

---

UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

---

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ  
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА  
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 72 | ГОДИНА LV | 2016

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

№ 72 | YEAR LV | 2016

НИШ, 2016.

# ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2016.

## Издавач

Правни факултет у Нишу

## За издавача

Проф. др Саша Кнежевић, декан

## Главни и одговорни уредник

Проф. др Ирена Пејић

### Чланови Редакционог одбора из земље

Проф. др Драган Николић  
Проф. др Невена Петрушић  
Проф. др Мирослав Лазић  
Проф. др Марина Димитријевић  
Проф. др Небојша Раичевић  
Доц. др Душица Миладиновић  
Стефановић

### Чланови Редакционог одбора из иностранства

Prof. dr Michael Geistlinger, професор Универзитета, Салцбург, Аустрија  
Проф. др Иванова Светлана Анатолевна, декан Правног факултета Финансијског универзитета Владе Руске федерације  
Проф. др Сашо Георгијевски, професор Правног факултета Јустинијан Први, Скопље, Македонија  
Груцина Людмила Јуревна, доктор правних наука, Катедра грађанског права Финансијског универзитета Владе Руске федерације  
Проф. др Анатолий Капустин, професор Финансијског универзитета Владе Руске федерације  
Prof. dr Isabel S. Marcus, професор Правног факултета Универзитета Бафалоа, Бафало, САД  
Селивон Николай Федосович, академик, председник Међународног трговинског арбитражног суда при Привредно-индустријској комори Украјине  
Проф. др Шагиева Розалина Васильевна, проректор Академије адвокатуре и нотаријата Руске федерације

**Секретар Редакционог одбора:** Милош Прица

**Преводи:** Гордана Игњатовић (енглески)

**Лектура:** Александра Гојковић

**Технички уредник:** Ненад Милошевић

**Штампа:** Медивест, Ниш

Зборник радова Правног факултета у Нишу под називом *Collection of papers, Faculty of Law, Nis* је у пуном тексту доступан у HeinOnline бази података, као и у EBSCO бази Legal Source.

---

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

**COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS**  
NIŠ, 2016

**Publisher:**

Faculty of Law, University of Niš

**For the Publisher:**

Prof. dr Saša Knežević, Dean

**Editor-in-Chief:**

Prof. dr Irena Pejić

Editorial Board of the Law Faculty Journal

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

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

**Editorial Board Members (international):**

Prof. dr Michael Geistlinger, Department of Public International Law, University of Salzburg, Salzburg, Austria  
Prof. dr Иванова Светлана Анатольевна, 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 Груцина Людмила Юрьевна, Civil Law Department, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation  
Prof. dr Анатолий Капустин, 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  
Селивон Николай Федосович, Academician, Chairman of the International Trade Arbitration Court, Ukrainian Chamber of Commerce and Industry, Ukraine  
Prof. dr Шагиева Розалина Васильевна, 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:** Medivest, Niš

---

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš

Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia

Telephone: +381 18 500 201

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

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

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

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



# САДРЖАЈ

Уводна реч.....9

## І ЧЛАНЦИ

### У ФОКУСУ

### ПРАВО ЖЕНЕ НА АНОНИМНИ ПОРОЂАЈ

**Наташа ХАЦИМАНОВИЋ**

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

**Драган СТОЈАНОВИЋ**

Уставни суд у светлу интерпретативних одлука у нормативној контроли.....37

**Војислав ЂУРЂИЋ,**

**Страхиња ДАВИДОВ**

Кривични поступак Републике Србије – између реформе и слома система вредности.....55

**Драган ЈОВАШЕВИЋ**

Примена мере безбедности одузимања предмета.....71

**Горан ОБРАДОВИЋ**

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

**Марина ДИМИТРИЈЕВИЋ**

Комплексност промена у домену управљања јавним расходима..... 105

**Небојша РАИЧЕВИЋ**

Поступак одлучивања о захтеву за азил у праву Европске уније ..... 123

**Душица МИЛАДИНОВИЋ-СТЕФАНОВИЋ**

Прилог расправи о криминализацији прогањања..... 143

**Дарко ДИМОВСКИ**

Криминалитет прогањања – криминолошки и кривично правни аспекти ..... 163

**Михајло ЦВЕТКОВИЋ**

Уговор о коришћењу туђих рачунарских ресурса..... 183

**Марија ЂОРИЋ**

Проблем дефинисања савременог десничарског екстремизма у политичкој теорији.....201

**Страхиња Д. МИЉКОВИЋ**  
О врстама франшизних накнада .....217

**Вуле МИЗДРАКОВИЋ**  
Могуће реперкусије увођења института стечаја појединца.233

**Драгана РАДОВАНОВИЋ**  
Радноправни положај жене која доји.....247

## **II СУДСКА ПРАКСА**

**Михајло ЦВЕТКОВИЋ**  
Незахвалност поклонопримца – како је  
судска пракса допунила законодавца.....265

**Новак КРСТИЋ**  
Како оставински суд треба да поступи када у току  
поступка за расправљање заоставштине учесници  
оспоре уговор о доживотном издржавању.....277

## **III ПРИКАЗИ**

**Александар МОЈАШЕВИЋ**  
Јон Елстер, Како објаснити друштвено понашање:  
још матица и шрафова за друштвене науке, Београд:  
Сл.гласник, 2014. стр. 529.....297

**Филип МИРИЋ**  
Саша С. Кнежевић, Малолетничко кривично право  
(материјално, процесно и извршно), Ниш: Центар за  
публикације Правног факултета у Нишу, 2010. 376 стр. ...303

## **IV IN MEMORIAM**

**Иван ИЛИЋ**  
Проф. др Чедомир Стевановић (1928-2016) .....307

## **V РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА**

**Урош ЗДРАВКОВИЋ**  
Решавање спорова пред Светском трговинском  
организацијом и границе меродавног права..... 311

**Ђорђе МАРИЛОВИЋ**  
Порескоправни аспекти могућности заштите  
ћирилице у телекомуникацијама.....329

**Јована БРАШИЋ**  
Правни положај и питање самосталности Комисије  
за хартије од вредности Републике Србије .....345

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

**Упутство за ауторе.....379**

# CONTENTS

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

## I ARTICLES

### IN FOCUS

#### WOMAN'S RIGHT TO ANONYMOUS CHILDBIRTH

<b>Nataša HADŽIMANOVIĆ</b> Coercion versus Freedom: Confidential and Anonymous Childbirth .....	13
---	----

<b>Dragan STOJANOVIĆ</b> The Constitutional Court in light of Interpretive decisions in normative control proceedings.....	37
--	----

<b>Vojislav ĐURĐIĆ,</b> <b>Strahinja DAVIDOV</b> Between the Reform and the Value system breakdown.....	55
---	----

<b>Dragan JOVAŠEVIĆ</b> The application of the safety measure of Forfeiture of Instrumenta sceleris .....	71
---	----

<b>Goran OBRADOVIĆ</b> Rerum Novarum Плана Јава XIII .....	93
---	----

<b>Marina DIMITRIJEVIĆ</b> The complexity of changes in the Domain of managing Public expenditures.....	105
---	-----

<b>Nebojša RAIČEVIĆ</b> Asylum procedure in EU Law .....	123
---	-----

<b>Dušica MILADINOVIĆ-STEFANOVIĆ</b> Contribution to the discussion on the Criminalization of Stalking .....	143
--	-----

<b>Darko DIMOVSKI</b> Stalking: Criminological and Criminal law aspects .....	163
--	-----

<b>Mihajlo CVETKOVIĆ</b> Contract on using Computer resources of Another.....	183
--	-----

<b>Marija ĐORIĆ</b> The problem of defining Contemporary right-wing extremism in Political theory .....	201
---	-----

<b>Strahinja D. MILJKOVIĆ</b>	
On the types of Franchisee fees .....	217
<b>Vule MIZDRAKOVIĆ</b>	
Possible Ramifications of introducing The Institute of Personal Bankruptcy: The Usa experience .....	233
<b>Dragana RADOVANOVIĆ</b>	
The Status of a breastfeeding Woman in Labour law.....	247

## II JUDICIAL PRACTICE

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

## III REVIEW

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

## IV IN MEMORIAM

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

## V PHD STUDENTS' PAPERS

<b>Uroš ZDRAVKOVIĆ</b>	
Dispute settlement system under the World Trade Organization and Borderlines of Applicable law.....	311
<b>Đorđe MARILOVIĆ</b>	
The Protection of the Cyrillic alphabet in telecommunications: Taxation aspects.....	329
<b>Jovana BRAŠIĆ</b>	
Legal status and Independence of the Commission of Securities in The Republic Of Serbia .....	345
<b>Suzana NASHKOVA</b>	
Преглед обавеза даваоца Know-how лиценце са аспекта македонског Закона о облигационим односима.....	363
<b>Guidelines for Authors.....</b>	381



## Уводна реч

Поштовани читаоци,

Обавештавамо вас да је Зборник радова Правног факултета у Нишу добио јединствену идентификацију електронских докумената преко DOI броја – дигитални идентификатор објекта. Јединствена алфанумеричка ознака додељује се сваком појединачном чланку који је садржан у часопису, а то треба да омогући сталну везу до интернет странице на којој се овај документ налази. Повезивање података о чланцима, DOI бројева и WEB адреса обавља се преко сервиса CrossRef ([www.crossref.org](http://www.crossref.org)). Народна библиотека Србије омогућила је преко KoBSON сервиса проналажење DOI бројева једноставним навођењем референце (или њеног дела), па се тако уз помоћ CrossRef система брзо приступа референцама опремљеним DOI бројем. Стављање нашег научног часописа на листу часописа укључених у doiSerbia, поред присуства у базама HeinOnline и Ebsco, требало би да омогући лакши приступ чланцима и да повећа њихову прегледност и цитираност.

У Нишу, јун, 2016. године

*Проф. др Ирена Пејић,  
главни и одговорни уредник*

## **Editor's Introductory Note**

Dear Readers,

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

Niš, June 2016

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

# ЧЛАНЦИ

---

**У ФОКУСУ**

**ПРАВО ЖЕНЕ НА  
АНОНИМНИ ПОРОЂАЈ**



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

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

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

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

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

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

---

\* hadzimanovic@mpipriv.de

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dabei könnte an die anonyme oder vertrauliche Geburt gedacht werden.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Das bringt ihr Erleichterung.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

Das deutsche Recht sieht aber noch weitere Zwänge vor:

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

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

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

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

---

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

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

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

Welchen Weg geht das französische Recht im Gegensatz dazu?

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

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

Die Mutter wird da also keinem Zwang ausgesetzt.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Das deutsche Recht regelt diese Fragen folgendermaßen:

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

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

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

## **8. Fazit**

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

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

Eine solche Philosophie der Gewaltlosigkeit kann Wunderbares bewirken:

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

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

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

## **Literatur und Material**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Др Наташа Хаџимановић,**

*Виши научни истраживач,*

*Макс Планк Институт за упоредно и међународно приватно право,*

*Хамбург, Немачка*

## **ПРИНУДА ИЛИ СЛОБОДА: ПОВЕРЉИВИ И АНОНИМНИ ПОРОЂАЈ**

### **Резиме**

*Мали број жена се одлучује на анониман порођај ван болнице, као што је и мали број оних које одлуче да напусте новорођенче или га лише живота убрзо након порођаја због озбиљних проблема у развоју детета. Да ли мајке, које желе да оставе своје дете због озбиљних сметњи у развоју, имају законско право на анониман порођај? Одговор на ово питање умногоме зависи од начина на који сви они који су укључени у законодавни процес схватају свет у коме живимо, а првенствено је то ствар културе.*

*Уколико законодавац верује да људи могу своје проблеме најбоље решити без присиле од стране државе, жена никада неће бити приморана да се одрекне свог права на анонимност (анониман порођај) уколико није спремна на мајчинство. Уместо тога, законодавац ће јој омогућити право на анониман порођај, чиме се ни њено здравље ни здравље детета не доводи у опасност. Законодавац ће такође понудити (а не наметнути!) неопходну стучну помоћ како би тим женама олакшали бригу о детету. Законодавац ће такође оставити могућност да се мајка и дете сретну у неком каснијем периоду, уколико за то буду заинтересовани и спремни. Овакав непринудни модел изабрао је законодавац у Француској јер се верује да је мајка свесна својих поступака и да јој треба омогућити ту алтернативу, при чему дете и мајка касније имају могућност да сами одлуче о међусобном односу.*

*Међутим, за многе људе, такво решење је незамисливо јер није у складу са њиховим разумевањем света, где је закон средство присиле које приморава људе да се понашају на одређени начин нарочито када је реч о основним питањима као што је право на информацију о сопственом пореклу.*

*Суочено са актуелним проблемом напуштених беба, немачко законодавство је дошло до компромисног решења које омогућава женама право на поверљив али не и анониман порођај. Деца имају право да траже податке о свом пореклу, али искључиво уколико њихов интерес да сазнају своје порекло има превагу над интересом мајке да остане анонимна. Немачки законодавац се, дакле, определио за блажу форму принуде.*

*У том контексту, поставља се питање које решења је најсврхисходније.*

*Занимљиво је видети у недавно спроведеном истраживању да мајке које су имале анониман порођај, а нису биле изложене било каквом притиску или намету против њихове воље, у већини случајева одлучују да задрже дете. Чак и када се одлуче да дају дете на усвајање, оне се у већини случајева не опредељују за анонимно или *incognito* усвајање. Само 5% од укупног броја жена које су имале анониман порођај не желе да открију свој идентитет. По мишљењу аутора, такав резултат не само да представља изненађење него и мало чудо.*

*Може се речи да анонимни порођај у већини случајева једноставно преставља важно средство којим се, у сигурном окружењу, елиминише притисак друштва на већ узнемирене и крајње фрустриране мајке. Из овога произилази да је најбоље решење оно где нема било какве присиле или принуде од стране државе.*

*Пут до људског срца лежи у поштовању а не принуди. Овај принцип би у највећој могућој мери требало интегрисати у законодавство.*

**Кључне речи:** *анониман порођај, поверљив порођај, слобода избора, компаративно породично право, француско право, немачко право.*



**Др Драган Стојановић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу,  
Судија Уставног суда Републике Србије

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

doi:10.5937/zrpfni1672037S

UDK: 342.565.2

Рад примљен: 10.04.2016.

Рад прихваћен: 08.05.2016.

## **УСТАВНИ СУД У СВЕТЛУ ИНТЕРПРЕТАТИВНИХ ОДЛУКА У НОРМАТИВНОЈ КОНТРОЛИ**

**Апстракт:** У систему заснованом на подели власти, због природе своје функције, уставно правосуђе налази своје место на пресеку права и политике. Из овога произлази обавеза уставног судства на строгу политичку неутралност, нарочито према политичким властима, законодавној и извршној. Уставни суд је такође везан принципом поделе власти, тако да је свака његова „политизација“, свако вођење властите политике која нема основа у уставноправној интерпретацији, потпуно неприхватљиво. Имајући у виду новију праксу Уставног суда Републике Србије, у раду ће бити истражене и критички оцењене често примењивање интерпретационе конструкције у нормативној контроли права којима се уставно правосуђе помаже у циљу очувања своје доследно неутралне позиције према легислативи. Посебна пажња биће намењена интерпретативним одлукама Уставног суда којима се, у суштини, закон „спашава“ од касације, али уз неизбежно „позитивно“ деловање Уставног суда. Ове одлуке имају своје догматско полазиште у принципу уставно конформног тумачења закона.

**Кључне речи:** уставни суд, политизација, устав, интерпретација.

### **1. Општи приступ**

У рационализованом парламентарном моделу власти, дакле, систему државне власти заснованом на принципу поделе, узајамне контроле и равнотеже власти, уздицањем начела уставности изнад принципа парламентарне супремације, уставном судству је намењена посебна улога.

---

\* stojand@prafak.ni.ac.rs

Ова институција добија општи задатак да провером најзначајнијих манифестационих форми правних функција, како стварања, тако и примене права, тј. својеврсном контролом законодавне, извршне и судске власти, гарантује примат и интегритет устава, највише рангираног права у државној јединици.

Природу и карактер уставносудске функције *ab initio* одређују природа и значај уставних спорова које уставни судови принципијелно решавају. Ти спорови показују се, по правилу, као сукоби генералних норми различитог степена општости или као сукоби између највиших државних органа настали вршењем уставом додељених компетенција, који такође захтевају уставноправно разрешење. У све већем броју држава уставни спор обухвата такође побијање уставности појединачних аката и радњи јавне власти због повреде Уставом гарантованих права. У овом случају; изјављивањем посебног правног средства – уставне жалбе, оспорена је усклађеност судских одлука са „специфичним“ уставним правом.

Због свог значаја за државни живот функција уставног правосуђа се налази у посебном односу према законодавној, извршној и судској функцији. Док у једном случају коригује законодавну, односно функцију стварања права уопште, дотле се у другом случају појављује као специфична правна контрола, специјално испитивање уставноправне ваљаности судских одлука. Заједничко за обе ситуације је да се за искључиво мерило провере узима једино важећи устав, било у целини било само онај његов део који поставља „систем“ основних права човека. Како „позитивно“ уставносудско испитивање у датом случају обавезно прати санкција према предмету контроле, произлази да уставно правосуђе, функција уставне контроле, представља потпуно независну функцију власти. По неким мишљењима, уставно правосуђе или уставно судство има квалитет четврте гране државне власти (Вучић: 2010: 21). У Немачкој, међутим, уставно судство се у организационом погледу сматра делом судске власти, без обзира на све посебности које се признају или се могу извести из функције уставног правосуђа.<sup>1</sup>

## 2. Место уставног правосуђа на „пресеку права и политике“

Смисао и најопштији циљ уставног правосуђа је чување и одржање права највишег ранга. Начелно, ову мисију уставни суд би требало искључиво да остварује вршењем правне, а не примењивањем политичке контроле,

---

1 Према Основном закону (GG, 92), „судска власт је поверена судијама; врше је Савезни уставни суд, савезни судови предвиђени овим Основним законом и земаљски судови“ Ово је први члан одељка IX Основног закона који има наслов „Правосуђе“ („Rechtsprechung“).

која се остварује у односима између политичких државних органа, као што су, на пример, парламент и влада. У поступку уставне контроле норми уставни суд не испитује да ли је законодавац или други доносилац генералних норми користио своја овлашћења политички разумно, опортуно или целисходно. Његов је задатак једино да провери да ли се нормотворац придржавао уставноправних и законских граница које су постављене његовој слободи правног обликовања животних односа.

Правна ограничења контролне и корективне компетенције уставног суда произлазе из његове најопштије функције. Уставни суд треба да буде „чувар“ устава, негде и закона, али не може да буде гарант читавог права. То значи да у поступку провере и испитивања норми, било општих било појединачних, уставни суд може да примењује, као мерило испитивања, једино устав, негде још међународни уговор и закон. С друге стране, одлучивањем о уставним жалбама, на пример, уставни суд не може, као ревизиона судска инстанца, да утврђује и отклања било које недостатке или погрешке у судској одлуци. Принципијелно, уставно правосуђе би требало да интервенише само онда и уколико су тумачење и примена права у судској одлуци супротни уставу, односно уставом гарантованим правима. Овај критеријум разграничења ипак даје значајан слободни простор унутар кога се уставни суд руководи начелом да уставна контрола мора да буде утолико интензивнија уколико једна општа норма или њена примена више захвата у заштићено подручје гарантованих права.

Јудикатура о уставу уопште, као и у институционалном погледу самостално уставно судство, претпоставља да је устав непосредно применљиво, обавезујуће право највишег ранга. Из овога следи да уставносудска заштита устава не би могла да иде даље од правног квалитета устава и његовог посебног ранга. Уставни суд је дужан да штити једино нормативну супстанцу устава, тако да се мора прихватити да су сва подручја устава која немају нормативни или јустицијални квалитет, на пример, програмске и директивне норме, политичке и моралне констатације и слични неправни садржаји устава, по правилу изузети од уставносудске контроле и заштите. С друге стране, није спорно да о питањима да ли се доиста ради о нејустицијалним, политичким, моралним или другим неправним подручјима устава, као и о томе где се налазе њихове границе, одлучују уставни судови у поступку нормативне контроле, а не политички државни органи. Уставни суд, дакле, мора увек да настоји да политику остави у њеном властитом подручју, изван уставноправног оквира у коме она може потпуно слободно да делује. Не би смело да се изгуби из вида да уставни суд није замишљен као политички орган, ни по свом саставу ни по процедурама којима остварује своју мисију.

Начело демократије принципијелно иде заједно са начелом владавине права, у чијој служби се заправо налази само уставно судство. Обично су ова начела државноправног поретка комплементарна једно другоме, најчешће се складно допуњују. Међутим, није искључено да се повремено међу њима јављају односи неусклађености, напетости, па и директних сукобљавања. Ти случајеви напетости и супротности између начела демократије и владавине права једино се могу разрешавати одмеравањем, што значи давањем у конкретном случају предности једноме од ових начела. У случају касације закона, на пример, очигледно је да се одлуком уставног суда даје предност владавини (уставног) права на рачун демократског одлучивања законодавца.

Уставни суд није политички орган. Без обзира што не води политику, извесно је да се са њом налази у мање или више блиском односу. Уставни спорови често се показују као стварни или привидни политички спорови, посебно ако се имају у виду последице које одлуке уставног суда изазивају у уставној стварности. У ствари, уставно судство је настало како би снагом судског ауторитета било у стању да испита акте политике који развијају правна дејства, одлуке владе и законодавне акте парламента, који немају „чисто“ политички карактер, и да те акте евентуално анулира, декларише неважећим, због њихове несагласности са уставом. То значи да је установљавањем уставног судовања заправо институционализована правна контрола политике. На овај начин раскида се са правном традицијом начелног очувања ригидне судске неутралности према питањима која улазе у домен политичке целисходности. У модерној конституционој држави тај ексклузивни политички простор који је у свему изузет од уставне, и уопште правне контроле, све се више сужава. Може се тврдити да је појава уставног судства управо израз промењеног разумевања односа политике, односно демократије, као њеног легитимационог основа, према правној државности, посебно када се има у виду свагда напети однос између захтева за „приматом политике над правом“ и супротног захтева за владавином права, што значи „приматом права над политиком“. Са идејом чврстог устава, коју је пратила појава и изградња уставног судства, сада се овај однос између политике и права разрешава у корист (политичког) права, тачније уставног права.

За сваки уставни суд може да се прихвати констатација *Герхарда Лајбхолца* да се место уставног суда налази на „пресеку права и политике“ (*Leibholz*, 1974). Да и међу самим члановима уставних судовима постоји јасна свест о преплитању и напетом односу права и политике, потврђују речи некадашње председнице немачког Савезног уставног суда *Јуте Лимбах* да овај суд „представља истакнути фактор у политичком процесу“. Док је *Ернст*



*Бенда*, још један бивши председник Савезног уставног суда, говорећи о односу права и политике, употребио метафору да се овде, у ствари, ради о „агрегатним стањима исте ствари,“ (Häberle, 1996: 8), дотле *Ерхард Мок* с правом констатује „различиту густину нормативног прожимања и различиту меру обавезности“ која припада праву, с једне, и политици с друге стране; право, као „очврснули део прошле политике, поставља садашњој (политици) садржајне границе“ (Häberle, 1996: 8). Ако се прихвати ова оријентација, онда је очигледна далекосежна еволуција у односу политике према праву: право је данас, како каже *Петер Хеберле*, политика од јуче, политика данас, право је сутра (Häberle, 15). Оцењујући валидност актуелног права, уставни суд даје свој ауторитативни суд о прошлој политици која је уобличена „окамењена“ у позитивним правним формама, пре свега, закону и уредби.

Из ове чисто дескриптивне слике, међутим, не могу да се добију никакви строги искази о различитим задацима политике и правосуђа, пи ни конкретна указивања на једино „исправни“ начин и обим деловања уставног суда. Због тога изворна интенција овог промишљања односа политике и уставног суда више лежи у наглашавању узајамности, али и немогућности потпуног садржајног диференцирања, него у апсолутном разграничењу домена политике и домена уставног права. Између ових домена нужно постоје извесне „сиве зоне“ чију природу није увек лако утврдити.

Уставни суд јустицијализује политику, своди је у границе уставног права, али не сме да делује „политички“, нити да се поводи мерилима политике. Ако се руководи политичким резонима, онда се сам понаша као „политичар“, прелазећи прву границу свог поља деловања. Његова функција, дакле, не сме да буде политизована. Неретко упућују се приговори уставном суду да помера тежиште између парламента и правде, тако што се понаша као врховни законодавац или да себе ставља на место уставног законодавца. Са увођењем одлучивања уставних судова о уставним жалбама грађана приговори су постали другачији, али не мање снажни у дисквалификацији претераног судског активизма. Тако се понекад уставном суду приговара да се размахом „од чувара до господара устава“, да делује као „продужена рука опозиције“, да се према судској власти понаша као „супер ревизиона инстанца“, да је „узурпатор судске независности“ итд.<sup>2</sup>

---

2 Понекад се у критици ишло толико далеко да се, на пример, у описивању зависности немачког Савезног уставног суда од политике цинично говорило о „алијанси црвених тога у Карлсруеу са црним политичарима у Бону“. Постојали су, штавише, предлози, онда када се сматрало да се због изразите политизације Савезни уставни суд нашао у озбиљној кризи, да се овај суд суштински реформише, како би се вратио на „прави“, демократски пут уставне контроле. Неки од њих заговарали су чак уки-

Да би доиста вршило функцију неутралне власти, уставно правосуђе свакако не би смело не само да непосредно уђе у политички процес, него ни да прилази превише близу политичком одлучивању. Последње мора у потпуности да буде резервисано за парламент и владу, па и онда када су његови резултати компромитујући за политичку власт или проблематични са аспекта правне државности. Због тога се може прихватити начелни став да је задатак политике и уставног права успостављање „практичне сагласности између различитих правних подручја која су доспела у напети однос“ (Hesse: 1982:31). Мисија уставног суда је да политику регуларно сведе у границе (уставног) права.

Обично је политичка власт неповерљива према уставном суду, управо зато што се сматра да резултати уставне контроле првенствено њој не иду у политички рачун. Актуелна власт је донела или толерисала закон који је проглашен противуставним; њена одговорност постоји у сваком случају. Да би се ова одговорност умањила, уставном суду се понекад замера да делује као „продужена рука“ парламентарне опозиције, да се понаша као „неодговорна власт“. Ова и сличне тврдње су, дабоме, претеране. Када установљава супротност парламентарног закона уставу, уставни суд не следи политичко становиште опозиције о закону, које је пословично негативно, нити даје за право њеном противљењу у поступку доношења закона. У ствари, када се има у виду природа најважнијих уставних спорова, одлуком уставног суда не могу бити задовољне некада опозиција некада парламентарна већина. Ако уставни суд декларише закон уставним, онда се њему приговара да је у служби владајуће већине. Ако пак закон огласи неуставним, онда парламентарна већина тврди да је уставни суд продужена рука опозиције. Природно је, међутим, да терет политичке одговорности носи парламентарна већина, било зато што је та већина у парламенту донела неуставни закон, било зато што благовремено није приступила промени закона који је донео претходни парламентарни састав. То што из ове околности парламентарна опозиција, подржавајући одлуку уставног суда, покушава да извуче максимални политички добитак не може бити разлог да се уставном суду приговара како „помаже“ опозицији. Ни слична тврдња да је уставно судство „неодговорна власт“ која олако приступа касацији закона нити је доказана потврђујућом праксом, нити има неко друго разумно оправдање.

Док се у случају доношења касаторних одлука уставном суду приговара да стаје на страну опозиције, да ништећи законодавну радњу владе утиче

---

дање нормативне контроле или постављање изузетно строгих формалних услова за њено примењивање. Упор. R. Lamprech, /W. Melanowsky, *Richter machen politik*, S. 10/13. Нав. према: (Häberle, 1996: 8).

на њену политичку стабилност, дотле се у случају одбијања да утврди неуставност закона уставном суду приговара да штити власт, тако што толерише њено „очигледно“ неуставно понашање или одлагањем одлучивања реагује прекасно. За тврдњу да је уставни суд „продужена рука“ власти често се траже докази у пракси суда, „изненађујућим“ одлукама којима се не санкционише противуставно понашање јавних власти, одуговлачењу са поступком, закаснелом доношењу одлука, одлагању ступања одлуке на снагу без нарочито оправданих разлога, застајању са поступком, претеривању са декларативним одлукама, па и доношењу интерпретативних одлука којима се „спашава“ закон од касације и др. Због наводно доказане претеране сарадње са политичком влашћу, поједини ауторитети, *Марко Павловић*, на пример, Уставни суд су цинично назвали „услужни суд“. Неки конституционалисти, *Оливера Вучић*, пре свих, сматрају да се пажљивијим увидом понекад може установити постојање „тихе колаборације“ уставних судова са политичким јавним властима. Уколико би такво понашање уставног суда доиста постало његова препознатљива, а тиме предвидљива стална пракса, онда би се неповратно урушио ауторитет ове институције; изгубило би се поверење грађана у независност и делотворност уставног правосуђа.

### **3. „Политизација“ Уставног суда и доктрина судске уздржљивости**

Слично искуствима других уставних судова, Уставни суд није изузет од повремених критичких опаски да политизује своју уставну функцију, било због наводно претераног респектовања законодавне и извршне власти било због активног деловања које је ближе политичком, а не судско-правном резонувању. Док су у једном случају критичке примедбе долазиле углавном од представника уставноправне теорије, која је пословично незадовољна „недостатком храбрости“ Уставног суда да адекватно и правовремено реагује, дотле су у другом случају тон оспоравању уставносудске интерпретације давали било носиоци политичке власти, било њихови опоненти, пре свега указивањем на неке „погрешне“ одлуке Суда. Но, обично су такве тврдње, као и другде, пратиле недвосмислене изјаве лојалности одлукама Уставног суда, тј. изјаве политичара и партијских лидера да ће се, мада „очигледно погрешне,“ одлуке уставног правосуђа ипак поштовати. Упадљиво је, међутим, да изузетно оштра критика праксе Уставног суда, понекад доиста потпуно неоправдана или претерана, није никада ишла толико далеко да би довела у питање саму функцију уставног правосуђа. За Уставни суд никада се није везивала тврдња да је ова институција произвољном или погрешном интерпретацијом сама грубо повредила принцип поделе власти и зашла у поље које је резервисано

за деловање политичких субјеката или да је малициозно повредила ексклузивни домен редовне судске власти. Деловање Уставног суда ипак није квалификовано као узурпација власти, тако да, како политичка, с једне, тако ни научна критика, с друге стране, нису доводиле у питање саму институцију Уставног суда, нити су тражиле његову радикалну уставноправну реконструкцију.

Нема сумње да је Уставни суд до сада јасно исказивао намеру да стриктно поштује доктрину судског ограничења и судске уздржљивости, не само у контроли уставности закона, него и проверавању уставности одлука редовних судова у поступку по уставним жалбама. У последњем случају, дакле, када је реч о контроли уставности одлука редовних судова и провери њихове конформности са основним правима гарантованим Уставом, чини се да је Уставни суд, иако свестан ризика конфронтације са Врховним касационим судом, после извесног колебања, постепено напуштао доктрину ригидне уздржљивости, тражећи ослонац за властити судски активизам у интерпретационим фигурама Суда у Стразбуру. Није искључено, међутим, да му се може замерити да је у појединим случајевима у томе можда отишао предалеко, поступајући као виша судска инстанца.

Када је у питању нормативна контрола права, последњих неколико година све су чешће оцене да је Уставни суд претерао у својој оријентацији ка доктрини судске уздржљивости, избегавајући касацију нормативних аката у којима је јасно била изражена политика Владе. При томе, развијена је у његовој сталној пракси сумњива конструкција „политичких аката“ који измичу уставносудској контроли.<sup>3</sup>

3 Парадни пример за ову праксу Уставног суда је његова одлука *IУо - 247/13* од 19. априла 2013. године („Сл. гласник РС“, број 13/15) којом је одбачен предлог за оцену уставности и законитости парафираног „Првог споразума о принципима који регулишу нормализацију односа“ између Владе Републике Србије и Привремених институција самоуправе у Приштини („Бриселски споразум“). Готово сви значајнији представници уставноправне доктрине (К. Чавошки, Р. Марковић, В. Ђурић, С. Орловић, З. Томић, В. Петров, Т. Маринковић и др.) сматрали су да овај споразум подлеже уставној контроли. Штавише, ни сам суд није био јединствен у овом случају, тако да је чак четири судија издвојило своје противно мишљење (О. Вучић, К. Манојловић Андрић, Б. Ненадић и Д. Стојановић), тврдећи не само да „Бриселски споразум“ подлеже уставносудској контроли, него и да је супротан Уставу. В. издвојена мишљења судија Уставног суда: „Сл. гласник РС“, број 13/15. Конструкција „политичких аката“ коју је Уставни суд развио оценом уставности „Бриселског споразума“ поново је оспорена у заједничком издвојеном мишљењу (Стојановић, Вучић, Манојловић Андрић) на одлуку Уставног суда *IУо-189/13* („Сл. гласник РС“, број 65/15) којом је одбачена иницијатива за оцену уставности закључка Владе о прихватању „Бриселског споразума“ и одлуке Народне скупштине („Сл. гласник РС“, број 38/13) о прихватању извештаја о досадашњем процесу политичког дијалога са привременим институцијама самоуправе у Приштини уз

Када је уопште реч о границама материјалне контроле уставности закона у пракси Уставног суда,<sup>4</sup> имајући у виду веома опрезно, можда превише строго вођење рачуна о домашају принципа поделе власти, може се запазити да је, у светлу пројектованог односа политике и права, Уставни суд на свој начин прихватио доктрину *political question*, коју је својевремено развио амерички *Supreme Cort*.<sup>5</sup>

У пракси Уставног суда ову улогу добила је синтагма „ствар законодавне политике“. Уколико је мишљења да је спорно питање искључиви домен законодавне слободе обликовања, „ствар политике законодавца“, онда ће Уставни суд да одбаци иницијативу или предлог за испитивање материјалне уставности закона, с позивом на одредбе Устава којима је утврђена његова надлежност, као и уставно овлашћење за законодавца да уређује одређене животне односе. У више својих одлука Уставни суд је примењивао овај критеријум, по правилу не објашњавајући ближе због чега је спорно питање оценио као „ствар законодавне политике“.

Управо зато што је необразложена, конструкција да је неко питање „ствар законодавне политике“, да је у датом случају део законодавне политике, може се довести у сумњу. Наводно одустајање од „мешања у законодавну политику“ може да се схвати, и обично се схвата, као тражење каквог-таквог оправдања за одбијање озбиљнијег испитивања уставности закона, што може одвести у „самолишавање Уставног суда обављања своје основне Уставом утврђене надлежности“, лошу праксу, која у коначном исходу има за последицу „маргинализовање основне мисије уставног правосуђа“.<sup>6</sup>

---

посредовање Европске уније, укључујући процес имплементације постигнутих договора.

4 Видети шире о контроли уставности закона у пракси Уставног суд код Босе Ненадић (Ненадић, 2007: 59–87).

5 Једноставно, америчко уставно правосуђе се уздржава од одлучивања о уставности закона ако је мишљења да се ради о питању о коме се одлучује првенствено према политичким гледиштима. При томе, мерило за оцену да би се требало уздржати од уставне контроле није само стварна (не)могућност да се дође до формалне судске одлуке, него је пре у питању прагматични критеријум – потенцијална штета која би за другу власт, законодавца, настала одлуком којом би Суд одбио примену закона. Ако Врховни суд добије на решавање *политичко питање*, односно питање које он сматра политичким, онда одбацује вођење поступка контроле као недопуштено претходно питање, без било каквог материјалног испитивања закона.

6 О. Вучић, *Једна (не)европска одлука Уставног суда? или «О границама слободе парламента и заштити грађана од његове самовоље»*, Правни информатор, Београд, број 3/14, стр. 12. Повод за реакцију судије Вучић била је одлука Уставног суда *IУз-2/10* усвојена 14. марта 2013. (*Сл. гласник РС*, број 53/13). Користећи се конструкцијом „ствар законодавне политике“, Уставни суд је једноставно одбио да касира оспорене

Конструкција „политичких аката“ може да иде много даље од формуле „ствар законодавне политике“, јер се њоме може одбити испитивање свих нормативних аката који се налазе у „сивој зони“, општих аката који само привидно опомињу на „чисто“ политичке акте. Прецизније, реч је о општим актима који су делом политичког, али делом правног карактера, јер за адресате утврђују конкретна права и обавезе. Док се у једном случају, дакле, оцењивању да је спорно уређивање „ствар законодавне политике“, мора, бар у извесној мери, ипак ући у питање материјалне уставности, да би се утврдило да ли доиста постоји законодавна слобода обликовања без икаквих уставних ограничења, дотле је у другом случају такво испитивање обично непотребно. Упуштање у материјалну уставност је излишно, ако се једноставно заузме становиште да се не ради о општем акту који подлеже уставносудском испитивању. Тада се интерпретација своди само на доказивање да се не ради о нормативном акту, на описивање његових формалних својстава која му одузимају нормативност. То значи да се конструкцијом „политичких аката“ питање материјалне уставности просто пребацује на терен утврђивања процесних претпоставки за вођење уставносудског поступка. Ако један општи акт Уставни суд значи као „политички акт“, онда неминовно следи констатација да тај акт не може да буде предмет уставносудског испитивања, без обзира на правна дејства која је произвео.

За утврђивање граница уставносудске контроле и њеног односа према легислативи, посебно је значајно настојање Уставног суда да разреши проблем законодавних пропуста или законских празнина. Са њиме се овај суд досада није експлицитно бавио, нити је доносио формалне одлуке у којима би се налазила изричита констатација неуставности због законодавног пропуштања. Напротив, Уставни суд је увек стајао на прећутном становишту да је његова улога у испитивању аката легислативе чисто „негативна“, тако да дуго није прихватао надлежност да неком врстом интерпретативних одлука попуњава законодавне празнине.<sup>7</sup> Уместо тога, по

---

одредбе Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку („Сл. гласник РС“, број 111/09). О. Вучић сматра да је Уставни суд тиме пропустио добру прилику да се упусти у проблем одређивања граница „законодавној моћи парламента“.

7 Први прави изузетак је учињен одлуком IУ-82/07 од 10. септембра 2009. године, којом је извршено оцењивање уставности члана 64 Закона о пољопривредном земљишту, потом одлукама IУз-98/09 од 23. јула 2011. године и IУз-107/01 од 24. новембра 2011. године, којима је оцењивана уставност одредби члана 20ж Закона о приватизацији, односно члана 19 Закона о управним споровима. Иначе, први пут се питање уставносудског попуњавања законодавне празнине у пракси Уставног суда озбиљније поставило приликом оцене уставности одредби члана 43 Закона о избору народних посланика у предмету IУ-42/08, али је Суд утврдио, одлуком коју је донео

окончању поступка, понекад је прибегавао „дописивању“ са Народном скупштином, достављајући јој своја мишљења о остваривању уставности и законитости, указујући, *inter alia*, на спорна питања у вези са применом појединих закона или потребу да се у одређеном правцу измене измене и допуне у постојећем законодавству.

Сметњу за овакву „преписку“ Суда са парламентом није представљала ни околност да је ова активност установљена законом, а не Уставом, који је једини позван да утврђује надлежност уставног правосуђа. Највише право, међутим, не предвиђа као посебну надлежност Уставног суда давање правних мишљења или обавезујућих тумачења, тако да се „дописивање“ са Народном скупштином пре може сматрати својеврсним, саветодавним учествовањем у законодавству, него делом функције уставне контроле. Ова пракса Суда, која се по неким мишљењима сматра „реликтом прошлости“, комплементарном негдашњој позицији уставног судства у систему јединства власти, све се ређе примењује. Тиме ће се свакако заострити проблем законодавних празнина, уопште граница уставног судског испитивања закона, и његовог односа према легислативи. У пређашњем случају, комуникацијом са парламентом по окончању поступка, мада на први поглед не делује тако, Уставни суд је могао јаче да захвата у овлашћења законодавца него при „обичном“ декларисању закона неуставним. Једноставно, у информацијама Уставног суда могли су да се нађу елементи позитивног обликовања, додуше, у форми консултације. У случају оглашавања закона несагласним Уставу, ново обликовање остаје у свему искључива ствар законодавца.<sup>8</sup>

#### **4. Принцип уставно конформног тумачења закона и интерпретативне одлуке**

У устаљеној пракси Уставног суда потврда стриктног поштовања политичке неутралности, уз истовремено вођење рачуна о ауторитету законодавца, може се видети такође у прихватању принципа уставно конформног тумачења закона. Према овом принципу интерпретације који

---

тек 14. априла 2011. године, да се у случају норме која је оспорена заправо ради о привидном законодавном пропусту.

<sup>8</sup> В. о односу Уставног суда према пропустима законодавца: Б. Ненадић/А. Картаг-Одри/К. Манојловић-Андрић, *Проблематика правних празнина у уставној јуриспруденцији – пример Републике Србије*, национални реферат, XIV Конференција уставних судова Европе, на тему: *Проблематика законодавних пропуста у уставној јуриспруденцији*, Вилнус, Литванија, 3 – 6. 6. 2008. године.

је посебно развијен у немачкој и аустријској догматици и јуриспруденцији Савезног уставног суда,<sup>9</sup> уколико је могуће, закон увек треба тумачити тако да је сагласан уставу. Повремена примена искључиво овог принципа интерпретације довела је у пракси актуелног састава Уставног суда до појаве *интерпретативних одлука*.<sup>10</sup> Наиме, у новијој уставној судској пракси понекад се одустаје од испитивања уставности закона, односно доношења касаторне одлуке којом би се утврдила његова супротност Уставу, тако што Уставни суд одбија да прихвати тврдње иницијатора или предлагача о противуставности закона, али при томе даје властито тумачење оспорених законских норми за које налази да је једино исправно, доводећи при томе закон у склад са Уставом. Суд, дакле, неће прогласити закон неуставним због тога што је покретач уставног спора погрешно протумачио закон, тако што му је дао значење које га доводи у сукоб са уставом. При томе, није неопходно да уставно конформно тумачење буде обавезно у складу са субјективном вољом законодавца. У случају када следи овај интерпретациони стил, дакле, констатујући при томе уставност закона, Уставни суд налаже како у примени њега треба исправно протумачити. На одређени начин, креативном интерпретацијом за закон се оснажује презумпција *in dubio pro reo*.<sup>11</sup>

Принцип уставно конформне интерпретације закона може да буде споран, јер такође помера границу према легислативи у корист Уставног суда. У извесном обиму, конформном интерпретацијом Суд преузима за себе позитивну слободу обликовања. Познато је, међутим, да ова интерпретациона метода има своје иманентне и стварне границе. У принципу, интерпретација у смислу уставно конформног тумачења није могућа уколико је очигледно супротна „дословном значењу и смислу“ уставних норми или „законодавном циљу“ (*Hesse:1982:30*).

9 В., о уставно конформном тумачењу закона: К. Hesse, *op. cit.*, стр. 29-32; Maunz, Т./ Zippelius, R., *Deutsches Staatsrecht*, 29. Aufl., München 1994, S.47; Walter, R./Mayer, H., *Bundesverfassungsrecht*, 9. Aufl., Wien 2000, S.64/65; Th. Öhlinger, *Verfassungsrecht*, 4. Aufl., Wien 1999, S. 37–39.

10 В. о интерпретативним одлукама уставних судова, посебно немачког и италијанског, као и Уставног савета у Француској, њиховим правно-политичким коренима и њиховом правном дејству: Т. Маринковић, *Интерпретативне одлуке уставних судова*, Уставни суд Србије – у сусрет новом уставу, Београд 2004, стр. 247–260.

11 Поред одлука Уставног суда наведених у напомени 10) уставно конформно тумачења закона може се наћи и у одлукама Уставног суда: IУз-353/09 од 10. јула 2012. године (Закон о утврђивању надлежности Аутономне Покрајине Војводине), IУо-360/09 од 5. децембра 2013. године (Статут Аутономне Покрајине Војводине), IУз-882/10 од 16. јануара 2014. године (Закон о националним саветима националних мањина) и IУз-40/12 од 11. јула 2014. године (Закон о финансијској подршци породице са децом).



Свака одлука уставног суда у поступку контроле норми заснована је на интерпретацији устава, јер је највише рангирано право основ или мерило провере ваљаности генералних норми. Интерпретативним одлукама се одбија констатација да је генерална норма супротна уставу, али са резервом да се интерпретира једино онако како је њу уставни суд протумачио. Другим речима, афирмише се значење норме које њу доводи у склад са уставом. У сваком другом случају, сваким њеним другачијим тумачењем, генерална норма би се сматрала противном уставу. Интенција је очигледно више на интерпретацији законске норме, тражању њеног дубљег смисла, на „пеглању“ њеног напетог односа према уставној норми, а мање на самом значењу уставне норме.

У теорији се сматра да праксом доношења интерпретативних одлука уставни суд, у суштини, одступа од класичне уставносудске функције, јер својом интерпретацијом заправо далази у ситуацију да дописује текст закона. Уставносудска функција се *grosso modo* манифестује као функција примене устава којој у основи претходи његово тумачење. Несумњиво је да са интерпретативним одлукама она упадљиво добија стваралачки, креативни карактер.

Независно од њиховог спорног правно-стваралачког карактера, сумњивог залажења у домен „позитивног“ законодавства, као и проширивања *inter omnes* дејства са диспозитива на образложење одлуке, интерпретативне одлуке уставних судова имају значајне предности. Њима се релаксира напети однос између Уставног суда и законодавца, јер Уставни суд, уместо да поништава закон, својом интерпретацијом коју ће, захваљујући ауторитету уставног правосуђа, следити органи примене права, закон доводи у склад са уставом. У посебно деликатним ситуацијама одлука уставног суда постаје згодан начин да се успостави баланс између два принципијелно супротстављена захтева: на једној страни, захтев да се очува интегритет устава, на другој, захтев да се не угрожава, ако то није неопходно, ауторитет законодавца. Друга значајна предност интерпретативних одлука види се у томе што се овим одлукама, имајући у виду да нема касације или се она одлаже, спречава стварање правних празнина. Најспорније је, међутим, што не постоји механизам којим би се установило да ли се у пракси примене права доиста поштује уставносудска интерпретација права садржана у овим одлукама. Не може се поуздано утврдити, нити Уставни суд има апарат за проверу извршавања својих одлука, да ли су редовни судови правилно протумачили и применили тумачење уставног суда. Идеално би било за проверу када би пред Уставни суд доспела уставна жалба која се позива на интерпретативну одлуку.

Као и другде, интерпретативне одлуке нашег Уставног суда резултат су праксе самог Суда.<sup>12</sup> Устав и Закон о Уставном суду формално познају једино одлуку касације, утврђивање да је нормативни акт супротан Уставу, односно одлуку којом Суд одбија да ту супротност декларише, независно од тога да ли је предмет проверавања важеће право или је реч о нормативном акту који је иначе већ престао да важи. Дејство касаторне одлуке може да буде одложено, посебним решењем Уставног суда, најдуже за шест месеци. У овом случају постоји сличност са интерпретативном одлуком којом се одлаже поништавајуће дејство. Иначе, код нас не постоји могућност, коју познаје пракса Савезног уставног суда, односно није било случајева да Уставни суд својом одлуком, без утврђивања противуставности, „апелује“ на законодавца да изврши промену закона у одређеном року.<sup>13</sup> Није било ни одлука у којима би Суд изразио мишљење да је закон у тренутку када је био предмет испитивања сагласан Уставу, али да ће сасвим сигурно истеком одређеног времена њему бити супротан. Било је, међутим, појединачних предлога за неком врстом „апел“ одлуке, када се у једном недавном предмету поставила тврдња да ће један закон којим су умањене пензије истеком буџетске године постати супротан Уставу.<sup>14</sup> Ни повремена обраћања Уставног суда парламенту, Народној скупштини, поводом одлучивања о уставности појединих закона, када је Уставни суд, између осталог, указивао на двосмислености појединих законских решења или на погрешно тумачење у њиховој примени, не могу се сматрати интерпретативним одлукама, као ни обавештавање Народне скупштине о томе да надлежни орган није донео општи акт за извршење Устава или закона. Једноставно, ови акти ни по форми ни по садржини не представљају судске одлуке.

Ако се интерпретативне одлуке Уставног суда не разматрају са претежно доктринарног или правно-политичког становишта, него се посматрају искључиво у светлу установљене праксе, онда треба посебно нагласити чињеницу да интерпретативне одлуке у пракси нашег Уставног суда нису нити бројне, нити су по свом значају, домаћају, контраверзама, па и оспоравањима, упоредиве са одлукама старијих уставних судова. Појавиле су се тек пре неколико година и нису изазвале неку претерану пажњу уставне доктрине, малтене нису ни регистроване као нови

12 В. напомене 10) и 14).

13 В. о „апел“ одлуци Савезног уставног суда („Appelentscheidung“), (Maunz, Zippelius, 1994: 362).

14 В. издвојено мишљење судије Драгана М. Стојановића на одлуку Уставног суда IУз-531/14 („Сл. гласник РС“, број 88/15) којом је оцењивана уставност Закона о привременом уређивању начина исплата пензија.

квалитет у деловању Уставног суда. Друго, ове одлуке се ретко појављују као „самосталне“, тј. одлуке које *in toto*, у целости, припадају овом типу судске одлуке. Чешћа је ситуација да се комбинују са касацијом, тако да одлука Уставног суда у том случају у диспозитиву има свој касаторни и свој интерпретативно-одбијајући део, при чему је првим делом обухваћен, по правилу, далеко већи део оспорених норми. Треће, неке интерпретативне одлуке нису имале за циљ једино „спашавање“ законодавца, избегавање настајања стварних или тобожњих празнина или уједначавање судске праксе. У неким случајевима оне су биле својеврсни пут за решавање вертикалног конфликта власти, спора о подели надлежности између централне власти државе и аутономне територијалне јединице, покрајине Војводине.<sup>15</sup> Вредно је пажње поменути такође да су спорови о уставности ових прописа изазвали велику пажњу, додуше, далеко мање у свом интерпретативном него у касаторном делу, како политичара тако и конституционалиста. При томе, имајући у виду да је реч о споровима који прилично добро потврђују оправданост опаске *Герхарда Лајбхолца* да је место уставног суда „на пресеку права и политике“, поводом ових одлука изражена је спремност свих политичких актера да ће их у свему поштовати. То је и учињено доношењем новог Статута АП Војводине.

## 5. Закључак

Може се приметити да новију уставносудску праксу у нормативној контроли обележава оријентација Уставног суда ка таквом начину решавању уставних спорова који ће га удаљити од традиционалне улоге „негативног законодавца“. Та оријентација према функцији „позитивног законодавца“ ипак није битније померила границе испитивања закона и нарушила успостављене односе према легислативи, који усмеравају Уставни суд да и надаље превасходно делује једино према ексцесном законодавству. Да би очувао ауторитет Устава, укључујући одржање функционалне поделе власти која је њиме успостављена, Уставни суд, дакле, себе сматра позван да у највећој могућој мери чува и ауторитет самог законодавца. У томе се, свакако, не може тражити „политизација“ Уставног суда, независно од тога што поједине интерпретационе конструкције, пре свега, „ствар законодаве политике“ и „политички акти“ побуђују сумњу у стварну непристрасност Уставног суда.

---

15 То је био случај са двема већ поменути одлукама Уставног суда у којима се Суд изјашњавао како о уставној надлежности, тако и о организацији власти аутономне покрајине. Првом је оцењивана уставност Закона о утврђивању надлежности АП Војводине, а другом је извршена оцена уставности и законитости Статута, највишег организационог и нормативног акта покрајине.

## Литература

1. Вучић, О., у: Вучић/Петров/Симовић, *Уставни судови бивших југословенских република*, Београд 2010.
2. Вучић, О., *Једна (не)европска одлука Уставног суда? или „О границама слободе парламента и заштити грађана од његове самовоље“*, Правни информатор, Београд, број 3/14.
3. Leibholz, G., *Das Bundesverfassungsgericht im Schnittpunkt von Politik und Recht*, DVBl, 1974.
4. Маринковић, Т., *Интерпретативне одлуке уставних суда*, Уставни суд Србије – у сусрет новом уставу, Београд 2004.
5. Maunz, T./Zippelius, R., *Deutsches Staatsrecht, 29. Aufl.*, München 1994.
6. Ненадић, Б., *Особености контроле уставности закона у Републици Србији*, Зборник радова Правног факултета у Нишу XLIX, Ниш 2007.
7. Ненадић, Б./Картаг-Одри, А./Манојловић-Андрић, К.: *Проблематика правних празнина у уставној јуриспруденцији – пример Републике Србије*, национални реферат за XIV Конференцију уставних суда Европе, на тему: Проблематика законодавних пропуста у уставној јуриспруденцији, Вилнус, Литванија, 3– 6. 6. 2008. године.
8. Стојановић, Д., *Издвојено мишљење на одлуку Уставног суда IУз-531/14* („Сл. гласник РС“, број 88/15).
9. Häberle, P., *Das Bundesverfassungsgericht in der Krise? – Öffentlich – rechtliches, europarechtliches und rechtsphilosophisches Seminar*, Thema: *Das Bundesverfassungsgericht zwischen Recht und Politik*, 1996.
10. Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 13.aufl., Heidelberg 1982.
11. Maunz, T./Zippelius, R., *Deutsches Staatsrecht, 29. Aufl.*, München 1994.

**Dragan Stojanović, LL.D.**

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Judge of the Constitutional Court of Serbia

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

### **Summary**

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

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

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

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

**Др Војислав Ђурђић\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу  
**Др Страхинја Давидов\*\***  
адвокат, Нови Сад

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

doi:10.5937/zrpfni1672055D

UDK: 343.1(497.11)

Рад примљен: 10.04.2016.

Рад прихваћен: 14.05.2016.

## **КРИВИЧНИ ПОСТУПАК РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ – ИЗМЕЂУ РЕФОРМЕ И СЛОМА СИСТЕМА ВРЕДНОСТИ**

**Апстракт:** У овом се раду обрађује веза између текуће реформе домаћег кривичног поступка и преображаја темељних принципа континенталноевропске кривичне процедуре. Напуштајући стандардизоване кодове изражавања кривичнопроцесне науке, аутори верују да су пронашли пут за идентификовање главних узрока феномена који истражују. Централну мисао рада представља теза да је процес правне акултурације, оличен у англофилији која се раширила континенталном кривичнопроцесном науком, само одблесак укупне „моралне ситуације“ данашње западњачке културе. Надолазећи сумрак вредности и морала, као и блага покорност друштвеним кретањима и идејама које долазе из других друштвених наука, најпре су довели до „превредновања вредности“ у англо-америчком акузаторском поступку и потом, ланчано, у поступцима континенталноевропских земаља које се окупљају под заставом „западне цивилизације“.

**Кључне речи:** кривични поступак, превредновање вредности, симулација, правна акултурација.

### **1. Рађање трагедије**

Не верујемо да се варамо кад кажемо да продирање англо-америчких процесних решења у континентално правно подручје представља чин правне акултурације, те да је „велика реконструкција“ континенталноевропског кривичног поступка, која се у наше време може посматрати *in vivo*, последица хегемонистичког положаја који у данашњем глобализованом

\* vojadj@prafak.ni.ac.rs

\*\* strahisakov@gmail.com

свету ужива земља порекла изабране процесне парадигме. У рачун још треба узети и да је означена појава само фрагмент једне шире слике. Да би се то разумело, довољно је послушати коментаре разочараних Европљана: „Након рата у Заливу практична и теоријска дрскост Сједињених Држава нема граница. Не треба се чудити томе што Пол Самјуелсон и његове еминентне колеге са Харварда замишљају да боље знају шта одговара Европи – нарочито оној Европи која одговара Сједињеним Државама – него што то знају сами Европљани“ (Lorenso, 2011: 169).

Не може се, дакле, оспорити да је пенетрација англо-саксонских идеја у „староевропске“ процесне системе широм Континента дочекана под соколовском капом некритичности. Али је, како нама изгледа, истинско обожавање англо-америчког поступка, најраспрострањеније у друштвима некадашњег реалног социјализма. Најистакнутије особине тамошње реформације јесу фанатично приближавање акузаторском моделу поступка и одрицање од начела тражења истине. Може бити, примећујемо иронично, да је за ове земље најбољи избор да прихвате нови процесни модел са истим олакшањем и дивљењем са којим примају G.I.<sup>1</sup>

Опсервирање стања овог проблема у Србији, које је примарни циљ, започећемо подсећањем да је кривични поступак увек огледало датих друштвених прилика и историјских збивања. А Шопенхаур нас је поучио каква су ствар огледала: ако се у њима огледа какав мајмун, не може из њих назад гледати никакав апостол. То донекле објашњава зашто је и на овом плану код нас ситуација онолико туробнија колико је туробнији шири друштвено-економски контекст. Амбиција да се актуелним прописом унесу суштинске промене, највише изражене у биполарној организацији главне расправе и јавнотужилачком концепту претходног поступка, остала је на нивоу неспретне реплике неколико међусобно антиподних узора. У ствари, домаћи су се реформатори показали као онај Хорацијев грнчар што је замишљао химере, а правио лонце, и потврдили какав је неизмеран размак између познавања туђег права и умења користити се тим познавањем.

Како је, питамо живо заинтересовани, створен овај процесни Франкештајн? Тачан одговор на ово питање мораће да гласи: *пре свега због неразумевања да је за успешно калемљење англо-саксонских изданака на стабло континенталноевропског поступка потребно претходно безусловно прихватање концепције поступка као спора странака*. Једно не иде без другог. Мешавина која другачије настаје неизоставно ће представљати

---

1 G.I. је скраћеница која се користи за припаднике америчких војних снага или њихову војну опрему.



блок пун напрслина. Домаћи пропис нуди доказе који то потврђују, а овде ћемо размотрити неколико најмаркантнијих:

1) Жанр институционализације сукоба којем припада акузаторски поступак постулира процесну једнакост странака. Стварање услова за равноправно надметање опонената представља тежак, али сразмерно лакши задатак у систему у којем јавни тужилац није више од заступника жртве, одлуку доносе *ad hoc* ангажовани грађани, а сврха поступка не надилази потребу решавања спора. Када се ради о симетричности у англо-америчком поступку потребно је нагласити још и ово: како би се очувале премисе компетативног модела мора се предупредити *telum adversarii sui* положај окривљеног, то јест, њему се мора омогућити слобода да сам бира хоће ли се сведочењем преобразити у средство доказивања. У домаћем поступку, међутим, окривљени је и даље извор информација о кривичном случају. Његово испитивање стварно је језгро доказног поступка, и та радња, *de facto*, обавезна је у обе фазе првостепеног процеса: и у инквизиционој (у фази истраге) и у адверзијалној фази (на главном претресу). Према томе, он је и даље приморан да трпи одређене метаморфозе које га, барем у одређеним сегментима, претварају у „оружје у рукама противника“. Испољавање афинитета према једностраном службеном истраживању истине у моделу поступка који се истине одриче, представља кобну противречност. Оно је реликт схватања по којем кривични поступак стоји у служби моралног васпитавања грађана, због чега дељење правде изискује помно испитивање, а процесне форме морају бити подређене обезбеђивању одлука које су исправне у меритуму.

2) Ехо једностепеног одлучивања још увек одзвања савременим англо-америчким поступком. У Енглеској и њеном прекоморском продужетку никада се нису развили механизми редовног надзора од стране вишег тела, толико значајни за црквену власт и инквизиторски поступак. Дамашка, на пример, указује „да је у Америци, ако је икад и постојао општи политички консензус, онда то била – и можда још увек јесте – одбојност према бирократији, хијерархијској организацији власти и схватању права као техничке дисциплине, дакле одбојност према основним карактеристикама хијерархијског модела“ (Дамашка, 2008: 47). Савремени облици англо-америчког поступка још увек одају атавистичку црту изражену у карактеристичном „сабијању“ процеса на главну расправу, уз коју припремни и жалбени поступак делују скоро декоративно. А управо то омогућује судији да буде пасивни надзорник страначког надметања. Адверзијална расправа у домаћој режији се, међутим, окончава првостепеном пресудом која *мора* садржати детаљно образложење утврђеног чињеничног стања чију уверљивост преиуспитују

жалбени судови. Кроз ову свеобухватну контролу изворни доносиоци одлука у ствари „уче“ да своје пресуде образложе на начин који ће одолети преиспитивању више инстанце. Свеобухватно проверавање од стране другостепеног суда и његова широка овлашћења намећу првостепеним одлукама црту провизорности, афирмишу нестабилност и асоцирају на инквизиторско *absolutio ab instantia*. Ево два примера како се ова концепцијска противречност конкретизује: протагонисти процеса су сада ослобођени баласта тражења истине, али је суд, иако је доказна иницијатива на странкама, дужан да потпуно утврди чињенично стање. Међутим, биполарна процесна организација искључује несавршености формираног чињеничног стања као основа за изјављивање правног лека. Ту није крај парадоксима: иако је готово лишен могућности да утиче на формирање чињеничне ситуације, расправни суд је дужан да, у случају укидања првостепене одлуке, у поновном поступку предузме све радње на које је указао другостепени суд (*Amplius*: Кнежевић, 2012: 213).

3) Централну, господарећу фазу акузаторског поступка одликује висок степен концентracије. Процес се ослања на усмену расправу, сведочење уживо и континуирано трајање. Супротно овоме, инсталирање билатералне методе извођења доказа и радикална промена претходног поступка у нашем процесном закону нису испраћене одговарајућом променом правила о посредном извођењу доказа на главној расправи. Дисхармонију о којој говоримо прегнантно оцртава поднаслов једног научног рада: „Разрушена начела непосредности и контрадикторности а уведена ‘равноправност’ странака“ (Ђурђић, 2014: 278). Стратешка грешка направљена је објавом да је „кривични поступак покренут доношењем наредбе о спровођењу истраге“<sup>2</sup>, што је у колизији са природом сваког несудског облика истраге. Уместо да се ослобођена стега формализма примарно усмери на сабирање доказа који ће оправдати изношење случаја пред суд, тј. покретање кривичног поступка, ова је варијанта јавнотужилачке истраге и сама интегрални део кривичног поступка, са формом и циљевима својственим напуштеној судској истрази. Тако се у њој и даље изводе докази који могу бити од користи за поступак и чије је извођење целисходно<sup>3</sup>. Припремно рочиште, које је усмерено „ка напред“, јер се на њему пројектује ток и садржина главне расправе, у упоредном праву је углавном претходно рочиште или рочиште за потврђивање оптужнице и окренуто је „унатраг“, тј. односи се на проверу резултата тужиоачевог истраживања. Према томе, ова је процедура штедро наградила тужиоца:

2 Чл. 7 Законика о кривичном поступку («Сл. гласник Републике Србије, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014») – у даљем тексту ЗКП.

3 Чл. 295. ст. 2 ЗКП.

результати које слободно формира без провере долазе на главну расправу на којој имају потенцијалну доказну вредност.<sup>4</sup> Уз све то, задржан је систем контроле оптужбе карактеристичан за поступак са судском истрагом. Једну патологију представља и овлашћење ванпретресног судског већа да нареди допуну или спровођење истраге.<sup>5</sup> Пошто се истрага покреће одлуком против које није допуштен правни лек, произлази да овлашћења која није имао у њеном зачињању, суд добија приликом подизања оптужбе (Ђурђић, 2014: 271–285).

4) Инсталирање јавнотужилачке истраге у домаћи процесни закон додало је правној акултурацији још једну комичну фусноту. Прво што пада у очи када се поглед баци на овај модел претходног поступка јесте његова асиметрична структура настала давањем истражног монопола једној странци (јавном тужиоцу) и маргинализовањем противстранке (окривљеног). Самостално и по сопственој иницијативи, ради задовољавања властитих спознајних потреба, јавни тужилац у форми службене истраге прикупља доказну грађу како би донео одлуку о подизању оптужбе. Не треба нашироко објашњавати како је овакав амбијент изразито неповољан за окривљеног. Није тешко замислити фрустрацију онога који доказне предлоге ставља свом прогонитељу, поготово кад исти има власт да такве предлоге одбије. Не треба заборавити ни да тужилац има право да испитује окривљеног, без обзира на то што му је овај противстранка. Укратко, наспрам јавног тужиоца који у циљу истраживања кривичних дела може доказе прикупљати и применом мера принуде, стоји окривљени који не само да ту могућност нема, него и сам може бити подвргнут таквој принуди. У оној ситуацији када се на тужилачку истрагу надовезује традиционална главна расправа мешовитог типа, што је, на пример, својствено немачкој процедури, проблем кумулације функције прогона и прикупљања доказа покушава се анулирати фикцијом да тужилац није само странка већ и државни орган чији је циљ доношење правилне одлуке, због чега он са истом бригом истражује како оптужне тако и одбрамбене хипотезе. На тај начин улога тужиоца надилази функцију кривичног прогона због чега он уопште и није странка него нека врста парастранке (Roxin, 1998: 88). С том повољном предрасудом о објективном тужиоцу везаном начелом легалитета и главном расправом која суду оставља пуну иницијативу у процесу формирања чињеничне грађе, кривични поступак још колико-толико задржава складну структуру. Заједничке тежње државних органа да у поступку верно репродукују стварност, макар биле и декларативне, представљају копчу која повезује јавнотужилачку

---

4 Чл. 406. ЗКП.

5 Чл. 337. ст. 3 ЗКП.

истрагу и традиционалну главну расправу мешовитог типа. Према томе, инквизиторска нит испољена у настојању да се по службеној дужности стара и о интересима одбране, а све у циљу утврђивања *истине*, барем привидно обезбеђује органско јединство истраге и главног поступка. Евидентне незгоде и овако обликоване процедуре још се више заплићу са бизарним комбиновањем унилатералне тужилачке истраге и адверзијалне главне расправе. То значи да је истрага устројена као једнострана службена делатност тужиоца, а да је главна расправа замишљена као конфликт равноправних странака. Читава концепција дакле почива на дуалистичкој природи јавног тужиоца од којег се очекује да своје диспаратне процесне функције помири невероватном способношћу трансформисања од некакве „парастранке“ претходног поступка (која истражује у интересу истине) до агресивног заступника интереса кривичног прогона.

Ето, дакле, како изгледају стазе и путеви којима је принуђен да се креће јунак наредног одељка.

## 2. Српски Херакле и један „тежак случај“

Српски Херакле није сасвим оригиналан лик: израстао је у судару (наше) збиље са Дворкиновим ловоровим венцем окићеним судијом и дичним представником целе судијске расе. Али пре него што обелоданимо његове људске слабости, дужни смо да коју проговоримо о оригиналу. У основи Дворкинове концепције стоји теорија права као интегритета. Своју идеју он је сликовито приближио примером *романа у ланцу*, где група романописаца пише роман у низу, при чему сваки романописац у ланцу интерпретира поглавља која је добио како би написао ново поглавље, које се тада даје следећем у низу и тако даље (Dvorkin, 2003: 247). Према томе, право као интегритет захтева од судије да себе замисли као аутора у ланцу тог права. Он зна да су друге судије пресуђивале у сличним случајевима и мора да размишља о њиховим пресудама као о делу дуге приче коју мора да интерпретира, а онда да настави да, по свом суду, што боље обликује причу која се одвија (Dvorkin, 2003: 258). Да би изразио ову сложену концепцију, Дворкин је у помоћ позвао Херакла, замишљеног судију са натприродним интелектуалним моћима и стрпљењем, којем је поверио решавање тешких случајева.

Да српски Херакле није јунак пун савршенства и врлина, то је већ напоменуто. Па какав је он? Ако би га морали свести на једну језгровиту формулу која би попут муње осветлила његов карактер, казали би: он је човек који се боји да се на њега не управи дубоко проницљив поглед, он се боји да свој проницљив поглед на штогод управи, он воли да, не мислећи,

преко свега прелети очима. Не може се затајити ни да овај Херакле верује да громове пушта извршна власт, а не Јупитер. Читаоцу неће бити излишно да зна да разматрања из првог наслова за нашег Херакла представљају несхватљиву трансценденталну тајну. Његова перцепција изнетог је перцепција становника Платонове пећине. Ради се о оној шпиљи која има отвор према спољњем свету, али су они који се у њој налазе окренути према зиду тако да не виде друге људе и предмете већ само сенке. Ако би се ко и ослободио, и заслепљен светлошћу погледао стварне облике чије је сенке раније гледао, њему би сенке изгледале стварније од реалних ствари. Тако српски Херакле заувек остаје на нивоу нагађања (εἰκασία), опажајући само сенке стварности и слушајући само одјеке истине. А ако би неко из спољњег света, на пример ми, покушао да уздрма Хераклово поверење у свет сенки, само би себе учинио смешним у његовим очима и ништа друго.

Пред тог и таквог Херакла искрсао је следећи „тежак“ случај: лица *A* (пословођа), *B* (заменик пословође), *Ц* (радник), *Д* (радник) и *E* (радник) су окривљена да су направила мањак, односно да су поткрадали једно правно лице, присвојивши износ од око 2.000.000 динара, и тако извршили кривично дело злоупотреба положаја одговорног лица из чл. 234, ст. 3 КЗ. Окривљени су саслушани у истрази: лице *A* је порицало кривицу, лице *B* је изјавило да је у договору са лицима *Ц* и *Д* вршило поткрадање, лице *Ц* је изјавило да је заједно са *B* и *Д* поткрадало, лице *Д* је изјавило да је поткрадање вршило паралелно: део новца је присвојен у договору са лицем *A*, а део у договору са лицем *B*, лице *E* је порицало кривицу и није теретило друге окривљене. Нико од саокривљених није оптуживао лице *E*. Важно је напоменути и да су једини расположиви докази евидентно постојање мањка и искази осумњичених. Пре отварања главног претреса лица *B*, *Ц*, *Д* и *E* су са тужиоцем склопила споразум о признању кривице. Договор је, у тужиоцевом аранжману, направљен овако: противправна имовинска корист (чија висина представља квалификаторну околност) произвољно је разбијена на два дела – лица *B*, *Ц* и *Д* су осуђена да су заједно са лицем *A* присвојила суму од 1.450.000 дин, док је лице *E* осуђено да је заједно са лицем *A* присвојило око 600.000 дин. Тако су актери у „правној мењачници“ награђени блажом квалификацијом дела,<sup>6</sup> а заузврат су терет кривице свалили на јединог саоптуженика који је нагодбу одбио, иако то током истраге нису чинили. Епилог је, дакле, следећи: пред суд је изведено само

---

6 Чл. 234, ст. 2 Кривичног законика Србије («Сл. гласник Републике Србије», бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014) – у даљем тексту КЗ.

лице А, под оптужбом за најтежи облик овог кривичног дела<sup>7</sup> и учествовање у противправном присвајању целокупног мањка.

На расправи, Херакле је одбио предлог окривљеног да као сведоци буду саслушана првобитно оптужена лица која су се нагодила с тужиоцем, с образложењем да се окривљени према којима је пресуда постала правоснажна не могу испитивати као сведоци будући да је интенција законодавца да се у таквим процесним ситуацијама избегне дуплирање процесних улога (и окривљени и сведок).<sup>8</sup> Шта је тиме постигнуто? Прво, лица која једина имају сазнања о догађају који је предмет суђења неће се ни појавити на главном претресу. Друго, пресуђивач ће остати ускраћен за непосредан утисак о вредности ових доказних средстава. И најважније, окривљеном ће се ускратити право да се лицем к лицу сретне с онима који су га после трговине с тужиоцем оптужили. Не може бити сумње да је Хераклов став дубоко погрешан. Јер, ако закон допушта да се у одређеној ситуацији *могу* прочитати раније дати искази, то никако не значи да се у истој ситуацији *не може* вршити саслушање него се искази *морају* читати. Тим пре што у срцу биполарно организованог главног претреса стоји принцип непосредности. Пошто је судија посматрач страначког двобоја, он суд о победнику мора формирати на темељу сопствених утисака, а не посредним информисањем. Зато је за овакву врсту процедуре читање записника са исказима сведока права јерес, и избегава се кад год је то могуће. Херакле је, међутим, норму „суд може“ узео у облику „суд ће“, што је недопустиво.

Али резонување које је Херакле испољио има своју историју и корене. Несрећни положај у којем се налази (εἰκασία) осујетио га је у спознаји да је са правном акултурацијом образац на који је свикао – а који је почивао на монистичком концепту (види: Ђурђић, Трајковић, 2013: 117–119) да „чињенично стање утврђује само суд који доноси одлуку и да је оно садржано једино у његовој одлуци“ (Grubiša, 1982: 101) – у ствари нестао. У међувремену је тријумфовала *плуралистичка концепција* која „указује на плуралитет истина у судском поступку те на потребу тесне кооперације процесних субјеката (по својој спознајно-теоријској позицији координираних, а не суб/суперодинираних)“ (Uzelac, 1997: 150). Рефлексно и по инерцији, Херакле се и у новим околностима ухватио за стару формулу начинивши од себе лаку мету за критичаре. Јер, „теза да је суд једини субјект утврђивања истине нужно води до заступања официјелности и истражне максиме у судском поступку“, што нас неизоставно ставља

7 Чл. 234, ст. 3 КЗ.

8 Са седнице Кривичног одељења Врховног касационог суда одржане 13. 5. 2014. године, на којој су дати одговори на спорна правна питања нижестепених судова

„пред следећу дилему: или да заступајући начело тражења (материјалне) истине заступамо и појачане инквизиторске елементе, или да се у име диспозитивности и акузаторности одрекнемо начела (материјалне) истине” (Uzelac, 1997: 153). И још горе, испада да Херакле стварно верује у догму, злонамерно инпутирану процесуалистичком стајалишту,<sup>9</sup> о постојању само једне истине која се може изразити у само једном облику. Зато се критичари не устручавају да манифестованом Херакловом држању придају следеће значење: *а) утврђивање чињеничног стања, дакле дохватање истине у судском поступку, ствар је специјалиста, а не „лаика” или „сваког разборитог човека”, б) постоји темељна разлика између истините спознаје у кривичном поступку и другим судским поступцима (нпр. грађанском) где би се као овлашћени спознајнотеоријски субјекти – барем у смислу суконституисања истине – можда могли појавити и други учесници, а не само суд и ц) истинита спознаја у судском поступку условљена је не само општим гносеолошким правилима (логика, искуство, etc.), већ и правом* (Uzelac, 1997: 153).

И тако је несрећни Херакле денунциран да се клања химерама некадашњих совјетских аутора (да је кривични поступак могуће устројити тако да се у њему проналази апсолутна истина), иако је само наивно пожелео да спречи да се исти историјски догађај различито реконструише у више судских одлука.

### 3. Превредновање вредности и губљење равнотеже

Али откуда то да закон и судија, како су овде представљени, уопште постоје? Њих је изнедрио дух времена у којем се уништава стари и ствара нови поредак вредности. Зато овај проблем треба сагледавати у ширим оквирима. Најчешће име за процес разградње утврђених вредности (види: Трајковић, 2012: 212) јесте *постмодернизам*, стил мишљења који препоручује „да слаavimo разлику, плуралитет, шарену и пегаву природу наших култура” (Иглтон, 1997: 47), док свет види као непредвидив, дивергентан, нестабилан и неодређен – што рађа скептицизам у односу на објективност и истину (Иглтон, 1997: 5). Постмодернизам једноставно верује да не постоје поуздани критеријуми за градирање вредности. Свако

---

<sup>9</sup> У процесноправном смислу утврдити чињенично стање значи установљавање у прописаној форми и ауторитативно проглашење од стране за то овлашћеног судског органа у његовој одлуци, постојања или непостојања скупа одређених чињеница на којима се темељи одлучивање у кривичном поступку. Из овога пак излази: *а) да се не могу сматрати утврђеним чињенице које произлазе (ма колико уверљиво) из резултата доказног поступка, али о којима суд није извео исти закључак и б) које чињенице постоје закључује се искључиво у судској одлуци.* (Видети о томе: Grubiša, 1982: 96).

вредносно становиште, дефиниција или образац, доводи се у питање и различито се интерпретира. *Пут од једне интерпретације ка другој, а не пут од грешке ка истини, суштина је постмодернизма* (Видети: Бауман, 1994: 338). Или, да употребимо Будонову кованицу, данашњи свет вредности представља једну врсту „менталног сваштарења (Budon, 2005: 50).

Вирусом постмодернизма инфициран је и судски поступак. *Процес „превредновања вредности“ представља доминантну тенденцију у кривичном процесном праву западног правног круга (којем припадају и англо-амерички и мешовити континентални поступак) и последица је једних истих, напред оцртаних друштвених кретања. У новим условима стари оријентири заказују, и више нису у стању да помогну при избору најбољег циља кривичног поступка, а камоли да укажу на најбољи пут да се до њега стигне. Ствара се нова мапа вредности на којој мање него икада раније постоји „датост“, а још мање „једно и засвагда датост“. У одсуству скале вредности, све постаје легитимно. Када се, дакле, критеријуми за упоређивање вредности једном доведу у питање, тешко је објаснити зашто би се при моделирању кривичног поступка радије определили за процесне облике које поспешују проналажење тачног резултата него за оне коју омогућавају најбржи и најекономичнији пут до окончања процеса, или обрнуто.*

О процесу превредновања вредности најбоље сведоче седименти које је иза себе оставила еволуција англо-америчког поступка. Вековно удовољавање импулсима материјалне правде и правичности, приврженост здраворазумском одлучивању, сензибилитет за детаље конкретног случаја, веровање у импекабилитет одлуке дванаест просветљених људи, постепено је замењено оваквом објавом: „Ми никада не знамо јесмо ли утврдили истину. Нема објективне истине, истина се тек ствара у процесу. Стога је права сврха поступка да се оправда изрицање кривичне санкције. То се постиже тако што се у поступку придржавамо правила *fair* понашања. Из тог придржавања произилази свима прихватљива одлука којој ниједна страна не може приговорити“ (Цитирано према: Даташка, 2001: 3). Додатне доказе нуди генеалогичка страначких нагодби у САД. Године 1865. од Врховног суда чујемо следеће: „Овакав случај је без преседана у нашој историји. Непримерено је тужиоцу и његовој функцији да се нагађа, договара и преговара са окривљеним како би овај признао кривицу. Његов задатак је управо супротан – да пред поротом докаже кривицу окривљеног“ (Цитирано према: Alschuler, 1979: 23). Исти разлози поновљени су и деценију касније: „Правна професија неспојива је са подвалама и интиграма. Битка за правду треба да се води у судници, пред поротом. Све оно што се дешава у тајности, иза затворених врата изазива



сумњу и неповерење јавности“ (Alschuler, 1979: 24). Скоро сто година после, овај суд је још увек сматрао да „правда и слобода не могу бити предмет преговарања и продаје“. <sup>10</sup> Али на истеку шесте декаде прошлог века и Адвокатска комора САД и Комисија за кривично право су поверовале да је давање легитимитета споразуму о признању кривице лек за неефикасно америчко правосуђе. Врховни суд је прихватио сугестију и одмах потом апеловао да се предмети решавају нагодбом странака јер би у супротном држава морала утростручити правосудни буџет и број судија .

Процес промене мерила за упоређивање вредности најпре се јавио у акузаторском поступку јер су погледи на свет и метанарације које су прожете појмовима плурализма и релативизма рођене на подручју важења англо-америчког поступка. С друге стране, инквизиторски принципи мешовитог поступка су били снажнији, слабије савитљиви и стога отпорнији на промене. А „свако је уређење“, како вели Диркем, „препрека преуређењу, и то утолико више што је првобитно уређење постојаније“ (Dirkem, 2012: 87). *Тек је текућа правна акултурација срушила последње бране превредновању вредности и у континенталном поступку.*

Које су последице превредновања вредности? *Најистакнутију представља одрицање од класичне концепције по којој је процедура трагање за истином, а правда се њеном неодрживошћу у условима прекомерне комплексности друштва. Модерним друштвима су недостижни тако високи циљеви који подразумевају да одлуке задобијају легитимитет исправношћу (истинитошћу, праведношћу) свог садржаја. Шта је онда алтернатива? Пошто је створен амбијент у којем се питање истине уопште не може више поставити, јер ништа више није погрешно, али ни истинито, јасно је да алтернативу представља симулација. Јер симулација је, како каже Бодријар, „узајамна неутрализација истинитог и погрешног“ (Bodrijar, 1998: 27). Према томе, функција је поступка да имитирањем тражења правде служи стабилности политичког система. Постмодерни поступак је илузија створена како би заварала јавност, при чему јавност није на то пристала. Његова главна функција је да се спор оконча,<sup>11</sup> незадовољство специфицира и уситни, а протест апсорбује.*

---

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

11 Код неких дивљих племена постојао је обичај да тужиоци оптуженог гађају копљима: ако би сви промашили, он би био проглашен невиним; ако би био погођен, макар само једном, био би проглашен кривим и *читава ствар би била окончана*. Често је примитивни дух прибегавао божјем суду не толико по средњовековној теорији да ће Бог открити кривца колико у нади да ће божји суд, ма како неправедан, *окончати сукоб* који би иначе могао да завађује племе генерацијама.

Да би прегнантније приближили ефекте симулације, искористићемо једну Бодријарову параболу. Византијски иконопоклонци су сматрали да представљају Бога да би увећали његову славу, а заправо су, по Бодријару, симулирајући Бога у сликама прикривали проблем његове егзистенције. „Иза сваке од тих слика, Бог је нестао. Није био мртав, већ је нестао. А то значи да се сам проблем више није постављао. Био је решен симулацијом“ (Bodrijar, 1998: 15). Вратимо ли се на терен права, *лако ћемо увидети да је улога византијских слика додељена идеологији о правичном процесу, која је основно средство симулирања тражења правде у кривичном поступку.*

Како смо уронили у илузију? Нужан услов је да се легитимитет дефинише као генерализована спремност да се унутар одређених граница толеранције прихвати још неодређене одлуке (Luman, 1992: 44). Прихватање значи да, свеједно из којих разлога, одлука постаје премисом понашања оних којих се тиче и да они своја очекивања изнова структуришу у складу са одлуком (Luman, 1992: 43–44). Потом је неупходно неутралисати нестабилности које настају због тога што се према истој ситуацији једни (суд) односе шаблонски, док је за друге (странке) она изузетан доживљај. Зато се мора инсистирати на рутинском, безличном опхођењу „случајем“ како би се одлука приказала као закључак изведен из факата и норми. То одређује начин на који је треба припремити и на који за њу треба припремити учеснике: с одлуком се мора поступати као са нечим што је већ фиксирано, али још није познато (Luman, 1992: 102–103). И не треба се чудити, уверава Луман, што је у јавности проширена негативна стереотипна слика правника и судије. „Она представља релативно нешкодљив вентил. Поступци не стварају само трајне спознаје него и трајна разочарења. Њихова функција није у томе да онемогуће разочарења, већ у томе да неизбежна разочарења салију у коначни облик приватног ресантимана који се шири на дифузан начин и не може постати институција“ (Luman, 1992: 106). А најважније у том имитирању јесте да се неизвесност о томе како ће се поступак завршити, која представља мотор који покреће процес, негује и одржава у животу свом пажњом и свим расположивим средствима церемонијала – на пример тако што се наглашено приказује судска независност и објективност, избегава свако обећање да ће се поступак завршити на одређени начин, и што се таје одлуке које су већ донете. Дакако, и неучесници треба да стекну уверење да се све одвијало на поштен начин, да се озбиљно, исправно и мукотрпно тражила правда и да би и они када би било потребно помоћу ових институција добили своје право. Уколико је тај став фактички распрострањен, или уколико се на основу комуникационе ситуације може претпоставити да је распрострањен, онај ко би хтео да се побуне против обавезујућих одлука не може рачунати на подршку

других. Његова ће се побуна приписати њему самом и неће се сматрати да су заказале институције. Побуна ће се чинити обликом тврдоглавости, неувиђавности или практично неразумног животног става. У условима овакве интерпретације, проблематични се случај не може уопштити већ ће остати за појединца. Како би се поступак отворио за овакво несаучесничко суделовање публице у њему, битно је да буде јаван. Притом је важна приступачност, а не толико и актуелна присутност, истинско одлажење и посматрање поступка. Довољна је општа и неодређена спознаја да се такви поступци стално одвијају и да се, уколико постоји потреба, свако може о њима информисати. Тачно је, додуше, да јавни поступак у најповољнијем случају садржи само фрагменте процеса стварања одлуке. Али и то је довољно да би испунио своју симболичко-експресивну функцију, а та је функција битна како би се доношење одлуке легитимисало (Luman, 1992: 115).

Преостаје само једна неизвесност: до које мере се илузија може умножавати и репродуковати пре него што поступак изгуби сваки смисао?

#### 4. Закључак

*Правна акултурација, превредновање вредности и симулација* термини су без којих се, по нашем суду, не може водити било каква озбиљнија расправа о проблемима модерне кривичне процедуре. Процес преиначења мешовитог кривичног поступка, изазван пенетрацијом англо-америчких процесних решења, представља чин *правне акултурације*. Она је пак одблесак духа времена у којем се уништава стари и ствара нови поредак вредности. Најистакнутије последице *превредновања вредности* јесу: а) одрицање од класичне концепције по којој је процедура трагање за истином и б) проналажење уточишта у *симулацији*: функција постмодерног поступка ограничава се на то да имитирањем тражења правде служи стабилности политичког система, док се као оруђе за стварање ове илузије користи идеологија о правичном процесу.

На крају, изражавамо уверење да су нас увиди до којих смо дошли оспособили за оно што мислимо да учинимо у наставку овог рада који следује: покушаћемо да изложимо ново гледиште на развој кривичне процедуре, другачије или чак супротно од оног које је данас свуда заступљено.

## Литература

- Alschuler, A.W. (1979). Plea Bargaining And Its History. *Columbia Law Review*. Vol. 79(1)
- Бауман, З. (1994). Модернитет, постмодернитет и етика, Трећи програм Радио Београда. 100
- Bodrijar, Ž. (1998). *Savršen zločin*. Beograd: Beogradski krug
- Budon, R. (2005). *Imoralizam*. Podgorica: CID
- Damaška, M. (2008). *Lica pravosuđa i državna vlast – Usporedni prikaz pravosudnih sustava*. Zagreb: Nakladni zavod Globus
- Damaška, M. (2001). *Dokazno pravo u kaznenom postupku: oris novih tendencija*. Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu
- Dvorkin, R. (2003). *Carstvo prava*. Beograd: Filip Višnjić
- Dirkem, E. (2012). *Pravila sociološke metode*. Novi Sad: Mediterran publishing
- Grubiša, M. (1982). *Što znači u procesnom pravnom smislu utvrditi činjenično stanje (činjenice) i tko ga utvrđuje u krivičnom postupku*. Naša zakonitost. 6
- Ђурђић, В. (2014). Кохеретност процесног законика као претпоставка ефикасног кривичног поступка. *Зборник „Право и друштвена стварност“*. Косовска Митровица: Правни факултет Приштина
- Ђурђић, В. Трајковић, М. (2014). О истини у кривичном поступку. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 65. 11–127
- Иглтон, Т. (1997). *Илузије постмодернизма*. Нови Сад: Светови
- Кнежевић, С. (2012). Начело расправности у кривичном поступку. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 62. 207–218
- Lorenzo, E. (2011). *Razočarana Evropa*. Novi Sad: Mediterran publishing
- Luman, N. (1992). *Legitimacija kroz proceduru*. Zagreb: Naprijed
- Roxin, C. (1998). *Strafverfahrensrecht*, 25. Auflage, Munchen: Verlag C.H.Beck
- Трајковић, М. (2012). Вредносна „метармофоза“ права, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 63. 207–216
- Uzelac, A. (1997). *Istina u sudskom postupku*. Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu

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

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

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

### **Summary**

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

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



**Др Драган Јовашевић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

doi:10.5937/zrpfni1672071J

UDK: 343.272

Рад примљен: 16.01.2016.

Рад прихваћен: 02.02.2016.

## **ПРИМЕНА МЕРЕ БЕЗБЕДНОСТИ ОДУЗИМАЊА ПРЕДМЕТА\*\***

**Апстракт:** У сузбијању и спречавању криминалитета уопште, а нарочито имовинског криминалитета, који данас преовладава у структури савременог криминалитета, сва модерна кривична законодавства предвиђају систем различитих кривичних санкција и других мера. Међу њима се по својој природи, карактеру, дејству и значају издвајају имовинске кривичне санкције и мере. С обзиром на специфичан карактер имовинских кривичних дела и личности њихових учинилаца предвиђена је специфична кривична санкција – мера безбедности одузимања предмета, која, поред репресивног, има и изузетно превентивно дејство. Овај рад управо разматра појам, обележја, концепцију, карактеристике и начин изрицања и извршења ове имовинске мере безбедности сходно решењима из Кривичног законика Републике Србије и упоредног кривичног законодавства.

**Кључне речи:** имовински криминалитет, кривичне санкције, мере безбедности, одузимање предмета, кривично дело.

---

\* jovas@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

## 1. Уводна разматрања

Од свог настанка под утицајем учења позитивне и социолошке школе кривичног права, а после увођења у позитивно законодавство 1902. године доношењем Кривичног законика Краљевине Норвешке, мере безбедности представљају посебну врсту кривичних санкција<sup>1</sup> које се могу изрећи свим учиниоцима кривичног дела: пунолетном или малолетном лицу, физичком или правном лицу, лицу које је скривљено или без кривице извршило кривично дело. Ово су најбројније мере у систему кривичних санкција, изразито специјално-превентивног карактера, у оквиру кога заузимају истакнуто место по врстама, обиму примене, карактеру, сврси, садржини, природи и дејству.

