je klasifikovao u tri grupe: stilsko-jezičke modifikacije (upotreba pojedinih termina približno jednakog značenja onima iz Ekloge, parafraziranje delova teksta Ekloge sopstvenim rečima i drugačiji rečenični sklop u odnosu na tekst Ekloge), kvantitativne modifikacije (skraćivanje ili produžavanje analognog teksta Ekloge bez menjanja njegove suštine) i kvalitativne modifikacije (suštinska promena sadržaja analognog teksta Ekloge).

Uporednom analizom sadržaja analognih članova u jednom i u drugom pravnom zborniku, autor je zapazio i izdvojio tri osnovne tendencije koje su došle do izražaja u postupku recepcije vizantijskog prava uz modifikaciju. Prva tendencija je da su kazne za pojedina krivična dela u Zakonu relativno blaže od onih u analognim članovima Ekloge: umesto surovih vizantijskih kazni telesnog sakaćenja propisanih u Eklogi (odsecanje nosa, odsecanje ruke, oslepljenje), Zakon po pravilu propisuje imovinske kazne ili kaznu prodaje krivca u ropstvo. Druga tendencija je da Zakon za osam krivičnih dela (iz grupe krivičnih dela protiv polnog morala, braka i porodice) uz klasične krivične sankcije propisuje i crkvene epitimije: post od 7 do 15 godina, privremenu zabranu dolaženja na liturgiju, zabranu primanja pričešća. Ova vrsta modifikacija recipiranih pravnih normi preuzetih iz Ekloge delo je samih redaktora Zakona, budući da Ekloga ni u jednoj svojoj odredbi ne propisuje nikakve kazne koje su bile u nadležnosti crkvenog (kanonskog) prava. Usled nepostojanja drugih istorijskih izvora, autor konstatuje da ostaje otvoreno pitanje koje su epitimije u Zakonu propisane kao alternativne, a koje kao kumulativne u odnosu na osnovnu kaznu. Treća tendencija se ogleda u tome da su brojne odredbe Zakona usmerene na očuvanje hrišćanske vere i morala. Zakon propisuje kažnjavanje paganskih obreda, bigamije, odricanja od hrišćanske vere vojnika na vojnom pohodu, krađe crkvenih stvari iz oltara i izvan oltara i pruža jaču pravnu zaštitu instituta crkvenog azila u odnosu na Eklogu, a sve ovo posredno podupire osnovanu hipotezu većine istraživača da je Zakon nastao i važio na nekom prostoru i u

vremenu neposredno posle primanja hrišćanstva, gde su ostaci paganskih verovanja, običaja i morala još uvek bili veoma živi.

Mada se autor u najvećem delu svojih istraživanja bavio izuzetno složenim pitanjem recepcije vizantijskog prava u prvom slovenskom pravnom zborniku, što je podrazumevalo primenu ne samo uporednopravnih i pravnoistorijskih metoda, već i ozbiljnu i tešku tekstološku analizu i transliteraciju staroslovenskog teksta Zakona, monografija je ipak napisana veoma jasnim i preglednim stilom. Uz autorovu monografiju *Drevnorusko slovensko pravo* (Beograd, 2000), koja u prilogu sadrži prvi i jedini integralni prevod na srpski jezik kratke i šire redakcije drevnoruskog pravnog zbornika *Ruska pravda*, monografija *Zakon sudnji ljudem – najstariji slovenski pravni zbornik*, koja u prilogu sadrži prvi i jedini integralni prevod na srpski jezik najstarijeg slovenskog pravnog zbornika, predstavlja drugi kamen temeljac položen u zdanje srpske pravnoistorijske nauke i njenog bitnog segmenta koji se bavi istorijom slovenskih prava.

# III RADOVI STUDENATA DOKTORSKIH STUDIJA

---

---



## **ZAŠTITA PRAVA NA PRIVATNOST KAO DRUŠTVENI IMPERATIV DIGITALNOG DOBA KOLIKO SMO RANJIVI?**

**Apstrakt:** U radu se sagledavaju načini ugrožavanja privatnosti pojedinaca u digitalnom svetu sa fokusom na krivičnopravnu zaštitu koju pruža postojeći međunarodni i nacionalni pravni okvir i praksa Evropskog suda za ljudska prava u ovoj oblasti. Značaj sprovođenja ovakvog istraživanja je veliki, s obzirom na to da živimo u svetu elektronskih komunikacija u kojem niko nije anoniman. Razvoj informaciono-komunikacionih tehnologija, pored brojnih prednosti, doneo je i brojne izazove u svim sferama modernog života. Od kako je internet postao globalni forum, pojedinci postaju meta brojnih uvreda, kleveta i pretnji i o njima se objavljuju informacije, ili mediji za koje oni nisu dali saglasnost. Praksa pokazuje da je efektivno suzbijanje i kontrola nezakonitog ponašanja na internetu, te kažnjavanje učinilaca, na embrionalnom nivou. Kako bi se pružila adekvatna zaštita oštećenima krivičnim delima kojima se direktno ugrožava njihova privatnost u digitalnom svetu, neophodno je kreirati nove modele i pristupe u rešavanju ovog problema.

**Ključne reči:** privatnost, lični podaci, elektronska komunikacija, internet, visokotehnološki kriminal, informaciona bezbednost.

### **1. Uvod**

Moderne digitalne tehnologije postale su nezaobilazan činilac u svim sferama društva. Razvojem informacionih sistema dolazi do transformacije tradicionalnog društva u informatičko društvo, vršeći veliki uticaj na način na koji je društvo organizovano, na ekonomske i društvene odnose, na odnose pojedinaca i način njihove

\* tijana.levakov.vermezovic@gmail.com

komunikacije. Milijarde korisnika interneta putem popularnih društvenih mreža, servisa za slanje i primanje elektronske pošte, aplikacija i programa za slanje tekstualnih, video i grafičkih poruka i drugih aktivnosti na računarima i „smart“ telefonima<sup>1</sup> čine dostupnim neslućeno mnogo informacija i elektronskih podataka o sebi, što može biti zloupotrebjeno u kriminalne ili druge svrhe, a kolateralna šteta je upravo privatnost pojedinca. Razlozi za maliciozno korišćenje računara mogu biti brojni, kao na primer pribavljanje protivpravne imovinske koristi, vređanje, uznemiravanje, osvetoljubivost, dokazivanje, šala, vršenje terorizma, izazivanje panike i nereda ili prosto modus operandi za izvršenje nekog drugog krivičnog dela.

Sam koncept privatnosti nije precizno definisan i u sebi obuhvata čitav niz veoma važnih društvenih vrednosti i to pravo na slobodu misli i duha, pravo čoveka da živi na način na koji želi, pravo da ima kontrolu nad sopstvenim telom i ličnim podacima o sebi, slobodu od neovlašćenog video-nadzora, fotografisanja i praćenja komunikacija, pravo na intimu porodičnog života i doma, pravo na dostojanstvo, ugled i čast i pravo na uspostavljanje i negovanje odnosa sa drugim ljudima, naročito u emocionalnoj sferi, radi razvijanja i zadovoljenja sopstvene ličnosti (Paunović, Krivokapić, Krstić, 2014: 181). Jednu od ranijih definicija ovog prava formulisala je američka jurisprudencija krajem XIX veka kao pravo da se bude ostavljen na miru – eng. *right to be left alone* (Prlja, Reljanović, Ivanović, 2012: 95). Način na koji određujemo sam okvir privatnosti suštinski utiče i na to kako oblikujemo zakonska rešenja pojedinih problema. To je od izuzetnog značaja za informatičko doba koje nas suočava sa brojnim veoma složenim problemima privatnosti i izaziva velike poremećaje u sistemu društvenih vrednosti (Solove, 2002: 1088).

Veoma brz razvoj informacionih sistema postavio je veliki izazov pred zakonodavne, upravne i druge državne organe, kao i pred celu međunarodnu zajednicu, da pravnim propisima regulišu ovu oblast. „Rešavanje pitanja privatnosti i bezbednosti u elektronskim komunikacijama zahteva sveobuhvatan pristup, uključivanje širokog kruga zainteresovanih i usaglašavanje mnogih, često različitih potreba i interesa”. (Slijepčević, 2016: 41)

Razlikuju se krivična dela u kojima se računari pojavljuju kao sredstvo izvršenja i kao objekat izvršenja, a zatim i krivična dela u čijem se načinu izvršenja pojavljuju elementi nezakonitog korišćenja interneta.

---

1 Sprava koja u sebi obuhvata mobilni telefon i ručni računar.



U ovom radu će fokus biti na pravnoj zaštiti koja se pruža pojedincima oštećenim krivičnim delima kojima se značajno ugrožava njihovo pravo na privatnost u digitalnom svetu, a čiji osnovni oblici se u skladu sa Krivičnim zakonikom Republike Srbije<sup>2</sup> gone po privatnoj tužbi, što stvara velike probleme u pružanju zaštite osnovnim pravima i slobodama građana. Rad će ukratko ukazati i na određene radnje koje u našem krivičnom pravu nisu propisane kao kažnjive radnje, a značajno zadiru u sferu privatnosti pojedinaca, kao što su u hođenje i krađa identiteta do momenta dok se ne izvrši neko drugo propisano krivično delo.

## 2. Načini ugrožavanja privatnosti

Veoma su brojni načini ugrožavanja privatnosti pojedinaca putem interneta. Najozbiljniji oblici su kvalifikovani kao krivična dela, dok za druge može da se traži naknada štete u parničnom postupku. Međutim, posledice nezakonitog korišćenja interneta mogu za pojedince biti veoma ozbiljne i manifestovati se u društvenoj osudi, gubitku poštovanja, prijatelja, partnera, posla, nemogućnosti da se zasnije radni odnos, diskriminaciji na poslu, osećaju srama i straha, uhođenju, uznemiravanju, fizičkom i psihičkom zlostavljanju, narušavanju zdravlja, a u najtežim slučajevima mogu da dovedu i do pokušaja samoubistva, posebno kod mlađih osoba ili emotivno nestabilnih ličnosti.

Najčešći način ugrožavanja privatnosti putem interneta je upravo uvreda<sup>3</sup>, koja je krivično delo protiv časti i ugleda, odnosno ljudskog dostojanstva. Radnja se sastoji u izjavi kojom se omalovažava drugo lice u vidu psovke, pogrđnih i vulgarnih izraza ili negativnog vrednosnog suda (Stojanović, 2009: 424). Posledice po pojedinca mogu biti velike jer takvu izjavu putem interneta saznaje veliki broj ljudi.

Iznošenjem ličnih i porodičnih prilika koje su takve prirode da je u interesu porodice ne budu poznate drugim ljudima, a odnose se na određena lična svojstva, karakterne crte, navike, stil života, porodične odnose, seksualnu orijentaciju i bolesti, može se naneti velika šteta časti ili ugledu pojedinca i takođe je kažnjivo u zakonodavstvu Republike Srbije (Stojanović, 2009: 431).<sup>4</sup>

---

2 Krivični zakonik, *Sl. glasnik RS*, br. 85/05, 88/05 – ispr., 107/05 – ispr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 i 108/14, u daljem tekstu KZ.

3 Čl. 170 KZ, propisano kao krivično delo uvreda.

4 Čl. 172 KZ, propisano kao krivično delo iznošenje ličnih i porodičnih prilika nekog lica.

Zabranjeno je i neovlašćeno, bez znanja i pristanka ovlašćenog lica, otvaranje i saznavanje sadržine elektronske pošte ili poruke i saopštavanje drugom ili služenje sadržinom koja je saznata na taj način<sup>5</sup>. Poruke na telefonima i elektronska pošta su veoma ranjivi na neovlašćene pristupe većih korisnika računara i mogu biti hakovane<sup>6</sup>. Veoma popularan u današnje vreme, a putem mobilnih telefona ili programa za dopisivanje, postao je „sexting”, odnosno razmenjivanje intimnih poruka seksualnog sadržaja. Neovlašćen pristup bilo kog lica ovim porukama je veoma invazivan za slobodu komunikacije.

Privatnost značajno može da se ugrozi i neovlašćenim prisluškivanjem i snimanjem koje se vrši posebnim uređajima, narušavajući na taj način pre svega slobodu nesmetanog izražavanja.<sup>7</sup> Najčešće se prisluškuju mobilni telefoni.

Objavljivanjem neovlašćeno pribavljenog, ili ovlašćeno pribavljenog ali bez saglasnosti objavljenog ili prikazanog, fotografskog, filmskog, video ili drugog snimka lica na kojeg se snimak odnosi može osetno da se zadre u lični život.<sup>8</sup> Osetno zadiranje u privatni život bi svakako bilo snimanje nagih lica ili nečijih seksualnih aktivnosti, što sud ceni u svakom pojedinačnom slučaju, dok u drugim situacijama lice koje smatra da mu je na taj način ugrožena privatnost može da traži zaštitu u parničnom postupku (Stojanović, 2009: 395). Modernim tehnologijama se pružaju neslućene mogućnosti zadiranja u privatni život pojedinca na ovaj način, jer se putem interneta ovakve fotografije i video-zapisi mogu u činiti dostupnim milionima korisnika. Svi zapisi koji se prave putem modernih fotoaparata, veb kamere, a najčešće putem „smart“ telefona dostupni su u informatičkom svetu, i često se neovlašćeno distribuiraju.<sup>9</sup> Čak se javljaju i osvetnički anonimni

---

5 Čl. 142 KZ, propisano kao krivično delo povreda tajnosti pisma i drugih pošiljki.

6 Hakovati – nezakonito i bez autorizacije pristupiti kompjuterskoj datoteci ili mreži (The Free Dictionary by Farlex, Retrieved 7, July 2016 from <http://www.thefreedictionary.com/hack>)

7 Čl. 143 KZ, propisano kao krivično delo neovlašćeno prisluškivanje i snimanje.

8 Čl.144–145 KZ, propisano kao neovlašćeno fotografisanje i neovlašćeno objavljivanje i prikazivanje tuđeg spisa, portreta i snimka.