Мере безбедности као специфичне кривичне санкције садрже следеће карактеристике: а) оне су средство за заштиту друштва од криминалитета специјално превентивног карактера, б) то су мере којима се учиниоцу кривичног дела одузимају или ограничавају одређена права и слободе; оне се примењују против и мимо воље учиниоца кривичног дела, што указује на њихов принудни карактер, в) прописане су у закону, г) изриче их суд у законом предвиђеном поступку и д) основ њихове примене јесте постојање опасног стања (темибилитет или перикулзитет) код учиниоца дела које се испољава у могућности поновног вршења кривичног дела. Из ових карактеристика произилази да су мере безбедности средство за заштиту друштва од криминалитета предвиђене у закону које изриче суд у законом предвиђеном поступку учиниоцу кривичног дела због његовог опасног стања испољеног кривичним делом и које се састоје у одузимању или ограничавању његових слобода и права.

Примена мера безбедности заснива се на постојању посебног стања опасности које учинилац носи у себи, а које може бити проузроковано биопсихичким или социјалним факторима. То опасно стање представља својство учиниоца кривичног дела. Према члану 78 Кривичног законика Србије (КЗ) сврха мера безбедности у оквиру опште сврхе кривичних санкција јесте да се отклоне стања или услови који могу утицати да учинилац убудуће не врши кривична дела (Лазаревић, 2005: 252–253). Међутим, мере безбедности се не могу применити према лицу код кога постоје таква опасна стања или услови, све док он не учини кривично дело предвиђено у закону, а које произилази из тог опасног стања. Према томе, мере безбедности се могу применити тек пошто је извршено кривично

---

1 Ове мере под називом здравствено-заштитне мере уводи Кривични законик Краљевине Југославије 1929. године, одакле их преузима Општи део Кривичног закона 1947. године.



дело, тј. *post delictum*, а не само на основу постојања опасног стања, тј. *ante delictum*. То значи да се мерама безбедности остварује специјална превенција.

## 2. Појам и врсте мера безбедности

Будући да савремена кривична законодавства предвиђају више различитих мера безбедности, теорија познаје њихове различите поделе, међу којима се посебно истичу следеће: 1) у односу на то да ли се учиниоцу кривичног дела одузима слобода кретања или не, мере безбедности се деле на: а) мере којима се одузима слобода кретања (где спадају различите медицинске мере институционалног карактера) и б) мере којима се не одузима слобода кретања; 2) зависно од добра које се погађа применом мере безбедности, оне се деле на: а) личне мере – којима се учинилац лишава или ограничава у личним слободама и правима (забрана вршења позива, делатности и дужности, забрана управљања моторним возилом, протеривање странца из земље) и б) стварне мере – којима се учинилац лишава или ограничава у стварним, имовинским слободама и правима (одузимање предмета); 3) према карактеру дејства, мере безбедности се деле на: а) елиминаторне мере – којима се учинилац лишавањем слободе кретања елиминише из друштва чиме се постиже ефикасна заштита друштвених добара од таквог лица, б) васпитне мере – које се састоје у примени медицинских, психолошких, педагошких и других поступака према учиниоцу кривичног дела и в) превентивне мере – којима се учинилац ограничава у одређеним правима или делатностима која је претходно злоупотребио за вршење кривичних дела како би се предупредило да их поново злоупотреби; 4) према временском трајању, мере безбедности се деле на: а) временски одређене мере – којима се учинилац за у судској одлуци одређено време лишава или ограничава одређених права или слобода и б) временски неодређене мере – за које се у моменту изрицања не зна унапред колико ће дуго времена бити примењиване; и 5) према категорији учинилаца кривичних дела, мере безбедности се деле на: а) мере које се могу изрећи сваком учиниоцу сваког кривичног дела и б) мере које се изричу одређеним учиниоцима која имају посебна психичка стања и степен душевне поремећености.

Позитивно кривично право Србије познаје више мера безбедности (члан 79 КЗ). То су: 1) обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи, 2) обавезно психијатријско лечење на слободи, 3) обавезно лечење наркомана, 4) обавезно лечење алкохоличара, 5) забрана вршења позива, делатности и дужности, 6) забрана управљања моторним

возилом, 7) одузимање предмета, 8) протеривање странца из земље, 9) јавно објављивање пресуде, 10) забрана приближавања и комуникације са оштећеним и 11) забрана присуствовања одређеним спортским приредбама.

Мере безбедности су врсте кривичних санкција које се могу изрећи само учиниоцу кривичног дела ако су за то у конкретном случају испуњени законом предвиђени услови. Законик о кривичном поступку<sup>2</sup> у глави двадесет првој под називом „Поступци за изрицање мера безбедности“ у чл. 521–536 прописује посебне врсте кривичних поступака у којима се могу изрицати ове кривичне санкције. За примену мера безбедности се у правној теорији истиче да су оне ограничене принципом сразмерности. Овај принцип захтева да се код сваке мере безбедности: а) утврди да ли је она примерена остварењу циља специјалне превенције у конкретном случају, б) да се не изриче тежа мера ако се иста сврха може остварити блажом мером безбедности и в) трајање мере безбедности је у функцији прокламоване сврхе, па њено трајање престаје када је та сврха остварена.

Изрицање мера безбедности је, по правилу, факултативно. Наиме, и кад су испуњени законски услови, суд није дужан да изрекне ове мере, осим у случају примене медицинских, куративних мера: а) обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи, б) обавезно психијатријско лечење на слободи, в) обавезно лечење наркомана и г) обавезно лечење алкохоличара. У одређеним случајевима у посебном делу Кривичног законика код појединих кривичних дела је прописано: а) обавезно одузимање предмета: опојних дрога, оружја, предмета који су произведени кривичним делима против интелектуалне својине и б) забрана управљања моторним возилом код тешких дела против безбедности јавног саобраћаја.

Учиниоцу кривичног дела суд може да изрекне једну или више мера безбедности (кумулација мера). Обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи и обавезно психијатријско лечење на слободи се изричу неурачунљивим учиниоцима кривичног дела (односно противправног дела, које је у закону предвиђено као кривично дело). Уз ове две мере се такође могу изрећи следеће мере безбедности: а) забрана вршења позива, делатности и дужности, б) забрана управљања моторним возилом и в) одузимање предмета. Битно смањено урачунљивом учиниоцу кривичног дела се такође могу изрећи мере: а) обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи и б) обавезно психијатријско лечење на слободи, али не самостално, већ уз казну или уз условну осуду.

---

2 *Сл. гласник РС*, 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14.

Мере безбедности се, по правилу, изричу уз друге кривичне санкције: а) казну, б) условну осуду, в) судску опомену, г) васпитну меру и д) казну малолетничког затвора. Уз казну, условну осуду, судску опомену или у случају када је учинилац кривичног дела ослобођен од казне могу се изрећи следеће мере безбедности: а) обавезно лечење наркомана, б) обавезно лечење алкохоличара, в) забрана вршења позива, делатности и дужности, г) забрана управљања моторним возилом, д) одузимање предмета и ђ) јавно објављивање пресуде. И коначно, мера протеривања странца из земље може се изрећи ако је учиниоцу кривичног дела изречена казна или условна осуда. Мере: а) забрана приближавања и комуникације са оштећеним и б) забрана присуствовања одређеним спортским приредбама, могу се изрећи ако је учиниоцу изречена новчана казна, рад у јавном интересу, одузимање возачке дозволе, условна осуда и судска опомена. Уз васпитне мере и казну малолетничког затвора могу се изрећи све мере безбедности, осим забране вршења позива, делатности и дужности (с тим што се мере: а) обавезног лечења наркомана и б) обавезног лечења алкохоличара, не могу изрећи уз васпитну меру упозорења и усмеравања). Учиниоцу кривичних дела у стицају се може изрећи једна или више мера безбедности ако су претходно утврђене за било које од кривичних дела у стицају. Уз меру безбедности се може изрећи и мера одузимања имовинске користи прибављене кривичним делом.

Мере безбедности могу да застаре, и то: 1) обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи, обавезно психијатријско лечење на слободи, обавезно лечење наркомана, обавезно лечење алкохоличара и одузимање предмета када протекне пет година од дана правноснажности одлуке којом су те мере изречене; и 2) забрана вршења позива, делатности и дужности, забрана управљања моторним возилом и протеривање странца из земље када протекне време за које су те мере изречене. За две новоуведене мере безбедности: а) забрана приближавања и комуникације са оштећеним и б) забрана присуствовања одређеним спортским приредбама, закон ништа не каже у погледу наступања њихове застарелости. На одређене мере безбедности: а) забрана вршења позива, делатности и дужности, б) забрана управљања моторним возилом и в) протеривање странца из земље делују и амнестија и помиловање, с тим што се применом амнестије ове мере безбедности могу укинути, док се помиловањем ове мере могу укинути или се може одредити њихово краће трајање.

### 3. Одузимање предмета

#### *3.1. Историјски развој мере одузимања предмета у Србији*

Први писани правни споменици на подручју данашње Републике Србије: Душанов законик из 1349. и 1354. године, Закон проте Матеје Ненадовића из 1804. године и Карађорђево Криминално законик из 1807. године, не познају одузимање предмета као врсту кривичне санкције према учиниоцима кривичних дела. Први пут је ова специфична санкција уведена у домаћи правни систем доношењем Криминалног (Казнитељног) законика из 1860. године.

Наиме, Криминални (Казнеитељни) законик за Књажество Србију (Николић, 1990: 204) у глави првој под називом „О казнама“, у члану 35, прописивао је да се „кривац може осудити да му се одузму оне ствари које је кривичним делом начинио или којима се за то кривично дело послужио или их је за то наменио ако су оне у његовој својини или својини лица који су му саучесници“. Овако одузете ствари ће се уништити, на „ползу земаљску обратити“, чак и у случају ако кривац умре пре него што је донета пресуда постала извршна.

Кривични законик Краљевине Југославије из 1929. године (Чубински, 1934: 177–178) у глави четвртој под називом „Мере безбедности“, у члану 59, прописује меру одузимања извесних предмета. Применом ове мере безбедности (чиме овај Законик први пут одређује и њену правну природу) одузимају се предмети који су постали каквим кривичним делом или који су били употребљени или су били намењени за извршење каквог кривичног дела. Ови предмети се одузимају од учиниоца кривичног дела или другог учесника под условом да су њихова својина и се то чини у корист Фонда за подизање и поправљање казних завода, завода за васпитање и поправљање и завода за извршење мера безбедности. Њихово одузимање се спроводи у поступку сходно члану 425 Законика о кривичном судском поступку, као и привремено одузимање предмета који у истрази могу постужити као доказ, при чему се ови предмети одузимају од власника или других лица (држалаца). На овај начин одузети предмети се предају „криминалном музеју“, ако су оруђа или предмети за то подесни, уништавају или се чине неупотребљивим, или се продају на најближој судској јавној продаји.

Кривични законик ФНРЈ из 1951. године<sup>3</sup> у систему мера безбедности предвиђених у глави петој, у члану 62, предвиђа одузимање предмета.

---

3 Сл. лист ФНРЈ, 13/51.

Ова мера се састоји у одузимању предмета који су били употребљени или су били намењени или су настали извршењем кривичног дела, ако су својина учиниоца. Но, ови се предмети могу одузети и ако су својина других лица, ако то захтевају интереси опште безбедности или разлози морала. Одузети предмети постају општенародна имовина, па се с обзиром на њихову природу предају криминалистичком музеју или се уништавају. По правилу, ова је мера факултативног карактера, али се законом може прописати и њено обавезно изрицање (Радовановић, 1975: 304–305).

Кривични закон СФРЈ из 1976. године<sup>4</sup> који је са различитим изменама и допунама остао на снази до доношења Кривичног законика Републике Србије (КЗ) из 2005. године, у глави петој под називом „Мере безбедности“, у члану 69, предвиђа одузимање предмета. Сходно законском решењу овом мером се одузимају предмети који су употребљени или су били намењени за извршење кривичног дела или који су настали извршењем кривичног дела ако су својина учиниоца. Но, ови се предмети могу одузети (факултативно) и ако нису у својини учиниоца, ако то захтевају интереси опште безбедности или разлози морала, али се тиме не дира у право трећих лица на накнаду штете од учиниоца. Законом се такође може одредити и обавезно одузимање предмета.

### **3.2. Мера одузимања предмета у позитивном праву Србије**

Одузимање предмета је специфична и једина стварна мера безбедности у савременом кривичном праву Србије, предвиђена у глави шестој под називом „Мере безбедности“, у члану 87, Кривичног законика. Она се састоји у одузимању предмета који је био намењен или употребљен за извршење кривичног дела или који је настао извршењем кривичног дела<sup>5</sup>. У теорији, али и у упоредном кривичном законодавству (Кривични законик Савезне Републике Немачке у седмом одељку, у чл. 73–76а)<sup>6</sup> има схватања према којима би природи и сврси ове мере безбедности више одговарао карактер посебне кривичноправне мере *suī generis* заједно са мером одузимања имовинске користи која је прибављена кривичним делом (Novoselec, 2004: 435).

---

4 Сл. лист СФРЈ, 44/76.

5 Судска пракса бележи да су применом ове мере одузимани следећи предмети: пиштољ рођака који је учинилац неовлашћено носио (решење Окружног суда у Београду Кж. 757/2003); опојне дроге, отрови, оружје и средства за фалсификовање (пресуда Врховног суда Србије Кж. Ок. 7/2005); рачунар без обзира што није власништво учиниоца јер се на њему налазио снимак 160 фотографија порнографске садржине који се односе на малолетницу стару 12 година (пресуда Врховног суда Србије Кж. 453/2006).

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

Указујући на хетерогеност правне природе ове мере, неки аутори сматрају да би њу требало сместити у правне последице осуде (Вашић, 1998:463) јер се ради о мери казненог карактера која је, истина, везана за извршено кривично дело, али се за њену примену не захтева опасност и она има другачији циљ (сврху) него друге мере безбедности. Ова мера је одавно позната у кривичном праву као споредна (допунска) казна, па је чак и данас задржала карактер казне (Томић, 1990: 202–206), јер је њен циљ одмазда (репресија), а садржина – одузимање одређеног имовинског права чија је примена у одређеним ситуацијама обавезна (као што је случај са казнама). Будући да постоје различити основи за одузимање предмета, у теорији има схватања да је одузимање предмета истовремено и мера безбедности и казна јер обједињује елементе обе врсте кривичних санкција (Таховић, 1956: 224), односно да је то посебна судска мера која се изриче у јавном интересу (Кокољ, Лазин, 1986: 102).

Управо због спорне правне природе ове кривичноправне мере, она је у новом Казненом закону Хрватске из 2011. године<sup>7</sup> предвиђена чланом 79 као кривичноправна мера *sui generis*. Ради се о мери која се најчешће не изриче само на основу опасности учиниоца, нити на основу опасности одузетих предмета, већ када је то потребно ради заштите опште сигурности, јавног поретка или из моралних разлога (Павишић, Grozdanić, Veić, 2007: 262–264). Под овим средствима се подразумевају средства било које врсте, материјална или нематеријална, покретна или непокретна, имовинска или неимовинска, као и правни документи којима се доказују права на тим средствима (Turković et al., 2013: 117). То су, управо, предмети чије одузимање обавезно предвиђају члан 12, став 1б и члан 2(д) Конвенције ОУН против транснационалног организованог криминала из 2000. године (Палермо Конвенција).

Применом ове мере одузимају се две врсте предмета. То су:

1) предмети који су употребљени или су намењени за извршење кривичног дела – *instrumenta sceleris* (средства злочина). Овде се ради о предметима којима се учинилац послужио као средством за извршење кривичног дела и која се налазе у каузалној вези са наступелом последицом. То су предмети којима је предузета радња извршења или кажњива припремна радња, односно којима је покушано извршење кривичног дела. Предмети који су намењени за извршење кривичног дела су они предмети којима је учинилац намеравао да изврши планирано кривично дело, које је сам израдио или их је набавио у ову сврху (Срзентић, Стајић, Лазаревић, 1994: 379) и

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

2) предмети који су настали извршењем кривичног дела – *producta sceleris* (производи злочина). Овде се не ради о предметима који представљају корист до које је учинилац дошао извршењем кривичног дела, у ком случају се примењује посебна кривичноправна мера одузимања имовинске користи, већ се ради о предметима који су настали у самом поступку извршења кривичног дела. Сврха примене ове мере је изразито превентивног карактера како би се спречило вршење кривичних дела тим предметима у будућности (Horvatić, 2003: 242–243).

У пракси се код примене ове мере поставило као спорно питање да ли одређени предмети спадају у предмете који су употребљени за извршење кривичног дела, нпр. моторно возило које је употребљено у току вршења кривичног дела. У овом случају је Врховни суд Србије у пресуди број Кж.820/87 заузео становиште да путничко возило које је учинилац користио за одлазак на место извршења крађе не представља предмет употребљен за извршење кривичног дела јер се у смислу примене ове мере безбедности мора радити о предметима помоћу којих је дошло до извршења кривичног дела, а који су, по правилу, такви да по својој природи могу да служе том циљу. То морају бити предмети чија је употреба најуже повезана са законом одређеном радњом извршења конкретног кривичног дела. Ако је пак предмет послужио за предузимање припремних радњи или радњи које су уследиле после извршења кривичног дела, а иначе се не ради о предмету који се по правилу користи за извршење кривичног дела, онда се и не може радити о предмету који је употребљен за извршење кривичног дела (Стојановић, 2002: 120).

Раније је за примену ове мере безбедности било потребно да се ради о предметима који су били у својини учиниоца кривичног дела, што је последњим законским решењем брисано. Да би се ови предмети могли одузети од учиниоца кривичног дела потребно је испуњење следећих алтернативно законом одређених услова (Јовашевић, 2010: 215): а) да постоји опасност да ће се одређени предмет поново употребити за извршење кривичног дела и б) да је ради заштите опште безбедности или из моралних разлога неопходно одузимање предмета (Pavišić, Grozdanić, Veić, 2007: 262–263). Предмети чије одузимање захтевају разлози опште безбедности су они предмети који су опасни, па се иначе и не налазе у слободном промету, али чија употреба може да доведе у опасност живот и тело људи и сигурност њихове имовине (експлозив, отрови, оружје). Разлози морала (Радовановић, 1975: 305) захтевају да се одузму предмети који негативно утичу на јавни морал или његов развој (порнографски списи).

Предмети ће се одузети чак у случајевима када кривични поступак није завршен пресудом којом се оптужени оглашава кривим или решењем о изрицању мере безбедности обавезног психијатријског лечења. У чл. 535–536 Законика о кривичном поступку (ЗКП) је прописан посебан поступак за примену мере безбедности одузимања предмета. Решење о одузимању предмета доноси суд који је и донео одлуку у првом степену. Оно се доставља и власнику предмета (ако је познат) који има право жалбе (члан 536, став 2 ЗКП).

Изрицањем ове мере се не дира у права трећих лица на накнаду штете од учиниоца (Grozđanić, Škorić, Martinović, 2013: 258). Одузимање предмета је, по правилу, факултативно, али закон може одредити и обавезно одузимање предмета код појединих кривичних дела: члан 185 КЗ – предмети порнографске садржине, члан 223 КЗ – фалсификовани новац, члан 224 КЗ – лажне хартије од вредности, члан 225 КЗ – лажне платне картице, члан 226 КЗ – лажни знакови за вредност, члан 227 КЗ – средства за фалсификовање новца, хартија од вредности, знакова за вредност или платних картица итд.

Законом (Ђорђевић, Ђорђевић, 2014: 106) се такође и одређује обавезно уништавање одузетих предмета (члан 87, став 3 КЗ). Другачије решење – факултативно уништавање одузетих предмета – када то зависи од могућности њиховог поновног економског, културног, образовног, научног или уметничког искоришћавања прописује члан 69, став 2 Кривичног законика Швајцарске конфедерације<sup>8</sup>.

Од ове мере безбедности треба разликовати привремено одузимање: а) предмета и исправа који су у вези са сврхом претресања стана и других просторија и б) ствари непознатог власника из чл. 153–154 ЗКП. То је мера обезбеђења материјалних доказа у кривичном поступку. Ови се предмети одузимају од учиниоца кривичног дела или других лица на одређено време ради доказивања чињеница које су у вези са сврхом претресања, а по завршетку кривичног поступка или раније враћају се власницима. Предмети непознатог власника се враћају у року од годину дана лицу које докаже своје власништво или се продају по одредбама извршног поступка (ако се власник не јави или ако се ради о ствари која је подложна квару или је њено чување везано са знатним трошковима), а добијени новац се уноси у буџет Републике Србије.

---

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



#### 4. Одузимање предмета у упоредном кривичном праву

Одузимање предмета као посебну имовинску кривичноправну меру познају и бројна савремена кривична законодавства. Но, различита су решења правне природе и карактера ове мере. Тако се одузимање предмета јавља у више облика као што су: 1) мера безбедности, 2) казна и 3) посебна кривичноправна мера *sui generis*.

Као мера безбедности, одузимање предмета се јавља у следећим законодавствима:

У Босни и Херцеговини одузимање предмета је мера безбедности (члан 74 Кривичног закона БИХ<sup>9</sup>, члан 78 Кривичног закона Федерације БИХ<sup>10</sup>, члан 78 Кривичног закона Брчко Дистрикта БИХ<sup>11</sup> и члан 62 Кривичног закона Републике Српске<sup>12</sup>) којом се одузимају предмети које је учинилац у целини или делимично употребио или наменио као средство за извршење кривичног дела или предмети који су настали извршењем кривичног дела ако су у својини учиниоца. Они се одузимају и када нису у својини учиниоца кривичног дела ако постоји опасност да ће поново бити употребљени за вршење кривичних дела или када је то у циљу заштите опште безбедности или из моралних разлога преко потребно (апсолутно неопходно), али се тиме не дира у право трећих лица на накнаду штете од учиниоца. Одузимање предмета може бити обавезно и факултативно (Бабић, Марковић, 2008: 458–460).

У Црној Гори је одузимање предмета мера безбедности из члана 75 Кривичног законика<sup>13</sup>. Њеном применом се од учиниоца одузимају предмети који су употребљени или су намењени за извршење кривичног дела или предмети који су настали извршењем кривичног дела под условом да су у његовој својини. Уколико то није случај, ови предмети се одузимају и од других физичких или правних лица само ако то захтевају разлози безбедности људи или имовине, разлози морала или ако и даље постоји опасност да ће они бити употребљени за извршење кривичног дела, али се тиме не дира у право трећих лица на накнаду штете од учиниоца. Примена ове мере безбедности је факултативног карактера, али се законом може

---

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

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

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

12 *Sl. glasnik Републике Српске*, 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 и 67/13.

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

одредити и обавезно одузимање предмета у појединим случајевима (Lazarević, Vučković, Vučković, 2004: 193–195).

У Словенији је одузимање предмета предвиђено као мера безбедности у члану 69 Казнеског законика<sup>14</sup>. Ову меру суд изриче уз казну, условну осуду, судску опомену или ослобођење од казне. Њеном применом се одузимају предмети који су употребљени или су били намењени за извршење кривичног дела или предмети који су настали извршењем кривичног дела. Они се могу одузети и када нису у својини учиниоца ако то захтевају разлози опште безбедности или разлози морала. Одузимањем предмета трећа лица не губе право на накнаду штете од учиниоца. Ова мера се може изрећи факултативно или обавезно (Selinšek, 2007: 319).

Грчки Кривични законик (Lolis, Mangakis, 1973: 64) предвиђа одузимање предмета као меру безбедности у члану 76. Она се састоји у одузимању предмета којим је кривично дело извршено или предмета који је био намењен за извршење кривичног дела или предмета који су настали извршењем кривичног дела ако се налазе у својини учиниоца дела или неког од саучесника. Ови се предмети могу одузети од власника, чак и када није осуђен (нпр. ослобођен је од казне) ако то налажу разлози опште безбедности. Предмети се одузимају и од наследника учиниоца кривичног дела ако је одлука о њиховом одузимању постала правоснажна пре његове смрти.

И Кривични законик Италије<sup>15</sup> у члану 240 предвиђа одузимање предмета као стварну меру безбедности. Њеном применом се од учиниоца одузимају предмети који су употребљени или су били намењени за извршење кривичног дела, као и предмети који су настали извршењем кривичног дела, под условом да постоји непосредна веза ових предмета са проузрокованом последицом кривичног дела. Законик познаје факултативно и обавезно одузимање предмета са циљем да се они поново не употребе за вршење кривичних дела.

Као посебна кривичноправна мера *sui generis*, одузимање предмета се јавља у следећим законодавствима:

Кривични законик СР Немачке у седмом одељку, у чл. 74–74б предвиђа одузимање предмета, заједно са одузимањем имовинске користи као посебну кривичноправну меру *sui generis* (Novoselec, 2004: 435). Применом ове мере одузимају се предмети који су настали извршењем кривичног

---

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

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

дела или су били употребљени или су били намењени за извршење или припремање кривичног дела под следећим условима: 1) да је кривично дело учињено са умишљајем, 2) да предмети припадају или да на њих има право учинилац или саучесник у време доношења одлуке и 3) ако с обзиром на врсту предмета и околности постоји опасност да они могу послужити за извршење противправних дела или су иначе општеопасни.

Но, и када наведени услови нису испуњени, ови предмети се могу одузети од лица (члан 74а КЗ – проширено одузимање предмета) коме они припадају или у односу на њих има права: 1) које је из лакомислености допринело да ствар или право постану средство или предмет извршења или припремања кривичног дела и б) ако је предмете стекло на недостојан начин, иако је било свесно околности које дозвољавају меру њиховог одузимања<sup>16</sup>.

У Казненом закону Хрватске из 2011.године<sup>17</sup> одузимање предмета је предвиђено у члану 79 као посебна кривичноправна мера *sui generis*, а не као мера безбедности. У образложењу овог решења се наводи да се она најчешће не изриче на основу опасности учиниоца, нити на основу опасности одузетих предмета. Под овим средствима се подразумевају средства било које врсте, материјална или нематеријална, покретна или непокретна, имовинска или неимовинска, као и правни документи којима се доказују права на тим средствима (Turković et al., 2013: 117). Применом ове мере се одузимају предмети и средства која су била намењена или су употребљена за извршење кривичног дела или су настала његовим извршењем ако постоји опасност да ће се она поново употребити за извршење кривичног дела.

Но, суд може одузети ове предмете и средства и када је њихово одузимање потребно ради заштите опште безбедности, јавног поретка или из моралних разлога (Grozđanić, Škorić, 2009: 2005). Одузети предмети и средства постају власништво Републике Хрватске, али то не утиче на право трећих лица на накнаду штете од учиниоца кривичног дела. Интересантно је решење према коме власник одузетог предмета или средства који није учинилац кривичног дела има право на повраћај предмета и средстава или накнаду њихове тржишне вредности из државног буџета, осим ако је најмање крајњом непажњом допринео да предмет или средство буде намењено или употребљено за извршење кривичног дела или да настане његовим извршењем или ако је прибавио предмет или средство знајући околности које омогућавају њихово одузимање. Изрицање мере

---

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

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

је факултативно, али се законом може прописати и обавезно одузимање предмета или средства.

И у Македонији одузимање предмета представља посебну кривичноправну меру предвиђену у глави седмој под називом „Конфискација (заплена) имовине и имовинске користи и одузимање предмета“, у члану 100а КЗ<sup>18</sup>. Применом ове мере нико не може да задржи или присвоји предмете који су прибављени кривичним делом. Зато се од учиниоца одузимају предмети који су употребљени или су намењени за извршење кривичног дела, без обзира на то да ли су у његовој својини или својини трећег лица, ако то захтевају интереси опште безбедности, јавног здравља или разлози морала.

Предмети се одузимају чак и када због стварних (недоступност учиниоца надлежним државним органима) и правних (застарелост, имунитет, душевна поремећеност настала после извршеног кривичног дела) сметњи није уопште могуће вођење кривичног поступка према учиниоцу кривичног дела (Камбовски, 2006: 769–771). Примена ове мере не утиче на право трећег лица на накнаду штете од учиниоца. Ови се предмети могу одузети и ако постоји опасност да поново буду употребљени за извршење кривичног дела. При томе је закон изричито одредио да се ови предмети неће одузети од трећег лица, осим ако је оно знало или је било дужно или могло да зна да се ради о предметима који су намењени или су употребљени за извршење кривичног дела. Под условима који су предвиђени у ратификованим међународним уговорима, одузети предмети се могу вратити другој држави (Марјановик, 1998: 178).

Као посебну меру, одузимање предмета у члану 69 предвиђа и Кривични законик Швајцарске<sup>19</sup>. Применом ове мере од учиниоца кривичног дела се одузимају предмети који су били намењени или су употребљени за извршење кривичног дела или су настали извршењем кривичног дела ако представљају опасност за јавну безбедност, морал или јавни ред. Одузети предмети се по одлуци суда могу и уништити (Серебреникова, Кузњецова, 2000: 32–33).

На крају, поједина кривична законодавства познају одузимање предмета као казну:

---

18 *Сл. весник на Република Македонија*, 37/96, 80/99, 4/02, 19/04, 81/05, 60/06, 73/06, 7/08, 139/08, 114/09, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 41/14, 115/14 и 132/14.

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

Као казну одузимање предмета познаје Кривични законик Бугарске у члану 53<sup>20</sup>. Ова казна се састоји у одузимању одређених предмета у корист државе од учиниоца кривичног дела без обзира на његову кривицу. Применом ове казне од учиниоца се одузимају предмети: а) који су били намењени или су употребљени за извршење кривичног дела ако је поседовање тих предмета забрањено, б) који припадају учиниоцу кривичног дела, а у посебном делу Законика је прописано њихово обавезно одузимање и в) који су стечени (настали) извршеним кривичним делом. Ако се ови предмети не могу одузети од учиниоца кривичног дела (јер су уништени, изгубљени или се не зна где се налазе), учинилац је обавезан да плати новчани износ вредности тих предмета (Ненов, Стојанов, 1992: 274–276).

На крају, као посебну врсту алтернативне казне, одузимање предмета познаје и Кривични законик Француске. Наиме, у члану 131–6 је предвиђено да суд у поступку одмеравања казне учиниоцу кривичног дела за које је у закону прописана казна затвора, уместо прописане казне може изрећи одузимање предмета. Њеним изрицањем се учиниоцу кривичног дела одузимају одређена имовинска права – предмети које је учинилац употребио или наменио за извршење кривичног дела или предмети који су настали као резултат извршеног кривичног дела (Vouzelle, 1993: 178–179).

## **5. Одузимање имовинске користи прибављене кривичним делом**

Поред стварне мере безбедности одузимања предмета, кривично право Републике Србије (као и бројна друга упоредна законодавства) познају и меру одузимања имовинске користи прибављене кривичним делом.

Мера одузимања имовинске користи је у домаће кривично право уведена 1959. године новелом Кривичног законика ФНРЈ<sup>21</sup>, и то као врста мере безбедности. Као посебна кривичноправна мера *sui generis*, како је данас одређена, она се састоји у одузимању од учиниоца кривичног дела новца, предмета од вредности и сваке друге имовинске користи која је прибављена кривичним делом (чл. 91–92 КЗ). Њена правна природа је спорна, па се у неким кривичним законима јавља као мера безбедности, односно као споредна казна. Ова мера има двојако одређени циљ: а) да нико не може да задржи имовинску корист прибављену кривичним делом и б) да се обештети лице које је оштећено извршеним кривичним делом (под условом да је ово лице познато и да је поднело благовремено имовинскоправни захтев за накнаду причињене штете).

---

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

21 *Сл. лист ФНРЈ, 30/59.*

У основи примене ове мере се налази принцип правичности путем кога се успоставља имовинско (правно и фактичко) стање које је постојало пре извршења кривичног дела. Но, ова мера има и превентивни карактер јер се и само осуђено лице, као и потенцијални учиниоци кривичних дела теже одлучују на извршење кривичног дела (имовинског карактера из лукративних побуда) ако знају да прибављену корист не могу да задрже. Тако ова мера у својој природи садржи и казнене елементе, елементе зла које се наноси учиниоцу дела. Ради се о кривичноправној мери која се изриче супсидијарно одлуком суда само уколико имовинска корист још није враћена или њено одузимање није садржано у преходно досуђеном имовинско-правном захтеву.

Ова имовинска кривичноправна мера се често јављала у домаћој судској пракси о чему сведоче следећи примери: висину имовинске користи прибављене извршењем кривичног дела суд утврђује по службеној дужности и по слободној процени користећи по потреби и мишљење вештака (пресуда Врховног суда Србије Кж. Ок. 7/2005); суд је у обавези да када оптуженог огласи кривим за дело којим је прибављена противправна имовинска корист, пошто утврди њено постојање и висину, у изреци досуди њено одузимање у висини коју је утврдио (решење Врховног суда Србије Кж. 2294/2005); ако суд на основу доказа изведених у току доказног поступка оцени да је умишљајем окривљене било обухваћено остварење збира новчаних износа који су прибављени појединим кривичним делима, извршиће правну преквалификацију дела (решење Врховног суда Србије Кж. 323/2006); уколико суд пропусти да окривљеном, који је оглашен кривим за кривично дело неовлашћене производње и стављања у промет опојних дрога на тај начин што је опојну дрогу препродавао и тиме остварио приходе, изрекне меру одузимања имовинске користи, учинио је повреду кривичног закона у корист окривљеног (пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж. 199/2010); када суд у чињеничном диспозитиву утврди да је код окривљеног пронађен новац који потиче од кривичног дела продаје опојне дроге, тај новац се мора одузети (пресуда Апелационог суда у Београду Кж. 5767/2010).

Издвајање и осамостаљење мере одузимања имовинске користи у посебну кривичноправну меру произлази из чињенице што она нема карактер кривичне санкције коју изриче суд учиниоцу кривичног дела. Дакле, не ради се о примени кривичне санкције, већ о примени правног принципа – о реституцији или успостављању ранијег правног и фактичког стања који истовремено делује и као психолошка принуда на учиниоца да прибављање користи не може да буде мотив за предузимање криминалне делатности. Њена примена се темељи на принципу „*nullum commodum capere potest de*

sua propterea iniuria“ (нико не може да има користи од сопственог злодела). Одузимање имовинске користи треба разликовати од накнаде штете коју остварује оштећено лице, али и од привременог или трајног одузимања имовине сходно Закону о одузимању имовине проистекле из кривичног дела<sup>22</sup>.

Имовинска корист се одузима судском одлуком којом је утврђено извршење кривичног дела<sup>23</sup>. Од учиниоца се обавезно одузима новац, предмети од вредности и друга имовинска корист који су прибављени кривичним делом, а ако одузимање није могуће (нпр. због тога што је предмет уништен, изгубљен или продат непознатом лицу), онда ће се учинилац обавезати: а) да преда у замену другу имовинску корист која одговара вредности имовине прибављене извршењем кривичног дела или проистекле из кривичног дела или б) да плати новчани износ који одговара прибављеној имовинској користи. Имовинска корист прибављена кривичним делом се одузима и од правног или физичког лица на која је пренесена без накнаде или уз накнаду која не одговара стварној вредности. Ова се корист одузима не само од учиниоца кривичног дела, већ и од другог лица које је извршењем кривичног дела такву корист прибавило у конкретном случају (Лазаревић, 2005: 285–289). У вези са применом ове мере у теорији и судској пракси се разматра питање појма имовинске користи. Под овом се коришћу подразумева сваки имовински ефекат који представља противправну добит за учиниоца. То нису само новац и предмети, већ и услуге, коришћење одређених предмета без давања адекватне противвредности, уштеде, имовинска погодовања и сл., дакле, све што има неку имовинску вредност или финансијске ефекте. Изван овог појма су нематеријална погодовања личне природе, осим ако немају непосредне финансијске предности, односно уштеде.

Као друго спорно питање у пракси јавља се утврђивање висине имовинске користи која се мора одузети одлуком надлежног суда. Овде се разликује неколико схватања. Најшире је схватање које тражи да се учиниоцу кривичног дела признају сви трошкови које је имао у вези или поводом извршења кривичног дела, док је насупрот њему схватање према коме учиниоцу не треба признати никакве трошкове, већ му

---

22 *Сл. гласник РС*, 32/13.

23 У вези са овим решењем треба истаћи дилему да ли се ова мера може изрећи према неурачунљивим лицима, малолетницима или лицима која учине противправно дело без кривице (с обзиром на објективно-субјективни појам кривичног дела који произилази из одредби Кривичног законика Србије) будући да тада нема одлуке суда којом је „утврђено извршење кривичног дела“ јер на стран учиниоца недостаје кривица као битни конститутивни елемент појма кривичног дела.

треба одузети целокупну прибављену имовинску корист. Између ових је умерено схватање, према коме се учиниоцу дела при утврђивању висине прибављене имовинске користи морају признати одређени трошкови које је имао у вези извршења кривичног дела, али се ту схватања разилазе у погледу одређивања који су трошкови „оправдани“, односно који трошкови представљају материјални еквивалент за труд учиниоца уложен у радњу извршења кривичног дела или који произилазе из саме природе извршеног дела. Према „теорији салда“ од учиниоца кривичног дела се одузима само „чиста добит“, наиме од укупне вредности коју учинилац оствари извршеним кривичним делом одузимају се нужни трошкови и издаци учиниоца.

## 6. Закључак

Собзиром на то да имовински криминалитет од најстаријих времена до данас у свим савременим правним системима, па и у нашој држави, представља најобимнији део криминалитета уопште логично је да у систему мера друштвене реакције постоји више имовинских кривичноправних мера од којих су неке кривичне санкције, а друге су посебне кривичноправне мере.

Међу кривичним санкцијама, на првом месту, после укидања казне конфискације имовине (коју иначе предвиђају бројна савремена упоредна кривична законодавства, као и релевантни међународни документи ОУН и Савета Европе), новчана казна је најзначајнија имовинска казна која се примењује према учиниоцима ових дела. Она има снажно дестимулативно дејство на учиниоце имовинских кривичних дела који управо ова дела врше руковођени намером прибављања за себе или другог противправне имовинске користи или са побудом користољубља. Но, посебан значај међу санкцијама има и једина стварна мера безбедности – одузимање предмета који су употребљени или су намењени или су настали извршењем кривичног дела, при чему се ова мера примењује факултативно или обавезно, зависно од законом прописаних услова.

Поред ових имовинских санкција, у савременом кривичном праву значајну улогу у сузбијању и спречавању имовинског криминалитета имају још две мере, али које немају карактер имовинске кривичне санкције, иако се и њиховом применом учиниоцу одузимају или ограничавају одређена имовинска права. То су: а) одузимање имовинске користи прибављене кривичним делом и б) одузимање имовине проистекле из кривичног дела.



## Литература

- Бабић, М., Марковић, И. (2008). *Кривично право. Општи део*. Бања Лука: Правни факултет
- Ваčić, F. (1998). *Kazneno pravo, Opći dio*. Zagreb: Informator
- Vouzelle, M. (1993). *Nouveau Code penal do 22. Juliet 1992*. Paris: Dalloz
- Grozđanić, V., Škorić, M. (2009). *Uvod u kazneno pravo, Opći dio*. Zagreb: Informator
- Gozđanić, V., Škorić, M., Martinović, I. (2013). *Kazneno pravo. Opći dio*. Rijeka: Pravni fakultet
- Ђорђевић, М., Ђорђевић, Ђ. (2014). *Кривично право*. Београд: Пројурис
- Јовашевић, Д. (2010). *Кривично право. Општи део*. Београд: Номос
- Камбовски, В. (2006). *Казнено право. Општ дел*. Скопје: 2. Август-Р
- Кокољ, М., Лазин, Ђ., (1986). *Имовинске кривичне санкције и мере у југословенском кривичном праву*. Београд: Научна књига
- Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V. (2004). *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*. Cetinje: Obod
- Лазаревић, Љ. (2005). *Коментар Кривичног законика Републике Србије*. Београд: Савремена администрација
- Lolis, N., Mangakis, G. (1973). *The Greek Penal Code*. London: Sweet-Maxwell
- Марјановик, Г. (1998). *Кривично право. Општ дел*. Скопје: Просветно дел
- Ненов, И., Стојанов, А. (1992). *Наказатељно право на Република Булгарија. Обша част*. Софиа: Софи-Р
- Николић, Д. (1991). *Кривични законик Кнежевине Србије*. Ниш: Градина
- Novoselec, P. (2004). *Opći dio kaznenog prava*. Zagreb: Pravni fakultet
- Рајишић, В., Grozđanić, V., Veić, P. (2007). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb: Narodne novine
- Радовановић, М. (1975). *Кривично право. Општи део*. Београд: Савремена администрација
- Selinšek, Lj. (2007). *Kazensko pravo. Splošni del in osnove posebnega dela*. Ljubljana : Založba GV
- Серебреникова, А.В., Кузњецова, Н.Ф. (2000). *Уголовниј кодекс Шведјарији*. Москва: Зерцало
- Срзентић, Н., Стајић, А., Лазаревић, Љ. (1994). *Кривично право. Општи део*. Београд: Савремена администрација
- Стојановић, З. (2002). *Коментар Кривичног закона СР Југославије*. Београд: Службени лист

- Таховић, Ј. (1956). *Коментар Кривичног законика*. Београд: Научна књига
- Томић, З. (1990). О правној природи мјере одузимања предмета у нашем кривичном праву. *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*. 38. 202–206
- Турковић, К. et al. (2013). *Коментар Kaznenog zakona*. Загреб: Народне новине.
- Норватић, Ж. (2003). *Kazneno pravo. Опћи dio*. Загреб: Правни факултет
- Чубински, Н. (1934). *Научни и практични коментар Кривичног законика Краљевине Југославије*. Београд: ИКП Геца Кон
- (1995). *Сборник наказатељни закони. Наказателен кодекс*. Софија: Софи-Р
- (1997). *Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937*. Stand am 1. April 1996. Bern: Herausgegeben von der Bundeskanzlei
- (2004). *Compendio di Diritto penale. Parte generale e speciale*. 8. Edizione. Napoli: Simone
- (2013). *StGB. Strafgesetzbuch*. 50. Auflage. Munchen: Beck
- (2013). *Schweizerisches Strafgesetzbuch. StGB*. 7. Auflage. Zurich: Liberalis Plus

#### Прописи

- Narodne novine Republike Hrvatske. Br. 125. 2011, 144. 2012, 56. 2015, 61. 2015
- Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine. Br. 36. 2003, 37. 2003, 21. 2004, 69. 2004, 18. 2005, 42. 2010, 42. 2011, 59. 2014, 76. 2014
- Службени весник на Република Македонија. Br. 37. 96, 80. 99, 4. 2002, 19. 2004, 81. 2005, 60. 2006, 73. 2006, 7. 2008, 139. 2008, 114. 2009, 51. 2011, 135. 2011, 185. 2011, 142. 2012, 166. 2012, 55. 2013, 82. 2013, 14. 2014, 27. 2014, 28. 2014, 41. 2014, 115. 2014, 132. 2014
- Službeni glasnik Bosne i Hercegovine. Br. 3. 2003, 32. 2003, 37. 2003, 54. 2004, 61. 2004, 30. 2005, 53. 2006, 55. 2006, 32. 2007, 8. 2010, 47. 2014, 22. 2015, 40. 2015
- Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine. Br. 33. 2013
- Службени гласник РС. Br. 85. 2005, 88. 2005, 107. 2005, 72. 2009, 111. 2009, 121. 2012, 104. 2013. 108. 2014
- Службени гласник РС. Br. 72. 2011, 101. 2011, 121. 2012, 32. 2013, 45. 2013, 55/2014
- Службени гласник РС. Br. 32. 2013
- Службени гласник Републике Српске. Br. 49. 2003, 108. 2004, 37. 2006, 70. 2006, 73. 2010, 1. 2012, 67. 2013
- Службени лист СФРЈ. Br. 44. 1976
- Службени лист ФНРЈ. Br. 13. 1951
- Службени лист ФНРЈ. Br. 30. 1959

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

Uradni list Republike Slovenije. Br. 55. 2008

**Dragan Jovašević, LL.D**

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

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

#### **Summary**

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

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



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

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

doi:10.5937/zrpfni16720930

UDK: 331.101.264.2“18/19“

Раđ примљен: 12.04.2016.

Раđ прихваћен: 11.05.2016.

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

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

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

### **1. Introduction**

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

---

\* obrad@prafak.ni.ac.rs

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

### 3. Pope Leo XIII

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

---

3 Now: *Pontifical Ecclesiastical Academy*



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

#### 4. Contents of the encyclical

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

## 6. Concluding remarks

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

## Bibliography

- Бајић, С. (1937), *Основи радног права-општи део (The fundamentals of labour law-general part)*, Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон, А.Д. Београд
- Betten, L. (1993), *International Labour Law*, Kluwer, Deventer, Boston
- Crowell-Collier. (1971). *Collier's Encyclopaedia, 1971*, Volume 14, Crowell-Collier Educational Corporation, 1971
- Duning, H. (1998), *The origins of Convention No. 87 on the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise*, International Labour Review, Vol. 137, No. 2

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Translated by: Suzana Ilijev*

**Др Горан Обрадовић,**  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

### **RERUM NOVARUM ПАПЕ ЛАВА XIII**

#### **Резиме**

Крај XIX и почетак XX века обележио је велики напредак у производњи, који је великим делом био последица бројних открића до којих се убрзано долазило. Положај радника није пратио тај напредак, већ су они били његове жртве. Све веће друштвено богатство гомилало се у рукама малог броја људи, док је огромна већина радника била на самом рубу физичког опстанка. Све чешиће и све израженије незадовољство утицали су да државе и важни друштвени чиниоци заузму став о положају радника и предузму мере зарад његовог побољшања. У том правцу, свестан крајње неповољног положаја радника, али и опасности од социјализма и комунизма, деловао је и папа Лав XIII, нарочито својом енцикликом *Regim novarum*. У раду се прави осврт на положај радника у време доношења енциклике, анализира њен садржај, а у једном делу разматра и значај енциклике и њен утицај на даљи развој права радника.

**Кључне речи:** *Regim novarum*, рад, радници, штрајк.



**Др Марина Димитријевић,\***  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

doi:10.5937/zrpfni1672105D

UDK: 336.131

Рад примљен: 30.03.2016.

Рад прихваћен: 28.04.2016.

## **КОМПЛЕКСНОСТ ПРОМЕНА У ДОМЕНУ УПРАВЉАЊА ЈАВНИМ РАСХОДИМА\*\***

**Апстракт:** У раду се разматра проблематика промена у домену управљања јавним расходима у савременим државама. Под утицајем кризе и поновне афирмације начела штедње и начела умерености, као базичних начела јавних расхода, ова проблематика доспева у жижу интересовања јавности. Свођење јавних расхода у друштвено прихватљиве оквире, тј. рационално трошење убраних јавних прихода, као и задовољавање јавних потреба сходно постојећим финансијским могућностима друштва, захтеви су који добијају на важности. Промене у сфери јавних издатака, које истовремено значе и иновирање функционисања јавног сектора, неопходне су у многим државама и, по својој природи, су сложене. Циљ рада је да укаже да ли се, у постојећим околностима, обезбеђују одговарајуће претпоставке за остваривање потребних промена у области управљања јавним расходима, с обзиром на то да је реално очекивати да ове промене буду праћене одређеним тешкоћама, неизвесностима и непознаницама.

**Кључне речи:** јавни сектор, јавне финансије, јавни расходи, управљање јавним расходима.

### **1. Увод**

Управљање јавним расходима је тема која задире у „срж“ проблема јавних финансија. Склоност да се троши више него што околности дозвољавају својствена је данашњици многих држава. Тенденција константног раста

---

\* marina@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, (бр. 179046), који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

јавних издатака, знатни отпори наплати пореских прихода који се, све учесталије, манифестују у популацији пореских обвезника и, сходно томе, већа ограничења расположивих средстава за финансирање јавних потреба, приморавају владе широм света да се озбиљније позабаве кризом јавних финансија. Мере фискалне консолидације, усмерене на смањење буџетског (државног) дефицита и акумулације јавног дуга, нужни су кораци у правцу превазилажења кризе и обезбеђења макроекономске стабилности. Боље сагледавање начина на који се троше буџетска средства има потенцијал да повољно утиче на унапређење успешности функционисања јавног сектора и квалитет пружених јавних услуга, као и рационализацију јавне потрошње. Перманентна контрола свих субјеката укључених у процес јавног буџетирања је, при томе, неизоставна.

Промене које се одвијају у домену управљања јавним расходима савремених држава предмет су анализе овог рада. Циљ рада је да укаже да ли се, у актуелним условима, ствара амбијент погодан за остваривање потребних промена с обзиром на то да обликовање напредније „филозофије“ функционисања јавног сектора јесте задатак праћен бројним изазовима и препрекама. Овако дефинисани циљ прати структура рада. Најпре се, након увода, указује на неопходност увођења новина у функционисању јавног сектора. Њима се, заправо, ствара основа за другачији поглед на савремене јавне расходе, као једну од основних институција јавних финансија. Сходно томе, у наставку рада се обрађује нови приступ управљању јавним расходима, који је саставни део новог управљања јавним сектором („новог јавног управљања“), и његови циљеви. У делу који следи, посебна пажња је посвећена проблематици унапређења јавног буџетирања, тј. прелазу са традиционалног на савремено буџетирање. Може ли се сматрати да је реч о спасоносном решењу за превазилажење кризе јавног финансирања којим се, истовремено, „трасира“ пут ка бољем управљању јавним расходима (тима и јавним финансијама) бројних земаља? Поуздан одговор на наведено питање ће, несумњиво, пружити године (деценије) које су пред нама.

## **2. Неопходност увођења новина у функционисању јавног сектора**

Социјална држава је, сама по себи, доказ хуманости и друштвене одговорности у повећању благостања свих чланова друштва. Њена криза крајем седме деценије XX века, настала услед нереално конципираних система јавних расхода, као и неефикасног управљања јавним приходима, довела је у питање одрживост постојања високог нивоа јавне потрошње, као и смисао социјалне политике која занемарује активно учешће државе у подстицању запошљавања, предузетничке активности и друштвено

одговорног понашања. Преоријентација из пасивне у активну социјалну државу, неопходна за изградњу одрживог економског, политичког и социјалног система, и промовисање идеја „*New Public Management*“-а учинили су питање квалитета јавног сектора изнова значајним. Активна социјална држава треба да удовољи бројним захтевима, тј. да се понаша по принципу „доброг привредника“, адекватно управља јавним приходима, јавним расходима и јавним дугом, нема велику јавну администрацију, сузбија злоупотребе јавних средстава и не пружа помоћ јавним предузећима која нису способна да се успешно носе са изазовима слободног тржишта (Ivanov, 2011: 22).

У поимању квалитета функционисања јавног сектора могуће је разликовати следеће етапе: квалитет у смислу поштовања правних норми и процедура ради остваривања принципа законитости; квалитет усмерен на остваривање унапред формулисаних резултата праћен задовољством које, у погледу коришћених јавних услуга, исказују њихови корисници. Прелаз из прве у другу етапу одговара новинама, које се постепено предузимају, у управљању јавним сектором. Оне се огледају у напуштању класичног (традиционалног) управљања јавним сектором, заснованог на управљању путем прописа, и прихватању управљања јавним сектором путем резултата, спецификованих у погледу квантитета и квалитета испоручених јавних услуга (Perko-Šeragović, 2006: 93–94). Ради се, заправо, о постојању два врло различита, у функционалном смислу, прилично удаљена приступа у управљању јавном потрошњом и буџетским системом. Први је строго легалистички приступ који се усредсређује на одобрена и утрошена буџетска средства. Сврха овог приступа је да обезбеди поштовање прописа, без усмеравања на учинке и ефикасност употребе средстава у јавној потрошњи. Други приступ је заснован на тзв. новом јавном управљању и окренут је „трагању“ за најефикаснијим алтернативама прибављања и трошења државних средстава. Иако у буџетској пракси наглашено преовлађује први приступ, прилично су видљиви напори, пре свега, развијених држава, да операционализују овај други, далеко сложенији, приступ у правцу проналажења друштвеног оптимума у коришћењу буџетских средстава (Madžar, 2008: 24). Реформе јавног сектора, под окриљем имплементације идеја новог јавног управљања, треба да буду усмерене ка промишљеним променама у структурама и процесима рада субјеката јавног сектора. Побољшање учинака, децентрализован буџет и ауторитет управљања, већа транспарентност и одговорност компоненте су реформе (Lienert, 2005: 3–4). Коришћење јавних ресурса, у целини, треба да резултира адекватнијим задовољењем јавних потреба.

Јавни сектор у земљама (државама) у развоју, чије деловање обележавају бројне слабости и ограничења, нарочито је погодно „гло“ за спровођење реформи и увођење новина. Перманентно повећање јавних расхода, мањак јавних прихода за њихово финансирање, недовољна транспарентност јавне потрошње, често одсуство одговорности јавне власти за трошење буџетског новца, велика и „скупа“ јавна администрација, неефикасно финансијско управљање указују на сву озбиљност проблема у јавним финансијама ових земаља. Мање или више вољно, под слабијим или јачим притиском међународних финансијских организација и страних кредитора, и земље у развоју крећу путем унапређења функционисања јавног сектора. Реално је очекивати да ће у њима динамика и опсег позитивних промена, барем у прво време реформе, бити скромнији у односу на развијенији део света. Уз то, у развијенијим и демократским државама, у којима је утицај јавног мњења на јавни сектор изражен и где постоји конкурентност програма политичких партија (чији је саставни део и буџет), спровођење потребних промена требало би да буде успешније него у мање развијеним и мање демократским државама где су малверзације са буџетским средствима веће, учесталије и, обично, скривене од „очију“ јавности. Политика, тј. политичка (не)дисциплина круцијално делују на резултате који се посредством буџета остварују. Политичка убеђења имају битан утицај не само као дуготрајна детерминанта већ и, још очигледније, преко актуелне буџетске праксе (Fabrizio, Mody, 2006: 27). Управо, обим јавних расхода, тј. удео јавних расхода у бруто друштвеном производу у земљама чланицама ЕУ (табела 1), које карактерише различити ниво развијености, и указује на потребу њиховог смањења и потребу квалитетнијег рада јавног сектора у овим земљама.

Табела 1: Јавни расходи у земљама чланицама ЕУ, 2014. година

	у милионима евра	у еврима по становнику	% БДП	промена 2014/2013. у % БДП
ЕУ	6 701 315	13 153	48.1	-0.5
Евро зона	4 961 272	14 617	49.0	-0.4
Белгија	218 585	19 592	54.3	-0.1
Бугарска	16 486	2 279	39.2	1.0
Чешка Република	65 148	6 191	42.0	0.1
Данска	146 643	25 987	57.0	-0.1

Немачка	1 274 415	15 469	43.9	-0.4
Естонија	7 567	5 751	38.8	0.0
Ирска	72 324	15 672	39.0	-1.7
Грчка	88 371	8 039	49.3	-10.7
Шпанија	461 124	9 924	43.6	-0.7
Француска	1 226 481	18 530	57.2	0.2
Хрватска	20 684	4 887	48.0	0.3
Италија	826 262	13 591	51.1	0.2
Кипар	8 597	10 084	49.1	7.7
Летонија	8 882	4 452	36.9	0.9
Литванија	12 676	4 328	34.9	-0.6
Луксембург	20 745	*	44.0	0.5
Мађарска	51 782	5 250	50.1	0.3
Малта	3 490	8 171	43.8	1.6
Холандија	305 424	18 111	46.6	-0.2
Аустрија	171 936	20 140	52.3	1.4
Пољска	172 760	4 489	41.8	-0.4
Португалија	84 729	8 146	49.0	-1.1
Румунија	52 306	2 622	34.9	-0.4
Словенија	18 565	9 004	49.8	-9.9
Словачка	31 410	5 797	41.8	0.7
Финска	119 691	21 913	58.7	0.9
Шведска	227 679	23 481	53.0	-0.3
Велика Британија	986 554	15 293	44.4	-1.1
Исланд	5 849	17 959	45.4	1.4
Норвешка	172 306	33 536	45.7	1.6

\* Подаци нису доступни

Извор: Eurostat, Newsrelease 122/2015

У принципу, различити механизми и активности се могу показати погодним у циљу обезбеђења успешнијег функционисања јавног сектора: смањење буџета, тј. већа обазривост и штедљивост у коришћењу буџетских средстава („учинити више са мање“); концепт рада заснован на задовољству корисника јавних услуга; конкуренција унутар јавног сектора; већа флексибилност у управљању; одвајање креирања јавне политике у одређеним областима од њеног спровођења; мерење учинака;

оријентација на резултат и одговорност за резултат; ревизија резултата; унапређено финансијско управљање и стратешко планирање; коришћење информационе технологије и сл. (Gruening, 2001: 2). Уз то, позитивни ефекти се могу остварити и преко посебних правних и буџетских ограничења у погледу потрошње, смањења делокруга рада (надлежности) појединих субјеката у јавном сектору, анализе и евалуације јавних политика, рационализације административних структура, демократизације и знатнијег учешћа грађана у процесу разматрања многих питања која се тичу деловања јавног сектора.

„Ново јавно управљање“ полази од претпоставке да би јавни сектор, како би био успешнији, требало да у свом функционисању уважава принципе функционисања тржишног сектора. Овај захтев је, међутим, могуће само делом уважити имајући у виду чињеницу да је природа јавног сектора другачија од природе тржишног сектора. Недовољно успешно функционисање јавног сектора може потицати од узрока институционалне природе за чије је отклањање, како искуство бројних држава потврђује, потребан дужи временски период (Afonso, Schuknecht, Tanzi, 2010: 2147–2164). Но, осим тога, извори неуспешног функционисања јавног сектора се управо могу пронаћи у разликама тржишног и јавног сектора што условљава и разлике у њиховој успешности (Stiglitz, 2004: 202–208). У тржишном сектору средства се улажу ради максимизирања профита а то се може остварити повећањем производње и смањењем трошкова. Држава (јавни сектор) пак повећава јавну потрошњу како би достигла већи број општих (јавних) циљева, чије испуњење није увек лако измерити и квантификовати. Наиме, у јавном сектору није препоручљиво ставити по страни вредности попут поузданости, поверљивости, сигурности, правне једнакости, тачности, тј. искључиво првенство дати остваривању добрих економских резултата. Треба указати да је уобичајена појава да се резултати јавног сектора не вреднују тржишним већ субвенционисаним ценама или да, неретко, резултати нису новчано изражени. Успешност у јавном сектору је, стога, много теже утврдити него успешност у тржишном сектору.

Упркос чињеници да је држава ентитет чије су функције социјалне, простор за примену економских показатеља успешности јавног сектора сигурно постоји и не сме се занемаривати. То је посебно изражено у периодима који попримају карактер свеопште кризе, и када у јавном сектору треба, са што мањом пореском пресијом, подмиривати јавне потребе. Константан циљ управљања јавним сектором и јесте истраживање могућности да се смање јавни издаци, односно да се трошењем алоцираних буџетских средстава постигну што бољи учинци. У савременом управљању јавним сектором и

његовом функционисању све више се користи *input-output* модел у циљу мерења успешности трошења средстава из буџета. Примењује се тзв. приступ три „Е“ (економичност, ефективност, ефикасност), којим се покривају све димензије процењивања успешности неке државне активности. Овом приступу се понегде додаје и квалитет јавне услуге (правовременост, приступачност, поузданост, трајност услуге) јер је у непосредној вези са успешношћу спроведених државних активности (Анђелковић, 2009: 117). Економичност подразумева минимални утрошак средстава за одређену активност у јавном сектору водећи при томе рачуна да се не доведе у питање обим и квалитет јавне услуге. Ефективност се утврђује у дужем временском периоду и представља ниво испуњености циљева јавног сектора. Истраживањем ефективности се, заправо, анализира да ли су остварени жељени исходи функционисања јавног сектора и ова димензија мерења учинка је најважнији елемент вредности која се добија за новац у јавном сектору (*value for money*). Ефикасност представља максимизирање користи и мери се односом искоришћених ресурса (*inputa*) и резултата (*outputa*) јавног сектора. Имајући управо у виду показатељ ефикасности могуће је побољшати управљање постојећим јавним политикама и програмима, повећати одговорност и боље доношење одлука кроз пружање повратних информација о оствареним резултатима. Тиме се унапређује пројектовање и спровођење јавних политика и програма, како у садашњости, тако и у будућем периоду. Потребно је истаћи да, у околностима повећања нивоа јавне потрошње, ефикасност јавног сектора може бити смањена. До тога ће доћи уколико изостане повећање резултата у јавном сектору или оно буде релативно мање у односу на повећање јавне потрошње. Сходно томе, смањење неефикасности јавног сектора може бити достигнуто предузимањем мера које су усмерене на смањење нивоа јавне потрошње или на повећање резултата у јавном сектору.

### **3. Нови приступ управљању јавним расходима и његови циљеви**

Придавање значаја питању колико средстава држава захвата путем пореза (јавних прихода) и шта порески обвезници, као корисници јавних услуга (јавних добара), добијају за плаћене порезе афирмисало је, у већој мери, принцип *value for money* у функционисању јавног сектора. Овај принцип подразумева да се јавна услуга треба остварити тако да се за дати новац пружа њен већи квалитет или да се дати квалитет јавне услуге остварује са мање новца. Нови приступ управљању јавним расходима (*Public Expenditure Management*) управо је произашао из потребе да се, на принципу *value for money*, изврши рационализација нараслих јавних расхода савремених држава и овај принцип угради у традиционални систем јавних расхода. Наведено,

неспорно, захтева велике и сложене квалитативне и квантитативне промене постојећег система издатака државе.

Адекватно управљање јавним расходима се, у начелу, односи на прерасподелу и коришћење буџетских средстава на законит и одговоран начин. Оно је посебно битно у околностима када из лимитираних прихода треба задовољити јавне потребе које су, и даље, прилично бројне. Савремена држава, поред традиционалних функција и задатака, обавља и немали број функција и задатака у области образовања, здравствене заштите и социјалног старања. Те функције и задаци су својеврсно „наслеђе“ из периода постојања тзв. државе благостања и процес њиховог редуковања се, са неолибералним концептом управљања економском политиком, који је у последњој деценији XX века постао доминантан, одвија постепено али сигурно.

Три су комплементарна и међузависна циља управљања јавним расходима: одржавање укупне фискалне дисциплине; алокација ресурса у складу са приоритетима владе; промовисање ефикасног пружања услуга (Allen, Tommasi, 2004: 19–20; Diamond, 2002: 3). Наведени циљеви представљају оквир за процену унапређења управљања јавним расходима и учинака буџетског система.

Одржање и побољшање финансијске дисциплине у суштини представља иновирање приступа старом проблему успешног располагања ограниченим буџетским средствима. Заправо се тежи адекватној контроли укупних јавних расхода кроз успостављање ограничења на издатке који су обавезни и на укупном нивоу и на нивоу појединих буџетских корисника. Модернизација управљања јавним расходима се постиже успостављањем нових начела, унапређењем улоге буџетских институција и одговорним ангажовањем креатора буџетског процеса, са основном намером да се држава учини штедљивом. Нови приступ управљању јавним расходима у складу је са трендом постављања чврстих буџетских лимита, како би се ограничили укупни расходи, а не само да би се постигла буџетска равнотежа (Ćulibrk, 2011: 953).

Ефикасна расподела средстава се остварује уколико влада има способност да буџетска средства усмери на основу постављених приоритета и ефективности програма. Она обухвата и преусмеравање средстава са старих на нове приоритете или са мање продуктивних на више продуктивне активности, а све сагласно циљевима владе.

Техничка или оперативна ефикасност коришћења буџетских средстава односи се на могућност имплементације програма и пружања услуга по што нижим трошковима.



Савремене буџетске реформе, тј. њихови циљеви, у принципу се и свODE на смањење јавних расхода, односно на изградњу институционалних механизма који су нужни за контролу јавне потрошње. Ови механизми обухватају: средњорочно буџетирање (буџетски хоризонт се продужава са једне на неколико година у циљу веће предвидивости и стабилности фискалне политике и ефикаснијег трошења јавних средстава у средњем року); јасна макроекономска предвиђања; експлицитне трошкове („цену коштања“) јавних (владињих) политика; технику буџетирања *одозго надоле* (припрема буџета креће од оквира за макроекономску и фискалну политику, коју одређује влада, укључујући главне средњорочне фискалне циљеве у којима је садржана обавезујућа политичка одлука о укупном износу јавних расхода и њиховој подели по појединим министарствима за одређену буџетску годину); слабење централне контроле *inputa*; нагласак на резултате; буџетску транспарентност; модерно финансијско управљање (Blondal, 2003: 10; Allan, Parry, 2003: 7). Буџетска политика у данашњим условима захтева поштовање буџетског процеса и механизма, као и достизање што повољнијих резултата предузетих буџетских мера. Буџетски процес, а самим тим и квалитет управљања буџетских институција, значајни су јер јачање буџетских институција, посебно у делу управљања буџетом и јавним расходима, може да помогне да се ограничи обим потрошње јавног сектора и омогући квалитетно спровођење структурних реформи у фискалном подручју (Gupta, Leruth, de Mello, Chakravarti, 2001: 31). Другим речима, квалитетне буџетске институције су од виталног значаја за способност једне земље да креира и имплементира ефективну фискалну политику. Такве институције могу осигурати одговорност владе и предупредити „одливање“ јавних средстава, повећати ефикасност употребе оскудних јавних ресурса и побољшати изгледе одржавања фискалне стабилности и друштвеног развоја (Dabla-Norris, Allen, Zanna, Prakash, Kvintradze, Lledo, Yackovlev, Gollwitzer, 2010: 3).

Сумарно посматрано, промене које треба да допринесу квалитетнијем управљању јавним расходима тичу се модернизовања буџетског поступка, буџетске транспарентности и континуираног побољшања контроле трошења јавног новца, увођења стандарда његовог трошења, бољег управљања јавним набавкама, унапређења организације јавног сектора, побољшања евиденција у јавном сектору, као и планирања и процењивања учинака и др. Постојање буџетских превара је нарочито штетно јер смањује транспарентност и може „замаскирати“ структуралне економске слабости тако да се тиме ограничи потенцијал средњорочног или дугорочног економског раста. Истовремено оне владама омогућавају избегавање реформе јавних расхода (Reviglio, 2001: 14–15).

#### 4. Прелаз са традиционалног на савремено јавно буџетирање

Потреба да се, у многим државама, постепено прелази са традиционалног на савремено буџетирање (програмско буџетирање, тј. буџетирање према учинцима) настала је као „одговор“ на унутрашње социјалне и политичке притиске за унапређење управљања јавним финансијама и повећање одговорности. Уз то, међу државама ОЕЦД одређену улогу су одиграли и притисци држава на сличном нивоу развоја да се у области јавног буџетирања испуне нови међународни стандарди перформанси (учинака). На крају, али никако најмање важно, формални захтеви за испуњавање стандарда ЕУ у погледу буџета и фискалне политике представљали су један од најбитнијих покретача реформи јавног буџетирања (Vujić, 2012: 78; Голубовић, 2012: 79–81).

Традиционални модел јавног буџетирања – линијско буџетирање (*line-item budget*) је буџетирање на базној основи. Овај модел планирања и израде буџета пружа информације о појединачним буџетским корисницима, разврстава опредељена средства на основу функционалне и економске класификације, пружа увид у изворе финансирања јавних расхода (Фискални савет, 2014: 19). Такође се линијско буџетирање одликује и одсуством активног управљања јавним сектором (јавним расходима). Реч је о тзв. инкременталном буџетирању које подразумева да се свака буџетска ставка промени за унапред утврђени проценат, који је заснован на очекиваном расту економије. Сваком буџетском кориснику је зајемчена прошлогодишња алокација средстава, као и инкрементална повишица која се додаје на прошлогодишњи износ (Анђелковић, 2009: 111). Заправо, према класичном (традиционалном) моделу финансирања јавног сектора, резултати се подразумевају, њихово испуњење се не доводи у питање те се, стога, и не мери. Како је врло вероватно да се алокације буџетских средстава не заснивају на стварним или оправданим потребама буџетских корисника, створен је амбијент за нерационално и нетранспарентно јавно буџетирање, а ограничене су и могућности јавног сектора да се прилагоди променљивим циљевима и околностима. У исто време тешко је пратити реализацију стратешких активности, програма и пројеката јавне власти и напредак у појединим деловима јавног сектора.

Такво (незадовољавајуће) стање ствари у сфери јавног буџетирања захтева одређене промене. Пре свега, нужно је да министарство финансија располаже адекватним информацијама о нивоу средстава који је сваком од буџетских корисника неопходан да би несметано обављао постојећи обим активности, што омогућава јасно раздвајање трошкова постојећих политика од трошкова нових програма (активности) које влада жели да

спроводи. У супротном, буџетски корисници имају мотив да преувеличају обим средстава који им је наводно неопходан за финансирање постојећих активности како би обезбедили што већа средства за дискреционо трошење и спровођење својих приоритета уместо прокламованих мера владе (проблем тзв. *одоздо нагоре буџетских притисака*). Тиме долази до својеврсне негативне селекције јер министарство финансија добија преувеличане буџетске захтеве од једних корисника и реално планиране буџетске захтеве од других и, најчешће, не располаже системским кредибилним информацијама о томе који су захтеви преувеличани а који нису. У условима лимитираних расположивих буџетских средстава логично је очекивати пропорционално смањење свих буџетских захтева што практично значи да корисници који су адекватно и одговорно планирали своје захтеве за буџетским средствима бивају кажњени, док корисници који су прибегли преувеличању својих трошкова бивају награђени. Крајњи резултат је да влада није у могућности да спроводи своју прокламовану политику (тзв. *одозго надолу буџетирање*) јер буџетски корисници присвајају за себе велики део средстава које је требало користити за финансирање нових активности и програма (Фискални савет, 2014: 12–13).

Решење наведених проблема, који се јављају у великом броју савремених држава, тражи се у програмској структури буџета и индикаторима перформанси као напреднијем моделу планирања и извршења буџета у односу на традиционални. Процеси и активности у јавном сектору се не могу адекватно вредновати уколико не постоје планирани и жељени учинци (перформансе, резултати) рада (одређеног) дела јавног сектора. Наиме, потребни су и квантитативни и квалитативни индикатори учинка као гарант одговарајућег квалитета јавних услуга. Уз то је неопходан и дужи временски хоризонт трајања буџета који би допустио сагледавање и средњорочних и дугорочних ефеката трошења јавних средстава.

Да би се јавни расходи у знатној мери ставили у функцију усвојених приоритета (програма) владе, неопходан је прелазак са традиционалног на програмско буџетирање (*program budgeting*). Дिसагрегацијом функционалне класификације јавних (буџетских) расхода по појединачним програмима и пројектима линијски буџет постаје програмски. Програмска структура буџета омогућава да се информације о активностима буџетских корисника систематизују на униформан начин.

У оквиру програмског буџетирања средства су планирана и усмерена ка постизању резултата и исхода одређеног програма. Кључна разлика између линијског и програмског буџетирања се и огледа у начину управљања јавним расходима. Програмско буџетирање омогућава активно управљање

јавним расходима које је усмерено ка максимизацији ефеката (учинака) и испуњавању циљева. Сходно томе, створене су могућности преусмеравања расхода са мање продуктивних ка продуктивнијим јавним расходима. Већа контрола трошења средстава из буџета, буџетска дисциплина и поштовање фискалног оквира за целокупну јавну потрошњу оствариви су, у великој мери, уколико се прецизно одреде лимити за одређену функцију државе (тј. чврста ограничења на страни расхода), као и за програме у оквиру функција. Захваљујући мерењу учинака одређених програма, програмски буџет може да утиче на унапређење квалитета јавних услуга.

Неспорно, примена програмског буџетирања јесте „одраз“ настојања да се изврши ефикасније усмеравање финансијских средстава на реализацију конкретних управљачких циљева и решавање проблема друштвене заједнице. Истовремено, то је и наставак напора да се обликују институционални механизми којима ће се, на прави начин, утврђивати, пратити (контролисати) и оцењивати функционисање (учинци) јавног сектора. Захваљујући томе, доносиоцима одлука је лакше да разумеју везу између тражених буџетских средстава, стратешких докумената, програма и резултата деловања јавне власти (Kristić, 2015: 35).

Да би се програмско буџетирање квалитетно имплементирало, потребно је постојање високо развијеног буџетског система, одговарајућих стручних и административних капацитета буџетских корисника, информационих система за праћење, управљање и извештавање о учинку. Уз то неопходно је извршити значајне реформе у руковођењу и раду управљачких јединица организационе структуре јавне власти, континуирано радити на обуци запослених службеника, као и њихових руководилаца, унапређивати методологију стратешког и оперативног планирања, развијати аналитичке капацитете организације и прецизно дефинисати надлежности и одговорности за спровођење буџетских програма (Kristić, 2015: 36). Уосталом, програмско буџетирање и промовише и чини комплекснијом одговорност носилаца јавних политика. Како се у процесу креирања буџета програма групишу у складу са њиховим доприносом остваривању истог или сличног циља, долази до конкуренције и поштравања „борбе“ за добијање средстава из буџета. Проналазак најбољег пута да се достигну одређени циљеви деловања јавног сектора подразумева јасан (недвосмислен) одговор на следеће питање: Због чега се конкретни јавни расходи уводе, повећају, смањују или укидају и шта се тиме конкретно жели постићи?

Недовољна припремљеност за увођење програмског буџетирања, као и мерење учинака (перформанси) програма, може да услови неефективност

овог система јавног буџетирања. У досадашњој међународној пракси уочени су следећи проблеми: буџетирање претходи планирању а неопходно је да буде обратно; не постоји одговарајућа координација између министарства финансија и ресорних министарстава; средњорочно планирање буџета није свеобухватно; понекад изостаје централна координација, тј. различити делови институције имају различито разумевање планирања, програмирања и буџетирања; информациони системи су недовољно поуздани јер недостаје општеприхваћена терминологија (методи) за прикупљање података из различитих организационих јединица (Robinson, 2013: 15–16). Но, и поред тога, може се констатовати да буџетирање према учинцима, у земљама чланицама ОЕЦД првенствено, бележи постепени напредак.

Табела 2: Практика буџетирања према учинцима на централном нивоу власти у земљама чланицама ОЕЦД (2011)

	Постојање стандардизованог оквира за мерење учинака на централном нивоу власти
Аустралија	Не, министарства/агенције имају сопствене
Аустрија	Да
Белгија	Не, министарства/агенције имају сопствене
Канада	Да
Чиле	Да
Чешка Република	Да, али опционално
Данска	Да
Естонија	Да
Финска	Да
Француска	Да
Немачка	Не, министарства/агенције имају сопствене
Грчка	Не, министарства/агенције имају сопствене
Мађарска	Не, министарства/агенције имају сопствене
Ирска	Да
Италија	Да
Јапан	Да
Кореја	Да
Луксембург	Не, министарства/агенције имају сопствене
Мексико	Да

Холандија	Да
Нови Зеланд	Да
Норвешка	Да
Пољска	Да
Португалија	Не, министарства/агенције имају сопствене
Словачка Република	Да
Словенија	Да
Шпанија	Да
Шведска	Да
Швајцарска	Да
Турска	Да
Уједињено Краљевство	Не, министарства/агенције имају сопствене
САД	Да

Извор: OECD (2013). Government at a Glance 2013.

Пракса финансирања (буџетирања) државних програма према учинцима у земљама чланицама ОЕЦД углавном је централизована (нпр. Аустрија, Канада, Француска, Италија, САД). Државе усвајају широк оквир за развој (прикупљање) информација о учинцима, интегришу ове информације у буџетски процес и процес одговорности, користе их приликом доношења одлука, праћења и извештавања о резултатима. У мањем броју земаља чланица ОЕЦД (нпр. Белгија, Немачка, Луксембург), буџетирање према учинцима је децентрализовано унутар централног нивоа власти. Наиме, министарства/агенције примењују буџетирање према учинцима приликом одлучивања које ће програме финансирати средствима додељеним из буџета. Квалитетне информације о учинцима доприносе да одлуке које се тичу употребе ресурса (средстава) и управљања појединачним програмима буду боље.

## 5. Закључак

Традиционално устаљени начини поступања субјеката јавног сектора углавном потврђују да они мање раде него што се за новац који је из буџета њима усмерен очекује. Захтеви који се постављају пред државне органе и друга јавна тела (институције, установе), а тичу се потребе да успешно реализују своје активности и државне програме, у интересу су обвезника који плаћајући порезе (јавне приходе) финансирају њихов рад и очекују задовољавајући обим и квалитет јавних услуга. Круцијално питање је:

Како утицати на кориснике буџетских средстава да рационално троше средства, добијена из буџета, и квалитетно обављају послове из своје надлежности?

Неуспешан јавни сектор је ограничавајући чинилац укупног друштвеног развоја те је, из тог разлога, потребно минимизирати ризик лошег управљања овим сектором и евентуалне злоупотребе јавних средстава. Промена културе управљања у јавном сектору, која се постепено одвија под утицајем идеја „Новог јавног управљања“, треба да побољша положај грађана у релацији са јавним сектором, као и одговорност јавне власти за постигнуте резултате. Одговорност за резултате који се остварују трошењем државног новца основна је тема јавних финансија многих држава, нарочито у околностима када се износ потребних средстава за финансирање јавне потрошње перманентно повећава и када је та средства све теже обезбедити.

Већ извесно време, у низу држава предузимају се мере у правцу доношења што бољих одлука везаних за усмеравање и трошење средстава из буџета. Развој и примена програмског буџетирања фактички показују каква је спремност и способност носилаца (субјеката) буџетске политике да остваре ефикаснију расподелу лимитираних буџетских средстава. Унапређење модела јавног буџетирања је процес који је у току, са собом носи бројне изазове и указује на сву комплексност савременог управљања издацима државе. Наиме, квалитетно праћење и анализирање усмеравања и трошења буџетских средстава, као и постигнутих резултата у јавном сектору, могуће је остварити тек у средњорочном и дугорочном временском периоду. Реч је о задатку од великог значаја будући да неадекватно утврђивање приоритета и обима ангажовања јавних средстава, али и непредузимање активности да се такво негативно стање промени, за последицу имају смањење благостања у друштву. Управо зато је и логично очекивати да власт у савременим државама покаже доследност у испуњавању овог задатка и, сходно томе, на исправан начин управља јавним расходима.

## Литература

Allan, W., Parry, T. (2003). Fiscal Transparency in EU Accession Countries: Progress and Future Challenges. *IMF Working Paper*. WP/03/163. 1–26

Allen, R., Tommasi, D. (2004). *Upravljanje javnim izdacima – Priručnik za zemlje u tranziciji*. Paris: OECD, SIGMA, PHARE

Анђелковић, М. (2009). Усавршавање метода буџетирања – пут ка рационализацији јавне потрошње. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 53. 109–123

Afonso, A., Schuknecht, L., Tanzi, V. (2010). Public sector efficiency: evidence for new EU member states and emerging markets. *Applied Economics*. 42(17). 2147–2164

Blondal, J. (2003). Budget reform in OECD member countries: Common Trends. *OECD Journal on Budgeting*. 4(2). 7–25

Vujović, D. (2012). *Studija o delotvornom korišćenju indikatora performansi u procesu izrade budžeta i planova u javnom sektoru: Kreiranje indikatora performansi u cilju unapredjenja učinaka programskih budžeta u Srbiji*. Beograd: USAID projekat za bolje uslove poslovanja

Голубовић, С. (2012). *Фискална правила у Европској монетарној унији*. Ниш: Студентски културни центар

Gruening, G. (2001). Origin and theoretical basis of New Public Management. *International Public Management Journal*. 4. 1–25

Gupta, S., Leruth, L., de Mello, L., Chakravarti, S. (2001). Transition Economies: How Appropriate Is the Size and Scope of Government?. *IMF Working Paper*. WP/01/55. 1–44

Dabla-Norris, E., Allen R., Zanna L.-F., Prakash T., Kvintradze E., Lledo V., Yacovlev, I., Gollwitzer, S. (2010). Budget Institutions and Fiscal Performance in Low-Income Countries. *IMF Working Paper*. WP/10/80. 1–56

Diamond, J. (2002). The Micro Basis of Budget System Reform: The Case of Transitional Economies. *IMF Working Paper*. WP/02/105. 1–32

Eurostat. *General government expenditure in the EU*. Newsrelease 122/2015 – 7 July 2015

Ivanov, M. (2011). Porezna presija i blagostanje u socijalnoj državi. *Ekonomija/Economics*. 18(1). 21–38



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

**Marina Dimitrijević, LL.D.**

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

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

### **Summary**

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

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

**Др Небојша Раичевић,\***  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

doi:10.5937/zrpfni1672123R

UDK: 341.43(4/672EU)

Рад примљен: 12.04.2016.

Рад прихваћен: 18.05.2016.

## **ПОСТУПАК ОДЛУЧИВАЊА О ЗАХТЕВУ ЗА АЗИЛ У ПРАВУ ЕУ\*\***

**Апстракт:** Директивом 2013/32 установљени су заједнички стандарди које државе чланице ЕУ морају уградити у национално законодавство којим уређују поступак одлучивања о захтевима за азил. Тај поступак се покреће захтевом држављанина треће државе или лица без држављанства и његов циљ је утврђивање да ли та лица испуњавају услове за стицање статуса избеглице. Пре него што се приступи испитивању поднетог захтева за азил, применом даблинских критеријума одређује се која чланица ЕУ је надлежна за одлучивање о захтеву. Након тога, надлежна држава спроводи првостепени поступак и испитује прихватљивост и основаност захтева, било у редовној или некој од посебних процедура. Уколико апликант није задовољан донетом одлуком, он може у жалбеном поступку пред националним судом оспоравати првостепену одлуку.

**Кључне речи:** Европска унија, азил, Директива 2013/32, подносилац захтев за азил, даблинска правила.

### **1. Уводна разматрања**

На основу чл. 78 Уговора о функционисању ЕУ, та организација има надлежност да усваја мере у вези са заједничким европским системом азила. У складу са тим овлашћењем, Европски парламент и Савет донели су крајем 2011. године Директиву о условима за добијање међународне

\* raicko@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018. година.

заштите,<sup>1</sup> а средином 2013. године Директиву о поступцима за признавање и одузимање међународне заштите,<sup>2</sup> Директиву о прихватним условима за тражиоце међународне заштите,<sup>3</sup> Регулативу о одређивању надлежне државе за разматрање захтева за међународну заштиту (тзв. Даблинска регулатива III)<sup>4</sup> и Регулативу о Eurodac-у.<sup>5</sup> Прва директива прописује услове за стицање статуса избеглице (или корисника супсидијарне заштите), као и каталог права која припадају лицима са тим статусом. Друга директива установљава заједничке процедуралне стандарде како би прогоњена лица имала приступ фер и ефикасном поступку за остваривање права на азил, док се трећом утврђују минимални животни услови које државе чланице морају обезбедити апликантима док се одлучује о њиховом захтеву за азил. Даблинска регулатива III садржи критеријуме за одређивање државе чланице ЕУ надлежне за одлучивање о захтеву за азил, док Регулатива о Eurodac-у уређује механизам узимања отисака прстију апликаната и размену информација о тим отисцима у циљу правилне примене даблинских правила.

Врло важно место међу наведеним актима заузима Директива 2013/32 о заједничким поступцима за признавање и одузимање међународне заштите<sup>6</sup> (даље: Директива 2013/32 или Директива). Њоме су установљени заједнички стандарди које државе чланице ЕУ морају уградити у националне прописе којима уређују поступак одлучивања о азилу.<sup>7</sup> Дакле, спровођење поступка у којем се одлучује о захтеву за азил је и даље у надлежности држава чланица, али су оне обавезне да у њега уграде стандарде предвиђене Директивом 2013/32, како би се постигла одређена хармонизација и омогућило да подносиоци захтева за азил имају

---

1 Директива 2011/95 (измењена), ОЈ ЕУ, 2011, L 337/9.

2 Директива 2013/32 (измењена), ОЈ ЕУ, 2013, L 180/60.

3 Директива 2013/33 (измењена), ОЈ ЕУ, 2013, L 180/96.

4 Регулатива 604/2013 (измењена), ОЈ ЕУ, 2013, L 180/31.

5 Регулатива 603/2013 (измењена), ОЈ ЕУ, 2013, L 180/1.

6 Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast), ОЈ ЕУ, 2013, L 180/60. Директива на јединствен начин уређује поступак за добијање азила (стицање статуса избеглице) и поступак за стицање статуса корисника супсидијарне заштите, називајући их генеричким појмом „поступак за стицање међународне заштите“.

7 Пре тога, на снази је била верзија те директиве из 2005. године, која је установљавала само минималне стандарде које су државе морале поштовати приликом одлучивања о азилу; ОЈ ЕУ, 2005, L326/13.

уједначено поступање, без обзира која чланица ЕУ води тај поступак.<sup>8</sup> Директива допушта чланицама да примене процедурална правила која су повољнија за подносиоца захтева, али не смеју ићи испод утврђених стандарда.<sup>9</sup>

Циљ поступка покренутог захтевом за азил јесте утврђивање да ли држављанин треће државе или лице без држављанства<sup>10</sup> испуњава услове за стицање статуса избеглице<sup>11</sup> прописане Директивом 2011/95 о условима за добијање међународне заштите. Лице које је иницирало тај поступак има статус „подносиоца захтева за азил“ и то све док надлежни национални орган не донесе коначну одлуку по том захтеву. Уколико се у поступку утврди да лице испуњава услове из Директиве 2011/95, оно ће добити статус избеглице, на основу чега стиче право останка у тој држави чланице и уживања свих права гарантованих поменутом директивом. Уколико, пак, захтев апликанта буде одбијен, он је обавезан да напусти територију те чланице ЕУ.

Директива 2013/32 уређује бројна питања везана за поступак одлучивања о захтеву за азил, као што су покретање поступка, ток редовног првостепеног поступка, посебне првостепене процедуре и жалбени поступак. Управо ће та питања бити предмет анализе у овом раду. Поред тога, дужна пажња биће посвећена и одређивању државе надлежне за поступање по захтеву за азил јер је и то питање важно за вођење овог поступка.

На избор теме овог рада утицала је избегличка и мигрантска криза у Европи, чији врхунац је достигнут прошле године. У намери да заштите своје политичке, економске и социјалне интересе, неке државе чланице ЕУ су предузимале различите мере како би спречиле долазак великог броја тражилаца азила на своју територију. При томе се често постављало питање усклађености тих мера са прописима ЕУ, тако да представљање процедуралних правила Уније о азилу може послужити као основа за оцену легалности предузетих мера. Због ограниченог простора, у овом раду је пажња посвећена само Директиви о поступку и неким правилима

---

8 Велика Британија и Ирска су искористиле „клаузулу *opt out*“, тако да нису везане Директивом 2013/32, али су остале везане ранијом Директивом 2005/85. Данска је оба пута искористила поменуто клаузулу, тако да се на њу не односи ни једна ни друга директива.

9 Чл. 5.

10 Чл. 26 Директиве. Као што се може видети, правила ове директиве, као и осталих аката ЕУ из области азила, не односе се на грађане ЕУ.

11 Азил треба разликовати од статуса избеглице, јер први појам представља институт заштите, док се други односи на једну категорију особа која је корисник такве заштите (Gil-Bazo, 2015: 4).

нераскидиво повезаним са њеном применом, док ће остала правила ЕУ о азилу бити предмет анализе у неком од будућих радова.

## 2. Покретање поступка

Поступак за добијање азила покреће се захтевом заинтересованог лица упућеног државним органима неке од чланица ЕУ. Директива 2013/32 прави разлику између саопштавања захтева за азил државним органима (енг. „*making application*“), регистрације захтева (енг. *registration of application*) и подношења захтева за азил (енг. *lodging application*), мада нигде не даје појашњење тих израза.

Захтев за азил може бити саопштен (изнет) државним органима у било којој форми – усмено, писано или на неки други начин који изражава начелну намеру лица за тражење заштите (ECRE, 2014: 10). При томе, особа уопште не мора употребити израз „азил“ или „избеглица“. Тај захтев мора бити изнет на територији чланице ЕУ, укључујући ту и границе, транзитне зоне и територијалне воде.<sup>12</sup> Не постоји могућност саопштавања захтева у дипломатским представништвима државе у иностранству.<sup>13</sup> Захтев за азил може бити изнет директно државном органу надлежном за регистрацију захтева за азил (уколико лице у том моменту има приступ таквом органу) или, пак, другом државном органу од кога се очекује да прима такве захтеве (полиција, гранична полиција, имиграционе службе, службеници у притворима).<sup>14</sup> Од момента изношења захтева, лица стичу статус тражиоца азила (подносиоца захтева, апликанта), на основу чега аутоматски имају право на материјалне услове прихвата предвиђене Директивом 2013/33.<sup>15</sup> Укратко, држава где је изнет захтев за азил мора

---

12 Чл. 3(1) Директиве.

13 Овај услов представља велики проблем за лица која намеравају да траже азил јер она најчешће не могу остварити право на легалан улазак у ЕУ (добјање визе), већ су приморана да илегално уђу у неку државу чланицу. Најновија пракса подизања ограда на границама и појачане патроле смањују могућност илегалног преласка државних граница. Међутим, онемогућавање уласка потенцијалних тражиоца азила на територији неке државе представља кршење принципа *non refoulement*. (Stoyanova, 2008: 6).

14 Ови органи морају бити оспособљени да мигранту пружи информације о томе где и како може изнети захтев за азил. Чл. 8 Директиве експлицитно обавезује државе да лицима у притвору, на граничним прелазима или транзитним зонама за која се закључи да желе тражити азил, пружи све потребне информације о поступку тражења азила.

15 Чл. 17(1).

тим лицима дозволити право останка на њеној територији<sup>16</sup> и обезбедити одговарајући животни стандард.

Директива ништа не говори о року у ком захтев за азил треба бити саопштен, али се очекује да заинтересовано лице учини то што је пре могуће.<sup>17</sup> Међутим, уколико је у питању лице које је илегално ушло у државу чланицу ЕУ (што је врло честа ситуација),<sup>18</sup> оно ту намеру мора саопштити државним органима одмах чим се нађе на њеној територији. У противном, неће имати никакав правни основ за останак у тој држави, што га излаже ризику да буде депортовано.