9 U istraživanju koje je sproveda Holi Jakobs, uočeno je da je preko 53,3% heteroseksualnih parova delilo intimnu fotografiju opscenog sadržaja sa drugom osobom, a LGBT populacija 74,8% (Bambauer 2014: 2027). Holi Jakobs je bila žrtva osvetničke pornografije i sada vodi kampanju za kriminalizaciju osvetničke pornografije i smatra je vrstom seksualnog zlostavljanja. V. Cyber Civil Rights Initiative, visited 9, November 2016: <https://www.cybercivilrights.org/>.

pornografski sajtovi, sa velikim brojem neovlašćeno postavljenih intimnih fotografija i video-zapisa uglavnom žena, najčešće od strane povređenih bivših partnera<sup>10</sup>. Ovi sajtovi su nezakoniti i uklanjaju se, ali je šteta za mnoge tada već nenadoknadiva. Potrebno je raditi na prevenciji i na edukaciji korisnika o načinima zaštite njihovih elektronskih datoteka i ne praviti medije intimnog sadržaja, ali i tražiti nove modele za efikasniju zaštitu. Veliki je broj zemalja<sup>11</sup> koje su kriminalizovale osvetničku pornografiju tako što su propisale da krivično delo predstavlja svako kopiranje, reprodukovanje, deljenje ili izlaganje seksualnih eksplicitnih slika ili videa putem interneta bez pisane saglasnosti osobe na zapisu.

Neovlašćeno pribavljanje, saopštavanje drugom ili upotrebljavanje u svrhu za koju nisu namenjeni podataka o ličnosti koji se prikupljaju, obrađuju i koriste na osnovu Zakona o zaštiti podataka o ličnosti protivno je Krivičnom zakonu Republike Srbije.<sup>12</sup> Lični podaci su veoma osetljive prirode i lako se mogu zloupotrebiti i koristiti za izvršenje drugog krivičnog dela. Danas veliki broj pravnih lica putem svojih internet sajtova i aplikacija na telefonima pribavlja i obrađuje razne lične podatke, često i bez saglasnosti korisnika, a građani nisu upoznati sa rizikom koji nosi odavanje ovakvih podataka.

U pravnom sistemu Republike Srbije sajber uhođenje i krađa identiteta nisu propisani kao samostalna krivična dela. Uhođenje ili proganjanje bi predstavljalo kontinuirano praćenje i uznemiravanje druge osobe. Prema Evropskoj komisiji, uhođenje bi trebalo da bude uključeno u Krivični zakonik Evropske unije.<sup>13</sup> Uhođenje je veoma društveno opasno delo, koje narušava osnovna prava na slobodu kretanja, komunikacije, vodi psihičkom zlostavljanju i osećaju straha, a može dovesti i do silovanja

---

10 Prvi takav veb sajt je bio „IsAnyoneUp?“, a osnivač je bio Hanter Mur. Sajt je ugašen u aprilu 2012. godine.

11 34 zemlje Sjedinjenih Američkih Država, Filipini, Izrael, Australija, Kanada (Revenge Porn. *Wikipedia*, visited 6 July 2016. [https://en.wikipedia.org/wiki/Revenge\\_porn](https://en.wikipedia.org/wiki/Revenge_porn))

12 Čl. 146 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti, *Sl. glasnik RS*, br. 97/08,104/09 – dr. zakon, 68/12 – odluka US i 107/12, krivično delo neovlašćeno prikupljanje ličnih podataka

13 Engleska i Vels, Belgija, Holandija, Nemačka, Malta, Irska, Austrija, Italija, Škotska su propisale uhođenje kao krivično delo (EU Commission Stalking document. Retrieved 4, July 2016 from: [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0053/contributions/organisations/Unregistered/net\\_for\\_surviving\\_stalking\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0053/contributions/organisations/Unregistered/net_for_surviving_stalking_en.pdf)).

i ubistva.<sup>14</sup> Sajber u hođenje je samo sofisticirani oblik u hođenja uz pomoć informacione tehnologije. Predlog Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika od 9. 11. 2016. godine predviđa članom 10 uvođenje novog člana 138a u Krivični zakonik koji bi propisivao krivično delo proganjanje. Isti Predlog članom 15 predviđa i uvođenje krivičnog dela polno zlostavljanje kroz uvođenje novog člana 182a u Krivični zakonik. Ovim delima pružiće se dodatna zaštita pojedincima od malicioznih ponašanja putem interneta i goniće se po službenoj dužnosti. Međutim, ostaje da se vidi kakav odgovor će dati sudska praksa usled svih teškoća u njihovom dokazivanju u slučajevima radnje izvršenja dela putem interneta, kao i u razgraničenju od nekih drugih gore pomenutih krivičnih dela. Krađa identiteta je još jedan oblik ponašanja koji može biti sredstvo izvršenja brojnih drugih krivičnih dela kao što su prevara, falsifikovanje i dr. Sastoji se uglavnom od neovlašćenog pribavljanja ili korišćenja informacija o identitetu drugog lica.<sup>15</sup> Ovo može podrazumevati i pribavljanje identifikacionih podataka kao što su ime, datum rođenja, adresa stanovanja i slično druge osobe, bez njegovog znanja i odobrenja, a najlakše se izvršava upravo putem računara.<sup>16</sup> Veoma je često korišćenje lažnih nepostojećih identiteta na internetu ili neovlašćeno pravljenje tuđeg profila.

### 3. Međunarodnopravna zaštita prava na privatnost

Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života garantovano je brojnim međunarodnim pravnim instrumentima usvojenim pod okriljem Ujedinjenih nacija. Član 12 Univerzalne deklaracije<sup>17</sup> propisuje da niko ne sme biti izložen proizvoljnom mešanju u njegovu privatnost, porodicu, dom ili prepisku, niti napadima na čast ili ugled. Svako ima pravo na

---

14 U Ujedinjenom kraljevstvu 1,2 miliona žena i 900.000 muškaraca se u hodi svake godine (EU Commission Stalking document, Retrieved 4, July 2016 from: [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0053/contributions/organisations/Unregistered\\_net\\_for\\_surviving\\_stalking\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0053/contributions/organisations/Unregistered_net_for_surviving_stalking_en.pdf))

15 Council of Europe, *T-CY Guidance Note #4 identity Theft and phishing in relation to fraud*, Retrieved 10, July 2016 from [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/TCY%202013/T-CY\\_2013\\_8E\\_guidanceNote4\\_id%20theft\\_V8.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/TCY%202013/T-CY_2013_8E_guidanceNote4_id%20theft_V8.pdf)

16 Zanimljiv je podatak da društvena mreža „Facebook” broji preko milijardu korisnika koji pružaju veliku količinu informacija o sebi i to 90,8% profila sadrži sliku korisnika, 87,8% objavljuje svoj datum rođenja, 39,9% ima postavljen broj telefona, 50,8% navodi mesto prebivališta, 62,9% postavlja u kom su ličnom statusu. (Gross, Acquisti, 2005: 5)

17 Univerzalna deklaracija, usvojena i proglašena Rezolucijom Generalne skupštine br. 217 (III) od 10. 12. 1948.

zaštitu zakona protiv ovakvog mešanja ili napada. Na univerzalnom nivou pod okriljem Ujedinjenih nacija nije doneta Konvencija koja se bavi pitanjima visokotehnološkog kriminala.

Za našu zemlju veoma su značajni regionalni instrumenti usvojeni od strane Saveta Evrope. Najznačajnije mesto zauzima Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda<sup>18</sup> (u daljem tekstu Evropska konvencija), kojom se u članu 8, st. 1 garantuje svakome pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske. Kako je fokus ovog rada na zaštiti prava na privatnost putem informacionih sistema, od velikog značaja je i Konvencija o visokotehnološkom kriminalu koja je usvojena u Budimpešti 23. 11. 2001. godine<sup>19</sup> jer je u njoj prepoznata neophodnost zajedničke kaznene politike u svrhu zaštite društva od sajberkriminala i ima za cilj sprečavanje dela usmerenih protiv poverljivosti, integriteta i dostupnosti kompjuterskih sistema, mreža i kompjuterskih podataka, kao i sprečavanje zloupotrebe tih sistema, mreža i podataka. Ono što je od posebnog značaja za zaštitu privatnosti pojedinaca je da se obim proceduralnih odredaba Konvencije<sup>20</sup> odnosi na bilo koje krivično delo počinjeno putem kompjuterskih sistema. Član 18 Konvencije ovlašćuje nadležne organe da naredi svakom licu na teritoriji članice da preda određene računarske podatke koje poseduje, odnosno koji su pod njegovom kontrolom, kao i da naredi pružaocu usluge da preda podatke o svom pretplatniku. Podaci o pretplatniku/ korisniku neke elektronske usluge su potrebni da bi se identifikovale usluge i za nju vezane tehničke mere koje su korišćene ili se koriste o strane korisnika, a radi utvrđivanja identiteta osobe o kojoj se radi<sup>21</sup>.

Smernice za saradnju između policije i pružaoca internet usluga na suzbijanju visokotehnološkog kriminala donete na globalnoj konferenciji u okviru Saveta Evrope predlažu uspostavljanje formalnog partnerstva između njih.<sup>22</sup>

---

18 Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Sl. list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/03, 5/05 i 7/05 – ispr. i *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/10.

19 Zakon o potvrđivanju Konvencije o visokotehnološkom kriminalu, *Sl. glasnik RS*, br. 19/09.

20 *Idem*, čl. 14–21.

21 Para. 178 Council of Europe, *Explanatory Report to the Convention on Cybercrime (ETS No. 185)*, Retrieved 4, July 2016 from <https://ccdcoe.org/sites/default/files/documents/CoE-011123-ExplanatoryReportToTheConventionOnCybercrime.pdf>

22 Para. 8 i 13 Council of Europe, *Guidelines for the cooperation between law enforcement and internet service providers against cybercrime* (2008) retrieved 11, November 2016 <https://>

Komparativnom analizom se uočava da se pravu na privatnost pruža univerzalna zaštita, ali da o mehanizmima te zaštite koja se pruža u okviru informacionih tehnologija još uvek ne postoji saglasnost na univerzalnom nivou. Naglasak je na preventivnoj zaštiti i na međunarodnoj saradnji za izvršenje ozbiljnijih krivičnih dela izvršenih upotrebom računara, ali se još uvek nisu iznašli modeli zaštite privatnosti pojedinca na svakodnevnom nivou, niti jasni mehanizmi prikupljanja dokaza, s obzirom na inostrane elemente ovih dela.

#### 4. Praksa Evropskog suda za ljudska prava

Postoji bogata praksa Evropskog suda za ljudska prava u vezi sa ugrožavanjem privatnosti pojedinaca u vezi člana 8 EKLJP, međutim, ista nije toliko obimna kada se radi o ugrožavanju privatnosti pojedinaca putem interneta.<sup>23</sup> Najpoznatiji takav slučaj je K.U. protiv Finske<sup>24</sup> koji govori o dvanaestogodišnjem dečaku koji je postao meta brojnih pedofila zbog postavljanja oglasa seksualne prirode o njemu na internet sajtu za upoznavanje od strane nepoznatog učinioca. Otac dečaka nije bio u mogućnosti da pokrene postupak ni protiv koga jer je u to vreme u Finskoj regulativa bila takva da nije dozvoljavala policiji niti sudovima da zahtevaju od pružaoca usluga interneta da identifikuju osobu koja je postavila oglas. Sud je utvrdio da određena dela zahtevaju krivične sankcije i ustanovio da država nije uspela da ispuni pozitivnu obavezu da pruži zaštitu fizičkom i psihičkom integritetu deteta, dajući prednost zaštiti anonimnosti na internetu.<sup>25</sup> Sud je takođe ustanovio da je koncept fizičkog i mentalnog integriteta zaštićen kao aspekt privatnog života pod članom 8 EKLJP, kao i da anonimnost i poverenje na internetu ne sme navesti države da odbiju da pruže zaštitu pravima potencijalnih žrtava, pogotovo kada su u pitanju ranjive grupe.<sup>26</sup> Država je u obavezi da usvoji mere koje će obezbediti poštovanje privatnog života u sferi međusobnih odnosa pojedinaca, odnosno da obezbedi efikasnu krivično-pravnu regulativu (sprovodi efikasnu krivičnu

---

rm.coe.int/CoERMPublicCommon SearchServices /DisplayDCTMContent?documentId=09000016802fa3ba

23 V. Case-law of the European Court of Human Rights. Retrieved 2, July 2016 from: [http://www.echr.coe.int/Documents/Research\\_report\\_internet\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_internet_ENG.pdf). 47–57.

24 K.U. v. Finland [2009], ECHR, 6–14.

25 *Idem*, para. 48.

26 *Idem*, para. 43, 46.

istragu) i da kriminalizuje ovakvu vrstu ponašanja.<sup>27</sup> Sud je prihvatio da u svetlu raznih poteškoća sa kojima se suočava moderno društvo, pozitivne obaveze države moraju biti interpretirane na način da ne nametnu nemoguće ili disproporcionalni teret na vlasti ili u ovom slučaju na zakonodavca.<sup>28</sup>

Generalni principi ESLJP-a koji se tiču slobode izražavanja na internetu i odnosu sa drugim slobodama pojedinca najbolje se vide u presudi Delfi AS protiv Estonije.<sup>29</sup> Slučaj se ticao odgovornosti portala za vesti i komentare pojedinaca, koji je u konkretnom slučaju bio uvredljive i vulgarne sadržine, sadržao je pretnje i vređao ljudsko dostojanstvo. U paragrafu 110 Sud je zapazio da internet pruža platformu za slobodu izražavanja, koja je zagarantovana Konvencijom, ali klevete i druge vrste očigledno nezakonitog govora, uključujući i govor mržnje i govor koji podstiče nasilje, mogu biti neverovatnom brzinom prošireni i mogu, ponekad, trajno ostati u internet svetu. Zbog toga se mora iznaći ravnoteža između dva zaštićena prava proklamovana članom 8 (zaštita privatnog života) i članom 10 (prava na slobodu izražavanja) Konvencije. Mora postojati odgovornost za klevete i druge vrste nezakonitih izjava, te se uspostaviti efektivno pravno sredstvo za kršenje ličnih prava.<sup>30</sup>

Veliki broj odluka Suda se odnosi na zaštitu ličnih podataka.<sup>31</sup> Tako je Sud u slučaju Mitkus protiv Latvije<sup>32</sup>, u kom se podnosilac predstavke žalio da je novinski članak obelodanio informaciju da je zaražen HIV-om i objavio njegovu sliku, i u slučaju Alkaya protiv Turske<sup>33</sup>, u kojem je štampa objavila adresu stanovanja poznate ličnosti, našao provredu člana 8 EKLJP, odnosno da je došlo do povrede prava na privatni život, kao i u drugim slučajevima.

---

27 *Idem*, para. 46.

28 *Idem*, para. 48.

29 Case Delfi AS v. Estonia [2015], ECHR, para. 10–32.

30 *Idem*, para 110.

31 V. European Court of Human Rights, *Personal Data Protection*. Retrieved 5, July 2016. from [http://echr.coe.int/Documents/FS\\_Data\\_ENG.pdf](http://echr.coe.int/Documents/FS_Data_ENG.pdf)

32 Mitkus v. Lat via [2012], ECHR, para. 4–48.

33 Alkaya v. Turkey [2012], ECHR, para. 5–12.

Takođe, veliki broj odluka Suda<sup>34</sup> odnosi se i na zaštitu privatnog života, pre svega ličnog portreta u kojima je Sud ustanovio povredu člana 8 EKLJP<sup>35</sup>.

Iako ove odluke nisu u direktnoj vezi sa korišćenjem interneta, iste bi se analogno mogle primeniti i na takve situacije, pre svega imajući u vidu da danas objavljivanje nečije slike ili ličnih podataka u vestima ili u novinama znači i objavljivanje na internetu, odnosno u elektronskoj verziji, a da su izvor informacija medijima često upravo druga fizička lica.

## 5. Pravna regulativa u Republici Srbiji

Pravo na privatnost je u našoj zemlji zagarantovano najvišim pravnim aktom Ustavom Republike Srbije, na taj način što se proklamuje neprikosnoveno pravo na ljudsko dostojanstvo, pravo na slobodan razvoj ličnosti, nepovredivost tajnosti pisama i drugih sredstava komuniciranja, zaštita podataka o ličnosti i dr.<sup>36</sup>

Od značaja za zaštitu privatnosti putem informacionih tehnologija je svakako Zakon o elektronskim komunikacijama<sup>37</sup>, kojim se uređuju između ostalog uslovi i način za obavljanje delatnosti u oblasti elektronskih komunikacija, nadležnosti državnih organa u oblasti elektronskih komunikacija, zaštita prava korisnika i pretplatnika, bezbednost i integritet elektronskih komunikacionih mreža i usluga, tajnost elektronskih komunikacija, zakonito presretanje i zadržavanje podataka i dr.<sup>38</sup> Međusobna prava i obaveze operatora i korisnika uređuju se ugovorom u pisanoj formi koji pored drugih obaveznih elemenata sadrži i odredbe o postupanju sa podacima o ličnosti. Presretanje elektronskih komunikacija kojim se otkriva sadržaj komunikacije, kao i pristup zadržanim podacima nisu dopušteni bez pristanka korisnika, osim na određeno vreme i na osnovu odluke suda, ako je to neophodno radi vođenja krivičnog postupka ili zaštite bezbednosti Republike Srbije, na način

---

34 Case Von Hannover v. Germany [2004], ECHR, para. 11–20; Case Peck v. the United Kingdom [2003], ECHR, para. 8–34.

35 European Court of Human Rights, *Right to the Protection of One's Image*, Retrieved 5, July 2016. from [http://echr.coe.int/Documents/FS\\_Own\\_image\\_ENG.pdf](http://echr.coe.int/Documents/FS_Own_image_ENG.pdf)

36 Čl. 23, 41 i 42 Ustava Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 98/06.

37 Zakon o elektronskim komunikacijama, *Sl. glasnik RS*, br. 44/10, 60/13 – odluka US i 62/14.

38 *Idem*, čl. 3.



predviđen zakonom.<sup>39</sup> Operater je dužan da zadržane podatke čuva 12 meseci od dana obavljene komunikacije i to u izvornom obliku.<sup>40</sup>

Postupak u kojem se pruža zaštita pojedincima u situacijama kada im je povređeno neko od prava privatnosti krivičnim delom regulisano je Zakonikom o krivičnom postupku<sup>41</sup> i Zakonom o policiji<sup>42</sup>. Kako se osnovni oblici gore pomenutih krivičnih dela gone po privatnoj tužbi, javni tužilac neće postupati po krivičnim prijavama za ova dela, odnosno iste će odbacivati. Da bi se pokrenuo postupak po privatnoj tužbi, potrebno je da postoje određeni dokazi koji bi ukazivali da postoji opravdana sumnja da je određeno lice učinilo krivično delo. Oštećeni kao tužilac nema prava koja pripadaju javnom tužiocu kao državnom organu, te on ne može računati na pomoć državnih organa u prikupljanju dokaza<sup>43</sup>. Oštećeni kao tužilac ima pravo da angažuje advokata da ga zastupa, ali su njegove usluge skupe. Advokat ima prava da od državnih organa, ustanova, preduzeća i drugih organizacija traži i blagovremeno dobije informacije, spise i dokaze koji su u njihovom posedu ili pod njihovom kontrolom, ali to pravo je znatno uže od onih kojima raspolaže javni tužilac<sup>44</sup> i nije obavezujuće (Ilić, Majić, Beljanski, Trešnjev, 2016: 215). Privatna tužba se podnosi u roku od tri meseca od dana kada je oštećeni saznao za krivično delo i osumnjičenog<sup>45</sup>. Ovaj rok se ne podudara sa rokom zastare krivičnog gonjenja, koji je veoma kratak za krivična dela koja su u fokusu ovog rada, s obzirom na to da se isti računa prema visini i vrsti kazne koje su propisane za ista, a koje su niske.<sup>46</sup> Navedeno ukazuje da je za privatnog tužioca, u situaciji kada su predmetna krivična dela izvršena korišćenjem informacionih tehnologija, pogotovo u situacijama kada je nepoznat počinitelj dela, često praktično nemoguće da blagovremeno pokrene postupak, identifikuje učinioca i obezbedi dokaze za vođenje krivičnog postupka, a kasnije isti i da sprovede.

---

39 *Idem*, čl. 126.

40 *Idem*, čl. 128.

41 Zakonik o krivičnom postupku, *Sl. glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014, u daljem tekstu ZKP.

42 Zakon o policiji, *Sl. glasnik RS*, br. 6/2016.

43 Član 19 ZKP i čl. 9 Zakona o javnom tužilaštvu, *Sl. glasnik RS*, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011 – dr. zakon, 101/2011, 38/2012 – odluka US, 121/2012, 101/2013, 111/2014 – odluka US, 117/2014 i 106/2015.

44 Čl. 36 Zakona o advokaturi, *Sl. glasnik RS*, br. 31/2011 i 24/2012 – odluka US.

45 Čl. 65 ZKP.

46 Čl. 103, st. 1, t. 6 i 7 KZ.

Građanin kojem je ugroženo neko od ličnih ili imovinskih prava može da se obrati policiji radi zaštite tog prava, ako u konkretnom slučaju nije obezbeđena druga pravna zaštita i ako je ugrožavanje tog prava u vezi sa njegovom ličnom i imovinskom bezbednošću.<sup>47</sup> Međutim, imajući u vidu ograničenost kapaciteta policijskih organa, oni neće pružati pomoć oštećenima za dela koja se gone po privatnoj tužbi, s obzirom na to da Zakon o policiji govori o mogućnosti, ne o obavezi.<sup>48</sup> Čak i ukoliko bi se došlo do podatka ko je vlasnik internet protokol adrese, pa zatim i fizičke adrese sa koje je izvršena nezakonita radnja, potrebno bi bilo prikupiti obaveštenja od svih korisnika računara sa te adrese i obezbediti elektronske i druge dokaze koji ukazuju na određenog učinioca. Za svako od ovih dela bi bila potrebna velika operativna pomoć policije.

Veliki problem predstavlja i slabo poznavanje informacionih tehnologija privatnih lica, istražnih organa i suda. Da bi mogli dokazi da se koriste u elektronskom obliku, neophodno je obezbediti njihov integritet, odnosno očuvati izvorni sadržaj i kompletnost podatka, kako bi se sprečile različite zloupotrebe. Takođe, podaci moraju da budu dostupni i upotrebljivi na zahtev ovlašćenih lica onda kada su im potrebni u svrhu sudskog postupka. Mora im se obezbediti autentičnost, odnosno mogućnost da se proverí i potvrdi da je podatke stvorio ili poslao onaj za koga se tvrdi da je tu radnju izvršio, kao i neporecivost, odnosno sposobnost dokazivanja da se dogodila određena radnja ili da je nastupio određeni događaj.<sup>49</sup>

Veliki izazov u vezi krivičnih dela upotrebom informacione tehnologije je upravo međunarodni karakter istih, s obzirom na to da se sedišta firmi koje su vlasnici veb servera ili pružaoci internet usluga koji mogu da pruže podatke o počinocu često nalaze u inostranstvu<sup>50</sup>,

---

47 Čl. 30 i 35 Zakona o policiji, *Sl. glasnik RS*, br. 6/2016.

48 Prema rečima zamenika načelnika Odeljenja za borbu protiv visokotehnološkog kriminala Dragana Jovanovića, u Odeljenje za borbu protiv visokotehnološkog kriminala gotovo svakog dana dođe dvoje ili troje građana da se požale kako im je neko nešto napisao na Fejsbuk profilu, uvredio ih, nazivao njih ili njima bližnje pogrđnim imenima, stavljao neprimerene fotografije i slično, ali da „Policija na žalost time ne može da se bavi“, te da, kada bi policajci reagovali na svaku zloupotrebu i prijavljivali je Fejsbuku, bilo bi ih verovatno više stotina hiljada dnevno, a FBI bi po ceo dan samo izdavao podatke o korisnicima Fejsbuka. Izvor: Magazin Vreme br.1009, *Mračna strana Fejsbuka*, Preuzeto 6. maja 2010. sa <http://www.vreme.com/cms/view.php?id=929661>.

49 Čl. 2, st. 1, t. 5–8 Zakona o informacionoj bezbednosti, *Sl. glasnik RS*, br. 6/2016.

50 Sedišta većine pravnih lica koje su vlasnici najpopularnijih društvenih mreža i veb sajtova kao što su „Facebook“, „Instagram“, „Twitter“, „Gmail“ su u Sjedinjenim američkim državama

zbog čega je neophodno tražiti međunarodnopravnu pomoć, koja predstavlja dugotrajan i skup postupak. Otežavajuću okolnost predstavlja i činjenica da se propisi o zaštiti privatnosti razlikuju, te je za sada nemoguće takvu pomoć dobiti osim u slučajevima teških krivičnih dela. (V. Prlja, Reljanović, Ivanović, 2012: 95–104)

Privatnost se može štiti i u parničnom postupku u skladu sa Zakonom o parničnom postupku<sup>51</sup>, ali problemi u dokazivanju osnovanosti tužbenog zahteva su isti kao u krivičnom postupku.

Imajući u vidu sve navedeno, može se konstatovati da je Republika Srbija prihvatila najveće međunarodne standarde u predmetnoj oblasti. Međutim, analizirajući presudu Evropskog suda za ljudska prava K.U. protiv Finske, uočava se pravna praznina, odnosno čitava jedna oblast u kojoj su, iako zagarantovana, prava pojedinca veoma ugrožena.

## 6. Zaključak

Na osnovu svega iznetog u radu, potvrđuje se hipoteza rada da zaštita koja se pruža pojedincima u pogledu njihovih prava na privatnost kada su ista ugrožena putem informacionih tehnologija nije u potpunosti efikasna i da je potrebno iznaći nove modele kako bi se ova prava zaštitila.

Predmetni rad ukazuje na ozbiljnost svake zloupotrebe koja se vrši na internetu, putem računarskih sistema. Imajući u vidu težinu posledice na privatna lica, stepen ugrožavanja njihove privatne sfere, neophodno je izvršiti izmene i dopune Zakonika o krivičnom postupku na taj način što će se propisati da je policija dužna da, ukoliko su krivična dela za koja se postupak vodi po privatnoj tužbi izvršena putem informaciono- komunikacionih sistema, asistira u pomoći identifikovanja učinioca na zahtev oštećenih, kao i u prikupljanju i obezbeđenju tako pribavljenih dokaza u elektronskom obliku. Ukoliko bi policija smatrala da nema elemenata krivičnog dela, mogla bi pismeno odbiti da postupi po takvom nalogu oštećenog / privatnog tužioca, ali na to rešenje bi isti morali da imaju pravo na prigovor Osnovnom javnom tužilaštvu, koje bi, ukoliko usvoji prigovor, moglo da naredi policiji da pribavi traženu informaciju, odnosno da postupi po nalogu oštećenog. Takođe, sudije bi prilikom odmeravanja kazne za ova krivična dela kao otežavajuću okolnost morale da cene činjenicu da su ista izvršena putem interneta/

---

51 Zakon o parničnom postupku, *Sl. glasnik RS*, br. 72/11, 49/13 – odluka US, 74/13 – odluka US i 55/14.

računara, imajući u vidu veliku društvenu opasnost ovih dela. Jedino na taj način će R. Srbija ispuniti svoje pozitivne obaveze u skladu sa članom 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

U koraku sa razvojem prava, trebalo bi sajber proganjanje i krađu identiteta propisati kao krivična dela u Krivičnom zakoniku Republike Srbije.

Potrebno je sprovesti obuku i unaprediti ljudske i tehničke kapacitete policije i javnog tužilaštva za istragu krivičnih dela u kojima se kao objekat ili sredstvo izvršenja krivičnih dela javljaju računari. Posebna pažnja bi trebalo da se usmeri na obezbeđivanje dokaza u elektronskom obliku za potrebe sprovođenja krivičnog postupka.