Регистрација захтева представља чин којим државни органи писаним путем потврђују да је неко лице саопштило захтев за азил. Регистрација доприноси повећању правне сигурности (Ippolito, Velluti, 2011: 53), јер се њоме потврђује да лице има статус тражиоца азила, а самим тим и право останка на територији те државе и уживање бенефиција гарантованих директивама бр. 2013/32 и 2013/33. Уколико је изнет пред органом надлежним за регистрацију, захтев за азил мора бити регистрован у року од три радна дана а, ако је изнет пред другим органом, регистрација се мора извршити у року од шест радних дана. У случају постојања великог броја захтева за азил, рок за регистрацију је 10 радних дана.<sup>19</sup>

Државе су дужне да лицима која су саопштила захтев за азил „обезбеде стварну могућност“<sup>20</sup> да тај захтев што пре поднесу надлежним органима. Подношење захтева подразумева испуњење одређених административних формалности, које укључују попуњавање формулара, подношење докумената, узимање отисака прстију од апликаната<sup>21</sup> и фотографисање. Моменат подношења захтева је важан јер се од тада рачунају рокови за

---

16 Опште је правило међународног права да се принцип *non-refoulement* мора поштовати одмах чим лице затражи азил.

17 Међутим, држава не сме одбацити или одбити захтев само због тога што га апликант није поднео у том року (чл. 10, ст. 1 Директиве). Одговорачење са подношењем захтева може умањити кредибилитет тог захтева и негативно утицати код одлучивања о одобравању заштите (UNHCR, 2001: 5).

18 Лица која су затражила азил не могу одговорати због илегалног преласка државне границе (чл. 31 Конвенција о положају избеглица). Међутим, она ће бити одговорна уколико приликом преласка користе фалсификована документа.

19 Чл. 6(1) и (5) Директиве.

20 Оваква формулација обавезује државу да буде проактивна и предузме све потребне мере како би олакшала подношење захтева за азил, што представља значајно побољшање у односу на претходну верзију ове директиве (Peers, Moreno-Lax, Garlick, Guild, 2015: 227).

21 Ова обавеза је прописана чл. 9 Регулative 603/2013.

остваривање одређених права.<sup>22</sup> Уколико лице не поднесе захтев што је пре могуће, то се може протумачити као имплицитно одустајање од изнетог захтева.<sup>23</sup>

### 3. Одређивање државе надлежне за одлучивање о захтеву за азил

Пре него што се приступи испитивању поднетог захтева за азил, мора се одредити која држава чланица ЕУ је надлежна за одлучивање о том захтеву. У том поступку се испитује да ли о захтеву треба одлучивати држава чланица у којој се налази апликант који је код ње поднео захтев за азил или је пак за то надлежна нека друга чланица. Правила о одређивању надлежне државе садржана су у Регулативи 604/2013 (тзв. Даблинска регулатива III),<sup>24</sup> која је заменила ранију Регулативу из 2003. године.<sup>25</sup>

Циљ даблинских правила је установљење таквог поретка у коме тражилац азила свој захтев треба поднети само у једној држави чланици ЕУ. Намера је да се угроженим лицима онемогући истовремено тражење азила у већем броју чланица ЕУ,<sup>26</sup> што она практикују како би повећала шансу за добијање азила (енг. *asylum shopping*) (Cherubini, 2015: 135).

Даблинска регулатива унапред утврђује која ће од 28 чланица бити надлежна за одлучивање о азилу. Тиме се апликанти спречавају да бирају државу у којој се „лакше“ добија азил или која нуди боље услове пријема и више процедуралне стандарде (Mogeno-Lax, 2012: 2). Истовремено, такав систем елиминише постојање „избеглица у орбити“ (Ohlsson, 2015: 32), тј. спречава неоправдано одбијање држава чланица да одлучују о захтеву, што би приморало тражиоце азила да круже од једне до друге државе чланице ЕУ, покушавајући да пронађу државу која ће пристати да одлучује о њиховом захтеву (Battjes, 2006: 388). На тај начин Даблинска регулатива остварује два циља – спречава апликанте да злоупотребе право

---

22 У року од 3 дана мора се издати документ који потврђује његов статус тражиоца азила и омогућава останак у тој држави (чл. 6 Директиве 2013/33). То је врло важно, јер, како је нагласио Европски суд за људска права, „недостатак информација је главна сметња за приступ процедури за остваривање права на азил“ (Case M.S.S. v. Belgium and Greece, para. 304; Case Hirsi Jamaa and Others v. Italy, para. 204).

23 Чл. 6(2) Директиве.

24 Поред 28 чланица ЕУ, даблинска правила о одређивању надлежне државе примењују се и на Швајцарску, Норвешку, Исланд и Лихтенштајн.

25 Регулатива 343/2003, ОЈ ЕУ, 2003, L 50/1.

26 Овде се може радити о симултаним или сукцесивним захтевима за азил.



на подношење захтева за азил и гарантује ефикасан приступ процедури за остваривање права на азил.<sup>27</sup>

У основи, свим досадашњим даблинским актима предвиђено је да о захтеву за азил одлучује држава чланица кроз коју је тражилац азила ушао у ЕУ („прва држава чланица“), уз одређене изузетке који се односе на малолетна лица и лица чији чланови породица већ бораве у ЕУ. Дакле, захтев за азил се примарно подноси у држави преко које је тражилац азила ушао у ЕУ. Циљ овог правила је да чланица која има највећи „допринос“ за улазак тражиоца азила на простор ЕУ буде одговорна за разматрање његовог захтева.<sup>28</sup>

Даблинска регулатива III прописује да се код одређивања „прве државе чланице“ примењује следећи редослед: а) држава која је издала визу или дозволу боравка; б) држава у коју је апликант ушао илегално (ова држава

---

27 За функционисање механизма надлежности установљеног Даблинском регулативом III врло је важан и систем Eurodac. То је систем за прикупљање и упоређивање отисака прстију тражилаца азила и илегалних имиграната у ЕУ. Састоји се од централне базе података и система за електронски пренос података између држава чланица и централне базе. Приликом подношења захтева за добијање азила, надлежни органи држава чланица узимају отиске свих 10 прстију апликаната старијих од 14 година и прослеђују их централној бази података, где се они чувају и упоређују са раније узетим отисцима. На тај начин државе увек имају могућност да провере да ли је то лице негде већ поднело захтев за добијање азила. Функционисање Eurodac-а данас је регулисано Регулотивом 603/2013.

28 Масовни илегални прилив сиријских држављана у Грчку, који су тамо стизали преко Турске, створио је велике проблеме тој чланици ЕУ, али и читавој Унији. Како би се тај проблем ублажио, ЕУ и Турска су постигле споразум о предузимању већег броја мера усмерених на решавање тог проблема. Крајем новембра 2015. године ови актери су се сагласили да активирају Заједнички акциони план, договорен 15. октобра 2015. године (EU-Turkey Joint Action Plan, European Commission, MEMO/15/5860), а заједничком изјавом од 18. марта 2016. године договорене су додатне мере (EU-Turkey statement, 18 March 2016, General Secretariat of the Council, Press release, 144/16, 18/03/2016). Заједничким акционим планом Турска се обавезала да предузме следеће мере: ојача своју обалну стражу; региструје мигранте на својој територији и изда им документа; појача њихову привремену заштиту; омогући њихов приступ школовању, здравственој заштити и тржишту рада. С друге стране, ЕУ се обавезала да пружи финансијску и хуманитарну помоћ Турској за спровођење наведених мера. Договором од 18. марта, између осталог, договорено је: враћање новопридошлих илегалних миграната који из Турске стигну на грчка острва, уз потпуно поштовање принципа *non-refoulement* и гаранција садржаних у Директиви ЕУ о поступку бр. 2013/32; слање из Турске у ЕУ онолико Сиријаца колико са грчких острва буде враћено у Турску (правило 1 за 1); предузимање мера од стране Турске како би се спречило стварање нових мигрантских рута ка ЕУ; предузимање заједничких мера ЕУ и Турске за побољшање хуманитарних услова у Сирији, нарочито у областима близу турске границе. Заузврат, ЕУ се обавезала да унапреди царинску унију са Турском и убрза визну либерализацију за грађане те државе.

губи надлежност кад протекне 12 месеци о илегалног уласка); в) држава у којој је апликант провео последњих пет месеци а, ако је у том последњем петомесечном периоду живео у више држава, онда последња држава његовог становања; г) држава у коју је држављанин треће земље ушао јер му за њу није била потребна виза; или д) држава на чијем аеродрому је апликант поднео захтев за азил. Када на основу наведених критеријума није могуће одредити надлежну државу чланицу, за одлучивање ће бити надлежна држава у којој је поднет захтев.<sup>29</sup> Ипак, држава која је према овим правилима надлежна за разматрање захтева биће ослобођена те надлежности уколико апликант проведе ван њене територије више од три месеца или уколико друга чланица ЕУ том лицу изда документ о боравку.<sup>30</sup>

Као што је речено, од ових општих правила постоје и изузеци. Први изузетак, базиран на породичним везама, примењује се у две ситуације. Уколико су подносиоци захтева малолетници или лица чији се чланови породице или рођаци већ легално налазе у ЕУ, о њиховом захтеву не одлучује држава која би била надлежна према напред наведеним критеријумима, већ држава чланица у којој живе чланови њихове породице, односно рођаци.<sup>31</sup> Такође, када истовремено или у приближно исто време захтеве подносе чланови исте породице, о њима одлучује држава која је одговорна за прихват највећег броја чланова те породице а, ако таква држава не постоји, онда је надлежна држава која одлучује о захтеву за азил најстаријег члана породице.<sup>32</sup> Други изузетак односи се на издржавана лица, и према њему о захтеву за азил одлучује држава у којој се налазе издржаваоци или издржавана лица а све у циљу њиховог спајања.<sup>33</sup>

Може се видети да су даблински критеријими за одређивање надлежне државе објективне природе. Приликом њиховог утврђивања у обзир нису узете евентуалне „тесне везе“ апликанта са неком чланицом ЕУ, нити особености које би довеле до његовог лакшег интегрисања у тој држави (Maiani, 2016: 104–105), попут знања језика, ранијег боравка у њој, сличног система школовања, културолошке сличности и др. (McDonough, Kmak, Selm, 2008: 6).

Даблинска регулатива III садржи значајну новину која доводи до одступања од примене утврђеног редоследа надлежности. Наиме, чл. 3 не допушта држави на чијој територији се налази тражилац азила да га

29 Чл. 3(2), 7 и 12–15.

30 Чл. 19 Регулative 604/2013.

31 Чл. 8–10 Регулative 604/2013.

32 Чл. 11 Регулative 604/2013.

33 Чл. 16 Регулative 604/2013.

шаље у државу чланицу која би по утврђеном редоследу била надлежна за одлучивање о његовом захтеву, ако би он тамо био изложен нехуманом или понижавајућем поступању.<sup>34</sup> Уколико би у свакој од потенцијално надлежних држава апликант био изложен таквом поступању, о захтеву ће одлучивати управо држава у којој се он тренутно налази. Може се видети да чл. 3 Регулative 604/2013 укида дотадашњу презумпцију поштовања људских права од стране држава чланица ЕУ и еродира њихов однос међусобног поверења (Mitsilegas, 2014: 197).

На крају, треба рећи да држава чланица може добровољно преузети надлежност и одлучити о било ком захтеву за азил који јој је поднет.<sup>35</sup> То је тзв. клаузула суверености или „дискрециона клаузула“ која омогућава држави да одлучи о поднетим захтевима, иако, према наведеним критеријумима из Даблинске регулативе III, она нема ту обавезу. Поред тога, држава чланица може добровољно прихватити надлежност и из хуманитарних обзира, нарочито због породичних или културолошких разлога („хуманитарна клаузула“).<sup>36</sup>

Може се видети да подношење захтева за азил у некој држави чланици ЕУ не значи да ће га баш она разматрати и одлучивати о давању азила. Уколико држава у којој се апликант налази утврди да она није надлежна за одлучивање о азилу, већ нека друга чланица ЕУ, онда ће се извршити трансфер апликанта у чланицу која је по даблинским критеријумима надлежна за разматрање захтева.<sup>37</sup>

#### 4. Првостепени поступак

Када се према даблинским правилима утврди држава надлежна за одлучивање о захтеву за азил, она спроводи првостепени поступак у ком испитује поднети захтев. То испитивање се врши у редовном поступку, осим уколико не постоје разлози за вођење неког од посебних поступака.

Треба рећи да право ЕУ не одређује који ће државни органи бити надлежни за одлучивање о захтеву за азил, како код редовног, тако ни код посебних

---

34 Ово одступање је унето због пресуда које су Европски суд за људска права и Европски суд правде донели против држава чланица ЕУ које су на основу Даблинске регулативе тражиоце азила враћале у „прву државу“ чланицу где су били изложени нехуманим условима (Ђукановић, 2015: 39; Mallia, 2011: 107–128; Garlick, 2015: 125–126).

35 Чл. 17(1) Регулative 604/2013.

36 Чл. 17(2) Регулative. Овде се мисли на случајеве који већ не потпадају под неку ситуацију наведену у чл. 8–11 и чл. 16 Даблинске регулативе III у којима постоји обавезна надлежност држава.

37 Чл. 20–25 Регулative 604/2013.

поступака. Одређивање надлежних органа је препуштено државама чланицама, уз захтев да располажу потребним капацитетима, укључујући постојање потребног броја оспособљеног особља.<sup>38</sup>

Уколико апликант изричито или прећутно одустане од свог захтева, орган одлучивања ће обуставити поступак или одбити захтев.<sup>39</sup>

#### **4.1. Редовни поступак**

Директива 2013/32 предвиђа низ општих гаранција које морају бити испоштоване у редовном поступку, како би одлучивање о захтеву резултирало доношењем правичне одлуке. Свакако да је међу њима најважније право апликанта да остане на територији државе чланице док не буде донета првостепена одлука о његовом захтеву.<sup>40</sup> Међутим, то право останка не даје тражиоцу азила право на добијање боравишне дозволе.<sup>41</sup> Поред тога, чл. 12 пружа и низ процесних гаранција, захтевајући од држава да: а) информишу апликанта о његовим правима и обавезама у поступку и последицама неиспуњавања обавеза; б) обезбеде преводиоца за комуницирање са апликантом; в) дозволе комуникацију апликанта са *UNHCR*-ом и другим организацијама; г) омогуће апликанту и његовом заступнику приступ релевантним информацијама; д) доставе апликанту или његовом заступнику писане одлуке, при чему негативне одлуке морају садржати образложење и поуку о правном леку.

С друге стране, подносилац захтева има и одређене обавезе, као што су: појављивање пред надлежним органима, подношење докумената које поседује, давање информација о свом тренутном пребивалишту, омогућавање претреса и прегледа ствари које поседује, допуштање фотографисања и снимања усмених изјава.<sup>42</sup>

Редовна процедура отпочиње спровођењем интервјуа (личног разговора) са подносиоцем захтева за азил, што је према Директиви из 2013. године обавезна фаза у поступку.<sup>43</sup> Интервју може бити изостављен једино уколико

---

38 Чл. 4 Директиве.

39 Чл. 27 и 28 Директиве.

40 Само у два случаја држава може одступити од овог правила, и то уколико: а) апликант поднесе накнадни захтев за азил или супсидијарну заштиту, или б) чланица има обавезу да екстрадира апликанта другим државама или међународним судовима (чл. 9, ст. 2).

41 Чл. 9 Директиве.

42 Чл. 13 Директиве.

43 Интервју је регулисан чл. 14–17 Директиве.

орган одлучивања већ има довољно доказа на основу којих може донети одлуку о одобравању азила или ако обављање разговора није могуће због трајних здравствених проблема апликанта.<sup>44</sup> Спровођење интервјуа је обавеза за државу, али и за апликанта. Неоправдано изостајање са интервјуа држава може протумачити као прећутно одустајање од захтева.<sup>45</sup> Уколико пропуштање интервјуа не буде протумачено као одустајање од захтева, државе ће донети одлуку о захтеву за азил, узимајући у обзир и чињеницу да је апликант неоправдано пропустио интервју.<sup>46</sup>

Интервју са апликантом је поверљиве природе. Током разговора треба створити услове који ће апликанту омогућити да целовито изнесе разлоге због којих је поднео захтев. У том циљу држава треба обезбедити да: а) разговор, по правилу, води лице истог пола које има способност да узме у обзир личне карактеристике апликанта (пол, културно порекло, припадност некој рањивој групи); б) особа која води разговор не носи војну или полицијску униформу; в) присуство преводиоца. Током интервјуа се води записник или транскрипт разговора, а може се вршити и његово снимање. Апликанту се мора омогућити да изнесе примедбе на записник, односно транскрипт.

Поред интервјуа, орган одлучивања може организовати здравствени преглед апликанта у циљу утврђивања доказа који указују на прогон или тешке повреде.<sup>47</sup>

У првостепеном поступку захтеви се разматрају појединачно, објективно и непристрасно, како би се утврдило да ли лице испуњава услове за стицање статуса избеглице. Поред процесних гаранција из чл. 12 Директиве, апликант у првостепеном поступку има право на бесплатне правне информације, под условом да нема финансијских средстава за самостално прибављање тих информација.<sup>48</sup>

У циљу обезбеђења правне сигурности, Директива утврђује рокове за доношење првостепене одлуке.<sup>49</sup> По правилу, првостепени поступак се мора окончати у року од шест месеци од подношења захтева. Тај рок може бити продужен за додатних девет месеци из следећих разлога:

---

44 То је једно од унапређења у односу на ранију верзију ове Директиве, која је предвиђала шири круг изузетака (Toscano, 2013: 31).

45 Чл. 28(1)а Директиве.

46 Чл. 14(3) и (5) Директиве.

47 Чл. 18 Директиве.

48 Чл. 19 и 21(2) Директиве.

49 Чл. 31(3-6).

а) појаве сложеног чињеничног или правног питања у поступку; б) неблагоприятног испуњавања обавеза од стране подносиоца захтева; или, в) постојања великог броја истовремених захтева за азил. Изузетно, уколико је то неопходно ради одговарајућег и целовитог разматрања захтева, напред наведени 6-месечни и 15-месечни рок може бити продужен за додатна три месеца. Директива допушта и да поступајући орган одложи доношење првостепене одлуке уколико није сигуран да ли је стање у земљи порекла апликанта само привременог карактера. Међутим, у сваком случају првостепени поступак мора бити окончан у року од 21 месеца од подношења захтева.

Првостепеном одлуком утврђује се да ли подносилац захтева за азил испуњава услове за добијање статуса избеглице наведене у чл. 4–12 Директиве 2011/95. Уколико се утврди да лице не испуњава услове за стицање статуса избеглице, онда се испитује да ли оно можда испуњава услове за остваривање супсидијарне заштите.<sup>50</sup> Првостепена одлука се у писаној форми доставља подносицу захтева а, ако је негативна, мора бити образложена и садржати поуку о правном леку.<sup>51</sup>

## **4.2. Посебне процедуре**

Поред опште, постоји и неколико посебних процедура које државе могу спровести приликом одлучивања о азилу, и то: приоритетна процедура (чл. 31, ст. 7), испитивање прихватљивости захтева (чл. 33), убрзана процедура (чл. 31, ст. 8) и процедура на граници (чл. 43). Треба нагласити да и код посебних процедура морају поштовати основне гаранције из главе II Директиве.

### **4.2.1. Приоритетна процедура**

Директива пружа могућност државама да приликом одлучивања приоритет дају појединим захтевима за азил. Државе могу дати предност једним захтевима и одлучити о њима пре него о неким другим, иако би о тим другим захтевима по редоследу њиховог подношења требало раније одлучивати. У чл. 31(7) је наведено да се приоритетно одлучивање може применити уколико је вероватно да је захтев основан или је захтев поднет од лица са посебним потребама. Држава има дискреционо право да одлучи хоће ли у национално законодавство уградити приоритетну процедуру. Државе у којим постоји приоритетна процедура могу из ње

<sup>50</sup> Чл. 10(2) Директиве. Лицу се може одобрити супсидијарна заштита ако испуњава услове из чл. 15 Директиве 2011/95/ЕУ (Раичевић, 2015: 19).

<sup>51</sup> Чл. 11(1) и (2) Директиве.

изоставити интервју уколико се позитивна одлука може донети на основу већ прикупљених чињеница.

Приоритетна процедура се примењује како би се појединим подносиоцима захтева што пре признао статус избеглице. У неколико држава ЕУ примењује се приоритетна процедура заснована на претпоставци основаности захтева уколико је он поднет од стране лица која долазе из одређених држава (нпр. Сирија, Ирак).<sup>52</sup> Поред приоритетних процедура базираних на претпоставци да су захтеви грађана појединих држава основани, у неким чланицама ЕУ приоритетно се одлучује и о захтевима лица која припадају рањивим групама. Као примере за то можемо навести Мађарску, Италији и Малту које на тај начин поступају са захтевима малолетника без пратње (AIDA, 2015: 82).

#### **4.2.2. Процедура испитивања прихватљивости захтева**

Директива предвиђа одређене случајеве када држава није дужна да се упушта у меритум захтева за азил, већ га може одбацити као неприхватљив (недопуштен).<sup>53</sup> У чл. 33 наведено је пет таквих случајева, и то: а) када је друга чланица ЕУ признала апликанту право на азил (или супсидијарну заштиту); б) уколико је апликант добио азил у некој држави нечланици ЕУ; в) уколико апликант долази из државе која се сматра сигурном земљом; г) уколико је апликант поднео поновни захтев без изношења нових чињеница; или д) када је у питању захтев за азил поднет од издржаваног лица које се већ сагласило да његов случај буде део захтева поднетог у име тог лица од стране особе која га издржава. Наведена листа случајева је затворена, тако да је државе не могу ширити својим националним законодавством. Може се видети да се ова процедура спроводи уколико апликант већ ужива међународну заштиту у некој другој држави или је очигледно да му међународна заштита није ни потребна.

Уколико се утврди недопуштеност захтева, држава неће имати обавезу испитивања меритума захтева. Међутим, током овог поступка апликанту

---

52 Различити су рокови у којима се окончава приоритетна процедура. На пример, у Грчкој за апликанте из Сирије који имају идентификациона документа она се окончава истог дана када поднесу захтев, док у Холандији та процедура траје четири дана (AIDA, 2015: 81).

53 Државе могу поступити на тај начин, али се могу одредити да и у тим ситуацијама примене редовну процедуру.

се мора дати могућност да кроз интервју изнесе конкретне околности свог случаја, осим уколико је у питању поновни захтев за азил.<sup>54</sup>

#### 4.2.3. Убрзана процедура

Код убрзане процедуре рок за доношење одлуке је краћи него код редовне процедуре (Repeman, 2013: 724), што се може постићи „увођењем краћих, али разумних рокова за одређене процесне радње“.<sup>55</sup> На пример, могу се скратити рокови за подношење захтева, за припрему интервјуа, за консултовање са правним заступником, као и за жалбе.

Директива наводи 10 случајева у којима се може водити убрзана процедура, и то ако је: а) апликант приликом подношења захтева покренуо једино питања која нису релевантна за утврђивање његовог заштићеног статуса; б) апликант дошао из сигурне земље порекла; в) апликант обмануо органе подношењем лажних докумената или информација о свом идентитету и држављанству; г) вероватно да је апликант злонамерно уништио или отуђио личне исправе које би помогле приликом утврђивања његовог идентитета или држављанства; д) апликант дао очигледно недоследне, супротне, лажне или слабо вероватне изјаве, због чега је његов захтев за азил очигледно неуверљив; ђ) апликант поднео недопуштени накнадни захтев за међународну заштиту; е) апликант поднео захтев само како би одложио или онемогућио извршење одлуке о протеривању; ж) апликант незаконито ушао на државну територију чланице ЕУ или је у њој продужио боравак, а без оправданог разлога се у најкраћем року није јавио државним органима или поднео захтев за међународну заштиту; (з) апликант одбио давање отисака прстију; или, и) апликант због озбиљних разлога опасан за националну безбедност или јавни ред државе чланице ЕУ. Може се видети да државе имају могућност да спроведу убрзану процедуру уколико су у питању очигледно неосновани захтеви за азил. Код захтева за азил поднетог од стране малолетника без пратње или лица која су била изложена мучењу, силовању или другим облицима тешког насиља, убрзана процедура се може применити само у изузетним ситуацијама.<sup>56</sup>

---

54 Неки сматрају да изостављање интервјуа и у тој ситуацији није добро, јер се апликанту ускрађује могућност да усмено изнесе доказе који нису били погодни за изношење у писаној форми (ECRE, 2014: 19, 40).

55 Преамбула Директиве, пара. 20.

56 Чл. 25(б)а и чл. 24(3) Директиве.



#### 4.2.4. Процедура на граници

Државама чланицама је допуштено да у одређеним ситуацијама процедуру одлучивања о захтеву за азил спроведу на самој граници или у транзитним зонама. Према чл. 43 Директиве, државе могу применити такав поступак уколико постоји неки од пет разлога из чл. 33 за вођење поступка за испитивање прихватљивости захтева или нека од 10 ситуација за примену убрзане процедуре из чл. 31(8) Директиве.<sup>57</sup> Дакле, на граници се може утврђивати допуштеноост захтева, али и његова основаност.

Код ове процедуре, подносиоцу захтева се не допушта улазак на државну територију, већ се током трајања поступка задржава на граници или у транзитним зонама. Пошто се ова процедура најчешће спроводи у транзитним или међународним зонама на аеродромима и лукама,<sup>58</sup> одбијање уласка код ове процедуре представља правну фикцију јер се подносилац захтева, у ствари, већ налази на територији поступајуће државе и она над њим остварује пуну јурисдикцију (Cornelisse, 2016: 74).

Пракса је показала да државе приликом примене процедуре на граници аутоматски одређују притвор подносиоцима захтева. Због тога, али и због немогућности адекватног испитивања поднетог захтева, државама се препоручује да не примењују процедуру на граници, већ да лица прихвате на своју територију и омогуће им истинско остваривање заштите признате правом ЕУ (ECRE, 2014: 48). Уколико, ипак, одлуче да користе процедуру на граници, државе не треба да је примењују за испитивање суштине захтева (ситуације из чл. 31, ст. 8), већ треба да је ограниче на испитивање допуштеноости захтева (разлози из чл. 33) (ECRE, 2014: 48).

По правилу, процедура на граници се мора окончати у року од четири седмице а, уколико се то не деси, држава мора дозволити подносиоцу захтева улазак на њену територију и приступ редовној процедури за остваривање права на азил. Међутим, у случају доласка великог броја тражиоца азила на границе једне државе чланице,<sup>59</sup> могуће је одступање од овог рока.

---

57 Једино у ових 15 ситуација које потпадају под домашај чл. 43 Директиве држава чланица ЕУ може тражиоцу азила ускратити улазак на своју територију, а у свим другима ситуацијама дужна је да му то омогући (Cornelisse, 2016: 80).

58 Државе не примењују ову процедуру код преласка копнене границе због недостатка центара на граничним прелазима у којима би били смештени апликанти док чекају одлуку о свом захтеву.

59 Директива не прецизира значење израза „велики број“, тако да је тумачење тог израза препуштено државама, што може довести до злоупотреба и неуједначености.

Као и убрзана процедура, и процедура на граници по захтевима поднетим од стране малолетника без пратње или лица која су била изложена мучењу, силовању или другим облицима тешког насиља, може бити примењена само у изузетним ситуацијама.<sup>60</sup>

## 5. Жалбени поступак

Чл. 46 Директиве гарантује подносиоцима захтева за азил право на делотворан правни лек. Експлицитно је предвиђено да о правном леку мора одлучивати суд. Директива не одређује врсту правних лекова, већ то препушта државама чланицама. Такође, нису прописани ни жалбени рокови, али се од држава захтева да утврде разумне рокове који не смеју онемогућити или учинити посебно тешким остваривање права на правни лек.

Подносиоци захтева за азил имају право да оспоравају: одлуку о неприхватљивости захтева, одлуку о неоснованости захтева, одлуку донету на граници или у транзитним зонама и одлуку о обустављању поступка због тога што апликант долази из сигурне треће земље. Такође, правни лек мора бити доступан и апликантима којима је призната супсидијарна заштита, али им је одбијено признавање статуса избеглице.

Директива 2013/32 намеће обавезу државама да дозволе апликанту останак на њиховој територији до истека жалбеног рока а, ако је правни лек поднет, онда до окончања другостепеног поступка. Чл. 46(б) садржи одређене изузетке у којима не постоји аутоматско право останка на територији државе чланице ЕУ током жалбеног поступка. Ипак, и у тим ситуацијама жалбени суд може дозволити апликанту да остане на територији државе чланице. Коректно коришћење ове могућности спречиће враћање подносиоца захтева за азил у државу где му прети опасност од прогона (UNHCR, 2013: 4).

Апликанту који не може да финансира своје заступање, у жалбеном поступку мора бити обезбеђена бесплатна правна помоћ и заступање, осим уколико надлежно тело сматра да жалба нема реалних шанси за успех.<sup>61</sup> Овим је учињен значајан напредак у односу на ранију Директиву, код које је пружање правне помоћи било препуштено вољи држава. Међутим, и садашње решење може знатно отежати остваривање права на бесплатну правну помоћ јер је држави препуштено да процењује потенцијалну успешност жалбе, без постојања неких објективних критеријума. Такво правило може озбиљно нарушити право апликанта на приступ правосуђу,

---

60 Чл. 25(б)а и чл. 24(3) Директиве.

61 Чл. 20 Директиве.

нарочито у ситуацији када је његов захтев одбачен или одбијен у убрзаном поступку или поступку одлучивања о прихватљивости (AIDA, 2013: 39).

У садашњем европском систему азила о жалбама одлучују национални судови, што може довести до неуједначене праксе међу државама. Због тога неки предлажу стварање заједничког европског жалбеног суда за азил, који би допринео униформној примени легислативе ЕУ у области азила (Pascoa, 2014: 23).

## 6. Закључак

Директивом 2013/32 установљени су заједнички стандарди које органи државачланица морају поштовати током одлучивања о поднетим захтевима за азил. Главни циљ Директиве је хармонизација националних прописа, како би се омогућило уједначено поступање приликом одлучивања о азилу. Овим актом учињен је помак унапред, јер се уместо ранијих минималних, установљавају заједнички стандарди за поступак одлучивања о азилу. Ипак, поновно прибегавање директиви, а не регулативи, показује да у ЕУ још увек не постоји спремност за истинску хармонизацију у овој сфери.

Државе су коректно имплементирале Директиву у своје националне правне системе, чиме је остварено нормативно уједначавање процедуралних правила о азилу. Државе су и у пракси поштовале стандарде из Директиве, уз одређена одступања која су се углавном односила на поштовање рокова за регистрацију захтева за азил, правовремено спровођење интервјуа и пружање правне помоћи, нарочито у поступцима вођеним у аеродромским и лучким транзитним зонама.

Много више проблема било је код примене неких других прописа који имају додирних тачака са поступком одлучивања о захтеву за азил. Ту се пре свега мисли на спречавање уласка лица из угрожених земаља на територију неких држава чланица ЕУ, чиме им је онемогућено подношење захтева и приступ процедури за утврђивање испуњености услова за добијање азила. Такође, озбиљан проблем представљало је и (не)функционисање даблинског система за одређивање надлежне државе за одлучивање о захтеву за азил у условима масовног прилива угрожених лица. Даблинска правила пребацују одговорност за одлучивање о захтевима за азил на чланице на спољним границама ЕУ, чиме се одступа од принципа солидарности, што често доводи до непотребног одуговлачења и стварања бројних проблема за тражиоце азила и чланове њихових породица. Све ове слабости су испливале на површину током избегличке и мигрантске кризе, нарочито током 2015. године. Готово је сигурно да треба очекивати реформу постојећих правила, нарочито оних која одређују државу надлежну за одлучивање о захтеву за азил.

## Литература

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

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

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

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

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

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

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

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

Ђукановић, А. (2015). Заштита људских права тражилаца Азила и илегалних миграната – пракса Европског суда за људска права. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 71/2015. 33–60

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

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

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

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

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

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

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

**Nebojša Raičević, LL.D.**

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## ASYLUM PROCEDURE IN EU LAW

### Summary

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

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

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

## **ПРИЛОГ РАСПРАВИ О КРИМИНАЛИЗАЦИЈИ ПРОГАЊАЊА\*\***

**Апстракт:** *Различити облици у којима се јавља, тежина последица које изазива, као и могућност да прерасте у насиље, чине феномен прогањања веома озбиљним и комплексним. Иако се може сагледавати са различитих аспеката, прогањање је у раду проучавано из визуре материјалног кривичног права. Тако је у првом делу дат осврт на то како изгледа типична инкриминација прогањања у изабраним европским законодавствима, док су у другом делу преиспитивани постојећи капацитети кривичног законодавства Србије да одговори на овај проблем, пре свега кроз дело угрожавања сигурности, не би ли се дошло до закључка да ли је постојећа регулатива адекватна, или је ипак потребна извесна интервенција законодавца.*

**Кључне речи:** *кривично законодавство Србије, прогањање, угрожавање сигурности.*

### **1. Уводне напомене**

У криминолошкој теорији постоје различите дефиниције прогањања, што је последица већег броја фактора, почевши од комплексности ове појаве која обухвата читав спектар понашања, преко преплитања са узнемиравањем, сексуалним узнемиравањем, насиљем у породици, насиљем на радном месту, или вршњачким насиљем, до приступа самих теоретичара, који су више окупирани описивањем његових облика и предлагањем мера за сузбијање него изналагањем неке јединствене, свеобухватне дефиниције (Николић-Ристановић, Ковачевић-Лепојевић, 2007: 5–6). Сам назив прогањање представља превод енглеске именице

\* dusica@prafak.ni.ac.rs

\*\* Чланак представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (евиденциони број 179046), који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

„stalking“ која се првобитно користила за означавање појединих радњи у лову на животиње, у смислу прикрадања, шуњања и гоњења, да би се тек крајем XX и XXI века почео употребљавати и као ознака одређеног начина понашања према људским бићима (Николић-Ристановић, Ковачевић-Лепојевић, 2007: 4). У питању може бити било која делатност подобна да код просечне, разумне особе изазове страх, попут: праћења и надзирања жртве (физичког или уз употребу скривених камера или ГПС-а); појављивања на местима на којима се појављује и жртва; слања нежељених поклона, писама, честитки, имејлова; наношења штете на стварима жртве; контролисања телефонских позива и употребе компјутера; претњи да ће жртва, њој блиска особа или кућни љубимац бити повређени; прикупљања података о жртви из јавних евиденција, сервиса доступних *on-line*; претраживања смећа; контактирања чланова породице, пријатеља, суседа или колега жртве; постављања информација или ширења гласина о жртви путем интернета, на јавном месту или изговарањем речи; и било које друге активности усмерене на контролу, праћење или застрашивање жртве.<sup>1</sup> Уз значајне разлике, приметно је да се увек ради о понашању које не подразумева примену физичког насиља, а његова опасност потиче отуда што временом може да ескалира у насиље, посебно ако се у улози учиниоца налази партнер или бивши партнер.<sup>2</sup> Такође, истраживања показују да услед прогањања жртва може да претрпи бројне негативне последице по физичко и психичко здравље, али и оне које се одражавају на друштвене контакте и друштвени живот, као што су: емоционална отупелост, осећање беспомоћности, депресивност, анксиозност, напади панике, појачана агресија, губитак сна, хронични умор, слабост, губитак тежине, промена животних навика, места становања, радног места, избегавање друштвених контаката, раскид везе и погоршање породичних односа, све до суицидних мисли и покушаја самоубиства.<sup>3</sup>

1 Видети на <http://www.victimsofcrime.org/our-programs/stalking-resource-center/stalking-information>, приступ 25.02.2016. године.

2 О факторима ризика за настанак насиља више у: James, Farnham, 2003: 432–438, Miller, 2012: 501, McEwan, Mullen, MacKenzie, Ogloff, 2009: 1469–1478, Norris, Huss, Palarea, 2011: 103–115, Viñas-Racionero, Raghavan, Soria-Verde, Prat-Santaolaria, 2015: 1–18 и др.

3 На ову тему има много истраживања, а преглед је учињен на основу неких новијер датума: Dreßing, Bailer, Anders, Wagner, Gallas, 2014: 63–65, Sheridan, James, 2015: 11 и надаље, Diette, Goldsmith, Hamilton, Darity Jr., McFarland, 2013: 6 и надаље, Short, Guppy, Hart, Barnes, 2015: 28–30, Maclean, Reiss, Whyte, Christopherson, Petch, Penny, 2013: 193–199, Purcell, Pathe, Baksheev, MacKinnon, Mullen, 2012: 364–368.



## 2. Кривично дело прогањања у компаративном праву са посебним освртом на поједина европска права

Прогањање је први пут инкриминисано у Калифорнији 1990. године, и то под притиском јавности, револтиране због убиства више жена, које су претходно биле прогањане, међу којима је била и позната глумица *Rebecca Schaeffer* (Тјаден, 2009: 261–262). Пример Калифорније су убрзо почеле да следе и многе друге федералне државе, да би 1993. године на иницијативу Конгреса Министарство правде, тачније *National Institute of Justice* из његовог састава, израдило Модел закона против прогањања (*The Model Stalking Code for States*), чиме је отворен процес криминализације ове појаве на савезном нивоу и у осталим државама, као и процес уједначавања законских решења (Тјаден, 2009: 262). Првобитно одређење прогањања из Модела закона је више пута мењано, да би се дошло до следеће полазне основе: „Свако ко намерно предузима такво понашање према одређеном лицу, за које зна или би требало да зна да би код разумног лица изазвало страх за сопствену сигурност или сигурност трећег лица или душевни бол, чини кривично дело прогањања“ (*The Model Stalking Code Revised*, 2007: 25). Поред тога, ближе су одређени елементи дела, при чему предузимање понашања подразумева најмање два акта укључујући, али не ограничавајући се на: поступање у којем учинилац директно, индиректно или преко трећег лица, било којом радњом, методом, уређајем или средством, прати, контролише, посматра, надзире, застрашује или ступа у контакт са жртвом или омета њену имовину. Прописано је и да душевни бол треба тумачити као значајну душевну патњу или узнемиреност који могу, али не морају, да изискују медицински или други професионални третман односно саветовање. Модел закона прогањање сврстава по тежини у дела означена као тзв. *felonies*, а поставља и неколико релевантних околности за одмеравање казне – кршење налога о забрани контакта са жртвом; ранија осуда за дело прогањања, под условом да до извршења новог дела није протекао рок од десет година; употреба силе или ватреног оружја или претња да ће бити употребљени; и малолетство жртве.<sup>4</sup>

Са друге стране, за нас би било много значајније испитати какве су одговоре на ову појаву изнашле чланице Европске уније. Иако би се могло очекивати супротно, немају све инкриминисано прогањање.<sup>5</sup> Можемо само нагађати због чега постоје овакве разлике, а логика упућује на два

---

4 Државе су заједничку основу развиле и разрадиле на различите начине, а преглед прихваћених решења је доступан на <https://www.victimsofcrime.org/our-programs/stalking-resource-center/stalking-laws/criminal-stalking-laws-by-state>.

5 Прецизније, нешто више од половине, а у питању су: Аустрија, Белгија, Велика Британија, Данска, Ирска, Италија, Луксембург, Мађарска, Малта, Немачка, Пољска,

могућа разлога – или се у неким државама постојећом регулативом може „покрити“ овај облик друштвене патологије или се сама појава прогањања уопште не препознаје као довољно озбиљан проблем, који би захтевао криминализацију. Државе које су прогањање прогласиле за кривично дело у већини су новелирале своје кривичне законике, док су једино Велика Британија и Република Ирска донеле посебне законе.<sup>6</sup> Фокус даљег излагања усмерен је управо на решења присутна у континенталном правном систему, не би ли се пронашао одговор на питање како изгледа типична инкриминација прогањања, односно шта је то што се може наћи у већини законодавстава као нека врста заједничког именитеља.

### **2.1. Назив кривичног дела и објект заштите**

У савременим кривичним законима је уобичајно да су кривична дела у посебном делу именована, што значи да би најпре требало направити некакав пресек прихваћених назива.<sup>7</sup> У већини случајева, назив дела садржи криминолошки термин „прогањање“, мада се могу уочити и извесне разлике, јер је прогањање присутно без икаквог даљег одређења, рецимо, у италијанском праву (*atti persecutori*, чл. 612bis КЗ-а), или уз неки допунски атрибут, попут „упорног прогањања“ у аустријском (*beharrliche verfolgung*, чл. 107а КЗ-а), односно „опасног прогањања“ у чешком праву (*nebezpečné pronásledování*, чл. 354 КЗ-а). Приметне су и терминолошке непрецизности, јер се дело негде назива „узнемиравање“ (чл. 222 КЗ Мађарске, чл. 251а КЗ Малте и чл. 208 КЗ Румуније), иако је у литератури познато да између прогањања и узнемиравања нема знака једнакости и да се наведени термини не смеју користити као синоними (више о томе у Николић-Ристановић, Ковачевић-Лепојевић, 2007: 6). У том смислу, свакако су прихватљивији називи који узнемиравање додатно описују, као на пример „опсесивно узнемиравање“ (чл. 442-2 КЗ Луксембурга). Најмаштовитији је хрватски законодавац који је дело назвао „наметљиво понашање“ (чл. 140 КЗ-а).

Надаље, оно на шта треба обратити пажњу јесте законска систематика, пошто она открива шта се сматра објектом заштите. Преовлађујући је став да се ради о личној слободи (КЗ Италије, Немачке, Белгије, Румуније,

Румунија, Холандија, Хрватска и Чешка. Текстови закона преузети са <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, приступ 25.02.2016. године.

<sup>6</sup> *Protection from Harassment Act* и *Non-Fatal Offences Against the Person Act*. Текстови закона су преузети са <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/40/contents>, <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1997/act/26/section/10/enacted/en/html>, приступ 25.02.2016. године.

<sup>7</sup> То правило има изузетке. Видети, на пример, законике Данске, Пољске и Холандије.

Хрватске, Холандије) односно слободи (КЗ Аустрије и Пољске), мада има и другачијих примера.<sup>8</sup>

## **2.2. Елементи кривичног дела (радња, последица, кривица)**

У дефинисању радње кривичног дела прогањања могу се уочити различити приступи. Поједина законодавства садрже само оквирно одређење радње високог степена апстрактности, док друга покушавају да је конкретизују, наводећи мање или више исцрпно оно што се може назвати тактикама или обрасцима прогањања. Белгијски КЗ представља илустрацију првог приступа, те дело постоји када се узнемирава друго лице, при чему учинилац зна или би требало да зна да таквим понашањем може озбиљно нарушити његово спокојство (чл. 442бис). Исто је и са решењима у законодавствима Луксембурга,<sup>9</sup> Малте,<sup>10</sup> Пољске,<sup>11</sup> Мађарске,<sup>12</sup> Холандије.<sup>13</sup> Набрајање конкретнијих радњи карактеристично је, између осталих, и за кривично право Немачке. Тако се наводи да лице врши незаконито прогањање другог на следећи начин: тражећи његову близину, покушавајући да ступи у контакт са њим путем телекомуникација или других средстава комуникације или преко трећих лица, злоупотребљавајући његове личне податке у сврху наручивања роба или услуга за њега или наводећи трећа лица да ступе у контакт са њим, претећи њему или блиском лицу лишењем живота, телесном повредом, нарушавањем здравља или лишавањем слободе или сличним радњама утиче на животни стил другог лица (чл. 238 ст. 1). Истом реду припада и право Аустрије, те упорно прогањање другог лица постоји ако се, у току дужег времена и са намером да се утиче

---

8 Кривична дела против личности (КЗ Луксембурга), кривична дела против људског достојанства и основних људских права (КЗ Мађарске), кривична дела против части и других личних права (КЗ Данске), кривична дела којима се нарушава миран суживот грађана (КЗ Чешке). По овом питању је специфичан КЗ Малте, јер се дело налази у целини под називом „Претња, насиље и узнемиравање“.

9 Ко у више наврата узнемирава друго лице, а зна или би требало да зна да тиме може озбиљно утицати на спокојство тог лица, чл. 442-2 КЗ-а.

10 Ко предузима понашање које резултира узнемиравањем другог лица, а зна или би требало да зна да га тиме узнемирава, чл. 251а КЗ-а.

11 Ко упорно узнемирава другог или њему блиска лица да би тиме код њега створио разуман страх или значајније нарушио његову приватност, чл. 190а КЗ-а.

12 Ко предузима понашање са намером да застраши другог, наруши приватност, узнемири другог или створи емоционални стрес, под условом да овакво понашање није резултирало тежом повредом, чл. 222 КЗ-а.

13 Ко незаконито, систематски и намерно нарушава приватност другог лица са циљем да присили то лице да нешто учини, не учини или трпи или да изазове страх код њега, чл. 285б КЗ-а.

на његов начин живота, тражи физичка блискост са тим лицем, користе телекомуникациона или друга средства комуникације или трећа лица ради ступања у контакт са тим лицем, поручују робе или услуге за то лице коришћењем његових личних података или ако се приморавају трећа лица да га контактирају коришћењем његових личних података (чл. 170а КЗ-а). Иако се тактике прогањања у поменутих инкриминацијама готово поклапају, постоји веома значајна разлика са крупним практичним импликацијама. Пажљивом читаоцу сигурно није промакла чињеница да се у одређењу из немачког КЗ-а, поред осталих, налазе и *сличне радње* којима се утиче на животни стил другог лица. То значи да списак претходно наведених радњи није коначан и да се и неке друге, применом аналогije као облика тумачења, могу сматрати радњама кривичног дела. Управо остављање овакве резерве даје предност немачком решењу у односу на аустријско.<sup>14</sup> Јасно је, само по себи, да набрајање најчешћих метода прогањања пружа ограничену заштиту, која је делотворна у највећем броју случајева, али која опет остаје без адекватног одговора на све атипичне случајеве, на сва одступања од статистички најзаступљенијих понашања. Занимљиво је да се у законима са мање обимним набрајањима редовно налази и поменута „резервна радња“ – узнемирава, шаље писама и ствара непријатности на други начин (чл. 265 КЗ Данске), прати, уходи друго лице, настоји успоставити или успоставља нежељени контакт са њим, или га на други начин застрашује (чл. 140 КЗ Хрватске) и слично.

Требало би приметити да, без обзира на приказане варијације, постоји и тачка која спаја све радње прогањања. Коришћене формулације упућују на то да за постојање овог дела није довољан један, појединачни акт, једнократно или инцидентно понашање, већ понављање одређеног понашања. Тиме се, заправо, подвлачи разлика између прогањања и узнемиравања, на коју је раније указано.

Анализа кривичног дела прогањања, надаље, открива да је оно у посматраним европским законодавствима често постављено као делатносно. Предност оваквог решења лежи у томе што је тако једноставније и лакше остварити кривичноправну заштиту, пошто нема потребе да се доказује да је остварен и неки негативан ефекат. Као

14 Подразумева се и на решења других држава, које су се определиле за овакав опис дела, попут чешког: Ко у дужем времену прогања другог тако што прети другоме или њему блиском лицу наношењем телесне повреде или неком другом штетом, тражи његову близину или га прати, упорно контактира са њим путем електронских средстава, у писаној форми или на други начин, ограничава га у уобичајеном начину живота или злоупотребљава његове личне податке у циљу остварења личних или других контаката, ако такво понашање може изазвати оправдани страх лица за живот или здравље њега самог или њему блиских лица, чл. 354 КЗ-а.

илустрација се може искористити аустријско право по којем је довољно, како је већ речено, незаконито и упорно прогањање другог у намери да се озбиљно утиче на његов начин живота (чл. 107а КЗ-а). Да би овако дефинисано дело било свршено у формалном смислу, није потребно и реализовање поменути намере, мада би се ова чињеница, која представља тзв. материјално довршење, сигурно вредновала у процесу одмеравања казне. Са друге стране, има и законодавства која су у биће уградила последицу, али из тога не треба закључити да су прихватила идентична решења. Напротив, приметне су одређене разлике, пошто нека траже промене чисто психичке природе како је, на пример, потребно да жртва осећа тескобу или страх за сопствену сигурност или сигурност њој блиских особа (чл. 140 КЗ Хрватске), да осећа страх уопште (чл. 251б КЗ Малте) или да је нарушен њен душевни мир (чл. 265 КЗ Данске). Друге истичу објективније промене, попут утицаја на животни стил жртве (чл. 238 КЗ Немачке), док треће садрже комбинацију, као што је изазивање оправданог страха или значајнијег нарушавања њене приватности (чл. 190а КЗ Пољске). Иако није посебно наглашено, све дате напомене односе се на основни облик кривичног дела прогањања, квалификовани облици ће бити посебно обрађени. Оно што се код инкорпорирања психичких последица може појавити као проблем јесте начин на који се утврђује да ли оне постоје, јер он може бити потупно субјективно обојен, ако се процењује са аспекта жртве кривичног дела, или објективизиран ако се процена врши уз помоћ правног стандарда просечног човека. Сваки начин има другачије исходе; субјективни омогућава прихватање реалности у којој лица различитих психичких структура различито реагују на исто понашање, што тражи детаљније упознавање жртве у сваком случају, објективни иде ка уједначавању праксе, без упуштања у индивидуалне карактеристике и особености, што води ка непрепознавању крајности, тј. претерано осетљивих и претерано неосетљивих лица. Поред наведеног, може се очекивати и да се постојање психичких последица не може увек са сигурношћу утврдити без стручне помоћи вештака.

Такође, у проучаваним инкриминацијама се могу приметити и извесне разлике у субјективном смислу. У највећем броју држава ради се о умишљајном делу без неких додатних назнака које би упутиле на тачно одређени облик умишљаја (КЗ Данске, Немачке, Пољске, Румуније, Хрватске, Чешке). За разлику од тога, у делу законодавства се тражи и постојање одређене намере, на пример, да се озбиљно утиче на начин живота (КЗ Аустрије) или да се застраши друго лице, наруши његова приватност, проузрокује узнемиреност или емоционални стрес (КЗ Мађарске). Како је познато да намера представља највиши степен свесне

и вољне управљености радње на остварење неке последице, следи да она претпоставља постојање директног умишљаја. Трећа група решења посебно истиче интелектуалну компоненту кривице, кроз формулацију „зна или би требало да зна“ (да може озбиљно да наруши спокојство другог лица, по КЗ Белгије; да може озбиљно да утиче на спокојство другог лица, по КЗ Луксембурга; да узнемирава другог, по КЗ Малте и слично).

### ***2.3. Квалификовани облици дела и остали модалитети остваривања појачане заштите***

У једном делу посматраних законодавстава прогањање има теже облике, што отвара питање идентификовања квалификаторних околности, пре свега како би се утврдиле евентуалне подударности. Тако је примећено да садржај неправда основног облика често бива допуњен посебним својством пасивног субјекта – садашњи или бивши брачни или ванбрачни друг, животни партнер или неформални животни партнер, лице са којим је учинилац био у интимној вези (КЗ Хрватске, чл. 140 ст. 2), супружник, бивши супружник, партнер са којим учинилац живи у ванбрачној заједници или бивши ванбрачни партнер (КЗ Мађарске, чл. 222 ст. 3) итд. Како многобројна истраживања показују да је појава прогањања веома честа управо међу партнерима или бившим партнерима, сигурно је да оваква решења имају своје оправдање.<sup>15</sup> Међутим, својство партнера није једино, издвајају се и неке друге категорије које очигледно имају карактеристике посебно рањиве жртве, попут детета (КЗ Хрватске, чл. 140 ст. 2), детета и труднице (КЗ Чешке, чл. 354 ст. 2), односно лица под заштитом, старатељством или надзором учиниоца и лица која учинилац лечи (КЗ Мађарске, чл. 222 ст. 3).

Поред посебног својства, прогањање може бити квалификовано и тежом последицом. Тако се у немачком КЗ-у разликују два случаја, у зависности од њеног значаја и озбиљности: када учинилац изазове опасност од наступања смрти или озбиљне повреде жртве, њеног сродника или другог блиског лица, односно када је његовом радњом проузрокована смрт жртве, њеног сродника или другог блиског лица (чл. 238 ст. 2 и 3). Занимљиво је и решење пољског законодавца, који је за тежу последицу поставио покушај самоубиства жртве (чл. 190а ст. 3).

---

<sup>15</sup> Више у приказима новијих истраживања у Weller, Hope, Sheridan, 2013: 321–322, McEwan, Mullen, MacKenzie, 2009: 153, Carabellese, La Tegola, Alfarano, Tamma, Candelli, Catanesi 2013: 3, Ferreira, Matos, 2013: 393–402, Langhinrichsen-Rohling, 2012: 418–426, Sheridan, Lyndon, 2012: 340–350, van der Aa, 2012: 176. и надаље, итд.

У овом контексту треба поменути и начин на који се дело врши, јер се и он среће као квалификаторна околност. Тако се, на пример, застрашивање жртве врши претњом да ће бити употребљена сила према њој или другом лицу; стварањем утиска да је остваривање претње по живот, телесни интегритет или здравље другог лица неминовно; злоупотребом поверења, положаја или утицаја над жртвом (чл. 222 ст. 2 и 3 КЗ Мађарске). Употреба оружја је квалификаторна околност у чешком праву, као и чињеница да у вршењу дела учествује више лица, тј. најмање два (чл. 354 ст. 2 КЗ-а).

Постоје и примери законодавстава која не садрже теже облике прогањања, већ се служе другачијом техником у циљу остваривања појачане заштите, као што је увођење посебних поштравајућих околности. У том смислу, по КЗ Белгије казна може бити удвостручена ако је дело учињено из мржње, презира или непријатељства према лицу због наводне припадности раси, боји коже, пореклу, националном или етничком пореклу, националности, полу, сексуалној оријентацији, грађанском статусу, рођењу, узрасту, богатству, верском или филозофском уверењу, стању садашњег или будућег здравља, инвалидитету, језику, политичком уверењу, синдикалној припадности, физичким или генетским карактеристикама или друштвеном пореклу (чл. 442бис). Малтешки КЗ предвиђа увећавање казне за један степен, ако је дело учињено према неком од следећих лица: супружник или бивши супружник учиниоца; лице које има или је имало дете са учиниоцем; лице које је формално или неформално било верено за учиниоца са циљем закључења брака; крвни сродник по правој линији, без обзира на степен сродства, брат и сестра (биолошки и законски); усвојилац и усвојеник; лице које са учиниоцем живи у породичном домаћинству или је раније живело у породичном домаћинству макар годину дана; други крвни и тазбински сродници закључно до трећег степена; односно ако је дело учињено у присуству малолетника (чл. 251а у вези са 221а и 202х). У италијанском праву казна се увећава уколико је дело учињено према супружнику, чак и када је дошло до раставе или развода брака, ако су коришћена средства телекомуникација или електронских комуникација, ако се у улози жртве нађу малолетник, трудница, лице са инвалидитетом, односно ако је дело учињено уз примену оружја или од стране прерушеног лица (чл. 612бис КЗ-а).

#### ***2.4. Законска казнена политика и политика кривичног гоњења***

Прилично је тешко дати неки општи закључак везан за законску казнену политику у односу на кривично дело прогањања у европским законодавствима. Уз то, логично је и запитати се колико је он релевантан и употребљив уколико се добија простим упоређивањем прописаних

казни, када је показано да постоји прилична шароликост у дефинисању овог дела. Оно што је на први поглед приметно јесте чињеница да сва законодавства примењују један од два модела – прописују само казну затвора (КЗ Аустрије, Италије, Мађарске, Пољске и Хрватске) или прописују казну затвора алтернативно или кумулативно са новчаном казном (остале земље), са изузетком чешког КЗ-а, који суду оставља да бира између казне затвора и казне у виду забране радње. Што се казне затвора тиче, она је присутна у затвореним оквирима и оквирима отвореним надоле. Полазећи од премисе да посебни максимуми дају бољу слику о тежини дела *per se*, као и о његовом месту у хијерархији кривичних дела, даље излагање је управо усмерено на идентификовање поменуте границе. Тако се у посматраним европским законодавствима најчешће за дело прогањања може изрећи казна затвора до једне године (КЗ Аустрије, Мађарске, Хрватске, Чешке), а потом следи казна до две (КЗ Белгије, Данске, Луксембурга) односно до три године (КЗ Немачке, Пољске, Холандије). Најстроже решење садржи италијански КЗ, са горњом границом фиксираним на пет година, а најблаже малтешки са казном затвора у трајању од три месеца. Да не би било забуне, треба истаћи да се горенаведени преглед односи само на основни облик кривичног дела прогањања. Казнена политика за теже облике такође варира, што је потпуно разумљиво када се узму у обзир раније објашњене специфичности. У том смислу, највиши максимуми постоје у немачком (пет односно десет година) и пољском КЗ-а (десет година), што је потпуно очекивано, како је за постојање тежег дела у овим правима потребно наступање одговарајуће последице по живот или телесни интегритет. Остали закони због начина конструисања квалификованих облика, садрже ниже границе, при чему је свакако најблажи малтешки са максимумом од шест месеци.

Што се политике кривичног гоњења тиче, могу се уочити три система: први, где је покретање поступка препуштено иницијативи пасивног субјекта (КЗ Белгије, Луксембурга, Пољске, Румуније, Холандије); други, где се поступак покреће по службеној дужности (КЗ Аустрије, Данске, Мађарске, Чешке); и трећи, који комбинује оба решења, тако што се дело гони по службеној дужности, осим ако је учињено према детету, када се гони по предлогу (КЗ Хрватске), односно, тако што се гони по приватној тужби, а изузетно по службеној дужности, ако за то постоји посебан јавни интерес (КЗ Немачке).



### 3. Кривично дело угрожавања сигурности

Кривично законодавство Србије не садржи засебну инкриминацију прогањања, попут описаних у упоредном праву, те се може поставити питање да ли се неком од постојећих може пружити адекватна кривичноправна заштита од ове појаве. У трагању за сличним делом прва асоцијација је, свакако, угрожавање сигурности, које се састоји у угрожавању сигурности другог лица претњом да ће се напасти на живот или тело тог или њему блиског лица (чл. 138 КЗ-а). Да би се утврдило у којој мери је наведено дело погодно за остваривање овог циља, оно ће бити детаљно анализирано.

Објект заштите угрожавања сигурности се у домаћој теорији одређује двојако, као лична сигурност човека (Јовашевић, 2014: 55) или као осећај личне сигурности (Лазаревић, 2007: 429, Стојановић, 2013: 1), при чему се друго схватање чини прецизнијим, што ће постати јасније из каснијег излагања. Готово да не треба посебно наглашавати значај поменутог добра; перцепција човека да је сигуран, да може да води миран и спокојан живот, јер га други у томе не ометају, представља једну од елементарних претпоставки без које је тешко замислити остваривање других права и слобода.

Радњу дела чини претња којом се ставља у изглед да ће се напасти на живот или телесни интегритет. Претња неким другим злом, ма како тешко оно било, не би се могла квалификовати као угрожавање сигурности, осим ако то друго зло нужно не подразумева и напад на живот или тело.<sup>16</sup> Сам напад треба схватити тако да обухвата и повреду и угрожавање односних добара, што значи да ће се он манифестовати у виду вршења неког кривичног дела против живота и тела. Евентуално, могла би доћи у обзир и дела из неке друге групе у којој се ове вредности штите супсидијарно. Овде би се могло појавити као спорно да ли је баш свако зло, за које је предочено да ће бити извршено на телу, довољно тешко да би представљало квалификовану претњу. Како се код угрожавања сигурности озбиљност претње процењује субјективно, тј. са аспекта саме жртве, што ће касније детаљније бити објашњено, јасно је да ни ово у неким ситуацијама не може бити искључено.

Приметно је да се код других дела среће синтагма „претња да ће се непосредно напасти на живот или тело“, што подразумева да нема просторне удаљености и временског дисконтинуитета између саме претње и њеног

---

<sup>16</sup> У прилог томе говори следећи случај из судске праксе: окривљена је у ходнику добацила приватној тужиљи да ће је „средити“, при чему је суд нашао да нема елементарна угрожавања сигурности, јер се поменути израз не односи нужно на напад на живот и тело. *Пресуда Окружног суда у Чачку, Кж. 236/2007.*

остваривања. На испуњењу таквих захтева се код угрожавања сигурности не инсистира, те се под опис могу подвести и претње које се неће непосредно остварити. Ни сам начин упућивања претње није релевантан. Иако се да претпоставити да се она најчешће исказује вербално, није искључена ни реална претња ни претња конклюдентним радњама.<sup>17</sup>

Надаље, претња треба да се односи на лице коме се прети или на неко њему блиско лице, на основу чега се прави разлика између директне и индиректне претње. Појам блиског лица овде треба тумачити рестриктивно, при чему би он обухватио сроднике у правој линији, брата, сестру, брачног друга, лице са којим се живи у трајној ванбрачној заједници, усвојиоца, усвојеника, стараоца и лице под старатељством (Лазаревић, 2007: 430, Стојановић, 2012: 531). Пошто је одређено на кога се све претња може односити, требало би се осврнути и на то ко треба да је реализује, да ли то мора бити сам субјект који је пласира или долази у обзир и неко друго лице. Сматра се да није од значаја ко ће нанети зло садржано у претњи – лице које прети лично или неко други, али је битно да лице не прети злом које уопште, ни на који начин не зависи од његовог утицаја (Стојановић, 2013: 3).

Иако није експлицитно наведено у законском опису, подразумева се да претња мора бити озбиљна и могућа, другим речима, подобна да код пасивног субјекта створи осећај страха, личне угрожености и несигурности, што представља последицу овог дела. Дакле, за меродавно се узима како претњу доживљава конкретна жртва, те сада постаје јаснија почетна напомена да објект заштите представља осећај личне сигурности. У том смислу, ако је, на пример, средство којим се прети такво да се њиме не може реализовати зло предочено у претњи, претња и даље може носити атрибут озбиљне, али само под условом да је жртва имала основаног разлога да поверује у њену остварљивост. Или, када се претерано сујеверном лицу прети угрожавањем живота или тела применом магије, ако је оно апсолутно убеђено да је могућа узрочно-последична веза између наведених дешавања, а учинилац то зна и користи, дело ће ипак постојати, јер ствара осећај несигурности код сујеверног лица, независно од тога шта већина људи мисли о реалности и опасности описане претње (пример из F. Antolisei: Manuale di diritto penale, Parte speciale I, Milano, 2008, p. 154–155,

<sup>17</sup> „Првостепеном пресудом двојица окривљених су оглашени кривим да су угрозили сигурност лица, тако што је првоокривљени рекао оштећеном: „ископаћу ти оба ока“, док му је другоокривљени прилазио са шрафцигером у руци. Неосновано се жалбом браниоца окривљеног наводи да другоокривљени није упутио никакову претњу оштећеном, већ да му је само прилазио са шрафцигером у руци, те да се претња може само вербално изрећи... претња се може изрећи и конклюдентном радњом, а не само вербално, што је другоокривљени и учинио.“ Пресуда Окружног суда у Београду, Кж. 2856/05 и пресуда Првог општинског суда у Београду, К. 276/05 (Симић, Трешњев, 2006: 89).

наведено према Стојановић, 2013: 4). Да би се проценило како пасивни субјект доживљава претњу, потребно је анализирати низ параметара, почевши од садржаја претње, начина на који је изнета, општег контекста у којем је пласирана, али и личности учиниоца и његовог ранијег живота, личности оштећеног, његових ставова, животних прилика и слично.<sup>18</sup>

Такође, претња мора бити сазната од стране пасивног субјекта било непосредно било посредно. Без тога, она не може да постигне никакав психички учинак, па ни осећање несигурности и неспокојства. Логичком разрадом претходних ставова долази се до неколико закључака. Прво, без сазнања претње не може настати последица кривичног дела, што значи да оно остаје у стадијуму покушаја, који је кажњив само код најтежег облика. Друго, због прихваћене субјективне процене угрожености, суд није дужан да испитује да ли је пасивни субјект у објективном смислу био угрожен. Треће, у случају посредног сазнања суд мора да одреди кривичноправни положај преносиоца претње, који у зависности од свог субјективног односа може, али и не мора, бити саучесник у угрожавању сигурности. Четврто, ако лице којем се прети, услед неког свог дефицита, није у стању да чулно опази претњу или да је поима неће постојати дело угрожавања сигурности.

Поред наведеног, у нашој судској пракси се уобичајно тражи и да претња није условљена,<sup>19</sup> мада теорија опет упозорава да инсистирање на безусловности представља неприхваљиво поједностављивање, пошто и овакве претње могу бити озбиљне и подобне да застраше жртву (Стојановић, 2013: 6).

Дело се сматра свршеним када је код жртве створено осећање личне несигурности. За постојање дела није потребно да је учинилац стварно и имао намеру да претњу реализује, а ако је заиста и остварио постојаће неко кривично дело против живота и тела, по правилима супсидијаритета (Лазаревић, 2007: 429, Стојановић, 2012: 531). Такође, требало би посебно

---

18 Видети Пресуду Окружног суда у Нишу, Кж. 724/2004 и Пресуду Окружног суда у Ваљеву, Кж. 256/2003. Теоријски посматрано, постоји и другачији приступ у којем се питање озбиљности настоји објективизирати, коришћењем правног стандарда тзв. просечног човека, који за озбиљну узима само ону претњу која би и већини просечних грађана деловала озбиљно (Мемедовић, 2008: 230 и Ћирић, 2011: 201).

19 „Када оптужена упути претњу оштећеној да ће је убити ако је види на њеном имању, ради се о условној претњи, те нема овог кривичног дела“ (Пресуда Окружног суда у Београду, Кж. 388/2004) или „... суд је утврдио да речи које су биле упућене и то под условом немају карактер озбиљне претње, јер се претња као битан елемент овог дела не може упутити под условом нити на уопштен и нејасан начин, већ прецизним и јасним речима које упућују на намеру учиниоца да нападне на живот или телесни интегритет оштећеног или њему блиског лица“ (Пресуда Окружног суда у Нишу, Кж. 684/2004).

истаћи да се, због употребљеног језичког облика „угрожавање“ у опису дела, које означава несвршену, трајну активност, понављање претњи мора квалификовати као јединствена радња, а не стицај, подразумева се, под условом да се све претње односе на истог пасивног субјекта (Стојановић, 2012: 532). Учиницац може бити свако лице, а у субјективном смислу потребан је умишљај. Што се законске казнене политике тиче, за основни облик алтернативно су запрећене новчана казна и казна затвора до једне године.

Први квалификовани облик угрожавања сигурности настаје ако је дело учињено према више лица, што по језичком тумачењу подразумева да претња мора бити усмерена према најмање два индивидуално одређена лица, при чему није нужно да буде учињена непосредним саопштавањем сваком од њих појединачно.<sup>20</sup> Овде се као спорно може појавити питање да ли се под односни квалификовани облик могу супсумирати претње упућене несразмерно великом броју људи. У овом контексту би требало поменути један новији случај из наше судске праксе. Наиме, један од чланова „Facebook“ групе „Геј парада брука Србије“ преко ове друштвене мреже упутио је претњу свим лицима која намеравају да учествују на „Паради поноса 2010“ у Београду. Тада су и првостепени и другостепени суд закључили да у делу окривљеног нема елемената угрожавања сигурности, како се из датог описа не могу тачно утврдити лица оштећена извршењем дела, јер су у тој мери неодређена да их је потпуно немогуће субјективизовати и индивидуализовати. Ово је, међутим, по оцени Врховног касационог суда оцењено као неприхватљиво, пошто упућивање претње путем електронског медија намењеног општој јавности омогућава да за претњу сазна широк круг људи, а тиме и потенцијални учесници поменутог догађаја, из чега је закључено да се објективно могао створити осећај узнемирења, несигурности и страха за личну безбедност код припадника тако одређеног круга лица.<sup>21</sup>

Квалификаторне околности представљају и изазивање узнемирености грађана или других тешких последица. Узнемиреност грађана, рецимо, може настати ако се одређеном лицу прети неком општеопасном радњом или општеопасним средством, ако се прети да ће напад извршити на

20 „... претња не мора да буде извршена непосредно према свима, већ и посредно када се запрети оштећеном да ће бити побијени и он и његова жена и деца. За постојање кривичног дела угрожавања сигурности није битно да ли су претње упућене појединачно понаособ сваком оштећеном лицу нити се тражи истовремена присутност свих оштећених, односно лица којима се претња упућује, већ је потребно да је претњом угрожена сигурност више лица“. Пресуда Округног суда у Београду, Кж. 2110/2004.

21 Пресуда Врховног касационог суда Кзз. 59/2011.

јавном месту и слично. И тешке последице представљају фактичко питање, тако да суд о томе доноси одлуку у сваком конкретном случају. Примера ради, то може бити свако осујећење или значајније ометање уобичајних животних активности, попут обављања пословних обавеза, било које делатности, услед чега настаје материјална или нематеријална штета, или пак затварање у кућу услед страха од претње. Поједини аутори примећују да правна природа узнемирења грађана и тешких последица није иста, што има практичне импликације код процене кривице учиниоца. Тако се узнемирење не посматра као последица него као објективни услов инкриминације, а то значи да не мора бити обухваћено умишљајем учиниоца, док према уобичајним правилима у односу на тешке последице треба да постоји нехат (Лазаревић, 2007: 431, Стојановић, 2012: 352). За оба облика одређена је казна затвора од три месеца до три године.

Најтежи облик дела за квалификаторну околност узима својство пасивног субјекта, тј. чињеницу да се ради о носиоцима државних или јавних функција – председнику Републике, народном посланику, председнику Владе, члановима Владе, судији Уставног суда, судији, јавном тужиоцу или заменику јавног тужиоца, адвокату, полицијском службенику, лицу које обавља послове од јавног значаја у области информисања у вези са пословима које обавља. Његово увођење новелама из 2009. године изазвало је оправдану критику, укључујући и предлоге за укидање, како подсећа на вербални деликт и веома је погодно за политичке манипулације (Стојановић, 2013: 11, Ћирић, 2011: 210). Такође, угрожавање сигурности би требало да буде опште дело, којим се гарантује осећај личне безбедности свим грађанима, те нема потребе да се поједине категорије овде издвајају. Ако је потребна додатна кривичноправна заштита, то је било могуће остварити посебним инкриминацијама, а не код дела које би требало да има универзални карактер. Када се законодавац већ определио за то да у квалификованом облику истакне значај појединих субјеката, поставља се питање због чега је издвојио само област јавног информисања, занемаривши остале професије или дужности које носе повећан ризик за лица која их обављају у области здравља људи, образовања, јавног превоза, а делимично и правне и стручне помоћи пред судом и другим органима.<sup>22</sup> Критика је била делотворна само у односу на законску казнену политику, пошто је уместо првобитно прописане казне затвора од једне до осам година, одређена казна затвора у трајању од шест месеци до пет година.

Кривично гоњење за угрожавање сигурности се предузима по службеној дужности. Ово је значајна промена у односу на решење из претходног КЗ-

---

22 Видети чл. 112 ст. 32 Кривичног законика.

а, како се раније гоњење предузимало по приватној тужби.<sup>23</sup> За разлику од неких других интервенција, ова би се могла оценити као позитивна, због претпоставке да су у једном броју случајева жртве тако застрашене да оклевају да користе приватну тужбу.<sup>24</sup>

#### 4. Закључне напомене

Претходно излагање наводи на закључак да се могу пронаћи аргументи за увођење посебног кривичног дела прогањања. Тако је компаративна анализа показала да угрожавање сигурности има прилично ограничене домете у заштити од прогањања, како се исцрпљује само у претњи да ће се напасти на живот или тело, чиме ван криминалне зоне остају многе типичне тактике прогањања: контрола и праћење жртве, успостављање нежељеног контакта или комуникације са њом, злоупотреба њених личних података, као и све остале радње којима се изазива страх и узнемирење код жртве. Уз то, прогањање је често постављено као делатносно кривично дело, што обезбеђује ширу заштиту од оне која се пружа угрожавањем сигурности као последичним делом. Међутим, у процени неопходности криминализације, не би требало занемарити ни неке друге моменте, пре свега, чињеницу да је Србија потписала и ратификовала Конвенцију Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици чиме је, између осталог, прихватила обавезу да предузме неопходне законодавне и друге мере којим би осигурала заштиту од прогањања.<sup>25</sup> Поред наведеног, требало би приметити и да је појава прогањања фактички присутна у нашем друштву, мада је прилично тешко проценити њене стварне размере. Подаци о заступљености могу се спорадично пронаћи у истраживањима о насиљу над женама, која показују да се оно јавља или иницијално, као облик психичког насиља у породици и партнерским односима, или као реакција на неку активност жене усмерену на то да прекине насиље. Тако је једно од новијих открило да је око 18,6% жена било изложено прогањању, укључујући физичко праћење, праћење у виртуелном свету, успостављање

---

23 Видети чл. 67 Кривичног закона Републике Србије, *Службени гласник СРС*, бр. 26/77, 28/77, 43/77, 20/79, 24/84, 39/86, 51/87, 6/89, 42/89 и 21/90, *Службени гласник РС*, бр. 6/90, 49/92, 23/93, 67/93, 47/94, 17/95, 44/98, 10/02, 80/02, 39/03 и 67/03.

24 Претпоставља се да угрожавање сигурности, чак и у поменутом режиму гоњења, има високу тамну бројку. Анализа статистичких података показује да је у 2014. години било 900 осуђујућих пресуда за ово дело, што на укупан број осуђених (35.376) чини заступљеност од 2,54%. Републички завод за статистику, 2015: 8.

25 Видети чл. 34 Закона о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2013.

нежељеног контакта, ширење неистинитих информација на интернету и слично (више у Петровић, 2010: 25–54). Забрињавајуће је да се оно појављује и у оквиру вршњачког насиља, обично у виду претњи и застрашивања или ширења лажи како би се ограничили социјални контакти ученика (више у Попадић, Плут, 2007: 319). И, на крају, криминално-политички посматрано, кривично дело прогањања би, у једном броју случајева, могло да послужи као превентивни механизам, у смислу тзв. деликта запреке за вршење озбиљнијих, насилних дела. Криминализација прогањања, свакако, није никаква чаробна формула за решавање комплексног проблема прогањања, али јесте несумњиво једна у низу претпоставки.

## Литература

- Ban der Aa, S. (2012). Stalking as a Form of (Domestic) Violence against Women: Two of a Kind? *Rassegna italiana di criminologia*. 3. 174–187
- Viñas-Racionero, R., Raghavan, C., Soria-Verde, M. A., Prat-Santaolalia, R. (2015). The Association Between Stalking and Violence in a Sample of Spanish Partner Violence Cases. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*. 3 August. 1–21
- Diette, T. M., Goldsmith, A. H., Hamilton, D., Darity Jr., W., McFarland, K. (2014). Stalking: Does it Leave a Psychological Footprint? *Social Science Quarterly*. 95 (2). 563–580
- Dreßing, H., Bailer, J., Anders, A., Wagner, H., Gallas, C. (2014). Cyberstalking in a Large Sample of Social Network Users: Prevalence, Characteristics, and Impact Upon Victims. *Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking*. 17 (2). 61–67
- Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици. *Службени гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 12 (2013)
- James, D. V., Farnham, F. R. (2003). Stalking and Serious Violence. *Journal of the American Academy of Psychiatry and Law*. 31 (4). 432–439
- Јовашевић, Д. (2014). *Кривично право, Посебни део*. Београд: Досије
- Кривични законик Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 85 (2005), 88 (2005 – испр.), 107 (2005 – испр.), 72 (2009), 111 (2009), 121 (2012), 104 (2013) и 108 (2014)
- Лазаревић, Љ. (2007). *Коментар Кривичног законика Републике Србије*. Београд: Савремена администрација
- Langhinrichsen-Rohling, J. (2012). Gender and Stalking: Current Intersections and Future Directions. *Sex Roles*. 66 (5-6). 418–426

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

Мемедовић, Н. (2011). Угрожавање сигурности претњом да ће се напасти на живот или тело. *Правни живот*. 9. 227–233

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

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

Miller, L. (2012). Stalking: Patterns, Motives and Intervention Strategies. *Aggression and Violent Behavior*. 17. 495–506

Николић-Ристановић, В., Ковачевић-Лепојевић, М. (2007). Прогањање: Појам, карактеристике и друштвени одговори. *Темуда*. 4. 3–12

*Non-Fatal Offences Against the Person Act*, <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1997/act/26/section/10/enacted/en/html>, приступ 25.02.2016

Norris, S. M., Huss, M. T., Palarea, R. E. (2011). A Pattern of Violence: Analyzing the Relationship between Intimate Partner Violence and Stalking. *Violence and Victims*. 26 (1). 103–115

Петровић, Н. М. (2010). Распрострањеност насиља у породици у Војводини. *У Насиље у породици у Војводини (ур. В. Николић-Ристановић)*, стр. 25–54. Нови Сад: Покрајински секретаријат за рад, запошљавање и равноправност полова

Попадић, Д., Плут, Д. (2007). Насиље у основним школама у Србији – облици и учесталост. *Психологија*. 40 (2). 309–328

Пресуда Врховног касационог суда Кзз. 59/2011, преузето са <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/kzz-5911-povrede-krivi%C4%8Dnog-zakona-ugro%C5%BEavanje-sigurnosti>, приступ 25.02.2016.

Пресуда Округног суда у Београду, Кж. 2110/2004. *Билтен Округног суда у Београду*. 65 (2005). 57

Пресуда Округног суда у Београду, Кж. 388/2004. *Судска пракса*. 1 (2005). 20

Пресуда Округног суда у Ваљево, Кж. 256/2003. *Судска пракса*. 9 (2006). 14

Пресуда Округног суда у Нишу, Кж. 684/2004. *Билтен судске праксе Округног суда у Нишу*. 22 (2006). 96

Пресуда Округног суда у Нишу, Кж. 724/2004. *Билтен судске праксе Округног суда у Нишу*. 22 (2006). 96

*Protection from Harassment Act*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/40/contents>, приступ 25.02.2016.



Purcell, R., Pathe, M., Baksheev, G. N., MacKinnon, A., Mullen, P. (2012). What Mediates Psychopathology in Stalking Victims? The Role of Individual-vulnerability and Stalking-related Factors. *The Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*. 23 (3). 361–370

Републички завод за статистику. (2015). *Саопштење Републичког завода за статистику, Статистика правосуђа, бр. 192, год. LXV, од 15.07.2015. године* Симић, И., Трешњев, А. (2006). *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, седма књига*. Београд: Службени гласник

Стојановић, З. (2012). *Коментар Кривичног законика*. Београд: Савремена администрација

Стојановић, З. (2013а). Прописивање и примена кривичног дела угрожавања сигурности. У *Казнена реакција у Србији, III део (ур. Ђ. Игњатовић)*, стр. 1–16. Београд: Правни факултет

Sheridan, L. P., Lyndon, A. E. (2012). The Influence of Prior Relationship, Gender, and Fear on the Consequences of Stalking Victimization. *Sex Roles*. 66 (5-6). 340–350

Sheridan, L. P., James, D. V. (2015). Complaints of Group-Stalking (“Gang-stalking”). An Exploratory Study of Their Nature and Impact on Complaints. *The Journal of Forensics Psychiatry and Psychology*. 26 (5). 601–623

Short, E., Guppy, A., Hart, J. A., Barnes, J. (2015). The Impact of Cyberstalking. *Studies in Media and Communication*. 3 (2) December. 24–37

Tjaden, P. (2009). Stalking Policies and Research in the United States: A Twenty Year Retrospective. *European Journal on Criminal Policy and Research*. 15. 261–278

*The Model Stalking Code Revissed*. (2007). Washington DC: The National Center for Victims of Crime

Ђирић, Ј. (2011). Угрожавање сигурности. *Правни живот*. 9. 199–218

Ferreira, C., Matos, M. (2013). Post-Relationship Stalking: The Experience of Victims With and Without History of Partner Abuse. *Journal of Family Violence*. 28 (4). 393–402

<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, приступ 25.02.2016.

<https://www.victimsofcrime.org/our-programs/stalking-resource-center/stalking-laws/criminal-stalking-laws-by-state>, приступ 25.02.2016.

Carabellese, F., La Tegola, D., Alfarano, E., Tamma, M., Candelli, C., Catanesi, R. (2013). Stalking by Females. *Medicine, Science and the Law*. June. 1–9

Weller, M., Hope, L., Sheridan, L. (2013). Police and Public Perceptions of Stalking: The Role of Prior Victim–Offender Relationship. *Journal of Interpersonal Violence*. 28 (2). 320–339

***Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.***

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

**CONTRIBUTION TO THE DISCUSSION ON THE  
CRIMINALIZATION OF STALKING**

**Summary**

*The serious and complex nature of stalking, as a social phenomenon, is reflected in diverse forms of this illicit act, the severity of consequences caused by its commission, and the likelihood of being turned into violence. Whereas it may be observed from different perspectives, in this paper stalking is examined from the aspect of substantive criminal law. In the first part of this article, the author provides an overview of legal provisions on the crime of stalking as envisaged in selected European legislations. In the second part of the paper, the author re-examines the capacity of the existing Serbian criminal legislation to respond to this problem, especially through the envisaged criminal offence of endangering safety of another. In conclusion, the author discusses the inadequacy of the existing legislation and the need for further legislative intervention in this area.*

**Key words:** *Serbian criminal legislation, stalking, endangering safety.*

**Др Дарко Димовски\***,  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

doi:10.5937/zrpfni1672163D

UDK: 343.988:343.54

Рад примљен: 29.02.2016.

Рад прихваћен: 17.05.2016.

## **КРИМИНАЛИТЕТ ПРОГАЊАЊА – КРИМИНОЛОШКИ И КРИВИЧНО ПРАВНИ АСПЕКТ**

**Апстракт:** Аутор, полазећи од историјског аспекта криминалитета прогањања, даје приказ различитих одређења овог друштвено негативног понашања у законским текстовима држава које су прве инкриминисале овакво понашање. Након тога аутор представља податке о обиму распрострањености криминалитета прогањања у Сједињеним Америчким Државама и Аустралији. С обзиром на то да постоје различите врсте прогонитеља, аутор је у наредном делу рада анализирао сваку од врста прогонитеља. Повезаност криминалитета прогањања и насиља, као и одговори жртве на сопствену виктимизацију су следећи делови рада којима је аутор посветио посебну пажњу. Широко дијапазон последице прогањања захтева детаљну анализу. Стога је аутор последице криминалитета прогањања обрадио у посебној глави рада. Замена места на тај начин да жртва прогањања постане извршилац убиства, а прогонитељ жртва најтежег облика крвног деликта, иако ретко, захтева анализу и предлагање нових законских решења везаних за привилеговане облике убиства зарад побољшања положаја жртве прогањања, а уједно извршиоца убиства. Аутор на крају рада образлаже потребе инкриминације новог кривичног дела криминалитета прогањања по угледу на Републику Хрватску, као и привилегованог убиства под називом убиство прогонитеља од стране прогоњеног.

**Кључне речи:** криминалитет прогањања, прогонитељ, прогоњено лице, убиство.

---

\* dimovski@prafak.ni.ac.rs

## 1. Увод

Криминалитет прогањања (stalking crime) одређује се као акт константног угрожавања једне особе у којој је она изложена два или више пута нежељеној комуникацији или контакту. Објашњења криминалитета прогањања захтева тражење енциклопедијског значења енглеске речи *stalking*. Наиме, реч сталкинг настала је у XV веку и односио се на лов у којем ловац прати, вреба и на крају убија животињу (Van der Aa, 2010: 29–30).

Иако је криминалитет прогањања нови облик друштвено неприхватљиво понашања, треба нагласити да неки криминолози, попут Камира (Kamir), истичу да је први случај прогањања забележен још у месопотамијском миту о Лилиту из 1.000 п.н.е. Уједно, могуће је навести случај прогањања Јелене Тројанске од стране Агамемнона. Прва инкриминација понашања, које би ми модерним речником назвали криминалитетом прогањања, забележена је у Јустицијановим Институцијама из 535. године. Параграф четири IV књиге односи се на наносење повреда до којих је настало услед константног праћења матрона (надзорника) или младог дечака или девојчице који још увек нису пунолетни. У Великој Британији случај под називом *Dennis v Lane* из 1704. године, као и случај *R v Dunn* из 1840. године, први су примери криминалитета прогањања који су били процесуирани пред судовима (Van der Aa, 2010: 30–31). Дуго времена након ових првих примера из прецедентног права Велике Британије државе широм света су биле неме на ово друштвено неприхватљиво понашање. Случај који је допринео ширењу свести о потреби реакције државних органа на прогањање је убиство познате телевизијске глумице Ребеке Шефер (Rebecca Sheaffer) на њеном кућном прагу од стране душевно болесног фана 1989. године у Сједињеним Америчким Државама. Наиме, овај случај је био медијски пропраћен, што је уз остала четири случаја прогањања жена са смртним исходом у округу Оранж, резултирао инкриминацији овог феномена као кривичног дела најпре у савезној држави Калифорнији (Dunn, 2009: 4). Велика Британија је тек 157 година касније у односу на случај *R v Dunn* из 1840. године донела је први *anti-stalking* закон под називом *Protection from Harassment Act*. Ипак, Велика Британија је дуго била земља која је остајала сама у санкционисању криминалитета прогањања у Европи. Као разлог за једно овакво стање наводи се чињеница да је прогањање спадало у интерперсоналне односе у које државе нису имале воље да се мешају (Van der Aa, 2010: 30–31).

## 2. Распрострањеност криминалитета прогањања

Криминолошка студија из 2009. године показала је да је током 2008. године 1,5% грађана Сједињених Америчких Држава било жртва криминалитета прогањања, што у бројкама представља 3.300.570 жртава. Највећи број особа пријавило је да су биле жртве прогањања у периоду од шест месеци или мањем периоду – 39,3%. У периоду од седам месеци до годину дана 16,9% Американаца су биле жртве овог облика криминалитета насиља. Девет процената људи, које је пријавило виктимизираност од стокинга, било је прогањано у двогодишњем периоду. Скоро пет процената (тачније 4,6%) жртва прогањања је било виктимизирано у периоду до три године. Прогањање је трајало у четворогодишњем периоду код 2,8% жртава стокинга. Било је случајева прогањања које је трајало и преко пет година у 11,1%. Уједно, 2,9% жртва прогањања није знало да одреди временски оквир своје изложености прогањању. Ово истраживање се, такође, односило и на начине прогањања. Наиме, 58,3% жртва прогањања пријавило је да се ово друштвено негативно понашање огледало у нежељеним телефонским порукама и слању СМС порука. Ширење гласина, као наредни начин виктимизације, заступљен је код 36,3% жртава. Изложени праћену или шпијунирању су биле 34,4% жртва стокинга. Појављивање на местима на којима жртва прогањања ради и живи јавља се код 31,6% жртава. Скоро 31% (тачније 30,7%) жртва је било изложено виктимизација од прогањања у виду слања нежељених писама, као и електронске поште. Чекање жртве да се појави на одређеним местима постоји код 29,3% жртава криминалитета прогањања. Остављање нежељених поклона постоји код 12,5% жртава (Catalano, 2012: 3–4).

Криминолошка студија спроведена у Аустралији на узорку од 246 жртава прогањања показала је сличне резултате. Наиме, узорак је био сачињен од особа жртва криминалитета прогањања које су били виктимизирани најмање месец дана, при чему је прогањање обухватало најмање једно наметљиво понашање. Од укупног броја жртава прогањања њих 89% су биле особе женског пола, док су остале жртве били мушкарци. Најмлађа жртва прогањања била је стара 19 година, док је најстарија имала 82 године живота. У 67% случајева постојао је претходно интимни однос прогонитеља и жртве. Прогањање од стране познаника постојало је у 27% случајева, док су то чинили непознати људи жртвама у 7%. Занимљиви су подаци да су особе мушког пола прогањале 87% жртава. Уколико овај податак повежемо са податком о проценту пола жртава, неминовно се намеће закључак да су у два процента особе женског пола прогањале жртве истог пола (Blaauw, Winkel, Arensman, 2000: 4).

Уједно, студија се бавила врстама прогањања, при чему је неопходно напоменути да се у свим случајевима прогањања радило о више различитих радњи чиме је жртва прогањања била додатно виктимизирана. Тако је истраживање показало да је највећи број жртава био изложен директном нежељеном приласку прогонитеља – 92%. Телефонски позиви постојали су у 86%. Додатну узнемиреност жртава прогањања стварала је чињеница да више од половине ових позива обављено је током ноћних сати. Једна жртва прогањања пријавила је да је свакодневно примала више од 50 телефонских позива. Подједнак проценат жртава – 74% био је изложен надзирању породичног дома жртве и праћењу. Уништење имовине жртве, као и крађа њене имовине, постоји код 65% жртава прогањања. Физички напад као начин испољавања криминалитета прогањања отелотворује се код 56% жртава. Нешто мању заступљеност има претња доношења телесних повреда или вршења убиства. Наиме, код 45% жртава које су биле изложене виктимизацији прогањања постоји претња. Жртве су најмање изложене слању нежељених писама и незаконитим уласком у дом жртве – 41% (Blaauw, Winkel, Arensman, 2000: 5–6).

### **3. Врсте прогонитеља**

Криминалитет прогањања састоји се од радњи које су наметљиве по својој природи када се посматрају као једна целина. Наиме, ове радње посматране појединачно не морају бити недозвољење, као што су слање цвећа, чекање испред куће или посла одређење особе, слање СМС порука, или обављање телефонских разговора. Међутим, уколико се ове радње предузимају с циљем прогањања одређене особе, оне представљају друштвено опасну појаву. Уједно, криминалитет прогањања може, поред понашања која сама по себи нису забрањена и опасна, да се састоји и од радњи које су друштвене опасне и као такве инкриминисане – проваљивање у туђе стамбене просторије, психичко или физичко узнемиравање, доношење телесних повреда, силовање, као и убиство. С тим у вези треба нагласити да приликом утврђивања постојања криминалитета прогањања све радње треба посматрати као једну целину која се предузима с циљем изазивања страха код одређене особе.