Neophodno je uspostaviti bližu saradnju između država i privatnih preduzeća u borbi protiv kriminala upotrebom informacione tehnologije.

Važno je poboljšati međunarodnu saradnju i uvesti efikasne i adekvatne procedure putem kojih bi istražni organi mogli da zahtevaju od stranih vlasti da bez odlaganja sakupe i obezbede dokaze. Veoma je važno, imajući u vidu gore navedene prepreke za prikupljanje dokaza, zaklju čiti bilateralni ugovor sa Sjedinjenim Američkim Državama, gde se nalaze sedišta firmi koje su vlasnici najpopularnijih društvenih mreža i internet sajtova, putem kojeg bi se prevashodno omogućila, pa potom i ubrzala, procedura pribavljanja dokaza.

I za kraj, povećanju informacione bezbednosti mogu da doprinesu kontinuirane edukacije svih aktera informatičkog društva o neizlaganju preteranim rizicima na računarima i internetu i efikasnim načinima zaštite ličnih podataka, kao i javnih profila na društvenim mrežama.

## Literatura

Bambauer, D. (2014). Exposed. *Minnesota Law Review*. 98. 2025–2102.

Gross, R., Acquisti A. (2005). Information Revelation and Privacy in Online Social Networks (The Facebook case). Retrieved 3, May 2016. from <http://www.heinz.cmu.edu/~acquisti/papers/pers/privacy-facebook-gross-acquisti.pdf>. 5.

EU Commission Stalking document. Retrieved 4, July 2016 from: [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0053/contributions/organisations/Unregistered/net\\_for\\_surviving\\_stalking\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0053/contributions/organisations/Unregistered/net_for_surviving_stalking_en.pdf).

European Court of Human Rights. *Personal Data Protection*. Retrieved 5, July 2016. from [http://echr.coe.int/Documents/FS\\_Data\\_ENG.pdf](http://echr.coe.int/Documents/FS_Data_ENG.pdf).

European Court of Human Rights. *Right to the Protection of One's Image*. Retrieved 5, July 2016. from [http://echr.coe.int/Documents/FS\\_Own\\_image\\_ENG.pdf](http://echr.coe.int/Documents/FS_Own_image_ENG.pdf).

Zakon o advokaturi. *Sl. glasnik RS*. Br. 31(2011) i 24(2012) – odluka US. Zakon o elektronskim komunikacijama. *Sl. glasnik RS*. Br. 44(2010), 60(2013) – odluka US i 62(2014).

Zakon o zaštiti podataka o ličnosti. *Sl. glasnik RS*. Br. 97(2008), 104(2009) – dr. zakon, 68(2012) – odluka US i 107(2012).

Zakon o informacionoj bezbednosti. *Sl. glasnik RS*. Br. 6(2016).

Zakon o javnom tužilaštvu. *Sl. glasnik RS*. Br. 116(2008), 104(2009), 101(2010), 78(2011) – dr. zakon, 101(2011), 38(2012) – odluka US, 121(2012), 101(2013), 111(2014) – odluka US, 117(2014) i 106(2015).

Zakonik o krivičnom postupku. *Sl. glasnik RS*. Br. 72(2011), 101(2011), 121(2012), 32(2013), 45(2013) i 55(2014).

Zakon o parničnom postupku. *Sl. glasnik RS*. Br. 72(2011), 49(2013) – odluka US, 74(2013) – odluka US i 55(2014).

Zakon o policiji. *Službeni glasnik RS*. br. 6(2016).

Zakon o potvrđivanju Konvencije o visokotehnoškom kriminalu. *Službeni glasnik RS*. Br. 19(2009).

Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Sl. list SCG– Međunarodni ugovori*. Br.9(2003), 5(2005) i 7(2005) – ispr. i *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*. Br. 12/2010.

Ilić, G., Majić, M., Beljanski, S., Trešnjev, A. (2016). *Komentar Zakonika o krivičnom postupku, 6. izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Beograd: Službeni glasnik. 215.

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

Magazin Vreme. Br. 1009. *Mračna strana Fejsbuka*. Preuzeto 6. maja 2010. sa <http://www.vreme.com/cms/view.php?id=929661>.

Paunović M., Krivokapić B., Krstić I. (2014). *Međunarodna ljudska prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. 181.

Prlja, D., Reljanović M., Ivanović Z. (2012). *Internet pravo*. Beograd: Institut za uporedno pravo. 95.

Revenge Porn. *Wikipedia*. Visited 6 July 2016. [https://en.wikipedia.org/wiki/Revenge\\_porn](https://en.wikipedia.org/wiki/Revenge_porn).

- Slijepčević Lj. (2016). Pravo na privatnost u domaćim i međunarodnim propisima s osvrtom na internet. *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*. 1(76). 41.
- Solove, D. (2002). Conceptualizing Privacy. *California Law Review*. Vol. 90. 1087–1155.
- Stojanović Z. (2009). *Komentar Krivičnog zakonika*. Beograd: Službeni glasnik. 431, 395, 424.
- The Free Dictionary by Farlex. Retrieved 7, July 2016 from <http://www.thefreedictionary.com/hack>.
- Univerzalna deklaracija, usvojena i proglašena Rezolucijom Generalne skupštine br. 217 (III) od 10. 12. 1948.
- Ustav Republike Srbije. *Sl. glasnik RS*. Br. 98(2006).
- Case *Alkaya v. Turkey*, Application No. 42811/06, Judgment of 9. October 2012.
- Case *Von Hannover v. Germany*, Application No. 59320/00, Judgment of 24, June 2004.
- Case *Delfi AS v. Estonia*, Application No. br. 64569/09, Judgment of 16, June 2015. Case *K.U. v. Finland*, Application No. 2872/02, Judgment of 2, March 2009.
- Case-law of the European Court of Human Rights. (2015). Retrieved 2, July 2016 from: [http://www.echr.coe.int/Documents/Research\\_report\\_internet\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_internet_ENG.pdf). 47–57.
- Case Law of the European Court of Human Rights Concerning the Protection of Personal Data. (2013). Retrieved 3, July 2016 from: [https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Judgments/DP%202013%20Case%20Law\\_Eng\\_FINAL.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Judgments/DP%202013%20Case%20Law_Eng_FINAL.pdf).
- Case *Mitkus v. Latvia*, Application No. 7259/03, Judgment of 2, October 2012.
- Case *Peck v. the United Kingdom*, Application No. 44647/98, Judgment of 28, January 2003.
- Council of Europe. *Explanatory Report to the Convention on Cybercrime (ETS No. 185)*. Retrieved 4, July 2016 from: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cce5b>.
- Council of Europe. *Guidelines for the cooperation between law enforcement and internet service providers against cybercrime* (2008) Retrieved 11, November 2016 from <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802fa3ba>.

Council of Europe. *T-CY GuidanceNote #4 identity Theft and phishing in relation to fraud*. Retrieved 10, July 2016 from [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/TCY%202013/T-CY\\_2013\\_8E\\_guidanceNote4\\_id%20theft\\_V8.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/TCY%202013/T-CY_2013_8E_guidanceNote4_id%20theft_V8.pdf).

Cyber Civil Rights Initiative. Visited 9, November 2016. <https://www.cybercivilrights.org/>.

**Tijana Levakov Vermezović,**  
*Faculty of Law, Univeristy of Belgrade*

### **THE PROTECTION OF THE RIGHT TO PRIVACY AS THE SOCIAL IMPERATIVE OF DIGITAL AGE: How vulnerable are we?**

#### **Summary**

*The paper examines various forms of jeopardizing the privacy of individuals in digital world, with specific focus on criminal protection provided by current international and national legal framework and the jurisprudence of European Court of Human Rights. The significance of conducting this scientific research is essential considering that we live in the era of electronic communications in which no one is anonymous. Development of information and communication technologies has brought, among its many advantages, various challenges in all spheres of modern life. Since the Internet has become the global forum, individuals have been increasingly target of countless insults, defamation and threats; moreover, numerous personal information or media get published without consent. The practice shows that effective suppression and control of illegal behavior on the Internet and punishing the perpetrators is at the rudimental level. In order to provide proper protection for the victims of criminal offenses committed against their privacy in the digital world, it is necessary to create new models and approaches to solving this problem.*

**Keywords:** *right to privacy, protection of personal data and communications in digital form, Internet, criminal offences against rights and freedoms of man and citizen.*





**O POTREBI IZMENE DVOSTRANIH UGOVORA O  
PRAVNOJ POMOĆI U GRAĐANSKIM STVARIMA NA  
SNAZI IZMEĐU REPUBLIKE SRBIJE I DRŽAVA  
ČLANICA EVROPSKE UNIJE**

**Apstrakt:** Republika Srbija ima zaključene dvostrane ugovore o pravnoj pomoći u građanskoj materiji sa petnaest država članica Evropske unije. Od zaključivanja navedenih ugovora proteklo je mnogo godina tokom kojih je u oblasti međunarodnog privatnog prava došlo do značajnih promena. One su, pre svega, posledica kako pristupanja Republike Srbije pojedinim konvencijama Haške konferencije za međunarodno privatno pravo, tako i razvoja međunarodnog privatnog prava Evropske unije, ali i izrade novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu Republike Srbije. Sve navedene okolnosti učinile su da rešenja sadržana u dvostranim ugovorima, a naročito kolizione norme i norme o međunarodnoj nadležnosti, ostanu potpuno neusklađena sa novim tendencijama u ovoj materiji. Usled toga, potrebno je da nadležne institucije Republike Srbije izvrše ozbiljnu analizu rešenja sadržanih u dvostranim ugovorima i preduzmu neophodne aktivnosti u cilju njihove revizije.

**Ključne reči:** dvostrani ugovori, pravna pomoć, građanska materija, međunarodno privatno pravo, Haška konferencija, pravosudna saradnja, kolizione norme, međunarodna nadležnost, strana sudska odluka.

---

\*snezana.djurdjevic@gmail.com

## 1. Uvod

U građanskoj materiji, Republika Srbija ima zaključene dvostrane ugovore o pravnoj pomoći sa ukupno dvadeset sedam država, među kojima je petnaest članica Evropske unije. Većina ovih ugovora zaključena je pre mnogo godina,<sup>1</sup> pa se postavlja pitanje u kojoj meri su njihove odredbe danas primenive i da li ih je potrebno revidirati i prilagoditi novim tendencijama u oblasti međunarodnog privatnog prava.

U tom smislu, važno je imati u vidu, najpre, višestranne konvencije usvojene u okviru Haške konferencije za međunarodno privatno pravo (u daljem tekstu: Haška konferencija). Neke od tih konvencija kojima su pristupile Republika Srbija i države članice Evropske unije regulišu ista pitanja koja su obuhvaćena navedenim dvostranim ugovorima o pravnoj pomoći, ali na potpuno drugačiji način, te je potrebno analizirati njihov odnos i potrebu za međusobnim usklađivanjem.

Potom, treba sagledati i razvoj međunarodnog privatnog prava Evropske unije i njene propise kojima su unifikovane kolizivne norme i norme o međunarodnoj nadležnosti u raznim oblastima. Ovo je bitno ne samo zbog potrebe harmonizacije zakonodavstva Republike Srbije u kontekstu pristupnih pregovora i članstva u Evropskoj uniji, već i zbog činjenice da su kolizivne norme koje su sadržane u propisima EU univerzalnog karaktera i primenjuju se u odnosima sa svim državama, a ne samo sa državama članicama EU. Iako je načelno pravilo da propisi Evropske unije ne utiču na primenu ranije zaključenih dvostranih ugovora između država članica EU i trećih zemalja (u koje spada i Republika Srbija),<sup>2</sup> države članice EU su ipak u obavezi da preduzmu neophodne korake u cilju usaglašavanja ranije zaključenih međunarodnih ugovora koji odstupaju od rešenja sadržanih u propisima EU,<sup>3</sup> a krajnja posledica može biti i otkazivanje predmetnog ugovora od strane države članice EU.<sup>4</sup> S obzirom na to da se rešenja sadržana u navedenim dvostranim ugovorima u odnosu na međunarodno privatno pravo EU prilično razlikuju, izvesno je da će

---

1 Dvostrani ugovori o pravnoj pomoći uglavnom potiču iz doba Federativne Narodne Republike Jugoslavije (FNRJ) i Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (SFRJ). Izuzeci su ugovori sa Republikom Hrvatskom iz 1997. godine i ugovor sa Republikom Slovenijom iz 2011. godine.

2 Član 351 stav 1 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

3 Član 351 stav 2 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

4 U presudi Evropskog suda pravde u predmetu Komisije protiv Belgije navedeno je da „ukoliko je članica u nemogućnosti da usaglasi sam ugovor sa pravom EU, u obavezi je da ga otkáže, odnosno povuče se iz njega.“ (*Case C-203/98, Commission of the European Communities v. Kingdom of Belgium*, (1999), ECR I-04899).

države članice EU sa kojima Republika Srbija ima zaključene dvostrane ugovore pokrenuti postupak njihove izmene.<sup>5</sup>

Osim toga, u narednom periodu očekuje se izmena važećeg zakonodavstva Republike Srbije u oblasti međunarodnog privatnog prava. Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (u daljem tekstu: ZRSZ) bi trebalo da bude zamenjen Zakonom o međunarodnom privatnom pravu Republike Srbije (u daljem tekstu: ZMPP). S obzirom na to da će se usvajanjem ZMPP izvršiti unifikacija i harmonizacija međunarodnog privatnog prava Republike Srbije sa međunarodnim privatnim pravom Evropske unije, rešenja sadržana u dvostranim ugovorima će ostati potpuno neusklađena i odudaraće od sistema koji će biti uspostavljen novim ZMPP.

## **2. Dvostrani ugovori o međunarodnoj pravnoj pomoći u građanskim stvarima**

Kao što je već navedeno, dvostrani ugovori o međunarodnoj pravnoj pomoći su na snazi između Republike Srbije i petnaest država članica Evropske unije: Austrije,<sup>6</sup> Belgije,<sup>7</sup> Bugarske,<sup>8</sup> Velike Britanije,<sup>9</sup> Grčke,<sup>10</sup>

---

5 Republika Slovačka je 2013. godine Ministarstvu pravde Republike Srbije upu tila inicijativu za izmenu važećeg dvostranog ugovora o pravnoj pomoći, a takvo postupanje može se očekivati i od drugih država članica EU.

6 Ugovor o uzajamnom pravnom saobraćaju između FNR Jugoslavije i Republike Austrije od 16. decembra 1954. godine („Službeni list FNRJ” – Dodatak, br. 8/1955 i „Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori”, br. 2/83 – dr. zakon).

7 Sporazum između Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Kraljevine Belgije o pravnoj pomoći u građanskim i trgovačkim stvarima od 24. septembra 1971. godine („Službeni list SFRJ” – Dodatak, br. 7/1974).

8 Ugovor između Federativne Narodne Republike Jugoslavije i Narodne Republike Bugarske o uzajamnoj pravnoj pomoći od 23. marta 1956. godine („Službeni list FNRJ” – Dodatak, br. 1/1957).

9 Konvencija između Kraljevine Jugoslavije i Velike Britanije o uređenju međusobne pomoći u vođenju postupka u građanskim i trgovačkim stvarima koje su u tečaju ili koje mogu biti u tečaju pred odnosnim sudskim vlastima od 27. februara 1936. godine („Službene novine” br. 116/1937).

10 Konvencija između Federativne Narodne Republike Jugoslavije i Kraljevine Grčke o uzajamnim pravnim odnosima od 18. juna 1959. godine („Službeni list FNRJ” – Dodatak, br. 7/1960).

Italije,<sup>11</sup> Kipra,<sup>12</sup> Mađarske,<sup>13</sup> Poljske,<sup>14</sup> Rumunije,<sup>15</sup> Slovačke,<sup>16</sup> Slovenije,<sup>17</sup> Francuske,<sup>18</sup> Hrvatske<sup>19</sup> i Češke.<sup>20</sup>

Navedeni ugovori se međusobno razlikuju u zavisnosti od oblasti koje su njima regulisane, pa tako imamo dvostrane ugovore o pravnoj pomoći koji sadrže samo odredbe o saradnji pravosudnih i drugih organa u građanskim stvarima, nešto detaljnije ugovore koji sadrže i odredbe o priznanju i izvršenju sudskih odluka,<sup>21</sup> kao i one koji, pored navedenih

---

11 Konvencija između Federativne Narodne Republike Jugoslavije i Italijanske Republike o uzajamnoj pravnoj pomoći u građanskim i upravnim stvarima od 3. decembra 1960. godine („Službeni list FNRJ” – Dodatak, br. 5/1963).

12 Ugovor između Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Republike Kipar o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima od 19. septembra 1984. godine („Službeni list SFRJ” – Međunarodni ugovori, br. 2/1986).

13 Ugovor o uzajamnom pravnom saobraćaju između SFR Jugoslavije i NR Mađarske od 7. marta 1968. godine („Službeni list SFRJ” – Dodatak br. 3/1968, br. 1/1987).

14 Ugovor između Federativne Narodne Republike Jugoslavije i Narodne Republike Poljske o pravnom saobraćaju u građanskim i krivičnim stvarima od 6. Februara 1960. godine („Službeni list SFRJ” – Dodatak br. 5/1963).

15 Ugovor između Federativne Narodne Republike Jugoslavije i Rumunske Narodne Republike o pravnoj pomoći od 18. oktobra 1960. godine („Službeni list FNRJ” – Dodatak broj 8/1961).

16 Ugovor između Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Čehoslovačke Socijalističke Republike o regulisanju pravnih odnosa u građanskim, porodičnim i krivičnim stvarima od 20. januara 1964. godine („Službeni list SFRJ” – Dodatak, br. 13/1964).

17 Ugovor između Republike Srbije i Republike Slovenije o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima od 15. aprila 2011. godine („Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori”, br. 9/2011).

18 Sporazum između Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Francuske Republike o olakšanju primene Haške konvencije o građanskom postupku od 1. Marta 1954. godine („Službeni list SFRJ – Dodatak, br. 21/1971); Konvencija o nadležnosti i o zakonu koji se primenjuje u oblasti ličnog i porodičnog prava između SFR Jugoslavije i Francuske Republike od 18. maja 1971. godine („Službeni list SFRJ”, broj 55/1972).

19 Ugovor između Savezne Republike Jugoslavije i Republike Hrvatske o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima od 15. septembra 1997. godine („Službeni list SRJ” – Međunarodni ugovori, br. 1/1998).

20 Ugovor između Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Čehoslovačke Socijalističke Republike o regulisanju pravnih odnosa u građanskim, porodičnim i krivičnim stvarima od 20. januara 1964. godine („Službeni list SFRJ” – Dodatak, br. 13/1964).

21 U pojedinim slučajevima priznanje i izvršenje sudskih odluka regulisano je zasebnim ugovorom, dok su u većini slučajeva ove odredbe sastavni deo ugovora o međunarodnoj pravnoj pomoći.

odredaba, sadrže i kolizijske norme i norme o međunarodnoj nadležnosti, te konkretnu materiju uređuju na sveobuhvatan način. Radi preglednosti i boljeg razumevanja, u nastavku rada biće reči o odredbama ugovora svakog od navedenih pitanja pojedinačno.

## **2.1. Saradnja pravosudnih i drugih organa u građanskim stvarima**

Dvostrani ugovori o pravnoj pomoći sa svih petnaest država članica Evropske unije sadrže opšte odredbe o saradnji pravosudnih i drugih organa u građanskim stvarima. Te odredbe su prilično raznovrsne i regulišu brojna pitanja kao što su pravo na slobodan pristup sudu, obezbeđenje parničnih troškova, pravo na oslobođenje od parničnih troškova, pružanje pravne pomoći (u pogledu zamolnica za dostavljanje i izvođenje dokaza), obaveštavanje o stranom pravu, dostavljanje isprava o ličnom stanju i legalizacija isprava.

U ovom radu nisu analizirane sve navedene odredbe, već samo one čiju bi reviziju, prema mišljenju autora, bilo poželjno razmotriti.

### *2.1.1. Pružanje pravne pomoći u građanskim stvarima*

Kada je u pitanju pružanje međunarodne pravne pomoći u građanskim stvarima, koje obuhvata pre svega komunikaciju nadležnih organa po pitanju zamolnica za dostavljanje i izvođenje dokaza, može se zaključiti da svi dvostrani ugovori, izuzev ugovora sa Republikom Slovenijom, predviđaju da ugovorne strane dostavljaju jedna drugoj zamolnice za pravnu pomoć preko ministarstava nadležnih za poslove pravosuđa.<sup>22</sup>

U trenutku zaključivanja navedenih ugovora, ovakvo rešenje je predstavljalo korak napred u odnosu na diplomatski i konzularni način komunikacije, koji su se u to vreme primenjivali u Republici Srbiji.<sup>23</sup> U međuvremenu je učinjen dodatni napor kako bi se ovi postupci

---

22 Ugovor sa Italijom (član 4, stav 2), kao dodatak ovom opštem pravilu, predviđa i da „u opravdanim slučajevima krajnje hitnosti, nadležni sudski organi država ugovornica mogu opštiti i neposredno“, a ugovor sa Belgijom (član 4) da, kada je u pitanju dostavljanje sudskih i vanskudskih akata, ta akta mogu neposredno biti upućena primaocima, preporu čenom poštanskom pošiljkom na povratni receptis.

23 Diplomatski način komunikacije nadležnih državnih organa po pitanju pružanja međunarodne pravne pomoći se u vreme kada su dvostrani ugovori zaključivani, redovno primenjivao, a i danas je predviđen važećim Zakonom o parničnom postupku, u slučaju da između Republike Srbije i odnosne države ne postoji međunarodni ugovor koji reguliše to pitanje i kada drugačije nije predviđeno zakonom i opštim pravilima međunarodnog prava. Konzularni način opštenja državnih organa primenjivao se na

poboljšali u cilju povećanja efikasnosti i smanjenja broja nadležnih organa. Tako je prvo nastao *sistem centralnih organa*, ustanovljen Konvencijom o dostavljanju u inostranstvu sudskih i vansudskih akata u građanskim i trgovačkim stvarima od 15. novembra 1965. godine<sup>24</sup> (u daljem tekstu: Konvencija o dostavljanju) i Konvencijom o izvođenju dokaza u inostranstvu u građanskim i trgovačkim stvarima od 18. marta 1970. godine<sup>25</sup> (u daljem tekstu: Konvencija o izvođenju dokaza),<sup>26</sup> a potom i *sistem neposredne komunikacije nadležnih organa*.

Kada je reč o *sistemu neposredne komunikacije nadležnih pravosudnih organa* on predstavlja najefikasniji i najjednostavniji način pružanja pravne pomoći jer podrazumeva da sudovi i drugi organi dve države direktno jedna drugoj dostavljaju zamolnice za pravnu pomoć, bez posredovanja drugih organa (ministarstava i centralnih organa). Taj metod se gotovo ne razlikuje od pružanja pravne pomoći unutar jedne države, osim što je potrebno priložiti prevod zamolnice i dokumenata koja se dostavljaju. Takav sistem predviđa i pomenuti dvostrani ugovor između Republike Srbije i Republike Slovenije, a primenjuje se i unutar Evropske unije.<sup>27</sup>

Radi unapređenja pravosudne saradnje i usklađivanja sa ovim savremenijim rešenjima, bilo bi poželjno razmotriti mogućnost izmene odredaba dvostranih ugovora po pitanju pružanja pravne pomoći. U tom

---

osnovu Konvencije o građanskom postupku iz 1954. godine, koja je u Republici Srbiji na snazi od 1962. godine.

24 „Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori“ 1/2010, 13/2013.

25 „Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori“ 1/2010, 13/2013.

26 Ovaj sistem podrazumeva da je svaka država u obavezi da odredi organ koji će biti nadležan za prijem inostranih zamolnica, tj. centralni organ. Podnosilac zamolnice (sud ili drugi organ) upućuje zamolnicu direktno centralnom organu zamoljene države, koji potom zamolnicu prosleđuje organu koji je prema unutrašnjem pravu nadležan za dostavljanje ili direktno adresat u. Konvencija o izvođenju dokaza se u Republici Srbiji primenjuje od 31. avgusta 2010. godine, a Konvencija o dostavljanju od 1. februara 2011. godine. Odredbe ovih konvencija su derogirale i zamenile odgovarajuće odredbe Konvencije 1954, ali samo u odnosima onih država koje su ugovornice i Konvencije 1954 i Konvencije o dostavljanju, odnosno Konvencije o izvođenju dokaza. Za države koje su samo članice Konvencije 1954 (i nisu naknadno postale ugovornice neke od navedenih konvencija), njene odredbe nastavljaju da se primenjuju. Konvencija o dostavljanju 1965 je na snazi sa svim navedenim državama članicama EU sa kojima imamo i dvostrane ugovore, izuzev Austrije, a Konvencija o izvođenju dokaza 1970 sa svim državama izuzev Austrije i Belgije.

27 Uredba Saveta o saradnji sudova zemalja članica u izvođenju dokaza u građanskim i trgovačkim stvarima br. 1206/2001 i Uredba Evropskog parlamenta i Saveta od 13. novembra 2007. godine o dostavljanju u državama članicama sudskih i vansudskih akata u građanskim i trgovačkim stvarima.

smislu, mogla bi se, u zavisnosti od okolnosti, ugovoriti neposredna komunikacija nadležnih pravosudnih organa. Kao što je napomenuto, takav vid komunikacije je predviđen jedino u ugovoru između Republike Srbije i Republike Slovenije (kada se radi o članicama EU).<sup>28</sup> To je ujedno i argument koji ide u prilog ideji da je uspostavljanje ovog vida saradnje moguće ugovoriti i sa drugim državama članicama EU. Za početak bi najbolje bilo razmotriti predlog u odnosu na ugovor koji imamo sa Republikom Hrvatskom, zbog toga što sa ovom državom imamo izuzetno intenzivnu pravosudnu saradnju i isto pravno nasleđe.

### *2.1.2. Obezbeđenje parničnih troškova*

Pitanje obezbeđenja parničnih troškova uređeno je raznim međunarodnim instrumentima, kako dvostranim tako i višestranim. Ovi instrumenti su istovremeno na snazi u Republici Srbiji i odnosnim državama članicama EU, ali se u praksi uglavnom primenjuje rešenje koje je najpovoljnije za lice koje se na ovo pravo poziva.<sup>29</sup>

Obezbeđenje parničnih troškova regulisano je dvostranim ugovorima sa svim navedenim državama članicama EU, izuzev Kipra i Velike Britanije. Razlikujemo dvostrane ugovore koji ovo pravo priznaju državljanima strana ugovornica bez postavljanja dodatnih uslova,<sup>30</sup> ugovore koji pored državljanstva zahtevaju postojanje prebivališta na teritoriji država ugovornica<sup>31</sup> i ugovore koji pored državljanstva zahtevaju postojanje prebivališta ili boravišta na teritoriji država ugovornica.<sup>32</sup>

Kada su u pitanju haške konvencije, Konvencija o građanskom postupku<sup>33</sup> predviđa da su uslovi za ostvarivanje ovog prava državljanstvo i prebivalište na teritoriji država ugovornica,<sup>34</sup> dok Konvencija o

---

28 Neposredna komunikacija nadležnih organa po pitanju pružanja pravne pomoći predviđena je i ugovorima sa Crnom Gorom, Belorusijom, Makedonijom i Bosnom i Hercegovinom u određenim stvarima.

29 Važeći dvostrani i višestranu ugovori kojima je regulisano pitanje obezbeđenja parničnog postupka se međusobno ne isključuju u primeni, tako da je na snazi više paralelnih sistema pravnih normi po ovom pitanju.