Криминолози Зона (Zona), Шарма (Sharma) и Лејн (Lane) су израдили 1993. године типологију прогонитеља: 1) еротоманске, 2) прогонитеље обожаваоце и 3) прогонитеље који су бивши партнери са жртвом. Еротомански прогонитељи су углавном жене које су у погрешном уверењу да је старији, добро ситуирани и поштовани мушкарац заљубљен у њу. Жртве прогањања код наредног типа стокера су познате личности или

у потпуности непознате особе. Последњи тип прогонитеља своје радње управља према бившим партнерима након прекида љубавне везе (Kamphuis, Emmelkamp, 2000: 207).

Криминолози Мулен (Mullen), Пате (Pathe), Пурсел (Purcell) и Стјуарт (Stuart) су током истраживања 1999. године идентификовали пет типова прогонитеља. Први тип је тзв. одбачени прогонитељ који се руководи жељом за осветом и помирењем са особом са којом се његова веза управо завршила. Прогонитељ са еротоманском делузијом представља наредни тип прогонитеља познат под називом интимни прогонитељ. Некомпетентан прогонитељ, као следећи тип прогонитеља, одликује се интелектуалном ограниченошћу или одређеним друштвеним лимитима. Жеља са изазивањем страха и бола код жртве прогањања је основна карактеристика тзв. кивног прогонитеља. Последњи тип је прогонитељ предатор који је спреман на сексуални напад (Burgess, Regehr, Roberts, 2010: 267).

Овим двама претходним типологијама прогонитеља замерано је да су више заснована на теорији него на емпиријском истраживању. Уједно, када је покушано да се ове типологије емпиријски верификују, закључци су доношени на основу малог узорка, што представља ограничавајући фактор добијених резултата. Као још једна критика, која се може упутити наведеним типологијама, наводи се чињеница да у типологији Зона, Шана и Лејна постоји преклапање критеријума за поделу. Наиме, еротоманија је и психички поремећај и један од типа прогонитеља. Освета, као основ прогањања, није покривена типологијом извршеном од стране Зоне, Шане и Лејна. Недостатак типологије Мулена, Патеа, Пурсела и Стјуарта отелотворује се у чињеници да током прогањања стокер може прелазити из једног типа у други, што постојећу типологију чини неконзистентном (Van der Aa, 2010: 47).

Као реакција на наведене типологије и њихове мане израђена је нова типологија прогонитеља од стране криминолога Мохандиеа (Mohandie) и његових сарадника. Као основу за типологију узето је (не)постојање везе између прогонитеља и жртве, као и контекст у којем се прогањање врши – прогањање познате личности или прогањање анонимне личности. Полазећи од ових основа поделе, Мохандие, заједно са својим сарадницима, као типове прогонитеља је навео интимног прогонитеља, прогонитеља познатика, прогонитеља јавне личности и приватног прогонитеља. Основна одлика интимног прогонитеља је злонамерност на основу чега се ствара велика шанса да дође до примене физичког насиља према жртви прогањања. Најмања шанса да прогонитељ примени физичку силу према

жртви постоји уколико је јавна личност жртва једног оваквог друштвено неприхватљивог понашања. Међутим, уколико дође до примене насиља, озбиљност нанесених повреда је далеко већа. Највећи број стокера директно прети жртви, како је показало једно друго истраживање засновано на овој типологији, док су јавне личности мање изложене директној претњи. Различити типови прогонитеља захтевају другачију реакцију државних органа. За интимне прогонитеље акценат се ставља на пробацију. Комбинација класичне државне реакције и пружање адекватне медицинске помоћи је основ за заштиту жртава прогањања од стокера познаника, као и приватног стокера. Јавним личностима мора бити пружена професионална заштита, не само од стране припадника унутрашњих послова, већ и од стране приватног обезбеђења, уколико то оне захтевају (Van der Aa, 2010: 47).

#### **4. Криминалитет прогањања и насиље**

Пажљиво анализирајући одређење криминалитета прогањања, можемо закључити да је то облик криминалитета насиља у којем не постоји непосредан физички контакт прогонитеља и прогоњеног. Међутим, друга истраживања, такође спроведена у Сједињеним Америчким Државама, показала су да прогонитељи у 25 до 35% случајева примењују насиље према жртвама прогањања (Reno, Robinson, Brennan, Schwartz, 1998: 2).

Како постоје различите врсте прогонитеља, криминолошке студије су биле усмерене и у идентификовању типа прогонитеља који је највише насилан. Резултати су показали да највише насиља примењују прогонитељи који су претходно били у интимној вези са жртвама прогањања. Уједно, ризик виктимизације жртва прогањања од хомицида је велики. Наиме, скоро једна трећина убијених жена су лишене живота од стране бивших партнера, при чему, уједно, постоји и криминалитет прогањања. Услед непостојања јединствене националне статистике немогуће је тачно проценити колико жена, које је претходно злостављано, буде лишено живота. Ипак, постојећи подаци указују да између 29 и 54% жена жртва хомицида је било злостављано, при чему, као и код претходног податка, постоји прогањање од стране мушкараца (Reno, Robinson, Brennan, Schwartz, 1998: 2).

Насиље код криминалитета прогањања може бити усмерено не само према жртви овог друштвено неприхватљивог понашања, већ, како ти истиче криминолог Мелоу Рајд (Meloy Reide), и према појединцу који покуша да заштити жртву прогањања. Тако се као жртве доношења телесних повреда или хомицида могу наћи рођаци или блиска лица жртве прогањања у



случајевима када се ради о прогонитељима који су бивши партнери са жртвом, а прогонитељ сматра да се то лице њему онемогућава контакт са жртвом прогањања или се као жртве телесних повреда или хомицида могу наћи појединци попут адвоката, послодавца или лекара жртва прогањања када се ради о стокингу од стране прогонитеља обожаваоца или тзв. еротоманског прогонитеља (Reide, 1999: 88).

У одређеним случајевима насиље може, иако се то ретко дешава, бити усмерено не само према одређеним особама, већ и према животињама који су љубимци жртве прогањања. Основни мотив злостављања животиња или њиховог убијања је жеља прогонитеља да подсети жртву прогањања да је он све време присутан и да лако може наставити прогањање (Reide, 1999: 89).

## 5. Одговор жртве на прогањање

Код жртава криминалитета прогањања често постоји осећај беспомоћности и узалудног обраћања државним органима, при чему се тражење помоћи од стране жртве се деси касно када су последице њене виктимизације велике. Правовремено тражење помоћи је онемогућено због тога што прогонитељи на почетку било каквог односа са будућом жртвом прогањања испољавају понашање које обухвата нежељене контакте. Уједно, прогањање настаје постепено. Наиме, на почетку се изгледа бајковито у смислу слања љубавних писама и порука, слања цвећа, као и поклона. Свој прави интензитет прогањање доживљава у случају раскида, јер су у већини случајева прогонитељи бивши партнери жртве. Прогонитељи сматрају да ће својим поступцима успети да обнове интиман однос са својим бившим партнеркама, које полако постају жртве једног друштвено неприхватљивог понашања (Goldsworthy, Raj, 2014: 184–185).

Сопственој виктимизацији у неку руку могу допринети и жртве прогањања, јер у одређеним случајевима, дајући лажну наду бившим партнерима да могу са њима да наставе интиман однос, доводе до тога да прогонитељ настави са дотадашњим понашањем. Стога експерти предлажу да, уколико нека особа жели да прекине интимни однос, неопходно је да се приликом раскида изричито стане на становишту да не постоји било каква шанса ка помирењу, при чему је неопходно да се наведе да се особа, која раскида, нада да ће потенцијални прогонитељ убрзо наћи нову партнерку. Уједно, треба избегавати ситуације које могу бити двосмислено тумачене, чиме би се потенцијални прогонитељ само охрабрио да настави своје понашање са жељом да обнови интимну везу са бившом партнерком. На овај начин позиција потенцијалне жртве прогањања је јасна.

Криминолози Купак (Cupach) и Спитцберг (Spitzberg) су на основу проучавања појединачних случајева прогањања дошли до сазњања о начинима реакција жртава на појаву стокинга. Наиме, постоје пет начина реакција жртава на прогањање: 1) настављање односа (moving with), 2) предузимање мера против стокера (moving against), 3) удаљавање од прогонитеља (moving away), 4) предузимање активности на сопствену руку (moving inward) и 5) тражење помоћи (moving outward).

Одређени начини реакције жртве на прогонство су далекосежно много ефикасније за њен положај. Наиме, удаљавање од прогонитеља, као облик реакције жртве на прогонство, а које се огледа у избегавању стокера, мењању свакодневних активности, повлачење из друштва, коришћење опреме за идентификацију прогонитеља код телефонских позива, као и инсталирање других безбедоносних мера, доприноси смањивању интереса прогонитеља за наставак његовог друштвено неприхватљивог понашања. Како су показала истраживања, овај начин реакције је најефикаснији у спречавању даљег прогањања. Тражење емоционалне помоћи, добијање подршке од других, тражење савета или емпатије, унајмљивање обезбеђења, као и захтевање да се према прогонитељу изрекну мере безбедности даљег узмимиравања су основи начина реакција жртве под називом тражење помоћи. Уједно, ова реакција жртве на прогањање показала је добре резултате у погледу његовог спречавања. Треба нагласити да све побројани начини реакције жртве на прогањање нису препоручљиви, јер неки од њих могу довести не до смањења обима прогањања и у крајњем случају њеног престанка, већ довести до повећања учесталости предузимања радњи прогањања. Један од таквих начина реакције жртве је предузимање мера против стокера у виду застрашивања, физичких напада од стране саме жртве или одређених мера од стране неког трећег само ће допринети јачању уверења код стокера да његово понашање даје резултате и стога ће он са таквим понашањем наставити у још већем обиму. Једина мера у оквиру овог начина реакције жртве на прогањање која резултира смањивању прогањања је предузимање мера од стране треће особе, при чему се та мера не огледа у претњи или физичком нападу на стокера, већ у предузимању правних поступака. Предузимање мера на сопствену руку, као једна од начина реакција жртве на прогањање, има у одређеним ситуацијама, када се овај начин реакција огледа у употреби алкохола или психоактивних супстанци, погубне последице за саму жртву. Наиме, на овај начин жртва прогањања употребљава алкохол и психоактивне супстанце као аналгетике нерешавајући при томе проблем прогањања и постаје још више рањива. Ипак, и у оквиру овог начина реакције постоје одређене добре тактике као што су одлазак на психотерапију,

предузимању радњи на сопственом оснаживању, као и припремање себе, у виду набавке оружја, аларма против силовања и телефона, за наредни контакт са стокером. Последњи начин реакције на прогањање познат је под именом *moving with*, односно настављање односа са прогонитељем. Као и претходно споменути начин реакције жртве на прогањање, овај начин реакције даје контрапродуктивне резултате. Наиме, одржавање контакта са прогонитељем, покушаји преговарања, наговарање прогонитеља да потражи стручну помоћ, као и наставак одржавања интимне везе са стокером су најгори начини реакције жртве на ситуацију у којој се налази (Goldsworthy, Raj, 2014: 185–187).

## 6. Последице криминалитета прогањања

Последице криминалитета прогањања јављају се не само код директне жртве овог друштвено негативног феномена, већ се њене последице могу наћи и код блиских лица директне жртве. Криминолози су идентификовали неколико врста последица криминалитета прогањања. Наиме, као последице можемо навести: 1) консеквенце на ментално здравље, 2) консеквенце на физичко здравље, 3) консеквенце на понашање у школи или на радном месту, 4) консеквенце на друштвени живот и 5) консеквенце на финансијски положај жртве.<sup>1</sup>

Одбијање, конфузност, сумња у саму себе, постављање питања да ли је прогонитељ само неадекватно реаговао, фрустрација, осећај кривице, осрамоћеност, осећај изолованости, беспомоћност, анксиозност, депресивност, страх, немогућност спавања током ноћи, постојање посттрауматског стресног поремећаја, суицидалне мисли, мисли о убиству прогонитеља, несигурност, немогућност веровања другим људима, злоупотреба алкохола, лекова, као и опојних дрога могу се навести као последице менталног здравља жртве криминалитета прогањања.<sup>2</sup> Истраживање спроведено крајем деведесетих година прошлога века од стране Блаува (Blaauw), Винкела (Winkel) и Еренсмана (Arensman) у Аустралији на узорку од 246 жртава, које смо већ споменули приликом приказа резултата обима криминалитета прогањања, показало је да 78% жртава има соматске симптоме, анксиозност, социјалну дисфункционалност, као и тешку депресију. На тај начин жртве криминалитета прогањања пате од истих симптома као и поједини психијатријски пацијенти. Друга истраживања показала су да се страх

---

1 Impact of stalking on victims. Retrieved 20 December 2015, from <https://www.stalkingriskprofile.com/victim-support/impact-of-stalking-on-victims>

2 Ibidem.

код жртве нагло повећава уколико се у улози прогонитеља налази бивши партнер. Полазећи од чињенице да су у највећем проценту прогонитељи бивши интимни партнери, можемо закључити да код великог процента жртава криминалитета прогањања постоји страх за сопствени живот и живот блиских особа. Криминолози Никастро (Nicastro), Козинс (Cousins) и Спитзберг (Spitzberg) су на узорку од 187 жена жртава прогањања од стране својих бивших партнера закључили да оне жене које су током интимне везе биле суочене са насиљем имају касније за време прогањања виши ниво стреса него жене које током интимне везе нису биле жртве породичног насиља.<sup>3</sup>

Поред психичких последица, код жртве криминалитета прогањања могуће је наћи и физичке последице. Наиме, због константног страха долази до немогућности континуираног спавања током ноћи. Уједно, депресија и хронични стрес узрокују главобољу и гастроинтестиналне проблеме (додавање или губитак килограма). Уколико жртва криминалитета прогањања пати од астме, гастричних чирева или псоријазе, неминовно долази до погоршања ових болести. Једна од физичких последица прогањања је постојање вртоглавице код жртве, као и скраћивање уздаха и издаха. Употреба алкохола, психоактивних супстанци или лекова по сопственом нахођењу имају за последицу физичке промене на телу жртве овог друштвено неприхватљивог понашања. Како код жртве прогањања не постоје жеља за полним општењем, као и сексуална дисфункционалност, квалитет сексуалног живота жртве криминалитета прогањања драстично опада. Прекомерно знојење и лупање срца су, такође, физичка последице стања у коме се жртва прогањања налази. Све побројане последице утичу на квалитет стања организма жртве.<sup>4</sup>

Као наредну последицу прогањања навели смо консеквенце на понашање у школи или на радном месту. Наиме, уколико је жртва прогањања ученик или студент, добијање добрих оцена, као и полагање испита трпи значајне последице. Поред остваривања слабијег успеха, могуће је да жртва прогањања избегава долазак у школу или на факултет, чиме се директно утиче на квалитет образовања коју дата жртва стиче, а дугорочно и на сам живот жртве, јер неостваривањем квалитетног образовања успех у животу је доста упитан. Сличне последице криминалитет прогањања има и на жртве које су запослене. Тако долази до претераног узимања

---

3 Intimate Partner Stalking: Fear, Psychological Distress and Health Impacts. Retrieved 20 December 2015, from <http://www.nij.gov/topics/crime/intimate-partner-violence/stalking/pages/fear-distress-health.aspx#note17>

4 Impact of stalking on victims. Retrieved 20 December 2015, from <https://www.stalkingriskprofile.com/victim-support/impact-of-stalking-on-victims>

боловања или чак неоправданог изостанка са посла, што за последицу има или отпуштање са посла или давање отказа.

Утицај на друштвени живот жртве криминалитета прогањања су наредне последице једног оваквог феномена. Квалитет садашњих и будућих односа жртве криминалитета прогањања са људима директна је последица несигурности и немогућности да се верује другим људима. Жртва криминалитета прогањања, желећи да избегне физички контакт са прогонитељем, мења своје свакодневне активности, као што су одлазак у теретану или излазак у град. Та жеља за избегавањем контакта са прогонитељем доводи и до изолације жртве прогањања и у односу на друге људе са којима у рођачким или пријатељским везама. Уколико се ради о прогањању које дуго траје, при чему постоји претња по физички интегритет жртве, може доћи да се жртва прогањања одлучи за пресељење у други град, уз мењање броја мобилног телефона.<sup>5</sup>

Последице криминалитета прогањања огледају се и у погоршању финансијског положаја жртве прогањања. Наиме, неодласком на посао због наводног боловања, напуштањем посла и тражењем новог посла, што захтева почетак професионалне каријере испочетка, неминовно долази до погоршања социо-економског положаја жртве овог друштвено негативног понашања. Остваривање правног пута заштите од даљег прогањања захтева сношење одређених трошкова. На тај начин се положај жртва прогањања нарочито погоршава уколико је реч о особама слабе платежне моћи. Постављање камере, аларма у кући, као и куповина одређених одбрамбених средстава у виду пепер спреја или ангажовања приватног обезбеђења зарад повећања степена безбедности резултира неопходношћу издвајања одређених новчаних средстава. Због погоршања психичког стања жртве прогањања ангажује се психолог, а често и психијатар, ради пружања одређење психичке помоћи. Пошто смо као једно од последица прогањања навели и погоршање физичког стања, жртва прогањања принуђена је да се за медицинску помоћ обрати специјалистима различитих медицинских струка. Стога пружање психичке и медицинске помоћи представља додатни ударац и на онако погоршану економску ситуацију жртве прогањања. Жртве прогањања, мислећи да ће њихова виктимизација да се прекине мењањем пребивалишта, селе се или у друго насеље у оквиру истог града или мењају град у којем живе, што доводи до нових трошкова услед раскида уговора у изнајмљивању стана под условом да се ради у подстанару, али и трошкова пресељења у нови стан.<sup>6</sup>

---

5 Ibidem.

6 Ibidem

## **7. Потреба инкриминације криминалитета прогањања и убиства прогонитеља од стране прогоњеног**

Наведени примери у уводу овог рада убистава жена приликом прогањања доводе нас до закључка да је ризик виктимизације жена велики. Наиме, код убиства жена, како је то нагласио чувени криминолог Ханс вон Хентинг, убицу треба тражити међу рођацима и то, пре свега долазе у обзир муж или љубавник (Капамација, 1981: 15). У динамици мушко-женских односа код прогањања могуће је према већ поменутом криминологу доћи до замене позиција, те да прогонитељ постане жртва и прогоњено лице постане виновник крвног деликта.

Током 2010. године Вишу суд у Врању донео је пресуду (К бр. 77/2010) којом је осудио девојку са иницијалима Л.А. за убиство на мах на пет година затвора. Наиме, дана 7. 2. 2009. године око 16.30 сати Л.А. је у свом стану доведена без своје кривице у јаку раздраженост, нападом од стране убијеног С.М. из села Тибужде, чиме је у стању битно смањење урачуњљивости, са умишљајем, лишила живота на мах лице С.М. Убијени је ненајављен и без позива ушао у њен стан у спаваћу собу, извукао је из кревета, док је спавала, и оборио на земљу. Након тога подигао је са пода и почео да је удара рукама и ногама по глави и телу, говорећи јој при томе да мора да буде његова или Божја. Потом је ухватио рукама за косу и ударио јој потиљачни део главе о зид, док се Л.А. бранила ударајући га песницама и гребући га ноктима по лицу и врату. Л.А. је потом отишла до улазних врата и рекла сада покојном С.М. да изађе из стана, али ју је он ухватио за косу и почео да је вуче према радном столу од кухиње, а затим јој је нагло спустио главу наниже, услед чега је оптужена ударила лице о радни сто. Како је Л.А. леђима била наслоњена на радни сто, С.М. ју је рукама ухватио за врат, што је код ње изазвало јаку раздраженост. Она је затим узела кухињски нож, који јој је био на дохват руке, што је покојни С.М. приметио и покушао да јој десном руком одузме нож од чега је задобио посекотине у пределу десне шаке. Пошто није успео да јој одузме нож, Л.А. је замахнула ножем, при чему је била свесна свога дела и хтела његово извршење, чиме му је нанела повреду опасну по живот на граници са безусловном повредом у пределу предње леве стране грудног коша. С.М. је на путу за болницу преминуо.

Апелациони суд у Нишу (Кж.1.2969/10) је на основу жалбе браниоца оптужене Л.А. преиначио пресуду Вишег суда у Врању у делу казне, при чему се оптужена Л.А. осуђује на казну затвора од четири године. Уједно, како би се на адекватан начин сагледао овај кривични догађај, неопходно је детаљније проучити однос између Л.А. и С.М. Наиме, у образложеној пресуду Вишег суда у Врању могуће је наћи податке о њиховом односу.

Љубавна веза између њих двоје трајала је од 1. 5. 2008. године до 21. 7. 2008. године. Покојни С.М. није могао да се помири са раскидом, па ју у више наврата физички малтретирао и тукао. Исто тако, упућивао јој је претње, као и псовке и увреде. Л.А. је у два наврата о томе обавестила органе унутрашњих послова. Физичко малтретирање Л.А. је настављено и у задњих десетак дана пре кобног догађаја када је ју је тукао на Улици Змај Јове у Врању испред кладионице, а потом и у близине исте кладионице.

Ради додатног разјашњења односа између осуђене Л.А. као и покојног С.М. обављен је интервју са осуђеном у Казнено-поправном заводу за жене, где је она издржавала казну затвора. Том приликом је осуђена Л.А. изнела следеће: *„Кад дођем да причам о убиству, много ми је тешко. Проблем је у психопати који ми је окренуо живот за 360%. Ја сам дошла на одмор из иностранства. Упознали смо се у дискотеци у Врању. Тај дечко се онда заљубио у мене. Прогањао ме је, мислио је да смо ми у вези. Слао ми је поруке, онда је кренуо физички да ме малтретира зато што нисам хтела да будем са њим. Обратила сам се полицији, али су ми рекли да не решавају љубавне проблеме. Обратила сам се и суду, али су ми рекли да не могу ништа да ураде, јер не постоји кривична пријава. Дошла сам ујутру у 6 сати из казина друга којем сам помагала, јер он није био ту. Онда су ми око десет сати стигле поруке увредљивог карактера, али му ја нисам одговарала. Око пола пет ми је стигла порука од њега: Ако нећу бити његова, онда нећу бити ничија, 'онда ћеш бити Божја'. Ја сам спавала кад ми је он слао поруке. Онда је провалио у стан и онда ме је напао. Онда је дошло до свачега, до покушаја силовања, до туче. Не зна се ко је кога ударао. Просто се не сећам како сам га убола. Просто ми је то изашло из памети.“* Након постављеног питања како је дошао до њеног мобилног телефона, осуђена Л.А. је одговорила: *„Он је дошао до мобилног телефона преко мог друга. Кад сам излазила из дискотеке стигла ми је порука: 'Оставила си нешто унутра, мислим да је то срце.' Сретали смо се по граду, али ме никад није лично позвао да изађемо.“*

Анализа кривичног догађаја са смртним исходом доводи нас до закључка да је извршитељка убиства на мах Л.А. претходно била прогањања од стране покојног С.М. Наиме, Л.А. се, према сопственом казивању, више пута обраћала јавном тужилаштву и органима унутрашњих послова који нису реаговали на адекватан начин, због немогућности да понашање сада покојног С.М. подведу под неку од постојећих инкриминација у позитивном законодавству Републике Србије, иако су постојала одређена кривична дела, попут nanoшења телесних повреда ии угрожавања сигурности, под која се понашања С.М. могло подвести.

Биће кривичног дела угрожавање сигурности (члан 138) не покрива све радње криминалитета прогањања. Наиме, за постојање кривичног дела угрожавање сигурности неопходно је постојање претње да ће се напасти живот или тело, што имплицира неопходност постојања тзв. квалификоване претње. Иако законодавац захтева да претња буде озбиљна, она је кривично релевантна само када је озбиљна. Другим речима, за претњу се каже да је озбиљна само када је објективно подобна да код оног коме се прети резултира постојање страха или несигурности. Претња треба да се односи на лице коме се прети или њему блиску особу. Блискост са одређеном особом процењује се на основу више околности које се отелотворују у сродности по крви у правој линији, по бочној линији (брат и сестра), супружник, особа са којом се живи у трајној ванбрачној заједници, старатељ, лице под старатељством, усвојилац, као и усвојеник. Појам блиског лица не треба екстензивно тумачити, те се треба у његовом одређењу задржати на већ побројана лица (Лазаревић, 2011, 530–531). Уједно, законодавац је прописао два тежа облика овог кривичног дела. Док се први тежи облик кривичног дела огледа у радњи која је предузета према више лица или је дело изазвало узнемиреност грађана или друге теже последице, други тежи облик постоји ако је угрожавање предузето према носиоцима највиших државних или других јавних функција.

Посматрајући случај убиства на мах, као и елементе бића кривичног дела угрожавање сигурности, видимо неопходност постојања посебне инкриминације у вези криминалитета прогањања. Наиме, иако су последице угрожавања сигурности и криминалитета насиља исти, радње извршења нису исте. Стога надлежни јавни тужиоци не предузимају кривично гоњење у случају прогањања, јер дато понашање не могу да подведу под кривично дело угрожавање сигурности. Република Србија мора што пре имплементирати у своје кривично законодавство добра решења из упоредног права којима се криминалитет прогањања проглашава кривичним делом.

Република Хрватска је изменама свог кривичног законодавства инкриминисала криминалитет прогањања у члану 140. Казненог законика,<sup>7</sup> назвавши га наметљиво понашање, у оквиру главе XIII Кривична дела против личне слободе. Наиме, биће кривичног дела састоји се у упорном и дужевременском праћењу или ухођењу друге особе или успостављању или настојању успостављања нежељеног контакта или застрашивања на други начин, при чему код дате особе изазове тескобу или страх за сигурност или сигурност њој блиских особа. Предвиђена санкција је казна затвора до једне године. У ставу 2 истог члана предвиђено је тежи облик

<sup>7</sup> Kazneni zakon, NN 125/11, 144/12, 56/15, 61/15



наметљивог понашања, када је кривично дело почињено према садашњем или бившем брачном или ванбрачном другу или истополном партнеру, особи с којом је извршилац био у интимној вези или према детету. У овом случају прописана је казна затвора до три године. Кривична дела из члана 140 се гоне по предлогу, осим ако је почињено према детету. Хрватски законодавац увео је у члану 73 меру безбедности забрана приближавања, узнемиравања или ухођења, чиме је додатно појачана заштита жртва, између осталог, и кривичног дела наметљиво понашање.

За разлику од Хрватске, Федерација Босна и Херцеговина није увела посебно кривично дело којима се инкриминише криминалитет прогањања, већ је у Закону о заштити од насиља у породици<sup>8</sup> увела у члану 13 посебну заштитну меру забрана узнемиравања или ухођења особе изложене насиљу. Ова мера безбедности се може изрећи особи која насиље чини узнемиравањем или ухођењем, а постоји могућност да би поново могла узнемиравати или уходити члана породице. Предвиђајући опсег ове мере безбедности, законодавац је знатно ограничио круг лица која уживају заштиту узнемиравања или ухођења, јер лица која нису у породичним везама са особом која узнемирава или уходи немају заштиту од једног оваког недозвољеног понашања.

Полазећи од чињенице да постоји могућност, као што смо већ напоменули у уводу, да прогонитељ и жртва замене улоге, те да прогонитељ постане жртва хомицида, а жртва прогањања виновник убиства, потребно је додатно анализирати постојеће облике убиства предвиђене кривичним законодавством Републике Србије, јер је могуће да жртва прогањања буде осуђена на одређени облик убиства за који је предвиђена вишегодишња казна затвора. Наиме, у већ поменутом случају Л.А. је била осуђена на убиство на мах, при чему је казна затвора износила четири године. Услови да би се један хомицид квалификовао као убиство на мах су да је убиство извршено на мах, да је учинилац доведен у стање јаке раздражености нападом, злостављањем или тешким вређањем од стране жртве, као и да је учинилац у такво стање доведен без своје кривице. Уједно, за ово кривично дело предвиђена је казна затвора од једне до осам година.

У случају да неки од услова за постојање убиства не мах не буду испуњени, постојаће обично убиство за које је прописана још већа казна затвора – од 5 до 15 година. Оваквом констелацијом различитих облика убистава положај жртве прогањања и напослетку виновника хомицида је доста тежак. Стога, законодавац мора, да би додатно заштитио положај једне овакве особе, предвидети посебан облик привилегованог убиства под називом убиство

---

8 Zakon o zaštiti od nasilja u porodici, Službeni glasnik FBiH, broj 20/13.

прогонитеља од стране прогоњеног, при чему треба предвидети блаже кажњавање у односу на убиство на мах. Биће овог облика привилегованог убиства би могло да гласи: „Ко другог лиши живота, при чему је код њега изазвана тескоба или страх за сигурност или сигурност њој блиских особа претходним прогањањем од стране убијеног, казниће се затвором од једне до пет година.“ За постојање овог облика привилегованог убиства неопходно је истовремено испуњење да услова – 1) постојање претходног прогањања извршиоца убиства од стране убијеног, тако да се не захтева правноснажна осуђујућа пресуда за кривично дело прогања, када буде уведено изменама кривичног законодавства и 2) постојање тескобе или страха за сигурност или сигурност њој блиских особа у које је убица доведен прогањањем од стране жртва убиства.

## 8. Закључак

Криминалитет прогањања није нови криминални феномен. Наиме, први случај криминалитета прогањања забележен је још у античком периоду. Међутим, тек у XVIII веку су забележени први случајеви прогањања који су били процесуирани пред судовима. Ширењу свести о неопходности инкриминације криминалитета прогањања допринело је убиство познате глумице Ребеке Шефер. Након тога Сједињене Америчке Државе су прогањање инкриминисале као кривично дело. Убрзо су и друге државе широм света донеле или посебне законе којима је забрањено ово друштвено неприхватљиво понашање или су постојећи законски текстови из области кривичнога права промењени додавањем још једног кривичног дела.

Република Србија знатно заостаје за савременим решењима у погледу друштвене реакције на случајеве прогањања. Наиме, непостојање кривичног дела, чије се биће поклапа са радњом извршења прогањања, доводи до тога да надлежни државни органи не реагују на прави начин. Најпре је неопходно инкриминисати прогањање као посебно кривично дело и на тај начин омогућити државним органима да не налазе изговоре за неадекватно реаговање у случају прогањања. До тада могуће је да жртва прогањања буде изложена таквој ситуацији да потражи начин решавања проблема сопствене виктимизације сама, што у крајњем случају може резултирати убиством прогонитеља. Зарад побољшања кривично правног положаја жртве прогањања а истовременог извршиоца убиства прогонитеља, аутор предлаже нову инкриминацију у оквиру привилегованих убистава на тај начин да забрањена казна затвора буде мања од казне за убиство на мах. Сходно анализираном примеру убиства на мах почињеном од стране Л.А., довољно да не буде испуњен један од

услова за овај облик убиства па да жртва прогањања буде осуђена за обично убиство, чиме би она доспела у још гори кривично правни положај иако је жртва убиства, а истовремено прогонитељ, допринео сопственој виктимизацији. Инкриминацијом новог облика привилегованог убиства под називом убиство прогонитеља од стране прогоњеног законодавац би на адекватан начин сагледао динамички однос у констелацији снага прогонитеља/жртве убиства и прогоњеног/извршиоца убиства. Ипак, уколико законодавац не инкриминише овако почињени хомицид као посебан облик привилегованог убиства, неопходно је предвидети као олакшавајућу околност постојање прогањања у случају лишавања живота прогонитеља од стране жртве. На тај начин би се олакшала кривично правна позиција лица које је било дужевременски виктимизирано у погледу прогањања, а на крају је извршило лишење живота прогонитеља.

### **Литература**

Blaauw, E., Winkel, F. W., Arensman, E. (2000). The toll of stalking: The relationship between features of stalking and psychopathology of victims, Sydney. Retrieved 20. December 2015, from [http://www.aic.gov.au/media\\_library/conferences/stalking/blaauw.pdf](http://www.aic.gov.au/media_library/conferences/stalking/blaauw.pdf)

Burgess, A., Regehr, C., Roberts, A. (2010). *Victimology: Theories and Applications*, Jones and Bartlett Publishers, Boston

Catalano, S. (2012). *Stalking Victims in the United States – Revised*, U.S. Department of Justice Office of Justice Programs Bureau of Justice Statistic, Washington

Dunn, J. (2009). *Courting Disaster, intimate Stalking, Culture, and Criminal Justice*, Transaction Publishers, New Brunswick

Goldsworthy, T., Raj, M. (2014). Stopping the stalker: Victim responses to stalking. An examination of victim responses to determine factors affecting the intensity and duration of stalking, *Griffith Journal of Law & Human Dignity*, Gold Coast, Volume 2 (1)

Impact of stalking on victims. Retrieved 20 December 2015, from <https://www.stalkingriskprofile.com/victim-support/impact-of-stalking-on-victims>

Intimate Partner Stalking: Fear, Psychological Distress and Health Impacts. Retrieved 20 December 2015, from <http://www.nij.gov/topics/crime/intimate-partner-violence/stalking/pages/fear-distress-health.aspx#note17>

Kamphuis, J. H., Emmelkamp, P. M. G. (2000). Stalking — a contemporary challenge for forensic and clinical psychiatry, *The British Journal of Psychiatry* Mar, 176 (3)

Kazneni zakon, NN 125/11, 144/12, 56/15, 61/15

Reide, M. (1999). Stalking an old behaviour – A new crime, *The psychiatric clinics of North America*, Vol. 22. No. 1

Reno, J., Robinson, L., Brennan, N., Schwartz, K. (1998). Stalking and domestic violence – The Third Annual Report to Congress under the Violence Against Women Act, National Criminal Justice Reference Service, Rockville

Van der Aa, S. (2010). Stalking in the Netherlands: Nature and Prevalence of the Problem and the the Effectiveness of Anti-Stalking Measures, Maklu, Antwerpen

Zakon o zaštiti od nasilja u porodici, Službeni glasnik FBiH, broj 16/03

Капамаџија, Б. (1981). Убиство – Психопатологија и судска психијатрија, Матица Српска, Нови Сад

Лазаревић, Љ. (2011). Коментар Кривичног законика, Правни факултет Универзитета Унион, Београд

**Darko Dimovski, LL.D.**

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## **STALKING: CRIMINOLOGICAL AND CRIMINAL LAW ASPECTS**

### **Summary**

*Starting from the historical aspects of stalking crime, the author first provides an overview of different definitions of this socially negative behavior in the legal documents of countries where such conduct was first criminalized. The author presents statistical data on the scope of stalking in the United States and Australia. The second part of the paper discusses different types of stalkers, whose distinctive features are analyzed in more detail. In particular, the author focuses on the causal link between the stalking crime and violence, as well as the victims' responses to their own victimization. In the next part of this article, the author provides a detailed analysis of a wide range of consequences of stalking crime. In some cases, the victim of stalking may become the perpetrator of a criminal act of murder, whereas the stalker becomes a victim of this serious form of homicide. Although these cases are not numerous, they call for further analysis and proposing new legal solutions related to the privileged forms of murder, which are aimed at improving the position of the victim of stalking who is the perpetrator of such homicide. Finally, the author argues in favour of incriminating a new type of felony – the crime of stalking (in line with the model envisaged in the criminal legislation of the Republic of Croatia), as well as a privileged homicide which may be designated as a murder of a stalker committed by a victim of stalking.*

**Key words:** *stalking crime, stalker, victim of stalking, homicide.*



**Др Михајло Цветковић,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

doi:10.5937/zrpfni1672183C

UDK: 347.44:004.738.5

Рад примљен: 30.09.2015.

Рад прихваћен: 01.12.2015.

## **УГОВОР О КОРИШЋЕЊУ ТУЂИХ РАЧУНАРСКИХ РЕСУРСА\*\***

**Апстракт:** Уговорни односи поводом употребе туђе ствари нису новина. Међутим, експлоатација туђих рачунарских ресурса преко интернета и пратећи правни промет свакако одступају од традиционалних оквира посебног дела уговорног права. Савремене чинидбе (инфраструктура, софтвер или платформа као услуга) тешко се описују терминологијом потеклом из римског права. Изразита новост високотехнолошких услуга скрива неравноправан положај уговарача. Њихови пружаоци, махом глобалне мултинационалне компаније, преопширним уговорима, сачињеним од више аката, обезбеђују себи неоправдане привилегије. Општи услови пословања закомпликовани су „споразумом о нивоу услуге“, правилима понашања и (не)гаранцијама приватности. Корисници олако пристају на унапред састављене понуде, не знајући да је привидно бесплатан уговор, заправо обострано-обавезујућ и врло лукративан другој страни. Аутор анализира у којој мери су норме о продаји, закупу, зајму и послузи применљиве на „облак“ уговоре и колико је уговорна заштита потрошача, као релативно нова дисциплина, у предности. Престанак уговора између провајдера и корисника обележавају специфичне постуговорне обавезе, својствене online окружењу.

**Кључне речи:** уговор, интернет, престација, услуга, аналогија, потрошачи, бесплатност, „облак“ рачунарство.

---

\* mihajloc@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018. година.

## 1. Увод

Идеја да се рачунарски ресурси<sup>1</sup> испоручују слично комуналним услугама, као што су снабдевање електричном енергијом и гасом, телефонија или јавни превоз, стара је пола века. Развој информационих технологија у задњој декади омогућио је њену реализацију кроз „облак“ рачунарство. Без обзира на сложеност информационе инфраструктуре, ствара се и одржава утисак да су сви ресурси кориснику увек на располагању, а да је, с друге стране, он изолован од осталих корисника и безбедан од насртљиваца и знатижељника.<sup>2</sup> Таква визија је технички и економски остварива само под условом да постоји уређен систем, заснован на прихваћеним стандардима. Стандарди су техничке, али и правне природе. Зато горња аналогија са услугама од општег економског интереса није случајна, као ни у наставку приказана аналогија са именованим уговорима насталим у римском праву.

Дигитални подаци су нова валута дигиталне економије, „облак“ је трезор банке, а провајдери држе кључеве пословне продуктивности и успеха у 21. веку (Hunt, 2015: 451). Чак 64% европских предузећа користи „облак“, као и већина грађана (Commission Staff, 2012: 8). Иако ова делатност, веома важна за привреду, повећава продуктивност и креира радна места, тржиште ЕУ годинама заостаје за америчким. Зато је Европска комисија основала 2013. радну групу експерата са задатком да изради модел уговор за „облак“ рачунарство и тако умањи разлике присутне на јединственом тржишту, стварајући безбедно окружење засновано на правичним уговорима и доброј пословној пракси.<sup>3</sup>

Постојећи традиционални правни оквир релевантан за „облак“ је сложен и неадекватан, па постоји велика правна несигурност. Тренутно стање карактеришу велики проблеми везани за уговорну одговорност, безбедност података, заштиту приватности, положај потрошача, али и других корисника „облака“. Наиме, постојећа пословна пракса је неправедна према корисницима будући да провајдери искључују своју одговорност, задржавају право на једнострану измену уговора, неовлашћено искоришћавају туђе податке, различите ризике у потпуности

---

1 Рачунарски ресурс је сваки физички или виртуелни елемент рачунарског система. Физички ресурси су телесни уређаји, нпр. процесор обрађује податке, „чврсти диск“ их чува, а мрежна инфраструктура их преноси. Виртуелни ресурси нису материјализовани, нпр. рачунарски програми и језици.

2 Coming, *Како су настали рачунарски облаци*, Retrived 25, Sep 2015, from: [http://www.coming.rs/business\\_it/business\\_it\\_1/kako\\_su\\_nastali\\_racunarski\\_oblaci](http://www.coming.rs/business_it/business_it_1/kako_su_nastali_racunarski_oblaci).

3 Commission decision on setting up the Commission expert group on cloud computing contracts (2013/C 174/04).



пребацују на корисника (Hon, Millard, Walden, 2012: 81). Све то правдају „бесплатношћу“ својих услуга.

Подлога проблема је чињеница да правници нису довољно упознати са новим неименованим уговорима, недостаје терминологија. У том смислу овај рад представља покушај да се једна нова тема приближи домаћој правничкој јавности. Односи поводом „облака“ нису регулисани посебним прописима, тако да се поставља питање која правила треба применити. Одговор на ово практично питање захтева сагледавање на теоријском нивоу, тј. разматрање правне природе уговора о коришћењу туђих рачунарских ресурса. Дакле, предмет овог рада је анализа поменутих практичних и теоријских проблема. То је важно не само ради решавања евентуалних спорова, него и због потребе да се овај грађанскоправни однос адекватно уреди, у складу са начелом савесности и поштења.

## **2. Чинидбе и њихов предмет**

Рачунарски облак (cloud computing) представља искоришћавање рачунарских ресурса на даљину,<sup>4</sup> путем интернета. Концепција је произашла из идеје изнајмљивања рачунара. То је делатност у којој се веома прилагодљиви информатички ресурси нуде бројним екстерним корисницима у виду услуге. Прилагодљивост у овом случају значи да се понуда ресурса прилагођава потражњи корисника скоро тренутно.

Економска криза је утицала на предузећа да се фокусирају на своју основну делатност и остваре уштеде у другим областима. „Облак“ рачунарство карактеришу бројне предности: ниски трошкови, флексибилност, независност хардвера и локације, могућност дељења ресурса, поузданост и безбедност. Услуге се плаћају на основу утрошка. Корисник по потреби остварује повећање или смањење ресурса. Трошкови су ниски јер се користи заједничка, дељива информациона инфраструктура. Није потребна почетна инвестиција у опрему. Нема потребе да се инсталирају и одржавају сервери,<sup>5</sup> управља надградњом, брине о компатибилности софтвера и његовом ажурирању. Подацима се приступа са било ког on-line уређаја, елиминише се „тиранија удаљености“. Чување података је загарантовано, јер су смештени у центрима на више географских локација.

Стручњацима и истраживачима из различитих области није било лако да сроче дефиницију која свеобухватно покрива различите аспекте „облака“

---

4 „На даљину“ значи да је корисник географски удаљен од рачунарског ресурса који користи.

5 Рачунар који опслужује друге рачунаре у мрежи редовно је повезан на интернет.

са техничке или употребне стране. Дефиниције се често прилагођавају потреби аутора који „облак“ помиње.<sup>6</sup> Тако нпр. Европска унија у свом стратешком документу „Ослобађање потенцијала ‘облак’ рачунарства у Европи“ наводи да: „Облак рачунарство у поједностављеном смислу треба схватити као чување, обраду и коришћење података похрањених на удаљеним рачунарима којима се приступа преко интернета.“

„Облак“ рачунарство се према начину коришћења јавља у више модела. Приватни „облак“ је употребни модел где искључиво један субјект користи рачунарску инфраструктуру. Приватни „облак“ је својина једне компаније која контролише како се његови ресурси користе од стране различитих линија пословања или њених конститутивних група. Такав модел није предмет овог рада, јер нема два правна субјекта, односно правног односа. Заједнички „облак“ употребљава заједница корисника или потрошача, али ни ту нема дужничко/поверилачког односа. Предмет овог рада су уговори везани за „облак“ отворен за јавност, односно унапред неодређене кориснике. Јавни „облак“ је својина компаније која другим правним или физичким лицима нуди брз и повољан приступ рачунарским ресурсима. Корисници не треба да купују хардвер, софтвер и пратећу инфраструктуру, којом управља пружалац услуге, тј. провајдер. Јавни „облак“ махом је усмерен ка потрошачким услугама као што су претраживање на интернету (Google, Bing), лични е-mail сервиси (Yahoo mail, Gmail, Outlook), друштвено повезивање (Facebook, Twitter, LinkedIn) и друге примене данашњег интернета (Youtube, Dropbox, Gdrive). Хибридни „облак“ је мешавина претходних, повезана у јединствен ентитет одређеном власничком структуром или технологијом на коју одређени субјекат полаже искључиво право.

Услуге које провајдер нуди кориснику такође су разноврсне. „Инфраструктура као услуга“ је полазни ниво услуге где корисник употребљава рачунарску опрему провајдера. Он бира број и снагу рачунара према својим потребама. Уместо да купује хардвер и брине о његовом смештају, корисник преко виртуелних сервиса има утисак да се опрема налази на његовој локацији. Овај основни сервис заправо представља брз и лак начин да корисник без почетних инвестиција и уз ниске трошкове повећа своје операције кроз закуп. Нема амортизације, одржавања скупе опреме која заузима простор и троши енергију. Те трошкове сноси провајдер.

---

6 Душко Мартић, *Рачунарство у облацима (cloud computing): шта је и што нас треба да буде брига?*, Retrived 25, Sep 2015, from <http://pravoikt.org/>.

„Софтвер<sup>7</sup> као услуга“ подразумева да корисник употребљава апликације које се налазе у инфраструктури облака (нпр. Microsoft Office 365, Google Apps).<sup>8</sup> Апликације су доступне путем интернета с различитих корисничких уређаја. Провајдер је власник позадинске инфраструктуре, мреже, оперативног система, као и конкретне апликације која се експлоатише. С корисничке стране то значи да нема додатног улагања, као ни трошкова око ажурирања система. Корисници на захтев добијају одређене лиценце за апликације које су им потребне, онолико колико су им потребне (што је битно због одређивања правне природе у наставку). Овакав приступ омогућава оптимално коришћење ресурса и смањење трошкова који би настали прибављањем класичних лиценци, инсталирањем и одржавањем хардверских ресурса неопходних за функционисање софтвера. Дакле, то је решење где корисник софтвер „не купује“, већ га користи као услугу путем интернета.

„Платформа као услуга“ је сложенији сервис, намењен напредном кориснику. Он развија, тестира и дистрибуира властите апликације на инфраструктури провајдера. Преко сервиса корисник обавља своју основну делатност, пружајући услуге трећим лицима. Провајдер обезбеђује платформу која најчешће укључује сервере, мрежну инфраструктуру, центар за складиштење података, оперативне системе и програмске језике. Уместо да свој сајт, апликацију или цео информациони систем гради од нуле, корисник јефтиније и поузданије изнајмљује већ направљен сервис провајдера. Многи „облаци“ се заснивају на садржају који стварају корисници (Facebook, друштвене мреже, Youtube, Google play).

### 3. Уговорне стране

„Облак“ највише одговара пословним корисницима јер добијају стручну подршку, као и безбедну, економичну инфраструктуру без иницијалних инвестиција. Постоје залагања да се мала и средња предузећа у „облак“ окружењу по положају изједначе са потрошачима. Пословни корисници провајдеру плаћају новчану накнаду, уговори су дугорочни. Краткорочни уговор са провајдером закључују организатори догађаја и манифестација

---

7 Израз „Софтвер“ је енглеског порекла и означава рачунарски програм. Једна од могућих подела рачунарских програма је на оперативни систем и апликације. Оперативни систем омогућава усклађен рад различитих уређаја и апликација.

8 Апликација је врста рачунарског програма која омогућава реализацију одређеног задатка у корист корисника, те се зове и кориснички софтвер. Ту спадају: канцеларијске, образовне, пословне апликације, апликације за обраду звука, слике или видео материјала, као и апликације за забаву. Конкретни примери су: Word, Excel, Firefox, Media Player, StarCraft.

ограниченог трајања када је потребно обезбедити велике рачунарске ресурсе на кратак период (Eugosong, Универзијада, спортске приредбе).

„Облак“ користе и потрошачи, тј. физичка лица. Они закупају виртуелне десктоп рачунаре или инфраструктуру провајдера за складиштење података (Gdrive, Dropbox). „Облак“ испуњава њихове комуникационе (e-mail сервиси, друштвене мреже) и културне потребе. Потрошачи ретко плаћају новчану накнаду, већина њих пристаје на неку другу врсту противчинидбе.

Независни испоручиоци апликација су између потрошача и пословних корисника. Ови предузетници преко сервиса „платформа као услуга“ развијају производе, нуде их тржишту, изводе обуку или пружају разноврсне услуге. Са провајдером деле остварени приход (асиметрични ортаклук).

Јавна предузећа и државне установе у иностранству преко „облака“ ефикасно пружају услуге грађанима. Уговори са провајдерима се закључују јавним надметањем и имају јавно-правне елементе па је ова категорија корисника у знатно бољем положају од осталих. Школе и универзитети у свету увелико користе „облак“, уместо да граде скупу сопствену инфраструктуру која брзо застарева.

Насупрот корисницима, табор провајдера је много униформнији. То су углавном мултинационалне, високо-технолошке компаније које послују глобално и стичу огроман профит користећи нове пословне моделе, тешко уклопиве у флегматични уговорни правни оквир 20. века. За многе моделе још увек нема ни адекватног превода, па се користе изворни енглески термини, нпр. freemium (Hunt, 2015: 453).

#### **4. Споразуми између корисника и провајдера**

Однос између провајдера и корисника уређен је уговором. У њему се наводи да „облак“ сервиси омогућавају кориснику да употребљава сервер, мрежну опрему и апликације у рачунарској инфраструктури провајдера. Телекомуникациона мрежа и ресурси остају искључиво у својини провајдера. Главна обавеза корисника је да плати накнаду и поштује провајдерова правила. Главна обавеза провајдера је да кориснику омогући коришћење и непрекидну везу са ресурсима које корисник затражи у оквиру сервиса. Провајдер је дужан да своју телекомуникациону мрежу и ресурсе, неопходну за коришћење услуге, одржава у исправном стању. Односи између уговарача су јако сложени због бројних споредних обавеза. Уговор између њих није јединствен акт у формалном смислу, него се састоји

из више аката (општи услови пословања, споразуми о: нивоу услуге, понашању корисника, приватности) (Bradshaw, Millard, Walden, 2011: 14). У неким конкретним случајевима ти акти заједно имају и преко 19 000 речи (Hunt, 2015: 461), што је четири пута више од овог рада.

Општи услови пословања садрже генералне одредбе које регулишу однос провајдера и корисника. Провајдер их нуди као сталну и општу понуду, а скројени су пристрасно по његовој мери. Уговор се закључује тако што корисник прихвати опште услове провајдера, што редовно чини online. Најважнији састојци су одређена накнада и други комерцијални елементи, клаузуле о искључењу провајдерове одговорности, избор меродавног права и начина решавања спорова, као и трајање уговора (Bradshaw, Millard, Walden, 2011: 15). Егзонерационе клаузуле у корист провајдера су јако проблематичне јер сав ризик проузроковања штете пребацују на корисника. Њих провајдери уносе у опште услове пословања позивајући се на заштиту коју им је законодавац дао из сасвим других разлога. Питање одговорности пружаоца интернет услуга регулисано је Законом о електронској трговини израђеном по узору на Директиву о електронској трговини.<sup>9</sup> Прописи искључују одговорност провајдера за пренос, привремено и трајно складиштење противправног садржаја ако су испуњени одређени услови. Провајдер садржаја експлоатише кориснички садржај, али за њега не одговара. Зашто максима *cuius commoda eius et incommoda* не би важила и у дигиталном друштву? (Цветковић, 2011: 265).

У општим условима се наводе сви остали посебни споразуми, пресудни за међусобни положај уговарача. Они важе ако је корисник са њима упознат и ако је на њих пристао. Страни судови бележе случајеве где се неадекватно приказивање ових споразума (само као hyperlink) сматра непоштеном трговачком праксом (Comparative Study, 2015: 33).

Споразум о нивоу услуге има технички карактер, типичан је за теретне сервисе и ближе одређује квалитет провајдерове услуге. Њен ниво зависи од висине накнаде коју корисник плаћа. Споразумом се детаљније одређује како сервис реагује под оптерећењем, колико времена је потребно да се систем опорави након прекида, каква је корисничка подршка и сл. С обзиром на то да се услуга пружа на даљину и зависи од спољних фактора и сложене инфраструктуре, извесно је да ће се дешавати нежељене ситуације у којима ће сервис бити недоступан. Споразумом о нивоу услуге предвиђени су одређени видови обештећења у том случају. Типично је да провајдер ускраћује кориснику право на било какве лекове сем тзв.

---

<sup>9</sup> Закон о електронској трговини, *Сл. гласник РС*, 41/09 и 95/13; Directive on electronic commerce (2000/31/EC).

„сервисних кредита“ и то само услед околности које је провајдер могао да контролише (Hon, Millard, Walden, 2012: 96). Сервисни кредит је унапред уговорена компензација за временски период када је чиница провајдера испод уговореног нивоа. У пракси се јављају различите верзије, сличне уговорној казни или пеналима. Ретко је то одређена новчана сума, односно право на умањење цене. Редовно се кредит састоји у томе да корисник добија право да без накнаде користи сервис у одређеном будућем периоду (нпр. пад система од 6 минута, доноси кредит од 600 бесплатних минута) (Bradshaw, Millard, Walden, 2011: 37). Ипак, у одређеним случајевима, сервисни кредит је погодност за корисника, јер не мора да доказује своју штету.

Као референтна тачка за процену саобразности, споразум о нивоу услуге је врло важан. Са једне стране полази се од уговорних одредби и њиховог тумачења, са друге узимају се у обзир и разумна очекивања корисника, зато што је он приступио уговору који је саставио провајдер. Поред тога, уколико уговорене одредбе знатно одступају од основних принципа уговорног и потрошачког права, односно дају провајдеру неоправдано велику предност, оне су ништаве, па важе диспозитивна правила именованих уговора по аналогiji.

Споразум о понашању корисника постоји код свих „облака“ (без обзира дали су теретни или бесплатни), а садржи негативне обавезе, односно забране. Њему се налаже да не угрожава рад и безбедност сервиса и не наноси штету провајдеру, не узнемирава друге кориснике, не користи сервис за неовлашћени приступ ауторским правима или правима индустријске својине трећих лица, као и другим туђим информацијама или ресурсима, не чини нелегалне радње итд. Занимљиво, Facebook забрањује лицима осуђеним због сексуалних деликта приступ његовом сервису. Провајдери се тако ограђују од противправног понашања својих корисника (ту нпр. спада: недозвољено слање порука, постављање увредљивог садржаја, говора мржње, заговарање дискриминације и слично). Непоштовање правила понашања је разлог да провајдер једнострано раскине уговор (Bradshaw, Millard, Walden, 2011: 19–20). Овде постоји аналогija са уговором о закупу. Ако купац и после опомене куподавца употребљава ствар противно уговору или њеној намени или запушта њено одржавање, те постоји опасност знатне штете за куподавца, овај може отказати уговор без давања отказног рока (чл. 582 300).<sup>10</sup>

Споразум о приватности уређује како провајдер користи податке прикупљене од корисника и предвиђа мере које је дужан да предузме како

---

10 Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, 29/78 – *Сл. лист СЦГ*, 1/03.

би их заштитио од трећих. Он би требало да следи искључиво инструкције корисника, поштујући одређене безбедносне мере. Провајдер се обавезује на дискрецију. Не сме да приступа подацима корисника, осим када је то нужно због одржавања сервиса. Податке открива трећем само на основу судске одлуке, али поједини провајдери корисничке податке достављају и на захтев државних власти (Bradshaw, Millard, Walden, 2011: 26). У вези са заштитом личних података је и питање њихове географске локације. „Извоз“ података предмет је Директиве о заштити података,<sup>11</sup> што је нарочито важно када се ради о провајдеру изван ЕУ. Нажалост, пословна пракса провајдера јако одступа од горе наведених препорука, па у пракси није јасно ни које све корисничке податке сакупљају, ни како их користе (Svantesson, Clarke, 2010: 394).

## 5. Правна природа уговора

### 5.1. Битне особине

Пре расправе о правној природи „облак“ уговора, треба указати на неке његове особине одлучујуће за правилну квалификацију. У питању је консенсуалан уговор, који се закључује самом сагласношћу воља. У пракси, најчешће тако што корисник пристане на опште услове провајдера објављене на његовом сајту.

Треба имати у виду да се, према распореду обавеза, ради о обострано-обавезујућем уговору. И корисник и провајдер су истовремено у улози повериоца и дужника. То понекад није уочљиво на први поглед, зато што насупрот главне обавезе провајдера (да пружи услугу) у неким случајевима нема главне противчинидбе корисника (да плати новцем). Међутим, увек постоје бројне негативне обавезе корисника. Он је дужан да поштује правила понашања која одређује провајдер. Те обавезе нису директна противчинидба главној обавези провајдера, али нису ни споредне јер у случају њихове повреде долази до раскида уговора. Зато се ради о правом, синалагматичном уговору који ствара узајамне обавезе уговорача.

Према томе да ли се за корист која се на основу уговора стиче исплаћује накнада другој уговорној страни, уговори се деле на теретне и бесплатне (доброчине).<sup>12</sup> Овде је реч о послу лукративном за провајдера. Најчешће

---

11 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

12 У домаћој литератури се за бесплатан уговор користи и термин добротин уговор. Ова два појма ипак треба разликовати, јер добротинство садржи квалитет више (нпр.

се услуга даје бесплатно на пробу, па се за продужење или проширење њеног обима захтева накнада. Обавеза корисника је некад сасвим видљива, нпр. када услугу плаћа новцем. Међутим, постоје и уговори где је накнада корисника, нарочито када је он физичко лице, мање уочљива. Често провајдери своје услуге рекламирају као бесплатне како би намамили корисника – физичко лице. Међутим, он „плаћа“ својим личним подацима или на неки други начин (нпр. пристајањем на рекламу). Као све вредније средство плаћања јављају се лични подаци. Услуга се пружа ако корисник пристане да провајдер прикупља податке о њему (нпр. о навикама, афинитетима, ставовима, кретању, интересовању). Подаци се продају трећем (као што чини Facebook) или се користе за тзв. циљани маркетинг (Google). Лични подаци се лако претварају у новчану вредност, доносећи огроман профит. Јављају се и другачије неновчане противчинидбе, нпр. да би се погледао снимак или слушала музика, потрошач мора да се региструје, одгледа рекламу, попуни упитник. Овакви уговори разликују се од класичних теретних уговора јер корисник има утисак да је провајдерова услуга бесплатна. Разликују се и од уобичајених бесплатних уговора јер провајдер из њих извучи велику корист, мада изгледа као да послује у интересу корисника. Свакако се провајдер не може изједначити са једним поклонодавцем. Зато се ово обележје може означити као псеудобесплатност.<sup>13</sup> Важно је напоменути да су „облак“ уговори у привреди увек теретни.

Правилна квалификација особина једног правног посла је пресудна из више разлога. На теоријском плану постоје велике разлике између различитих правних система. Наиме, у англосаксонском праву, да би један споразум био принудно извршив уговор, захтева се „consideration“. У најширем смислу, нужно је да насупрот чинидбе постоји противчинидба. Конкретније, без накнаде нема уговора и бесплатни послови нису предмет уговорног права. Међутим, уважено је да неимовинске противчинидбе корисника такође треба узети у обзир (Bradshaw, Millard, Walden, 2011: 15). Немачки суд истиче да је пристајање на опште услове провајдера довољно за „consideration“, па провајдер не ужива бенефицију блаже уговорне одговорности као бесплатни преносилац (Hunt, 2015: 466). На практичном плану континенталног права, разликовање теретног од бесплатног посла је важно због уговорне одговорности (само код теретних постоји одговорност за правне и материјалне недостатке). Код бесплатних уговора нема еквиваленције, па се прибавилац нарочито не штити. Прибавилац који није платио не треба да очекује исти квалитет

---

бесплатно давање наркотика сигурно није добротинство) (Цветковић, 2013: 420).

13 Ово обележје ближе је описано у раду (Цветковић, Николић, 2015: 53).



као онај који је закључио теретни уговор. Овде међутим треба уважити да исплата новчане суме није ни једини ни најважнији облик накнаде.

Код облигација средстава извршењем престације не мора се постићи и крајњи резултат за повериоца. Код ових облигација дужник се обавезује да изврши одређену радњу, без обзира да ли се њеним остварењем реализује одређени циљ. Ту чинидбу мора да предузме са дужном пажњом, односно према правилима одговарајуће струке. Кад дужник тако не поступи, сматра се да облигација није извршена. Под облигацијама циља (резултата) се подразумевају облигације код којих се дужник не обавезује само да уради неки посао, тј. изврши одређену чинидбу, већ се обавезује да ће предузимањем тих радњи постићи одређени резултат. Поставља се питање да ли је обавеза провајдера облигација циља или облигација средства. Одговор зависи од конкретног уговора. Уколико нема прецизнијих уговорних одредби, за услугу провајдера се у начелу претпоставља да се ради о облигацији средства. Међутим, ако постоје претежни елементи уговора о делу (односно што је чинидба шира), онда се ипак тражи уговором одређен резултат. Такође, када се провајдер обавезе на одређени ниво услуге, одмах се препознају облигације резултата. Међутим, ако се обавезао да ће „учинити све што је у оквиру његових (техничких) могућности“, онда је пак реч о облигацији средства (Comparative Study, 2015: 32). Дакле, коначна оцена доноси се на основу тумачења конкретних уговорних одредби. Кориснику више одговара да се провајдерова чинидба окарактерише као обавеза резултата.

## **5.2. Аналогија са именованим уговорима**

У доктрини нема јединственог становишта о правној природи уговора између провајдера и корисника. Овај уговор свакако није класичан облигациони уговор па нема сагласности која правила треба применити.

Мада се у неким уговорима из домаће пословне праксе помиње куповина,<sup>14</sup> доктрина наглашава да „облак“ уговор треба разликовати од уговора о продаји (Hunt, 2015: 456). По класичној дефиницији, уговором о продаји обавезује се продавац да пренесе на купца право својине на продату ствар и да му је у ту сврху преда, а купац се обавезује да плати цену у новцу и преузме ствар (чл. 454, ст. 1 ЗОО). Главна разлика је у томе што се између провајдера и корисника не преноси својина, а стицање својине је основ продаје (causa acquirendi). Нешто шире схватање продаје дозвољава, поред својине, и пренос неког другог преносивог права. Продавац неког другог

---

<sup>14</sup> Општи услови коришћења cloud сервиса Телекома Србија, Retrived 25, Sep 2015, from: <https://oblaci.rs/>

права обавезује се да купцу прибави продато право, а кад вршење тог права захтева државину ствари, да му и преда ствар (чл. 454, ст. 2 ЗОО). Међутим, провајдер не преноси на корисника никакво субјективно грађанско право, већ се уговором о „облаку“ омогућава употреба провајдерових ресурса. Овлашћење употребе је само једна компонента (атрибут) својине, а није самостално грађанско субјективно право чак и када, у традиционалним правним пословима, онај ко употребљава туђу ствар има непосредну државину. Корисник „облака“ нема никакву државину. Друга важна разлика између „облак“ уговора и продаје је у њеном другом битном елементу. Нема продаје без цене изражене претежно у новцу, а обавеза корисника је често новчана.

Немачки теоретичари правну природу „облак“ уговора одређују према томе да ли је посао бесплатан или теретан. Ако је реч о теретном послу, онда је он најсличнији уговору о закупу (Comparative Study, 2015: 28). Класичан уговор о закупу се дефинише као уговор којим се обавезује закуподавац да преда одређену ствар закупцу на употребу, а овај се обавезује да му за то плаћа одређену закупнину (чл. 567 ЗОО). Сличности између „облак“ уговора и закупа заиста постоје. И корисник и купац употребљавају туђу ствар, за шта плаћају накнаду. Оба уговора су дуготрајна, у смислу да обим чинидби зависи од протеклог времена. Провајдер, као и закуподавац, одржава предмет чинидбе (рачунарске ресурсе/односно закупљену ствар) у исправном стању. Корисник „облака“ је дужан да поштује правила понашања која одређује провајдер, слично као што купац употребљава ствар према уговору или њеној намени, попут доброг привредника и доброг домаћина. Подзакуп се може препознати у сервису „платформа као услуга“, када корисник нуди услуге трећем. Провајдер је ту у положају закуподавца, корисник је купац, а трећи подкупац. Са друге стране, постоје и крупне разлике између „облак“ уговора и закупа. Главна обавеза закуподавца је предаја индивидуално одређене ствари, коју након престанка уговора купац враћа. Код „облак“ уговора нема никакве физичке предаје, самим тим ни враћања. Провајдеров хардвер остаје искључиво у његовој државини. Додуше, по престанку уговора, ресурси се аутоматски „враћају“ провајдеру. Постоји још једна разлика. Уговор о закупу је увек теретан, закупнина се одређује у новцу или другој заменивој ствари, тј. важе правила о цени која мора бити одређена или одредива, сразмерна и стварна. Противчинидба корисника „облака“ је много шири, те је понекада није могуће квантитативно одредити, а још мање се могу испунити захтеви да буде стварна и сразмерна (нпр. када главна обавеза корисника није новчана). Ове разлике ремете горе цитирану концепцију немачких теоретичара.

Бесплатно пружање „облак“ услуге немачки аутори карактеришу као бескаматни зајам. По класичној дефиницији, уговором о зајму обавезује се зајмодавац да преда у својину зајмопримцу одређену количину новца или којих других заменљивих ствари, а зајмопримац се обавезује да му врати после извесног времена исту количину новца, односно исту количину ствари исте врсте и истог квалитета (чл. 557 300). Аналогија заиста постоји: оба уговора су дуготрајна; провајдер не може да користи ресурсе уступљене кориснику док однос траје, исто као што се зајмодавац привремено лишава заменљиве ствари у корист зајмопримца. Са друге стране, замерке истакнуте поводом поистовећивања „облак“ уговора са продајом важе и за зајам: нема преноса својине и предмет чинидбе није ствар. Осим тога, иако је због обавезе зајмопримца да позајмљено врати обострано-обавезујући, бескаматни зајам је типичан пример бесплатног правног посла. Уговор о „облаку“, када није очигледно теретан, у најбољем случају је по корисника псеудобесплатан. Поред тога, бескаматни зајам се даје с обзиром на лична својства зајмопримца. Напротив, провајдер нуди своје услуге непознатим, унапред неодређеним корисницима, а ради стицања добити, па свакако није посао *intuitu personae*.

Будући да нема преноса својине са провајдера на корисника, и имајући у виду да он уговором стиче само овлашћење да употребљава провајдерове ресурсе, остаје аналогија са уговором о послузи. У класичном значењу, тим уговором послоодавац предаје непотрошну ствар послодопримцу да је бесплатно употребљава, а послодопримац је дужан да по истеку времена исту ствар врати. Међутим, овој аналогији се може замерити да је послуга бесплатан уговор, а уговор о „облаку“ није.

### **5.3. Заштита потрошача**

Када је корисник физичко лице, и на тржишту прибавља услуге у сврхе које нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности, а провајдер се уклапа у дефиницију трговца (правни субјекат који наступа на тржишту у оквиру своје пословне делатности или у друге комерцијалне сврхе), „облак“ уговор је потрошачки уговор. За корисника је таква квалификација повољна јер онда ужива појачану заштиту, добијајући статус потрошача. Уосталом, по угледу на Директиву о правима потрошача, српски законодавац у Закону о заштити потрошача помиње и „дигитални садржај“.<sup>15</sup> Прописи о заштити потрошача су *lex specialis* у односу на општи уговорни режим. Тако нпр. пошто се скоро увек ради о уговору закљученом на даљину, постоји предуговорна обавеза провајдера

---

15 Закон о заштити потрошача, *Сл. гласник РС*, 62/14.

да потрошача информише пре закључења уговора као и право корисника на једнострани раскид.

Прописи о заштити потрошача примењују се на уговор о испоруци робе и уговор о пружању услуге. Сматра се да су правила о продаји робе неприменљива (Comparative Study, 2015: 8), зато што се роба дефинише као телесна покретна ствар, а предмет провајдерове чинидбе је сасвим другачије природе. Треба имати у виду да је предмет чинидбе код зајма замењива ствар, односно код закупа и послуге индивидуализована ствар, те се аргумент нетелесности и код ових аналогја успешно може истаћи.

Пошто је правила о продаји робе доктрина одбацила, остаје само једно решење. Уговор о пружању услуга је сваки уговор, који није уговор о продаји, у складу са којим продавац пружа или се обавезује да пружи услугу потрошачу, као што је израда или оправка одређене ствари или извршење одређеног физичког или интелектуалног рада, а потрошач плаћа или се обавезује да плати цену за услугу (чл. 5, тч. 23 ЗЗП). У ову законску дефиницију уклапа се „облак“ уговор уколико се она мало шире протумачи. У том смислу, израз „цена“, у класичном облигационом праву везан за новац, треба заменити изразом „накнада“. Провајдер својим радом обезбеђује кориснику употребу ресурса, што овај плаћа у новцу или на неки други начин. Упада у очи сличност са уговором о делу, с тим што је његов битан састојак физички или фактички посао посленика, а постоји и обавеза наручиоца да посао прими.

Што се положаја корисника тиче, њему иде у прилог да се „облак“ уговор третира као услужни потрошачки, мада законодавац није превише ригорозан према пружаоцу услуге. Провајдер је дужан да потрошачу пружи услугу саобразну уговореној (чл. 80 ЗЗП). Она то није ако: не одговара опису који је дао провајдер, нема посебна или редовна својства, не одговара очекивањима која су основана с обзиром на природу услуге и јавна обећања продавца (чл. 81 ЗЗП). Правни стандарди као што су „разумна очекивања“ или „редовна својства“ су познати када се односе на традиционалне услуге. Због новости, ти правни стандарди нису изграђени ни у судској пракси ни у доктрини када се ради о online окружењу, али постоје одређени помаци. Провајдер дугује пажњу „доброг привредника“, односно треба да поступа стручно. У једној парници енглески суд је утврдио да провајдер није тако поступио јер софтвер, стављен на располагање кориснику, није био адекватан његовим конкретним потребама. Услуга треба да је погодна за нарочиту употребу због које је корисник тражи (Comparative Study, 2015: 30). У француском праву, општа правила о саобразности услуге важе и за „облак“. У немачком праву, таква правила важе ако се не могу

применити правила која важе за именоване уговоре. Провајдер мора да покаже „разуман степен пажње“ (Comparative Study, 2015: 30). У случају несаобразности, корисник има право на снижење цене и раскид уговора, а овај последњи лек је уједно и једини ако је уговор псеудобесплатан.

## 6. Престанак уговора

У случају престанка „облак“ уговора, отварају се интересантна специфична питања. У литератури се помињу пост-уговорне обавезе провајдера. Њихов предмет су кориснички подаци похрањени у „облаку“. Провајдер је дужан да их након престанка уговора врати кориснику. И овде постоји аналогија са именованим уговорима. Закупац може однети додатке које је учинио на ствари ако се могу одвојити без њеног оштећења (чл. 585 ЗОО). Када се норма примени на online окружење следи да корисник има право да уклони податке са хардвера провајдера.

Како би се спречило да корисник дође у незавидан положај зависности од провајдера, важно је створити услове за мобилност корисничких података. Провајдер има интерес да задржи корисника што дуже, па техничким мерама ствара ситуацију у којој је корисник „закључан“ за његов сервис (Commission Staff, 2012: 27). Зато је слобода корисника, односно могућност „селидбе“ на други сервис, важан елемент „облак“ уговора. Судови су потврдили да је провајдер дужан да дозволи трансфер, па и да сарађује са новим провајдером којег је корисник изабрао (Comparative Study, 2015: 54). Зато би провајдер требало да сачува податке корисника одређено време након престанка уговора. У неким случајевим потребно је сачувати податке и након смрти корисника, нпр. када провајдер има податке о електронској валути преминулог.

Са друге стране, корисник је заинтересован да након трансфера његови подаци буду дефинитивно обрисани, јер он има право да буде заборављен. Провајдер има супротан интерес, па је нужно ово питање уредити уговором. Проблем је технички јако сложен. Наиме, подаци се физички не уништавају, већ се само мења њихов статус у смислу да се „преко њих“ могу уписати нови (Hon, Millard,Walden, 2012: 117). Све до тог тренутка, подаци се налазе на хардверу провајдера чак 30 па и 60 дана и могу се повратити, иако су обрисани (Svantesson, Clarke, 2010: 394). Зато адвокати информисаних корисника уговарају специфично право на једнострану раскид уговора у случају да провајдера преузме корисников конкурент (Hon, Millard,Walden, 2012: 122).

## 7. Закључак

Законске норме о именованим уговорима (продаја, закуп, зајам, послуга), базиране на римским контрактима, а кодификоване почетком 19. века, конципиране су за телесна, покретна добра, фактички и физички посао. Правни промет данашњице односи се на другачије чинидбе, са размера правне историје донедавно потпуно незамисливе. Зато модерном правнику није лако да традиционални арсенал употреби у online изазовима. Стварност врши велики притисак да се, не само Посебни део уговорног права као најдинамичнија област Облигационог права, већ и општа Цивилистика, обогате новим појмовима. Помаци у том смислу (нпр. „дигитални садржај“ као законом дефинисан предмет чинидбе) су само почетак. Ипак, анахронизам између прописа и online правног живота понекада је толико велики да литература често предлаже да се „облак“ уговор схвати као правни посао *sui generis*, што само потврђује да су позитивни прописи, у рачунарском жаргону, „неажурирани“.

На „облак“ уговор могу се по аналогији применити поједина правила именованих уговора једино ако се она широко схвате. Тако нпр. правила намењена уговору о закупу су најближа сервису „инфраструктура као услуга“, где је провајдер закуподавац складишта за податке, а корисник је купац. Међутим, што је чинидба провајдера шира, то је мање сличности за закупом. Класична правила се користе у одсуству уговорених, или када су уговорне клаузуле неважеће јер неправично према кориснику фаворизују провајдера.

Корисник „облака“ као потрошач ужива већи степен заштите него други корисници, нарочито када су то мала и средња предузећа. Њима остаје једино заштита која произилази из општих начела уговорног права, нпр. тумачење формуларних уговора *contra stipulatorem*. Додуше, третирање „облак“ уговора као уговора о услузи није нека посебна привилегија јер је и само „право потрошача услуга“ неразвијено. Корен провајдерове доминације је неједнакост знања, разлика у економском смислу је секундарна.

Псеудобесплатност је веома занимљива карактеристика појединих „облак“ уговора, мада се јавља и у другим односима који настају поводом интернета. Из псеудобесплатног „облака“ обе стране извлаче корист, али размена вредности између две имовине уговарача није видљива, као нпр. код продаје где продавац остаје без ствари, али добија новац. Напротив, овде постоји конверзија нематеријалне вредности (личних података и сл.) у материјалну, а моћ да је спроведе има искључиво провајдер. Сама конверзија није никаква новина, она постоји рецимо у случају када

тотор наплати ученику за одржани час. Међутим, ученик зна да час није бесплатан. Иако су корисници, за сада, у огромној већини задовољни што од провајдера добијају услугу коју не плаћају новцем, псеудобесплатност никако не треба изједначити са правом бесплатношћу која постоји нпр. код поклона. Ово је важно због великих практичних разлика у вези уговорне одговорности између обострано-обавезујућих теретних и једнострано-обавезујућих бесплатних уговора.

## Литература

Bradshaw, S., Millard, C., Walden, I. (2011). Contracts for clouds: Comparison and analysis of the terms and conditions of cloud computing services. *International Journal of Law and Information Technology*. 19/3. 187–223

Commission decision of 18 June 2013 on setting up the Commission expert group on cloud computing contracts. (2013/C 174/04)

Commission Staff Working Document. Accompanying the document: *Unleashing the Potential of Cloud Computing in Europe*. Brisel. 2012

DLA Piper UK LLP, *Comparative Study on cloud computing contracts*. (2015). Luxembourg. ISBN 978-92-79-46480-5. doi:10.2838/16333

Hon, W. K., Millard, C., Walden, I. (2012). Negotiating Cloud Contracts: Looking at Clouds from Both Sides Now. *Stanford Technology Law Review*. 16/1. 79–129

Hunt, M. K. (2015). CloudConsumer: contracts, codes & the law. *Computer Law & Security Review*. 31/4. 450–477

Svantesson, D., Clarke, R. (2010). Privacy and consumer risks in cloud computing, *Computer Law and Security Review*. 26/4. 391–397

Закон о заштити потрошача. *Сл. гласник РС*. Бр. 62(2014)

Закон о облигационим односима. *Сл. лист СФРЈ*. Бр. 29(1978)/ *Сл. лист СЦГ*. Бр. 1(2003) – Уставна повеља

Цветковић, М. (2011). Одговорност пружаоца услуга информационог друштва за штету коју проузрокују њихови корисници противправним садржајем. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 58. 249–266

Цветковић, М. (2013). Објективни елемент уговора о поклону. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 65. 419–436

Цветковић, М. Николић, Ђ. (2015). Саобразност дигиталног садржаја. *Право и привреда*. 7–9. 47–65

**Mihajlo Cvetković, LL.D**

Assistant Professor

Faculty of Law, University of Niš

## **CONTRACT ON USING COMPUTER RESOURCES OF ANOTHER**

### **Summary**

*Contractual relations involving the use of another's property are quite common. Yet, the use of computer resources of others over the Internet and legal transactions arising thereof certainly diverge from the traditional framework embodied in the special part of contract law dealing with this issue. Modern performance concepts (such as: infrastructure, software or platform as high-tech services) are highly unlikely to be described by the terminology derived from Roman law. The overwhelming novelty of high-tech services obscures the disadvantageous position of contracting parties. In most cases, service providers are global multinational companies which tend to secure their own unjustified privileges and gain by providing lengthy and intricate contracts, often comprising a number of legal documents. General terms and conditions in these service provision contracts are further complicated by the "service level agreement", rules of conduct and (non)confidentiality guarantees. Without giving the issue a second thought, users easily accept the pre-fabricated offer without reservations, unaware that such a pseudo-gratuitous contract actually conceals a highly lucrative and mutually binding agreement. The author examines the extent to which the legal provisions governing sale of goods and services, lease, loan and commodatum may apply to "cloud computing" contracts, and analyses the scope and advantages of contractual consumer protection, as a relatively new area in contract law. The termination of a service contract between the provider and the user features specific post-contractual obligations which are inherent to an online environment.*

**Key words:** contract, Internet, performance (*praestatio*), services, analogy, consumers, pseudo-gratuitous contracts, cloud computing.



**Др Марија Ђорић\***  
Научни сарадник,  
Институт за политичке студије у Београду

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

doi:10.5937/zrpfni1672201D

UDK: 329.055.1

Рад примљен: 17.02.2016.

Рад прихваћен: 24.04.2016.

## **ПРОБЛЕМ ДЕФИНИСАЊА САВРЕМЕНОГ ДЕСНИЧАРСКОГ ЕКСТРЕМИЗМА У ПОЛИТИЧКОЈ ТЕОРИЈИ\*\***

**Апстракт:** У раду се истражују теоријске контроверзе у вези са дефиниционим одређењем десничарског екстремизма. Како је екстремизам варијабилан, аморфан и недовољно истражен феномен који је условљен временом, простором, политичким, те културним разликама, тако је у пољу политичких наука настала једна велика конфузија у дефинисању десничарског екстремизма. Проблем истраживања десничарског екстремизма се додатно усложњава јер постоји низ назива који се у савременој литератури користе као његови синоними попут десног радикализма, неонацизма, неофашизма, ултрарадикализма итд. Отежавајућа околност у теоријском одређењу екстремне деснице је и то што се у многим како административним, тако и академским дефиницијама, не прави јасна дистинкција између екстремизма и сродних феномена попут тероризма, радикализма и популизма. У циљу што валиднијег теоријског одређења десничарског екстремизма, ауторка је подробно анализирала све компоненте које граде овај феномен и испитала њихов каузалитет.

**Кључне речи:** екстремизам, десница, десничарски екстремизам, политичка теорија, дефиниција екстремизма, насиље.

---

\* mara.djoric@yahoo.com

\*\* Рад је настао у оквиру научноистраживачког пројекта “Демократски и национални капацитети политичких институција Србије у процесу међународних интеграција” (евиденциони број 179009), финансираног од стране Министарства просвете и науке Републике Србије.

## 1. Одређење екстремизма

Да би се ваљано истражиле све теоријске контроверзе у вези са одређењем савремене екстремне деснице, потребно је најпре појаснити феномен екстремизма. У етимолошком смислу, екстремизам потиче из латинског језика (lat. *extremus*) и означава крајност у одређеним ставовима, идејама, вредностима или делању. Латински израз *ad extrema* указује на нешто што иде до крајњих граница, баш као што и екстремитети – ноге и руке, представљају завршетке, односно крај човековог тела. Ван те “границе” нашег бића се налази сфера непознатог која прави демаркациону линију раздвајања – “Ми” и “Они”.

Код људског бића постоји свест о сопственом постојању, народу или етничкој групи којој припада, простору на коме егзистира, али и свест о простору на коме се налазе други. Лични као и колективни простор егзистенције је омеђен границама до којих се пружа. Ван тих стварних или метафоричких граница се често осећамо несигурно, јер не познајемо довољно нови простор и не знамо какве нас опасности у њему све чекају. Аристотел је у “Физици” писао о страху од празног простора (*horror vacui*), *сматрајући да свака празнина има потребу да буде испуњена* (Аристотел, 2006). *У психолошком контексту би horror vacui могао да се односи на страх од самоће и потребу за припадањем. Човек је предодређен као *zoon politikon* да припада одређеном колективитету, па зато Аристотел у “Политици” тврди да ван граница пописа живе само богови и звери.*

Екстремизам се у друштву може оквалификовати као “понашање које је на граници дозвољеног, са тенденцијом да се назначена граница пређе” (Ђорић, 2014: 21.) Границе се у савременим политичким системима могу перципирати првенствено у виду закона али и у виду обичаја и норми, чијим нарушавањем улазимо у сферу екстремизма која је дисхармонична и стога непожељна у модерним демократијама. Проблем са границама је у томе што су оне променљиве и што је тешко наћи заједнички консензус око њиховог постојања. Пре свега, границе су временски омеђене. Оно што је некада била нормалност у друштву са становишта савремене демократије може бити оквалификовано као екстремна појава. На пример, у средњем веку је инквизиција користила мучење као основну методу испитивања, док се у 21. веку то може сматрати употребом екстремних средстава и метода.

Границе су условљене простором и културом датог простора, па тако данас у неким исламским државама жене које су силоване издржавају затворску казну јер су имале сексуалне односе пре брака<sup>1</sup>, а оне које су

---

1 Пример Авганистана.

прељубнице се каменују до смрти. За европско-хришћанску традицију овакав однос према женском полу се може сматрати нецивилизованим и екстремним. Није тешко закључити да оно што представља екстремизам за једну политичку културу, у другој се може сматрати нормалним, те је евидентно да је перципирање екстремизма условљено временом, простором и културолошким разликама.

У политичкој пракси се израз екстремизам злоупотребљава у великој мери, што још више отежава одређење овог феномена. Наиме, политичари често користе израз “екстремиста” како би дискредитовали политичке противнике. Док је у време Француске револуције аристократија називала екстремистима буржоазију, касније су исти назив представници радничке класе користили за грађанску класу. Проблем је у томе што се у политици екстремистима називају не само они који заиста користе насиље као *modus operandi*, већ и политички неистомишљеници који не припадају екстремној политичкој опцији.

Екстремизам се често поистовећује са сродним појавама, попут тероризма, и то је још један проблем у прецизном одређењу ове појаве. Однос екстремизма и тероризма је однос општег и посебног. Док је сваки тероризам у исто време и екстремизам, то не важи у обратном смислу речи, јер не мора сваки екстремизам водити нужно ка вишем степену политичког насиља, тј. тероризму.<sup>2</sup> И у погледу законског санкционисања, много је лакше инкриминисати тероризам у односу на екстремизам. У нашем Кривичном законнику постоји казна за дело тероризма, док се екстремизам и не спомиње, па самим тим и нема прописане казне за дело екстремизма. Додуше, постоје неки синоними у Законнику који би се могли сврстати под појам екстремизма (попут говора мржње, дискриминације и сл.), али код нас екстремизам још увек није инкриминисан под тим именом. Разлог зашто је то тако се може наћи управо у аморфности и варијабилности феномена екстремизма, која доводи до проблема његовог дефинисања, како у академској, тако и у административној сфери.

У науци постоје различити теоријски приступи у одређењу екстремизма. Имајући у виду да се екстремизам претежно базира на колективном идентитету, Симеуновић наводи како се “појединац утапа у свој изабрани колектив и служи му без обзира да ли је реч о нацији, верској групи или раси, па чак и фудбалској, или некој другој спортској навијачкој групацији” (Симеуновић, 2009:155), и додаје како се у основи сваког групног идентитета може пронаћи архаични, племенски идентитет који још увек није

---

<sup>2</sup> Дobar пример су расистички скинхедси који су типични представници екстремиста, али за које још увек не можемо рећи да су терористи.

цивилизацијски превазиђен. Симеуновићева дефиниција екстремизма гласи: „Екстремизам је комплексна друштвена појава заснована на пренаглашеним биолошким потребама самозаштите и ксенофобичној варијанти идентитетног механизма, које служе формирању и оправдању тешко дозвољивих ставова и агресивног понашања којима се, као непријатељска, угрожава нека расна, верска, етничка или друга група. Екстремизам одликују вигилантни формално-заштитни став према сопственој групи, који подразумева претерану ревност у изналажењу непријатеља и 'право' на нетрпељивост, мржњу и агресивност према правом или претпостављеном непријатељу, као и тенденција преузимања вођства у својој групи или скупини ради њеног мобилисања са намером систематског преласка граница друштвено дозвољеног понашања, а све у име очувања вредности, идентитета и перспективе своје групе“ (Симеуновић, 2009: 158). Из ове дефиниције јасно видимо да екстремизам углавном кореспондира са насиљем (а све у име “виших” циљева), што га чини непожељном и деструктивном појавом у друштву. Аморфне, комплексне и недовољно профилисане појаве попут екстремизма се могу објаснити само уз помоћ опширних дефиниција, као што је то случај са дефиницијом Драгана Симеуновића која садржи све потребне елементе да би се сматрала акуратном и научно валидном.

Екстремизму су својствени и међугрупни односи које је објаснио Шериф Музафер (Sherif Muzafer), успоставивши теорију реалистичних међугрупних конфликта. По овој теорији постоји непосредна веза између екстремизма и борбе за економске ресурсе. Недостатак ове теорије је што не може да објасни настанак спонтаног такмичења између група уколико не постоји сукоб интереса.

Теорија социјалног идентитета има супротно виђење екстремизма јер сматра да се овај феномен јавља када постоји пренаглашен вигилантизам код појединаца који штите колективни, тј. групни идентитет. Према овој теорији појединац се одлучује за екстремистички приступ у ситуацији када процени да је угрожен аксиолошки систем групе којој припада, те врло често користи насиље у одбрани колективног (и уједно индивидуалног) идентитета.<sup>3</sup>

Приликом покушаја да научно одредимо феномен екстремизма примећујемо његову комплексност, недореченост и варијабилност, што отежава научно објективно истраживање. У том погледу је и веома захтевно елаборирати појам десничарског екстремизма (који се може оквалитиковати као

---

<sup>3</sup> Видети више о томе у: Tajfel, Henri, *Social identity and intergroup relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

врста идеолошки фундираног екстремизма), који често претендује да под “маском демократије” прикрије своју спремност на употребу насиља.

## 2. Проблеми приликом изучавања десничарског екстремизма

Десничарски екстремизам или екстремна десница има низ синонима у савременој политичкој теорији: неонацизам, неофашизам, десни популизам, десни радикализам, утра-радикализам, ултра-десница итд. Многи од њих су невалидни, попут десног радикализма, јер се радикализам и екстремизам не могу у потпуности изједначити, што су врло експлицитно у својим истраживањима нагласили Уве Бакес (*Uwe Backes*) и Ерхард Јесе (*Erhard Jesse*).<sup>4</sup>

Савремена екстремна десница представља конгломерат различитих, често противуречних идеологија, чиме се отежава њено дефинисање. Док са једне стране екстремна десница у модерном друштву прихвата неке од традиционалних вредности нацизма и фашизма, са друге стране се залаже за квазидемократију, правдајући своје виолентне акције “одбраном демократије” и “угрожених група”. Конфузију у профилисању екстремне деснице још више усложњава њено прихватање неких типично левичарских идеја, попут социјалне правде, револуције и сл.

У енглеском језику се за десничарски екстремизам користи сложеница *Right-wing extremism* (ређе *far right*), док се у немачкој литератури среће назив *Rechtsextremismus*. Примећује се да се у оба језика десница доводи у везу са правом, чиме се не само на етимолошки начин, већ и симболички, објашњава спремност десничара да уобличи поредак гвозденом дисциплином, поштујући државни ауторитет и правни поредак, који је углавном тоталитаристичког типа. У нашем језику је израз “десница рука” одраз поузданости и сигурности, док се чак и у хришћанству десна страна сматра узвишенијом у односу на леву, јер се десно од Бога налази Исус, док је лева страна резервисана за Нечастивог (Бидерман, 2004:67).

Екстремна десница је своју кулминацију доживела у време Другог светског рата захваљујући нацизму и фашизму. Међутим, много раније пре Другог светског рата, екстремна десница је добила своје бестијално обличје захваљујући Кју клукс клану у САД, када су у име хришћанске религије

---

4 Видети више о томе у следећим радовима: Backes, Uwe, *Politische Extreme: eine Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis in die Gegenwart*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2006. Backes Uwe, Jesse Eckhard, *Gefährdungen der Freiheit: extremistische Ideologien im Vergleich*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2006.

(протестантизма), белци на америчком Југу спроводили стравичне злочине над Афроамериканцима.

Расадници екстремно деничарске идеологије су расне теорије које су на ирационалан начин указивале на наводну супериорност једних раса или нација у односу на друге, чиме се оправдавала дискриминација и употреба политичког насиља.<sup>5</sup> Неретко су се вулгаризовале одређене теорије које нису ни на који начин подржавале расизам, дискриминацију и “доминацију” појединих раса. Добар пример ове злоупотребе је Дарвинова теорија борбе за опстанак која је до те мере била симплификована од стране нациста да су њоме оправдавали убијање “нижих” раса, како би аријевска раса доминирала. Без обзира што Дарвинова „борба за опстанак” имплицира и појаву агресије између истих, па и различитих врста до уништења, треба нагласити да је ова парадигма употребљена у једном ширем контексту, указујући на међузависност живих бића, која укључује не само пуку егзистенцију јединке, већ и способност продужетка врсте: „С правом се може рећи да се два припадника породице паса у времену оскудице боре међу собом за храну и одржање живота. Али се може рећи и да се нека биљка на граници пустиње бори против суше за опстанак” (Дарвин, 2009: 83).