30 Tu spadaju ugovori sa Italijom, Slovačkom, Slovenijom, Francuskom, Hrvatskom i Češkom.

31 Tu spadaju ugovori sa Austrijom, Belgijom, Bugarskom i Grčkom.

32 Tu spadaju ugovori sa Mađarskom, Poljskom i Rumunijom.

33 „Službeni list FNRJ“ – Dodatak, br. 6/1962.

34 Od država članica EU sa kojima Republika Srbija ima zaključene dvostrane ugovore, odredbe ove konvencije su na snazi sa: Austrijom, Belgijom, Grčkom, Italijom i Mađarskom.

olakšanju međunarodnog pristupa sudovima iz 1980. godine (u daljem tekstu: Konvencija o pristupu sudovima)<sup>35</sup> ovo pravo priznaje svim licima koja imaju uobičajeno boravište u nekoj od država ugovornica.<sup>36</sup>

Kada uporedimo sva izložena rešenja, možemo zaključiti da Konvencija o pristupu sudovima po ovom pitanju predviđa najliberalnije rešenje budući da pravo na oslobođenje od obaveze obezbeđenja parničnih troškova priznaje najširem krugu lica. Dovoljno je da tužilac ima samo uobičajeno boravište u nekoj od država ugovornica, da bi mu se to pravo priznalo. To rešenje je za države ugovornice ove konvencije svakako povoljnije od rešenja predviđenog dvostranim ugovorima koji su na snazi i koji zahtevaju da je tužilac državljanin države ugovornice, a u pojedinim slučajevima i dodatne uslove, kao što su postojanje prebivališta ili boravišta u državi ugovornici. Stoga se odredbe dvostranih ugovora sa državama sa kojima je na snazi i Konvencija o pristupu sudovima, praktično ne primenjuju u praksi, te bi bilo poželjno razmišljati u pravcu njihovog stavljanja van snage ili upućivanja na Konvenciju o pristupu sudovima.

Pored toga, važno je imati u vidu i da ZMPP, takođe, usvaja princip uobičajenog boravišta po ovom pitanju i predviđa da će sva lica koja nemaju uobičajeno boravište u Republici Srbiji biti obavezna da daju obezbeđenje parničnih troškova.<sup>37</sup> Na osnovu toga se može zaključiti da će odredbe svih dvostranih ugovora kojima je regulisano ovo pitanje biti

---

35 „Slu žbeni list SFRJ“ – Međunarodni ugovori, br. 4/1988.

36 Konvencija o pristupu sudovima je zamenila odredbe članova 17-19 Konvencije 1954 (koji regulišu obezbeđenje parničnih troškova) u odnosima onih država koje su ugovornice obe ove konvencije. Član 22 Konvencije o pristupu sudovima određuje da u odnosima između država koje je budu ratifikovale ova konvencija zamenjuje članove 17-24 Konvencije o građanskom sudskom postupku potpisane 17. jula 1905. godine u Hagu ili članova 17 do 26 Konvencije o građanskom postupku potpisane 1. marta 1954. godine u Hagu, za države koje su strane ugovornice jedne ili druge konvencije. Od država članica EU sa kojima Republika Srbija ima zaključene dvostrane ugovore, odredbe ove konvencije su na snazi sa: Bugarskom, Poljskom, Rumunijom, Slovačkom, Slovenijom, Francuskom, Hrvatskom i Češkom.

37 Nacrt Zakona o međunarodnom privatnom pravu unosi značajnu novinu kada je u pitanju obezbeđenje parničnih troškova, jer predviđa ovu obavezu za sva lica, bilo da su domaći bilo strani državljani, koja nemaju uobičajeno boravište na teritoriji Republike Srbije. Osim toga, Nacrt znatno proširuje krug sporova, u odnosu na ZRSZ, u kojima se ne može tražiti obezbeđenje parničnih troškova, pa tako predviđa i da t u ženi nema pravo na obezbeđenje parničnih troškova: ako tužilac ima status izbeglice u Republici Srbiji; ako se tužbeni zahtev odnosi na zaštitu prava potrošača; u sporovima za zaštitu prava deteta i sporovima za vršenje odnosno lišenje roditeljskog prava, sporovima za poništenje usvojenja,



neusklađena sa ovim rešenjem i da će, kada navedeni zakon bude konačno usvojen, zahtevati reviziju.

## **2.2. Odredbe o međunarodnoj nadležnosti i merodavnom pravu<sup>38</sup>**

### *2.2.1. Statusni odnosi*

Odredbe o nadležnosti i merodavnom pravu u vezi sa statusnim odnosima sadržane su u dvostranim ugovorima o pravnoj pomoći sa Bugarskom,<sup>39</sup> Grčkom,<sup>40</sup> Mađarskom,<sup>41</sup> Poljskom,<sup>42</sup> Rumunijom,<sup>43</sup> Slovačkom<sup>44</sup> i Češkom,<sup>45</sup> kao i u posebnoj Konvenciji sa Francuskom o nadležnosti i o zakonu koji se primenjuje u oblasti ličnog i porodičnog prava.<sup>46</sup>

Navedenim odredbama regulisana je pravna i poslovna sposobnost,<sup>47</sup> starateljstvo<sup>48</sup> i proglašenje nestalog lica za umrlo. Za sve odredbe o statusnim odnosima zajedničko je da predviđaju nadležnost sudova i primenu prava države čiji je državljanin lice o čijem se statusu odlučuje.

---

sporovima za zaštitu od nasilja u porodici i sporovima o imovinskim odnosima supru žnika i vanbračnih partnera.

38 Pojedini dvostrani ugovori sadrže i odredbe o merodavnom pravu za formu pravnog posla, vanugovornoj odgovornosti za štetu i stvarnopravnim odnosima. O navedenim odredbama neće biti posebno reči jer su sadržane samo u manjem broju ugovora, a u vezi sa tim pitanjima nije bilo značajnijih promena na međunarodnom planu i u zakonodavstvu Republike Srbije.

39 „Službeni list FNRJ” – Dodatak, br. 1/1957.

40 „Službeni list FNRJ” – Dodatak, br. 7/1960.

41 „Službeni list SFRJ” – Dodatakbr. 3/1968, br. 1/1987.

42 „Službeni list SFRJ” – Dodatakbr. 5/1963.

43 „Službeni list FNRJ” – Dodatakbroj 8/1961.

44 „Službeni list SFRJ” – Dodatak, br. 13/1964.

45 „Službeni list SFRJ” – Dodatak, br. 13/1964.

46 „Službeni list SFRJ”, broj 55/1972.

47 Odredbu o nadležnosti za sporove o pravnoj i poslovnoj sposobnosti sadrže samo ugovori sa Poljskom, Češkom i Slovačkom. Pojedini ugovori sadrže i odredbe o merodavnom pravu za poslovnu sposobnost pravnih lica. Ugovori sa Mađarskom i Poljskom predviđaju da se poslovna sposobnost pravnog lica određuje prema zakonu strane ugovornice na čijoj se teritoriji nalazi sedište pravnog lica, dok ugovori sa Rumunijom, Češkom i Slovačkom predviđaju da je u tom slučaju merodavan zakon one strane ugovornice po kojem je pravno lice osnovano.

48 Dvostrani ugovori sa svim navedenim državama sadrže odredbe o nadležnosti, dok samo dvostrani ugovori sa Rumunijom, Češkom i Slovačkom sadrže i odredbe o merodavnom pravu po pitanju starateljstva.

U oblasti statusnih odnosa na međunarodnom planu, pre svega u okviru EU i Haške konferencije, nisu usvojeni akti kojima se unifikuju kolizionne norme i norme o međunarodnoj nadležnosti. Iz tog razloga, odredbe dvostranih ugovora po ovom pitanju ne zahtevaju reviziju u ovom trenutku. O tome bi se eventualno moglo razmišljati nakon usvajanja Zakona o međunarodnom privatnom pravu, koji iako svoja rešenja uglavnom zasniva na državljanstvu lica o čijem se statusu odlučuje, ipak unosi određene novine sa kojima bi rešenja dvostranih ugovora trebalo uskladiti.<sup>49</sup>

### *2.2.2. Porodičnopravni odnosi*

Za razliku od statusnih odnosa, u porodičnopravnoj materiji došlo je do značajnih promena u proteklom periodu, kako na međunarodnom planu, tako i u zakonodavstvu Republike Srbije. Tome je, s jedne strane, doprinelo usvajanje višestranih konvencija u okrilju Haške konferencije koje regulišu ovo pitanje, koje je Republika Srbija ratifikovala, a s druge strane, unifikacija kolizionnih normi i normi o međunarodnoj nadležnosti u Evropskoj uniji. Navedena rešenja su, u meri u kojoj je to bilo moguće, prihvaćena i u Nacrtu ZMPP. Važno je imati na umu da se rešenja sadržana u svim navedenim aktima na idejnom nivou razlikuju od rešenja sadržanih u dvostranim ugovorima i ZRSZ. U vreme zaključivanja dvostranih ugovora i usvajanja ZRSZ, glavna težnja prilikom formulisanja rešenja je bila zaštita sopstvenih državljana, pa su kriterijumi za zasnivanje nadležnosti i određivanje merodavnog prava uglavnom bili državljanstvo i prebivalište stranaka. Danas su ti kriterijumi u oblasti porodičnopravnih odnosa prevaziđeni i zamenjeni uobičajenim boravištem (uz uvažavanje autonomije volje u određenim slučajevima),

---

<sup>49</sup> Dvostrani ugovori ne regulišu na sveobuhvatan način pitanja statusnih odnosa (npr. pojedini ugovori sadrže samo odredbe o merodavnom pravu za pravnu i poslovnu sposobnost fizičkih lica, a ne i odredbe o nadležnosti), a kao jedinu tačku vezivanja predviđaju državljanstvo. Za razliku od toga, ZMPP detaljno regulišu statusne odnose i sadrži odredbe o nadležnosti i merodavnom pravu za pravnu i poslovnu sposobnost fizičkih lica i poslovnu sposobnost preduzetnika, proglašenje nestalog lica za umrlo i dokazivanje smrti (uključujući i posebne odredbe za komorijente), lišenje poslovne sposobnosti i starateljstvo, kao i lično ime. U skladu sa tim odredbama, u pojedinim slučajevima je (osim na državljanstvu koje predviđaju dvostrani ugovori), nadležnost suda Republike Srbije moguće zasnovati i na prebivalištu i uobičajenom boravištu, ali i po drugim osnovima (npr. član 46 – Sud Republike Srbije nadležan je za utvrđivanje pravne ili poslovne sposobnosti fizičkog lica ako je nadležan da odluči o pravnom odnosu povodom koga se pitanje pravne ili poslovne sposobnosti postavlja). Iz tih razloga, ove odredbe dvostranih ugovora biće nužno revidirati kada ZMPP bude usvojen.

koje je u skladu sa savremenom idejom o zaštiti svih lica koja žive u jednoj državi, bez obzira da li u njoj imaju državljanstvo ili prebivalište.<sup>50</sup>

Kada su u pitanju višestrane konvencije Haške konferencije najznačajnije je pomenuti da je Republika Srbija ratifikovala Protokol o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja (u daljem tekstu: Haški protokol), koji je stupio na snagu 1. avgusta 2013. godine,<sup>51</sup> i Konvenciju o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju, izvršenju i saradnji u materiji roditeljske odgovornosti i mera za zaštitu dece (u daljem tekstu: Konvencija 1996), koja će stupiti na snagu 1. novembra 2016. godine.<sup>52</sup> Oba ova instrumenta regulišu određene oblasti porodičnih odnosa, koje su regulisane i dvostranim ugovorima.

Kada je u pitanju Haški protokol, on sadrži, između ostalog, odredbe o merodavnom pravu za izdržavanje između supružnika, roditelja i dece i ostalih srodnika<sup>53</sup> i reguliše ova pitanja na potpuno drugačiji način nego dvostrani ugovori sa odnosnim državama članicama EU.

Naime, dvostrani ugovori, kao glavnu tačku vezivanja prilikom određivanja merodavnog prava u sporovima za izdržavanje roditelja i dece predviđaju državljanstvo deteta,<sup>54</sup> dok je za izdržavanje između

---

50 Marjanović, S., Međunarodna nadležnost za sporove o izdržavanju u međunarodnom privatnom pravu Srbije *de legelata i de legeferenda*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, broj 65, 2013: 404.

51 Zakon o potvrđivanju protokola o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja („Službeni glasnik RS“ – Međunarodni ugovori br. 1/2013).

52 Zakon o potvrđivanju Konvencije o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i saradnji u materiji roditeljske odgovornosti i mera za zaštitu dece („Službeni glasnik RS“ – Međunarodni ugovori br. 20/2015).

53 Osim toga, Haški protokol reguliše i izdržavanje između bivših supružnika, kao i između vanbračnih partnera ali ova pitanja nisu uređena predmetnim dvostranim ugovorima.

54 Izdržavanje između roditelja i dece regulisano je dvostranim ugovorima o pravnoj pomoći sa Bugarskom, Grčkom, Mađarskom, Poljskom, Rumunijom, Češkom i Slovačkom, kao i u Konvenciji sa Francuskom. U navedenim ugovorima, odlučujuća činjenica za određivanje merodavnog prava u ovim sporovima je uglavnom državljanstvo deteta. Ugovor sa Francuskom malo drugačije reguliše ovo pitanje i predviđa da je za odnose između roditelja i bračne dece merodavno pravo ono koje je merodavno za lične i imovinske odnose bračnih drugova (pravo zajedničkog državljanstva supružnika, a u slučaju njegovog nepostojanja zakon strane ugovornice na čijoj teritoriji imaju svoje prebivalište, ili u nedostatku ovog, zakon njihovog poslednjeg zajedničkog prebivališta). Za odnose između roditelja i vanbračne dece, ovaj ugovor predviđa da je merodavno pravo državljanstva deteta.

supružnika predviđeno nekoliko supsidijernih tačaka vezivanja i to:<sup>55</sup> a) državljanstvo supružnika; b) ukoliko su bračni drugovi državljani različitih država, pravo države zajedničkog prebivališta supružnika, a u njegovom odsustvu v) pravo posljednjeg zajedničkog prebivališta supružnika.<sup>56</sup> Kada je u pitanju izdržavanje ostalih srodnika, te odredbe sadržane su jedino u ugovoru sa Mađarskom i one predviđaju da se obaveza izdržavanja između braće i sestara u pogledu izdržavanja maloletne braće i sestara, kao i između srodnika u pravoj ushodnoj i nishodnoj liniji (osim između roditelja i dece), regulišu po zakonu strane ugovornice čiji je državljanin lice koje polaže pravo na izdržavanje.