Завршетком Другог светског рата екстремној десници је задат одлучујући ударац, али само привремено, јер екстремизам десничарске идеолошке провенијенције показује способност регенерације. Навикао да буја у периодима великих историјских и друштвенополитичких криза, десничарски екстремизам се веома успешно ревитализовао 90-их година 20. века завршетком Хладног рата и стварањем партијског плурализма у земљама Источног блока. Тада ће се на политичкој сцени јавити многобројни варијетети деснице, међу којима ће се наћи места и за десничарске екстремисте. Осим тога, глобализација је у новије доба са својим идејама денационализације и десуверенизације само подстакла вигилантистички настројене екстремне десничаре који су спремни да бране по сваку цену нацију, државу и групу којој припадају.

### 3. Дефинисање екстремне деснице

Хетерогеност екстремне деснице је у великој мери отежавала њено теоријско изучавање, што се види на примеру дефиниција. Пре свега, многи теоретичари одређујући десничарски екстремизам користе веома кратке

---

5 Нпр. теорије Гобиноа, Чемберлена и сл. Видети више о томе у: De Gobineau, Arthur, *The inequality of human races*, Fertig, New York, 1999; Chamberlain, Houston Stewart, *Foundations of the nineteenth century. Vol. 1*, Elibron Classics, cop. [S.l.], 2005;

дефиниције, што не кореспондира са овако сложеним феноменом, и не приказује га на научно валидан начин. Осим тога, треба водити рачуна да се друштвенополитички феномени морају посматрати у времену и простору појављивања, па се тако екстремна десница из Другог светског рата не може упоредити са екстремном десницом у периоду глобализације. Следећи проблем је поистовећивање екстремне деснице са сродним појавама попут радикализма, тероризма, популизма и сл., чиме се само замагљује истина.

Многи теоретичари одређују екстремну десницу искључиво у компарацији са екстремном левицом. Тед Гар (*Ted Gurr*) чак користи исти назив за екстремне левичаре и десничаре, називајући их "дисидентским екстремистима" (Purpura, 2006: 18). Ленски (Gerhard E. Lenski) је пак дошао до закључка како су људи на вишем степену образовања склонији левичарском екстремизму, док они мање образованији, нагињу екстремизму деснице, што не можемо сматрати исправном тврдњом (Lenski, 1954: 405–413).

Гус Мартин (Thomas Augustine "Gus" Martin) наводи како је Француска револуција предиспонирала настанак екстремне деснице која је представљала „реакцију против доминантних система вредности и која се поставља супериорно у односу на постојеће друштво са нагласком своје изузетности“ (Purpura, 2006: 18). Француска револуција је колевка левике и деснице јер се тада први пут свет политике поделио на овај бинарни идеолошки систем, па се самим тим и може сматрати колевком њихових екстремних форми.

По Хартману десни екстремизам је „уопштен назив за оне снаге које су противници друштвеног прогреса“ (Mudde, 2000:10), док његово мишљење дели и Волтер Лакер (*Walter Laqueur*), који је тврдио да је левица прогресивнија у односу на десницу (Laqueur, 2002: 58). Сматрамо да су оваква закључивања неоснована и једнострана, из простог разлога што није свака левичарска варијанта нужно прогресивна, као што није ни свака десница искључиво регресивна. Добар пример за то је левичарска терористичка група Бадер-Мајнхоф (Baader-Meinhof), која је 70-их година 20. века била одговорна за велики број терористичких напада, чиме је уназадила у сваком смислу речи немачко друштво. Са друге стране, снаге неоконзервативизма су 80-их година донеле велики просперитет Великој Британији.

Вилхелм Хајтмајер (Wilhelm Heitmeyer) издваја две групе дефиниција које се баве одређењем екстремне деснице. Првој групи припадају тзв. политичко-институционалне дефиниције које у насиљу екстремних

десничара виде рушење постојећих инситуција (државе, парламента и сл.). Другу групу дефиниција чине тзв. друштвене дефиниције, које основу десничарског екстремизма виде у тоталитаризму, национализму и расизму (Heitmeyer, Hagan, 2003: 400). Највећи проблем са десничарски финансираним екстремизмом по Хајтмајеру је то што је погубан по либерално друштво и што девастира демократију. Видећи у екстремној десници преобладајуће групно понашање, Хајтмајер је издвојио седам таквих облика екстремне деснице, који користе насиље:

1. Омладинци у ганговима
2. Насиље супкултуре (нпр. скинхедс групе)
3. Партије (циљ им је улазак у парламент и освајање власти)
4. Религијске групе (у питању је религијски мотивисан екстремизам који се базира на насиљу и који инсистира на дискриминацији „неверника“)
5. Кју клукс клан (као једна од најстаријих и највиолентнијих екстремистичких група)
6. Десничарски терористи (имају често тесну везу са државним органима власти)
7. Екстремно десничарски сукоби великих сразмера (јављају се услед великих друштвених криза).

Многи истраживачи су покушали да квантитативно одреде елементе дефиниције екстремне деснице, те тако Кас Мјуд (Cas Mudde) закључује да постоји 58 различитих идеолошких елемената у оквиру 26 дефиниција десничарског екстремизма (Klandermans, Mayer, 2005: 4). Већ из ове информације видимо колико је феномен екстремне деснице разуђеног и хетерогеног карактера. Кас Мјуд у свом опсежном пројекту наводи како екстремна десница добија на замаху после Другог светског рата комбинујући антикомунизам, хришћански фундаментализам, национализам и ксенофобију (Mudde, 2000:13). На примеру Кас Мјуд видимо да је незахвално примењивати позитивистички приступ у друштвеним наукама, јер се код одређених појава, какав је и екстремизам, не може све квантификовати као у природним наукама.

Јирген Фалтер (Jürgen Falter) и Зигфрид Шуман (Siegfried Schumann) су применили еклектички приступ у стварању дефиниције екстремне деснице, те су спојили 10 идеолошких одредница: „хиперационализам, етноцентризам, антикомунизам, антипарламентаризам, антиплурализам, милитаризам, закон и ред, потреба за јаким политичким лидером, анти-американизам и културни песимизам“ (Klandermans, Mayer, 2005: 4).



Објаснићемо сваки од наведених елемената како бисмо разумели суштину десничарског екстремизма.

Уколико кренемо од анализе хипернационализма видећемо да се феномен национализма различито перципирао у различитим временима. У 19. веку је национализам био основа уједињења Немачке и Италије, да би рецимо, у доба грађанског рата на простору СФРЈ 90-их година 20. века добио потпуно другачије, тј. негативно обележје. Хипернационализам је појава која указује на пренаглашену димензију националних осећања, која недвосмислено воде у екстремизам. Готово по правилу, хипернационализам се данас јавља у оним земљама које су више деценија биле затворене унутар комунистичких идеолошких система у којима је стваран привид “братства и јединства”.

Заједно са хипернационализмом често иде и етноцентризам који указује на превелику окренутост нације себи, што може водити у колективни нарцизам. Имајући у виду да “нови светски поредак” инсистира на денационализацији, десуверенизацији и универзализацији, екстремни десничари се још више окрећу групи којој припадају из страха да не изгубе свој етнички идентитет, што указује на њихову вигилантистичку димензију.

Иако је распадом Источног блока дошло и до краха комунистичке идеологије, екстремни десничари и даље виде у комунистима једну од највећих идеолошких опасности. Са светском економском кризом која је покренула лавину незадовољних и обесправљених радника, долази до јачања левичарских идеја које су антипод екстремно десничарском систему вредности. Суштински спор је у крупном капиталу који је одувек био моторно гориво екстремне деснице, док је пак од стране левичарских кругова био сматран средством експлоататора.

Антипарламентаризам је следећи конститутивни елемент десничарског екстремизма. Како је насиље основни метод деловања екстремне деснице, сасвим је логично да ће екстремни десничари бити против парламентарних средстава борбе који су *differentia specifica* демократских политичких система. Заједно са антипарламентаризмом иде антиплурализам као карактеристика тоталитарних система који су плодно тле за клијање екстремне деснице.

Да би показала своју снагу и моћ, екстремна десница нагиње милитаризму који је свој “крешендо” доживео током Другог светског рата у виду нацизма и фашизма. И данас се код екстремних десничара осећа “жал” за овим прошлим временима у којима је постојао један вођа, једна партија и једна идеологија за коју се жртвовало све. У циљу промовисања политичке моћи,

екстремни десничари организују многобројне парамилитарне кампове у којима обучавају будуће генерације екстремних десничара, спроводећи над њима различите методе индоктринације.

Један тоталитарни систем коме нагињу екстремни десничари не може да функционише без ауторитарног вође, који по правилу има изражајну харизму. Изучавајући харизму, Вебер јој је приписивао “божанска својства”, док Симеуновић сматра да масу привлаче харизматични лидери јер се идентификују са њим и на тај начин се приближавају нечем “узвишеном, натприродном, па чак и самом Богу” (Симеуновић, 2009: 149). Насупрот тоталитарним системима, демократска друштва имају отклона према “јаким вођама”, јер превелика количина власти у једним рукама врло лако води њеном кварењу.<sup>6</sup>

Фалтер и Шуман су навели и антиамериканизам као суштинско својство екстремне деснице, са чиме се не можемо у потпуности сложити. Наиме, антиамериканизам је присутан код антиглобалиста, као и код оних екстремиста који делују ван територије САД, али америчка екстремна десница на пример, нема ову компоненту – напротив, она здушно подржава “американизацију света” и фаворизује патриотизам. Због свега тога Кети Маркс (Kathy Marks) одређује десничарски екстремизам посматрано из угла америчке перспективе: „Десничарски екстремисти су индивидуе или групе који прете да ће извршити или извршавају криминалне акте, узнемиравају или застрашују друге индивидуе, групе или припаднике државне управе због њиховог расно-етничког порекла или позиције у владиним структурама САД“ (Marks, 1996: 16).

На крају еkleктичке дефиниције Фалтера и Шумана проналазимо културни песимизам као значајни сегмент екстремне деснице. Културни песимизам укључује негативан однос према другим тзв. “нижим” културама, а глорификацију сопствене, која је по правилу “супериорна”. Овакав дискриминаторски став који води у општу сегрегацију се посебно може приметити код организације “Крв и част” (*Blood and Honour*), која делује широм света захваљујући интернет мрежи. Добар пример су и белци који живе у Јужноафричкој Републици који су још 1918. године основали расистичко удружење *Братство* (Broederbond). Ово удружење је имало за циљ спровођење супремације беле расе и “заштиту” белачке културе, а колико је било важно видимо по томе што је сваки министар белац морао да прође кроз његово чланство.

Десни екстремизам показује своју аморфност не само када су у питању елементи који граде његову идеолошку основу, већ и када је реч о његовом

---

6 Симеуновић, 2002: 167.

називу. Често се (неправилно) као синоним за десни екстремизам узима израз *десни радикализам*. То је посебно видљиво у истраживањима која су радили Ото и Мертен (Hans-Uwe Otto и Roland Merten). Они сматрају да се “десно радикалним могу назвати само ставови и радње којима се прихвата насиље као начелно легитимно средство за постизање десно екстремистичких циљева” (Otto, Merten, 1993: 19). Прва грешка ових теоретичара је то што посетовећују израз радикално и екстремно. Док је радикално нешто што указује на корените промене (lat. radix – корен), екстремно подразумева одређене крајности непопустљивости или преглашености у одређеном ставу или деловању, о чему говори и етимологија самих речи. Друга грешка ових истраживача је у томе што насиље не мора увек и нужно представљати метод деловања екстремиста, као и то да циљеви не морају увек бити екстремистички (Ђорић, 2014: 38). То добро објашњава Симеуновић наводећи да постоје три врсте екстремизама (Симеуновић, 2009: 156):

1. Када се користе екстремне методе и средства за спровођење неекстремних циљева.
2. Када се користе неекстремне методе и средства за спровођење екстремних циљева.
3. Када се користе екстремне методе и средства за спровођење екстремних циљева.

Ова трећа врста екстремизма је најопаснија јер поседује доминантан виолентни капацитет који се манифестује у екстремним методима и средствима.

Додатни проблем у одређењу екстремне деснице представља и простор њеног деловања. У америчкој литератури се, на пример, прави значајна разлика између екстремиста и умерених конзервативаца на основу капацитета насиља, што није уобичајено у европској литератури.<sup>7</sup> Овакву тезу заступа Мартин Дарам (Martin Durham) који сматра да су екстремисти посебно опасни јер су против неолиберализма и слободне економије (Durham, 2000: 34).

У конгломерату најразноврснијих дефиниција о екстремној десници треба разликовати *административне* и *академске* дефиниције. Док је прва врста дефиниција настала као резултат деловања међународних организација и државних институција, академске дефиниције су производ

---

<sup>7</sup> Према овом схватању конзервативци иако припадају десничарској идеологији не користе насиље као основни метод деловања, што је рецимо случај са екстремним десничарима.

научноистраживачког рада. Оне се разликују не само по форми, већ и по консенквенцама које производе у друштву (Симеуновић, 2009: 33–45).

Десничарски екстремизам је био предмет изучавања Липсета, Адорна (Theodor W. Adorno), Хане Арент, Карла Ловенштајна (Karl Loewenstein) и др. Од савремених теоретичара њиме се баве Кас Мјуд, Џонатан Вајт (Jonathan White), Волтер Лакер, док су посебно значајна истраживања која спроводе Уве Бакес и Екхард Јесе. Екстремна десница је постала значајна тема у Србији, поготово након распада СФРЈ, што се експлицитно види у радовима Драгана Симеуновића, Жарка Требјешанина, Тодора Куљића и др.

Може се закључити да су у истраживању екстремне деснице плодотворније резултате дали научници, за разлику од институција и међународних организација, те су за сада и академске дефиниције поузданије и валидније. У административној сфери се први пут појам десничарског екстремизма етаблирао 1972. године када су шефови влада немачких покрајина донели уредбу о *Чланству чиновника у екстремним организацијама* (Велички, 2010: 72). Од великог значаја је што се од тог момента појам радикализма више не употребљава као синоним екстремизма, јер се сматра да је реч о два различитим појавама.

Имајући у виду све потешкоће у научном профилисању екстремизма, његову сложеност и варијабилност у зависности од времена, простора појављивања и констелације друштвенополитичких елемената, дошли смо до следеће академске дефиниције десничарски фундираног екстремизма која одговара савременом друштву:

“Десничарски екстремизам је понашање и мишљење на граници дозвољеног са тенденцијом да се та граница пређе, својствено покретима, групама и организацијама (ређе појединцима) које се служе наци-фашистичким средствима и методима у остваривању ‘великих’ циљева. У зависности од врсте колективитета којем припадају, десничари се боре за супремацију неке групе, нације, расе или религије, ниподаштавајући све оно што се разликује од њиховог система вредности” (Ђорић, 2014: 134–135).

Чињеница је да ће се и ова дефиниција мењати оним темпом којим се буде трансформисао десничарски екстремизам. Проблем код друштвених феномена какав је десничарски екстремизам је то што су они динамичког карактера и што се морају посматрати у временском, друштвенополитичком и просторном контексту, како би се могли анализирати на научно објективан начин. Сматрамо да ће миграције са простора блискоисточних ратишта на европски континент у великој мери погодовати развоју екстремне деснице, јер ће побудити њен вигилантистички потенцијал,

тако да ће у будућности од великог значаја бити испитивање каузалитета између миграција и екстремне деснице.

Оно што је евидентно јесте да екстремизам сваке врсте, укључујући и екстремну десницу, руинира демократски политички поредак јер води нестабилности и аномији. Због свега тога треба усвојити јединствену дефиницију екстремне деснице, како би се она на време могла препознати и ставити под контролу надлежних државних органа. Нажалост, процес усвајања општеприхваћене дефиниције у науци тече споро, пре свега због двоструких међународних стандарда који су својствени политици као пракси.

### Литература

Аристотел, (2006). *Физика*. Београд: Paideia

Backes, U. Jesse, E. (2006). *Gefährdungen der Freiheit : extremistische Ideologien im Vergleich*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht

Backes, U. (2006). *Politische Extreme: eine Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis in die Gegenwart*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht

Бидерман, Х. (2004). *Речник симбола*. Београд: Плато

Велички, Д. (2010). Десни екстремизам, радикализам и европска Нова десница. *Политичка мисао*. 2. 72.

Дарвин, Ч. (2009). *Постанак врста путем природног одабирања или очување повлашћених раса у борби за живот*. Нови Сад: Академска књига

De Gobineau, A. (1999). *The inequality of human races*. New York: Fertig

Durham, M. (2000). *The Christian right, the far right and the boundaries of American conservatism*. Manchester: Manchester Univ. Pres

Ђорић, М. (2014). *Екстремна десница: међународни аспекти десничарског екстремизма*. Београд: Наука и друштво Србије

Klandermans, B. Mayer, N. (2005). *Extreme Right Activists in Europe*. London and New York: Routledge

Laqueur, W. (2002). *A history of terrorism*, New Brunswick: Transaction Publishers

Lenski, G. (1954). Status Crystallization: A Non-Vertical Dimension of Social Status. *American Sociological Review*, 19. 405–413.

Marks, K. (1996). *Faces of right wing extremism*. Boston: Branden

Mudde, C. (2000). *The Ideology of Extreme Right*. Manchester: Manchester University Press

Purpura, P. (2006). *Terrorism and Homeland Security: An Introduction with Applications*. Boston: Butterworth-Heinemann

Симеуновић, Д. (2009). *Тероризам* (друго издање). Београд: Правни факултет

Симеуновић, Д. (2009). *Увод у политичку теорију*. Београд: Институт за политичке студије

Симеуновић, Д. (2002). *Теорија политике*. Београд: Удружење Наука и друштво Србије

Tajfel, H. (2010). *Social identity and intergroup relations*. Cambridge: Cambridge University Press

Chamberlain Houston, S. (2005). *Foundations of the nineteenth century. Vol. 1*, [S.l.]: Elibron Classics

Wilhelm Hagan, J. (2003). *International handbook of violence research*, Dordrecht, Boston: Kluwer Academic Publishers

**Marija Đorić, PhD**

*Research Associate,*

*Institute for Political Studies, Belgrade*

### **THE PROBLEM OF DEFINING CONTEMPORARY RIGHT-WING EXTREMISM IN POLITICAL THEORY**

#### **Summary**

*The subject matter of research in this paper is theoretical controversy related to the definition of right-wing extremism. Given the fact that extremism is a variable, amorphous and insufficiently researched phenomenon, largely conditioned by time, space, political and cultural differences, there is a great confusion in the field of political science when defining right-wing extremism. The problem of researching right-wing extremism is additionally complicated by various terms that are being used in the contemporary literature as its synonyms, such as right-wing radicalism, neo-Fascism, ultra-radicalism, etc. In order to provide the most valid theoretical determination of right-wing extremism, the author provides a detailed analysis of all the components constituting this phenomenon and examines their causality.*

*In the political praxis, the term extremism is extensively abused, which additionally complicates its determination. Videlicet, politicians often use term "extremist" in order to discredit their political opponents. While during the French revolution aristocracy saw the bourgeoisie as extremists, the members of the working class later stated that the bourgeoisie were extremists. The problem lies in the fact that, in politics, extremists are not only the ones who use violence as modus operandi; indeed, it is also used by political opponents who do not belong to the extreme political option.*

*Another aggravating factor in defining right-wing extremism is that many administrative and academic definitions do not make a clear distinction between extremism and related phenomena, such as terrorism, radicalism and populism. Extremism is most often equaled with terrorism, which gives rise to another problem in defining this phenomenon. The relation between extremism and terrorism is the relation of general and specific. Namely, every act of terrorism is concurrently considered to be an act of extremism, but not vice versa, given the fact that every act of extremism does not lead towards a higher level of political violence (i.e. towards terrorism). Even in the terms of legal sanctioning, it is much easier to incriminate terrorism in comparison to extremism. The Serbian criminal legislation envisages relevant punishment for committing an act of terrorism, without even mentioning extremism, which implies that there is no penalty prescribed for committing an act of extremism. Despite numerous academic and administrative definitions on the concept of extremism, there is still a lack of a balanced approach to defining right-wing extremism, which is also largely conditioned by political definitions. The most prominent problem in addressing the social phenomena such as right-wing extremism lies in the fact that these social phenomena are dynamic and, in order to be analysed in a scientifically objective manner, they must be examined in the specific temporal, spatial and socio-political context.*

**Key words:** *extremism, right-wing extremism, political theory, definition of extremism, violence.*





**Др Страхинџа Д. Миљковић,**  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Приштини са привременим  
седиштем у Косовској Митровици

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

doi:10.5937/zrpfni1672217M

UDK: 339.187.44

Рад примљен: 10.07.2015.

Рад прихваћен: 25.02.2016.

## **О ВРСТАМА ФРАНШИЗНИХ НАКНАДА**

**Апстракт:** Потребa капитала за освајањем нових тржишта кроз минимална инвестициона улагања може се остварити путем франшизинга као специфичног инвестиционог метода уговорног пословања. Употреба успешног метода пословања, смањени инвестициони ризици и самосталност у пословању су једни од опредељујућих разлога приступања франшизинг network-у од стране потенцијалног примаоца франшизе. Користећи се бенефитима које му омогућава пословање у развијеној и тржишно препознатљивој франшизинг мрежи, прималац франшизе има одређене уговорне финансијске обавезе према даваоцу франшизе. Прималац франшизе приликом закључења и током трајања уговорног односа даваоцу франшизе плаћа: 1) иницијалну франшизну накнаду (initial franchise fee); 2) континуалну франшизну накнаду (continuing franchise fee) и 3) адвертајзинг накнаду (advertising fee). У раду посебан акценат се ставља на обрачун тј. методологију обрачуна висине иницијалне и континуалне франшизне накнаде. Приликом обрачуна висине континуалне франшизне накнаде користи се метод „процента бруто прихода“ којим се утврђује висина франшизне накнаде познатија као „royalty fee“. Одређивањем шта је royalty fee долази се до закључка да то није једини облик франшизне накнаде, већ да је у питању један од најефикаснијих метода обрачуна висине континуалне франшизне накнаде. Посебна пажња се посвећује и адвертајзинг накнади (рекламна накнада), а то из разлога јер она приликом обрачуна може представљати део континуалне франшизне накнаде (за примаоца франшизе од значаја да се утврди њена висина и проценат од континуалне франшизне накнаде).

**Кључне речи:** уговор о франшизингу, франшиза, давалац франшизе, прималац франшизе, иницијална франшизна накнада, континуална франшизна накнада, адвертајзинг накнада.

## 1. Увод

Франшизинг као метод уговорне кооперације омогућава даваоцу франшизе (*franchisor*) да уступањем франшизе (*franchise*)<sup>1</sup> и минималним инвестиционим улагањима уђе на циљано тржиште и на тај начин прошири своје пословање. Користећи се франшизингом као инвестиционим методом ширења пословања на циљаном тржишту давалац франшизе користи ресурсе примаоца франшизе (*franchisee*),<sup>2</sup> и то: а) финансијске; б) персоналне и в) познавање тржишних правила (правних норматива) циљаног тржишта. Користећи се ресурсима примаоца франшизе, давалац франшизе остварује: а) минимизирање инвестиционих трошкова и б) постојање минималних инвестиционих ризика.

Економску срж уговора о франшизингу (*franchising agreement*), без обзира на појавну форму, чине три основна финансијска аспекта и то: а) цена уласка примаоца франшизе у франшизинг мрежу (*franchising network*) и успостављање пословања; б) континуални трошак чланства у франшизинг мрежи (*franchising network*) и снабдевања даваоцем робом и/или услугама и в) споразум/и о реклами које склапа франшизинг мрежа (Mendelsohn, 2004: 91). Прималац франшизе приликом закључења и током трајања уговорног односа даваоцу франшизе плаћа накнаду,<sup>3</sup> и то: 1) иницијалну накнаду (*initial franchise fee*); 2) континуалну накнаду (*continuing franchise fee*) и 3) адвертајзинг накнаду (*advertising fee*).

## 2. Иницијална и континуална франшизна накнада

### 2.1. Иницијална франшизна накнада (*initial franchise fee*)

Иницијална франшизна накнада је накнада коју прималац франшизе даваоцу франшизе плаћа у тренутку закључења уговора и она не представља ништа друго до „цену – приступницу“ уласка у франшизинг

1 Под појмом „франшиза“ се подразумева укупност елемената (права, услуге и методи пословања) које давалац франшизе уступа примаоцу франшизе као целину на основу уговора о франшизингу.

2 Аутор се опредељује за термин „прималац франшизе“, а не за термин „корисник франшизе“ из разлога што се као „корисник“ јавља крајњи корисник услуга или потрошач производа чија су права једносмерна. За разлику од корисника, „прималац франшизе“ је лице које се с једне стране налази у правном односу према даваоцу франшизе, док се с друге стране налази и у правном односу према кориснику услуга – крајњем потрошачу.

3 „Корисник франшизе је дужан да даваоцу франшизе плаћа накнаду за коришћење пренетих права, овлашћења, метода пословања, *know-how*, као и за извршене услуге даваоца франшизе у време и на начин како је то одређено уговором о франшизингу“ – члан 1282, Нацрт Грађанског законика 2015, Република Србија.

мрежу (*franchising network*). Иницијална накнада је једнократна накнада; плаћа се по отпочињању уговорног односа и она не представља главни тј. континуирани извор прихода даваоца франшизе током трајања уговорног односа.

Од свих типова накнада, међу компанијама даваоцима франшиза, иницијална накнада највише варира, може се кретати од неколико хиљада до преко 100.000 америчких долара, а све у зависности од индустрије у којој послује франшиза.<sup>4</sup> Ипак, пракса је показала да се најчешће приступа закључењу оних уговора где просечна иницијална франшизна накнада износи између 20.000 и 35.000 \$ (Seid, Thomas, 2007: 23).

### 2.1.1. Одређивање висине иницијалне франшизне накнаде

У економијама које имају традицију франшизинг пословања<sup>5</sup> заступљена су два супротстављена становишта о одређивању висине иницијалне накнаде. Према првом становишту, даваоцу франшизе је у интересу да одреди што нижи износ иницијалне франшизне накнаде и поред тога што њом не би били обухваћени сви реални трошкови даваоца франшизе. Ово становиште своје оправдање налази у томе да франшизинг пословање које се жели ширити постаје интересантније за потенцијалне примаоце франшизе, а такође одређивањем нижег износа иницијалне франшизне накнаде давалац франшизе излази у сусрет примаоцу франшизе да уз смањене трошкове оснује самосталну франшизинг јединицу. По другом, супротстављеном становишту, акценат се ставља на то да давалац

---

4 У случају *Dunkin' Donuts* захтева се иницијална франшизна накнада у износу од 40.000 до 90.000\$ када је у питању пословна јединица у оквиру тржног центра или самостална, док се за пословну јединицу која се налази у оквиру бензинске станице или маркета захтева износ од 20.000 до 45.000\$, доступно на: <http://www.franchisedirect.com/foodfranchises/dunkin-donuts-franchise-07676/ufoc/>. (датум приступа: јануар 2016).

5 Услужни сектор у Француској је у току 2010. године чинио преко 60 одсто укупног промета франшизе. Према подацима Federation Francaise de la franchise (FFF) у 2012. години, број франшизинг мрежа је 1.658, са укупним бројем запослених од 323.497 и оствареним прометом од 50,68 милијарди евра, а 2013. године број франшизинг мрежа је 1.719, са укупним бројем запослених од 308.993 и оствареним прометом од 47,4 милијарди евра, док је 2014. године број франшизинг мрежа 1.796, са укупним бројем запослених од 335.271 и оствареним прометом од 51,45 милијарди евра, доступно на: <http://www.franchise-fff.com/franchise/chiffres-cles/les-chiffres-cles-en-france.html> (датум приступа: децембар 2015); У току 2012. године у Немачкој је по основу франшизинг пословања остварен промет у обиму од 61,2 милијарди евра, а у око 72.700 независних франшизи запослено је скоро 546.000 људи. Прогнозе су да ће током 2015. године франшизинг индустрија генерисати промет од око 70 милијарди евра, доступно на: <http://www.gtai.de/GTAI/Navigation/EN/Invest/Industries/Consumer-industries/franchising.html> (датум приступа: новембар 2015).

франшизе потенцијалном примаоцу франшизе треба у пуном износу да наплати иницијалну франшизну накнаду која би обухватала све факторе трошкова<sup>6</sup> и маржу.

У ком ће се обиму примаоцу франшизе наплатити иницијална накнада зависи и од степена развијености пословања даваоца франшизе. У почетним фазама давалац франшизе који још није у пуном обиму развио пословање, а који се налази у фази експанзије, није у могућности да наплаћује иницијалну накнаду у пуном обиму. Висина иницијалне накнаде<sup>7</sup> даваоца франшизе који се налази у фази експанзије често не покрива иницијалне трошкове оснивања.<sup>8</sup> На том и таквом степену развоја даваоцу франшизе је у интересу да има што више примаоца франшизе који ће доносити приходе, а у жељи да своју франшизу учини примамљивијом за потенцијалне инвеститоре. Водећи се пословним интересима, висина иницијалне накнаде која се одређује од стране даваоца франшизе често се формира на ниском нивоу – у просеку је то 10 одсто од укупне суме *start-up* инвестиције која је примаоцу франшизе потребна за започињање пословања – а не би ли сачували и сопствени капацитет за успешно пословање. Треба истаћи да овај однос може да падне чак испод 10 одсто за системе који захтевају високе капиталне издатке примаоца франшизе. Опет, често је тај проценат и већи, посебно у случају франшизних система који не захтевају велике инвестиције прималаца франшизе.<sup>9</sup>

Одређивање износа иницијалне франшизне накнаде у нижем износу не представља ексклузивно право даваоца франшизе који се налази у фази експанзије, већ овом методу често прибегава и давалац франшизе који има развијено пословање и препознатљив тржишни бренд. Разлог зашто давалац франшизе то ради не може се наћи у његовој недовољној

---

6 На укупне трошкове утицаја имају фактори: регрутовања, процењивања, обуке и утврђивања примаоца франшизе у пословању, с тим да оно укључују правне и рачуноводствене таксе и таксе за проналажење положаја.

7 На висину иницијалне накнаде, а која је најчешће пропорционално сразмерна препознатљивости бренда дате франшизе, утиче мноштво фактора, а неки од њих су: 1) обим и врста иницијалне подршке примаоцу франшизе; 2) износ који конкуренција наплаћује за исту накнаду; 3) вредност бренда; 4) дужина трајања уговора; 5) врста и тип пословне јединице; 6) величина географског подручја на коме ће пословати франшизинг јединица итд.

8 Иницијални трошкови оснивања могу се односити на: 1) успостављања иницијалног система пословања (нпр. израда интернет презентације, укључивање у франшизну мрежу, одабир локације итд.); 2) трошкови обуке; 3) трошкови преговарања и селекције примаоца франшизе.

9 Доступно на: <http://franchising.rs/abc-fransiza/66/fransizni-paket/>. (датум приступа: јануар 2016).

развијености франшизинг пословања, већ да би примаоцу франшизе омогућио да у потпуности развије пословање које остварује позитивне економске ефекте, а за које је потребан временски период од три до пет година (*break point*).<sup>10</sup> Временски период од три до пет године (*break point*) реалан је у пословној пракси и не постоји могућност да га давалац франшизе скрати на начин што ће наплаћивати виши износ иницијалне накнаде. Ипак, у околностима када давалац франшизе сматра да може да скрати временски период који је потребан да би се достигла преломна тачка (да наплаћује високе иницијалне накнаде на франшизу), неопходно је да оствари што већи повраћај од операција примаоца франшизе како би могао да правда трошкове (Mendelsohn, 2005: 135).

На формирање иницијалне франшизне накнаде такође утиче и степен тржишне препознатљивости франшизинг мреже. Степен тржишне препознатљивости мреже, вредност њеног назива, *image*-а и чланства у њој представљају факторе који се узимају у обзир приликом формирања иницијалне накнаде. Већа вредност франшизинг мреже на тржишту неминовно имплицира и већи успех потенцијалног члана мреже, а самим тим и већу иницијалну накнаду.

Поред фактора трошкова и марже и степена тржишне препознатљивости франшизинг мреже, као трећи фактор који утиче на формирање висине иницијалне накнаде јавља се и франшизни пакет (*franchise packege*).<sup>11</sup> Од значаја за формирање иницијалне франшизне накнаде је и начин на који је давалац франшизе структурирао франшизни пакет (Mendelsohn, 2005: 134).

Висина износа иницијалне франшизне накнаде коју прималац франшизе треба да исплати даваоцу франшизе приликом приступања уговору увек мора бити прецизно наведена и изражена у форми пуне накнаде за франшизу (Adams, Hickey, Jones, 2006:245). Иницијална франшизна накнада не може бити неодређена, тј. да се касније у току извршења уговора од стране даваоца франшизе накнадно одређује њена висина. Приликом

---

10 Преломна тачка – *break point* се односи на период пословања у којем прималац франшизе по протеклу три до пет година почиње да остварује приходе који су на годишњем нивоу већи од расхода.

11 Под франшизним пакетом права подразумевају се: право коришћења заштитног имена даваоца франшизе за производ или услуге, *know-how*, пословни и технолошки методи, процедурални систем и друга права на производно и интелектуално власништво – „...trade name, and/or trade mark and/or srvice mark, know-how, business and technical methods, procedural system, and other industrial and/or intellectual property rights...” art. 1. European Code of Ethics for Franchising, доступно на: <http://www.franchise-fff.com/base-documentaire/finish/206/327.html> (датум приступа: јануар 2016).

састављања нацрта уговора, а касније и закључења, изричито и децидно се наводи шта је све иницијалном франшизном накнадом обухваћено, с тим да такође треба изричито навести и све ставке које нису обухваћене иницијалном франшизном накнадом иако по садржини уговора је јасно да оне нису ни укључене (Adams, Hickey, Jones, 2006: 245).

### 2.1.2. Методи одређивања висине иницијалне франшизне накнаде

Пракса је показала да постоје три модалитета одређивања висине иницијалне франшизне накнаде, и то: а) на основу пружених услуга; б) на основу пружених услуга и опреме и в) метод „кључ у руке“.

Давалац франшизе висину иницијалне франшизне накнаде може да утврђује на основу услуга које пружа примаоцу франшизе приликом успостављања самосталне франшизинг јединице, обезбеђујући му одређени спектар услуга и савета који му омогућавају да успостави и покрене самосталну франшизинг јединицу (*franchising unit*) (Mendelsohn, 2005: 134). Франшизна накнада коју прималац франшизе плаћа покрива трошкове пружених услуга, обухватајући: 1) услуге обуке; 2) одабира места; 3) сређивања просторија и 4) све оне друге услуге које чине саставни део уступљеног франшизног пакета (Mendelsohn, 2004: 92). Поред тога што се висина ове врсте иницијалне франшизне накнаде одређује на основу спектра пружених услуга, као један од фактора који такође учествује у одређивању висине ове накнаде је и „цена приступања“. Висина цене приступања франшизинг мрежи *a priori* условљена је препознатљивошћу брэнда на циљаном тржишту на која се уступа франшизом тј. степеном препознатљивости брэнда код потенцијалних потрошача или корисника услуга.

Други метод одређивања висине иницијалне франшизне накнаде јесте да, поред пружања различитог спектра услуга, давалац франшизе примаоцу франшизе продаје „опрему“. Давалац франшизе продаје примаоцу франшизе франшизни пакет, који поред различитог спектра услуга и права, садржи и опрему<sup>12</sup> која је неопходна примаоцу франшизе за започињање самосталног пословања, с тим да продајна цена укључује иницијалну накнаду на франшизу у виду марже на цену опреме (Mendelsohn, 2005: 134).

---

12 Опрема коју давалац франшизе продаје у франшизном пакету примаоцу франшизе представља „почетну“ – основну опрему, која примаоцу франшизе омогућава да покрене пословање своје франшизинг јединице, а у складу са пословним методом и пословном политиком франшизинг мреже, с тим што се догађа да, поред почетне опреме, франшизини пакет обухвата и почетни инвентар и залихе робе.

Трећи, а истовремено и најкомплекснији начин одређивања висине иницијалне франшизне накнаде је по методу „кључ у руке“. „Кључ у руке“ је систем где давалац франшизе: 1) врши одабир пословног простора, закупи га (или купи) и опреми; 2) изврши обуку запослених и 3) тај и такав пословни простор препусти – уступи примаоцу франшизе. Прималац франшизе путем примене метода „кључ у руке“ добија пословни простор који му омогућава да започне са пословањем без оптерећења да ли ће пословни простор опремити у складу са пословним просторијама франшизинг мреже. Франшизна накнада коју давалац франшизе одређује путем примене метода „кључ у руке“ обухвата: а) трошкове опремања пословних просторија и б) укључује остварени профит од њих (Mendelsohn, 2004: 92). Приликом закључења уговора о франшизингу уз примену метода „кључ у руке“ иницијалну франшизну накнаду давалац франшизе највероватније ће наплатити путем марже на трошкове елемената садржаних у франшизном пакету укључујући и обуку, с тим да ова накнада укључује и елементе који се могу приписати приступању франшизинг мрежи (Mendelsohn, 2005: 134).

## **2.2. Континуална франшизна накнада (*continuing franchise fee*)**

Прималац франшизе у обавези је да даваоцу франшизе током трајања уговорног односа плаћа уговором предвиђену континуалну франшизну накнаду (*continuing fee*). За разлику од иницијалне франшизне (приступне) накнаде која је једнократна, континуална франшизна накнада трајног је карактера. Континуална франшизна накнада у себи обухвата накнаду за: 1) коришћење брэнда; 2) визуелног идентитета; 3) пратеће подршке и 4) *know-how*-а даваоца франшизе. Континуална франшизна накнада најчешће се наплаћује на месечном нивоу, с тим да није непозната ни пракса плаћања на недељном нивоу.

Поистовећивање континуалне франшизне накнаде са тантијемом је веома често, те самим тим неопходно је разликовати појам тантијема од појма континуалних франшизних накнада. Под тантијемама се подразумева пасиван приход који се најчешће остварује коришћењем патента или ауторских права (Mendelsohn, 2004: 93). За разлику од тантијема које представљају пасиван приход, континуалне франшизне накнаде увек представљају активан приход. Континуална франшизна накнада као активан приход омогућава даваоцу франшизе да: 1) финансира активности пружања широког спектра услуга примаоцу франшизе и 2) остварује профит.

### 2.2.1. Методи обрачуна висине континуалне франшизне накнаде

Један од најприхваћенијих, а истовремено и најефикаснијих начина обрачуна висине континуалне франшизне накнаде је путем „методе процента бруто прихода“ (*royalities fee*). Као основица за процентуално утврђивање узима се у обзир бруто приход (*gross revenue*) који прималац франшизе остварује током пословања своје франшизинг јединице у текућој пословној години. Укупан просечан износ континуалних франшизних накнада креће се у распону од 5 до 7% оствареног бруто прихода примаоца франшизе, (Mendelsohn, 2005: 140), с тим да постотак такође зависи и од пословног сектора у којима послује франшиза.

Методом процента на основу оствареног бруто прихода од продаје (енг. *gross sales revenue*), а не на основу нето прихода од продаје или добити (профита), избегава се могућност да прималац франшизе прикрива или умањује наведене износе „надувавањем“ других трошкова (Mendelsohn, 2004: 25). За разлику од нето прихода који прималац франшизе остварује у текућој пословној години, бруто приход је веома тешко изменити или прикрити га. За примаоца франшизе метод процента бруто прихода има одређене предности, и то: а) зна тачно колико треба да плати; б) зна како прецизно да израчуна висину накнаде и в) зна да давалац франшизе неће узимати накнаде ни на један други начин. За даваоца франшизе метод процента бруто прихода је од значаја јер зна с једне стране како стоји у пословању и с друге стране има користи од инфлаторног раста бруто прихода и раста пословања (Mendelsohn, 2005: 135).

Поред чистог облика „методе процента бруто прихода“, постоји и мешовити или комбиновани метод обрачуна висине континуалне франшизне накнаде. Комбиновани метод обрачуна висине континуалне франшизне накнаде је метод обрачуна који у обзир узима метод процента и производну маржу (метод марже појављује се у производном франшизингу) и то само онда када се давалац франшизе јавља у улози добављача производа. На основу метода, давалац франшизе који се појављује као добављач, тј. продавац робе, урачунава маржу на производе које продаје примаоцу франшизе. Одрживост таквог утврђивања висине континуалне франшизне накнаде пре свега зависи од тога да ли се таква маржа може наплатити на разуман и конкурентан начин (Mendelsohn, 2004: 93). Од значаја приликом формирања франшизне накнаде је и да ли производи које давалац франшизе продаје примаоцу франшизе могу да буду подложни ниским профитним маргинама услед ослањања на висок степен обима продаје (када се иде на велик обим продаје, а на рачун ниског степена профитних маргина, не постоји простор да давалац франшизе обрачунава додатну



маржу на производ). За обрачун континуалне франшизне накнаде користи се још једна комбинација „метода процента и минималног фиксног износа“, с тим да се ова врста комбинованог метода у пословној пракси изузетно ретко користи. Овај метод обрачуна континуалне франшизне накнаде користи се само онда ако прималац франшизе не остварује довољно промет на основу кога би му била наплаћена франшизна накнада, па се у том и таквом случају унапред плаћа уговорени минимум.<sup>13</sup>

„Фиксни метод“ представља још један у низу метода који се примењује приликом утврђивања висине континуалне франшизне накнаде. Иако овај метод обрачуна франшизне накнаде није уобичајен у франшизинг пословању, он је могућ. Давалац франшизе приликом закључења уговора може примаоцу франшизе да одреди фиксну накнаду без обзира на обим оствареног бруто прихода у текућој пословној години. За примаоца франшизе утврђивање накнаде путем фиксног метода има одређене предности и то само онда када франшизне накнаде нису исувише високе. Ипак, поставља се питање да ли је оправдано да фиксна накнада буде иста на почетку пословања где обим пословања расте, односно да ли је она оправдано висока ако обим оствареног бруто прихода пада. Давалац франшизе у тим и таквим околностима у обавези је да изврши корекцију фиксне франшизне накнаде и то на начин да је у редовним временским интервалима прилагођава пропорционално оствареној висини бруто прихода. Прилагођавање франшизне накнаде у редовним интервалима представља отежавајућу околност за даваоца франшизе, а то из разлога јер мора да узме у обзир и интересе примаоца франшизе, тј. до изражаја долази само оно прилагођавање франшизне накнаде којим се не угрожава пословни интерес примаоца франшизе.

Давалац франшизе приходе од профита може обнављати на основу продаје „везаних ставки“ примаоцу франшизе. Метод „везаних ставки“ обрачуна континуалне франшизне накнаде заступљен је у пиварској индустрији где је уобичајено да се плаћа ниска фиксна „сува рента – *dry rent*“. Произвођач пива обнавља биланс на „мокрој ренти – *wet rent*“<sup>14</sup> за пиво и остали потрошни материјал којим снабдева гостионичара (Adams, Hickey, Jones, 2006: 246). Овај вид утврђивања континуалне франшизне накнаде у франшизинг пословању може довести до одређеног незадовољства на страни примаоца франшизе, а то из разлога јер је можда био у могућности да јефтиније купује потребне артикле на тржишту, а не да их по знатно

---

13 Доступно на: <http://thefranchisemaker.com/learningcenter/franchise-fees-and-royalties-made-easy>. (датум приступа: јануар 2016).

14 Више о томе погледати на: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmberg/26/2606.htm> (датум приступа: јануар 2016).

вишим ценама купује од даваоца франшизе.<sup>15</sup> Употреба овог метода своје оправдање налази само онда када су у питању: 1) случајеви повезаних артикала неопходних за контролу квалитета и 2) ради чувања трговачке тајне или интелектуалне својине. Управо ради чувања трговачке тајне или интелектуалне својине даваоца франшизе овај метод обрачуна континуалних накнада је једноставан рачуноводствени метод погодан за обе уговорне стране (Adams, Hickey, Jones, 2006: 246).

И на крају треба истаћи да структура континуалне франшизне накнаде увек треба да рефлектује: 1) основно пословање; 2) ток прихода и 3) доступне маргине, (Mendelsohn, 2004: 93), односно наведени параметри представљају полазну основу проналажења адекватног метода који ће одговорати интересима и даваоца и примаоца франшизе. Приликом утврђивања и одређивања метода, с једне стране треба поћи од супротстављених интереса и примаоца и даваоца франшизе, док с друге стране обавезно се мора узети у обзир и обим раста пренетог франшизинг пословања. У околностима када се не могу наћи заједнички именитељи у вези са континуалном франшизном накнадом немогуће је говорити о успостављању франшизног пословања тј. постојање супротних интереса – становишта о методу плаћања континуалне франшизне накнаде имплицира одустајак даваоца франшизе од пословања са заинтересованим потенцијалним примаоцем франшизе (Mendelsohn, 2004: 93).

### **3. Адвертајзинг накнада (*advertising fee*)**

Прималац франшизе у обавези је да током трајања уговорног односа даваоцу франшизе за пружене услуге из области адвертајзинг пословања плаћа уговором одређену накнаду. Основ плаћања адвертајзинг накнаде представља пружање адвертајзинг услуга од стране даваоца франшизе, тј. пружање услуга из области маркетиншког пословања.

Пружање услуга из области маркетиншког пословања односи се на техничко-организационе сложене послове који за резултат имају унапређење продаје робе и пружање услуга. Услов за успешно маркетиншко пословање захтева искуство и организационе способности које прималац франшизе најчешће не поседује. Непостојање потребног *know-how*-а из области маркетинга на страни примаоца франшизе и потреба даваоца франшизе који поседује маркетиншки *know-how* ради остваривања

---

<sup>15</sup> Уговорно предвиђање да прималац франшизе мора да купи артикле од даваоца франшизе по вишим ценама од тржишних, а који не садрже жигове даваоца франшизе, може да утиче на конкурентску способност примаоца франшизе.

прихода и што бољег позиционирања на циљаном тржишту представљају иницијалне разлоге за пружање наведене услуге.

Субјекти који у свом пословању имају одређено маркетиншко искуство, као и знатна финансијска средства и специјализовано особље, представљају детерминанте маркетиншког пословања. Стечени *know-how* у области маркетиншког пословања који представља резултат дугогодишњег пословања даваоца франшизе директно се рефлектује и на пословање примаоца франшизе. Прималац франшизе као субјект који нема развијено маркетиншко пословање или није у финансијској могућности (представља му оптерећење које се директно може одразити на његове резултате пословања) убира предности таквих облика и техника продаје користећи директне услуге или *know-how* других привредних субјеката (Томић, 1987: 52).

Мотивациони фактор који покреће даваоца франшизе да на себе преузме обавезу адвертајзинга као део маркетиншког пословања огледа се у томе да показује заинтересованост да задржи контролу над робном марком или трговачким именом, као и над рекламама у погледу робе или услуга које прималац франшизе продаје или промовише (Mendelsohn, 2004: 93–94). Давалац франшизе преузима на себе обавезе: а) рекламирања (*advertising*); б) промоције и в) послова/ве који се односе на односе с јавношћу (*Public Relations – PR*).<sup>16</sup> Преузимајући на себе обавезу да врши послове маркетинга и рекламирања, давалац франшизе преузима на себе још једну обавезу која се односи на то да укључује примаоца франшизе у процес развијања шеме за рекламирање и промоције путем широких консултација или путем разговора са асоцијацијом прималаца франшизе, тј. он на овај начин укључује примаоца франшизе у структуру корпоративног типа а у циљу развијања шеме за рекламирање и промоцију (Mendelsohn, 2005: 104).

### **3.1. Метод одређивања висине адвертајзинг накнаде**

Накнаду за рекламу прималац франшизе може плаћати недељно<sup>17</sup> или месечно. Висина накнаде за рекламу одређује се на исти начин као и код континуалне франшизне накнаде на бази процента од оствареног бруто

---

16 Односи с јавношћу (*Public Relations – PR*) је дисциплина која ствара и одржава репутацију у циљу да се оствари разумевање и подршка, као и да се утиче на мишљења и понашања циљане јавности. Односи с јавношћу такође су планирани и стални посао стварања и одржавања *goodwill-a*, као и међусобног разумевања организације (или појединца) и циљане јавности.

17 На пример: *Subway* франшизи, адвертајзинг накнада, која износи 4,5%, уплаћује се недељно, у фонд који се зове *Subway Franchise Advertising Fund Trust (SFAFT)*. Овај фонд служи за рекламирање и маркетиншке кампање *Subway-a* на националном нивоу,

прихода, с тим да се она углавном креће у распону од 1 до 5% и то пре свега у зависности у којој се индустрији франшиза уступа.<sup>18</sup> Накнаду коју прималац франшизе плаћа даваоцу франшизе може представљати комбинацију континуалне франшизне накнаде и доприноса за рекламирање (Mendelsohn, 2004: 95). Прималац франшизе плаћа јединствену накнаду, па је неопходно уговором прецизно одредити колики се део (процент) укупне накнаде односи на континуалне франшизне накнаде, а колики део на рекламу и промоције. За примаоца франшизе важно је да се ово одреди уговором јер ће знати колико одваја за рекламу, а из разлога јер има право да од даваоца франшизе захтева предузимање рекламних послова. Даваоцу франшизе је у интересу да уговором прецизира колики се удео од укупне франшизинг накнаде односи на рекламу, нарочито у случају када се прималац франшизе позива да је прекршио уговорне одредбе и да није пружио уговором наведене рекламне услуге, а што може представљати основ раскида уговора. Треба истаћи да, посматрано са пореског становишта, приходи од рекламних накнада не сматрају се као опорезив приход, већ као приход који је сакупљен за одређену сврху – рекламирање брэнда, између осталог, и у име примаоца франшизе (Parivođić, 2005: 21).

Сврха накнаде за рекламу је да се уплатама различитих прималаца франшизе формира заједнички рекламни фонд,<sup>19</sup> који је под контролом даваоца франшизе.<sup>20</sup> Постојање заједничког рекламног фонда омогућава финансирање маркетиншких активности на нивоу целокупне франшизинг мреже. Даваоцу франшизе изузетно је важно да не постоји фонд који је конституисан на основу доприноса, а из разлога јер прималац франшизе може исказивати незадовољство тврдећи да се фонд који је основан, а

---

док се 1% фонда користи за потребе локалног маркетинга, доступно на: <http://www.subwaydevelopmentgroup.com/faq.html>. (датум приступа: јануар 2016).

18 О томе више погледати на: <http://www.franchisedirect.com> (датум приступа: децембар 2015).

19 У пракси је чест случај да се ова накнада уплаћује на посебан, издвојен, рачун или чак засебној фирми коју по могућству контролише давалац франшизе. Како би се избегли могући конфликти, корисно је дефинисати како и који део накнада ће се користити за локални, а који за национални адвертајзинг.

20 У циљу развоја управљања над фондом за маркетиншке активности, даваоци франшизе оснивају маркетиншке комитете/савете, у којима и примаоци франшиза имају право гласа у одређивању начина коришћења ових средстава. На челу тих фондова су маркетиншки директори који имају за циљ да осмисле, организују и имплементирају маркетиншке кампање и активности мреже франшиза. Менаџмент адвертајзинг фонда је у већини случајева издвојен у односу на онај где су средства континуалне франшизне накнаде и општи приходи даваоца франшизе.

који служи за рекламирање и промоцију, не користи наменски. Како би се избегли проблеми који се могу појавити приликом трошења средстава из наведеног фонда, неопходно је и пожељно успоставити контролни механизам и то у виду да се примаоцу/има франшизе омогућава да има/ју право гласа о одлучивању у погледу начина коришћења средстава из рекламног фонда.

Фондове који имају карактер рекламних фондова треба наменски користити. Уговором се концизно предвиђа у које се сврхе рекламни фонд може користити и за намирење којих насталих трошкова. Треба истаћи да није могуће да се трошкови једнако распоређују током године, односно немогуће је рекламне трошкове правилно расподелити током текуће пословне године, а из разлога што у одређеним периодима пословања неће постојати потреба за подмиривањем трошкова за рекламу. У складу с овим поставља се и питање шта би се десило да се трошкови равномерно распореде током текуће пословне године? У околностима једнаке распоређености трошкова може се доћи до ситуације да у одређеном периоду не постоји потреба за њиховим подмирењем, док ће у другом случају постојати потреба, с тим да ће она бити много већа од предвиђених трошкова за тај период. Постојање фиксираних месечних трошкова имплицира да се не могу у потпуности и са пуним ефектом предузимати рекламне радње, тј. треба их предузимати само у оном обиму који се креће у оквиру предвиђених текућих трошкова. Да се не би дошло у наведену ситуацију, много је боље како за примаоца франшизе, тако и за даваоца франшизе да се уговором прецизно одреди који се трошкови за рекламу имају подмиривати из фондова за рекламу без обзира на тренутак настанка у току текуће пословне године. Само тада и само тако давалац франшизе може преузети радње рекламирања које ће своје резултате остварити у целости и са сврхом.

За даваоца франшизе значајно је да приликом закључења уговора о франшизингу одреди који је најбољи начин организовања рекламирања. Постоје три начина организовања рекламирања, и то: 1) на локалном нивоу;<sup>21</sup> 2) на националном нивоу<sup>22</sup> и 3) комбинација локалног и

---

21 За одређене облике франшизинг пословања даваоца франшизе локални адвертајзинг представља најделотворнији начин промоције пословања примаоца франшизе.

22 Одређени трошкови који се могу појавити а који се односе на национални адвертајзинг – рекламирање (прималац франшизе је и даље на локалном нивоу пословања), тј. на национални корпоративни имиџ имаће смисла тек када франшизинг мрежа достигне одређену величину, с тим што ову могућност не треба занемарити и неопходно ју је поменути приликом нацрта уговорних одредаба.

националног (Mendelsohn, 2004:95). Поред месечних накнада за рекламни фонд, прималац франшизе може имати обавезу и у виду трошења дефинисаних износа у сврху локалног маркетинга, с тим да ти износи могу бити фиксирани или да представљају проценат од продаје. Национални маркетинг повећава свесност потрошача о бренду (енг. *brand awareness*), док локални маркетинг привлачи потрошаче на одређене локације. Рекламирање путем овако основаних фондова има одређених предности попут: а) униформне/доследне маркетиншке кампање на нивоу целог циљаног тржишта; б) утиче се на повећања свести потрошача и в) утиче се на већу критичну масу потрошача и корисника услуга.

### Литература

Adams, J., Hickey, J., Jones, P. K. V. (2006). *Franchising*, Fifth edition, Tottel, West Sussex.

Mendelsohn, M. (2004). *Franchising law*, Second edition, Richmond Law & Tax Ltd.

Mendelsohn, M. (2005). *The Guide to Franchising*, 7 ed., Thomson.

Parivodić, M. (2005). *Franchising in Serbia and Montenegro*. Chapter for Kluwer Encyclopedia of International Franchising.

Seid, M., Thomas, D. (2007). *Franchising For Dummies*, New York City: John Wiley&Sons.

Tomić, M. D. (1987). *Ugovor o franchisingu*, Ljubljana.

Интернет домени:

<http://www.franchisedirect.com>

<http://www.franchise-fff.com>

<http://www.gtai.de>

<http://www.publications.parliament.uk>

<http://franchising.rs>

<http://thefranchisemaker.com>

<http://www.subwaydevelopmentgroup.com>

**Strahinja D. Miljković, LL.D.**

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law in Kosovska Mitrovica,*

*University of Prishtina (temporary headquarters in Kosovska Mitrovica)*

## **ON THE TYPES OF FRANCHISE FEES**

### **Summary**

*By accessing a franchising network at the moment of contracting a franchising agreement, a franchisor concedes the franchise package of rights to a franchisee. Making use of the benefits provided by business operations in a developed and market-recognizable franchise network, the franchisee has certain contractual obligations which are embodied in financial compensation to the franchisor. The franchisee is obliged to pay the franchisor certain fees, such as: 1) the initial franchise fee; 2) the continuing franchise fee and 3) the advertising fee. The initial franchise fee may be regarded as „an entry fee“, i.e. a ticket to a franchising network. The continual fee is an active revenue which allows a franchisor to finance the activities of rendering a wide range of services to a franchisee and, concurrently, to make profit. The advertising fee is paid to a franchisor by a franchisee for services rendered in the field of advertising business. In the author's opinion, the professional public in the country should pay considerable attention to this topic, with specific reference to the experiences of countries with developed franchising business practices.*

**Key words:** *franchising agreement, franchise, franchisor, franchisee, initial franchise fee, continuing franchise fee, advertising fee.*





## **МОГУЋЕ РЕПЕРКУСИЈЕ УВОЂЕЊА ИНСТИТУТА СТЕЧАЈА ПОЈЕДИНЦА НА ОСНОВУ ИСКУСТВА САД**

**Апстракт:** На први поглед може се стећи утисак да је глобална економска криза утицала на повећање броја отворених поступака стечаја појединца у државама у којима тај институт постоји. У државама у којима тај институт још увек није уведен, примећен је пораст задужености становништва протекле деценије. Међутим, дубљом анализом овог правног института могу се назрети различите реперкусије које његова примена има на привреду једне државе, али и раст глобалне економије. Поставља се питање да ли је примена овог правног института последица или узрок глобалне економске кризе. Циљ овог рада јесте пружање одговора на ово питање анализом основних карактеристика, предности и недостатака стечаја појединца, као и последица негативне селекције физичких лица као стечајних дужника.

**Кључне речи:** задуженост, физичка лица, негативна селекција.

### **1. Увод**

Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода усвојена је 4.11.1950. године у Риму. Ова конвенција, између осталог, осмим чланом уређује обавезу државама потписницама да омогуће заштиту права на поштовање приватног и породичног живота, дома и преписке (Савет Европе, 1950: 5). Претходно можда неће бити могуће у случају да физичко лице које је презадужено остане без основног животног простора или основних средстава за живот, уколико су иста под хипотеком или залогом. С обзиром на то да је Република Србија ратификовала поменуту конвенцију 3.3.2004. године, увођењем правног института стечаја

---

\* vmizdrakovic@singidunum.ac.rs

појединца могло би се олакшати пружање заштите конвенцијских права. Велика Британија (од 1861. године), већина осталих држава чланица Европске уније, Сједињене Америчке Државе (од 1898. године) и Аустралија већ дуже време познају овај институт, а државе нашег окружења, порастом задужености становништва, предузимају додатне активности на његовом увођењу.<sup>1</sup> У Словенији ова област је од пре осам година регулисана законом, у Грчкој пре пет, а у Хрватској је 2015. године израђен нацрт закона о стечају појединца, који је касније и усвојен и ступио на снагу 1.1.2016. године (Министарство правосуђа Републике Хрватске, 2015: 2). Према претходном извору, задуженост становништва у региону је висока, тако је у Словенији већ отворено 4.000 поступака стечаја појединца, а у Хрватској задуженост становништва 2013.године износила је близу 17 милијарди евра, док је у Србији исте године задуженост износила око 8 милијарди евра (Удружење банака Србије, 2015). Реч је о значајном порасту задужености, на пример, 2010.годиненезванична задуженост становништва у Србији била је око 5 милијарди евра (Удружење банака Србије, 2015). Стечај појединца (енгл. *personal bankruptcy*)<sup>2</sup> као правни институт још увек није законски уведен у Републици Србији.<sup>3</sup> Претходно значи да, уколико сте презадужени и не можете измирити обавезе које имате као физичко лице (осим предузетника), тренутно не можете отворити стечајни поступак и тиме олакшати свој статус у поступку реорганизације, као што то могу учинити правна лица. Наиме, према Радовићу (2004), Република Србија

1 За више о историји развоја стечаја појединца погледати Радовић, В. (2006). Индивидуални стечај. Београд: Досије; и Радовић, В. (2003). Развој индивидуалног стечаја у англосаксонским земљама. Страни правни живот. 12 (I–III), стр. 121–134.

2 Следи кратак осврт на превод термина *personal bankruptcy* (и сличних термина, на пример: *consumer bankruptcy*, *consumer insolvency*, *personal insolvency*, *bankruptcy of individual debtor*, *debt consolidation proceedings*) на српски језик. Понекад се овај термин преводи и као „лични банкрот“ или „банкрот појединца“, што не би било терминолошки одговарајуће, имајући у виду да термин банкрот потиче из области стечаја правних лица, где означава престанак пословања. Реорганизација, као облик стечајног поступка правних лица, више би одговарала термину *personal bankruptcy*, јер у том случају привредно друштво наставља са пословањем уз покушај да се изврши реорганизација дугова уз прихваћени план исплате. У САД стечај се назива *bankruptcy*, банкротство се назива *liquidation* (овај поступак уређен је Одељком 7), док се реорганизација назива *reorganization* (овај поступак уређен је Одељком 11 и 13). Изузетак о претходно набројаног може бити правни систем Велике Британије и Аустралије, где се стечај појединца назива *bankruptcy*, а стечај правних лица *insolvency*, што може и бити један од разлога бројних недоумица у вези употребе одговарајућег термина. У Хрватској, термин *personal bankruptcy* је преведен као стечај потрошача у истоименом нацрту закона, што се чини одговарајућим.

3 Иако је стечај предузетника већ уведен 24. јула 2004. године, када је ступио на снагу Закон о стечајном поступку, односно Закон о стечају (Службени гласник РС, бр. 84/04.).

спада у државе у којима постоји конзервативни правни систем када је у питању стечај појединца. Исти аутор дели државе са таквим системом на две групе. У првој групи државе (Кина, Босна и Херцеговина, Монголија и друге) не познају стечај физичког лица ни у једном облику, док другу групу чине државе (Бразил, Македонија, Италија и друге) у којима само предузетници као посебна правна форма имају могућност да отворе стечајни поступак (Радовић, 2004). У последњој групи се још увек налази и Република Србија. Међутим, ускоро, сва физичка лица и у Републици Србији имаће ту могућност. Иако концепт стечаја појединца на папиру може изгледати врло примамљиво, његова примена, уколико не постоји адекватна селекција стечајних дужника, може довести до различитих реперкусија на привреду једне државе или глобалну економију. Стога, основни циљ овог рада биће анализа последица које стечај појединца може имати на функционисање финансијских институција, финансијска тржишта и привреду једне државе. Рад је структуриран на следећи начин. У првом делу рада, у ишчекивању закона о стечају појединца, изложићемо карактеристике, предности и недостатке стечаја појединца. Други део рада посвећен је проблематици негативне селекције физичког лица, као стечајног дужника. Пре закључних разматрања, на примеру глобалне економске кризе, анализираћемо негативни утицај неадекватног филтрирања стечајних дужника.

## 2. Карактеристике, предности и недостаци стечаја појединца

Имајући у виду да ће институт стечаја појединца тек бити уведен у законодавство Републике Србије, у овом делу рада укратко ћемо представити основне карактеристике института стечаја појединца, његове предности и недостатке. Историјски посматрано, стечај појединца, у различитим облицима, постоји већ вековима. Насупрот његовом данашњем прилично хуманом поступку, у историји су за тај поступак биле везиване различите драконске мере, као што су физичко кажњавање, сакаћење, одузимање права на слободу и гажење достојанства, како самог стечајног дужника, тако и његове уже породице. Међутим, временом, фокус је померен на имовину стечајног дужника и њено уновчење, чиме је редефинисана задуженост физичког лица на следећи начин: *from sin to risk, from moral failure to economic failure* (Бодул, 2011: 352).

За разлику од стечаја привредних друштава, у овом случају стечајни дужник је физичко лице, а поступак се спроводи над његовом имовином која није изузета из поступка. Циљ поступка је двојак, омогућавање новог финансијског почетка за стечајног дужника, опростом једног дела или

целокупног дуга, уз истовремено најповољније колективно намирење потраживања стечајних поверилаца из уновчене имовине физичког лица и расположивих будућих прилива новца. Обично у том поступку одређени део потраживања бива отписан, нарочито ако стечајни дужник не поседује некретнине које би се могле уновчити, па је у томе и главна предност стечајног поступка. Разлог отварања поступка је презадуженост стечајног дужника (физичког лица), односно његова трајнија немогућност да измири доспеле обавезе, без значајних последица које би настале по његову егзистенцију. Временски период инсолвентности и укупна вредност доспелих обавеза обично су одређени посебним законом. Предмет поступка је укупна имовина стечајног дужника, али обично одређени део имовине бива изузет, на пример:

- Одећа, обућа и слични предмети намењени личној употреби,
- Храна и огрев за потребе дужника и чланова домаћинства (обично за одређени период),
- Готов новац дужника који има стална месечна примања до месечног износа који је по закону изузет од извршења,
- Ордени, медаље, ратне споменице, признања, лична писма, породичне слике,
- Помагала која су особи са инвалидитетом неопходна за обављање животних функција и слично.

Стечајни дужник свој имовински статус може дати на увид пописом имовине, обавеза и потраживања. Трошкови поступка намирују се из претходно уплаћеног предудјума који уплаћује подносилац захтева за отварање поступка (неко од поверилаца, мада то може бити и стечајни дужник). План отплате или реорганизације дугова саставља стечајни дужник, понекад уз помоћ стечајног управника којег именује суд, а који не може бити лице повезано са стечајним дужником. Стечајни управник има слична права и дужности, као и у поступку над правним лицем, али је претходно највише одређено законским уређењем и разликује се између правних система.

Може се рећи да је популарност стечаја појединца највећа у државама англосаксонског говорног подручја и да је она сразмерна временском периоду његове примене. Типично физичко лице које подноси захтев за отварањем поступка стечаја појединца у Сједињеним Америчким Државама је из средње класе, јер је за очекивати да та лица имају довољну кредитну способност да „нагомилају“ губитке или предузму ризичне пословне одлуке (Martin & Paley, 2006: 141). Такође, у питању су лица која

су обично завршила факултет и која у свом власништву имају некретнине високе вредности, али недостатак ликвидних средстава. Као најчешћи узроци отварања стечајног поступка физичког лица наводе се здравствени проблеми, губитак посла и развод брака (Martin et al. 2006: 176).

Учесталост стечаја појединца је изражена и у Аустралији, у којој се у самом закону наводи да се стечај не сме користити као „карта избављења“. Одређене карактеристике правног регулисања стечаја појединца у Аустралији су заједничке и за остале континенте и државе. Као основне предности отварања стечаја појединца наводе се:

- ослобађање од плаћања већине обавеза;
- ослобађање од правних радњи које повериоци могу предузети;
- обустављање заплене имовине;
- обустављање одбитака на личној заради;
- заштита личне имовине (моторна возила, лична имовина и слично);
- могућност путовања на територији државе (ITSA, 2005: 8).

Као прва предност овог института наводи се ослобађање од плаћања већине обавеза. Овде се углавном законом регулише које су то обавезе, а мисли се на преостале обавезе које се не могу измирити редовним приходима физичког лица у законском периоду, нити из стечајне масе која је настала продајом његове имовине. Ослобађање плаћања обавезе до скоро није била позната немачком праву,<sup>4</sup> које је послужило као основа за већину закона у државама у нашем окружењу, већ је преузето из америчког права. Наиме, физичко лице као стечајни дужник може се ослободити свих својих обавеза које су у стечајном поступку остале ненамирене, чак и без сагласности поверилаца (Ловрић, 2004: 33).

Са друге стране, недостаци отварања стечаја појединца су разноврсни и зависе од тога какво је законодавно решење прихваћено. Најчешћи недостаци који се наводе су:

- сви дугови који су настали након отварања стечаја остају пуноважни;
- дугови настали у виду преваре остају пуноважни;

---

4 Од 1.3.2012. године, у немачки стечајни закон (*Insolvenzordnung*) уведено је аутоматско обустављање правних радњи против стечајног дужника (*Schutzschirm*), чиме ће стечајни дужник имати додатни временски период на располагању за састављање плана реорганизације (Heerstrassen, 2012). Немачки законодавац преузео је модел стечајног поступка из америчког стечајног закона – Одељка 11 и стечајног закона Велике Британије.

- дугови у виду казни судова остају пуноважни;
- дугови у виду алиментације остају пуноважни;
- некретнине остају под контролом надлежног тела;
- лице мора предати пасош и путовати у иностранство уз дозволу надлежног тела;
- лице не може бити члан управног одбора;
- кредитна способност ће бити ограничена у одређеном периоду, на пример, од 7 година<sup>5</sup> (поред тога, за све износе кредита преко одређеног износа, лице мора обавестити кредитора о стечају);
- могућа ограниченост у добијању осигурања;
- могућа ограниченост у добијању запослења (нарочито за одређена занимања);
- информације о стечају ће бити доступне јавности доживотно на одговарајућем сајту (ITSA, 2005: 9).

Важно је имати у виду да претходно набројани недостаци стечаја појединца нису једини и да могу бити другачији у зависности од прихваћеног законодавног решења.

### **3. Проблем негативне селекције стечајних дужника**

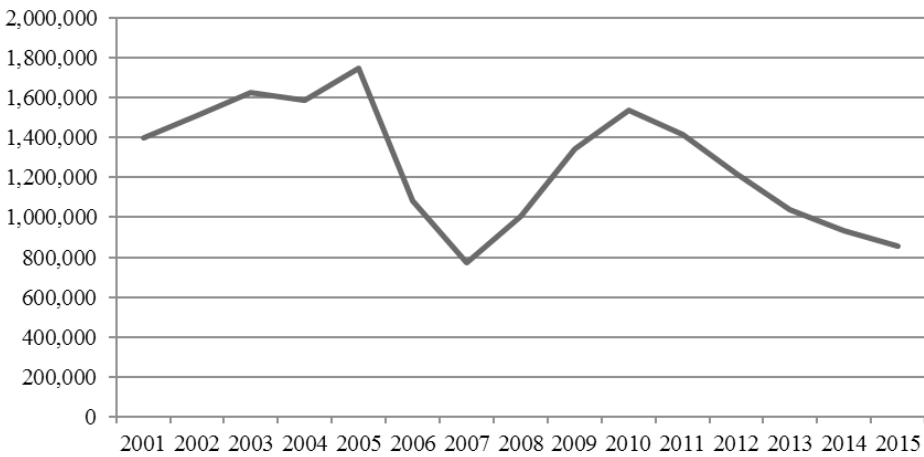
На основу претходног стиче се утисак да предности правног института стечаја појединца надмашују недостатке. Међутим, иако његова примена звучи врло примамљиво, неадекватним законским регулисањем могу настати врло озбиљне последице. Циљ је омогућити физичким лицима која поседују довољно уновчиве имовине за, пре свега, покриће трошкова поступка, а након тога и за покушај успостављања здраве финансијске ситуације стечајног дужника. Стечајни разлози морају бити јасно дефинисани и довољно ригорозни, како би евентуалне злоупотребе биле спречене. Економске кризе које су, чини се, све учесталије и чији ефекти се одсликавају на привреди Сједињених Америчких Држава, па и целог света, утицале су на природно повећање броја отворених поступака стечаја појединца. Незапосленост у периоду кризе била је на веома високом нивоу, а престанак радног односа, као што смо навели, један је од главних

---

<sup>5</sup> На пример, у САД није јасно одређено када ће стечајни дужник моћи поново да се задужи и то зависи од типа кредита. Па тако, физичко лице може купити аутомобил на кредит одмах након отварања поступка, међутим, за хипотекарни кредит би морало да сачека једну до две године.

узорка отварања поступка. Међутим, повећање отварања поступака стечаја појединца у Сједињеним Америчким Државама (САД) је од 2002. године имало рекордну вредност. Наиме, са некадашњих 287.000 активних поступака, колико је забележено пре око три деценије, број је повећан на близу 2 милиона 2005. године. На графику који следи, хронолошки је приказан број отворених стечајних поступака физичких лица у САД на годишњем нивоу до јула 2015. године (статистику стечајних поступака у САД можете видети овде: <http://www.uscourts.gov/Statistics/BankruptcyStatistics.aspx>).

График 1. Хронолошки приказ отворених стечајних поступака појединца у САД



Извор: прилагођени подаци са: <http://www.uscourts.gov/Statistics/BankruptcyStatistics.aspx>

Претпоставља се да сваке године привреда САД изгуби скоро 40 милиона долара услед отварања стечајних поступака (Миздраковић, 2012: 38). Као што се може видети на претходном графику, број отворених поступака је био највећи 2005. године, док је минимум забележен већ наредне 2006. године. Разлог драстичног смањења отворених поступака је доношење новог акта чији је основни циљ био спречавање злоупотребе отварања стечаја физичких лица (енгл. *The Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*). Наиме, до реформе која је извршена 2005. године, око 70% физичких лица бирало је Одељак 7 у складу са опростом дугова, док је преостали број бирао Одељак 13, где се одричу будућих примања у наредне три године у корист прихваћеног плана исплате дугова (Бодул, 2011:353). Један од основних инструмената борбе против смањења броја отворених

поступака јесте поштравање услова који морају бити испуњени како би лицу које је поднело захтев био „обрисан“ дуг на кредитној картици, у складу са заштитом предвиђеним Одељком 7 (Tucker, 2006: 60). Наиме, лица која подносе захтев морају попунити и додатни формулар на основу којег се закључује да ли постоји основ отварања поступка. Поред тога, вршена је провера да ли имовинско стање стечајних дужника, који су већ одабрали поступак према Одељку 13, заиста и одговара том поступку. Коришћени су адекватни математички и економетријски тестови којим је донекле отклоњен проблем негативне селекције стечајних дужника (Wedoff, 2005: 332). Такође, уведена су и ограничења у правима која су физичка лица у стечају имала пре увођења закона. Ограничења се углавном односе на смањење броја случајева, када се врши аутоматско обустављање наплате потраживања стечајних повериоца (енгл. *Automatic Stay*).

Пре увођења закона „најпопуларнији“ поступак је био онај предвиђен Одељком 7 – Ликвидација, којим су одређени дугови физичког лица били делимично или чак у потпуности отписани. Наиме, око три четвртине поступака чинили су они према Одељку 7, где се целокупна имовина физичког лица продаје, како би дугови били измирени. Притом, дужник добија опрост дугова и нов финансијски почетак већ за четири месеца након подношења предлога и у пракси најчешће без предаје имовине или будућих прихода (Бодул, 2011: 355). Према Одељку 13 – Прилагођавање дугова појединца, дужник задржава имовину, али мора доставити план отплате дугова (енгл. *wage earner's plan*) за период од три, односно пет година. Физичка лица се најређе опредељују за Одељак 11 – Реорганизација, јер је комплексан и захтева уплату високог предујма. На графику који следи је хронолошки приказ броја отворених стечајних поступака у САД према облику поступка на годишњем нивоу до јула 2015. године.



График 2. Хронолошки приказ броја отворених стечајних поступака појединца у САД према облику поступка



Извор: прилагођени подаци са: <http://www.uscourts.gov/Statistics/BankruptcyStatistics.aspx>

Резултати закона су очигледни, јер је приметан значајан пад отворених стечајних поступака према Одељку 7. Имајући у виду да овај облик подразумева продају имовине физичког лица, поставља се питање због чега се лица највише одлучују за овај облик стечајног поступка. Одговор лежи у брзини поступка и у могућности „новог почетка“ (енгл. *Fresh start*) за физичко лице.

Према Одељку 7, физичком лицу које је отворило стечајни поступак обрисани су сви:

- необезбеђени дугови, што често укључује и дугове на кредитним картицама;
- дугови по основу медицинског лечења;
- лични зајмови и
- потрошачки дугови.

Сва имовина коју дужник поседује, а која није изузета из поступка, продаје се и намирују се обавезе стечајног дужника. Међутим, у чак 96% случајева отварања поступка према Одељку 7 дужници нису изгубили своју имовину која је сматрана изузетом (Tucker, 2006: 60).

#### 4. Утицај негативне селекције стечајних дужника на глобалну економију

На претходно приказаном графику примећујемо и поновно повећање броја отворених поступака 2010. године, што је очигледно резултат светске економске кризе, чији су се ефекти званично осетили почетком 2008. године. Разлог великог броја отворених стечаја појединца су хипотекарни кредити. Наиме, све до 2006. године у САД тржиште некретнина је имало процват, али у том моменту нико није могао да наслути да ће цене некретнина нагло пасти. У периоду од 2000. до 2007. године средња вредност продатих некретнина порасла је за 56%. Лак приступ великој количини капитала која је била инвестирана у овај сектор учинила је да се инвеститори и становништво осећају безбедно. Толико безбедно да је становништво почело да купује некретнине користећи хипотекарне кредите које није могло да исплати. Претходно је било, наравно, законски омогућено финансијском дерегулацијом, односно релаксирањем услова за одобравањем кредита. Према једном истраживању, финансијском дерегулацијом може се објаснити макар 10% повећања отворених поступака стечаја појединца у САД (Astrid, Andreas, 2010: 58).

У моменту благостања, уколико мањи број клијената не исплати дугове, то се не би у значајној мери одразило на пословање банака, па су и саме банке релаксирале услове за добијање кредита. Имајући у виду да хипотекарни кредити имају карактер дугорочних кредита, капитал банке је „заробљен“ до момента њихове реализације. Стога, да капитал банака не би био недоступан дужи временски период, определиле су се да продају своја потраживања брокерима, чиме су убрзале процес наплате потраживања, па самим тим и обрт средстава (Миздраковић, 2012:40). Брокери су ишли корак даље и спајали су неколико потраживања у виду хипотекарних кредита и тиме креирали специјалну хартију од вредности – хипотекарне обвезнице (енгл. *MBA – Mortgage Backed Securities*). Наравно, да би могли да тргују овим хартијама од вредности, морали су добити одговарајући кредитни рејтинг једне од три агенције за кредитни рејтинг: *Moody's*, *Standard&Poor's* и *FinCredit*.

На тај начин је омогућена даља продаја ових хартија од вредности другим привредним субјектима и финансијским институцијама. Како су вредности некретнина нагло расле, тако је и вредност ових хартија од вредности била (вештачки) надувана. Такву вредност су финансијске институције приказивале у својим финансијских извештајима и на основу тога се још више задуживале. Међутим, када је становништво почело нередовније да исплаћује ануитете, настали су први проблеми за финансијске институције.

Већ крајем 2007. године, скоро 16 процената свих хипотекарних кредита било је ненаплативо у потпуности (Pozen, 2010:238). Имовина коју су до тада приказивали у финансијским извештајима је постала имовина коју је готово немогуће даље продати (енгл. *Toxic Assets*), док је наплата обавеза такође погоршана. Средња вредност продатих некретнина од почетка 2007.године до 2009. године пала је за око 20%. Према процени, агенције за кредитни рејтинг су обориле рејтинг хипотекарних хартија у вредности за око 1.900 милиона долара. Поставља се питање каква је улога стечаја појединца у финансијској кризи?

Као што се може приметити из претходних графика, највећи број отворених поступака био је у складу са Одељком 7 и то није случајан избор становништва. Наиме, у складу са Одељком 7 банка, односно финансијска институција која потражује новац по основу хипотекарног кредита од физичког лица, нема правни основ да захтева од лица да исплати у потпуности дуг, већ има право да прода некретнину под хипотеком и да тиме измири своје потраживање. Стечајни дужник који је отворио поступак према Одељку 11 и 13 нема такву могућност.

Међутим, претходно не би имало значајан негативни утицај на пословање финансијских институција да цене некретнина нису нагло пале, па тиме оне понекад нису могле да наплате ни део потраживања. Други проблем био је и изузетно слаба утрживост некретнина. Из претходног следи да је појединац остваривао веће користи ако отвори стечајни поступак, него да уредно сервисира своју обавезу. Стога, знатан број стечајних дужника имао је статус квази дужника, а солвентност финансијских институција је рапидно опала, па су и саме отварале стечајни поступак. Даље последице глобалне економске кризе су познате, па се у овом раду нећемо на њих посебно освртати. Председник САД Барак Обама је у својим говорима често подсећао становништво да имају моралну и патриотску обавезу да измире своје обавезе према финансијским институцијама. Међутим, тек увођењем ригорозних правила за отварање стечајног поступка број истих је смањен. Очигледно, кључ је у адекватном филтрирању потенцијалних стечајних дужника које мора бити законски регулисано и под константним мониторингом од стране државних органа.

## **5. Закључна разматрања**

Стечај појединца као правни институт може допринети бољем функционисању финансијских тржишта, убрзањем поступка наплате потраживања финансијских институција и других поверилаца. Овај правни институт би требало да обезбеди и поштовање основних

људских права физичког лица, као стечајног дужника и очувања његовог достојанства. Као и код стечаја привредних друштава, подразумева се да стечајних дужник није у могућности да на адекватан начин управља својим финансијама, те му се стога додељује стечајни управник чија је основна функција контрола употребе финансијских средстава у одређеном временском периоду. Са аспекта појединца, основна предност овог правног института било би евентуално отписивање дугова, у зависности од његовог имовинског стања. У случају када не постоји одговарајућа и ригорозна селекција стечајних дужника, примена института стечаја појединца може имати врло негативне последице на привреду једне државе, али и глобалну економију. Анализом догађаја који су довели до настанка глобалне економске кризе и улоге стечаја појединца у њој, као последице, а више као узрока, закључујемо да је од изузетне важности адекватно законско регулисање овог поступка. Искуство држава које су већ увеле овај институт, од непроцењивог је значаја. Наиме, државе у окружењу које су сувише ригорозно поставиле правила за отпис дугова тренутно су суочене са могућношћу да изврше масован отпис потраживања стечајних дужника који засигурно неће бити у објективан. Са друге стране, државе у којима је поступак отписа дугова у стечајном поступку сувише флексибилно постављен, долази до негативне селекције стечајних дужника. Поучени тим искуством, потребно је увести правни институт стечаја појединца на такав начин да се његовом применом остваре главни социјални циљеви, уз истовремену максималну наплату потраживања.

### Литература

Astrid, D., Andreas, L. (2010). Personal Bankruptcy and Credit Market Competition. *The Journal of Finance*. 2 (LXV). 654–686

Бодул, Д. (2011). Особни стечај: Глобални тренд и хрватска перспектива. *Зборник Правног факултета у Ријеци*. 1 (XXXII). 351–379

ITSA. (2005). *The Consequences of Individual Bankruptcy*. [Electronic version]. Преузето 10.06.2015. [http://www.qpilch.org.au/\\_dbase\\_upl/Bankruptcy.pdf](http://www.qpilch.org.au/_dbase_upl/Bankruptcy.pdf).

Ловрић, В. (2004). *Стечај над имовином дужника појединца*. [Electronic version]. Преузето 18.09.2015. [http://www.sudacka-mreza.hr/doc/sr/radovi/Viktorija\\_Lovric\\_-\\_Stecaj\\_nad\\_imovinom\\_pojedince.pdf](http://www.sudacka-mreza.hr/doc/sr/radovi/Viktorija_Lovric_-_Stecaj_nad_imovinom_pojedince.pdf).

Martin, N., Paley, S. (2006). *J. K. Lasser's The New Bankruptcy Law & You*. New York: John Wiley & Sons

Миздраковић, В. (2012). *Компаративна анализа економских аспеката стечаја*. [Electronic version]. Преузето 20.09.2015. <http://www.singipedia>.

singidunum.ac.rs/content/3757-Komparativna-analiza-ekonomskih-aspekata-ste%C4%8Daja

Министарство правосуђа Републике Хрватске. (2015). *Закон о стечају потрошача*. [Electronic version]. Преузето 23.07.2015. <https://pravosudje.gov.hr/pristup-informacijama-6341/savjetovanja-sa-zainteresiranom-javnoscu/okoncana-savjetovanja/zakon-o-stecaju-potrosaca-8076/8076>

Pozen, R. (2010). *Too Big to Save*. New Jersey: John Wiley & Sons Inc.

Радовић, В. (2003). Развој индивидуалног стечаја у англосаксонским земљама. *Страни правни живот*. 12 (I–III). 121–134

Радовић, В. (2004). Стечај над имовином предузетника према усвојеном Закону о стечајном поступку. *Страни правни живот*. 12 (IX). 123–137

Радовић, В. (2006). *Индивидуални стечај*. Београд: Досије

Савет Европе. (1950). *Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода*. [Electronic version]. Преузето 11.09.2015. <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>

Tucker, J. (2006). *Bankruptcy Option for Individuals: Impact of the New Bankruptcy Law*. *Journal of Financial Service Professionals*. 4(LX). 58–67

Удружење банака Србије. (2015). *За девет година дуплирана задуженост у еврима по становнику Србије*. [Electronic version]. Преузето 18.11.2015. <http://www.ubs-asb.com/Default.aspx?tabid=9940>

Heerstrassen, F. (2012). *Germany Modernizes Insolvency Laws*. [Electronic version]. Преузето 22.11.2015. <http://www.terralex.org/publication/pf7dfa93fb0/germany-modernizes-insolvency-laws>

Wedoff, E. (2005). Means Testing in the New 707. *American Bankruptcy Law Journal*. 2(LXXIX). 231–281

### **Vule Mizdraković, PhD**

*Assistant Professor,*

*Faculty of Business in Belgrade, Singidunum University*

## **POSSIBLE RAMIFICATIONS OF INTRODUCING THE INSTITUTE OF PERSONAL BANKRUPTCY: THE USA EXPERIENCE**

### **Summary**

*In the past decade, the increase of household debt in Serbia as well as in the entire region has brought the issue of personal bankruptcy into the spotlight. The adoption of this procedure would enable individuals who are over-indebted and unable*

*to settle out the credit and current payables to file for personal bankruptcy. The main objective of this procedure would be to ensure the maximum reimbursement of creditors' claims from the debtor's available assets and annual revenues. Such a procedure would also provide for the protection of the debtor's basic human rights and dignity. In order to provide a fresh start for the debtor and his financial standing, bankruptcy proceedings commonly include debt write-offs, to some extent. Obviously, personal bankruptcy has two sets of goals, which are mutually inconsistent, contradictory and often incompatible. In order to prevent possible abuses, bankruptcy reasons must be clearly defined and set out in more rigorous terms. This paper analyzes the impact of personal bankruptcy in generating the global economic crisis and the repercussion that personal bankruptcy has had on the global economy.*

*The increase in the number of bankruptcy proceedings filed in the USA in 2005 was a warning about the forthcoming events. Mortgage loans were the major reason for filing a large number of personal bankruptcy claims. In fact, until 2006 the US real estate market had been booming but no one could have guessed then that the real estate values would fall sharply in the years to come. Credit deregulation caused higher demand for mortgage backed loans and the nation's household debt increased significantly. However, the negative selection of debtors, their insolvency and irregular payment of annuities caused turmoil, which generated major problems for financial institutions. At the end of 2007, nearly 16 percent of all mortgage loans were uncollectible in full. The analysis of events that led to the onset of the global economic crisis and the role of personal bankruptcy as its most probable cause yields a conclusion that the adequate legal regulation of this process is paramount. The experiences of countries that have already introduced this legal institute are invaluable. The countries in the region which have set too rigorous rules for debt write-offs are currently facing the option of undertaking massive write-offs of debtors' claims, which are most unlikely to be objective. On the other hand, in the countries which have envisaged too flexible proceedings for debt write-offs, there is a negative selection of debtors and default of financial institutions. With this experience in mind, it is necessary to regulate and apply the institute of personal bankruptcy so that it provides for the maximum debt collection as well as for accomplishing the major social goals.*

**Key words:** *indebtedness, individuals, negative selection.*

**Др Драгана Радовановић,\***  
Доцент Правног факултета за привреду и правосуђе,  
Привредна академија, Нови Сад

СТРУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrpfni1672247R

UDK: 349.24:331.322.5

Рад примљен: 30.03.2016.  
Рад прихваћен: 16.05.2016.

## **РАДНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ЗАПОСЛЕНЕ ЖЕНЕ КОЈА ДОЈИ**

**Апстракт:** *Радноправни положај запослене жене која доји суштински одређује посебна заштита. Таква заштита имплицира низ посебних мера осмишљених са циљем да се запослена жена која доји и дете потпуније заштите, будући да су умногоме посебно осетљиви. Запосленој жени која доји, у том смислу, јамчи се право на једну или више пауза у току дневног рада или на скраћење дневног радног времена како би дојила, ако се врати на рад пре истека годину дана од рођења детета, као и заштита од рада на пословима који су штетни за њено здравље и здравље детета и заштита у оквиру института радног времена. Потпуна заштита запослене жене која доји, међутим, претпоставља и заштиту од дискриминације на основу породичних обавеза и стварање услова за делотворно остваривање права сваког запосленог на правичне услове рада, с обзиром на ризик дискриминације којем је изложена и проблеме са којима се суочава при остваривању појединих права из радног односа. У раду је анализиран радноправни положај запослене жене која доји са циљем да се осветле и размотре циљеви њене (радно) правне заштите и укаже на ризике који угрожавају њено достојанство и добробит.*

**Кључне речи:** *посебна заштита запослене жене која доји, заштита материнства, забрана дискриминације на основу породичних обавеза.*

### **1. Претходне напомене**

Радноправни положај запослене жене која доји у средишту је конфронтације између захтева за обезбеђивање посебне заштите на раду и захтева за унапређивање једнакости жена и мушкараца у сфери рада. Помирење ових наизглед противуречних захтева представља изазов за радно право на који оно мора адекватно одговорити да би се очувало и унапредило здравље запослене жене која доји и детета, заштитио биолошки и демографски

---

\* draganarado@sbb.rs

интегритет друштва, обезбедила боља заштита материнства, повећала стопа наталитета, ефикасније спречила и елиминисала дискриминација на основу породичних обавеза, итд. Истовремено, њихово помирење распирује полемику о корисности и ограничењима права на разлику у једном од најважнијих домена људске егзистенције – раду. Полазећи од модерног приступа једнакости, женама треба обезбедити заштиту на истој основи и под истим стандардима као и мушкарцима, а посебну заштиту из биолошких или физиолошких разлога и ради заштите материнства.