Umesto na državljanstvu, odnosno prebivalištu, rešenja Haškog protokola se zasnivaju na uobičajenom boravištu poverioca izdržavanja, uz uvažavanje autonomije volje stranaka pod određenim uslovima. Važno je napomenuti da su norme Haškog protokola stupanjem na snagu derogirale norme o određivanju merodavnog prava za izdržavanje sadržane u Zakonu o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja i primenjuju se u odnosima sa svim zemljama bez obzira da li je u pitanju država ugovornica ove konvencije ili ne. Izuzetak postoji jedino kada je između Republike Srbije i određene države na snazi međunarodni ugovor koji sadrži kolizione norme za izdržavanje, što je slučaj sa navedenih osam država članica EU.<sup>57</sup> Haški protokol, međutim, dopušta mogućnost da države ugovornice daju izjavu da će se umesto postojećeg dvostranog ugovora primenjivati odredbe Haškog protokola. Republika Srbija niti bilo koja od navedenih država članica EU još uvek nisu dale takve izjave (Živković, 2013).

Takođe, Republika Srbija je 15. januara 2016. godine ratifikovala Konvenciju 1996 koja sadrži odredbe o nadležnosti i merodavnom pravu za roditeljsku odgovornost. Iako je iz polja njene primene, između ostalog, isključeno utvrđivanje i osporavanje očinstva i materinstva, njene odredbe regulišu pojedina pitanja koja spadaju u pojam pravnih odnosa

---

55 Kolizione norme za sporove o izdržavanju između supružnika sadržane su u dvostranim ugovorima o pravnoj pomoći sa Mađarskom, Poljskom, Rumunijom, Slovačkom i Češkom, kao i posebnoj Konvenciji sa Francuskom o nadležnosti i o zakonu koji se primenjuje u oblasti ličnog i porodičnog prava.

56 Ugovor sa Mađarskom po pitanju merodavnog prava, kao poslednju mogućnost u slučaju nepostojanja nijedne od navedenih okolnosti, predviđa da će biti merodavno pravo one strane ugovornice čijem se sudu jedan od bračnih drugova obrati.

57 Član 19 Haškog protokola daje prednost kolizionim normama sadržanim u međunarodnom ugovoru.

roditelja i dece, a koja su regulisana dvostranim ugovorima.<sup>58</sup> U skladu sa Konvencijom 1996, odlučujuća činjenica u ovim odnosima je uobičajeno boravište deteta, za razliku od dvostranih ugovora koji svoja rešenja zasnivaju uglavnom na državljanstvu deteta. Odredbe o merodavnom pravu ove konvencije, takođe, imaju univerzalan karakter i od trenutka stupanja na snagu primenjivaće se u odnosima sa svim državama (ne samo državama ugovornicama Konvencije). Ova konvencija isto kao i Haški protkol ne dira u postojeće međunarodne ugovore koji regulišu ovu oblast, s tim što, takođe, dopušta, da države ugovornice daju drugačiju izjavu.

Kada je u pitanju pravo EU, treba istaći da su Haški protokol i Konvencija 1996 na snazi u svim državama članicama EU. Pored toga, u okviru EU na snazi su i tri Uredbe koje regulišu pitanja porodičnih odnosa: Uredba Saveta br. 2201/2003 od 27. novembra 2003. godine o nadležnosti i priznanju i izvršenju presuda u bračnim sporovima i sporovima o roditeljskom pravu; Uredba Saveta br. 1259/2010 o uspostavljanju pojačane saradnje u oblasti merodavnog prava za razvod i zakonsku rastavu i Uredba Saveta br. 4/2009 o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i saradnji u stvarima izdržavanja. Navedeni propisi, takođe, regulišu pitanja porodičnih odnosa drugačije nego što je to predviđeno dvostranim ugovorima, a ta rešenja u meri u kojoj je to moguće preuzima i ZMPP.

### *2.2.3. Naslednopravni odnosi*

Dvostrani ugovori o pravnoj pomoći sa Austrijom, Bugarskom, Mađarskom, Poljskom, Rumunijom, Slovačkom i Češkom sadrže odredbe kojima su regulisani naslednopravni odnosi.

Nadležnost za raspravljanje zaostavštine regulisana je na gotovo identičan način u svim dvostranim ugovorima. U skladu sa tim, za raspravljanje nepokretne zaostavštine nadležan je sud države na čijoj se teritoriji nepokretna imovina nalazi, dok je za raspravljanje pokretne imovine nadležan sud državljanstva ostavioca u trenutku smrti.<sup>59</sup>

---

58 Odredbe o nadležnosti i merodavnom pravu za sporove koji se tiču pravnih odnosa roditelja i dece sadržani su u dvostranim ugovorima o pravnoj pomoći sa Bugarskom, Grčkom, Mađarskom, Poljskom, Rumunijom, Slovačkom, Češkom, kao i u Konvenciji sa Francuskom.

59 Pojedini ugovori predviđaju mogućnost da ukoliko je ostavilac bio državljanin jedne države ugovornice, a imao poslednje prebivalište na teritoriji druge države ugovornice, njegovi naslednici koji stanuju na teritoriji te druge države mogu, pod određenim uslovima, zahtevati da sud te države sprovede raspravu pokretne zaostavštine koja se nalazi u istoj državi.

Odredbe o merodavnom pravu za naslednopravne odnose sadrže opštu formulaciju da je za naslednopravne odnose merodavno pravo državljanstva ostavioca u trenutku smrti.<sup>60</sup>

Za sposobnost za sastavljanje i opozivanje testamenta, kao i osporavanje testamenta zbog nedostataka u volji merodavno je pravo državljanstva ostavioca u momentu sastavljanja, odnosno opozivanja.

Kada je u pitanju forma u kojoj se testament sastavlja ili opoziva, ugovori predviđaju da je merodavno, bilo pravo državljanstva ostavioca u trenutku sastavljanja ili opoziva testamenta, bilo pravo države u kojoj je testament sastavljen odnosno opozvan.<sup>61</sup>

U EU, kolizione norme i norme o međunarodnoj nadležnosti u oblasti nasleđivanja unifikovane su putem Uredbe br. 650/2012 Evropskog parlamenta i Saveta o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju sudskih odluka i prihvatanju javnih isprava, a koje u velikoj meri preuzima i ZMPP. Pravila sadržana u tim aktima počivaju na drugačijim principima nego navedeni dvostrani ugovori prema kojima su glavni kriterijumi za određivanje merodavnog prava državljanstvo ostavioca, a za zasnivanje nadležnosti državljanstvo ostavioca i mesto nalaženja pokretnih i nepokretnih stvari koje čine zaostavštinu. Uredba EU i ZMPP kao glavnu tačku vezivanja u ovoj oblasti predviđaju uobičajeno boravište ostavioca u trenutku smrti, a predviđaju pod određenim uslovima i mogućnost izbora merodavnog prava i prorogacije nadležnosti.

### ***2.3. Priznanje i izvršenje sudskih odluka***

Priznanje i izvršenje sudskih odluka uređeno je dvostranim ugovorima o pravnoj pomoći sa Bugarskom, Kiprom, Češkom, Slovačkom, Mađarskom, Poljskom i Rumunijom,<sup>62</sup> kao i posebnim ugovorima o priznanju i izvršenju

---

60 Ovi ugovori sadrže i odredbu da ukoliko nema naslednika, pokretna imovina pripada državi čiji je državljanin ostavilac u trenu tk u smrti, a nepokretna državi gde se nalazi.

61 Jedino ugovor sa Mađarskom sadrži malo drugačiju odredbu po ovom pitanju i predviđa da je testament punovažan ukoliko je punovažan prema zakonu države u kojoj je sastavljen; ili prema zakonu države čije državljanstvo ima ostavilac u trenu tku sastavljanja ili smrti ili zakonu one države u kojoj je ostavilac imao prebivalište ili boravište; ili zakonu mesta nalaženja nepokretnosti. Da li je ostavilac imao prebivalište ili boravište u određenom mestu, procenjuje se prema zakonu tog mesta.

62 Osim navedenih ugovora, važno je napomenuti i da dvostrani ugovor o pravnoj pomoći sa Austrijom sadrži odredbu kojom je reg ulisano priznanje i izvršenje

sudskih odluka sa Grčkom<sup>63</sup> i Francuskom.<sup>64</sup> Osim toga, sa Austrijom i Belgijom zaključeni su posebni ugovori koji regulišu priznanje i izvršenje odluka o izdržavanju.<sup>65</sup> Odredbe svih ovih ugovora na sličan način uređuju uslove i postupak priznanja sudskih odluka u državama ugovornicama.

Postojanje ovih odredaba dvostranih ugovora je veoma značajno, jer one u ovom trenutku za Republiku Srbiju predstavljaju jedini „siguran“ pravni osnov za priznanje odluka domaćih sudova u odnosnim državama članicama EU.<sup>66</sup> Ovo je naročito važno jer pojedine države EU za priznanje strane sudske odluke izričito, kao uslov u svom zakonodavstvu, propisuju postojanje međunarodnog ugovora sa državom iz koje potiče sudska odluka. Republika Srbija nije ugovornica Luganske konvencije o nadležnosti, priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka u građanskoj i trgovačkoj materiji, koja je na snazi između država članica EU i Švajcarske, Norveške i Islanda, a u ovom momentu malo je verovatno da će to i postati, jer prema mišljenju EU još uvek nisu ispunjeni neophodni politički kriterijumi.

Međutim, treba imati u vidu da se u okviru Haške konferencije intenzivno radi na stvaranju nove konvencije koja će omogućiti priznanje stranih sudskih odluka,<sup>67</sup> te bi u slučaju usvajanja tog dokumenta i

---

odluka o nasleđu i spornim zahtevima na nasledstvo, nu žni deo i legat koje, u odnosu na pokretnu zaostavštinu, donose sudovi države čiji je ostavilac državljanin.

63 Sporazum između Federativne Narodne Republike Jugoslavije i Kraljevine Grčke o uzajamnom priznavanju i izvršenju sudskih odluka od 18. juna 1959. godine („Službeni list FNRJ“ – Dodatak, br. 6/1960).

64 Konvencija između Vlade Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Vlade Francuske Republike o priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima od 18. maja 1971. godine („Službeni list SFRJ“ – Dodatak, br. 7/1972).

65 Sporazum između Federativne Narodne Republike Jugoslavije i Republike Austrije o uzajamnom priznavanju i izvršenju odluka o izdržavanju od 10. oktobra 1961. godine („Službeni list SFRJ“ – Dodatak, br. 2/1963); Konvencija između Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Kraljevine Belgije o priznanju i izvršenju sudskih odluka o izdržavanju od 12. decembra 1973. godine („Službeni list SFRJ“ – Dodatak, br. 45/1976).

66 U EU je na snazi Uredba o nadležnosti, priznanju i izvršenju presuda u građanskoj i trgovačkoj materiji (Brisel 1), koja omogućava priznanje sudskih odluka ali samo između država članica EU.

67 Haška konferencija je obrazovala Radnu grupu „Judgment Project“ koja ima za cilj pripremanje teksta multilateralnog instrumenta koji bi regulisao pitanje priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka. Radna grupa, u kojoj su učestvovali

pristupanja Republike Srbije, to takođe moglo predstavljati veoma važan instrument za priznanje odluka domaćih sudova u inostranstvu. Tek bi se u toj situaciji eventualno moglo otvoriti pitanje revizije i ovih odredaba dvostranih ugovora radi usklađivanja sa rešenjima nove konvencije.<sup>68</sup>

### 3. Zaključak

Od zaključenja dvostranih ugovora o pravnoj pomoći u građanskoj materiji sa državama članicama EU proteklo je mnogo godina tokom kojih je došlo do značajnih promena u oblasti međunarodnog privatnog prava. To ima za posledicu da trenutno u Republici Srbiji postoji više paralelnih sistema normi u ovoj oblasti, koji se primenjuju u zavisnosti od toga da li je sa odnosnom državom na snazi višestrani ugovor, dvostrani ugovor ili nacionalni zakon. Situacija je naročito došla do izražaja zbog ratifikacije Haškog protokola i Konvencije 1996 od strane Republike Srbije, kojima je ustanovljen potpuno drugačiji sistem normi u oblasti izdržavanja i roditeljske odgovornosti, u odnosu na onaj koji je predviđen navedenim dvostranim ugovorima. Takođe, nove tendencije u oblasti međunarodnog privatnog prava, koje su uticale i na rešenja uredbi EU kojima je regulisana ova oblast, kao i ZMPP, takođe ukazuju da su kolizione norme i norme o međunarodnoj nadležnosti sadržane u dvostranim ugovorima danas prevaziđene i da ih je potrebno usklađivati sa savremenim tokovima. Slično važi i kada su u pitanju odredbe o pružanju pravne pomoći i obezbeđenju parničnih troškova. Jedini izuzetak predstavljaju odredbe o priznanju i izvršenju sudskih odluka, koje ne odstupaju od važećih zakonskih rešenja i predstavljaju važno sredstvo za priznanje odluka sudova Republike Srbije u pojedinim državama članicama EU.

Sve navedene okolnosti su veoma zbunjujuće ne samo za lica na čije se odnose te norme primenjuju, već i za praktičare (pre svega sudije i advokate) koji sa teškoćom utvrđuju koji propis u konkretnoj situaciji treba primeniti. To dovodi do pravne nesigurnosti i čestih grešaka prilikom primene materijalnog prava, što je jedan od razloga za ukidanje sudskih

---

i predstavnici Republike Srbije, završila je sa radom u oktobru 2015. godine i trenutno je u toku izrada nacrtu konvencije na osnovu teksta koji je pripremila Radna grupa. Ako se usvoji ova konvencija, to će biti prvi takav akt globalnog karaktera koji će omogućiti priznanje i izvršenje presuda u građanskoj i trgovačkoj materiji.