## **2. Национални стандарди о посебној заштити запослене жене која доји**

Национални стандарди о посебној заштити запослене жене која доји садржани су, пре свега, у Закону о раду (*Сл. гласник РС*, 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14), који је матични закон у области рада и има својство општег закона. При њиховом доношењу уважени су, али фрагментарно, међународни стандарди о посебној заштити запослене жене која доји. Из тог разлога, требало би даље радити на њиховом усаглашавању са међународним стандардима у овој области.<sup>1</sup> У противном, ствара се привид напретка и усаглашености, а уствари нарушава њихов ефекат.

### **2.1. Посебна заштита запослене жене која доји**

Традиционално, посебна заштита запослене жене која доји један је од стубова оног дела радног законодавства који се односи на посебну заштиту запослених жена.<sup>2</sup>

---

1 Посебно, требало би радити на усаглашавању националних стандарда са стандардима садржаним у Директиви Савета Европе број 92/85 о увођењу мера за подстицање побољшања безбедности и здравља на раду запослених трудница, или породиља, или дојиља, и то из два разлога. Први открива чињеница да је инкорпорирање "Acquiscommunitarie" у национални поредак један од услова које наша земља мора испунити да би била примљена у чланство Европске уније, а други чињеница да су комунитарна решења прилагођенија националним околностима, конкретнија и детаљнија у односу на решења садржана у конвенцијама и препорукама Међународне организације рада.

2 Прве радно заштитне норме, садржане у Закону о заштити радника из 1922. године, тичале су се и посебне заштите жене и мајке, а 1949. године донета је Уредба о заштити трудних жена и мајки дојиља у радном (службеничком) односу, први специјални пропис о посебној заштити запослених жена које доје. Једно време нису постојале одредбе усмерене специфично на заштиту запослених жена које доје, али су оне, као родитељи, уживале заштиту у оквиру института радног времена. Изменама и допунама Закона о раду, које су ступиле на снагу априла месеца 2013. године, посебна заштита запослених жена проширена је на запослене жене које доје. Тиме је учињен корак даље



Посебна заштита запослене жене која доји, инхерентна специфичној улози жене у биолошкој репродукцији становништва<sup>3</sup>, конципирана је у уверењу да је запослена жена која доји у многоме посебно осетљива, због чега мора бити заштићена од свих, за њу, специфичних ризика, обезбеђивањем додатне заштите безбедности и здравља на раду. Прињеном конципирању дошло је до изражаја и уверење да је дете посебно осетљиво и да се имплементацијом посебних мера за заштиту запослене жене која доји мора изаћи у сусрет његовим потребама и интересима. У литератури се, отуда, среће констатација да је посебна заштита запослене жене која доји заштита материнства, специфичног односа који се развија између мајке и детета (Јовановић, 2015: 265). Али, она није и не може бити и заштита родитељства. Уместо запослене жене која доји, не може је користити мушкарац, као родитељ, усвојилац, старатељ или хранитељ, јер би другачије решење било инкомпатибилно њеној природи и садржини.<sup>4</sup> Чињеница да је не може користити мушкарац, као родитељ, указује да њена примена узрокује диференцијални третман жена и мушкараца на радном месту. Ипак, не сматра се дискриминацијом, пошто је оправдана биолошким и физиолошким разлозима и потребом да се, пружањем подршке свим улогама које жена има у демократском друштву, запосленој жени омогући остваривање материнске улоге, а да не буде маргинализована на радном

---

ка усклађивању националних стандарда са стандардима садржаним у Конвенцији Међународне организације рада број 183 о заштити материнства, коју је Република Србија ратификовала 2010. године (Сл. гласник РС – Међународни уговори, 1/10) и стандардима садржаним у Директиви Савета Европе број 92/85 о увођењу мера за подстицање побољшања безбедности и здравља на раду запослених трудница, или породила, или дојиља.

3 Дојење, процес у којем мајка храни дете млеком из својих груди, представља природни наставак трудноће. Наиме, анатомске и физиолошке промене иманентне другом стању настају и услед појачаног лучења хормона естрогена и прогестона, лактогена и пролактинина. Услед појачаног лучења хормона естрогена и прогестона долази до повећања количине масног ткива и појачање протока крви у дојкама, због чега груди постају веће и теже и неретко отичу, а појачано лучења хормона лактогена изазива раст дојки и брадавица и повећање и тамњење ареола. Око шеснаесте недеље трудноће, појачано лучење хормона пролактина, иницира производњу такозваног “предмлека”, али до лактације не може доћи услед високе концентрације хормона естрогена и прогестона, који спречавају учинак пролактина на жлездно ткиво дојки. Након порођаја ниво ових хормона нагло опада, те жена може дојити (Тараба, 2015:5).

4 Уважавајући различитост ситуација запослених жена, као и решења која постоје у упоредном праву, а у најбољем интересу детета, било би корисно предвидети право оца, усвојоца, старатеља и хранитеља на једну или више пауза у току дневног рада или на скраћење дневног радног времена ради храњења детета под условима под којима се право на једну или више пауза у току дневног рада или на скраћење дневног радног времена признаје мајци ради дојења. Повереник за заштиту равноправности, 2013.

месту. Истинска једнакост за запослене оба пола, међутим, може се постићи само ако је посебна заштита заиста усмерена на пружање подршке или помоћи. Из тог разлога, а у светлу развоја науке, технике и технологије, заштитне мере треба периодично преиспитати да би се утврдило да ли су још увек адекватне и примерене (Петровић, 2009: 220).

Посебна заштита запослене жене која дојије слојевита и комплексна, усмерена ка потпунијој заштити запослене жене која доји и детета. Запосленој жени која доји, у том смислу, јамчи се право на једну или више пауза у току дневног рада или на скраћење дневног рада ради дојења, уколико се врати на рад пре истека годину дана од рођења детета, као и заштита од рада који је штетан за њено здравље и здравље детета и заштита у оквиру института радног времена (чл. 90а и 93 Закона о раду). Посебне мере заштите, дакле, имају превентивно дејство, које се исцрпљује стварањем услова рада којима се до највеће могуће мере штити здравље и безбедност запослене жене која доји и здравље детета. Истовремено, оне су привремене и примењују се док дете не напуни годину или док постоји ризик по здравље запослене жене која доји и детета.

## ***2.2. Правозапослене жене на једну или више пауза у току дневног рада или на скраћење дневног радног времена како би дојила***

По истеку породилског одсуства, запослена жена може се вратити на рад из финансијских или других разлога. Повратак на рад не лишава је могућности да доји за време радног времена, јер има право на једну или више пауза у току дневног рада или на скраћење дневног времена.

Запослена жена има право на једну или више пауза у току дневног рада или на скраћење дневног радног времена како би дојила, уколико се врати на рад пре истека годину дана од рођења детета (чл. 93а, ст. 1 Закона о раду), сагласно “општој здравственој препоруци” Светске здравствене организације о искључивом дојењу у првих шест месеци и продуженом дојењу онолико дуго колико оно прија мајци и детету, као и препоруци ове организације о поступном увођењу чврсте хране у исхрану детета од шестог месеца (ILO, 2012: 5). Другим речима, она нема ово право када дете напуни годину, јер дете тог узраста има неколико дневних оброка чврсте хране и лако може издржати без мајчиног млека док је она на послу.

Запослена жена има право на једну или више пауза у току дневног рада или на скраћење дневног радног времена како би дојила, уколико њено радно време траје шест или више часова дневно (чл. 93а, ст. 1 Закона о раду). Дакле, уколико ради са пуним радним временом или са непуним

радним временом, али не краћим од шест часова, пошто радно време краће од шест часова дневно није препрека дојењу.

Запослена жена има право на једну или више пауза у току дневног рада у укупном трајању од 90 минута или на скраћење дневног радног времена у трајању од 90 минута како би дојила (чл. 93а, ст. 1 Закона о раду). Респектујући различитост ситуација запослених жена које доје и решења која постоје у упоредном праву, било би корисно прописати да запослена жена, која роди двоје или више деце при истом порођају или роди превремено, има право на једну или више пауза у току дневног рада или на скраћење дневног радног времена како би дојилау трајању дужем од 90 минута, према мишљењу Повереника за заштиту равноправности, у трајању од 120 минута. Било би корисно прописати да право на паузу у току дневног рада ради дојења има и запослена жена која ради краће од шест часова дневно, али у трајању краћем од 90 минута, према мишљењу Повереника за заштиту равноправности, у трајању од 45 минута, пошто запослени, који раде са непуним радним временом, имају сва права из радног односа као и запослени који раде са пуним радним временом, с тим да та права остварују сразмерно времену проведеном на раду, односно у складу са принципом *pro rata temporis* (Повереник за заштиту равноправности, 2013).

Време једне или више пауза у току дневног рада и скраћења дневног радног времена урачунава се у радно време (чл. 93а, ст. 2 Закона о раду) и сматра временом проведеним на раду у сврху одређивања права из радног односа. Чињеница је, међутим, да запослена жена која доји за време коришћења једне или више пауза у току дневног рада не ради, већ делимично одсуствује са рада, те по том основу остварује накнаду зараде у висини основне зараде, увећане за минули рад (чл. 93а, ст. 2 Закона о раду).

Пауза у току дневног рада може се користити једнократно или у деловима, уз сагласност запослене жене која доји и послодавца. Када се пауза у току дневног рада користи једнократно, у непрекидном трајању, време њеног коришћења може се распоредити на почетку или на крају дневног радног времена тако да се трајање дневног радног времена скрати (Албинезе, Новаковић: 2014: 130). Такво коришћење паузе, отуда, одговара запосленој жени која, због удаљености места становања од места рада, не може за 90 минута да оде кући, подоји дете и врати се на рад. Када се пауза у току дневног рада користи у деловима, учесталост и дужину пауза треба прилагодити потребама запослене жене која доји и потребама детета, на

основу налаза надлежног здравственог органа.<sup>5</sup> Уколико природа посла не дозвољава прекид рада или подразумева рад са странкама, запосленој жени која доји у време коришћења паузе обезбеђује се замена, ангажовањем запосленог из дела процеса рада у којем је прекид рада допуштен.

Када је то могуће, на радном месту или у његовој близини треба обезбедити просторију за подој. Ова просторија мора испуњавати хигијенске услове, услове у погледу опремљености, итд, а средства за њено обезбеђивање и одржавање обезбедити у оквиру система обавезног социјалног осигурања или из буџета државе; послодавац не би требало да сноси трошкове њеног обезбеђивања и одржавања како би се обезбедила боља заштита материнства и унапредио положај жене на радном месту (ILO, 2012:4).

Запослена жена остварује право на једну или више пауза у току дневног рада или на скраћење дневног радног времена како би дојила на основу одлуке послодавца, донете на њен захтев.<sup>6</sup> То право остварује независно од тога користи ли у исто време и за исто дете друга права у вези са посебном заштитом, јер би другачије решење било инкомпатибилно природи и садржини посебне заштите. То право остварује и независно од права на одмор у току дневног рада, јер једну или више пауза у току дневног рада или скраћење дневног радног времена користи у сврху дојења, а одмор у току дневног рада ради обнове радног потенцијала и ослобађања од умора. Из тог разлога, паузу у току дневног рада може користити на почетку или на крају дневног радног времена, а одмор у току дневног рада у време наступања првог замора, половином дневног рада (Албинезе, Новаковић, 2014:131).

### ***2.3. Заштита запослене жене која доји од рада на пословима који су штетни за њено здравље и здравље детета***

Послови које обавља запослена жена која доји могу штетно утицати на њено здравље и здравље детета, и поред примене мера заштите.<sup>7</sup> Из тог

---

5 Када напуни шест месеци, дете би требало дојити пет или шест пута у току дана, а подој може трајати од десет до тридесет минута, зависно од количине и брзине отицања млека, снази и будности детета, итд. (Тараба, 2015: 9).

6 По угледу на решења која постоје у упоредном праву, било би корисно прописати да запослена жена прилаже захтеву за остваривање права на једну или више пауза у току дневног рада или на скраћење дневног радног времена потврду изабраног лекара, специјалисте педијатра, да доји. Прилагање потврде требало би да је одврати од евентуалног манипулисања са остваривањем овог права и допринесе бољој заштити материнства.

7 Истраживања у области безбедности и здравља на раду показују да је излагање жене штетном зрачењу на радном месту један од фактора ризика за неправилан развој мозга

разлога, а у циљу обезбеђивања услова рада којима се до највеће могуће мере стварају претпоставке за њихово потпуно физичко, психичко и социјално благостање, запослена жена која доји ужива заштиту од рада на пословима који су штетни за њено здравље и здравље детета. Заштита од рада на таквим пословима формулисана је у најширем смислу како би се заштитила од рада на свим пословима који штете њеном здрављу и здрављу детета. Тако, она не може да ради на пословима који су, по налазу надлежног здравственог органа, штетни за њено здравље и здравље детета, а нарочито на пословима који захтевају подизање терета, или на којима постоји штетно зрачење, или изложеност екстремним температурама и вибрацијама (чл. 89, ст. 1 Закона о раду).

Заштита запослене жене која доји од рада на пословима који, на основу налаза надлежног здравственог органа, штете њеном здрављу и здрављу детета дизајнирана је тако да се запослена жена која доји заштити од рада на пословима на којима не постоји повећана опасност од повређивања, професионалних или других обољења. При њеном конципирању пошло се од поставке да и послови за које нису прописани посебни услови рада могу штетно утицати на здравље запослене жене која доји и здравље детета, уколико је морфолошки, ендокрини, сензитивни и, уопште, физиолошки склоп запослене жене која доји такав да, и поред примене мера заштите, не може, без штете по своје здравље и здравље детета, поднети рад на таквим пословима (Јовановић, 2015: 266). С тим у вези, надлежни здравствени орган мора оценити њену способност да ради на таквим пословима, а да не наруши своје здравље и здравље детета,<sup>8</sup> а његова оцена обавезује и послодавца и запослену жену која доји. Другим речима, послодавац мора обезбедити запосленој жени која доји алтернативу раду који је, по налазу надлежног здравственог органа, штетан за њено здравље и здравље детета, а запослена жена која доји мора наставити са обављањем послова у складу са уговором о раду, уколико надлежни здравствени орган оцени да њихово обављање не штети њеном здрављу и здрављу детета. У литератури се, отуда, среће констатација да је заштита запослене жене која доји од рада на пословима на којима не постоји повећана опасност од

---

детета које доји и одговарајуће промене у његовом психичком развоју (ILO, 2012: 4).

8 Надлежни здравствени орган, а то је лекарска комисија при медицини рада, у ту сврху врши стручну анализу и, пажљиво и у складу са правилима професионалне етике, утврђује здравствено стање запослене жене која доји и здравствено стање детета, природу и тежину послова које она обавља, испуњеност услова за њен безбедан и здрав рад на тим пословима и друге релевантне чињенице. Овај орган врши стручну анализу о трошку послодавца, а на захтев запослене жене која доји (иако не постоје законске сметње да је врши на захтев послодавца), а подаци које прикупи не могу се користити у сврху дискриминације.

повређивања, професионалних или других обољења условна и примењује се на основу налаза надлежног здравственог органа да рад на таквим пословима штети њеном здрављу и здрављу детета (Ивошевић, Ивошевић, 2015: 205).

Заштита запослене жене која доји од рада на пословима који захтевају подизање терета, или на којима постоји штетно зрачење, изложеност екстремним температурама или вибрацијама осмишљена је са циљем да се запослена жена која доји посебно заштити од рада на пословима за које су прописани посебни услови рада,<sup>9</sup> будући да рад на таквим пословима, и поред примене мера заштите, излаже запослене повећаној опасности од повређивања, професионалних или других обољења. Из тог разлога, постављена је енергичније у односу на заштиту запослене жене која доји од рада на пословима који су, по налазу надлежног здравственог органа, штетни за њено здравље и здравље детета – није условљена налазом надлежног здравственог органа да је рад на таквим пословима штетан за њено здравље и здравље детета и примењује се против воље запослене жене која доји и против воље послодаваца (Јовановић, 2015: 266).

Запослена жена која доји штити се од рада на пословима који су штетни за њено здравље и здравље детета забраном рада на таквим пословима. Послодавац, отуда, има обавезу да запосленој жени која доји обезбеди алтернативу таквом раду у виду обављања других одговарајућих послова (чл. 89, ст. 2 Закона о раду), премештајући је на послове за чије се обављање захтева врста и степен стручне спреме који су предвиђени уговором о раду (чл. 171, ст. 2 Закона о раду), без умањења зараде. Уколико таквих послова нема, мора је упутити на плаћено одсуство (чл. 89, ст. 2 Закона о раду), са правом на накнаду зараде у висини зараде коју би остварила да ради. У противном<sup>10</sup>, запослена жена која доји може се обратити инспекцији рада.

---

<sup>9</sup> При идентификацији радних места на којима се обављају послови који захтевају подизање терета, или на којима постоји штетно зрачење, изложеност екстремним температурама или вибрацијама, послодавцу може користити Правилник о радним местима, односно пословима на којима се стаж осигурања рачуна са увећаним трајањем (Сл. гласник РС, 105/03, 126/04, 93/05, 3/07, 8/07, 56/07, 23/08, 94/10, 48/11) и Методологија за израду стручне документације за утврђивање и ревизију радних места на којима се рачуна стаж са увећаним трајањем, пошто се стаж са увећаним трајањем рачуна и на радним местима на којима се обављају послови који захтева подизање терета, или на којима постоји штетно зрачење, или изложеност екстремним температурама, или вибрацијама (Албинезе, Новаковић, 2014: 124).

<sup>10</sup> Послодавац би требало да обезбеди запосленој жени која доји алтернативу раду који је штетан за њено здравље и здравље детета у року од осам дана од дана пријема њеног захтева за остваривање права на заштиту од рада на таквим пословима (и налаза надлежног здравственог органа), јер Закон о безбедности и здрављу на раду

Њено је право и да у самозаштити одбије да ради уколико сматра да су њен живот и здравље непосредно угрожени због непредузимања мера заштите, док те мере не буду предузете. Одбијање се не може сматрати повредом радне обавезе, нити основом за отказ уговора о раду од стране послодавца, јер је забрана рада на пословима који су штетни за њено здравље и здравље детета једна од (правних) мера заштите (Албинеze, Новаковић, 2014: 256). Послодавац, међутим, мора одмах обавестити инспекцију рада о одбијању да ради, уколико сматра да њен захтев за предузимање мера заштите није основан (чл. 33 Закона о безбедности и здрављу на раду).

Заштита запослене жене која доји од рада на пословима који штете њеном здрављу и здрављу детета темељи се на процени ризика. Посредством ове превентивне активности систематски се евидентирају и процењују могуће опасности и штетности на радном месту и у радној околини и анализира вероватноћа настанка и тежине могуће повреде на раду, професионалног и другог обољења, што је од суштинског значаја за утврђивање начина и мера за њихово отклањање, спречавање или смањење на најмању могућу меру (чл. 13, ст. 1 Закона о безбедности и здрављу на раду). С тим у вези, било би корисно прописати обавезу послодавца да обавести запослену жену која доји о резултатима процене ризика и начинима и мерама за њихово спречавање, отклањање или смањење на најмању меру.

#### ***2.4. Заштита запослене жене која доји у оквиру института радног времена***

Заштита запослене жене која доји у оквиру института радног времена имплицира заштиту од прековременог рада<sup>11</sup> и заштиту од ноћног рада,

---

(Сл. гласник РС, 101/05) предвиђа да је послодавац дужан да у року од осам дана од дана пријема захтева запосленог предузме мере заштите које по његовом мишљењу нису предузете.

11 Заштиту запослене жене која доји од прековременог рада треба шире посматрати тако да обухвати и заштиту од дежурства, јер дежурство представља облик прековременог рада којим се у здравственим установама обезбеђује непрекидна болничка и ванболничка здравствена заштита. Заштита запослене жене која доји од прековременог рада, међутим, не укључује заштиту од рада у режиму прерасподеле радног времена, пошто се прерасподела радног времена не сматра прековременим радом (чл. 58 Закона о раду). Али, запослена жена која доји је родитељ детета које није напунило три године, те може радити у једном периоду онолико дуже колико ће у другом периоду радити краће, под условом да укупно радно време у периоду прерасподеле, у просеку, не буде дуже од законом утврђеног пуног радног времена, уз своју писану сагласност. Дату сагласност може опозвати у свако доба у писаној форми, ако то налажу њени интереси и/или интереси детета.

будући да је прековремени и ноћни рад рад под посебним условима<sup>12</sup>, који може угрозити њено здравље и здравље детета.<sup>13</sup> Из тог разлога, а у циљу стварања претпоставки за њихово потпуно физичко, психичко и социјално благостање, запослена жена која доји не можеда ради прековремено и ноћу, уколико би такав рад, по налазу надлежног здравственог органа, био штетан за њено здравље и здравље детета (чл. 90, ст. 1 Закона о раду). Дакле, она не може да ради прековремено и ноћу, уколико надлежни здравствени орган оцени да је њен физиолошки склоп такав да, и поред примене мера заштите, не може, без штете по своје здравље и здравље детета, поднети такав рад.<sup>14</sup> У литератури се, отуда, среће констатација да је заштита од прековременог и ноћног рада условна и да се примењује од случаја до случаја, односно када надлежни здравствени орган оцени да би такав рад могао бити штетан за њено здравље и здравље детета (Јовановић, 2015: 265).

Запослена жена која доји штити се од прековременог рада забраном таквог рада. Дакле, послодавац не може захтевати од ње да ради дуже од пуног радног времена у случају више силе, изненадног повећања обима посла

---

12 Прековремени рад представља рад под посебним условима, пошто се обавља по истеку пуног радног времена и као такав захтева појачане психофизичке напоре. И ноћни рад је рад под посебним условима. Такав рад обавља се у периоду од 22 часа до 6 часова наредног дана, те ремети циркадијални ритам и захтева појачане психофизичке напоре.

13 Прековремени и ноћни рад узрокује стрес, умор, недостатак сна, лоше животне и прехрамбене навике, смањену физичку активност, итд., и, с тим у вези, сметње у кардиоваскуларним, гастроинтестилним, неуропсихичким и другим функцијама, као и повреде на раду услед пада моторичких способности. Приметан је и штетан утицај таквог рада на здравље детета. Промене у неуропсихичким функцијама запослене жене, као што су умор, раздражљивост и нерасположење редукују имуно факторе у њеном млеку, смањујући отпорност детета према прехладама и инфекцијама. Истраживања показују и да је ноћни рад један од фактора ризика за неправилан развој мозга детета и одговарајуће промене у његовом психичком развоју, будући да је ноћно мајчино млеко, у односу на дневно, богатије триптофаном. Ноћни рад штети и психичком развоју детета, изазивајући осећај страха и несигурности због одсуства мајке током ноћи (ILO, 2010:75).

14 Уколико надлежни здравствени орган оцени да прековремени и ноћни рад није штетан за здравље запослене жене која доји и здравље детета, она ужива заштиту од таквог рада у улози родитеља детета које није напунило три године, те може радити прековремено и ноћу, уз своју писану сагласност (чл. 91, ст. 1 Закона о раду). Условљавајући такав рад писаном сагласношћу родитеља детета које напунило три године, законодавац је сагледао могућност увећања породичног буџета, будући да запослени има право на увећану зараду за прековремени и ноћни рад најмање 26% од основице, с тим да право на увећану зараду за ноћни рад остварује уколико такав рад није вреднован при утврђивању основне зараде (чл. 108, ст. 1 Закона о раду).



и у случају када је непланирани посао неопходно завршити у одређеном року, уколико би такав рад био штетан за њено здравље и здравље детета, иако у тим случајевима може захтевати од осталих запослених да раде дуже од пуног радног времена.<sup>15</sup>

Запослена жене која доји штити се од ноћног рада забраном рада у периоду од 22 часа до 6 часова наредног дана. С тим у вези, послодавац мора обезбедити запосленој жени која доји, а ради на пословима који се, по природи, обављају у том периоду или чија природа не допушта прекид рада, алтернативу таквом раду у виду обављања послова у току дана.

### **3. Породичне обавезе – недопуштен основ разликовања запослених**

При уређивању радноправног положаја запослене жене која доји дошло је до изражаја уверење да се сва људска бића рађају једнака у достојанству и правима и да свако стављање запослене жене која доји у неповољнији положај у односу на остале запослене у истој или сличној ситуацији представља повреду њеног достојанства и негира је и као људско биће и као родитеља. Из тог разлога, радно законодавство настоји да запосленој жени која доји обезбеди иста права из радног односа као и осталим запосленима, забрањујући посредну и непосредну дискриминацију запослених и на основу породичних обавеза у односу на: услове рада и сва права из радног односа; образовање, оспособљавање и усавршавање; напредовање на послу; отказ уговора о раду (чл. 18 и 20 Закона о раду). Тако формулисана забрана дискриминације не искључује могућност различитог поступања према запосленима, ако су одговарајуће разлике узроковане њиховим радним искуством, способношћу, вештинама или различитим (посебним) условима рада.<sup>16</sup> Пракса, међутим, показује да је запослена жена која доји изложена ризику дискриминације услед намере послодавца да избегне додатне трошкове и тешкоће, инхерентне заштити материнства, и његове склоности да претпостави да је она, пре свега, мајка која брине о детету, а пословне обавезе ставља на друго

---

15 Пошто прековремени рад представља рад дужи од пуног радног времена, а не рад дужи од уговореног (непуног) радног времена, запослена жена која доји има право на заштиту од таквог рада, уколико ради са пуним радним временом.

16 Тако, послодавац не поступа дискриминаторски када запосленој жени која доји откаже уговор о раду због непоштовања радне дисциплине, јер је непоштовање радне дисциплине оправдан разлог за отказ уговора о раду, а дискреционо је право послодавца да одлучи да ли ће отказати уговор о раду. Другим речима, послодавац може да прави разлику између запослених све док различито поступање настаје као последица примене раније прописаних објективних критеријума (услова за стицање и остваривање права и погодности из радног односа).

место (Повереник за заштиту равноправности, 2012). Из тог разлога, наредни корак у уређивању радноправног положаја запослене жене која доји био би уклањање препрека за доследну примену принципа забране дискриминације. Истовремено, запослена жена која доји суочава се са проблемима при остваривању појединих права из радног односа, који су битно различити и специфични у односу на проблеме са којима се сусрећу остали запослени.<sup>17</sup> Наредни корак у уређивању њеног радноправног положаја, отуда, требало би да буде стварање претпоставки за делотворно остваривање права сваког запосленог на правичне услове рада.<sup>18</sup>

#### 4. Уместо закључка

Радноправни положај запослене жене која доји умногоме је побољшан након ступања на снагу измена и допуна Закона о раду априла месеца 2013. године. Ипак, разлога за забринутост има на претек.

Посебна заштита обезбеђена је запосленој жени која доји – дакле, жени која доји, а закључила је уговор о раду на неодређено или одређено време, са пуним или непуним радним временом. Истовремено, таква заштита ускраћена је жени која доји, а ради ван радног односа по основу уговора о стручном оспособљавању и усавршавању, уговора о привременим и повременим пословима, уговора о делу и уговора о допунском раду, због тога што ради ван радног односа. Овакво решење подлеже критици, с обзиром на то да се жени која доји, а ради ван радног односа, мора обезбедити посебна заштита из истих разлога због којих се мора обезбедити запосленој жени која доји.

---

17 Defacto након повратка са одсуства због трудноће и порођаја и одсуства ради неге детета запослена жена буде распоређена на мање плаћене и неодговарајуће послове. Због обавеза према детету које доји, она има скромније могућности да се образује, оспособљава и стручно усавршава и напредује и настоји да ради са непуним радним временом, што утиче на остваривање права из радног односа која су условљена дужином радног времена. Шансе да остане без посла су велике, јер послодавац, по свом нахођењу, може активирати изјаву о отказу уговора о раду, коју је дала на његов захтев при заснивању радног односа. Повереник за заштиту равноправности, 2012.

18 У пракси је чест случај да након повратка са одсуства због трудноће и порођаја и одсуства ради неге детета запослена жена буде распоређена на мање плаћене и неодговарајуће послове. Због обавеза према детету које доји, она има скромније могућности да се образује, оспособљава и стручно усавршава и напредује и настоји да ради са непуним радним временом, што утиче на остваривање права из радног односа која су условљена дужином радног времена. Шансе да остане без посла су велике, јер послодавац, по свом нахођењу, може активирати изјаву о отказу уговора о раду, коју је дала на његов захтев при заснивању радног односа. Повереник за заштиту равноправности, 2012.

Запослена жена која доји суочава се са проблемима при остваривању права на једну или више пауза у току дневног рада услед непостојања просторије за подој на радном месту или у његовој близини, као и посебне патронажне службе која би организовала превоз мајке или детета ради подоја. Овај проблем може се решити скраћењем дневног радног времена, коришћењем паузе на почетку или на крају дневног радног времена. Питање је да ли је скраћење дневног радног времена (и коришћење једне или више паузе у току дневног рада) у интересу послодавца, пошто је дужан да запосленој жени која доји по том основу исплати накнаду зараде, увећану за минули рад.

Заштита запослене жене која доји од рада на пословима са повећаним ризиком фокусирана је на послове који захтевају подизање терета, или на којима постоји штетно зрачење, или изложеност екстремним температурама и вибрацијама. Али, по угледу на међународне стандарде у овој области, а у циљу стварања претпоставки за њихово потпуно физичко, психичко и социјално благостање, требало би је проширити на заштиту од рада на пословима који захтевају дуготрајно седење или стајање, или који укључују излагање екстремним температурама, или биолошким, хемијским или физичким агенсима.

Потпуна заштита запослене жене која доји подразумева и имплементацију проактивнијих мера, као што су: спровођење кампања обавештавања о важности дојења, охрабривање и подстицање запослених жена да наставе са дојењем и након повратка на рад, подстицање интензивне размене информација и искустава међу запосленим женама које доје, давање публицитета добрим праксама. Истовремено, требало би предузети мере подршке породици како би запослена жена која доји лакше ускладила пословне и породичне обавезе (Повереник за заштиту равноправности, 2012).

## Литература

Алибинезе, Ж. и Новаковић, С. (2014). *Коментар Закона о раду, Пето измењено и допуњено издање*, Београд: Пословни биро

Ивошевић З. и Ивошевић М. (2015). *Коментар Закона о раду, Треће издање*, Београд: Службени гласник

ILO (2010). MATERNITY AT WORK A review of national legislation Findings from the ILO Database of Conditions of Work and Employment Laws, Second Edition. Geneva: ILO. (Elektronic version). Retrived 15 January, from: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang>

ILO(2012).Maternity Protection Resource Package: From Aspiration to Reality for All/International Labour Office,Conditions of Work and Employment Programme (TRAVAIL). Geneva: ILO.(Elektronic version). Retrived 15 January, from: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang>

Јовановић, П. (2015).*Радно право, Седмо измењено и допуњено издање*, Нови Сад: Правни факултет у Новом Саду

Петровић, А. (2009).*Међународни стандарди рада*, Ниш: Правни факултет у Нишу

Повереник за заштиту равноправности. *Мишљење о одредбама Предлога закона о изменама и допунама Закона о раду*. Преузето 15. јула 2015.

Повереник за заштиту равноправности. *Приручник за борбу против дискриминације на раду (међународни стандарди, национално законодавство, судска пракса)*. 2012

Тараба, М. (2015). *Пут ка успешном дојењу*. Београд: Креативни центар

Закон о раду. *Службени гласник РС*. Бр.24 (2005), 61 (2005), 54 (2009), 32 (2013), 75 (2014)

Закон о безбедности и здрављу на раду. *Службеник гласник РС*. Бр. 101 (2005)

Конвенција Међународне организације рада број 183 о заштити материнства. *Службени гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 1 (2010)

Препорука Међународне организације рада број 191 о заштити материнства. *Службени гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 1 (2010)

**Dragana Radovanović, LL.D.**

Assistant Professor,  
Faculty of Law for Commerce and Judiciary,  
University Business Academy, Novi Sad

## **THE STATUS OF A BREASTFEEDING WOMAN IN LABOUR LAW**

### **Summary**

*The legal status of an employed woman who is breastfeeding is regulated by the special Occupational Safety and Health Act. This Act implies a number of specific measures developed to ensure that breastfeeding women and their children, as a particularly vulnerable group, are provided with a fuller support and protection. Thus, a breastfeeding woman is guaranteed the right to take one or more daily breaks to breastfeed her child, or the right to work shorter working hours on the daily basis, provided that she returns to work within a period of one year from the birth of her child. Moreover, a breastfeeding woman shall not be obliged to perform work which has been assessed as significantly risky to her health or to the health of her child. However, a complete occupational safety and health protection of a breastfeeding woman also implies protection from discrimination on the grounds of family responsibilities, as well as creating work environment where every employee can effectively exercise the right to fair working conditions, taking into consideration the risk of discrimination that the breastfeeding woman is exposed to and the difficulties she faces while exercising certain employment rights. This paper analyses the status of employed breastfeeding women in labour legislation in order to discuss and underscore the legal protection goals and to indicate the risks which endanger their dignity and wellbeing.*

**Key words:** *specific protection of breastfeeding women, maternity protection, prohibition of discrimination based on family responsibilities.*



## II СУДСКА ПРАКСА

---

---





## **НЕЗАХВАЛНОСТ ПОКЛОНОПРИМЦА – КАКО ЈЕ СУДСКА ПРАКСА ДОПУНИЛА ЗАКОНОДАВЦА\*\***

**Апстракт:** *Поклонодавац може опозвати уговор о поклону због поклонопримчеве незахвалности, иако је уговор, у начелу, неопозив. Како је у том случају спор између уговарача неминован, редовно се решава судским путем. Будући да формални извори права не могу да предвиде све облике поклонопримчеве незахвалности, у парницама поводом опозива поклона суд има креативну улогу. Попуњавајући неминовне празнине, судови некадашњих југословенских република су законске одредбе детаљно разрадили, изградивши правни стандард „велика незахвалност“. Рад цитира 24 пресуде о: односу незахвалности и кривичне одговорности; степеновању незахвалности; поклонопримчевом нечињењу штетном по поклонодавца; незахвалности која се манифестује у дужем временском периоду и опозиву због мешања трећих лица.*

**Кључне речи:** *поклон, уговор, незахвалност, опозив, правни стандард, судска пракса.*

### **1. Уводне напомене**

Позитивна одредба Српског грађанског законика о незахвалности поклонопримца је сведена копија изворне одредбе аустријског Грађанског законика. „Поклон се може порећи ако обдарени велику неблагодарност спрам дародавца покаже, нанесећи вред његовом животу, телу, части, и нарушавајући његову слободу и имање“ (§ 567 ст. 2 СГЗ). Судови некадашњих југословенских република су поменуте одредбе лепо разрадили, ослањајући се на стране формалне изворе и раније домаће одлуке.

\* mihajloc@prafak.ni.ac.rs

\*\* Чланак представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (евиденциони број 179046), који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

Збирке судске праксе садрже пуно материјала о опозиву поклона због незахвалности, па су за потребе овог приказа одабране само поједине теме, као мање заступљене у литератури или зато што је њихова оригиналност привукла пажњу аутора. Теме су читаоцу приближене комбиновањем редигованих сентени и образложења судских одлука, обрађеним тако да задрже аутентичност конкретног случаја, упркос знатном скраћивању. Рад цитира 24 пресуде о односу незахвалности и кривичне одговорности, степеновању незахвалности, нечињењу, незахвалности која се манифестује у дужем временском периоду и мешању трећих лица.

## 2. Незахвалност и кривична одговорност

Поклонодавац може опозвати поклон и када радња поклонопримца нема обележја кривичног дела, уколико је она израз његове грубе незахвалности према поклонодавцу, а вредносно мерило се заснива на одговарајућем правном стандарду, на ономе што се најчешће дешава у једној средини, према уобичајеном и редовном току ствари.<sup>1</sup> Лакше кривично дело (нпр. увреда) није увек довољно за опозив поклона, а са друге стране он се може захтевати и онда када обдарени није извршио кривично дело, ако се из његовог целокупног понашања закључује да је показао грубу незахвалност, при чему се цене сви међусобни односи уговарача.<sup>2</sup>

Парнични суд је везан одлуком кривичног, али то не значи да је везан и у погледу одлуке о опозиву. Кривична осуда не гарантује опозив, нити ослобађајућа кривична пресуда значи, аутоматски, да ће поклонопримац избећи опозив. Ко није крив у кривичном, ипак може бити крив у грађанском смислу.

## 3. Степеновање незахвалности

Степен незахвалности (груба, очигледна, велика) је правни стандард који у различитим правима има променљиву квантитативну димензију. Потребно је да незахвалност носи посебан анимозитет. Свака неблагодарност, морална грешка поклонопримца према поклонодавцу, не представља разлог за опозив, већ та неблагодарност мора да буде „велика“, односно „груба“.<sup>3</sup> Схватање незахвалности је динамично, оно се мења у зависности од низа услова и општег прогреса (нпр. тешка клевета преко друштвене

---

1 Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 8637/2010 од 2. 9. 2010. Извор: „Paragraf Lex“.

2 Врховни суд Словеније, Пж. 712/66 од 20. 10. 1966. Извор: (Ђурђевић, 2012: 240).

3 Врховни суд Србије, Рев. 2764/2005 од 7. 12. 2006; Врховни суд Србије, Рев. 3183/2005 од 20.4.2006. Извор: „Paragraf Lex“.

мреже на интернету доскора није била замислива). Приликом оцене акта незахвалности узима се у обзир и нешто стабилнији етички критеријум.<sup>4</sup>

Велика, груба незахвалност одређује се према „аршину и схватањима друштвене средине уговарача“.<sup>5</sup> Цене се следеће околности: владање поклонопримца и његов утицај на касније односе са поклонодавцем; раније држање оба уговарача и њихово уобичајено опхођење; да ли се ради о усамљеном случају или хроничном поремећају, да ли је присутна жеља да се однос поправи (Ђурђевић, 2012: 244); да ли је поклонодавац испровоцирао поклонопримца. У једној пресуди стоји: „У понашању тужиле (поклонопримца) према брату није било зле намере, држала се увек по страни кад би је грдио и псовао, а изазвана његовим понашањем увреде је понекад само враћала.“<sup>6</sup> Субјективни доживљај поклонодавца да је поклонопримац изневерио његова очекивања није релевантна чињеница.<sup>7</sup> Важан је и однос уговарача мимо поклона, да ли је реч о сродницима, пријатељима. У том смислу, у једној пресуди се наводи: „Треба имати у виду да су сложени односи између родитеља и деце, осим правним нормама, регулисани и моралним нормама и обичајима.“<sup>8</sup> У таквој ситуацији праг после којег треба дозволити опозивање се снижава.

Владање поклонопримца се строже цени ако је поклонодавац стар или болестан. Судска пракса је богата таквим случајевима: „Утврђена је тешка поремећеност односа између поклонопримца и поклонодавца, иначе тешко покретног инвалида. Лоши односи ескалирали су до вербалних и физичких сукоба, да би кончано тужена напустила супруга. С обзиром на поступање тужене, које сведоци описују као физичко и психичко малтретирање тешког инвалида, опозив је оправдан“.<sup>9</sup> „Тужени се према тужитељици, својој баби, која је тешко болесна и 91 годину стара, односи на врло увредљив начин, физички јој прети, не посећује је и не поздравља, нити на други начин исказује дужну пажњу и поштовање. Понашање има обележја кривичног дела увреде, будући да јој је на јавном месту говорио „курво“ и слао је „у материну“, те је ногом расуо ручне радове које је она продавала на пијаци.“<sup>10</sup> „Мајка поклонопримаца је у дубокој старости од 85 година, тешко покретљива и нужно упућена на негу, помоћ и толеранцију.

---

4 Врховни суд БиХ, Рев. 358/90 од 23. 5. 1991. Извор: (Лазаревић, 2010: 196).

5 Врховни суд Србије, Рев. 2764/05 од 7. 12. 2006. Извор: (Лазаревић, 2010: 338).

6 Врховни суд Србије, Рев. 318/99, без датума. Извор: (Лазаревић, 2010: 189).

7 Апелациони суд у Крагујевцу, Гж. 2. 434/2010 од 26. 3. 2010. Извор: „Paragraf Lex“.

8 Врховни суд Србије, Рев. 235/02 од 3. 9. 2003. Извор: (Станојчић, 2006:501).

9 Врховни суд Хрватске, Рев. X 201/09-2 од 26. 5. 2009. Извор: <http://www.vsrh.hr>

10 Врховни суд Хрватске, Рев. 126/02-2 од 2. 6. 2004. Извор: <http://www.vsrh.hr>

Синови поклонопримци је вређају („змија отровница“, „стара лија“), не брину о њој, одбијају пружити јој нужну помоћ, остављају је саму и тешко болесну без могућности да се о себи брине.“<sup>11</sup>

Образложење пресуде којом се усваја захтев поклонодавца због увреде и клевете је експлицитно и редовно садржи непристојне речи. У једном случају поклон није опозван јер: „Судови нису утврдили чиме конкретно је тужени вређао оца поклонодавца и мајку, и шта је у физичком сукобу учинио оцу, односно каква је одлука у кривичном поступку, па побијане пресуде не садрже чињенице одлучне за оцену да ли се ради о грубој незахвалности.“<sup>12</sup>

#### **4. Нечињење као груба незахвалност**

У начелу, поклонопримац није дужан да помаже поклонодавцу. Међутим, у ситуацији када поклонопримац ускрати одређено чињење поклонодавцу, судови препознају грубу незахвалност. У том смислу, један суд констатује: „Поклонодавац, стар и болестан, није могао да набави потребне лекове у земљи због несташице. Његов син, поклонопримац, је живео у иностранству и с обзиром на своје имовно стање лако је могао да набави лек. Међу чињеницама утврђеним у спору није постојала ниједна која би се подвела под правила о опозиву због неблагодарности“. Поклонопримац није повредио оца, није нарушио његову слободу и имање и због тога првостепени и другостепени суд нису дозволили опозив. Врховни суд је донео супротну одлуку – лишавање болесног и старог оца лекова у стању несташице изазване ембаргом је тешко огрешење према животу и телу поклонодавца.<sup>13</sup>

У каснијим одлукама овај став је још јасније изражен: „Изостајање радњи којима би поклонопримац помогао тужиоцу и његовој супрузи представља грубу незахвалност, имајући у виду старост (90 година) и здравствено стање поклонодавца.“<sup>14</sup> Груба незахвалност постоји и када даропримац престане бринути о поклонодавцу и пружати му нужну помоћ која се у таквим околностима очекује од деце према родитељима (Тумбри, 1995: 427). Када поклонопримац не посећује поклонодавца приликом боравка у болници, нити се интересује за здравље свога оца, тиме грубо вређа поклонодавчево осећање и ствара осећај напуштености и одбацивања.<sup>15</sup>

---

11 Врховни суд Хрватске, Рев. 575/1995-2 од 4. 6. 1998. Извор: <http://www.vsrh.hr>

12 Врховни суд Хрватске, Рев. 2528/1999-2 од 13. 8. 2003. Извор: <http://www.vsrh.hr>

13 Врховни суд Србије, Рев. 4637/95 од 24. 10. 1994. Извор: (Лазаревић, 2010: 345).

14 Врховни суд Србије, Рев. 535/04 од 1. 12. 2004. Извор: (Ђурђевић, 2012: 243).

15 Врховни суд Србије, Гзз. 117/04. Извор: (Лазаревић, 2010: 189).

Под грубом неблагодарношћу поклонопримца подразумева се не само груба физичка сила (туча), него и друга понашања (ускраћивање телефона, телевизора, воде, грејања и слично).<sup>16</sup>

## 5. „Продужена“ незахвалност

Понашање поклонопримца процењује се узимајући у обзир вредност, време и повод поклона, као и вишегодишњи развој поремећених односа. У једној пресуди је наглашено: „Континуиране увреде и клевете на рачун обдаренице, да се бави проституцијом и да је до имовине дошла на незаконит начин, чак убиством, чине грубу незахвалност. Ово поготово када се има на уму да тужилац такве грубе повреде износи ширем кругу људи па и самој деци странака. Тужениково понашање ескалирало је више година након развода брака, па се не може сматрати да је тужени управо разводом био испровоциран.“<sup>17</sup>

Понекад поремећај кулминира годинама. Тако у једном случају суд констатује: „Тужиоци (родитељи) су приликом закључења купопродајног уговора означили као купца и свог малолетног сина, иако он у то време није имао своју имовину, нити је на било који начин учествовао у куповини. На тај начин, Отац, Мајка и Син су постали сувласници, свако по 1/3 куће. Како би тужени Син могао да дограђује кућу уз помоћ кредита, а и да би родитељи били обезбеђени у старости, тужиоци су са Сином закључили уговор о поклону 1987. Они су туженом поклонили своје сувласничке делове на кући, а тужени се обавезао да ће у знак захвалности бринути о родитељима до краја њиховог живота. Сви су живели у заједничком домаћинству све до 2000. када су се породични односи у значајној мери пореметили, па је дошло до свађе јер ћерка његове сестре, по одобрењу Оца, у дворишту куће држи један аутомобил. Сматрајући да он као власник о томе одлучује, тужени се успротивио, јер од њега нико није тражио одобрење. Тај догађај је био повод каснијих свађа, препирки и увреда, које су биле толико снажне да је између тужилаца и туженог престао сваки контакт. Тужиља Мајка је претрпела шлог, тако да је тешко покретна, креће се помоћу штака, а све послове у кући (кување, прање, пеглање, набавка лекова) врши Отац. Тужени их не обилази, нити пружа било какву врсту помоћи, иако живи у истом дворишту. Тужилац Отац се 2000. разболео од карцинома. Обратио се туженом за помоћ, да га одведе лекару, али је тужени то одбио, говорећи да га то уопште не интересује.“<sup>18</sup>

16 Врховни суд Србије, Рев. 4361/98 од 9. 9. 1998. Извор: (Станојчић, 2006:435).

17 Врховни суд Хрватске, Рев 80/08-4 од 2. 12. 2008. Извор: <http://www.vsrh.hr>

18 Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 619/10 од 29. 4. 2010, Билтен суда, бр. 1/2010, стр. 62.

Груба незахвалност се не манифестује искључиво кроз један акт, догађај или ситуацију, већ се може огледати у низу поступака поклонопримца који сваки за себе, летимично посматрано, нису за осуду. У следећој парници поклонопримац се бранио жељом да пружи медицинску помоћ поклонодавцу, али је суд открио злокобнију мотивацију. Тужиља, мајка тужене, поклонила је трособан стан задржавајући право доживотног уживања. У извештају лекара специјалисте из 2003. предложен је смештај тужиље у неку установу социјалног типа, јер њена породица није у стању да се о њој стара. Решењем Центра за социјални рад тужиљи је признато право на смештај у здравствену установу „Бежанијска коса“. Тужиља је смештена на одељењу за оболеле од деменције, затвореног типа. Од самог пријема није се адаптирала. У извештају неуропсихијатра 2004. констатовано је да је тужиља психички очувана за своје године и да је дезоријентација у времену последица изолације и животних услова у затвореној здравственој установи. Предложено је премештање у други, адекватан кућни смештај или дом пензионера. Решењем Центра за социјални рад 2004. тужиљи је престао смештај у затвореној здравственој установи, јер је бригу о њој преузела друга ћерка. Током 2004. тужена је поднела предлог за лишење пословне способности тужиље. Овај поступак је окончан 2006. одбијањем предлога, јер нема разлога ни за делимично лишење. Комисија вештака је проценила да тужиља схвата значај и управља својим поступцима.

Суд је утврдио да је тужиља била у посебном психичком стању због смрти супруга, а имала је преко 70 година, па је у таквим околностима основано очекивати од чланова породице приврженост, посебно када се ради о односу родитеља и детета коме је поклоњен стан. Суд је ценио смештај тужиље у установу за лечење тешких психијатријских болести као и здравствено стање тужиље непосредно пре и после боравка у здравственој установи као и њено стање током парнице. Несумњиво, тужиља није прихватила боравак у затвореној установи, нити се својевољно подвргла стационарном лечењу. И поред депресивног поремећаја, способна је да правилно расуђује у складу са интересима своје личности и оправдано није прихватила боравак у болници затвореног типа. Имајући у виду да је сведоцима познато да је тужиља дубоко патила због боравка у здравственој установи и да се у том периоду њено здравствено стање нагло погоршало, нису веродостојни искази тужене и чланова њене породице (ћерке и супруга), да је здравствено стање тужиље захтевало стационарно лечење и да је то било у интересу њеног здравља.

Суд је закључио: „Боравак тужиље у наведеној здравственој установи био је медицински неоправдан јер је, у суштини, представљао искључиво начин њеног збрињавања, с обзиром да тужена није била у могућности

да се лично стара о тужиљи због радних обавеза. Услови боравка су били неадекватни и у супротности са интересима тужиље, што је изазвало душевне патње и погоршање органског и менталног здравља. Мада су туженој била позната наведена осећања тужиље, то није утицало на њу да тужиљу утеша и покуша да је на други адекватан начин збрине, већ је током 2004. покренула неуспешан поступак лишења пословне способности. Оваквим поступањем тужена је испољила нарочиту упорност у занемаривању тужиљиних осећања и дужности поштовања родитеља. Обдарена је испољила неискрено, неблагонаклоно и некоректно понашање, грубо повредивши морална осећања тужиље.<sup>19</sup>

Релевантан је акт незахвалности учињен после закључења уговора, али није без значаја понашање поклонопримца према поклонодавцу пре закључења уговора. У том смислу се у једној пресуди наводи: „Односи између странака (оца и сина), такви су да сукоби између њих постоје годинама, и пре склапања даровног уговора, а до међусобних сукоба долазило је кривицом обе стране, па нема места опозиву.“<sup>20</sup>

## **6. Мешање трећих лица у однос између поклонодавца и поклонопримца**

Однос поклонодавца и поклонопримца треба изоловати од односа између осталих чланова породице. То је један суд лепо образложио: Године 2008. закључен је уговор о поклону којим тужилац, као ујак, туженом поклонопримцу поклања 15 000 евра ради куповине куће. Поклоњеним новцем тужени је купио кућу, где су странке заједнички производиле сир. Дана 1. 5. 2009. у кући туженог био је тужилац са сином када је тужени у опуштеној атмосфери рекао: „Сви сте ви глупи, ја сам за вас Рокфелер“. Тужилац и син су устали и отишли. Након тога, тужени се извинио тужиоцу који је прихватио извињење и поново су били у добрим односима.

Супруга поклонодавца одлучила је да прекине заједничку производњу сира, јер је сумњала да их тужени поткрада и јер није прихватала чињеницу да супруга туженог има децу из претходног брака. Дана 31. 7. 2009. тужилац је са супругом отишао у кућу туженог ради преношења својих уређаја, а том приликом је супруга тужиоца вређала супругу туженог, псовала је и млатарала рукама по дворишту. Потом је дошао и син тужиоца коме је тужени упутио речи: „Урдару да ми не дирате, руке ћу вам поломити“. Након овог догађаја, тужени је ишао код тужиоца, који га је поново радно

---

19 Апелациони суду Београду, Гж. 6646/10 од 19. 1. 2011. Извор: <http://www.bg.ap.sud.rs/>

20 Врховни суд Хрватске, Рев. 454/03-2 од 12. 5. 2004. Извор: <http://www.vsrh.hr>

ангажовао. Након пријема тужбе, тужени је престао да одлази на посао. Увредљиве речи супруга тужиоца је упутила супрузи туженог и у холу суда, у присуству сведока, а супруга туженог је ћутала. На овако потпуно утврђено чињенично стање, првостепени суд правилно одбија тужени захтев. Тужени својим понашањем није грубо повредио моралну обавезу поштовања ујака поклонодавца.

Жалбом се без основа потенцира значај изјаве туженог: „Сви сте ви глупи, ја сам за вас Рокфелер“, јер је она дата у опуштеној атмосфери, није именовано лице на кога се односи, нити је јасно, јер је било више присутних лица, зашто би се односила баш на тужиоца и његовог сина.

Утврђено чињенично стање очигледно указује на постојање породичних несугласица и неслагања, која немају карактер грубе неблагодарности. Није доказано да је тужени поткрадао тужиоца. Сукоб се састојао из увреда које је супруга тужиоца упутила супрузи туженог, што је последица неприхватања чињенице да супруга туженог има децу из претходног брака. Ниједном није интервенисала полиција, нити је тужени нанео тужиоцу, или њему блиском лицу, телесне повреде. Коначно, све несугласице су пролазиле, чему у прилог говори и то да се тужени враћао на посао код тужиоца. Након пресељења машина тужени се извинио тужиоцу, који је то и прихватио. Следи да тужени није према ујаку поступао грубо, дрско, безобразно или безобзирно, нити да га је својим поступцима или речима тешко увредио.<sup>21</sup>

Прихватајући „рикошет незахвалност“,<sup>22</sup> суд у једној пресуди закључује: „Груба неблагодарност може се исказати и у наношењу увреде части поклонодавцу посредно, тако што је поклонопримац (очух) злостављао малолетну ћерку поклонодавца из претходног брака, што се одразило на њено здравље.“<sup>23</sup>

У једном занимљивом случају, поклонодавац није чак ни посредна жртва поклонопримца, али су судови ипак дозволили опозив јер: „Уговор о поклону је опозив, када се по општеприхваћеним стандардима средине у којој су странке живеле, ради о неморалним поступцима, који угрожавају психички интегритет поклонодавца“. Поклонодавац је сазнао да је за време брака, док је привремено био у иностранству, тужена супруга позвала другог мушкарца, са којим је била у блиским односима, у кућу

---

21 Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 329/12 од 21. 3. 2012, Билтен суда, бр. 4/2012, стр. 60.

22 Израз се помиње у Коментару DCFR. Означава ситуацију када поклонопримац посредно покаже незахвалност, нападом на лице блиско поклонодавцу.

23 Врховни суд Србије, Рев. 2168/2006 од 15. 11. 2006. Извор: „Paragraf Lex“.



поклонодавца и неопажено му у пиће сипала омамљујуће средство. Он је изгубио свест, па је уследила лекарска интервенција. Вештачењем је утврђено да му је у таквом стању одузела драгоцености, новац и мобилни телефон, због чега је осуђена због разбојништва. Првостепени суд је ценио понашање тужене и закључио да се ради о грубој неблагодарности“. И по схватању другостепеног суда понашање тужене према поклонодавцу „Представља грубу неблагодарност такве природе да угрожава његов психички интегритет у средини у којој живи, па је оправдано опозван уговор о поклону“.<sup>24</sup> Чини се да је овакво резонување суда прешироко, поклонодавац мора донекле да сноси последице свог рђавог избора.

Акт незахвалности може починити и лице блиско поклонопримцу. Среће се и супротно мишљење да су поступци сродника поклонопримца према поклонодавцу ирелевантни (Лоза, 1969: 636). У том смислу у једној пресуди стоји: „Отац је даровао туженој стан. Тужена се развела, па се удала за другог мушкарца што тужиоцу није било по вољи. Он тврди да га је садашњи супруг тужене ударио, због чега је приватном тужбом покренуо кривични поступак. Странке и даље живе у истом стану. Суд сматра да тужена није починила грубу незахвалност према поклонодавцу. С обзиром да се тужилац у кривичном поступку помирио са мужем тужене и повукао тужбу против њега, онда се не може основано позвати на незахвалност супруга тужене према њему. Осим тога, супруг тужене није уговорна страна у споменутом уговору.“<sup>25</sup> Ипак, превладава компромисно решење да се поклон опозива и када акт незахвалности није предузео поклонопримац лично, већ њему блиско лице (супружник или дете), али се поклонопримац сагласио са предузетом радњом или се ставио на његову страну (Лазаревић, 2010: 193).

## 7. Закључак

Судска пракса у парницама поводом поклонопримчеве незахвалности и пратећег поклонодавчевог захтева да се поклон опозове представља добар пример креативне улоге судова, нарочито у ситуацији када је формални извор (о овом случају СГЗ) недовољан или је за пресуђење релевантан динамичан правни стандард.

Критеријуми за утврђивање кривице у парничном поступку су нижи него у кривичном. То значи да се поклон незахвалнику може опозвати упркос томе што кривично није одговоран. Незахвалност карактерише анимозитет неприхватљив у друштвеној средини уговарача. Понашање

<sup>24</sup> Апелациони суд у Нишу, Гж. 157/2012 од 31. 1. 2012. Извор: „Paragraf Lex“.

<sup>25</sup> Врховни суд Хрватске, Рев 32/07-2 од 21. 2. 2007. Извор: <http://www.vsrh.hr>

поклонопримца процењује се узимајући у обзир вредност, време и повод поклона, као и вишегодишњи развој поремећених односа. Његово владање се строже цени ако је поклонодавац стар или болестан, односно када мимо поклона постоји морална обавеза према поклонодавцу.

Зла намера се остварује и нечињењем, нарочито када постоји дужност помагања или дужност заштите, па и ненасилним актом. Груба незахвалност је један акт, али се може огледати у низу поступака где сваки понаособ није за осуду. Образложење пресуде којом се усваја захтев поклонодавца због увреде и клевете је експлицитно. Однос поклонодавца и поклонопримца треба изоловати од односа између осталих чланова породице. Жртва незахвалности је првенствено поклонодавац, али је релевантна и незахвалност према њему блиском лицу уколико постоји „рикошет ефекат“. Акт незахвалности трећег лица се рачуна ако је поклонопримац подстрекач, саучесник или помагач.

### **Литература**

Ђурђевић, М. (2012). *Уговор о поклону*. Београд: Правни факултет

Лазаревић, Д. (2010). *Уговор о поклону*. Београд: Пословни биро

Лоза Б. (1969). Оpozив поклона због неблагодарности поклонопримца. *Анали Правног факултета у Београду*. 5-6/1969

Станојчић, Г. (2006). *Актуелна судска пракса из облигационог права*. Београд: Пословни биро

Тумбри, Т. (1995). О опозиву даровања и правној природи изјаве о опозиву. *Зборник Правног факултета у Загребу*. 4-5/1995

**Mihajlo Cvetković, LL.D.**

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**DONEE'S INGRATITUDE: HOW THE JUDICIAL  
PRACTICE AMENDED THE LEGISLATION**

**Summary**

*Although contracts are generally irrevocable, the donor may revoke the donation contract due to the donee's ingratitude. Such circumstances gives rise to an inevitable dispute between the contracting parties, which is commonly resolved in civil litigation proceedings. Given the fact that formal sources of law cannot predict all forms of donee's ingratitude, courts have a creative role in revocation lawsuits. While trying to fill unavoidable legislative gaps, the courts of the former Yugoslav republics have developed the legal standard of "gross ingratitude", which has been successfully used in the judicial practice. This paper focuses on 24 judgments dealing with different aspects of donee's ingratitude: the relationship between ingratitude and criminal liability; the degrees of ingratitude; the donee's omission which is detrimental to the donor; ingratitude manifested over a longer period of time; and revocation provoked by interference of third parties.*

**Key words:** gift, donation contract, ingratitude, revocation, legal standard, case law.



## **КАКО ОСТАВИНСКИ СУД ТРЕБА ДА ПОСТУПИ КАДА У ТОКУ ПОСТУПКА ЗА РАСПРАВЉАЊЕ ЗАОСТАВШТИНЕ УЧЕСНИЦИ ОСПОРЕ УГОВОР О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ?\***

**Апстракт:** Када се у току оставинског поступка суду презентује уговор о доживотном издржавању, који је оставилац закључио у улози примаоца издржавања, а учесници у поступку уговор оспоре, поставља се питање како оставински суд треба да поступи: да ли да поступак прекине и учеснике упуту на парницу или поступак пред управним органом да спор реше, или да, независно од постојања спора, оставински поступак делимично или у потпуности обустави. У раду, аутор указује на дугогодишњу праксу домаћих судова који, у случају постојања уговора о доживотном издржавању, позивају наследнике примаоца издржавања да се изјасне да ли признају пуноважност уговора. У случају да наследници оспоре правну ваљаност уговора о доживотном издржавању или истакну разлоге за његов раскид, вишестепенијска јудикатура је изнедрила став да поступак треба прекинути, а учеснике упутити да пред надлежним органом реше спор. Истовремено, аутор указује на новија становишта виших судова, која су изнета у неколико случајева, према којима нема места прекиду оставинског поступка у случају спора који се тиче уговора о доживотном издржавању, будући да такав основ за прекид поступка Закон о ванпарничном поступку не прописује. Анализирајући ове супротстављене ставове и разнолико поступање у пракси, у раду се настоји да се одгонетне како би судови, придржавајући се строго слова закона, требало да поступају. Такође, критички се анализирају одлуке оставинских судова да делимично обуставе оставински поступак у односу на имовину која је уговором о доживотном издржавању

---

\* novak@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (бр. пројекта 179046), који реализује Правни факултет Универзитета у Нишу.

*обухваћена, будући да институт делимичног обустављања поступка, као ни делимичног обустављања расправљања заоставштине, Закон о ванпарничном поступку не познаје.*

**Кључне речи:** уговор о доживотном издржавању, прекид оставинског поступка, обустава оставинског поступка.

## 1. Увод

Домаћа правна теорија и судска пракса вероватно не познају тако комплексан правни посао који изнова и изнова, у сваком свом аспекту, изазива дилеме како међу посленицима правне мисли, тако и у јудикатури, као што је случај са уговором о доживотном издржавању. Доктринарне недоумице толиког су дијапозона, да се готово у сваком сегменту у вези овог правног посла могу наћи теоријски ставови у потпуној контрадикцији једни другима, као и дијаметрално супротне судске одлуке, засноване на (готово) идентичном чињеничном стању. Разноликост судске праксе очитује се не само у погледу мериторног одлучивања судова по бројним спорним питањима, већ и приликом доношења одлука које су процесног карактера.

Овај рад посвећујемо једном сегменту процесног деловања оставинских судова – када пред собом имају уговор о доживотном издржавању, који је у улози примаоца издржавања закључило лице чија се заоставштина расправља. Када у оставинском поступку иза смрти примаоца издржавања уговор о доживотном издржавању буде презентован, редовно један или више учесника поступка оспоравају његову пуноважност или се позивају на постојање разлога за раскид уговора. Питање које се поставља у оваквој ситуацији јесте како суд, надлежан за расправљање заоставштине, треба да поступи, какву одлуку да донесе? Упутити учеснике поступка на парницу и прекинути оставински поступак, или независно од оспоравања уговора оставински поступак обуставити питање је на које одговор даје само оставински суд који у конкретном случају поступа. Од одлуке суда значајно ће зависити правна позиција свих актера у поступку.

У раду ћемо указати на дугогодишњу праксу поступања оставинских судова у овим случајевима и анализирати заокрет који су судови учинили последњих година, све у настојању да покушамо да дођемо до одговора на питање којим смо насловили овај рад.

## 2. Постављање проблема

У оставинском поступку, целокупна процесна активност суда<sup>1</sup> усмерена је на утврђивање свих наследноправних последица смрти оставиоца (суд утврђује састав и вредност његове заоставштине, ко су наследници и по ком основу су позвани на наслеђе, колика је величина наследних делова, односно која права из заоставштине припадају универзалним и сингуларним сукцесорима, итд), како би на бази потпуно утврђеног чињеничног стања решењем о наслеђивању расправио заоставштину.

Своју одлуку оставински суд може засновати само на неспорним чињеницама, било да о њима међу учесницима у поступку није било спора, или су учињене неспорним пред надлежним органом у парничном или управном поступку.<sup>2</sup> Оставински суд ће расправити заоставштину ако међу учесницима оставинског поступка нема спора о битним чињеницама на којима решење треба бити засновано. Уколико се међу учесницима у поступку јави спор око неке чињенице релевантне за расправљање заоставштине, оставински суд, будући да суди „у белим рукавицама“, неће се упуштати у решавање спора, већ ће учеснике у поступку решењем упутити да спор реше у парничном или управном поступку. На парницу

---

1 Новелирани Закон о ванпарничном поступку, Сл. гласник СРС, 25/1982 и 48/1988 и Сл. гласник РС, 46/1995 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014 и 6/2015 (даље: ЗВП), прописује да оставински суд може, доношењем решења конститутивног карактера, поверити спровођење оставинског поступка јавном бележнику, и то оном који је саставио смртвоницу, уколико за то не постоје сметње (чл. 110а у вези са чл. 30а, ст. 2 ЗВП). Јавном бележнику се спровођење оставинског поступка може поверити само ако је за наслеђивање меродавно право Републике Србије – када то није случај, суд је искључиво надлежан да спроведе поступак. Детаљније о делегираној надлежности јавног бележника за спровођење оставинског поступка, видети (Стојановић, Видић Трнинић, 2015: 35–39). Треба истаћи да у тренутку завршетка овог рада, упркос томе што је од почетка примене свих норми Закона о јавном бележничтву Сл. гласник РС, 1/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – др. закон и 6/2015, протекло 20 месеци (Закон је у примени од 01. 09. 2014. године), ове одредбе су и даље мртво слово на папиру, будући да до сада јавним бележницима није било поверено вођење оставинских поступака. Из тог разлога, а и са циљем да не оптерећујемо превише текст, у даљем делу раду ћемо говорити само о оставинском суду, као поступајућем у оставинском поступку.

2 Од овог правила постоје изузеци. Наиме, уколико оставински суд пропусти да упутити учеснике поступка на парницу или управни поступак, као и у случају када учесник поступка који је у улози тужиоца упућен на парницу не подигне тужбу у остављеном року, те сам реши спорно чињенично питање, одлуку ће засновати на чињеницама које је утврдио. У том случају, учесници оставинског поступка нису везани оним што утврђено правноснажним решењем о наслеђивању, већ могу и а posteriori у парници утврђивати постојање, односно непостојање неке чињенице (Стојановић, Видић Трнинић, 2015: 92).

ће, у улози тужиоца, бити упућен учесник поступка за расправљање заоставштине чије право суд сматра мање вероватним.<sup>3</sup> Опште је правило да терет доказивања чињеница које један правни посао чине неваљаним, пада на странку која се позива на његову ништавост или рушљивост (Познић, Ракић-Водинелић, 1999: 242). У нашој доктрини заступа се став да суд мора водити рачуна на чијој су страни законске претпоставке (а када се ради о завештању, претпоставка јесте да је оно пуноважно), те сходно томе упутити супротну странку да покрене парницу (Антић, 2007: 372), мада има и мишљења да суд у сваком случају треба да оцени све доказе и на основу њих одлучи чије ће право сматрати мање вероватним (Благојевић, 1969: 335). Само уколико се међу учесницима у поступку појави спор о примени права, сходно древном римском правилу *iura po-vit sigia*, оставински суд ће самостално расправити сва спорна правна питања.<sup>4, 5</sup>

Презентовање уговора о доживотном издржавању у поступку за расправљање заоставштине примаоца издржавања, битно утиче на поступање и одлучивање оставинског суда. Уговор суду, по правилу, на увид ставља давалац издржавања на рочишту за расправљање заоставштине или примерак уговора шаље поштом<sup>6</sup> и тиме се легитимише као титулар на имовини која је све до тренутка смрти припадала оставиоцу/примаоцу издржавања, и која није слободна за наслеђивање.<sup>7</sup> Неретко, то је и први тренутак када се учесници оставинског поступка, или бар већина њих, уопште упознају са постојањем овог уговора, свакако и са његовом

3 Видети: чл. 23, ст. 2 ЗВП.

4 Видети: чл. 119, ст. 3 ЗВП

5 О разграничењу чињеничног и правног питања у оставинском поступку, више (Трговчевић-Прокић, 2015: 638-641).

6 Давалац издржавања, наравно уз услов да није оставиочев универзални или сингуларни сукцесор *mortis causa*, није учесник у оставинском поступку – он се само може сматрати споредним учесником (Ђурђевић, 2015: 287), будући да чл. 3, ст. 1 ЗВП прописује да је учесник у поступку лице које је поступак покренуло или, лице о чијим се правима или правним интересима одлучује у поступку, што код даваоца издржавања није случај, јер његову правну позицију решење о наслеђивању не тангира непосредно.

7 Наравно, овде је реч о именованом уговору о доживотном издржавању, регулисаном чланом 194 Закона о наслеђивању, Сл. гласник РС, 46/1995, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015, код кога је пренос имовинских добара са примаоца на даваоца издржавања одложен до смрти виталицијата. Тзв. неправи уговор о доживотном издржавању, код кога се пренос имовинских права врши за живота примаоца издржавања, није од значаја за расправљање заоставштине, будући да имовина обухваћена уговором није припадала оставиоцу/примаоцу издржавања до тренутка његове смрти.



садржином и правним последицама које из уговора проистичу.<sup>8</sup> Уколико учесници у поступку нису присуствовали рочишту, суд их упознаје са постојањем уговора. Сазнање да је оставилац закључио са неким лицем овај правни посао, којим је располагао целокупном својом имовином, или имовинским правима таксативно наведеним у уговору, и тиме своје наследнике оставио без очекиваног наследства, изазива различите реакције код учесника у поступку.

Учесници у поступку, нарочито ако им је постојање уговора било познато, могу се определити да не оспоре уговор. По правилу, међутим, реакције виталицијатових наследника су бурне, и они непосредно након сазнања за уговор истичу да оспоравају правну ваљаност уговора или указују на околности које су основ за његов раскид. Кључно питање које се поставља јесте да ли позивање учесника у поступку на разлоге за раскид или правну неваљаност уговора има било какав утицај на поступање суда који расправља заоставштину, и на то какву одлуку процесног карактера треба да донесе? Друга дилема јесте да ли је суд дужан да учеснике у поступку, који нису присуствовали рочишту за расправљање заоставштине, упозна са постојањем уговора и да ли треба да их позове да се изјасне да ли оспоравају уговор?

### **3. Укратко о законским разлозима за прекид и обуставу оставинског поступка**

Разлози за прекид оставинског поступка прописани су чл. 119, ст. 2 ЗВП. Правно релевантне чињенице, које, уколико су спорне међу учесницима, доводе до прекида оставинског поступка, законодавац на изванредан начин класификује у неколико категорија. Као спорне, Закон пре свега препознаје чињенице од којих зависи право на наслеђе, нарочито у погледу односа оставиоца и наследника на основу кога наслеђује по закону, као и питања пуноважности или садржине завештања. Потом, правно битним сматрају се чињенице од којих зависи основаност захтева надживелог супружника и потомака оставиочевих, који су живели са оставиоцем у истом домаћинству, да им се из заоставштине издвоје предмети домаћинства, који служе за задовољавање свакодневних потреба, као и оне чињенице од којих зависи величина наследног дела, а нарочито које се тичу урачунавања у наследни део. Коначно, и чињенице од којих зависи основаност искључења нужних

<sup>8</sup> Уколико давалац издржавања није учествовао у оставинском поступку, или се у току поступка није позвао на уговор о доживотном издржавању, своја права из уговора може остварити у парници. Видети: одлуке Окружног суда у Крагујевцу, Гж. 650/93, од 18. 06. 1993. године и Окружног суда у Пожаревцу, Гж. 610/95, од 03. 05. 1995. године (наведено према: Убавић, 2004: 282-283).

наследника или основаност разлога за недостојност, као и чињеница о томе да ли се неко лице одрекло од наслеђа, основ су за прекид поступка за расправљање заоставштине.

Спор у погледу постојања разлога за раскид или неважност уговора о доживотном издржавању, законодавац не препознаје као основ за прекид оставинског поступка. Зашто је то тако, размотрићемо у редовима који ће уследити касније.

Иако је, начелно, оставински суд надлежан да решава спорове о примени права, законодавац предвиђа два одступања од овог правила: када међу наследницима постоји спор о томе да ли нека имовинска права улазе у заоставштину или се наследници споре у погледу захтева потомака који су живели заједно са оставиоцем, за издвајањем њиховог доприноса у увећању вредности заоставштине. Независно од тога да ли се ради о спору о чињеницама или спору о примени права, у овим двама случајевима суд је дужан да упути странке да покрену парнични или управни поступак,<sup>9</sup> у коме ће се спорно питање решити.

Суд ће дефинитивно обуставити расправљање заоставштине када оставилац није имао заоставштину, те је даље вођење поступка беспредметно, као и када је умрли имао само покретне ствари у моменту делације, а нико од наследника не захтева спровођење расправе.<sup>10</sup> По логици ствари, оставински поступак се обуставља и уколико се лице, чија се заоставштина расправља јер је проглашено умрлим, појави као живо, а у теорији се сматра да места обустави поступка има и када је оставилац оставио само дугове (Стојановић, 2011: 418). Делимично обустављање поступка, или обустављање поступка у односу на одређена имовинска добра која су припадала оставиоцу до смрти, али не чине саставни део његове заоставштине, Закон не прописује.

#### **4. Разнолика судска пракса у случају када наследници оспоре уговор о доживотном издржавању**

Када се у току поступка за расправљање заоставштине сазна за постојање уговора о доживотном издржавању, околности конкретног случаја диктирају поступање оставинског суда.

Најједноставнија је ситуација када је уговором обухваћена целокупна имовина примаоца издржавања, а нико од његових наследника не оспори уговор. У том случају, будући да нема имовинских добара слободних

<sup>9</sup> Видети: чл. 121 ЗВП.

<sup>10</sup> Видети: чл. 113, ст. 1 и 2 ЗВП.

за наслеђивање, суд решењем обуставља поступак за расправљање заоставштине.<sup>11</sup> Идентичну одлуку суд ће донети и уколико су у заоставштини остале покретности, које нису биле предмет располагања уговором, а нико од наследника не тражи настављање поступка и спровођење расправе (арг. из чл. 113, ст. 2 ЗВП).

Спорније је како суд да поступи када уговором прималац издржавања није располагао целокупном имовином, а има места настављању поступка (из разлога што у заоставштини има непокретности, или зато што наследници захтевају настављање поступка, премда заоставштину чине само покретне ствари), при чему нико од наследника не оспорава уговор. Будући да оставински потупак може дуго трајати, да може доћи и до његовог прекида у случају спора о некој правно релевантној чињеници, што би штетило интересима даваоца издржавања, јер не би могао да исходи упис права својине у катастру непокретности на непокретним стварима чији је ванкњижни власник постао у часу смрти примаоца издржавања (Крстић, 2012: 209), оставински судови су нашли солмонско решење.<sup>12</sup> Наиме, у пракси судови доносе решење којим делимично обустављају поступак за расправљање заоставштине у односу на имовинска добра која су предмет уговора о доживотном издржавању.<sup>13</sup> Решењем о наслеђивању наследницима се само расподељују оставиочева имовинска права која су ушла у његову заоставштину и која није отуђио уговором.

Уколико учесници поступка за расправљање заоставштине оспоре уговор о доживотном издржавању, поставља се питање да ли оставински суд треба да прекине поступак и упуту учеснике на парницу или управни поступак, у циљу разрешења спорне ствари, или да, независно од постојања спора, у потпуности или делимично обустави поступак, у зависности од тога да ли

---

11 Видети нпр. решење Окружног суда у Краљеву, Гж. 730/90, од 11. 07. 1990. године (наведено према: Почуча, 2011: 205), решења Основног суда у Крушевцу, 10. 328/11, од 21. 02. 2011. године, Основног суда у Нишу, 30. 5108/11, од 06. 08. 2012. године и Основног суда у Пироту, 20. 732/14, од 17. 06. 2014. године (извор: архиве судова).

12 Да би исходило упис права својине у катастар непокретности, који, додуше, има само декларативан карактер код овог уговора, давалац издржавања је дужан да, уз предлог за упис, поднесе као доказ исправу о уговору о доживотном издржавању, јавну исправу којом се доказује чињеница смрти примаоца (извод из матичне књиге умрлих, смртovníца, решење о проглашењу несталог лица за умрло), и решење суда о обустави оставинског поступка у односу на непокретности које су предмет уговора.

13 Видети нпр. решења Општинског суда у Крушевцу, О. 649/08, од 20. 08. 2008. године, Општинског суда у Бору, О. 180/09, од 10. 08. 2009. године, Основног суда у Лесковцу, 1.О. 1351/10, од 24. 06. 2010. године и Основног суда у Сурдулици, 10. 1756/13, од 13. 02. 2014. године (извор: архиве судова).

је уговором обухваћена целокупна имовина примаоца издржавања, или само поједина имовинска права?

Пракса судова по овом питању је разнолика. Чини се да у већини случајева првостепени судови полазе од става да је спор у погледу пуноважности уговора о доживотном издржавању претходно питање, од чијег разрешења зависи правилно и потпуно расправљање заоставштине. Зато, у бројним случајевима, судови доносе решење којим учеснике поступка упућују да спор разреше пред парничним судом (евентуално пред управним органом), а поступак за расправљање заоставштине прекидају до правноснажног окончања поступка пред надлежним органом.<sup>14</sup> Основ за прекид поступка судови најчешће налазе у члану 121 ЗВП, у делу одредбе којом је прописано да у случају када се наследници споре око тога да ли нека имовина улази у заоставштину, поступак се прекида и странке упућују да спор реше пред надлежним органом. Лицу чије право суд сматра мање вероватним, и које се упућује да покрене поступак за решење спорног претходног питања, оставља се рок до 30 дана да поступак покрене. У супротном, оставински поступак биће настављен. Наведени рок није преклузиван, те се парница може покренути и након његовог протекла.<sup>15</sup>

Ваља нагласити да судови, свакако из прагматичних разлога, овде свесно чине повреду процесних правила. Наиме, према одредбама ЗВП, када суд упуту странке да покрену парнични или управни поступак, оставља им рок до 30 дана за његово покретање, а док овај рок не протекне, односно док суд не буде обавештен да је предметни поступак покренут, застаје се са поступком за расправљање заоставштине. Тек уколико парница или

14 Видети нпр. решења Основног суда у Пироту, Судска јединица у Бабушници I-20. 562/11, од 16. 05. 2011. године, Основног суда у Нишу, 30. 4216/12, од 07. 02. 2013. године, 30. 4606/14, од 25. 12. 2014. године и 30. 3589/14, од 27. 04. 2015. године, Основног суда у Смедереву 20. 476/13, од 21. 03. 2013. године и Основног суда у Сурдулици – Судска јединица Владичин Хан, II-100. 179/14 (извор: архиве судова). Осим што су ове одлуке спорне из процесног угла, о чему ће бити речи у даљем тексту, неке од ових одлука имају и озбиљне материјалноправне мањкавости, које указују на значајан степен непознавања правних појмова и правних института од стране поступајућих судова, због чега и неке процесне грешке нису случајне. Тако нпр. у поменутом решењу оставинског суда у Смедерева, учесник је упућен на парницу како би доказао ништавост уговор, јер давалац издржавања није испуњавао уговорене обавезе – очигледно поступајући судија не прави разлику између разлога ништавости и разлога из којих се може тражити раскид уговора. Можда и већу грешку срећемо у оставинском решењу суда из Бабушнице, у чијем образложењу стоји да се давалац издржавања «... прихватио наслеђа према напред наведеном уговору ...».

15 У теорији има мишљења да би овај рок требало да буде преклузиван, јер постојеће решење може бити погодно тле за злоупотребе и одуговлачење поступка, и то оне странке за чије је право суд нашао да је мање вероватно (Благојевић, 1969: 337).

управни поступак, буду покренути, оставински поступак ће решењем бити прекинут до њиховог правноснажног окончања.<sup>16</sup>

Нарочито је спорна пракса судова, која постоји дуги низ година, да по сазнању за постојање уговора о доживотном издржавању, захтевају од учесника оставинског поступка да се изјасне да ли признају пуноважност уговора - на самој оставинској расправи, или их о томе обавесте писаним путем (најчешће у позиву за оставинску расправу). Судови овде очигледно изводе аналогију са случајем када постоји завештање, које је, за разлику од уговора о доживотном издржавању, основ позивања на наслеђе и којим се располаже заоставштином. Питање пуноважности завештања круцијално је за правилно и законито расправљање заоставштине, те је оправдано тражити изјашњење наследника у погледу његове правне ваљаности, што се не може рећи у случају када постоји уговор о доживотном издржавању.

Према становишту другостепених судова, заузетом по питању ове правне ствари у неколико случајева, оставински поступак не треба прекидати у случају спора који се тиче уговора о доживотном издржавању. Износи се став да се спор у вези овог правног посла не може уподобљавати спору о пуноважности завештања, који је основ за прекид поступка, те да је постојање уговора о доживотном издржавању разлог за обуставу поступка, сходно чл. 113, ст. 1 ЗВП.<sup>17</sup> То, свакако, не смета наследницима да подигну самосталну тужбу којом ће оспоравати уговор о доживотном издржавању.

Осим тога, наилазимо и на становиште да оставински суд не треба да позове наследнике примаоца издржавања да се изјасне да ли признају ваљаност уговора. Будући да је уговором о доживотном издржавању отуђена имовина, и да она не улази у састав заоставштине, нема потребе да се овај уговор оспорава у ванпарничном поступку, већ то наследници могу учинити само у парници.<sup>18</sup>

## 5. Које је становиште исправно?

Једна од најзначајнијих чињеница која се везује за уговор о доживотном издржавању, када је у питању расправљање заоставштине примаоца издржавања, јесте да су темељем овог теретног правног посла сва имовинска права, пренета уговором, прешла су у својину даваоца

---

16 Видети: чл. 24, ст. 1 ЗВП.

17 Видети: решење Округног суда у Београду, Гж. 388/02, од 24. 01. 2002. године (извор: Paragraf Lex). У том смислу и: одлуке Округног суда у Београду, Гж. 7457/01, Гж. 8336/01 (Билтен Округног суда у Београду у е-форми).

18 Решење Вишег суда у Панчеву, Гж. 678/10, од 19. 04. 2010. године (извор: Paragraf Lex).

издржавања у тренутку смрти примаоца. Стога, уговором обухваћена имовина није слободна за наслеђивање, не може бити расправљана у оставинском поступку, те овај правни посао треба да остане изван сфере интересовања оставинских судова. Питање пуноважности овог уговора не би се могло сматрати претходним питањем од значаја за расправљање заоставштине.<sup>19</sup> Из тог разлога, оставински судови не би требало да позивају наследнике да се изјасне да ли оспоравају уговор или не.<sup>20, 21</sup>

Иако разлози за прекид оставинског поступка, прописани чл. 119, ст. 2 ЗВП нису опредељени као *numerus clausus*, законодавац није учинио пропуст када је, приликом дефинисања разлога који доводе до прекида поступка, изоставио спор међу учесницима који се тиче уговора о доживотном издржавању. Будући да је оспоравање овог правног посла веома често, законодавац не би пропустио прилику да пропише овај разлог да је сматрао да је спор у вези овог уговора основ за прекид поступка.

Основ за прекид поступка не би се могао наћи ни у члану 121 ЗВП. Пре свега, разлог за прекид поступка је, по слову закона, спор између наследника о томе да ли нека имовинска права чине заоставштину. Када постоји спор у вези уговора о доживотном издржавању, нема спора међу наследницима већ између једног или више наследника, с једне стране, и даваоца издржавања, као сингуларног стицаоца по теретном правном послу као основу стицања, који и не мора да буде учесник оставинског поступка, с друге. Потом, није и не може бити спорно да ли нека имовинска права

---

19 И поред тога што сматрамо да оставински суд треба да буде потпуно индиферентан у случају оспоравања уговора о доживотном издржавању, наводимо став, заузет у јудикатури, да када постоји спор о примени права (нпр. о томе да ли су задовољени услови форме за пуноважност уговора), овакав спор би требало да реши сâм оставински суд. Видети: одлука Окружног суда у Новом Саду, Гж. 1358/06 (наведено према: Почуча, 2011: 207).

20 Позивање наследника да се изјасне о уговору, и чекање на одговор и став наследника, има значајних практичних негативних страна. Може се догодити да се свим наследницима не може уручити позив, па се достављање понавља више пута (нарочито је велики проблем са наследницима који се налазе у иностранству, а немају свог пуномоћника за пријем писмена у земљи, нити им је постављен заступник). Поред тога, наследници могу да одуговлаче са давањем одговора, што изазива одлагање рочишта и продужава трајања поступка. Тиме би се значајно угрозили интереси даваоца издржавања, који не може без судске одлуке да упише своје право у јавним књигама, чак и када нико од наследника нема намеру да оспори уговор.

21 Чини се да нема сметњи да суд само упозна учеснике поступка, који нису присуствовали рочишту за оставинску расправу, са постојањем уговора, будући да се тиме они обавештавају која имовина није слободна за наслеђивање и не може решењем о наслеђивању бити распоређена оставиочевим универзалним (евентуално и сингуларним) сукцесорима.

обухваћена уговором о доживотном издржавању улазе у заоставштину, јер је из садржине самог уговора јасно која су права прешла на даваоца издржавања у часу смрти примаоца. Коначно, овде се, *stricto sensu*, не ради о спору да ли имовина обухваћена уговором улази у заоставштину, већ је предмет тужбеног захтева да суд утврди постојање разлога за неваљаност или раскид уговора о доживотном издржавању. Места прекиду оставинског посла могло би бити само у случају када одређена имовинска добра нису експлиците била обухваћена уговором, а због недовољно јасне формулације у уговору дође до спора између учесника у поступку да ли су та добра саставни део заоставштине, или је њима располагаано уговором. У овом случају, учесници оставинског поступка били би, на основу чл. 121 ЗВП, послати да у парничном поступку реше настали спор.<sup>22</sup>

Према нашем мишљењу, дакле, и уколико наследници оспоре уговор о доживотном издржавању, то не би требало да доведе до систирања оставинског поступка, већ суд решењем о наслеђивању само треба да расправи оно што чини заоставштину умрлог.<sup>23</sup> Наследници примаоца издржавања, који сматрају да има места поништају или раскиду уговора, самосталном тужбом могли би побијати уговор у парници, а подизање тужбе не би имало никакав утицај на ток поступка за расправљање заоставштине.<sup>24</sup> Парнични поступак могао би бити покренут и током трајања оставинског поступка, али и након његовог правноснажног окончања.

Одлука суда, када је оставилац у улози примаоца издржавања закључио уговор о доживотном издржавању, без обзира да ли наследници оспоравају уговор, зависи од тога да ли је уговором отуђена целокупна имовина примаоца, или само поједина имовинска права. У првом случају, суд би решењем обуставио оставински поступак, јер нема заоставштине која би могла бити расподељена међу наследницима.

---

22 Тако и: решење Окружног суда у Чачку, Гж. 890/2008, од 21. 05. 2008. године (извор: *Paragraf Lex*).

23 Уколико би наследници, који су оспорили уговор, а нису упућени на парницу од стране оставинског суда, због тога изјавили жалбу против донетог решења о наслеђивању, односно решења о обустави оставинског поступка, виши суд би такву жалбу требало да одбије, будући да наследници свој захтев управљен против уговора о доживотном издржавању, могу, независно од донетог решења, да покушају да остваре у парници. У том правцу и: решење Окружног суда у Чачку, Гж. 1617/08 (Избор судске праксе, 3/2009) и пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 7257/12(1), од 15. 08. 2013. године (извор: *Paragraf Lex*).

24 Право да побија уговор у парници имао би и наследник који није учествовао у поступку за расправљање заоставштине. Видети: пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 8975/12 од 24. 10. 2014. године (извор: *Paragraf Lex*).

Када је уговором прималац издржавања само делимично располагао својом имовином, сматрамо да је погрешна пракса домаћих судова који решењем делимично обустављају поступак за расправљање заоставштине у односу на имовинска добра која су предмет уговора, иако је *ratio* овакве одлуке, као што смо већ истакли, практичне природе и у интересу даваоца издржавања. Закон о ванпарничном поступку не предвиђа могућност делимичног обустављања поступка, нити се може обуставити расправљање заоставштине, што судови редовно чине, већ се обуставља само поступак. Такође, једним решењем не може се, по слову закона, и расправити заоставштину и (делимично) обуставити поступак.<sup>25</sup> Сматрамо, стога, да када уговором о доживотном издржавању није обухваћена целокупна имовина примаоца издржавања, оставински суд треба да решењем из пописа заоставштине излучи (издвоји) ствари које су предмет уговора и које не улазе у заоставштину,<sup>26</sup> а да преостала добра која чине оставинску масу распореди наследницима.

Када наследници даваоца издржавања тужбом оспоре уговор, а давалац издржавања је претходно своје право својине на непокретностима, које су биле предмет уговора о доживотном издржавању, уписао у катастар непокретности, требало би да траже од парничног суда изрицање привремене мере забране отуђења непокретности, до правноснажног окончања парничног поступка, будући да давалац, као власник, њима може слободно располагати.<sup>27</sup> У случају да суд усвоји тужбени захтев тужиоца и уговор поништи, односно раскине, имовина из уговора имаће третман накнадно пронађене заоставштине. Оставински суд ће овај део заоставштине, на предлог наследника, распоредити допунским решењем, сходно ранијем правноснажном решењу, осим у случајевима из чл. 130, ст. 2 ЗВП Републике Србије, у ком случају ће се о судбини накнадно пронађеног дела заоставштине одлучити у парници.

---

25 Тако: одлука Окружног суда у Београду, Гж. 2026/00, од 13. 01. 2001. године (наведено према: Почуча, 2011: 206-207).

26 Видети: решење Општинског суда у Чачку, О. 186/05, од 10. 12. 2008. године и решење Окружног суда у Чачку, Гж. 264/09, од 26. 02. 2009. године (наведено према: Панов, Кашћелан, Станковић, 2011: 121-122).

27 Уколико се у улози тужиоца појављује више лица, они су вољни јединствени супарничари (видети одлуку Врховног суда Србије, Гж. 234/92 - наведено према: Убавић, 2004: 100), а када се на страни туженог налази више лица, они имају положај нужних јединствених супарничара (видети одлуку Врховног суда Србије, Рев. 5491/94 - наведено према: Убавић, 2004: 100).



## 6. Закључак

Уговор о доживотном издржавању одувек је био камен спотицања домаће јуриспруденције. Судске одлуке по бројним спорним питањима која прате овај уговор, често су неусаглашене, неретко и контрадикторне.