68 Reviziju odredaba dvostranih ugovora po pitanju priznanja i izvršenja sudskih odluka biće nužno razmatrati ukoliko u novoj konvenciji budu predviđeni drugačiji (povoljniji) uslovi i postupak priznanja i izvršenja sudskih odluka.



odluka. Kako bi se rešio navedeni problem, poželjno bi bilo da nadležne institucije Republike Srbije, pre svega Ministarstvo spoljnih poslova i Ministarstvo pravde, što pre, a svakako pre usvajanja ZMPP, izvrše ozbiljnu analizu postojećih dvostranih ugovora u građanskoj materiji sa državama članicama EU i preduzmu aktivnosti u cilju usklađivanja njihovih rešenja sa drugim aktima koji su na snazi ili čije se usvajanje očekuje.

## Literatura

Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G., Pavić, V., Međunarodno privatno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012.

Živković, M., O primeni Haškog protokola o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja u Međunarodnom privatnom pravu Republike Srbije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, broj 65, 2013.

Marjanović, S., Međunarodna nadležnost za sporove o izdržavanju u međunarodnom privatnom pravu Srbije *de lege lata* i *de lege ferenda*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, broj 65, 2013.

Stanivuković, M., Živković, M., Međunarodno privatno pravo, JP „Službeni glasnik“, Beograd, 2013.

Todorović, V., Pravosudna međunarodna pomoć, Projuris, Beograd, 2005.

Todorović, V., Pravosudne bilateralne konvencije, Projuris, Beograd, 2005.

Todorović, V., Pravosudne multilateralne konvencije, Projuris, Beograd, 2005.

Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja („Službeni list SFRJ”, br. 43/82 i 72/82 - ispr. „Službeni list SRJ”, br. 46/96 I „Službeni glasnik RS”, br. 46/2006 - dr. Zakon).

Zakon o potvrđivanju Konvencije o dostavljanju u inostranstvu sudskih i vansudskih akata u građanskim i trgovačkim stvarima od 15. Novembra 1965. godine („Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori“ 1/2010, 13/2013).

Zakon o potvrđivanju Konvencije o izvođenju dokaza u inostranstvu u građanskim i trgovačkim stvarima od 18. marta 1970. godine („Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori“ 1/2010, 13/2013).

Zakon o potvrđivanju protokola o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja („Službeni glasnik RS“ – Međunarodni ugovori br. 1/2013).

Zakon o potvrđivanju Konvencije o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i saradnji u materiji roditeljske odgovornosti i mera za zaštitu dece („Sl. glasnik RS“ – Međunarodni ugovori br. 20/2015).

Zakon o ratifikaciji konvencije o olakšanju međunarodnog pristupa sudovima („Službeni list SFRJ“ – Međunarodni ugovori, br. 4/1988).

Uredba o ratifikaciji konvencije o građanskom postupku („Službeni list FNRJ“ – Dodatak, br. 6/1962).

Ugovor o uzajamnom pravnom saobraćaju između FNR Jugoslavije i Republike Austrije od 16. decembra 1954. godine („Službeni list FNRJ“ – Dodatak, br. 8/1955 i „Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori“, br. 2/83 - dr. zakon).

Sporazum između Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Kraljevine Belgije o pravnoj pomoći u građanskim i trgovačkim stvarima od 24. septembra 1971. godine („Službeni list SFRJ“ – Dodatak, br. 7/1974).

Ugovor između Federativne Narodne Republike Jugoslavije i Narodne Republike Bugarske o uzajamnoj pravnoj pomoći od 23. marta 1956. godine („Službeni list FNRJ“ – Dodatak, br. 1/1957).

Konvencija između Kraljevine Jugoslavije i Velike Britanije o uređenju međusobne pomoći u vođenju postupka u građanskim i trgovačkim stvarima koje su u tečaju ili koje mogu biti u tečaju pred odnosnim sudskim vlastima od 27. februara 1936. godine („Službene novine“ br. 116/1937).

Konvencija između Federativne Narodne Republike Jugoslavije i Kraljevine Grčke o uzajamnim pravnim odnosima od 18. juna 1959. godine („Službeni list FNRJ“ – Dodatak, br. 7/1960).

Konvencija između Federativne Narodne Republike Jugoslavije i Italijanske Republike o uzajamnoj pravnoj pomoći u građanskim i upravnim stvarima od 3. decembra 1960. godine („Službeni list FNRJ“ – Dodatak, br. 5/1963).

Ugovor između Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Republike Kipar o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima od 19. septembra 1984. godine („Službeni list SFRJ“ – Međunarodni ugovori, br. 2/1986).

Ugovor o uzajamnom pravnom saobraćaju između SFR Jugoslavije i NR Mađarske od 7. marta 1968. godine („Službeni list SFRJ“ – Dodatak br. 3/1968, br. 1/1987).

Ugovor između Federativne Narodne Republike Jugoslavije i Narodne Republike Poljske o pravnom saobraćaju u građanskim i krivičnim stvarima od 6. februara 1960. godine („Službeni list SFRJ“ – Dodatak br. 5/1963).

Ugovor između Federativne Narodne Republike Jugoslavije i Rumunske Narodne Republike o pravnoj pomoći od 18. oktobra 1960. godine („Službeni list FNRJ“ – Dodatak broj 8/1961).

Ugovor između Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Čehoslovačke Socijalističke Republike o regulisanju pravnih odnosa u građanskim, porodičnim i krivičnim stvarima od 20. januara 1964. godine („Službeni list SFRJ“ – Dodatak, br. 13/1964).

Ugovor između Republike Srbije i Republike Slovenije o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima od 15. aprila 2011. godine („Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori“, br. 9/2011).

Sporazum između Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Francuske Republike o olakšanju primene Haške konvencije o građanskom postupku od 1. marta 1954. godine („Službeni list SFRJ – Dodatak, br. 21/1971); Konvencija o nadležnosti i o zakonu koji se primenjuje u oblasti ličnog i porodičnog prava između SFR Jugoslavije i Francuske Republike od 18. maja 1971. godine („Službeni list SFRJ“, broj 55/1972).

Ugovor između Savezne Republike Jugoslavije i Republike Hrvatske o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima od 15. Septembra 1997. godine („Službeni list SRJ“ – Međunarodni ugovori, br. 1/1998).

Ugovor između Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Čehoslovačke Socijalističke Republike o regulisanju pravnih odnosa u građanskim, porodičnim i krivičnim stvarima od 20. januara 1964. godine („Službeni list SFRJ“ – Dodatak, br. 13/1964).

Sporazum između Federativne Narodne Republike Jugoslavije i Kraljevine Grčke o uzajamnom priznavanju i izvršenju sudskih odluka od 18. juna 1959. godine („Službeni list FNRJ“ – Dodatak, br. 6/1960).

Konvencija između Vlade Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Vlade Francuske Republike o priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima od 18. maja 1971. godine („Službeni list SFRJ“ – Dodatak, br. 7/1972).

Sporazum između Federativne Narodne Republike Jugoslavije i Republike Austrije o uzajamnom priznavanju i izvršenju odluka o izdržavanju od 10. oktobra 1961. godine („Službeni list SFRJ“ – Dodatak, br. 2/1963).

Konvencija između Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Kraljevine Belgije o priznanju i izvršenju sudskih odluka o izdržavanju od 12. decembra 1973. godine („Službeni list SFRJ“ – Dodatak, br. 45/1976).

**Snežana Đurđević,**  
Faculty of Law, University of Niš

**ON THE NEED TO REVISE APPLICABLE BILATERAL TREATIES  
ON LEGAL ASSISTANCE IN CIVIL MATTERS BETWEEN THE  
REPUBLIC OF SERBIA AND EU MEMBER STATES**

**Summary**

*Republic of Serbia has bilateral treaties on legal assistance in civil matters with 15 EU Member States. Many years have passed since the conclusion of all these treaties and significant changes have occurred in the area of Private International Law.*

*In the first place, these changes result from the accession of the Republic of Serbia to certain Conventions of the Hague Conference on Private International Law, development of the EU Private International Law, but also the drafting of new Private International Law Act of the Republic of Serbia. This is why the provisions of bilateral treaties, especially provisions on conflict of laws and international jurisdiction, are not harmonised. In addition, there are several parallel systems of legal norms in the area of Private International Law which apply depending on whether a multilateral treaty, bilateral treaty or national law is in force with the state in question. This situation is causing confusion not only among persons whose relations are regulated by the norms, but also among practitioners (judges and attorneys at law) who have great difficulties in determining which law to apply in a particular case. All this creates legal uncertainty and erroneous application of substantive law, which is one of the grounds on which a judgment may be set aside. In order to solve these problems, competent institutions of the Republic of Serbia should extensively analyse existing bilateral treaties on legal assistance in civil matters with EU Member States and take all necessary steps towards their revision as soon as possible, but certainly before the adoption of the PIL Act of the Republic of Serbia.*

**Keywords:** *bilateral treaty, legal assistance, civil matters, Private International Law, Hague Conference, judicial cooperation, conflict of laws, international jurisdiction and foreign judgment.*



**ZBORNIK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU**  
**SPISAK RECENZENATA U 2016. GODINI**

1. Dr Vesna Knežević-Predić, redovni profesor Fakulteta za političke nauke Univerziteta u Beogradu;
2. Dr Aleksandar Molnar, redovni profesor Filozofskog fakulteta Univerziteta u Beogradu
3. Dr Štefan Pirner, šef odeljenja Nemačke Fondacije za međunarodnu pravnu saradnju, (Deutsche Stiftung für international rechtliche Zusammenarbeit e.V. - IRZ)
4. Dr Tina Pržeska, vanredni profesor Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi“, Univerzitet „Sv. Kiril i Metodija“, Skoplje, Makedonija
5. Dr Ivan Kьosev, docent Pravnog fakulteta Univerzitets „St. Kliment Ohridski“, Sofija, Bugarska
6. Dr Straško Stojanovski, Pravni fakultet Univerzitets „Goce Delčev“, Štip, Makedonija
7. Dr Goran Marković, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu
8. Dr Mustafa Yasan, docent Pravnog fakulteta, Univerziteta Sakarya, Turska
9. Dr Bora Petrović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu
10. Dr Miodrag Simović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj luci;
11. Dr Nevena Petrušić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;  
12. Dr Zoran Lončar, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu;
13. Dr Vladan Mihajlović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini;
14. Dr Dragan Nikolić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
15. Dr Mirko Živković, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
16. Dr Miroslav Lazić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
17. Dr Nebojša Raičević, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
18. Dr Gordana Ilić-Popov, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu;

19. Dr Vuk Radović, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu;
20. Dr Nenad Đurđević, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu;
21. Dr Zoran Radivojević, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
22. Dr Slobodan Orlović, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu;
23. Dr Milena Jovanović-Zatila, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
24. Dr Nataša Stojanović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
25. Dr Dragan Stojanović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
26. Dr Marina Đorđević, redovni profesor Ekonomskog fakulteta Univerziteta u Nišu;
27. Dr Sanja Đajić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu;
28. Dr Irena Pejić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
29. Dr Marina Dimitrijević, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
30. Dr Marijana Pajvančić, redovni profesor Fakulteta za evropske pravno-političke studije u Novom Sadu;
31. Dr Dragan Jovašević, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
32. Dr Maja Nastić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
33. Dr Dejan Vučetić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
34. Dr Marija Đorić, saradnik Instituta za političke studije u Beogradu;
35. Dr Srđan Golubović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
36. Dr Nebojša Randelović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
37. Dr Sreten Jugović, redovni profesor Kriminalističko-policijske akademije u Beogradu;
38. Dr Goran Obradović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
39. Dr Predrag Cvetković, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
40. Dr Mileva Anđelković, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;



41. Dr Ljubica Đorđević, vanredni profesor Fakulteta za evropske pravno-poslovne studije, Novi Sad;
42. Dr Sanja Marjanović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
44. Dr Ljubica Nikolić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
45. Dr Emir Ćorović, docent Departmana za pravne nauke Državnog univerziteta u Novom Pazaru
46. Dr Saša Knežević, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
47. Dr Senad Jašarević, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu;
48. Dr Đorđe Nikolić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
49. Dr Aleksandar Ćirić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
50. Dr Slaviša Kovačević, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
51. Dr Aleksandar Mojašević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
52. Dr Dragiša Drakić, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu;
53. Dr Dušica Miladinović-Stefanović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
54. Dr Dragan Ćorbić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
55. Dr Novak Krstić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
56. Dr Mihajlo Cvetković, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;
57. Dr Slobodanka Perić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini.



## 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</b> ćirilica (Serbian-Cyrillic), (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 sadrži 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> Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, <b>bold</b> .
<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 iskljuće 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 <b>ovde</b> .
<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 OGLEDNI PRIMERAĆ RADA

\* 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 prevođenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava i države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.	(Kelzen, 2010: 56)
Knjiga, Više autora	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.	<b>Prvo citiranje u tekstu:</b> (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 priredivača	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>ulu</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 <a href="#">here</a> .
<b>Paper submission</b>	The papers shall be submitted in electronic format (as an <i>attachment</i> ) to the following address: <a href="mailto:zhornik@prafak.ni.ac.rs">zhornik@prafak.ni.ac.rs</a>

\* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

## CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book (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). <i>Chemical and Surgical Castration</i> . 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). <i>Tipology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher</i> . <i>Sex Abuse</i> . 19 (2). 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). <i>Meiji constitution</i> . In <i>Kodansha Encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institution (as an author)	Statistical Office of the Republic of Serbia, <i>Monthly statistical bulletin</i> , No. 11 (2011)	(Statistical Office RS, 2011)
Legal documents and regulations	Education Act, Official Gazette RS, No. 62 (2004)	<b>Footnote:</b> Article 12. Education Act, Official Gazette RS, 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905; or <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10; or Constitutional Court decision 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-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.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-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>