Разнолико поступање судова налазимо и када у току оставинског поступка давалац издржавања презентује суду уговор о доживотном издржавању, који је закључио са лицем чија се заоставштина расправља. Када наследници у оставинском поступку оспоре уговор, указујући да постоје разлози за његовим поништајем или раскидом, анализа поступања првостепених судова показала је да они, по правилу, у оваквој ситуацији решењем прекидају оставински поступак, а наследнике упућују да свој захтев остваре у парници.

Наведено поступање сматрамо погрешним. Мишљења смо да је оно утемељено на некритичком прихватању дугогодишње праксе у судовима, без обзира што нема упоришта у закону. Спор који се тиче уговора о доживотном издржавању није основ прекида оставинског поступка, будући да имовина обухваћена уговором свакако не улази у заоставштину, те и није предмет интересовања оставинског суда, што је и став виших судова, истакнут у већем броју одлука. Због тога, оставински судови не би требало да позивају наследнике да се изјасне да ли признају пуноважност уговора или не. Чињеница да наследници оспоравају уговор не би требало да има било какав утицај на процесно поступање судова.

Када је оставилац у улози примаоца издржавања закључио уговор о доживотном издржавању, процесна одлука суда зависила би само од чињенице да ли је уговором обухваћена целокупна имовина примаоца, при чему су сва имовинска добра таксативно набројана, или само поједина добра. У првом случају, решењем би суд обуставио оставински поступак, будући да оставилац није имао заоставштине. У потоњем случају, решењем би се из заоставштине излучиле ствари којима је уговором располагамо, а преостала имовинска добра поделила би се наследницима. Решење којем прибегавају оставински судови, да поступак за расправљање заоставштине делимично обуставе у односу на имовину која је предмет уговора, по нашем мишљењу није у складу са законом, нити је правно-логички исправно.

Наследници примаоца издржавања, који сматрају да има места побијању уговора, свој захтев би могли да покушају да остваре у парници, независно од тока оставинског поступка - и за време његовог трајања, и након правноснажног окончања.

## Литература

Антић, О. (2007). Наследно право. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Благојевић, Б. (1969). Наследно право СФРЈ. Београд: Завод за издавање уџбеника

Ђурђевић, Д. (2015). Институције наследног права. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду центар за издаваштво и информисање, Досије студио

Закон о ванпарничном поступку. Службени гласник СРС. Бр. 25 (1982) и 48 (1988) и Службени гласник РС. Бр. 46 (1995) – др. закон, 18 (2005) – др. закон, 85 (2012), 45 (2013) – др. закон, 55 (2014) и 6 (2015)

Закон о јавном бележничтву. Службени гласник РС. Бр. 1 (2011), 85 (2012), 19 (2013), 55 (2014) – др. закон и 6 (2015)

Закон о наслеђивању. Службени гласник РС. Бр. 46 (1995), 101 (2003) – одлука УСРС и 6 (2015)

Крстић, Н. (2012). Узастопно отуђење непокретности на основу уговора о доживотном издржавању и других правних послова. Зборник радова Правног факултета у Нишу. 60. 207-225

Одлука Врховног суда Србије, Гж. 234/92 (наведено према: Убавић, 2004: 100)

Одлука Врховног суда Србије, Рев. 5491/94 (наведено према: Убавић, 2004: 100)

Одлука Окружног суда у Београду, Гж. 2026/00, од 13. 01. 2001. године (наведено према: Почуча, 2011: 206207)

Одлука Окружног суда у Крагујевцу, Гж. 650/93, од 18. 06. 1993. године (наведено према: Убавић, 2004: 282-283)

Одлука Окружног суда у Новом Саду, Гж. 1358/06 (наведено према: Почуча, 2011: 207)

Одлука Окружног суда у Пожаревцу, Гж. 610/95, од 03. 05. 1995. године (наведено према: Убавић, 2004: 283)

Панов, С., Кашћелан, Б, Станковић, М. (2012). Наследно право. Практикум. Београд; Правни факултет Универзитета у Београду

Познић, Б., Ракић-Водинелић, В. (1999). Грађанско процесно право. Београд: Савремена администрација

Почуча, М. (2011). Уговор о доживотном издржавању. Нови Сад: Правни факултет за привреду и правосуђе, Нови Сад

Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 7257/12(1), од 15. 08. 2013. године (извор: Paragraf Lex)

Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 8975/12, од 24. 10. 2014. године (извор: Paragraf Lex)

Решење Вишег суда у Панчеву, Гж. 678/10, од 19. 04. 2010. године (Paragraf Lex)

Решење Окружног суда у Београду, Гж. 388/02, од 24. 01. 2002. године (Paragraf Lex)

Решење Окружног суда у Београду, Гж. 7457/01, (Билтен Окружног суда у Београду у е-форми)

Решење Окружног суда у Београду, Гж. 8336/01 (Билтен Окружног суда у Београду у е-форми)

Решење Окружног суда у Краљеву, Гж. 730/90, од 11. 07. 1990. године (наведено према: Почуча, 2011: 205)

Решење Окружног суда у Чачку, Гж. 890/2008, од 21. 05. 2008. године (извор: Paragraf Lex)

Решење Окружног суда у Чачку, Гж. 1617/08 (Избор судске праксе, 3/2009)

Решење Окружног суда у Чачку, Гж. 264/09, од 26. 02. 2009. године (наведено према: Панов, Кашћелан, Станковић, 2011: 121-122)

Решење Општинског суда у Бору, О. 180/09, од 10. 08. 2009. године (архива Суда)

Решење Општинског суда у Крушевцу, О. 649/08, од 20. 08. 2008. године (архива Суда)

Решење Општинског суда у Чачку, О. 186/05, од 10. 12. 2008. године (наведено према: Панов, Кашћелан, Станковић, 2011: 121)

Решење Основног суда у Крушевцу, О. 328/11, од 21. 02. 2011. године (архива Суда)

Решење Основног суда у Лесковцу, О. 1351/10, од 24. 06. 2010. године (архива Суда)

Решење Основног суда у Нишу, О. 5108/11, од 06. 08. 2012. године (архива Суда)

Решење Основног суда у Нишу, 30. 4216/12, од 07. 02. 2013. године (архива Суда)

Решење Основног суда у Нишу, 30. 4606/14, од 25. 12. 2014. године (архива Суда)

Решење Основног суда у Нишу, 30. 3589/14, од 27. 04. 2015. године (архива Суда)

Решење Основног суда у Пироту, 20. 732/14, од 17. 06. 2014. године (архива Суда)

Решење Основног суда у Пироту, Судска јединица у Бабушници I-20. 562/11, од 16. 05. 2011. године (архива Суда)

Решење Основног суда у Смедереву, 20. 476/13, од 21. 03. 2013. године (архива Суда)

Решење Основног суда у Сурдулици, 10. 1756/13, од 13. 02. 2014. године (архива Суда)

Решење Основног суда у Сурдулици – Судска јединица Владичин Хан, II-100. 179/14 (архива Суда)

Стојановић, Н. (2011). Наследно право. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, Центар за публикације

Стојановић, Н., Видић Трнинић, Ј. (2015). Поступак за расправљање заоставштине у Србији. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, Центар за публикације

Трговчевић-Прокић, М. (2015). Разлози за прекид оставинског поступка. Правни живот. 11. 637-656

Убавић, М. (2004). Уговори о доживотном издржавању. Београд: Грађевинска књига

**Novak Krstić, LL.D.**

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

**HOW PROBATE COURTS HANDLE CASES WHEN  
PARTICIPANTS CHALLENGE A LIFETIME MAINTENANCE  
AGREEMENT DURING THE PROBATE PROCEDURE?**

**Summary**

*Relying on the analysis of judicial practice, in this paper the author discusses the two options that probate courts have at their disposal in the heirs of the deceased person (who is the maintenance recipient) decide to challenge the lifetime maintenance agreement in the course of probate proceedings. The first option, which is quite common in judicial practice, is to stay the probate proceedings until the disputed issue is resolved before the competent (civil or administrative) authority. The author considers this practice to be inadequate because the fact that heirs challenge this agreement is not formally envisaged as the legal ground for staying the probate proceedings. In the author's opinion, regardless of whether the heirs challenge the lifetime maintenance agreement or not, the probate procedure should be terminated if the entire property of the deceased/maintenance recipient is disposed under this contract. If the contract does not cover the entire estate, the court should bring the decision to exclude those assets from the recipient's succession estate, and continue with the probate proceedings. In any case, the heirs are still entitled to file a civil claim in an attempt to prove that there are legal grounds for cancelling or nullifying the agreement.*

**Key words:** *lifetime maintenance agreement, stay of probate procedure, termination of probate procedure.*



## III ПРИКАЗИ

---

---





**Др Александар С. Мојашевић,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ПРИКАЗ

Рад примљен: 02.02.2016.  
Рад прихваћен: 02.03.2016.

Јон Елстер, „*Како објаснити друштвено понашање: још матица и шрафова за друштвене науке*“, Службени гласник, Београд, 2014.

Књига *Како објаснити друштвено понашање: још матица и шрафова за друштвене науке*, у издању Службеног гласника (превод са енглеског: Душан Павловић и Смиљана Скиба), аутора Јона Елстера (Jon Elster) представља прави мултидисциплинарни интелектуални подвиг. То и није толико чудно ако се узме у обзир интелектуална ширина којом располаже аутор ове књиге, као и опсег тема које обрађује. Наиме, ради се о аутору норвешког порекла и професору престижних универзитета у Америци и Француској, нажалост, недовољно познатом у нашим академским круговима, који је светску славу стекао постепеном еволуцијом од аналитичког марксисте до критичара теорије рационалног избора. Но, његов интелектуални преображај не говори о недоследности једног аутора, већ, напротив, о храбрости да се одбаце превазиђени ставови или ставови за које је сам аутор накнадним увидима установио да нису утемељени, првенствено емпиријским налазима. С друге стране, Јон Елстер не преза од анализе тема које су предмет истраживања бројних научних дисциплина почев од филозофије, преко социологије, психологије, политичких наука, до историје и економије. Задивљујуће је његово познавање појмова и тема из наведених дисциплина, што и књига *Како објаснити друштвено понашање* доказује. Након читања ове књиге, читаоци ће вероватно бити подстакнути на шире размишљање о различитим феноменима, почев од људске рационалности у различитим друштвеним ситуацијама, преко везе између природних и друштвених наука, до тога шта је то права друштвена наука. Иначе, осим ове, на српски језик преведене су још две његове књиге: *Кисело грожђе* (о рационалности) и *Свођење рачуна* (о транзиционој правди).

Књига *Како објаснити друштвено понашање* састоји се из пет међусобно повезаних целина. У првом делу (стр. 39–110), који носи назив „Објашњења и механизми“, аутор предочава како треба објаснити друштвене

---

\* mojasevic@prafak.ni.ac.rs

феномене. Елстер инсистира на *узрочним објашњењима* која се примењују у друштвеним наукама, за разлику од природних наука у којима доминирају *објашњења законима*. Притом, на врло животним примерима, као што је питање *зашто бродвејске представе данас добијају више стојећих овација него пре двадесет година*, објашњава како доћи до узрочног објашњења неког феномена (експланандума). Аутор у овом делу књиге јасно указује на то да узрочна објашњења треба разликовати од истинитих узрочних исказа, корелација, нужности, причања прича, статистичких објашњења, одговора на питање *зашто* и предикција. Овај део књиге заиста може бити од користи свима, а посебно млађим истраживачима друштвених појава.

У другом делу књиге под називом „Свест” (стр. 110–202) аутор постепено излаже одређене *психолошке поставке* на којима развија модел делања у друштвеним односима. Све ове поставке заснивају се на претпоставци *методолошког индивидуализма*, иначе доминантној у економској анализи. Центар проучавања јесте *појединац*, а то значи, према Елстеру, да је потребно разумети како функционише његов ум чију основу чине *уверења* (beliefs) и *жеље* (desires). Дакле, систем уверења и жеља представља основу на којој аутор покушава да објасни понашање делатника у различитим контекстима. С тим у вези, аутор објашњава природу *људских мотивација*, при чему у тој анализи полази од континуума људских мотивација (од висцеларног до рационалног), затим, корисне трихотомије на *интерес*, *разум* и *страст* француских моралиста из 17. века, али и Фројдове трихотомије на *ид*, *его* и *суперего*, и, коначно, стиже до мотивација оријентисаних на исход делања (*консеквенцијалистичка*) или према самом делању (*неконсеквенцијалистичка*). Такође, аутор прави разлику између *хтења* и *жеља* како мотивационих елемената *емоција* – којима, иначе, посвећује целу једну главу у овом делу књиге. Посебно је интересантно разликовање између себичних и алтруистичких мотивација и, с тим у вези, разликовање мотивација подстакнутих моралним, друштвеним и квазиморалним нормама (које су подробно разрађене у посебној глави петог дела књиге). Притом, све наведене мотивације делатника аутор поткрепљује конкретним примерима или експериментима из различитих научних области. Тако, рецимо, у разради Фројдовог принципа задовољства, у покушају да објасни разлику између кратковидости (исказане у непосредном задовољењу жеља) и далековидости (узимања у обзир далекосежних последица), Елстер наводи веома интересантне и живописне примере *бирања супружника* наводећи да се некада више исплати сачекати док се не појави прихватљив кандидат, или *чувања квалитетних вина* која протоком времена постају све боља. Овај део књиге аутор закључује разрадом *уверења делатника* још интересантнијим примерима коцкарске

заблуде, уображавања жељеног или магијског мишљења. Иначе, механизам *колективног или интерактивног формирања уверења* посебно је обрађен у глави 23 последњег дела књиге (на том, али и другим местима, учавала се јак утицај Алексиса де Токвила и његове „Демократије у Америци“ на Елстерове ставове). Основна теза јесте да наша уверења утичу на наше понашање, али да је потребно схватити природу људских уверења, њихове узроке и последице, као и бројне *грешке* при формирању уверења, као што су хеуристика доступности (просуђивање на основу података који су доступни) или хеуристика репрезентативности (просуђивање на основу сличности двају феномена). Очито је да су ставови Елстера под утицајем когнитивних психолога и њихових експерименталних истраживања, попут Канемана и Тверског, према којима на неколико места у књизи исказује директно или индиректно поштовање.

У трећем делу књиге под називом *Делање* (стр. 203–301), аутор нас постепено уводи у тему која представља срж његових интелектуалних размишљања, а која се односи на *рационални избор!* Основна Елстерова теза јесте да се при разматрању рационалног избора, односно процењивању да ли је избор рационалан или не, морају узети у обзир претходна *ментална стања* делатника, а не само *последице* које произилазе из његовог понашања. Та претходна ментална стања ослањају се на споменути систем уверења и жеља. Аутор наводи да је временом постао скептичан у погледу објашњења делања теоријом рационалног избора. Но, то не значи да је он у потпуности одбацио ову теорију, већ само указује на њена бројна ограничења, будући да је она *субјективна од почетка до краја*. Рационалност је за Елстера примарни покретач људског делања, јер појединци, упркос бројним ирационалним одлукама, *желе* да буду рационални. С тим у вези, аутор у објашњењу друштвеног понашања повезује наше жеље са могућностима, нашу личност са ситуацијама и наводи канонске принципе рационалности, као и бројна кршења тих канона базираних, пре свега, на емпиријским истраживањима бихевиоралних економиста и когнитивних психолога. Овај део обилује бројним интересантним примерима ирационалног понашања (попут: *парадокса гласања, проклетства победника, срљања у освету, занемаривања ефикасности* итд.), који ће сигурно привући пажњу потенцијалних читалаца. Аутор систематизује познате алтернативе теорији рационалног избора (од којих су најкоришћеније *теорија одбојности према губитку* и *хиперболично дисконтовање*), при чему још једном наглашава улогу *емоција* које, изазивањем неодложности, најчешће генеришу наше ирационално понашање. Коначно, аутор нуди и бројне одговоре на нашу ирационалност, попут друге најбоље рационалности (стратегије предострожности), унутарпсихичких стратегија (везивања

избора или коришћења једног облика ирационалности у борби против другог), до ванпсихичких стратегија (које се свде на предобавезивање).

Четврти део књиге који носи назив „Лекције из природних наука” (стр. 303–342) открива још неколико занимљивих идеја аутора. Прво, Елстер је поборник редукације научних дисциплина, односно објашњења појаве која се налази на једном нивоу у хијерархији наука појавом нижег нивоа. Тако аутор износи тезу да је дисциплине, попут: социологије, економије, политичких наука и антропологије, могуће редуковати на психологију. Затим, изводи даљу редукацију психологије на биологију, биологије на хемију итд. Редукација је, према Елстеру, *мотор напретка науке*, осим ако није реч о „преурањеном”, „сировом” или „спекулативном” редукационизму (стр. 304). Елстер наводи и нека сазнања из неуронауке и физиологије (као релевантне биолошке дисциплине) којима се могу објаснити феномени страха, поверења и „преурањеног закључивања”. Нагласимо и то да се он оштро супротставља употреби теорије природне селекције као *аналогije* друштвених феномена, за разлику од *редукције* која је могућа. Иначе, за разумевање теорије природне селекције, која је изложена у глави 16 овог дела књиге, потребно је и одређено предзнање из природних, пре свега, биолошких наука.

У последњем делу књиге „Интеракција” (стр. 343–487) аутор исказује поштовање према налазима *теорије игара* у објашњењу друштвеног понашања. Овај део започиње опсервацијом ненамераваних последица индивидуалног понашања, а потом прелази на ненамераване последице интеракције појединаца уз навођења одређених примера познатих аутора попут Карла Маркса или Адама Смита. Потом прелази на срж теорије игара – *стратешку интеракцију*, уз приказ неких стандардних игара са симултаним изборима, као што су затвореникова дилема, лов на јелена и игра кукавице, и потезних игара, као што је сукоб двеју војски на граници својих држава. Овај део књиге посебно је интересантан због објашњења механизма *колективног делања* и *колективног одлучивања* (расправљања, преговарања и гласања) – тема које се, пре свега, обрађују у теорији политичких наука.

У Закључку (стр. 489–511) аутор поставља кључно питање: *Дали је друштвена наука могућа?* Одговарајући на то питање он прво поставља критеријуме шта се сматра науком, а потом критички оцењује меке, квалитативне и квантитативне друштвене науке. Као поборник квалитативне друштвене науке, Елстер у потпуности одбацује меку друштвену науку (постмодернизам, постколонијалну теорију, деконструктивизам, клајнијанску психоанализу и друге правце), сматрајући је псеудотеоријом

и оптужујући је за „меки опскурантизам“. Када је реч о квантитативној друштвеној науци, Елстер указује на одређена ограничења са којима се суочава. Од три варијетета квантитативне друштвене науке (мерење, анализа података и моделовање), аутор се, због недовољног познавања прва два, усмерио на критику моделовања, које се често користи у економској науци. Суштина његове критике јесте да поједини економски теоретичари не узимају у обзир кршења канонских принципа рационалности и тако своје моделе удаљавају од стварности. Елстер чак користи и термин „економска научна фантастика“ у покушају објашњења ове тенденције у друштвеној науци. Напослетку, овај аутор будућност друштвене науке не сагледава ружичастим наочарима с обзиром на то да друштвено понашање карактерише *недетерминисаност*. Једноставно, људска природа толико је нестална и сложена, да је, према мишљењу Елстера, немогуће досећи тај ниво детерминисаности какав постоји у природним наукама.

Књига *Како објаснити друштвено понашање: још матица и шрафова за друштвене науке* аутора Јона Елстера намењена је, пре свега, истинским заљубљеницима у науку и научни резон, ма из које научне области да долазе. Будући да је углавном написана разумљивим стилем, са обиљем примера, она може бити погодна свима који су заинтересовани да схвате понашање појединаца у различитим друштвеним ситуацијама. Ако ни због чега другог, треба је прочитати због практичних савета како освестити и кориговати *ирационално понашање*, које нам, толико пута, наноси штету у свакодневном животу. Елстер је мајсторски осветлио рационално понашање и *одступања од истог*, тако да је књига препоручљива и оним теоретичарима (пре свега из економске области) који здушно верују у рационални избор. У том смислу, књига Јона Елстера може бити право просветљење!



**Др Филип Мирић,\***

*Стручни сарадник за наставу Правног факултета,  
Универзитет у Нишу*

ПРИКАЗ

*Рад примљен: 25.03.2016.*

*Рад прихваћен: 18.04.2016.*

Др Саша С. Кнежевић, *„Малолетничко кривично право (материјално, процесно и извршно)“*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2010.

Монографија *„Малолетничко кривично право (материјално, процесно и извршно)“* аутора проф. др Саше Кнежевића резултат је рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу *„Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“* (број 149043Д), који је финансиран од стране Министарства за науку и технолошки развој Републике Србије.

Ова монографија је резултат тежње аутора да се кривичноправни положај малолетника сагледа у целини, укључујући његов материјалноправни, процесни и извршни аспект. Овакав приступ је нужан, имајући у виду значај који малолетничко кривично право има као аутономни део кривичног права. У фокусу пажње аутора јесу одредбе Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица („Службени гласник Републике Србије“ бр. 85/2005). Наведени законски текст је основни извор малолетничког кривичног права у Републици Србији. Аутор посвећује пажњу и релевантним подзаконским правним актима. Проналажењу адекватног друштвеног и правног одговора на малолетничко преступништво доприноси и детаљан приказ упоредноправних законских решења.

Монографија се састоји из четири логички повезана дела. У првом делу је обрађена материја материјалног кривичног права. Најпре је приказан кратак историјски развој кривичноправног положаја малолетника у Србији, да би се затим посветила пажња кривичним санкцијама које се могу изрећи малолетним учиниоцима кривичних дела (васпитним мерама, мерама безбедности и казни малолетничког затвора).

Други део монографије је посвећен процесном аспекту заштите од малолетничког преступништва. У овом делу је анализиран кривични

---

\* filip@prafak.ni.ac.rs

поступак према малолетницима, његови субјекти начела и ток. Посвећена је пажња систему редовних и ванредних правних лекова у кривичном поступку према малолетницима. Занимљиво је да је аутор приликом анализе архитектонике кривичног поступка према малолетницима компаративном методом указивао на предности и недостатке појединих иностраних законски решења, што ће свакако бити од користи и законодавцу у процесу реформе малолетничког кривичног законодавства.

У трећем делу рада је сагледан поступак извршења малолетничких кривичних санкција. Детаљно је обрађен поступак извршења васпитних мера, мера безбедности и казне малолетничког затвора, као једине казне у систему малолетничких кривичних санкција.

Доследно пратећи систематику Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, аутор у четвртном делу монографије пажњу усмерава на анализу процесних и ванпроцесних механизма за заштиту малолетних оштећених, па је сасвим јасно да монографија има и виктимолошки значај.

Језгровит и јасан стил писања доприноси квалитету монографије. Аутор је сложене правне појмове и институте вешто и прецизно објаснио, тако да они постану сасвим разумљиви и читаоцима који по образовању нису правници, што је још један посебан квалитет ове монографије. У раду је коришћена обимна кривичноправна литература чији детаљан попис дат на крају монографије читаоцима омогућава да додатно прошире своја знања из области малолетничког кривичног права.

У монографији „*Малолетничко кривично право (материјално, процесно и извршно)*“ аутора проф. др Саше Кнежевића на јединствен начин су обрађена сва важна питања од значаја за кривичноправни положај малолетника и у њој се могу наћи предлози за решавање бројних теоријских, али и практичних проблема. Због тога је ова монографија од користи свима који се у свом професионалном раду суочавају са проблемом малолетничког преступништва.

Иако је монографија „*Малолетничко кривично право (материјално, процесно и извршно)*“ објављена 2010. године, чини се да су проблеми којима се аутор у њој бави актуелни и данас имајући у виду најављену реформу малолетничког кривичног законодавства у Републици Србији.



# IV IN MEMORIAM

---

---



**Иван Илић,\***  
Асистент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

IN MEMORIAM

Рад примљен: 03.04.2016.  
Рад прихваћен: 18.04.2016.

## **IN MEMORIAM: ПРОФ. ДР ЧЕДОМИР СТЕВАНОВИЋ (1928-2016)**

Дана 18.3.2016. године напустио нас је наш истакнути наставник, проф. др Чедомир Стевановић, редовни професор Правног факултета у Нишу у пензији. Током више од три деценије рада оставио је неизбрисив траг у академској заједници.

Рођен је 3.4.1928. године у селу Мрвеш, у општини Бојник. Средњу школу је завршио у Лесковцу 1949. године. Вишу школу УДБ-е је завршио у Београду 1952. године, а Правни факултет у Београду 1961. године. Магистарске студије је завршио на Правном факултету у Загребу 1965. године. Одбранио је магистарску тезу на тему „Понављање кривичног поступка–теоретска питања и примена ове установе у окружним судовима Југоисточне Србије“. Докторску дисертацију на тему „Исказ вештака у кривичном поступку“ одбранио је на Правном факултету у Љубљани 1973. године.

У периоду од 1952. до 1962. године радио је у ресору унутрашњих послова у Нишу. Исте године је изабран за асистента на предмету Кривично процесно право са криминалистиком. За предавача на истом предмету је изабран 1968. године, за доцента 1973. године, за ванредног професора пет година касније, а за редовног професора изабран је 1983. године. На Правном факултету у Нишу радио је у звању редовног професора до 1993. године. Био је дугогодишњи шеф Катедре за кривичноправне науке. Обављао је функцију декана Правног факултета у Нишу у два мандата, у периоду 1983–1984. и 1990–1992, као и функцију продекана. У периоду 1981–1982. године обављао је послове уредника Зборника радова Правног факултета у Нишу.

Професор Стевановић је аутор 14 монографија. Претежно је реч о уџбеницима из Кривичног процесног права, од којих су новије рађене у коауторству са проф. др Војиславом Ђурђићем. Током богате академске каријере професор Стевановић је објавио 15 научних чланака, највећим делом у научном часопису Зборник радова Правног факултета у Нишу.

Доминирају теме о учешћу грађана у суђењу, у кривичном поступку, понављању кривичног поступка, улози органа унутрашњих послова у кривичном поступку, исказу вештака као доказном средству, као и контроли законитости судских одлука. У научним и стручним круговима проф.Стевановић уважаван је као изузетан стручњак.

Професор Стевановић је многим генерацијама студената успешно преносио знања из теорије кривичног поступка. Одликовао се добротом, хуманом и знањем, чиме је међу студентима уживао ауторитет професора и педагога. Важио је за строгог, али правичног испитивача. Услед колегијалности, принципијелности и приврженост академским нормама био је изузетно цењен међу наставницима и сарадницима. Својим радом, поступцима и резултатима чувао је достојанство својих колегиница и колега, као и установе у којој је провео радни век. Учествојући у настанку и развоју Правног факултета у Нишу, значајно је допринео јачању угледа и утирању пута ове високошколске академске установе, а на плану кривичног процесног права поставио основе нишке школе теорије кривичног поступка.

Због свега што је остварио током дуге и богате академске каријере, професор Чедомир Стевановић ће остати у сећању као одговоран научни радник, одличан професор и педагог, а својим колегама као прави и искрени пријатељ.

V РАДОВИ СТУДЕНАТА  
ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

---

---



## **РЕШАВАЊЕ СПОРОВА ПРЕД СВЕТСКОМ ТРГОВИНСКОМ ОРГАНИЗАЦИЈОМ И ГРАНИЦЕ МЕРОДАВНОГ ПРАВА\*\***

**Апстракт:** Систем решавања спорова у оквиру Светске трговинске организације (СТО) ексклузивно је оријентисан ка заштити права која произлазе из „обухваћених споразума“. Једно од питања око којег се полемише у академској јавности односи се на релевантност тзв. „спољашњих“ извора права, односно на компетенцију судећих тела СТО (панела и Апелационог тела) да примене изворе који се налазе изван правног система СТО. У оквиру своје праксе ова тела су истицала да обухваћени споразуми представљају једино право које је меродавно у поступку решавања спорова. При истом ставу су и одређени аутори који се баве овом материјом. Међутим, постоје и други аутори који заговарају флексибилнији приступ у погледу примене спољашњих извора међународног права. У академској и стручној јавности се све више инсистира на томе да органи СТО морају узимати у обзир „нове димензије међународне трговине“, као што су заштита животне средине и људска права. Иако суштински „самодовољан“ и затворен, правни систем СТО није у потпуности подобан за примену која је изолована од осталих норми међународног права. Међутим, ова констатација се мора узети са резервом, јер се само на тај начин може обезбедити сигурност и предвидивост мултилатералног трговинског система оличеног у СТО. Стога је неопходно установити јасне границе и ситуације у којима је потребна (па и нужна) интеракција са спољашњим правом.

**Кључне речи:** Светска трговинска организација, систем решавања спорова, меродавно право, људска права.

---

\* uros@prafak.ni.ac.rs

\*\* Чланак представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (евиденциони број 179046), који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

## 1. Увод

Преговори током Уругвајске рунде, који су трајали од 1986. до 1994. године, резултирали су оснивањем Светске трговинске организације – СТО (*World Trade Organization – WTO*), која је почела са радом 1. јануара 1995. године. Упоредо са оснивањем СТО дошло је до успостављања читавог пакета споразума у оквиру ове организације. Правни систем СТО представља регулаторни оквир међународне трговине, чија се стабилност и раст обезбеђују бројним нормама и принципима садржаним у праву СТО, као и ефикасним системом решавања спорова.

У оквиру Споразума о оснивању СТО, донет је и Договор о правилима и процедурама за решавање спорова (енг. *Dispute Settlement Understanding – DSU*) као део Завршног акта Уругвајске рунде. *DSU* представља основни извор права за решавање спорова у оквиру СТО и уводи крупне реформе у дотадашњи мултилатерални систем решавања међудржавних трговинских спорова у оквиру Општег споразума о царинама и трговини – *GATT 1947*, који се примењивао од 1947. до 1994. године.

Механизам који *DSU* успоставља сматра се најважнијим аспектом и најзначајнијим достигнућем трансформације *GATT*-а 1947 у СТО. Многи га називају „драгуљем у круни“ СТО и представљају као тријумф легализма над политиком у међународним односима (Здравковић, 2015: 205). Одлуке о споровима се заснивају на правним, а не на политичким и дипломатским основама. У литератури се овај концепт означава као „*rule oriented approach*“. Судаћа тела СТО (панели и Апелационо тело) имају једино мандат да утврде да ли је нека мера несагласна са одређеном нормом СТО споразума и да у складу са тим утврде своје препоруке. Као значајна особина овог система наводи се и његов мултилатерални карактер: спорови су у основи билатерални, али се морају решавати посредством мултилатералног форума.

У контексту права СТО, основ спора представља непоштовање одредби које су садржане у њеним обухваћеним споразумима. На тај начин, држава „прекршилац“ користи бенефиције отвореног тржишта партнера, док истовремено штити своје тржиште стварајући баријере које онемогућавају истоврсне бенефиције за партнера. Мотиви за кршење обавезе могу бити разни, а најчешће се ради о заштити домаће индустрије од конкуренције из увоза или извозној промоцији сопствене индустрије (Здравковић, 2014: 257).

Једно од круцијалних питања када се говори о приступу правди и правној заштити у оквиру било којег правног система (националног, међународног, наднационалног), односи се на то до којих граница се простиру норме на



које се тражилац правне заштите може позивати. Питање меродавног права је од суштинске важности када се ради о и приступу правди и правној заштити у оквиру СТО, јер оно опредељује питања која се могу решавати у оквиру СТО система.

Аутор у овом раду анализира проблеме у вези са меродавним правом које су панели и Апелационо тело (АТ) надлежни да примењују приликом решавања спорова између чланица СТО. Дилема, која се јавља у академској заједници односи се на то да ли судећа тела СТО имају надлежност да примене правне изворе који се налазе изван заокруженог нормативног система СТО. Такође, јавља се и питање да ли се тзв. „спољашњи извори“ могу применити приликом одлучивања о меритуму спора или њихово дејство треба да буде уже, тј. да поседује својство „помоћног средства“ у тумачењу норми из споразума СТО. Аутор чини посебан осврт и на меродавност норми које припадају корпусу људских права у ситуацијама када се оне могу довести у везу са решавањем спорова пред СТО.

## **2. Обухваћени споразуми (енг. „covered agreements“)**

Систем права СТО је врло комплексан. Садржи читав низ споразума, министарских декларација, одлука и меморандума, као и додатних обавеза појединих држава чланица. Према процени, ови извори обухватају преко 30.000 страница текста (Ћирић, 2010: 281). Међутим, чланица СТО не може посредством механизма решавања спорова тражити заштиту права и интереса који произлазе из свих њених извора. У смислу наведеног, систем права СТО се може поделити на две кључне категорије: а) на обухваћене споразуме и б) на друге споразуме, документе и правне текстове. Основ ове поделе лежи у постојању компетенције Органа за решавање спорова (ОРС) да решава спорове проистекле из њихове примене. Са једне стране су споразуми чија примена може бити предмет решавања пред ОРС, а са друге споразуми и документи који су донети под окриљем СТО, али ради чије примене се не може покренути поступак пред ОРС. Прву групу извора чине обухваћени споразуми, који се означавају као извори права СТО у ужем смислу.

Систем решавања спорова у оквиру СТО ексклузивно је оријентисан ка заштити права која произлазе из обухваћених споразума и ту нема значајних дилема. У првој реченици члана I(1) DSU наводи се: „*Правила и процедуре овог Споразума примењиваће се на спорове изнете на основу одредби о консултацијама и решавању спорова које су садржане у споразума наведеним у Апендиксу 1 овог Споразума*“. Дакле, према члану I(1) DSU, у оквиру механизма предвиђеним овим Споразумом могу се решавати

сви спорови који проистичу из примене споразума закључених у оквиру СТО (обухваћени споразуми, енг. „covered agreements“) (Цветковић, 2006: 664). Ови споразуми су листом наведени у Апендиксу 1 *DSU*.<sup>1</sup> У случају спора око питања да ли се неки споразум сматра „обухваћеним“ у смислу *DSU*, надлежност да донесе коначну одлуку о томе има Министарска конференција као врховни орган СТО.<sup>2</sup>

Другу групу чине извори права СТО у ширем смислу, који се у литератури означавају и као „интерпретативни споразуми“, јер су донети као помоћни извори ради интерпретације СТО споразума у ужем смислу (Цветковић, 2009: 143). Ови извори не садрже права и обавезе које могу бити предмет заштите у оквиру *DSU* механизма.

### **3. Извори изван правног система СТО**

#### **3.1. О јурисдикцији судећих тела СТО у погледу примене спољашњих извора**

##### **3.1.1. Стриктна концепција**

Једно од основних питања око којег се полемисе у академској јавности односи се на релевантност тзв. „спољашњих“ извора права, односно на компетенцију судећих тела СТО да приликом одлучивања о постојању повреде неке обавезе примене изворе који се налазе изван правног система СТО. Полемике у вези са овим фундаменталним питањем могу изазивати одређене недоумице код научне и стручне јавности. Стога, ради стабилног и предвидивог функционисања СТО, неопходно је јасно дефинисати линију разграничења између извора који се могу примењивати и тумачити од стране судећих тела ове организације и извора који за то нису подобни.

---

1 Споразуми обухваћени Апендиксом 1 *DSU* су: (А) Споразум о оснивању СТО; (В) Мултилатерални трговински споразуми: Анекс 1А Мултилатерални споразуми о трговини робом (*GATT* и секторални споразуми); Анекс 1В Општи споразум о трговини услугама (*General Agreement on Trade in Services – GATS*); Анекс 1С: Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS*); Анекс 2: Договор о правилима и процедурама за решавање спорова (*DSU*) (С) Плурилатерални трговински споразуми: Анекс 4 Споразум о трговини цивилним ваздухопловима; Споразум о јавним набавкама; Међународни споразум о млеку и млечним производима (престао да се примењује 1.1.1998. године); Међународни споразум о говедини (престао да се примењује 1.1.1998. године). За разлику од мултилатералних споразума, услов за примену *DSU* у односу на плурилатералне споразуме је сагласност свих потписница плурилатералног споразума (видети Апендикс 1, тач.2 *DSU*).

2 Видети члан IX(2) Споразума о оснивању СТО.

Свака двосмисленост и нелогичност око њиховог међусобног односа може утицати на стварање бројних проблема, не само у оквиру СТО система него и у односима између СТО и других универзалних и регионалних међународних организација. Предупређивање могућих нејасноћа је и основни разлог због чега су редактори *DSU* били у великој мери прецизни приликом дефинисања јурисдикције судећих тела у погледу примене права. Ипак, на основу анализе радова аутора који се баве односом права СТО и других извора међународног права, долази се до закључка да у академској јавности не постоји сагласност поводом овог питања.

Централна дилема је до ког степена панели и АТ могу одлучивати о питањима која нису у директној вези са обухваћеним споразума, нити спадају у шири корпус правног система СТО. Заправо, ради се о расправи поводом компетенције судећих тела СТО да одлучују о свим аспектима спора, а не само о питањима која директно произлазе из обухваћених споразума (Schoenbaum, 1998: 652). Да би се дао одговор на ово питање неходно је анализирати праксу ОРС и одговарајућу академску доктрину.

Када је у питању пракса ОРС, ствар је, барем за сада, јасна. Судећа тела СТО и ОРС су, када год би им се указала прилика, истицали да обухваћени споразуми представљају једино право које је релевантно и меродавно у поступку решавања спорова. Због тога су више пута одбијали да примене норме изван стриктних линија које оивичавају правни систем СТО. Тако је панел, поступајући у спору *Mexico – Soft Drinks*<sup>3</sup>, навео да „*било који налаз овог панела, као и закључци и препоруке које донесе у овом спору, односе се једино на права и обавезе Мексика на основу СТО обухваћених споразума, а не на права и обавезе ове државе на основу других међународних споразума, попут НАФТА*<sup>4</sup> *или других правила међународног права*“.<sup>5</sup> Исти ставови када су у питању „спољашњи“ извори права могу се наћи и у другим извештајима које је усвојио ОРС.<sup>6</sup>

---

3 *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WT/DS308/R, adopted 24 March 2006, as modified by Appellate Body Report WT/DS308/AB/R, DSR 2006: I, 43.

4 Северноамерички споразум о слободној трговини (е. *North American Free Trade Agreement*).

5 Пара. 7.15. Извештаја.

6 Видети Извештај АТ у спору: *European Communities – Measures Affecting the Importation of Certain Poultry Products*, WT/DS69/AB/R, adopted 23 July 1998, DSR 1998:V, 2031. Видети извештаје поступајућих панела у споровима: *European Communities – Measures Affecting Trade in Commercial Vessels*, WT/DS301/R, adopted 20 June 2005, DSR 2005:XV, 7713 (пара. 7.131); *EC and certain member States — Large Civil Aircraft*, WT/DS316/R, 30 June 2010 (пара. 7.89).

Одређени аутори такође сматрају да ОРС има искључиво јурисдикцију да примењује право из обухваћених споразума. Тако Трахтман у својим радовима истиче да је јасно да СТО механизам решавања спорова не представља „суд опште јурисдикције” са компетенцијом да примењује целокупно међународно право (Trachtman, 1999: 338) и да су стога СТО судећа тела *a priori* онемогућена да примењују право изван СТО споразума (Trachtman, 2004: 858). Према његовој тврдњи, ниједна од страна у спору се не може позвати на норме међународног права изван правног система ограниченог обухваћеним споразумима. Потврду за своје ставове овај аутор проналази у релевантним одредбама *DSU*. Прво, члан III(2) *DSU* предвиђа да „*препоруке ОРС не могу додати или умањити права и обавезе утврђене обухваћеним споразумима*”. Трахтман тврди да би значење ове одредбе било „апсурдно” уколико би ОРС могао да примењује право из других извора међународног права (Trachtman, 1999: 342). Аутор даље наводи да члан VII *DSU* ограничава мандат панела на примену само оног права које произлази из СТО споразума. Коначно, члан XI *DSU* конкретизује функцију панела, која се, према овој одредби, састоји у процењивању примене и усклађености националних мера са обухваћеним споразумима. На основу анализе текста наведених одредби, које често и на врло конкретан начин упућују на обухваћене споразуме као меродавно право, Трахтман закључује да би било неуобичајено тумачити да су оснивачи СТО имали намеру да право изван нормативног система СТО буде примењиво (Trachtman, 1999: 342).

Неки други аутори, као на пример Буш, своју тврдњу да судећа тела СТО имају искључиво мандат да примењују право из обухваћених споразума, поткрепљују мишљењима и препорукама ОРС (Busch, 2007: 742).

### 3.1.2. Шире поимање компетенције

Питање меродавног права донекле компликују ставови аутора који заговарају флексибилнији приступ у погледу примене спољашњих извора међународног права. Они указују на грешку која се прави у поистовећивању јурисдикције ОРС и меродавног права за конкретни спор. Заговорници ширег приступа истичу да чињеница да је јурисдикција панела стриктно ограничена на разматрање тужби поводом СТО споразума, не значи да право које примењује панел мора бити одвојено од „спољашњег права” (Pauwelyn, 2003a: 460; Margesau, 2001: 1081). Ово важи уколико се ради о „мешовитим” споровима, са мање или више доминантном нетрговинском материјом.

Паулин посматра право СТО као тек једну од грана, односно подсистема Међународног јавног права (Pauwelyn, 2003a: 25–26; Pauwelyn, 2001:

538). Наводи да СТО не представља ни „затворени правни круг“, ни „самодовољан“ правни систем (Pauwelyn, 2003a: 35). Као грана или подсистем, право СТО је у интеракцији, односно мора бити у интеракцији са другим гранама и подсистемима Међународног јавног права, као што су конвенције о људским правима или међународни споразуми о заштити животне средине. Наводи и да одређена норма међународног права може послужити као оправдање мере која се оспорава у оквиру СТО (Pauwelyn, 2003b: 997–998). На основу ових теза, аутор закључује да меродавно право које примењују панели мора обухватити све релевантне норме међународног права које су обавезујуће за стране у спору.

Остали заступници ширег гледишта своје тврдње поткрепљују и аргументом да члан III(2) *DSU* недвосмислено упућује на релевантна правила међународног права, као меродавна за интерпретацију права СТО. Указује се и на извештај АТ у спору *US–Gasoline*<sup>7</sup>, где је истакнуто да се *GATT* „не може читати у ‘клиничкој изолацији’ од међународног јавног права“ (Graewert, 2008:295).

Још један представник оваквог мишљења, Шонбаум, тврди да панели и АТ поседују „имплицитни ауторитет“ да решавају све аспекте спора, а не само оне које су у вези са применом обухваћених споразума. Основ овакве имплицитне моћи аутор проналази у делу текста члана XI *DSU*, који утврђује мандат панела и АТ. Наиме, један део реченице поменуте одредбе говори о задатку панела и АТ да „дођу до других налаза како би помогли *ОРС*-у у изради препорука“. Шонбаум закључује да се ова реченица треба шире тумачити и да панели и АТ, посредством свог мандата да долазе до „других налаза“, поседују овлашћење да испитују и изворе изван СТО који су релевантни за конкретни спор (Schoenbaum, 1998: 653).

Постоје и избалансирана мишљења која полазе од тога да право из обухваћених споразума треба да поседује „привилеговани статус“ у случају сукоба са спољашњим нормама. Извори изван СТО се могу применити једино уколико кореспондирају са нормама обухваћених споразума, односно када нема конфликта између одредби. У случају конфликта право СТО треба да има примат (Bartels, 2001: 506–509).

Последњих година СТО је под озбиљним притиском бројних ауторитета када су у питању границе примене њеног механизма за решавање спорова. Наиме, у академској и стручној јавности се све више инсистира на томе да органи СТО морају узимати у обзир „нове димензије међународне трговине“, као што су заштита животне средине и људска права. Истина,

---

<sup>7</sup> *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1996, DSR 1996:I, 3.

мало ко може да порекне чињеницу да СТО има значајан политички и социолошки утицај који иде далеко изван оквира правно-техничког регулисања међународне трговине. Иако суштински „самодовољан” и затворен, правни систем СТО није у потпуности подобан за примену која је изолована од осталих норми међународног права. Правила слободне трговине се стога не могу правнополитички изопштити из међународног права, већ је међусобна интеракција неопходна (Lindroos, Mehling, 2006: 875). То је, уосталом, потврдило и само АТ у спору *US-Gasoline*. Међутим, ова констатација се мора узети са резервом, јер се само на тај начин може обезбедити сигурност и предвидивост мултилатералног трговинског система оличеног у СТО. Стога је неопходно установити јасне границе и ситуације у којима је потребна (па и нужна) интеракција са спољашњим правом.

### 3.2. Границе примене спољашњег права

Спољашњи извори, пре свега, могу бити меродавни уколико су инкорпорирани у правни систем СТО. Неке СТО одредбе укључују спољашње норме из појединих међународних споразума који су се примењивали и пре оснивања СТО (Matsushita, Shoenbaum, Mavroidis, 2006: 69–79). На тај начин су одређени спољашњи извори постали саставни део права СТО, па права и обавезе које садрже могу бити предмет решавања спорова пред СТО органима. Пример такве инкорпорације се може наћи у Споразуму о трговинским аспектима права интелектуалне својине (*TRIPS*) који, између осталог, својом садржином усваја одредбе Бернске, Париске и Римске конвенције, којима се уређују области интелектуалне својине.

Други начин на који спољашњи извори могу бити релевантни огледа се у директном упућивању СТО одредби на одређене спољашње норме и документа. На примере директног упућивања (енг. *explicit reference*) се наилази у тексту Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама (*SPS*), Споразума о техничким препрекама у трговини (*TBT*) и Споразума о субвенцијама и компензаторним мерама (*CSM*). Тако *SPS* упућује на међународне стандарде *Codex Alimentarius* Комисије, *TBT* на документе Међународне агенције за истраживање канцера (*IARC*), док *SCM* упућује на Споразум *OECD* о упутству за додељивање државне подршке кредитима намењених извозу. За разлику од права и обавеза садржаних у спољашњим нормама које су инкорпорирани у саме текстове обухваћених споразума, права и обавезе из извора на које се само упућује не могу бити предмет спора, нити се њихова примена може обезбедити *DSU* механизмом. Они,

дакле, нису правно обавезујући и служе само као водичи за процењивање и сагледавање различитих специфичних СТО обавеза (Pauwelyn, 2003a: 445).

Спољашњи извори могу бити меродавни и у одређеним специфичним околностима, у којима се процењује допуштено и оправдано ограничавајућих трговинских мера. Основ за њихову примену у тим ситуацијама представља члан XX *GATT*-а. Наведена одредба уређује право чланице да у одређеним околностима одступи од обавеза утврђених обухваћеним споразумима уколико тиме штити јавне интересе који се сматрају значајнијим од интереса слободне трговине, као и под условом пропорционалности.<sup>8</sup> Овде се, пре свега, ради о заштити јавних интереса попут јавног здравља, јавног морала, очувања флоре и фауне, заштитите исцрпљивих природних ресурса, очувања националног и уметничког блага и др. Сличне изузетке предвиђа и члан XIV Општег споразума о трговини услугама (*GATS*). Како би утврдили оправданост одређених ограничавајућих мера предузетих са тим циљевима, судећа тела СТО могу узети у разматрање и релевантне националне и међународне изворе и документа. Такав је, рецимо, био случај са утврђивањем појма „исцрпљиви природни ресурси“ у спору *US – Shrimp* (Oliveira, 2005: 21).<sup>9</sup>

Извори изван правног система СТО могу, такође, бити релевантни у ситуацијама када су панели и АТ у позицији да примењују општа правила, обичаје и принципе међународног права. Општа правила, обичаји и принципи су у том смислу значајни у контексту утврђивања бројних питања, попут заступања државе, компетенције (право трибунала да одлучује о сопственој надлежности), терета доказивања, односа *lex specialis–lex generalis*, процесне економије, одговорности државе и др. Већина ових питања поседује процедурални карактер, што може бити од значаја за многе сегменте решавања спорова у оквиру СТО. Са друге стране, та питања су са разлогом изостављена из правног регулисања СТО, јер је било логично да ће панели и АТ у односу на њих примењивати већ устаљена правила, обичаје и принципе.

Најзначајнија функција спољашњих извора се огледа у правилној интерпетацији обухваћених споразума. Извор који је свакако у том

---

8 Принцип пропорционалности предвиђа да мера којом се ограничава слобода трговине мора бити подобна за заштиту одређеног јавног интереса, са једне стране, и да мора бити неопходна, тј. да не постоји мера мањег ограничавајућег ефекта којом се такође може постићи заштита истог јавног интереса, са друге стране. Детаљније о одредби XX *GATT*-а и принципу пропорционалности видети: (Цветковић, 2008: 692–705; Цветковић, 2010: 387–420).

9 *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998, DSR 1998: VII, 2755.

погледу меродаван је Бечка конвенција о уговорном праву из 1969. године (енг. *Vienna Convention on the Law of Treaties*). Пошто се релевантност ове Конвенције огледа у тумачењу СТО норми, од примарног значаја су њене интерпретативне одредбе. Интерпретација обухваћених споразума је уређена чланом II (2) *DSU* који гласи: „Систем решавања спорова у СТО је централни елемент који обезбеђује сигурност и предвидивост мултилатералног трговинског система. Чланице признају да он служи очувању права и обавеза које чланицама припадају према обухваћеним споразумима, као и разјашњењу постојећих одредби у тим споразумима у складу са уобичајеним правилима интерпретације међународног јавног права.....“

Споразум о оснивању СТО са припадајућим анексима је по својој природи и сврси *par excellence* међународни споразум (Ћирић, Цветковић, 2010: 32). и припада корпусу међународног јавног права. Стога упућивање које врши члан II(2) *DSU* на уобичајена правила интерпретације међународног јавног права приликом разјашњавања права и обавеза из обухваћених споразума јасно указује да се Споразум о оснивању СТО и остали обухваћени споразуми не могу интерпретирати и примењивати у „клиничкој изолацији“ од међународног јавног права (Здравковић, Васић, 2014: 174–175). Од самог почетка рада експерти у АТ нису имали дилему у погледу идентификације релевантних интерпретативних правила приликом тумачења СТО споразума. Пракса панела и АТ, као и доктрина, сагласни су да се правила интерпретације садржана у Бечкој конвенцији о уговорном праву из 1969. године могу *per se* применити и на СТО споразуме (Cameron, Gray, 2001: 252; Lindroos, Mehling, 2006: 867) у својству „уобичајених правила интерпретације“ (Здравковић, 2013: 465). Међутим, није занемарљив ни значај осталих одредби Конвенције, посебно када су у питању одређена општа начела, принципи и институти међународног права, а који могу бити од значаја приликом интерпретације поједине норме и утврђивања права и обавеза. Тако су се судећа тела СТО позивала на принципе Бечке конвенције попут *pacta sunt servanda*<sup>10</sup>, добре вере<sup>11</sup> и забране ретроактивности.<sup>12</sup>

10 Видети Извештај Панела у спору *Korea – Measures Affecting Government Procurement*, WT/DS163/R, adopted 19 June 2000, DSR 2000:VIII, 3541.

11 *Ibid.*

12 Видети Извештај АТ у спору *Brazil – Measures Affecting Desiccated Coconut* („Brazil – Desiccated Coconut“), WT/DS22/AB/R, adopted 20 March 1997, DSR 1997:I, 167, стр. 15; Видети и извештаје АТ у споровима: *Canada – Term of Patent Protection*, WT/DS170/AB/R, 18 September 2000, пара. 71-72; *EC – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopted 13 February 1998, DSR 1998:I, 135,



#### 4. Решавање спорова у оквиру СТО и право људских права

Веза између људских права и права СТО може проистећи у случају конфликта норми ова два правна система, нпр. у ситуацији када је одређена мера у сагласности са правом СТО, али истовремено крши људска права. Такође, може се десити да једна држава примени трговинске санкције према другој са циљем вршења притиска на њу да побољша стање људских права на својој територији (на пример путем забране увоза неког производа у чијем је настајању учествовала радна снага над којом се примењује ограничење слободе, присилни рад или дечија радна снага) (Vásquez, 2003: 797; Zageł, 2004: 121). Тада такође долази до конфликта са нормама СТО, јер су трговинске санкције, ако се посматрају само из угла СТО, недозвољене. Питање је, дакле, да ли држава може пред судећим телима СТО правдати примену трговинских санкција према другој држави заштитом људских права?<sup>13</sup>

Судећа тела СТО не поседују мандат, нити су квалификована да одлучују о постојању повреде људских права. То се од њих не може ни очекивати, већ је на државама да се старају истовремено о поштовању људских права и својих обавеза из СТО (Marceau, 2002: 813–814).<sup>14</sup> И званичници СТО наглашавају да је она трговинска, а не организација за заштиту људских права (Zageł, 2004: 123).<sup>15</sup>

Консолидација регулативе људских права и регулативе међународне трговине још увек није лак задатак. Норме људских права и норме међународне трговине развијале су се одвојено. Са друге стране, између ових правних система постоји функционална међузависност, јер су се успостављали мање-више истовремено и делили идентичан циљ – унапређење животног стандарда људи. Ова тенденција се може посматрати као „противречност глобализације“ која проблеме људских права оставља по страни када регулише економске токове (Shelton, 2002: 284). Питања људских права су одвојена од економске регулативе и међународне

---

пара. 128; *European Communities – Trade Description of Sardines („EC – Sardines“)*, WT/DS231/AB/R, adopted 23 October 2002, DSR 2002:VIII, 3359, пара. 200.

13 Овакве мере се потенцијално означавају као „мере за заштиту људских права са трговинским дејством“ (енг: *Trade-related human rights measures*) и могу представљати трговинске санкције или трговинске подстицаје које су условљене испуњењем одређених стандарда људских права. Детаљније о овоме видети у: (Цветковић, Здравковић, 2011: 92–110).

14 Треба поменути и да се у пракси решавања спорова у оквиру СТО до сада није појавио случај који се директно тицао кршења људских права.

15 Ни ранији *GATT* 1947 није, а и СТО данас не одређује критеријуме демократске владавине и стања људских права као релевантне за присување у чланство.

трговине и ова два сегмента још увек представљају засебне системе. Међународно право људских права има за свој циљ заштиту људских права на глобалном нивоу, а међународно трговинско право уређење и регулисање међународне трговине, чији је основни циљ профит. Међутим, последњих година се све више наглашава да људска права треба да буду примарни циљ међународне трговине и регулативе која се односи на ту област. Такав став је изразила и Поткомисија УН за заштиту и промоцију људских права (Shelton, 2002: 284). У бројним документима организација при Уједињеним нацијама које се баве људским правима истиче се неопходност сарадње са СТО и њеним чланицама како би се назначила хумана димензија слободне трговине и инвестиција, и како би се осигурало да принципи људских права и обавезе које из њих произлазе буду узети у обзир приликом трговинских преговора у оквиру СТО.

### **5. Recapitulatio**

Право СТО још увек функционише као затворени и „самодовољни” систем, а главну брану за „продор” спољашних извора представљају судећа тела СТО. То се, међутим, не треба критиковати. Судећа тела СТО имају мандат и задатак очувања правног система СТО од спољашњих утицаја без обзира на гласна заговарања дела академске заједнице да спољашњи извори, укључујући и право људских права, морају бити узимани у обзир као меродавни од стране судећих тела. Основна функција система решавања спорова се огледа у очувању сигурности и предвидивости мултилатералног трговинског система правно оличеног у СТО.<sup>16</sup> Државе су током вишедеценијских преговора, почевши још од *GATT*-а 1947 па до завршетка Уругвајске рунде, улагале значајне напоре како би такав систем успоставиле. Због тога су оснивачи СТО и доделили мандат и задатак судећим телима да раде на очувању таквог система. Илузорно је и говорити о постојању било какве, па и најимплицитније намере оснивача СТО, да судећим телима доделе мандат да одлучују о њиховим правима и обавезама које не проистичу директно из обухваћених споразума. Уколико би се дозволило неконтролисани „уплив” спољашњих извора права у систем решавања спорова пред СТО, мултилатерални трговински поредак више не би био ни сигуран, ни предвидив, чиме би механизам решавања спорова изгубио своју основу улогу. То би, на крају, вероватно угрозило и постојање саме СТО с обзиром на то да се од држава не може легитимно очекивати да допусте да о њиховим правима и обавезама, које произлазе из свих сфера међународног права, одлучују експерти у судећим телима СТО.

---

16 Видети члан III (2) *DSU*.

Правни систем СТО је јединствен, и на свету не постоји нити један други универзални нормативни систем око којег је постигнута сагласност у тако великом степену у погледу међусобних права и дужности држава, а посебно у погледу тако ефикасног, и на праву заснованог, система решавања спорова. Због тога га не треба угрожавати настојањима да треба да апсорбује норме других међународноправних система. Судања тела СТО за сада успешно одолевају притисцима академске средине и успевају да очувају правни систем СТО од прекомерних спољашњих утицаја.

Спољашни извори, ипак, могу и морају бити меродавни у одређеним ситуацијама. Такође, треба правити и разлику између примене и консултовања спољашњих извора права. Судања тела СТО не могу нарушити успостављени баланс права и обавеза чланица СТО, уколико током решавања спорова консултују међународне споразуме, декларације, препоруке, документа и друге изворе.

Од меродавних спољашњих извора имамо у виду:

- а) изворе који су инкорпорирани у саме текстове обухваћених споразума;
- б) изворе на које норме обухваћених споразума директно упућују;
- в) релевантне међународне и националне изворе, код процењивања оправданости ограничавајућих мера у складу са члановима XX *GATT* и XIV *GATS*;
- г) општа правила, обичаје и принципе међународног права процедуралног карактера;
- д) правила међународног права која уређују интерпретацију међународних уговора.

Извори наведени под г) и д) не представљају материјално право, већ имају улогу „водича“ за примену материјалног права у обухваћеним споразумима. Као такви, ови извори не могу ни имати велики утицај на исход спора (Lindroos, Mehling, 2006: 876). Они, заправо, представљају правила на која сваки међународноправни систем треба да се ослања како би нормално функционисао. Таква правила и принципи се лако прилагођавају различитим правним системима и помажу им у спровођењу материјалноправних норми.

Спољашњи извори се евентуално могу применити и као материјално право у ситуацијама када се одлучује о оправданости ограничавајућих трговинских мера приликом интерпретације чланова XX *GATT* и XIV *GATS*. До сада је најупечатљивији случај примене спољашњег материјалног права забележен у спору *US–Shrimp* где се АТ позвало на неколико

мултилатералних споразума о заштити животне средине када је процењивало оправданост мера у складу са чланом XX *GATT*.<sup>17</sup>

Општа, фундаментална питања међународног права, попут људских права се за сада могу повезивати са правним нормама СТО једино на академском нивоу.

## Литература

Bartels, L. (2001). Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings. *Journal of World Trade*. Vol. 35(3). 499–519

Busch, M. L. (2007). Overlapping Institutions, Forum Shopping, and Dispute Settlement in International Trade. *International Organization*. 61 (4). 735–761

Vászquez, C. M. (2003). Trade Sanctions and Human Rights – Past, Present, and Future. *Journal of International Economic Law*. Vol.6. 797–839

Graewert, T. (2008). Conflicting Laws and Jurisdictions in the Dispute Settlement Process of Regional Trade Agreements and the WTO. *Contemporary Asia Arbitration Journal*. 1(2). 287–334

Zagel, G. (2004). The WTO and Trade-Related Human Rights Measures: Trade Sanctions vs. Trade Incentives. *Austrian Review of International and European Law*. Vol.9(1). 119–159

Здравковић, У. (2015). Мултилатерални систем решавања међудржавних трговинских спорова од *GATT*-а 1947 до оснивања Светске трговинске организације. *Страни правни живот*. Бр. 3/2015. 199–212

Здравковић, У. (2014). О узроцима и карактеристикама спорова у оквиру Светске трговинске организације. *Право и привреда*. Бр. 7–9. 254–268

Здравковић, У., Васић, А. (2014). Механизам решавања спорова у функцији интерпретације права Светске трговинске организације. У Станојевић, П. (Уред.). *Право и друштвена стварност : научни скуп са међународним учешћем*. Св. 1. Косовска Митровица: Правни факултет. 174–175

Здравковић, У. (2013). Улога интерпретативних правила Бечке конвенције о уговорном праву из 1969. године у решавању спорова пред Светском трговинском организацијом. У Димитријевић, П. (Уред.). *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору: тематски зборник радова*. Књ. 3. Ниш: Центар за публикације Правног факултета. 463–478

---

17 Видети пара. 130 Извештаја.

Lindroos, A. Mehling, M. (2006). Dispelling the Chimera of 'Self-Contained Regimes' International Law and the WTO. *The European Journal of International Law*. Vol. 16 no.5. 857–877

Marceau, G. (2002). WTO Dispute Settlement and Human Rights. *European Journal of International Law*. Vol. 30, No.4. 753–814

Marceau, G. (2001). Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties. *Journal of World Trade*. 35(6). 1081–1131

Matsushita, M. Shoenbaum, T. Mavroidis, P. (2006). *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*. New York: Oxford University Press

Oliveira, B. (2005). *The Relation Between WTO Law and Public International Law: The applicable law in Dispute Settlement at the WTO*. London: University College London

Pauwelyn, J. (2003a). *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*. New York: Cambridge University Press

Pauwelyn, J. (2003b). How to Win a World Trade Organisation Dispute Based on Non-World Trade Organisation Law? Questions of Jurisdiction and Merits. *Journal of World Trade*. 37(6). 997–1030

Pauwelyn, J. (2001). The Role of Public International Law in WTO: How far can we go? *The American Journal of International Law*. Vol.95. 535–578

Shelton, D. (2002). Protecting Human Rights in a Globalized World. *Boston College International and Comparative Law Review*. Vol. 25, Iss. 2. 273–322

Schoenbaum, T. (1998). WTO Dispute Settlement: Praise and Suggestions for Reform. *International and Comparative Law Quarterly*. Volume 47 Issue 03. 647–658

Trachtman, J. P. (2004). Recent Books on International Law (reviewing Joost Pauwelyn, Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law). *American Journal on International Law*. 98(4). 855–861

Trachtman, J. P. (1999). The Domain of WTO Dispute Resolution. *Harvard International Law Journal*. No.40. 333 – 378

Ђирић, А. (2010). *Међународно трговинско право – Општи део*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета

Ђирић, А., Цветковић, П. (2010). Принцип добре вере у праву Светске трговинске организације. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. Бр. 55. 29-46

Цветковић, П., Здравковић, У. (2011). Могућност примене трговинских санкција у складу са правом Светске трговинске организације као начина сузбијања трговине људима и других облика савременог ропства. У Димитријевић, П, Костић, М и Кнежевић, С. (Уред.). *Трговина људима: правна заштита у међународним и националним оквирима*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу

Цветковић, П. (2010). Остваривање равнотеже између начела слободе трговине и јавноправних интереса: пример права Светске трговинске организације. У Петровић, М. и Стојановић, Н. (Уред.). *Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права*. Св. 2. Ниш: Центар за публикације Правног факултета. 387-420

Цветковић, П. (2009). Извори права Светске трговинске организације и њихов значај за државе у транзицији. У Божић, М. и Голубовић, С. (Уред.). *Балкан у процесу евроинтеграције: 20 година транзиције* (Едиција Балканске студије; књ. 4). Ниш: Филозофски факултет у Нишу, 137-161

Цветковић, П. (2008). Принцип пропорционалности у праву WTO: пример члана XX GATT-а. *Право и привреда*. Бр. 5-8. 692-705

Цветковић, П. (2006). Систем решавања спорова у оквиру Светске трговинске организације. *Право и привреда*. Бр. 5-8. 2006. 659-675

Cameron, J., Gray, K. R. (2001). Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body. *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 50. 2001. 248-298

**Uroš Zdravković, LL.B.**

Teaching Assistant

Faculty of Law, University of Niš

## **DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM UNDER THE WORLD TRADE ORGANIZATION AND BORDERLINES OF APPLICABLE LAW**

### **Summary**

*The question of applicable law is of essence in discussing access to justice and legal protection under the WTO dispute settlement system because it determines which disputes are suitable for resolving under the WTO framework.*

*The WTO dispute settlement system is primarily oriented towards protection of rights under the covered agreements. One of the central problem in this discussion is the competence of the WTO judicial bodies (panels and the Appellate Body) to resolve disputes concerning rights and obligations that are not regulated by the covered agreements. According to the rulings of the WTO judicial bodies, they only have jurisdiction to examine covered agreements as the only relevant and applicable law in dispute settlement proceedings. Some scholars support a strict conception of the WTO judicial bodies' jurisdiction pertaining only to the WTO law.*

*Some other authors suggest a more flexible approach, given that the WTO is neither "a closed legal circuit" nor a self-contained regime. As a branch or a sub-system of Public International Law, the WTO has to interact with other branches or subsystems, such as human rights treaties and international environmental protection agreements.*

*Many scholars and experts insist that the WTO bodies must take into account the "new dimensions of international trade", like environmental protection and human rights. Hence, the rules of free trade cannot be legally and politically excommunicated from general international law. Nevertheless, this assertion must be taken with caution: it would be the only way for ensuring protection of security and predictability of the multilateral trading system under the WTO. Therefore, it is important to establish clear borderlines and situations in which interaction with extrinsic sources of law is necessary.*

**Key words:** World Trade Organisation, dispute settlement system, applicable law, human rights.





**Mr Ђорђе Мариловић,\***  
Виши асистент Правног факултета,  
Универзитет у Источном Сарајеву

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

doi:10.5937/zrgfni1672329M

UDK: 003.349:621.395.721.5

UDK: 336.2:621.395

Рад примљен: 06.01.2016.

Рад прихваћен: 25.02.2016.

## **ПОРЕСКОПРАВНИ АСПЕКТИ МОГУЋНОСТИ ЗАШТИТЕ ЋИРИЛИЦЕ У ТЕЛЕКОМУНИКАЦИЈАМА\*\***

**Апстракт:** Употреба ћирилице и других тзв. специфичних писама обесхрабрена је у оквиру неких телекомуникационих услуга. Аутор у овом раду скреће пажњу на неједнак цијеновни третман ћирилице у телекомуникацијама (SMS поруке), сматрајући да се таква пракса противи интересима друштва које његује богатство језика.

У свјетлу могућности и обавеза које проистичу из Конвенције о заштити и унапређењу разноликости културних израза, аутор предлаже увођење мјера којима би била уклоњена цијеновна дискриминација ћирилице у вези са услугом SMS, и порескоправне мјере којима би били подржани мобилни оператори и спријечена неједнакост оних оператора који би иначе због цијеновног изравнања писама били у лошијем тржишном положају. Предложена рјешења су примјенљива на мултикултурална друштва са оваквим изазовом, без обзира на конкретне језике.

**Кључне ријечи:** ћирилица, телекомуникације, Конвенција о заштити и унапређењу разноликости културних израза; порези; GSM SMS.

### **1. Увод**

Иако се у раду говори првенствено о ћирилици и њеној употреби у телекомуникацијама, тако је учињено из поштовања према вриједностима које ћирилица значи, и према улози ћирилице у писмености српског народа и бројних других народа. Уколико се узме у обзир чињеница да се ћирилица користи у преко 50 језика (Píška 1996: 95), значај сагледавања

\* djordje\_maril@yahoo.com

\*\* Сажетак рада усмено је изложен на IX Harmonius School of Law, Златибор, Србија, 20–23.11.2014. године, под називом „Могућност порескоправне заштите употребе ћирилице у телекомуникацијама“.

њеног положаја повећава се. Међутим, најдубљи разлог бављења овом темом превазилази значај ћирилице, пошто се главни закључци рада могу, без уздржавања, примјенити и на остала „специфична“ писма. Под појмом тзв. специфичних писама обухватамо сва писма која нису била заступљена приликом првобитних стандардизација телекомуникација.<sup>1</sup> Поред ћирилица (српске, руске, бугарске итд.), примјера ради, ту спада румунска латиница и др.

Изостављеност мноштва писама приликом увођења првобитних стандарда телекомуникација довела је до њиховог неравноправног положаја на тржишту телекомуникационих услуга. Испрва, таква писма уопште нису била заступљена, а данас се она суочавају са дискриминацијом код услуге *SMS* порука.<sup>2</sup> Поменута услуга, иако има велики број супститута и сурогата, још увијек није изгубила на значају. Напротив, опсег коришћења *SMS* порука значајан је, на шта утичу различити разлози (попут добре доступности корисника, велике стопе прегледа садржаја *SMS* порука, рекламирања тим путем, употребе у сигурносне сврхе за услуге на интернету).<sup>3</sup>

Иако значај ове услуге постаје све мањи (мада је још увијек далеко од занемарљивог), она је одличан примјер за испитивање хипотезе да се

---

1 *About 3GPP Home*, Преузето 30.12.2015. <http://www.3gpp.org/about-3gpp/about-3gpp>

2 *SMS* (енг. *Small Message Service*) означава текстуалне поруке које се шаљу мобилним телефонима. Стандарди којима је успостављена ова услуга заживјели су након 1982. године, а нарочито у оквиру *GSM* стандарда (енг. *Global System for Mobile communications*, изворно фра. *Groupe Spécial Mobile*), на иницијативу *CEPT* (енг. *The European Conference of Postal and Telecommunications Administrations*, фра. *Conférence européenne des administrations des postes et des télécommunications*) – Европске конференције поштанских и телекомуникационих управа. Данас извјештаји и спецификације за мобилне комуникације развијају се у оквиру *3GPP* (енг. *The 3rd Generation Partnership Project*).

*GSM* је најшире коришћена мобилна технологија у свијету, са преко 90% учешћа на тржишту. *3GPP Technology Evolution*. Преузето 30.12.2015. <http://www.4gamericas.org/en/resources/technology-education/3gpp-technology-evolution/>.

Ваља примјетити да услуга *SMS* спада у стандарде друге генерације мобилних система, и не губи значај иако се данас увелико ради на превазилажењу стандарда треће генерације.

3 У 2011. години, чак 75% корисника мобилних телефона користило је ову услугу. *75% of Worldwide Cellphone Users Send Text Messages [STUDY]*. Преузето 30.12.2015. <http://mashable.com/2011/12/21/global-mobile-patterns/>

Ако се узму у обзир тржишта попут Индије и Бразила, чији значај расте, наведени податак није много изгубио на значају, упркос промјенама у развијеним земљама. Неки извори говоре о свјетском просјеку од чак 350 милијарди *SMS* порука мјесечно. *Mobile Marketing Association http – Industry Overview*. Преузето 30.12.2015. <http://www.mmaglobal.com/about/industry-overview>

порезима може повољно утицати на смањење уочене дискриминације приликом пружања услуга на тржишту.

Према томе, претпоставке на којима почива овај рад су:

1. Лица која се користе тзв. специфичним писмима поводом услуге *SMS* порука дискриминисана су у погледу цијене у односу на лица која се користе тзв. стандардним писмима (неповољан цјеновни положај „специфичних“ писама).
2. Неповољан цјеновни положај „специфичних“ писама почива на техничким разлозима (условљеност прихваћеним стандардима телекомуникација).
3. Отклањање дискриминације није могуће тек једноставном регулативном дјелатношћу државе. Дискриминација се може уклонити истовременом примјеном два инструмента: 1) регулативне дјелатности у погледу пружања услуга (обавезност исте цијене за услугу, без обзира на предметно писмо) и 2) намјенског пореза на пружање услуге или рефакције у оквиру пореза на додату вриједност (ПДВ) плаћеног на пружање услуге.

Предложена рјешења могуће је употребити и код неједнаког положаја других културних израза (дакле, не само писама), када је истовремено са изједначавањем њиховог положаја неопходно осигурати јавни приход за финансирање тако насталих јавних расхода.

Структура рада прилагођена је извјесној мултидисциплинарности посматраног проблема. Прво је приказана, у најкраћим цртама, техничка посебност положаја тзв. специфичних писама у одговарајућим телекомуникационим стандардима. Друго, указано је на правне изворе којима је предвиђена могућност и обавеза рјешења представљеног проблема. Треће, у складу са правним изворима, предложене су одговарајуће регулаторне и порескоправне мјере. Због везе са српском ћирилицом, посматрана су права двије земље у којима је српски језик у службеној употреби, Републике Србије и Републике Српске, односно Босне и Херцеговине (БиХ).

## **2. Технички стандарди и различит положај „специфичних“ и „стандардних“ писама**

Развој тржишних услуга бежичног саобраћања, или мобилних комуникација, почео је, грубо речено, прије мање од пола вијека. Уређен и стандардизован оквир за њихов развој пружио је далековида Европска

конференција поштанских и телекомуникационих управа. Тај оквир носи назив *GSM*. Данас, корисници мобилних телефона имају на располагању мноштво услуга, међу којима су неке које могу замијенити услугу *SMS*. Међутим, то није умањило њен значај и заступљеност. У свјетлу таквог њеног положаја могу се посматрати посљедице које то има на културу. За ово питање важно је напоменути какав је однос услуге *SMS* и употребе писама у оквиру те услуге.

Одговарајућим техничким спецификацијама предвиђено је који словни стандард се користи за слање текстуалних порука.<sup>4</sup> Основни је стандард код кога сваки симбол има 7 бита, а постоје и стандарди са 8-битним и 16-битним знаковима (*ISO/IEC 10646:2014*).<sup>5</sup> Употреба 7-битног алфабета је обавезна, а употреба осталих је изборна.<sup>6</sup> Какве су посљедице на коришћење услуге *SMS*? У овом раду није могуће образлагати све појединости које се тичу стандарда и спецификација. Због тога, овдје слиједи крајње упрошћен приказ наведених чињеница.

Једна *SMS* порука је, уствари, низ информација које од једног уређаја стижу на други. Слање се одвија у складу са одговарајућим протоколом, при чему једну *SMS* поруку чини тачно 1120 бита. Ако једно, рецимо, слово има 7 бита, то значи да у једну *SMS* поруку може стати 160 таквих слова ( $1120/7=160$ ). Такав је случај уколико се користе 7-битна слова. Међутим, 7-битни систем слова омогућава врло мали број слова у односу на њихов број у различитим језицима и писмима, и не може обухватити све језике. Словни системи који обухватају све знакове морају имати већи број бита по једном слову. Такав систем је 16-битни *UCS2*. Његова употреба значи мање слова у једној поруци – тек 70 слова од 16 бита стаје у једну *SMS* поруку ( $1120/16=70$ ). У поруку стаје мање слова јер су слова по 16-битном стандарду „крупнија“, носе више информација, него слова по 7-битном стандарду, баш као што у исту посуду стаје мање јабука но шљива. То значи да текст: „Ђорђе жели на примјеру да покаже колико слова стаје у једну поруку, па зато пише дуге, сложене, реченице под знацима навода. Штавише, он и своје име ту спомиње.“, садржи тачно 160 знакова (слова, размаке, интерпункцију, без наводника). Овако послат, исписан ћирилицом, текст би стао у три *SMS* поруке. Написан енглеском латиницом, без поштовања српског правописа, текст би изгледао овако: „Djordje zeli na primjeru da pokaze koliko slova staje u jednu poruku, pa zato pise duge, slozene recenice pod znacima navoda. Stavise, on mora i da

4 3GPP TS 23.038 V12.0.0 (2014) *3rd Generation Partnership Project; Technical Specification Group Core Network and Terminals; Alphabets and language-specific information (Release 12)*. Преузето 3.12.2015. [http://www.3gpp.org/ftp/Specs/archive/23\\_series/23.038/23038-c00.zip](http://www.3gpp.org/ftp/Specs/archive/23_series/23.038/23038-c00.zip).

5 У рачунарству један бит је најмања јединица информације.

6 3GPP TS 23.038 V12.0.0 (2014), фн. 6, тач. 6.2.

мијенја име.“, а обухватио би, опет, 160 знакова. Разлика је у томе што би овај текст, овако неисправно написан енглеском латиницом, стао у само једну SMS поруку. Неписменост приликом коришћења SMS порука непосредно је подстакнута различитим цјеновним положајем тзв. специфичних писама, што је последица застарјелих техничких стандарда. Напросто, ако пишете ћирилицом, платићете више.

### 3. Правни оквир проблема „специфичних“ писама

Полазећи од уставних и међународноправних норми, неспорно је да језик представља један од основа дискриминације.<sup>7</sup> У неким изворима јасно је одређено право грађана да употребљавају свој језик и писмо.<sup>8</sup> Овдје треба разликовати писма у службеној употреби, и писма регионалних и мањинских језика. У овоме раду првенствено се посматра положај писама која имају статус службених писама. Међутим, предложена рјешења знатно би побољшала положај изузетно великог броја писама, без обзира на њихов уставноправни статус.

Може се поставити питање да ли је различитост цијена SMS порука, утемељена на техничком разликовању писама, један облик дискриминације. Тражећи одговор на ово питање, можемо поћи од Босне и Херцеговине, у којој се Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (ЕКЉП) непосредно примјењује. Ипак, „у највећем броју земаља Европска конвенција, попут осталих међународних уговора, има законску правну снагу“ (Настић, 2012: 52). У Р. Србији, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода примјењује се од 2003. године.

Према томе, да би се утврдила дискриминација, „мора постојати (а) различит третман (б) особа које су у аналогној или релативно истој ситуацији на бази (ц) једног од забрањених основа дискриминације, при чему (д) не постоји објективно и разумно оправдање за такав различит третман“ (Steiner, 2010: 440).

Да ли би се примјер услуге SMS-а могао подвести под ово одређење? Наиме, особе које се служе различитим писмима, са статусом писма у службеној употреби, јесу у аналогној или релативно истој ситуацији (наведени критеријум (б)), при чему постоји различит третману виду различите цијене за исти број слова, преко 70, у поруци (критеријум (а)). Самим тим

---

7 Чл. 21 Устава Републике Србије. Чл. II (4) Устава БиХ. Чл. 10 Устава Републике Српске. Чл. 1, Протокол 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода.

8 Чл. 34, ст. 1 Устава Републике Српске.

што су по сриједи писма у службеној употреби,<sup>9</sup> која се користе у језицима у службеној употреби, постоји основ дискриминације – језик (критеријум (ц)).

Дискриминацију би, додуше, вршило правно лице, оператор мобилне мреже,<sup>10</sup> или произвођач и лице који се баве прометом уређаја који примјењују дискриминаторске стандарде. Ипак, „држава има позитивну обавезу да заштити особе од дискриминације коју чине приватна физичка и правна лица“ (Steiner, 2010: 442). Ово се чини јасним, али посљедњи услов – изостанак објективног и разумног оправдања за такав различит третман (д) – нешто је теже уочити.

Разлози због којих долази до дискриминације јесу техничке природе, па би се, на први поглед, могло рећи да је то објективно и разумно оправдање за различит третман. Стандарде су, у зачетку, правила најутицајнији и најразвијенији, те су их прилагодили себи. Ко је крив осталим културама и традицијама што нису имале достојне или довољно наметљиве представнике у том тренутку? Рјешење може бити да се такве културе одрекну својих посебности и упросте своје симболе, слова. Јер, технички услови су напросто такви какви јесу. Можемо ли, ипак, тако размишљати? Можемо ли, аналогно, рећи да особа натпросјечне тјелесне масе треба да плати двије карте за превоз ваздухопловом, пошто ће то значити већу потрошњу горива и могућу штету на коришћеном путничком сједишту? Можемо ли очекивати већу цијену за превоз особа са инвалидитетом, за превоз трудница и дојенчади у колицима – због неспорних техничких изазова које то носи? Треба ли одредити већу школарину за студенте који се користе колицима, зато што накнадна изградња приступне рампе или лифта представља трошак? Не.

Језик којим преносимо своја искуства, спознајемо интелектуалну и културну средину, којим проносимо своје вриједности и у оквиру кога развијамо осјећај припадништва, не смије бити изузет од заштите. „Захтјев да сви језици буду третирани једнако јесте позив на препознавање достојанства свих појединаца, без обзира на њихов језик.“<sup>11</sup> Културна права представљају саставни дио људских права која су универзална, недјељива

---

9 Нпр. ћирилица у Р. Србији: Чл. 10, ст. 1 Устава Републике Србије.

10 Термином „оператор“ означава селице које обавља или је овлашћено да обавља делатност електронских комуникација, а у овом раду мисли се на пружање SMSуслуге. Вид. чл. 4 Закона о електронским комуникацијама, *Сл. гласник Републике Србије*, 44/10, 60/13 – УС, 62/14.

11 UNESCO, *UNESCO World Report Investing in Cultural Diversity and Intercultural Dialogue*. Преузето 28.12.2015. <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001852/185202e.pdf>

и међусобно зависна.<sup>12</sup> Управо зато, а имајући у виду да се текстови на српском језику све више користе у дигиталном облику (Vitas, D., Popović, Lj., Krstev, S., Obradović, I., Pavlović-Lažetić, G., Stanojević, M., 2012: 16), посебно је значајна Конвенција о заштити и унапређењу разноликости културних израза.<sup>13</sup> Конвенција је ступила на снагу у марту 2007. године. Република Србија је ратификовала Конвенцију 2009. године, као и Босна и Херцеговина.

Конвенција одређује „културни садржај“ као симболично значење, умјетничку димензију и културне вриједности које произлазе изкултурних идентитета или изражавају културне идентитете, а „културне изразе“ као оне изразе који су резултат креативности појединаца, група и друштава и који имају културни садржај. Језици јесу суштински дио разноликости културних израза.<sup>14</sup> То је важно напоменути пошто Конвенција у члану 6 предвиђа могућност увођења одговарајућих мјера.

Наиме, државе могу усвојити мјере намијењене заштити и унапређењу разноликости културних израза на својој територији, и то, како стоји у наведеном члану, „мјере које, на прикладан начин, пружају могућност домаћим културним дјелатностима, добрима и услугама, међу свима онима које постоје на државној територији, за стварање, продукцију, дифузију, дистрибуцију и уживање у њима, укључујући и одредбе које се односе на језик који се користи за такве дјелатности, добра и услуге“. Ипак, регулаторна мјера би одударала од све наглашеније заштите либералних оквира за промет добара и услуга у свијету. Упоредноправно, присутни су различити приступи поводом односа оваквих мјера према институционализованим оквирима либерализације свјетског тржишта добара и услуга (Purpis, 2008: 406). То не треба да збуни и окрене нас против таквих мјера, јер њихова оправданост превазилази постојеће циљеве либерализације тржишта.

Заступљеност *SMS* порука у савременом, електронском, саобраћању непосредно утиче на промјену навика употребе писма. Будући да је употреба ћирилице знатно обесхрабрена њеним неповољним цијеновним

---

12 Чл. 5 Универзална декларација УНЕСКО-а о културној разноликости (the Universal Declaration on Cultural Diversity (Resolution 31C/25))

13 UNESCO, *Конвенција о заштити и унапређењу разноликости културних израза, УНЕСКО, Париз 2005. (Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expression (CCD; Resolution 33C/41))*. Преузето 3.12.2015. [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=31038&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

14 UNESCO, *Ten Keys to the Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: adopted by the General Conference of UNESCO at its 33rd session, 2005*. Преузето 4.11.2015. <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001495/149502e.pdf>

положајем, то оставља посљедице на понашање и навике врло широког круга становника. У том смислу, нужно је дјеловање државе на заштити равноправности ћириличног писма, које је једно од службених писама. Исто се односи на сва „специфична“ писма. Зато је увођење одговарајућих регулаторних мјера у овој области оправдано и неопходно.

#### **4. Могућности рјешења проблема цјеновне неједнакости SMS порука**

##### **4.1. Једнака цијена за једнак број знакова**

Ћирилично писмо није усамљено у својој цјеновној неједнакости поводом услуге SMS. Напротив, многа писма дијеле ову судбину. Чак, нека од њих су латинична, попут румунске латинице, што је будило сличне недоумице у вези са електронским комуникацијама (Secară, 2013). Могућа рјешења су вишеструка, али би њихова примјена имала различите домашаје (Secară, 2014). Постоји могућност да се стандарди за SMS поруке унаприједи тако да се уклони основ за цјеновну дискриминацију. Међутим, такво рјешење није изгледно, прије свега због начина на који се стандарди усклађују – највећи број држава појединачно скоро ништа не може учинити на промјени свјетских технолошких кретања. С друге стране, државе још увијек могу утицати на тржиште услуга. У складу са одредбама Конвенције о заштити и унапређењу разноликости културних израза државе могу предузети одговарајуће мјере за заштиту разноликости културних садржаја.

Користећи могућности остављене Конвенцијом о заштити и унапређењу разноликости културних израза, држава може увести обавезу наплаћивања исте цијене за исти број слова у SMS поруци. Ово би представљало изазов операторима који пружају услугу, пошто је код пружања услуге SMS уобичајено посматрање апстрактног протока података, без сагледавања њиховог садржаја (оператори броје бите, а не слова). Међутим, то свакако није немогуће. У суштини, приликом наплаћивања услуге било би потребно на одговарајући начин разликовати 7-битне, 8-битне и 16-битне начине кодирања, а то даље упућује на обавезу вођења одговарајућих евиденција о примијењеним стандардима код пружања услуге SMS.<sup>15</sup>

---

15 За постојеће сличне обавезе вођења одговарајућих детаљних евиденција, на примјер у праву Србије, вид. чл. 14 Правилника о захтевима за уређаје и програмску подршку за законито пресретање електронских комуникација и техничким захтевима за испуњење обавезе задржавања података о електронским комуникацијама, *Сл. гласник Републике Србије*, 88/15.



#### **4.2. Отклањање могуће тржишне неједнакости оператора мобилних мрежа који пружају услугу SMS**

Увођење мјере обавезног наплаћивања једнаке цијене за услугу преноса истог броја знакова у оквиру SMS довело би, потенцијално, до нове неједнакости. Оператори који дјелују на једном тржишту, гдје корисници услуга претежно користе неког од оператора, могли би се наћи у неприлици.

Примјера ради, уколико претежна већина становништва која користи тзв. специфично писмо користи услуге једног оператора, док остали оператори имају само занемарљиво учешће тзв. специфичног језика у промету услуга SMS, први оператор биће у неповољнијем положају.<sup>16</sup> Наиме, такав оператор сносиће терет изједначавања цијене за оно што је, објективно, већи проток података и веће оптерећење мрежне инфраструктуре, док ће остали оператори наплаћивати исту цијену по поруци при мањем протоку података и мањем оптерећењу мрежне инфраструктуре, пошто њихови корисници знатно мање користе тзв. специфична писма.

Овакве околности могуће су у друштвима у којима истовремено постоји велико богатство језика и писама у употреби. Могуће је да, из различитих разлога, неки оператори пружају услуге корисницима који претежно користе тзв. специфична писма, док други оператори имају тек занемарљиво учешће таквих корисника. Регулаторна мјера којом би се наметнула иста цијена за исти број послатих знакова, без обзира на њихову запремину (износ послатих бита), довела би прву групу оператора у неповољнији тржишни положај, и изазвала би значајне тржишне посљедице. Ако би се, у том случају, обавезали оператори мобилне телефоније да изједначе цијене за кориснике различитих писама, без обзира на стварне трошкове пружања услуга за различите групе писама (посљедица примјене различитих стандарда за различита писма), онда би они били суочени са избором између а) повећања својих трошкова (због смањења цијене „скупих“ писама на цијену „јефтиних“) и б) већих цијена услуга (због пораста цијене „јефтиних“ писама на ниво „скупих“ писама). То би, даље, довело до већих трошкова оператора чији промет се у већем дијелу односи на „специфична“, „скупа“, писма, односно до мање конкурентности таквих оператора на тржишту. Управо у томе се огледа дисторзивно дејство регулаторне мјере.

---

16 Примјера ради, у БиХ постоји склоност значајног дијела корисника услуга мобилне телефоније ка операторима који су били формиран у ентитетским оквирима. Иако данас дјелују у оба ентитета, оператори су задржали своје упориште управо у корисницима из ентитета из којих су се првобитно развили. По ентитетском основу може се повући јасна граница између корисника који су склонили употреби ћирилице и корисника који томе нису склони.

Имајући наведени изазов у виду, треба пронаћи средства за његово уклањање или ублажавање. Рјешење се може наћи на терену пореског права, и то на оном нивоу опорезивања које се тиче укупног тржишта. Не би било одговарајуће оно рјешење које има ограничен територијални домашај (субцентрални или локални ниво), јер би то само продубило тржишне неједнакости. Рјешење је могуће наћи у постојећим пореским облицима, или кроз увођење нових. Не треба заборавити да друга варијанта уобичајено наилази на веће отпоре.

#### **4.3. Олакшице у оквиру ПДВ-а**

Будући да у структуру тржишне цијене пружања услуге *SMS* улази износ пореза на додату вриједност, у оквиру чега се одвија преваљивање пореског терета са пореских обвезника на пореске дестинатаре, могуће је пореском олакшицом подржати наведене операторе. Требало би ослободити плаћања ПДВ-а телекомуникациону услугу *SMS* која се обавља употребом *UCS2* стандарда. Мјерење промета садржаја кодираних према *UCS2* стандарду техничке је природе. Потребно би било осигурати јасан и провјерљив приказ таквог промета, и у складу с тим примијенити рјешење. Поновимо, оператори имају обавезу вођења одговарајућих евиденција о пруженим услугама. Тиме би, разликом између цијена неопорезованих и опорезованих порука са 7-битним знацима оператори били финансијски подржани. Постоји барем неколико сумњи у вези с овим рјешењем.

Прво, питање је да ли се овим успостављају привилегије за одређене операторе, и да ли се ово противи општим тежњама ка либералнијем тржишту добара и услуга (нпр. у оквиру Свјетске трговинске организације). На ово питање може се одговорити одрично – услов је једнак за све операторе на тржишту, олакшица није ограничена на посебна лица, услови су једнако постављени за све који се нађу у датим околностима.<sup>17</sup>

Друго, упитна је корист коју би од ове мјере имали оператори у неповољнијем положају. Пошто су поруке кодиране *UCS2* стандардом потенцијално више него двоструко обимније од порука кодираних обавезним стандардом, а цијена би била иста у оба случаја, да ли би ослобођење од плаћања ПДВ-а било довољно да економски изравна разлике? Одговор на ово питање морао би се потражити у одговарајућим студијама граничног трошка који оператор има приликом слања додатне поруке, и у анализама пропусности

<sup>17</sup> За примјер нормирања појма непожељне помоћи државе учесницима на тржишту вид. Свјетска трговинска организација, *Споразум о субвенцијама и компензаторним мјерама – Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*. Преузето 20.11.2015. [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/24-scm.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm.pdf)

телекомуникационих система у случају значајног пораста промета. Томе овдје није мјесто.

Треће, да ли би оваква олакшица била технички изводљива и оправдана? Због сложености ослобођења од пореза код посредних пореза, а нарочито код ПДВ-а – због института претходног пореза – за истинско пружање растерећења било би потребно ослобођење са правом на одбитак претходног пореза (Поповић, 2014: 452). Међутим, претходно постављено, друго, питање (однос користи од олакшице наспрам стварног граничног трошка слања додатне поруке због сложенијег стандарда) већ оспорава овакав приступ. Наиме, врло је мало вјероватно да би гранични трошак слања додатне поруке због захтјевнијег стандарда био потпуно једнак износу пореског ослобођења. Занемаривање те неједнакости обесмислило би циљ који се жели постићи мјером, а то је елиминација дисторзије због регулаторне мјере „једнака цијена за једнак број знакова“. Зато је боље дозволити пореску рефакцију. Њоме се, из техничких разлога, једноставније пружа жељена олакшица и то, по правилу, управо код посредних пореза (Поповић, 2014: 156–157). Рефакција би била одмјеравана према утврђеним трошковима због примјене захтјевнијег стандарда. Трошкове би доказивао оператор у своме захтјеву за пореску рефакцију.

За предложена рјешења неопходно је сагледати проблематику трошкова пружања *SMS* услуге. Овај рад свако није мјесто гдје је то могуће учинити. Међутим, неспорно је да постоје већи трошкови код пружања услуга *SMS* кодираних *UCS2* стандардом него код уобичајених порука кодираних као *GSM 7 bit*.

#### **4.4. Порез на појединачну услугу**

Уколико, ипак, пореска олакшица у оквиру ПДВ-а за пружену услугу *SMS* употребом кодирања *UCS2* стандардом не би била довољна или примјерена да уклони тржишну неједнакост посматране групе оператора, могуће је увести посебан порез на пружање услуга *SMS*. Порез би био посредан, намјенски, са најширим територијалним важењем (тако да обухвати одговарајуће тржиште). Порески обвезник био би пружалац услуге *SMS*, а порески терет би очекивано био преваљен на корисника те услуге.

Такође, порез би могао бити осмишљен налик порезу на употребу мобилног телефона на услуге мобилне телефоније (конкретно, на услугу *SMS*), који је раније постојао у пореском систему Републике Србије.<sup>18</sup> У том случају,

---

18 Закон о порезима на употребу, држање и ношење добара, *Сл. гласник Републике Србије*, 26/01, 80/02, 43/04, 31/09, 101/10, 24 /11, 68/14 –др. закон, 112/15. У првобитном тексту, из 2001. године, порез на употребу мобилног телефона био је уређен члановима 7–12.

порески обвезник био би корисник услуге. Порески платац – лице које обрачунава, наплаћује и уплаћује порез на прописани рачун – био би давалац услуге. Продавац тзв. допуне рачуна за „припејд“ кориснике не би се могао јавити као порески платац, јер углавном није могуће унапријед утврдити који дио купљене допуне ће бити потрошен на услугу *SMS*. Порез би, такође, био намјенски.

Из прихода од ових пореза били би подржани поменути оператори, према тачно измјереном промету услуга *SMS* кодираних *UCS2* стандардом. Конвенција о заштити и унапређењу разноликости културних израза, у већ поменутом члану 6, нуди такву могућност кроз увођење мјера чији је циљ обезбјеђивање јавног финансирања.

Средства прикупљена на основу овог пореза била би приход одговарајућег тијела надлежног за телекомуникације (таква регулаторна тијела уобичајена су и најчешће спроводе прописе у области радиодифузије, телекомуникација и сл.). Ово тијело би исплаћивало подстицај мобилним операторима према тачно утврђеном промету услуга *SMS* кодираних *UCS2* стандардом. Подстицај би се могао утврдити за сваку обављену услугу у износу који представља разлику трошка пружања услуге *SMS* кодиране *UCS2* стандардом и трошка услуге *SMS* кодиране 7-битним стандардом (*GSM 7bit*). Наравно, могуће је и из других извора финансирања подржати понашања која су у складу са политиком једнаких могућности за кориснике свих писама у службеној употреби – све то под претпоставком да таква политика уопште постоји.

За ова рјешења, значај сагледавања трошкова пружања услуга *SMS* исти је као и код рјешења у оквиру ПДВ-а. Нешто је другачије питање пореског оптерећења. Пошто би порески дестинатари били сви који се користе услугом *SMS*, требало би се определијелити за умјерену пореску стопу код увођења новог пореза, јер је ова услуга већ опорезована ПДВ-ом (то би било у случају да истовремено са овом мјером не постоји одговарајуће пореско ослобођење од плаћања ПДВ-а). Високо опорезивање ове услуге довело би до великог раста цијене услуге, због очекиваног преваљивања пореза. С друге стране, већ мјера утврђивања исте цијене за исти број знакова у услузи *SMS* очекивано може довести до одређеног пораста цијена услуга *SMS*. Ваљало би, зато, пажљиво одмјерити трошкове које оператори заиста имају, а потом примјерити висину пореске стопе, пореских олакшица и, на крају, подстицаја.

## 5. Закључак

Питање да ли пишемо скупљим или јефтинијим писмом не би смјело да има основа у стварности, ако су понуђена писма истовремено у службеној употреби. Код услуге *SMS*, изузетно заступљене услуге електронског саобраћања, ово питање и те како има основа у стварности. Особе које употребљавају ћирилицу, и друга писма која нису била заступљена приликом стварања првих (а данас једино обавезних) стандарда кодирања *SMS* порука данас су цјеновно дискриминисане код коришћења услуге *SMS*. Просто, употреба ћирилице је и до три пута скупља него употреба „стандардне“ латинице при коришћењу услуге *SMS* порука. Разлози јесу техничке природе, али то ни на који начин не може оправдати постојање наведеног проблема.

Да би се спријечила дискриминација појединих корисника услуге *SMS*, потребно је обавезати операторе мобилних мрежа који пружају такве услуге да за њу наплаћују једнаку цијену, без обзира на употребљено писмо. Изазов техничке природе постоји, али он није непробродив. Накнадни проблем може представљати неједнак тржишни положај појединих оператора – оних чији корисници би претежно користили технички захтјевније писмо. У том случају, приступило би се порескоправним мјерама у вези са порезом на додату вриједност – пореском ослобођењу са правом на одбитак претходног пореза за пружање услуге *SMS* код које се користи технички захтјевније писмо, или рефакцији одређеног дијела ПДВ-а. Уколико мјере у оквиру ПДВ-а не би дале жељене исходе, могло би се приступити увођењу посебног пореза на промет услуга *SMS*, или пореза на употребу мобилног телефона на услугу *SMS*. Из тако остварених прихода финансирани би се подстицаји операторима према тачно утврђеном промету и трошковима у вези са технички захтјевнијим писмом. Намјенска природа пореза осигурала би низ предности у односу на нека друга рјешења (попут финансирања подстицаја из ненамјенских средстава, из буџета).

У нади да ће изазвати размишљања и критике, овдје је понуђена мисао о стварној, а не лажној, једнакости писама у тренутно најзаступљенијем виду електронског комуницирања код нас.

## Литература

- 3GPP Technology Evolution*. Преузето 30.12.2015. <http://www.4gamericas.org/en/resources/technology-education/3gpp-technology-evolution/>
- 3GPP TS 23.038 V12.0.0 (2014) *3rd Generation Partnership Project; Technical Specification Group Core Network and Terminals; Alphabets and language-specific information (Release 12)*. Преузето 3.12.2015. [http://www.3gpp.org/ftp/Specs/archive/23\\_series/23.038/23038-c00.zip](http://www.3gpp.org/ftp/Specs/archive/23_series/23.038/23038-c00.zip)
- 75% of Worldwide Cellphone Users Send Text Messages [STUDY]*. Преузето 30.12.2015. <http://mashable.com/2011/12/21/global-mobile-patterns/>
- About 3GPP Home*, Преузето 30.12.2015. <http://www.3gpp.org/about-3gpp/about-3gpp>
- Закон о електронским комуникацијама. *Службени гласник Републике Србије*. Бр. 44.(2010), 60 (2013)– УС, 62 (2014)
- Закон о порезима на употребу, држање и ношење добара. *Службени гласник Републике Србије*. Бр. 26 (2001), 80 (2002), 43 (2004), 31 (2009), 101 (2010), 24 (2011), 68 (2014) – др. закон, 112 (2015)
- ISO/IEC 10646:2014 Information technology; Universal Multiple-Octet Coded Character Set (UCS)*
- Lapko, O. G. (1996). Full Cyrillic: How Many Languages?. *TUGboat 17:2 – Proceedings of the 1996 Annual Meeting*. 174–180
- Mobile Marketing Associationhttp – Industry Overview*. Преузето 30.12.2015. <http://www.mmaglobal.com/about/industry-overview>
- Настић, М. (2012) *Уставноправни основ примене Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у поступку пред националним уставним судовима*. Докторска дисертација. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу
- Pířka, K. (1996). Cyrillic Alphabets. *TUGboat 17:2 – Proceedings of the 1996 Annual Meeting*. 92–98
- Поповић, Д. (2014). *Пореско право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду и Досије студио
- Правилник о захтевима за уређаје и програмску подршку за законито пресретање електронских комуникација и техничким захтевима за испуњење обавезе задржавања података о електронским комуникацијама. *Службени гласник Републике Србије*. Бр 88 (2015)
- Протокол 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода Puppis, M. (2008). National Media Regulation in the Era of Free Trade: The Role of Global Media Governance. *European Journal of Communication*. 23. 405–424

Secară, C. (2013) *SMS Story*. Преузето 16.11.2015. [http://www.secarica.ro/html/sms\\_story.html](http://www.secarica.ro/html/sms_story.html)

Secară, C. (2014). *Do you speak a cheap language, or an expensive language?*. Преузето 16.11.2015. [http://www.secarica.ro/html/the\\_sms\\_discrimination.html](http://www.secarica.ro/html/the_sms_discrimination.html)

Steiner C. et al. (2010) *Ustav Bosne i Hercegovine: komentar*. Sarajevo: Fondacija „Konrad Adenauer“

Свјетска трговинска организација, *Споразум о субвенцијама и компензаторним мјерама – Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*. Преузето 20.11.2015. [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/24-scm.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm.pdf)

UNESCO, *UNESCO World Report Investing in Cultural Diversity and Intercultural Dialogue*. Преузето 28.12.2015. <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001852/185202e.pdf>

UNESCO, *Универзална декларација УНЕСКО-а о културној разноликости (the Universal Declaration on Cultural Diversity (Resolution 31C/25))*

UNESCO, *Ten Keys to the Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: adopted by the General Conference of UNESCO at its 33rd session, 2005*. Преузето 4.11.2015. <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001495/149502e.pdf>

UNESCO, *Конвенција о заштити и унапређењу разноликости културних израза, УНЕСКО, Париз 2005 (Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expression (CCD; Resolution 33C/41))*. Преузето 3.11.2015. [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=31038&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

Vitas, D., Popović, Lj., Krstev, C., Obradović, I., Pavlović-Lažetić, G., Stanojević, M. (2012). *The Serbian Language in the Digital Age / Српски језик у дигиталном добу*. U Rehm, G., Uszkoreit H. (Eds.), *White Paper Series / Серија белих књига*. Springer [Electronic version] Преузето 5.11.2015. from <http://www.meta-net.eu/whitepapers/e-book/serbian.pdf>

***Đorđe Marilović, LL.M.***

*Senior Assistant,*

*Faculty of Law, University of East Sarajevo*

**THE PROTECTION OF THE CYRILLIC ALPHABET IN  
TELECOMMUNICATIONS: TAXATION ASPECTS**

***Summary***

*The use of Cyrillic and other specific alphabets is discouraged in some telecommunication services. In this paper, the author focuses on unequal treatment of the Cyrillic alphabet in telecommunications (in SMS messages), which is incompatible with the interests of a multilingual society to cherish its linguistic heritage and diversity.*

*Referring to the Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expression (2005), the author suggests introducing measures which would lead to removing the discriminatory pricing of Cyrillic SMS messages, and introducing tax measures which would support mobile network operators and prevent possible market inequalities stemming from introducing these measures. The suggested solution is applicable to any multicultural society facing the same problem, regardless of languages in question.*

***Key words:*** *Cyrillic alphabet; telecommunications; Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expression; taxes; GSM SMS.*



**Јована Брашић,\***  
Асистент Правног факултета,  
Универзитет у Крагујевцу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

doi:10.5937/zrpfni1672345B

UDK: 336.1.07:336.763

Рад примљен: 23.12.2015.

Рад прихваћен: 03.02.2016.

## **ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ И ПИТАЊЕ САМОСТАЛНОСТИ КОМИСИЈЕ ЗА ХАРТИЈЕ ОД ВРЕДНОСТИ РС**

**Апстракт:** Комисија за хартије од вредности је регулаторни орган на тржишту капитала Републике Србије, који се стара о безбедном и легалном пословању на тржишту капитала, спровођењу надзора над учесницима финансијских трансакција и правилној и доследној примени одредаба закона, којима се уређује трговина на финансијским тржиштима. У условима финансијске кризе, правни положај и надлежности Комисије за хартије од вредности су осавремењени у циљу праћења глобалних светских токова. У складу са тим, основни циљ истраживања усмерен је ка анализи тренутне ситуације на тржишту капитала и статуса Комисије за хартије од вредности. Предмет рада јесте анализа правног положаја и нивоа самосталности који има Комисија. У раду се анализира значај који има увођење надзора кроз посебно регулаторно тело на финансијском тржишту Републике Србије, указује се на основна статусна питања и подробно анализира сваки сегмент институционалне независности Комисије, персонална, финансијска и оперативна независност. Такође, начињен је и упоредноправни приказ домаћих решења појединих питања из домена независности регулаторног тела са решењима у земљама из непосредног окружења и земљама англосаксонског права.

**Кључне речи:** самосталност Комисије, правни положај, институционална независност, персонална независност, финансијска независност, оперативна независност.

---

\* jbrasic@jura.kg.ac.rs

## 1. Уводна разматрања

Обезбеђење правне сигурности и очување принципа поузданости улагача у објављене податке о емитентима и хартијама од вредности основни је циљ надзора над пословањем учесника на финансијском тржишту. Како се у темељу финансијских тржишта налази поверење, то је неопходно обезбедити да детаљно регулисање не остане мртво слово на папиру, већ да прописана правила понашања у трговини хартијама од вредности буду доследно примењивана од стране тржишних актера. Умањење тржишних несавршености и ублажавање могућих последица чини се увођењем обавезе објављивања проспекта и финансијских извештаја емитената хартија од вредности, као и оснивањем посебних регулаторних тела од стране државе, задужених за обезбеђивање легалности у финансијским трансакцијама. Кроз надлежна регулаторна тела држава подиже ниво информисаности, контролише законитост у објављеним подацима, штити инвеститоре и поштено, коректно и професионално пословање присутних учесника.

Успостављању надзора над обављањем финансијских трансакција знатно су допринели велики берзански крахови и економске кризе до којих је долазило услед трговине на основу недовољно поузданих хартија од вредности, преварних информација, различитих манипулативних радњи финансијских посредника и злоупотреба на тржишту које су узроковане спекулативним радњама тржишних учесника. Чињеница да су се у сржи корпоративних скандала, који су у позадини берзанских крахова, налазила кривотворења финансијских извештаја и злоупотребе великих инвеститора, ишла је у прилог оснивању професионалног правног лица које би се бавило искључиво надзором и одржавањем реда у пословању на финансијском тржишту. У том циљу државе конституишу посебне, специјализоване и независне институције којима поверавају вршење пруденционог надзора. Следећи праксу држава са развијеним финансијским тржиштем, и у Републици Србији се оснива Комисија за хартије од вредности (у даљем тексту: Комисија), која добија овлашћења делања у циљу спречавања злоупотреба у финансијском сектору.

## 2. Оснивање и улога Комисије за хартије од вредности РС

Комисија за хартије од вредности је самостална и независна организација, која одобрава издавање хартија од вредности, стара се о објављивању података о издаваоцима хартија од вредности, даје дозволу за учешће у трговини и врши контролу учесника на финансијском тржишту. Основана

је на основу Закона о хартијама од вредности<sup>1</sup> 1990. године Одлуком Савезне владе о делокругу и саставу Комисије. Новооснована Комисија је као независна савезна институција, ценећи легалитет емисије и укупни бонитет емитента, одобравала издавање дугорочних хартија од вредности, контролисала њихов примарни и секундарни промет, издавала дозволе за рад берзи и берзанским посредницима и вршила друге функције које су биле утврђене законом (Слијепчевић, 1995: 525). Међутим, иако је само формирање Комисије било значајан помак у условима наглог развоја финансијског тржишта, ипак у одредбама закона којима је био регулисан њен правни положај, било је извесних недоречености, које су отвориле читав низ дилема о статусу Комисије.

Знатан помак у односу на ранију регулативу начињен је одредбама Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената<sup>2</sup>, а данас је положај и статус Комисије регулисан одредбама Закона о тржишту капитала<sup>3</sup>. Законом о тржишту капитала учвршћени су положај и надлежности Комисије ради праћења савремених трендова на финансијском тржишту, као што су пораст броја издаваоца хартија од вредности, стално растуће понуда и потражња, развој глобалног финансијског тржишта, нови облици трговања, нови финансијски инструменти. Одредбама Закона о тржишту капитала Комисија је одређена као самостална организација ван класичног управног апарата, која за свој рад искључиво одговара Народној скупштини.<sup>4</sup> У прилог самосталности и специфичности правног положаја Комисије сведочи чињеница да је основана законом, те да једино може и бити укинута од стране тела које је основало, за разлику од раније Савезне комисије, која је била основана Уредбом и није имала статус независности јер је њене чланове постављала Влада (Слијепчевић, 1995: 525). Комисија је правно лице са седиштем у Београду, које у име Републике Србије надзире спровођење Закона о тржишту капитала, Закона о преузимању акционарских друштава<sup>5</sup>, Закона о инвестиционим фондовима<sup>6</sup> и Закона о спречавању прања новца и финансирања тероризма<sup>7</sup>. Састав Комисије, као централног органа званичног надзора, чине стручњаци за пословање хартијама од вредности. Сва овлашћења, која има Комисија, јесу јавна овлашћења јер их извршава као

1 *Сл. лист СРЈ*, бр. 90/94.

2 *Сл. гласник РС*, бр. 47/06.

3 *Сл. гласник РС*, бр. 31/2011.

4 Чл. 239 Закона о тржишту капитала.

5 *Сл. гласник РС*, бр. 46/2006 и 107/2009.

6 *Сл. гласник РС*, бр. 46/2006, 51/2009 и 31/2011.

7 *Сл. гласник РС*, бр. 20/2009, 72/2009, 91/2010 и 139/2014.

послове поверене од стране државе, а искључиви послови, који спадају у надлежност Комисије, јесу послови надзора и санкционисања учесника који су прекршили правила о трговини хартијама од вредности, те се може рећи да је специјализован орган. Рад Комисије је јаван, све информације којима Комисија располаже, а које су настале у раду или у вези са радом Комисије, могу бити саопштене тражиоцу информације, стављен на увид документ који садржи тражену информацију или може бити издата копија захтеваног документа (Комисија за хартије од вредности, 2015).

### **3. Институционална самосталност и правни положај Комисије за хартије од вредности**

Развој финансијског тржишта и реформа која је доношењем новог закона извршена на тржишту капитала захтевали су успостављање независности Комисије ради њеног несметаног функционисања. Своју унутрашњу организацију Комисија уређује самостално доношењем Статута и правилника о раду, као и тарифника на основу кога наплаћује накнаде за услуге које пружа учесницима трговине. Надзор који Комисија спроводи је управни надзор, који се одвија по правилима општег управног поступка. Поступак пред Комисијом покреће се по службеној дужности или по захтеву странке, а Комисија одлуке доноси колективним одлучивањем, на основу поднетих доказа и других расположивих чињеница. Одлуке су коначне и против њих није могуће уложити жалбу другостепеном органу. Међутим, незадовољна странка има могућност подношења тужбе Управном суду ради остварења права у управном спору.

Институционална независност указује на статус Комисије као организације одвојене од извршне и законодавне гране власти и омогућава Комисији да несметано врши контролу и регулише сектор који надгледа, да извршава своје надлежности и одупире се политичким притисцима. Кључне компоненте институционалне независности јесу персонална независност, односно прецизирано трајање мандата и услова за разрешење руководиоца, као и оперативна независност која се манифестује кроз могућност за отвореним и транспарентним доношењем одлука (Quintyn, Ramirez, Taylor, 2007: 8). Институционална независност указује да Комисија мора бити у стању да доноси одлуке које припадају сфери њене надлежности, без непотребног уплитања од стране министара, народних посланика и других владиних званичника (Abrams, Taylor, 2000: 6). Међутим, самосталност Комисије доведена је у питање законском одредбом у којој се наводи да све послове које обавља, извршава као поверене послове.<sup>8</sup> Тумачећи наведени

---

8 Чл. 262 Закона о тржишту капитала.

члан Закона о тржишту капитала, може се закључити да је независност Комисије само прокламација (Лабудовић Станковић, 2011: 128). Ова законска одредба приближава Комисију вршиоцима управе, који послове који су им додељени обављају такође као поверене. Од стране државе ради обављања стручних и са њима повезаних управних послова оснивају се посебне јавне агенције, те се у циљу истраживања институционалне независности Комисије јавља потреба за анализом сличности и разлика између јавних агенција у Републици Србији и Комисије као институције. Јавне агенције се оснивају уколико развојни, стручни и регулаторни послови не захтевају сталан и непосредан политички надзор и ако јавна агенција може боље и делотворније да их врши од органа државне управе.<sup>9</sup> Наиме, јавне агенције нису органи државне управе, већ су самосталне организације које обављају послове од општег интереса. Јавне агенције по својој природи не располажу ауторитативним овлашћењима која имају органи управе, те им се стога поверавају јавна овлашћења Законом о јавним агенцијама (Милков, 2013: 87). У свом раду и јавне агенције су самосталне и Влада не може усмеравати њихов рад, нити га усклађивати са радом органа државне управе (Бачанин, 2011: 180). Потврда њихове самосталности јесте статус правног лица, који стичу уписом у судски регистар (Бачанин, 2011: 180). У прилог институционалне независности Комисије је чињеница да њене чланове поставља Народна скупштина, као и да сагласност на статут Комисије даје Народна скупштина. Дакле, у појединим сегментима у правном положају Комисије има одступања која је приближавају недржавним субјектима, док, са друге стране, има одступања која је приближавају и органима државне управе. Ипак, Комисија је у обавези да извештаје о свом раду подноси Влади, чиме је створена константна напетост између чланова Комисије и представника Владе. Такође, Комисија, иако је основана са циљем да обезбеди поштовање одредаба закона којим се регулише трговина хартијама од вредности нема могућност да даје тумачења закона, већ у случају да постоје одређене недоумице и спорна питања може једино консултовати Министарство финансија (Јованић, Ковачевић, 2008: 12). Такође, институционална независност подразумева и независност од политичких деловања и наступања политичких партија и функционера који су тренутно на власти. Комисија је у том погледу самостална институција која обавља послове у име државе ради очувања финансијске стабилности и стабилности на тржишту хартија од вредности, као и ради заштите инвеститора и очувања начела правне сигурности. Све наведено указује на чињеницу да је Комисија основана са циљем спровођења надзора на финансијском тржишту, те да

---

<sup>9</sup> Чл. 2 Закона о јавним агенцијама, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2005 и 81/2005.

су јој додељене и посебне надлежности и прокламована институционална независност. Међутим, иако је самостална организација која обавља послове од општег интереса, њена самосталност није потпуна. По свом статусу она се налази између јавних агенција, од којих има већи степен независности, и самосталних државних органа, јер њена независност није апсолутна, што њен правни положај чини још специфичнијим. Стога се у циљу потврђивања њене независности и утврђивања правног положаја у правном систему Републике Србије, њена институционална независност разлаже на три компоненте: персоналну, финансијску и оперативну независност. Сваки од ових сегмената независности са своје стране указује на степен самосталности Комисије и проблеме који се јављају.

Упоредноправно посматрано, регулаторна тела на финансијским тржиштима земаља у окружењу основана су као правна лица, ван управног апарата, у чији се рад не могу уплитати остали вршиоци власти и јавних функција. Поједине организације за надзор на финансијским тржиштима основане су посебним законима, којима је регулисан њихов правни положај. На финансијском тржишту Велике Британије постоји јединствено тело за надзор над трансакцијама у банкарском сектору, пословима осигурања и трансакцијама са хартијама од вредности, које самостално обавља све регулаторне и контролне послове, док је сложена тржишна структура финансијског сектора САД нужно наметнула потребу оснивања посебног регулаторног тела за надзор над трансакцијама са хартијама од вредности (Singh, 2007: 1–2).

### ***3.1. Персонална независност***

Посебан сегмент институционалне самосталности Комисије јесте персонална независност, која се односи на независност руководећих лица и којом се обезбеђује савесност, непристрасност и стручност у раду њених чланова. Персонална независност обезбеђује се прописивањем јасних критеријума за избор и разрешење чланова руководећих органа, прецизно разграниченом и установљеном надлежношћу ових лица. За чланове Комисије потребно је изабрати угледне појединце, особе од личног и професионалног интегритета, а не само делегирати представнике владајућих странака. Тај захтев је од кључног значаја за обезбеђивање ефективности у раду Комисије.

Комисија броји пет чланова, укључујући и председника, које на предлог надлежног радног тела за послове финансија бира и разрешава Народна скупштина РС.<sup>10</sup> Радом Комисије руководи председник, који обавља и

---

<sup>10</sup> Чл. 245 Закона о тржишту капитала.

послове заступања и представљања на протоколарним догађајима. Председник и чланови Комисије су стално запослени, чиме је обезбеђен континуитет у пословању.<sup>11</sup> Мандатни период на који се бирају председник и чланови је пет година. Кратак мандатни период предвиђен је како би се обезбедила независност константном заменом чланова. Строгост овакве законске одредбе ублажена је могућношћу поновног именовања у чланство Комисије, чиме се потврђује да стручни квалитети кандидата ипак односе превагу. Током разматрања персоналне независности важно је обратити пажњу на број мандата председника и чланова, будући да законским одредбама није предвиђено у колико се поновних мандата лица могу бирати. Наиме, поновљени мандати ових лица могу указивати само на њихову послушност политичкој димензији, а не и на стварне успехе у раду, имајући у виду да их у Народној скупштини бирају представници политичких странака, који ће свакако бирати лица из сопствених редова. Веома важно је да персонална независност, призната законским текстом, постане и стварна независност, односно потребно је дословно спроводити одредбе закона ради очувања континуитета у раду и независности чланства. У супротном, честе промене руководства Комисије, честе ротације чланова и разрешење пре времена могу битно нарушити самосталност Комисије и утицати на непристрасност њених чланова. Честе промене руководилаца указују на мању стварну независност Комисије, с обзиром на то да је често промена повезана са политичким фактором, а не чињеницом да мање успешног члана замењује способнији (Николић, 2011: 532).

Самосталности Комисије битно доприносе и правна правила о спречавању сукоба интереса председника, чланова и запослених Комисије, који не могу имати власничко учешће или управљати правним лицима којима Комисија даје дозволе за обављање делатности, не могу представљати интересе тих лица пред Комисијом, државним органима или другим органима.<sup>12</sup> Такође, не могу обављати друге послове који би могли утицати на њихову самосталност, непристрасност и јавни углед.<sup>13</sup>

Председник, чланови и запослени Комисије уживају потпуну правну сигурност јер им радни или други уговорни однос са Комисијом по основу кога обављају своје дужности може престати једино у ситуацијама предвиђеним законским одредбама. Наиме, чланство у Комисији престаје на захтев члана (оставка), старосним пензионисањем и разрешењем само из законом предвиђених разлога (Јовановић, 2012: 130). У вршењу своје

---

11 Чл. 245 Закона о тржишту капитала.

12 Чл. 247 Закона о тржишту капитала.

13 Чл. 247 Закона о тржишту капитала.

дужности председник, чланови и запослени морају поступати стручно, савесно и непристрасно, а све поверљиве податке означене као пословна тајна дужни су да чувају све време обављања функције у Комисији, као и у одређеном периоду након престанка дужности.<sup>14</sup> У супротном, подлежу кривичној одговорности за извршено кривично дело одавања пословне тајне. Новина у односу на претходни закон, који је регулисао правни положај Комисије, јесте предвиђени квалификовани имунитет чланова. Наиме, члан Комисије, запослени или лице ангажовано од стране Комисије не може бити лично одговорно за било коју радњу или пропуст који се догоди у току вршења службене дужности, осим уколико се ради о злој намери или намерној злоупотреби положаја.<sup>15</sup> Поступање по одредбама законског текста и других правних аката који уређују пословање Комисије од стране чланова и запослених штити њихов правни положај у Комисији и додатно утиче на повећање нивоа персоналне независности. Са друге стране, њихова заштићена позиција престаје и подлежу одговорности уколико са намером злоупотребе положај који имају у Комисији и тиме причине материјалну штету. Међутим, оно што се може приметити као недостатак овакве законске одредбе јесте да је изостављена одговорност и у случају нехатног поступања, што може утицати на чланове Комисије да олако држе до обавеза које су им стављене у радну дужност.

Чланове Комисије за хартије од вриједности Републике Црне Горе по јасно утврђеним критеријумима бира Скупштина, али на предлог Владе Републике Црне Горе, чиме се закључује да има мањи степен персоналне независности од домаће Комисије.<sup>16</sup> Чланове и председника хрватске Агенције за надзор финансијских услуга именује и разрешава Хрватски сабор на предлог Владе, што умањује независност и овог тела у односу на домаћу Комисију.<sup>17</sup> Мандат на који се бирају је дужи и износи шест година са могућношћу поновног избора. Председника и чланове Комисије за вриједносне папире Федерације БиХ именује и разрешава председник Федерације БиХ уз сагласност потпредседника, а именоване и разрешење потврђује Парламент.<sup>18</sup> Комисија за хартије од вредности Републике Македоније броји пет чланова које на мандатни период од пет

---

14 Чл. 256 Закона о тржишту капитала.

15 Чл. 251 Закона о тржишту капитала.

16 Чл. 11 Закона о хартијама од вриједности Републике Црне Горе, *Сл. лист РЦГ*, бр. 59/00, 10/01, 43/05, 28/06, *Сл. лист РЦГ*, бр. 53/09.

17 Чл. 4 Закона о Хрватској агенцији за надзор финансијских услуга, *Н. новине РХ*, бр. 140/05, 154/11, 12/12.

18 Чл. 5 Закона о Комисији за вриједносне папире ФБиХ, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 39/98, 36/99, 33/04.



година са могућношћу поновног именовања бира Скупштина на предлог Владе Републике Македоније.<sup>19</sup> На мандатни период од шест година са правом поновног избора чланове највиших органа Агенције за трговину вредносним папирима Републике Словеније именује Народна скупштина на предлог Владе.<sup>20</sup> Чланове руководећих органа британске Агенције за финансијске услуге бира Министарство финансија, али упркос томе, ово тело има изузетно велика овлашћења и самосталност у обављању својих послова. Комисија за хартије од вредности САД има пет чланова, које на мандатни период од пет година поставља председник САД уз већинско одобрење Сената.<sup>21</sup> На челу Комисије налази се председник, док од преосталих чланова Комисије највише три члана могу припадати истој политичкој странци. Такође, председник Комисије нема право да разреши са дужности ниједног од чланова, такозваних комесара. Оваквим правилима обезбеђена је независност чланства у поступању.

### **3.2. Финансијска независност**

Како би се могла ефикасно старати о остварењу постављених циљева и одупирати утицају политике, Комисија је дефинисана као финансијски самостална организација. Буџетска аутономија, у смислу постојања наменских извора финансирања и способности да издваја средства у складу са својим интерним приоритетима посебно је важна за остварење постављених циљева (Abrams et al. 2000: 6). Средства за рад Комисије обезбеђују се из накнада које се, у складу с правилником о тарифи, наплаћују за обављање послова из њене надлежности, као и из других извора наведених у финансијском плану, а у складу са законом.<sup>22</sup> Из прихода које оствари издвајају се средства за резерве Комисије, из којих се покрива настали вишак расхода над приходима, а уколико средства резерви нису довољна, губитак у пословању покрива се из буџета РС. Са друге стране, вишак годишњих прихода над расходима уплаћују се у буџет РС, чиме је угрожена слобода Комисије у слободном руковођењу оствареним средствима, као један од темељних постулата финансијске независности. За разлику од Комисије, која нема могућност избора у расподели пословног вишка, јавна агенција вишак прихода над расходима може користити за

---

19 Чл. 183 Закона о хартијама од вредности, *Сл. весник Р. Македоније*, бр. 95/2005, бр. 25/2007, бр.7/2008.

20 Чл. 477 Закона о трговини финансијским инструментима, *Урадни лист Р. Словеније*, бр. 108/10.

21 Закон о берзама хартија од вредности САД из 1934, са изменама и допунама кроз П. Л.-112–158, одобрено 10. августа 2012, Наслов I, чл. 4 (а).

22 Чл. 259 Закона о тржишту капитала.

развој агенције, за награђивање запослених или га пренети у буџет РС.<sup>23</sup> Годишњи финансијски извештај Комисија подноси Народној скупштини РС, у року од четири месеца од завршетка пословне године.

Средства за рад Комисије за хартије од вриједности Црне Горе обезбеђују се из накнада које се плаћају за подношење захтева Комисији за хартије од вриједности, накнада које се плаћају за регистрацију и пренос хартија од вредности код лица овлашћених за регистрацију хартија од вредности и из других извора.<sup>24</sup> Вишак прихода над расходима користи се искључиво за испуњење законских обавеза везаних за вршење функције регулаторног и надзорног органа у области хартија од вредности, што указује на већу буџетску самосталност од домаће Комисије јер је једино ограничење коришћење средстава у складу са циљевима оснивања. Хрватска Агенција за надзор финансијских услуга финансира се из средстава државног буџета, накнада од имовине и прихода субјеката надзора и накнада за пружене услуге.<sup>25</sup> Уколико расходе није могуће покрити из сопствених средстава, покривају се из државног буџета, док се вишак прихода над расходима уплаћује у државни буџет. Финансијски план се, за разлику од домаће Комисије, доставља Министарству финансија. Комисија за вриједносне папире Федерације БиХ финансира се од прихода од накнада и такса остварених вршењем послова из сопствене надлежности, а сав вишак који се оствари над расходима за једну пословну годину преноси се у идућу годину, што указује на велику слободу у располагању средствима, ниже трошкове пословања и висок степен буџетске самосталности.<sup>26</sup> Средства за рад Комисије за хартије од вредности Републике Македоније обезбеђују се из накнада и такса које Комисија наплаћује за пружене услуге према тарифнику који пре ступања на снагу одобрава Влада. Вишак прихода над расходима који Комисија оствари у свом раду уплаћује се у посебан Фонд резерви Комисије и користи се за финансирање недостатка ресурса Комисије, као и премошћавање неслагања прихода и расхода у развоју и промоцији рада Комисије.<sup>27</sup> Агенција за трговину вредносним папирима Републике Словеније финансира се из накнада које убира у обављању сопствених послова. Уколико у току једне пословне године расходи премашују приходе, губитак се покрива из средстава резерви, а уколико средства резерви нису довољна за настали дефицит, остатак се покрива средствима из буџета Републике Словеније, али само уколико је

---

23 Чл. 52 Закона о јавним агенцијама.

24 Чл. 19 Закона о хартијама од вриједности Републике Црне Горе.

25 Чл. 20 Закона о хрватској агенцији за надзор финансијских услуга.

26 Чл. 19 Закона о Комисији за вриједносне папире ФБиХ.

27 Чл. 228 Закона о хартијама од вредности Р. Македоније.

то неопходно и уколико би Агенција за трговину вредносним папирима била озбиљно угрожена у обављању задатака.<sup>28</sup> Регулаторно тело на финансијском тржишту Велике Британије има велику самосталност у финансирању, а посебно су утврђени параметри на основу којих се издвајају примања за представнике највиших органа Агенције за финансијске услуге, чиме се постиже рационализација трошкова у пословању. Надзорни органи који уживају висок степен буџетске независности спремнији су да издрже политичко уплитање, буџетске притиске и да брже реагују на новонастале потребе у области надзора, као и да обезбеде довољно атрактивне плате како би запослили стручно особље (Quintyn et al. 2007: 10).

### **3.3. Оперативна независност**

Правна претпоставка оперативне независности не односи се само на прокламацију независности Комисије у Закону о тржишту капитала, већ и на отклањање свих нејасноћа и недоречености које би могле у појединим ситуацијама произвести одредбе законског текста. Прописи о оперативној независности Комисије у великој мери следе праксу у развијеним тржишним привредама, обезбеђујући капацитете за остварење надлежности и функција које су додељене Комисији, а кроз обезбеђење компетентних људских ресурса.

Јасни критеријуми за ефикасно спровођење свих додељених надлежности и функција Комисије обезбеђују њену оперативну независност. Овај сегмент независности омогућава Комисији да све одлуке које доноси самостално, те да их може спроводити без спољашњих притисака. Овлашћења Комисије стављена су јој у надлежност ради остварења основних циљева њеног оснивања, а који се односе на заштиту инвеститора, обезбеђење ефикасног и транспарентног тржишта и смањење могућности настанка системског ризика (Јованић, Ковачевић, 2008: 35). У складу са тим Комисија има бројне надлежности које се могу сврстати по различитим критеријумима. Комисија има регулаторна овлашћења која јој омогућавају доношење правних правила са нормативно обавезујућим карактером, као и прописивање неопходних услова за емисију хартија од вредности и добијање статуса овлашћеног учесника на финансијском тржишту (Слијепчевић, 1995: 528). Међутим, регулаторна функција Комисије и након извршених реформи ипак има одређених слабости, које се манифестују у одсуству легислативне иницијативе. Превентивно делујући Комисија даје одобрења за емисију хартија од вредности и дозволе за учешће у трговини хартијама од вредности и организовању трговине, чиме

---

28 Чл. 493 Закона о трговини финансијским инструментима Р. Словеније.

спречава потенцијалне злоупотребе и малверзације на тржишту, као и штету која може настати из извршених злоупотреба. Посебно значајна јесу процесна овлашћења посредством којих Комисија врши контролу и надзор над тржишним актерима, проверавајући законитост и правилност рада и спроводећи истрагу ради утврђивања чињеница значајних за одлучивање. Одредбама Закона о тржишту капитала поступак надзора детаљније је уређен него што је то било у Закону о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2006. године. Наиме, Комисија спроводи надзор непосредно у просторијама субјекта надзора, континуирано на основу извештаја, које су субјекти надзора дужни да јој достављају, праћењем, прикупљањем и провером података, у сарадњи са другим органима и лицима, који јој могу помоћи у делотворнијем раду.<sup>29</sup> Поступак надзора почиње издавањем налога за надзор, док се завршава закључењем записника, који се саставља у току поступка надзора или након извршеног надзора и садржи детаљан опис утврђеног чињеничног стања. У оквиру ове групе надлежности могу се сврстати и репресивна овлашћења Комисије, као могућност изрицања санкција и мера учесницима трговине који су прекршили правила о трговању, односно уколико у поступку надзора буде утврђено постојање неправилности и незаконитости. Поред мера које је по одредбама и претходног закона могла изрицати, посебно значајан напредак јесте и могућност Комисије да изриче новчане казне.<sup>30</sup> Такође, новина у односу на претходни закон јесте и скраћени поступак надзора у коме Комисија има могућност изрицања мера ради уредног функционисања финансијског тржишта или заштите инвеститора, уколико је то неопходно, уколико се мере не могу одложити, а чињенице на којима се заснивају мере су претходно утврђене.<sup>31</sup> Комисија има и регистарске надлежности и оне означавају обавезу да води јавне регистре о обављеним емисијама и свим значајним збивањима у функционисању финансијског тржишта. Информативне надлежности налажу Комисији да објективно и ажурно прати стање и функционисање финансијског тржишта, о чему даље обавештава надлежне државне органе и јавност (Слијепчевић, 1995: 528). Такође, Комисија има и едукативна овлашћења кроз чије извршење пружа помоћ институцијама које се баве обучавањем и припремањем лица за правилно спровођење емисије и трговину хартијама од вредности. Важне надлежности јесу и саветодавни послови, који дају право сваком учеснику трговине да се писмено или усмено обрати Комисији ради консултовања о спорним питањима на

---

29 Чл. 264 Закона о тржишту капитала.

30 Чл. 275 Закона о тржишту капитала.

31 Чл. 274 Закона о тржишту капитала.

финансијском тржишту. У циљу превазилажења проблема који су настајали због законских недоречености или пак због колизије законских одредаба, Комисија заузима одређене ставове и даје мишљења која су прихватана како од стране учесника на финансијском тржишту, тако и од правосудних и других државних органа (Дабић, 1995: 110). Међутим, и поред детаљног регулисања надлежности Комисије и претпоставки за остварење њених функција, посебно важно питање које изазива низ дилема и у извесној мери угрожава самосталност Комисије јесте контрола управног рада Комисије. Наиме, иако је Комисија самостална и независна организација, ван класичног управног апарата, све послове који су јој законом додељени врши ипак као поверене послове. Стога се поставља питање ко ће вршити контролу над надзорном функцијом коју она остварује на финансијском тржишту. Са једне стране, предвиђена је једноступеност у одлучивању, те су све одлуке које Комисија донесе у поступку управног надзора коначне, што значи да нема контроле њеног рада од стране другоступеног органа. Са друге стране, предвиђено је да незадовољна странка има право тужбе у управном спору. Но, питање на које се очекује одговор јесте да ли је оперативна, а тиме и институционална независност, додатно угрожена кроз вршење надзора над пословањем Комисије од стране Владе, као што је то случај са јавним агенцијама, јер надзор над радом јавне агенције у погледу поверених послова државне управе врши министарство у чијем делокругу су послови јавне агенције (Милков, 2013: 88).

Хрватска Агенција за надзор финансијских услуга своје надлежности врши у циљу промоције и очувања стабилности финансијског система и надзора над законитошћу пословања субјеката надзора, по начелима транспарентности, поверења и извештавања јавности.<sup>32</sup> Ова агенција има могућност легислативне иницијативе, што је значајно већа оперативна независност у односу на домаћу Комисију. Македонска Комисија за хартије од вредности одговорна је за законито и ефикасно функционисање тржишта хартија од вредности и заштите инвеститора, како би се континуирано јачало поверење јавности у институције берзи.<sup>33</sup> Британска Агенција за финансијске услуге има овлашћења на доношење бројних прописа и упутстава, кроз која остварује своју регулаторну функцију и циљеве који су јој постављени, а који се односе на очување поверења у финансијско тржиште, финансијску стабилност, заштиту потрошача и спречавање финансијског криминала.<sup>34</sup> У спровођењу својих надлежности,

---

32 Чл. 13 Закона о Хрватској агенцији за надзор финансијских услуга.

33 Чл. 181 Закона о хартијама од вредности Р. Македоније.

34 *Financial Services and Markets Act 2000*, Ch.1, Part I, Section 3, 4, 5, 6 (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/contents>, 20. Jun 2015).

које се на тржишту хартија од вредности односе на одобравање емисија, повезивање учесника трансакција, пружање информација, чланови Агенције за финансијске услуге имају обавезу да следе праксу доброг управљања.<sup>35</sup> Надлежности америчке Комисије за хартије од вредности усмерене су на старање о спровођењу закона којим се регулише тржиште хартија од вредности, доношење правила о трговини и квалитету хартија од вредности и широка процесна овлашћења, која се нарочито односе на спровођење истраге и откривање преварних радњи на финансијском тржишту САД.

#### 4. Закључак

Ради јачања правног положаја Комисије за хартије од вредности као самосталног органа у правном поретку Републике Србије, неопходно је реализовати све законски гарантоване аспекте њене независности. Потврђена институционална независност Комисије, која се манифестује кроз персоналну, финансијску и оперативну независност, довољан је правни основ за изградњу поузданог система финансијског тржишта. Стога, стално унапређење самосталности Комисије и утемељење њеног правног положаја као стабилне институције на финансијском тржишту која улива поверење тренутним и будућим инвеститорима доприноси стабилности читаве привреде, безбедном трансферу капитала између два супротстављена сектора, сектора са мањковима и сектора са вишковима и спречава нарушавање реда и равнотеже на тржишту.

Овлашћења додељена Комисији Републике Србије слабија су у односу на овлашћења америчког и британског регулаторног тела, али прате трендове земаља у развоју и не одступају у великој мери од начина на који је установљен правни положај регулаторних агенција на финансијским тржиштима земаља у непосредном окружењу, осим у делу који се односи на надлежности Комисије и чињеницу да она своје послове обавља као поверене. Персонална независност почива на јасно утврђеним критеријумима за избор и разрешење чланова, што ће спречити могућности за уплитање политичке димензије у рад Комисије. Међутим, ипак постоји могућност ометања независности чланства у раду Комисије јер Законом о тржишту капитала није ограничен број поновних мандата чланова. Такође, запажа се да у домену персоналне независности Комисије постоји највише правних празнина које би значајно могле ометати самосталност Комисије. У погледу финансијске самосталности проблем се јавља у чињеници да се сав вишак остварених средства над расходима на крају

---

35 *Financial Services and Markets Act 2000*, Ch.1, Part I, Section 7.

једне пословне године мора уплатити у државни буџет, чиме се спречава слободно располагање самостално оствареним средствима и унапређење функционисања Комисије. Главни проблем код оперативне независности огледа се у проблему контроле над надзорном функцијом Комисије, чиме се у извесној мери нарушава њена независност у односу на извршну власт.

Степен у коме је заиста реализована институционална независност Комисије указује на меру у којој је ово тело у стању да обезбеди слободно функционисање тржишта, поштену тржишну утакмицу и једнакост учесника на тржишту. Уколико ова институција нема пуну независност од извршне власти, не може имати ни потребан ауторитет за надзор над најделикатнијим власничким операцијама на тржишту.

### Литература

Abrams, R., Taylor, M. (2000). *Issues in the Unification of Financial Sector Supervision*, IMF Working Paper, WP/00/213

Бачанин, Н. (2011). *Управно право – књига I*, Крагујевац: Правни факултет Крагујевац, Институт за правне и друштвене науке

Дабић, С. (1995). Комисија за хартије од вредности, *Право и привреда*, бр. 3–6/1995.

Лабудовић Станковић, Ј. (2011). *Финансијска тржишта Европе: преглед и анализа*, Крагујевац: Правни факултет Крагујевац, Институт за правне и друштвене науке

Јованић, Т., Ковачевић, А. (2008). Развој финансијског тржишта Републике Србије, Београд: ПЛАЦ

Јовановић, Н. (2012). *Уџбеник из Берзанског права*, Београд: Правни факултет Београд, Центар за издаваштво и информисање

Милков, Д. (2013). *Управно право I*, Нови Сад: Правни факултет Нови Сад, Центар за издавачку делатност

Николић, Љ. (2011), Независност Европске централне банке и Народне банке Србије, *Правни живот*, бр. 11/2011

Singh, D. (2007). *Banking Regulation of UK and US Financial Markets*, Ashgate Publishing, Ltd. ([https://books.google.rs/books?id=bbEe7b6uEtUC&printsec=frontcover&hl=sr&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.rs/books?id=bbEe7b6uEtUC&printsec=frontcover&hl=sr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false))

Слијепчевић, Р. (1995). Правни статус Комисије за хартије од вредности, *Право и привреда*, бр. 3–6/1995

Quintyn, M., Ramirez, S., Taylor, M. (2007). *The Fear of Freedom: Politicians and the Independence and Accountability of Financial Sector Supervisors*, IMF Working Paper, WP/07/25.

Комисија за хартије од вредности РС (2015). *Информатор о раду Комисије за хартије од вредности Републике Србије*

Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената. *Службени гласник РС*, бр. 47/06

Закон о тржишту капитала. *Службени гласник РС*, бр. 31/2011

Закон о јавним агенцијама. *Службени гласник РС*, бр. 18/2005 и 81/2005.

Закон о хартијама од вредности Републике Црне Горе. *Службени лист РЦГ*, бр. 59/00, 10/01, 43/05, 28/06, *Службени. лист РЦГ*, бр. 53/09

Закон о Хрватској агенцији за надзор финансијских услуга. *Народне новине РН*, бр. 140/05, 154/11, 12/12

Закон о Комисији за вредносне папире ФБиХ. *Службене новине ФБиХ*, бр. 39/98, 36/99, 33/04

US Securities exchange Act of 1934.

UK Financial Services and Markets Act 2000.

[www.sec.gov.rs](http://www.sec.gov.rs)



**Jovana Brašić, LL.B.**

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Kragujevac

## **LEGAL STATUS AND INDEPENDENCE OF THE COMMISSION OF SECURITIES IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

### **Summary**

*The Commission for Securities is a regulatory authority in the capital market of the Republic of Serbia. It ensures safety and legality of financial transactions in the capital market, supervises the participants in financial transactions, and provides for a proper and consistent implementation of the legal provisions aimed at regulating trade in the financial markets. In the circumstances of global financial crisis, the legal status and competences of the Commission for Securities have been updated in order to keep up with the global trends in this area. In that context, the research in this paper is primary aimed at analyzing the current situation on the capital markets and the status of the Commission for Securities in Serbian legislation. The paper first focuses on analyzing the legal position, autonomy and independence of the Commission. In particular, the author discusses the importance of introducing control over the financial market participants by instituting a special regulatory body in the Serbian capital market. The author points out to the basic issues pertaining to the Commission status and analyzes each segment of its institutional independence, including its personnel, financial and operative independence. In addition, the author provides a comparative law overview of legal solutions related to specific issues in the field of independence of this regulatory authority, including the legislation envisaged in the neighbouring countries and common law countries.*

**Key words:** *Commission for Securities, legal status, insitutional independence, personnel independence, financial independence, operative independence.*



## **OVERVIEW OF CONTRACTUAL OBLIGATIONS OF THE KNOW-HOW LICENSOR UNDER THE MACEDONIAN LAW OF OBLIGATIONS**

**Abstract:** *The aim of this paper is to provide a comprehensive analysis of a part of contractual obligations of the licensor of know-how and their regulation in the Macedonian legislation. Special emphasis will be placed on two obligations that contracting parties inevitably incorporate into their agreement: the licensor's obligation to transfer the know-how and to give the necessary instructions and information for its successful utilization, and the licensor's obligation to guarantee the material and legal properties of know-how. Thus, this paper is divided into two systematic sections, focusing on each of these obligations respectively and examining the solutions contained in the Macedonian Obligation Relations Act that are applicable in the regulation of these contractual obligations.*

**Key words:** *know-how, know-how license agreement, obligation to transfer know-how, guarantee of material properties, guarantee of results, technical assistance, liability for eviction.*

### **1. Introduction**

In order to provide an overview of obligations of the licensor of know-how and their regulation in the Macedonian Obligation Relations Act (ORA),<sup>1</sup> we must at first address the terms “license” and “license agreement”. Generally, a license is an authorization to use. The verb “license” means the act of giving permission to use, while the noun “license” refers to the document memorializing that permission. A license is granted by one party (*licensor*) to another party (*licensee*) as an element of the parties’ agreement. A licensor may grant a license under all types of intellectual property law in order to authorize a copyright use (such as

\* [suzana.nashkova@gmail.com](mailto:suzana.nashkova@gmail.com)

<sup>1</sup> Закон за облигационите односи (Law on Obligations). *Службен Весник на РМ*, бр. 18/01, 4/02, 84/08 и 161/09; [hereinafter: Obligation Relations Act (ORA)]

copyright software), patent use (manufacturing an invention), or trade secret use (a secret formula) (Epstein, 1991:§10.01), or in order to grant permission to a licensee to use its secret knowledge and experience. This agreement is known in the legal theory as a *know-how license agreement*. Based on the aforementioned acknowledgment, we could define the know-how license agreement as an agreement where one of the contractual parties - *the licensor of the know-how*<sup>2</sup> is obligated to transfer a specific knowledge and experience in the field of technology, as well as other business and financial knowledge and experiences, to the other party - *the licensee of know-how*<sup>3</sup> who is in return obliged to pay the agreed compensation for the transferred knowledge and experience, and to keep them secret under the principle of confidentiality of trade secrets (Lepotić, 2000:377). The Macedonian Obligation Relations Act (ORA) provides a general definition of license agreement, which also includes a possibility for know-how to be a subject of license agreement. Namely, the ORA states that: "By a licensing agreement, a licensor shall assume the obligation to assign to a licensee, entirely or partially, the right of use (franchise) of an invention, technical know-how and experience, trade-mark, sample or model, while the licensee shall assume the obligation to pay a specified fee in return" (art.750:§1).

The content of the know-how license agreement encompasses the rights and obligations of the contracting parties derived from the concluded license agreement. According to the principle of party autonomy of will, which this agreement is based on, the parties are free to arrange their rights and obligations in accordance with the purpose of the agreement. However, this freedom of the contracting parties to freely arrange their contractual relations cannot be understood in absolute terms. Namely, when drafting the contract provisions, the parties should take into consideration the legal and constitutional limitations that apply to this type of agreement. Moreover, the parties should pay special attention to analysis of the legal norms of the International Law applicable to contractual relations with foreign element in case when a know-how agreement contains such element. Also, when it comes to the know-how license agreement, the parties must pay attention to the norms of Competition Law, which by their nature are of imperative character, so that the agreement clauses should not interfere with them. Additionally, when drafting the agreement the parties should base their provisions on: the principle of good faith, the principle of good business practices (*bona fides*), the principle of prohibition of abuse of rights, etc.

Upon the analysis of the comparative legal theory and contractual practice, it may be concluded that almost all legal systems list the following obligations of the know-how licensor: the obligation to transfer the know-how; the obligation

---

2 Hereinafter: licensor

3 Hereinafter: licensee

to guarantee the substantive and legal properties of the know-how that is subject to transfer; the obligation to protect know-how from third parties; the obligation to maintain the secrecy of know-how; the obligation to grant exclusive license for know-how; etc. In this paper, we will examine some of the obligations of the licensor that are explicitly prescribed in the Macedonian Obligation Relations Act, including: *the licensor's obligation to transfer the know-how and give the necessary instructions and information for its successful utilization, and the licensor's obligation to guarantee the properties of the know-how that is subject to agreement.*

## **2. Licensor's obligation to transfer the know-how and give the necessary instructions and information for its successful utilization**

The purpose of every know-how license agreement is to enable exploitation of the know-how. In order to achieve this objective, i.e. in order to ensure that the licensee may exercise his/her rights, the know-how that is subject to the parties' agreement must first be transferred. Therefore, the transfer of the know-how is a fundamental obligation of the know-how licensor. The Macedonian Obligation Relations Act (ORA) expressly regulates this obligation by stipulating that: "*A licensor shall be obliged to deliver to a licensee the subject of the license within the designated time limit*" (Art. 747:§1). In legal theory, there are dilemmas concerning the manner of enabling the transfer of the know-how, but it is usually performed as a combination of the following three methods: the obligation to deliver the technical documentation and other technical means, training of the licensee's staff, and providing technical assistance. It should be noted that the staff training can sometimes be considered as technical assistance in a broader sense.

### **2.1 Delivery of the technical documentation and other technical means**

Generally, the term "*technical documentation*" means all written documents containing technical information relevant to the specific know-how. It is practical and recommendable that the agreement includes a technical documentation list along with the clause on the completeness of technical documentation (stipulating that the list includes the entire technical documentation under the agreement). This clause is a contractual provision that obligates the know-how licensor to deliver to the licensee all technical documentation specified in the list and other related documentation necessary for successful exploitation of the know-how. Some know-how license agreements include clauses which obligates the licensor to deliver to the licensee only the technical documentation that the licensor personally considers to be "reasonably necessary" for the successful exploitation of the know-how, or to such an extent that is considered to be "re-

asonably necessary” (Прица,1981:126). Yet, in the phase of conclusion of the agreement, the know-how licensee is not in a position to know in advance which technical documentation would be sufficient for successful use of the know-how; for this reason, we consider that this obligation should be based on objective criteria rather than on a purely subjective criterion such as the consciousness (*bona fides*) of the licensor. The former observation is supported by the fact that what seems to be reasonable and necessary in one case may not be sufficient in other case (*ibidem*). The list of technical documentation may be incorporated in the agreement or attached as an appendix. Given the specific circumstances, it may include all or some of the following: (a) Items: samples, unregistered designs, machines, apparatus, spare parts, tools, special accessories, etc.; (b) Technical documents: formulae, calculations, plans, drawings, etc.; (c) Instructions: notes concerning the design, manufacture or use of the product or process, technical recipes, explanations supplementing a patent, data on the organization of work, requirements in regard to buildings, layout of plant, etc.(UNECE, 1970:§5). The delivery of the technical documentation can be made either on several occasions, according to the dynamics of delivery specified in the agreement, or at once, within the period specified in the agreement or its annex. In terms of delay in the delivery, parties may agree on penalty fees payable in favor of the know-how licensee. The penalties are usually calculated for a period of one week, or for each commenced week of delay, in the amount of 0.5% or 0.10% of the know-how fee (Прица, 1981:128).

The term “*other technical means*” implies the physical objects/items needed for a better application of the know-how, which can be produced only by the person who possesses the know-how. For example, such means are: molds, tools, CDs and prototypes. One should have in mind that these material/data storages have dual legal status: on the one hand, they are proprietary means and thus they are regulated by Civil Law provisions; on the other hand, they are means that enable the transmission of intellectual information and thus they are regulated by provisions of Intellectual Property Law (Дабовић-Анастасовска, 2009:241). The possession of items is one matter and the right to use the information incorporated in those items is another matter, which should be (at least theoretically) separated from the constitutional transfer of the right of use of the subject of license. That distinction is particularly important in determining the license compensation. Namely, in practice, parties sometimes confuse this amount with the sales price of documentation, tools, molds, etc., which may often cause complications in the event of a dispute (*ibidem*). Concerning the contractual terms and dynamic of delivery, the penalties for delay shall be subject to the same rules which apply to the delivery of technical documentation.

## **2.2 Training of the licensee's staff**

The know-how which is the subject of agreement consists of complex knowledge and experience gained as a result of sophisticated scientific research and development. Therefore, in most cases the transfer of technical documentation is not enough to provide for its successful application. In fact, the nature of the object of agreement imposes obligation on the parties to agree on mandatory exchange of experts, which would train the licensee's staff in methods facilitating a more successful application of the know-how. The provisions governing the staff training involve two basic questions. The first question refers to determining the type of training that should be provided by the know-how licensor; how many people need to be trained; previous qualifications which they should possess; where the training will take place and how long it will last. The second question is related to the issue of regulating the cost of accommodation and traveling costs of the staff participating in training, if it is provided outside the place of their regular business activity (Прица, 1981:129). As a rule, the parties must in advance determine the place where the training will take place. If the training takes place at the licensor's site, whereby he owns more factories or production sites, it is necessary to determine in advance the exact facility (given the licensee's interest that the training takes place at the factory or site that has most modern equipment and technology), as well as the conditions under which the staff would be trained (which should be most similar to the conditions that licensor's staff usually have while performing their daily activities). Additionally, the agreement should in advance specify the number and qualifications of licensee's employees/experts who need to be trained. The agreement shall also specify the length of training for each employee/expert, depending on the qualifications they possess, expressed in a number of days or hours (*ibid*:130). The agreement should also contain provision related to the compensation of costs in case the licensor fails to provide an adequate training of the licensee's staff. In that case, the licensee should be entitled to compensation of simple damages (*damnum emergens*), as well as compensation for lost benefit (*lucrum cessans*), which the licensee should have gained by the performance of daily activities if the staff were not involved in the training by the licensor.

## **2.3 Technical Assistance**

Depending on the subject matter they regulate, the provisions pertaining to technical assistance may be classified into three groups. *The first set of provisions* includes the provisions which specify the type or manner of providing technical assistance. The specification of the type of technical assistance enables to precisely determine the following issues: whether the assistance will cover supervision of the equipment installation, ongoing assistance during the exercise

of daily tasks, laboratory services for testing and assessment of the quality of products, etc. (Прица, 1981:134). The *second set of provisions* is related to questions concerning the status, rights and obligations of persons participating in providing technical assistance. These provisions are necessary given the fact that, in most cases, technical assistance is realized through mutual visits of parties' experts, whose rights and duties should be precisely determined. Finally, the *third set of provisions* includes those governing costs for the given technical assistance. The compensation of costs for the given technical assistance shall be subject to the same provisions that apply to the compensation of costs for training of the licensee's staff (*ibidem*).

The licensor's obligation to transfer the object of agreement (i.e. the know-how) and to provide the necessary instructions and information for its exploitation is explicitly stipulated in the Macedonian Obligation Relations Act (ORA): "*The licensor is obliged to transfer the object of the license within the designated time limit*" (art.747:§1). Thereby, the ORA stipulates that the licensor is obliged to deliver the technical documentation required for successful exploitation of the subject of the license (art.747:§2). If this provision is interpreted in absolute terms, it can lead to some difficulties in practice. For example, if the licensor of know-how has not been in a position to exploit know-how directly or through third parties prior to the conclusion of the agreement, then it is quite clear that he does not possess additional technical documentation. Therefore, the solution lies in the relative interpretation of this Article, meaning that a licensor is obliged to transfer the subject of the license to the extent that allows the licensee to use it (Дабовиќ-Анастасовска, 2009:246). According to legal theory, the obligation contained in Article 748 of the ORA should also be interpreted in relative terms. The provision states: "*A licensor shall be obliged to provide a licensee with all instructions and information necessary for the successful use of the subject of license.*" The relativity of interpretation is reflected in the fact that licensor will be obliged to give such instructions and information only if he has some. Just like in case involving the obligation to transfer the technical documentation, if a licensor has not previously exploited the subject of the agreement (either directly or indirectly through third parties), then it is quite obvious that he is not in possession of such information (*ibidem*). When it comes to know-how agreements, especially in case of granting a license for its exploitation, it should be always taken in consideration that it is a business agreement which is expected to bring certain profit for both parties. Therefore, when it comes to provisions related to the delivery of relevant instructions and information, the most efficient instrument may be the clauses pertaining to the calculation of compensation. When the compensation is determined on the basis of results, it is more than apparent that a licensor will be very interested to contribute



towards the successful exploitation of the know-how by providing more precise instructions and more accurate information to the licensee.

### **3. The licensor's obligation to guarantee the properties of the know-how that is subject to agreement**

In bilateral consensual agreements, the contracting parties are liable for the material and legal properties of the subject of agreement. In the know-how license agreement, this responsibility is reflected in the licensor's obligation to guarantee two things: first, that the transferred know-how has the necessary technical characteristics and, second, that its exploitation does not violate the rights of industrial property of third parties (Прица, 1981:134-135). The licensor's obligation to be held liable for the material and legal deficiencies of the transferred know-how derives from the general liability of parties to perform contractual obligations. Relying on the fact that granting a license for transfer of know-how involves some kind of sale, we could say that the liability in these cases does not theoretically differ from the obligation of the seller to guarantee specific properties of goods in general Contract Law. However, considering the intellectual nature of the know-how and the legal nature of the know-how license agreement which differs from the sales agreement, the liability of the know-how licensor cannot be fully equalized with the liability for material and legal deficiencies of goods that are the subject of sales agreement. Hence, the analogy between these provisions may be used only for the purpose of regulating the legal gaps that may arise in case the liability of the know-how licensor is not defined by specific provisions. This obligation is envisaged as an obligation to guarantee the technical and characteristics of the transferred know-how.

#### ***3.1 Guarantee for the technical characteristics***

The licensor of the know-how is obligated to guarantee that the transferred know-how has certain technical characteristics. Nonetheless, he will be liable for technical properties of the know-how that are defined or mentioned in the agreement, but he may be also liable for the properties that the know-how should contain, considering the purpose for which the contract was signed by the know-how licensee if this purpose was known or should have been known by the know-how licensor. The scope of this guarantee covers the guarantee for properness and completeness as well as the guarantee of results, which will be analyzed in the following sections.

### 3.1.1 *The guarantee of properness and completeness*

This type of guarantee derives from the purpose of the concluded agreement, which means that it may be implied and does not need to be explicitly defined; but, in practice, it is the know-how licensor that often insist on its incorporation considering the fact that it imposes some limits to this obligation. On the other hand, the guarantee of properness and completeness also covers two types of guarantees: first, it guarantees that there will be no mistakes in the technical documentation and other technical means (*corpus mechanicum*), and that they are sufficient and suitable for transfer of the specific know-how; second, it guarantees that there is a common technical feasibility and technical fitness, i.e. technical applicability of the subject of license (Прица, 1981:136).

As for the technical documentation, the know-how licensee may indicate its malfunction or incompleteness at any time during the enforcement of the agreement. Irrespective of the fact whether deficiencies will occur in the phase of design, construction, putting a facility into operation, etc., the licensor is obliged to replace the inadequate documentation with proper one and to compensate the caused damage. If the documentation cannot be replaced or if there is a lack of technical feasibility, the know-how licensee can protect his/her rights by referring on the general contract law principles along with additional contractual restrictions (ibid:141-142).

As noted above, within the scope of this guarantee, the know-how licensor is obliged to guarantee for the common technical feasibility and technical fitness, i.e. technical usability of the subject of license. General technical feasibility is a possibility for technical production of certain items or a possibility to apply a specific procedure in the process of production. According to some authors, this guarantee includes the possibility to use the know-how under usual conditions for production of the specific type of products, or products of quality required for normal use. Special technical feasibility is not presumed automatically and it should be expressly defined. This obligation is foreseen in the Article 749 of the ORA, which states: "*A licensor shall guarantee to the licensee the technical feasibility and technical fitness of the subject of license.*" Unlike the guarantee for technical feasibility, the guarantee for technical fitness, i.e. usability of the subject of license, presumes a guarantee that the specified product or process will be adequate and sufficient for achieving the technical objective defined by the parties when concluding the agreement (Чавдар, 2001:692-693). The technical usability of the know-how can cause certain controversies in practice because sometimes it can be misinterpreted as a guarantee of the know-how licensor of the results that should be achieved by the know-how licensee. The technical feasibility and technical usability are complementary terms, but they

are not a substitute for each other. It is clear that if the subject of the agreement is technically feasible, but it is not technically usable, then the purpose of the agreement could not be achieved. If the subject of the know-how license agreement is neither technically feasible nor technically unusable, or if it is technically feasible and usable but it produces certain harmful effects, the question arises: How to regulate the responsibility of the know-how licensor? According to the comparative law as well as the domestic legislation, the licensee has several options: first, to request from the licensor to remove the deficiencies within an appropriate period and to claim damages; second, to request a reduction of the compensation proportionally to the damage (*actio quanti minoris*), or to request termination of the agreement and compensation of damage by the licensor. The compensation is governed by general rules for compensation of damage, whereby the amount will be examined on the merits of each case by determining whether the licensee is entitled to receive compensation in simple damages (*damnum emergens*) or compensation for lost benefit (*lucrum cessans*) (Дабовиќ-Анастасовска, 2009:248).

### 3.1.2 Guarantee of results

This type of guarantee obligates the know-how licensor to guarantee to the licensee that he will be able to achieve the desired results in his own production process, upon exerting relevant efforts and under other specific conditions. In addition to the contractual provisions, the following details should be specified: what results should be achieved; the procedure for determining the guaranteed value; and sanctions in case it cannot be achieved. The determination of results that should be achieved is based on certain technical parameters, such as: the quality standards of the final products (hardness, density, firmness, resistance to corrosion, etc.), or the quantity of the final product which may be obtained with the application of production process (considering the consumption of raw materials, energy per unit of production, etc.) (Прица, 1981:142).

The contractual provisions related to the procedure for determining the guaranteed values and, therefore, the liability of the know-how licensor may differ, depending on whether the role of the know-how licensor is limited to being only the equipment supplier, or whether he is both a supplier and a supervisor of the process of equipment installation. Hence, if the guaranteed values were not achieved due to deficiencies in the equipment, the know-how licensor will be obligated to remove them and to compensate the caused damage (Прица, 1981:143). If the licensor appears both as a supplier and a supervisor of the process of equipment installation, in case the guaranteed values were not achieved he will be obliged to compensate for the caused damage and pay additional costs for substitution and further adaptation of the equipment.

Guaranteed results and values are obtained if the guaranteed parameters are continuously achieved and maintained within a specified period, usually six months to one year. If the guaranteed results and values cannot be obtained given the circumstances which are outside the scope of licensor's liability, then he will be released from liability. However, if the guaranteed results cannot be obtained despite the presence of all necessary conditions, it will be considered that there are deficiencies of the know-how. Thus, the licensor will be entitled to remove the deficiencies and to compensate the caused damage. (ibid:144).

### ***3.2 Guarantee of the legal properties of know-how***

As a kind of contractual liability, liability for legal deficiencies entails imposing an obligation on the responsible party to act upon the request of the other (injured) party and to compensate the caused damage, resulting from the existence of legal deficiencies of the subject of the agreement. The distinctive feature of this kind of liability is that it exists independently from the fault of the responsible party (Marković, 1992:2187). The liability for legal deficiencies of the transferred object or right is called *liability for eviction*. The term *eviction* comes from the Latin word "*evincere, evictus*", which means that the acquirer of the right was defeated in court, i.e. he lost the dispute with a third person who, on the basis of his own ownership right, has taken possession of the right or property (Прица, 1981:147).

The consequences of infringement of the rights of third parties arising from the utilization of the transferred know-how can cause far-reaching consequences for both parties. Therefore, the parties of the agreement have at their disposal various possibilities for regulating this type of guarantee. More precisely, they may include provisions that would limit or exclude the liability of the licensor, obligate the licensor to be liable to certain extent, or obligate him to completely undertake the liability for the infringement of the rights of the third parties (Прица, 1981:145).

#### ***3.2.1 The notion "liability for eviction" and its application in know-how agreements***

When it comes to the agreements governing the transfer of know-how, the term *eviction* generally refers to the legal harassment of the acquirer of know-how by third parties, whose acts exerted influence on the right of the acquirer of know-how to use the transferred knowledge and experience as a whole or in part (Lepotić, 2000:380). The Macedonian Obligation Relations Act (ORA) regulates the obligation to provide guarantee for the legal deficiencies within the part pertaining to the regulation of the liability of the seller for the legal deficiencies-

es in sales agreements, which can by analogy be applied to the liability of the licensor in the know-how agreements. More precisely, the ORA stipulates that: *“A seller shall be liable should the object sold be subjected to a third party’s right (infringements) excluding, reducing or restricting a buyer’s right, whose existence was not communicated to the buyer, and the buyer did not accept the object subjected to such right”* (Art. 496:§1); in addition, the next paragraph specifies that: *“A seller of some other right shall guarantee its existence and lack of legal obstacles for its realization”* (ibid:§2).

The ORA provisions,<sup>4</sup> establishing in general terms the responsibility of the contracting parties in bilateral (consensual) agreements, are additionally specified for the license agreement in Article 750 of the ORA. According to this Article: *“A licensor shall guarantee that the right of use which is the subject of the agreement belongs to him, that there is no lien on it and that it is not restricted in favor of a third person.”* (ibid§1); *“Should the subject of agreement be an exclusive license, the licensor shall guarantee that he has not assigned the right of use to another, either entirely or partially.”*(ibid§2); *“A licensor shall be bound to protect and defend the right which he has assigned to the licensee against all third parties’ requests”* (ibid§3). If these provisions are interpreted in relation to Article 501<sup>5</sup> of the ORA and in conjunction with Article 110 of the ORA,<sup>6</sup> it can be concluded that the licensor’s responsibility for the legal deficiencies in the license agreement (and therefore the license for know-how) may be restricted or completely excluded, except if at the time of concluding the agreement the licensor was aware or must have been aware for this deficiencies (Дабовиќ-Анастасовска, 2009:253).

### 3.2.2 Forms of liability for eviction

The liability for eviction is embodied in the following forms of liability: licensor’s liability for personal actions, licensor’s obligation to protect the licensee from legal disturbance of third parties, and licensor’s obligation to return the given amount and compensate the licensee for damage arising from eviction (Прица, 1981:150).

---

4 See Art.110§2: *“A contracting party shall also be liable for legal failure of performance, and shall be bound to protect the other party against third persons’ rights and claims, which might exclude or restrict that party’s right.”*

5 See Art. 501§1 LCT: *Liability of a seller for legal deficiencies may be limited or entirely excluded by contract.*

6 See Art. 110§3 LCT: *“These obligations of the transferor shall be accordingly subjected to provisions of the present Law concerning the liability of a seller for substantive and legal failure of performance, unless otherwise specified for a particular case.”*

### *3.2.2.1 Liability for personal actions*

This liability implies the obligation of the know-how licensor to enable the licensee to peacefully enjoy the benefits of the acquired rights. Therefore, the licensor should refrain from any action that could upset the licensee or avoid engagement in any legal action that may interfere with the rights and benefits that emerge for the licensee on the basis of the transferred know-how.

### *3.2.2.2 Obligation to protect the licensee*

This obligation implies the duty of the know-how licensor to remove, upon a request of the licensee, the legal disturbance by a third party that could lead to eviction. The ORA explicitly defines this obligation of the licensee as follows: “A licensor shall be bound to protect and defend the right which he has assigned to the licensee against all third parties’ requests” (art.750§3). The legal disturbance must include such legal claims that deny the transfer of the right from the licensor to the licensee because the transferred right belongs to the person who submitted the legal claims or because such person possesses some rights that imposes some limitation over the rights of the licensee (Прица, 1981:147-148). In addition, in order to apply the legal mechanism of protection against eviction it is necessary to make sure that such disturbance is of a legal and not of a factual character.

As for the legal claims of third parties, the key issue is in which case they will be justified and in what form. As far as know-how license agreements are concerned, the legal claims of third parties can be justified only if the third party has a patent right on the invention which the know-how is related to, or if he/she has submitted an application in order to obtain patent protection. These claims could seriously threaten the right of the know-how licensee only if the third party had filed an application for obtaining patent protection before the licensee acquired the know-how and before he provided everything that was necessary for a successful exploitation of the transferred know-how. Yet, the third party is not required to have filed an application for obtaining patent protection before the agreement was signed. The third party could threaten the rights of the licensee even if the application had been filed at the time of concluding the agreement, up to the point when the know-how licensee provides everything necessary for a successful exploitation of the transferred know-how. The signing of the agreement should not be considered as a sufficient ground to assume that the licensee has provided everything necessary for a successful application the transferred know-how (Прица, 1981:148). The kind of contractual clause will be determined on the merits of each case, depending on the specific nature of the know-how. For example, it is presumed that the know-how licensor has provided all that is necessary for successful application of the transferred know-how if

he has built the necessary facilities, has acquired the necessary equipment, has already trained the staff, etc.(ibidem).

The forms of exercising this protection are different and depend primarily on the type of legal disturbance by the third party. As noted above, they can have a preventive and repressive effect. The preventive effect is expressed through the very existence of contractual provisions governing this obligation. Thus, at the time of negotiation, the licensor will already be aware of this obligation and he should take all necessary actions to prevent the application of the eviction clause due to his negligence or fault. The repressive effect of the obligation to protect against eviction is evident in case of eviction (Lepotić, 2000:383). In such cases, the know-how licensor has several forms of protection at his disposal. Thus, he may give to the licensee all necessary information which would help him refute the demand of the third party. However, if the third party proceeds with the demand before a relevant Court, the licensor may provide assistance by engaging in the dispute in the capacity of an involved party. Furthermore, the licensor may remove the legal disturbance by making an agreement with the third party, which would lead towards terminating the disturbance of the licensee in the future. Finally, the licensor may modify the recipes, formulas and procedures or other components of the know-how; thus, it will no longer affect the rights of third parties (Прица, 1981:150).

### ***3.3 Obligation to return the given amount and compensate the licensee for damage arising from eviction***

Eviction is a risk which is implied in agreements on the transfer of know-how (Lepotić, 2000:384). The licensor's obligation to return the given amount and compensate the licensee for damage arising from eviction depends on the degree of eviction. In case of complete eviction, due to the right of a third person, the contract is automatically terminated and the licensor shall return the given compensation to the licensee and compensate the damage resulting from the eviction. In case of partial eviction, when the right of the licensee is limited or reduced due to the right of a third party, he could decide whether to ask for termination of the contract or to request a reduction of compensation paid for the transferred know-how. If the licensee decides to demand a termination of the contract due to the reduction or limitation of his right, he shall notify the licensor without any delay (Чавдар, 2001:696). For argumentation on this right of the know-how licensee, we will use the provisions of the ORA governing the right of the buyer to cancel the sale agreement if he was evicted, which by analogy can be applied to the know-how license agreement. Thus, the ORA stipulates: "*Should a seller fail to proceed according to buyer's demand and the buyer be deprived of the object, the contract shall be rescinded on the ground of law, and in case of redu-*

*cing or restricting buyer's right, he may either repudiate the contract or request a proportionate price reduction"* (art.498:§1). As previously noted, the know-how licensor is liable for eviction regardless of his fault, and he is obliged to compensate the damage caused to the licensee. More precisely, the ORA provides: "*The buyer shall in any case be entitled to compensation for loss sustained*" (ibid, §3). If the the know-how licensee engaged in a dispute with a third party without notifying the licensor and lost the dispute, he is still entitled to compensation, unless the licensor proves that he had at his disposal the means which could refute the demand of the third party (art.499). According to the ORA, the licensee is also entitled to compensation in case when he acknowledged the obviously justified right of the third party even without the licensor's notification and without engaging in the dispute (ibid, Art.500).

#### **4. Conclusion**

Considering that the subject matter of the know-how license agreement is know-how, which is a secret and non-registrable right, this fact largely complicates the process of defining the rights and obligations of the parties involved in this type of license agreement. Given the absence of a special license law (at both international and national level) which would explicitly define and regulate the rights and obligations of the parties arising from license agreements, the parties can rely on the provisions contained in the Law of Obligations, which provides partial but adequate solutions governing the rights and obligations of the license agreement parties.

The Macedonian Obligation Relations Act explicitly defines the obligation of the know-how licensors to transfer the object of license and the obligation to guarantee for the material and legal properties. Based on the analysis provided in this paper, we could conclude that the provisions contained in this Act are sufficient basis for regulation of all aspects of the licensor's obligations. Additionally, in case where some aspects of these obligations could not be regulated on the basis of special provisions of the license agreement, the parties can rely upon the provisions governing the liability of the seller in sales agreements or the liability of the lessor in lease agreements.

Considering the fact that the frequency of international transactions on transferring know-how has significantly increased, we must emphasize the need for a commonly understood and universally recognized provisions that will precisely regulate the rights and obligations of the contracting parties in know-how agreements. We sure hope that the near future holds a promise of a uniform law or convention governing such transactions, and that the Macedonian legislation will be able to promptly implement them.



## References

Epstein, M. (1991). *Drafting license agreements* (4th ed.). New York: Aspen Law & Business

Дабовиќ-Анастасовска, Ј. (2009) *Договор за лиценца – начин за водење бизнис*. Скопје: Центар за европско применето право и економија – ЦЕППЕ

Lepotić, B. (2000). Evikcija kod ugovora o “know-how”. *Pravni Život*, vol.11/2000, 375-385

Marković, S. (1992). Odgovornost za pravne nedostatke izvršenja ugovora o licenci patentiranog pronalaska. *Pravni život*, vol.11-12/92, 2186-2196

Прица, Р. (1981) *Уговор о know-how-у*. Београд: Институт друштвених наука

Чавдар, К. (2001). *Коментар на Законот за облигационите односи*. Скопје: Академик

(UNECE) United Nations, Economic Commission for Europe. (1970). *Guide for Use in Drawing up Contracts Relating to the International Transfer of Know-How in the Engineering Industry*, New York, p.32

Закон за облигационите односи. *Службен Весник на РМ*, бр. 18/01, 4/02, 84/08 и 161/09

**Мр Сузана Нашкова,**

*Правни консултант,*

*ЛАРС ДОО. Штип*

### **ПРЕГЛЕД ОБАВЕЗА ДАВАОЦА KNOW-HOW ЛИЦЕНЦЕ СА АСПЕКТА МАКЕДОНСКОГ ЗАКОНА О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА**

#### **Резиме**

*Овај рад пружа свеобухватну анализу одредаба које се односе на регулисање обавеза даваоца лиценце код уговора о know-how лиценци, са аспекта одредаба содржаних у постојећем Закону о облигационим односима Републике Македоније. У оквиру анализе аутор ставља посебан акценат на две обавезе без чијег испуњења није могуће да дође до настанка важећи уговор о лиценци генерално, и стога и важећи уговор о лиценци know-how-а. То су: обавеза даваоца лиценце за преношења know-how-а и обавеза даваоца лиценце да гарантује материјалне и правне особине преношеног know-how-а.*

Да би дали потпуну слику о природу и обиму обавезапреношења know-how-a, ова обавеза је анализирана у погледу њених под-облика. Конкретно ова обавеза је разматрана из аспекта начинама на који се пренос врши know-how-a, а то су: предаја техничке документације и других техничких средстава, обука кадрова стицаоца know-how-a и начине пружања техничку помоћ. У другом делу овог рада, извршена је анализа на обавеза о гаранције за својства know-how-a на основу подела ове одговорности на: одговорност за материјалних одговорност за правних карактеристикама know-how-a, тако звана одговорност о евикцији. Аутор прави анализу о одговорности о материјалних карактеристикама на бази детаљни приказ њених под облике а то су: гаранција о техничка својства и гаранција резултата. У оквиру овом делу посебан акценат је стављен на анализу одговорности за правне недостатке know-how-a, или одговорности о евикцији, у којој аутор указује на конкретне законске одредбе које се односе на регулисање одговорности о евикцији у оквиру уговорима о лиценци, док у исто вријеме упућује на одредбама овог Закона које се односе на одговорност о евикцији код купопродајног уговора, који се могу применити по аналогiji на уговора о лиценци у случајевима када нису довољне посебне одредбе које се односе на уговоре о лиценци.

Аутор закључује ову анализу са констатацијом да у одсуству посебног лиценчног права (као на међународном, тако и на националном нивоу) који ће прецизније регулисати права и обавезе странака које произилазе из уговора о лиценци know-how-a, стране се могу ослањати на садржане одредбе у Закону о облигационих односа, који предвиђа парцијална, али и адекватна рјешења којима се регулишу права и обавезе за стране уговора о лиценца. Аутор је такође истакнуо констатацију да са обзиром на чињеницу да фреквенција међународних трансакција преноса «know-how»-а је значајно повећана, потреба за усвајање универзално прихваћених одредбе које ће прецизно регулисати права и обавезе странака ког уговор о лиценцама «know-how»-а, је више него неопходна. На широј основи усвајање на ваквих прописа ће допринети успешније утврђивање њихових права и обавеза и ће сигурно допринети значајну афирмацију овог уговора.

**Кључне речи:** know-how, уговор о лиценци за know-how; обавеза за пренос know-how, гаранција о материјалним карактеристикама; гаранција резултата; одговорност за евикцију.

## ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ (M51)

### УПУТСТВО АУТОРИМА

<b>Опште напомене</b>	Рукопис рада компјутерски обрадити коришћењем програма <i>Word</i> , у фонту <i>Times New Roman</i> ћирилица (Serbian-Cyrillic), (осим оригиналних латиничних навода), <b>величина фонта 12 pt</b> , размак између редова 1,5. Формат странице треба да
<b>Обим рада</b>	Један ауторски табак - рад не треба да има више од <b>40.000</b> карактера,
<b>Језик и писмо</b>	Језици на којима се могу објављивати радови су српски, енглески, руски, француски и немачки.
<b>Наслов рада</b>	<b>Наслов рада</b> куцати величином фонта <b>14 pt, bold</b> , Times New Roman
<b>Аутор(и)</b>	Име и презиме аутора, назив и пуна адреса институције у којој аутор ради, контакт e-mail адреса (величина фонта 12 pt). Све податке о ауторима, титула и институција,
<b>Подаци о пројекту или програму*</b>	На дну прве странице текста, треба навести у фуноти следеће: Назив и број пројекта, назив програма, назив институције која финансира пројекат.
<b>Подаци о усменом саопштењу рада*</b>	Ако је рад био изложен на научном скупу у виду усменог саопштења под истим или сличним називом, податак о томе треба навести у
<b>Апстракт</b>	Апстракт садржи 100-250 речи.
<b>Кључне речи</b>	Не више од 10 кључних речи на српском и енглеском језику (Key words).
<b>Структура текста</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Увод</li> <li>2. Поднаслов 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Поднаслов 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Поднаслов 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Поднаслов 2</li> <li>4. Закључак</li> </ol> <p>Наслови и поднаслови пишу се фонтом 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>Литература (References)</b>	Пише се након текста, као посебна секција. Поређати све јединице азбучним редом по презимену аутора, а код истог аутора, по години издавања (од најновије до најстарије). Молимо ауторе да искључе команду numbering, тј. без бројева испред. (Погледати табелу на крају упутства).
<b>Резиме (Summary)</b>	Пише се на крају текста после Литературе, дужине до 2 000 карактера
<b>Табеле, графикони, слике</b>	Табеле урадити у Wordu или Excelu. Фотографије, графикони или слике доставити у формату jpg.
<b>Ауторска права</b>	Аутори радова потписују сагласност за пренос ауторских права. Изјаву преузети на: <a href="http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/Autorska_izjava_Zbornik_2013.doc">http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/Autorska_izjava_Zbornik_2013.doc</a>
<b>Доставља радова</b>	Радови се достављају у електронском облику ( <b>као attachment</b> ) на следећу адресу: <b><a href="mailto:zbornik@prafak.ni.ac.rs">zbornik@prafak.ni.ac.rs</a></b>
<b>Огледни примерак рада</b>	Овде можете преузети ОГЛЕДНИ ПРИМЕРАК РАДА <a href="http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/OBRAZAC_Ogledni-primerak_Zbornik_PFNis.pdf">www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/OBRAZAC_Ogledni-primerak_Zbornik_PFNis.pdf</a>

\* Ови подаци уносе се само у случају да рад испуњава наведене услове (пројекат или саопштење)

## УПУТСТВО ЗА ЦИТИРАЊЕ ЛИТЕРАТУРЕ

Навођење цитата треба урадити **у тексту**, као што је наведено у упутству. **Фус ноте** користити само када је неопходно пружити додатно објашњење или пропратни коментар, као и у случају позивања на нормативни акт, службена гласила и одлуке судова.

**Цитати и позиви на литературу у тексту и листа библиографских јединица на крају текста морају се у потпуности слагати.** Сваки цитат из текста и позив на литературу мора да се нађе на листи библиографских јединица, односно, свака библиографска јединица наведена у литератури мора да се нађе у тексту. Позив на библиографске јединице наводи се у оригиналном писму, без превођења.

Врста рада	Референце – литература	Цитирање у тексту
Књига, 1 аутор	Келзен, Х. (2010). <i>Онима теорија права и државе</i> . Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.	(Келзен, 2010: 56)
Књига, Више аутора	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Београд: Београдски центар за људска права.	<b>Прво цитирање у тексту:</b> (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) <b>Наредно цитирање у тексту:</b> (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Колективно ауторство	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Рад или део књиге која има приређивача	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Priř.) <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Београд: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Чланак у часопису	Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46	(Марковић, 2006: 36)
Енциклопедија	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Институција као аутор	Републички завод за статистику. (2011). <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11.	(Републички завод за статистику, 2011)
Прописи	Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 62. 2004.	<b>Фус нота:</b> Чл. 12. Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Сл. гласник РС</i> , 62/04
Судске одлуке	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 или <i>Отојуди v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IУ-197/2002. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 57. 2003.	<b>Фус нота:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] или Одлука Уставног суда IУ-197/2002
Електронски извори	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Преузето 15.11.2005. <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> или European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>Навођење у тексту:</b> (Wallace, 2001)  <b>Фус нота:</b> European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 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="http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/Author's_Statement_Zbornik_2013.doc">http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/Author's_Statement_Zbornik_2013.doc</a>
<b>Paper submission</b>	The papers shall be submitted in electronic format (as an <b>attachment</b> ) to the following address: <b><a href="mailto:zbornik@prafak.ni.ac.rs">zbornik@prafak.ni.ac.rs</a></b>

\* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

## CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book (a single author)	Jones, C. P. (1994). <i>Investments: Analysis and Management</i> . New York: John Wiley & Sons. Ltd.	(Jones, 1994: 123)
Book (a number of authors)	Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shafner, K., Mozur, M. (2006). <i>Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners</i> . Bratislava: UNDP	<b>First in-text citation:</b> (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) <b>A subsequent in-text citation:</b> (Osterrieder et al., 2006: 45)
Joint authorship (a group of authors)	<i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
An article or a chapter in a book with an editor	Scot, C., del Busto, E. (2009). Chemical and Surgical Castration. In Wright, R. G. (ed.), <i>Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions</i> (pp. 291-338). New York: Springer	(Scot, del Busto, 2009: 295)
Journal article	Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). Tipology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher. <i>Sex Abuse</i> . 19 (2). 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha Encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institution (as an author)	Statistical Office of the Republic of Serbia, <i>Monthly statistical bulletin</i> , No. 11 (2011)	(Statistical Office RS, 2011)
Legal documents and regulations	Education Act, Official Gazette RS, No. 62 (2004)	<b>Footnote:</b> Article 12. Education Act, Official Gazette RS, 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905; or <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10; or Constitutional Court decision IV-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 IV-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15 November 2005, from <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> ; or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/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/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>