

---

UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

---

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ  
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА  
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 74 | ГОДИНА LV | 2016

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

Nº 74 | 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

## Уредници броја

Проф. др Мирослав Лазић

Проф. др Саша Кнежевић

## 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, **Тираж:** 100

Зборник радова Правног факултета у Нишу  
под називом Collection of papers, Faculty of Law, Nis је у пуном тексту доступан  
у HeinOnline бази података, 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

### **Issue Editorial**

Prof. dr Miroslav Lazić

Prof. dr Saša Knežević

### Editorial Board of the Law Faculty Journal

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

Prof. dr Dragan Nikolić

Prof. dr Nevena Petrušić

Prof. dr Miroslav Lazić

Prof. dr Marina Dimitrijević

Prof. dr Nebojša Raičević

Doc. dr Dušica Miladinović  
Stefanović

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

Prof. dr Michael Geistlinger, Department of Public International Law, University of Salzburg, Salzburg, Austria

Prof. dr Ivanova Svetlana Anatol'evna, Dean, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation

Prof. dr Sašo Georgijevski, Faculty of Law "Iustinianus Primus",

Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, FRY Macedonia

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

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

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

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

Prof. dr Shagieva Rozalina Vasil'evna, Vice-Rector, the Academy for Advocacy and Notary Services of the Russian Federation, Russian Federation

**Technical Secretary of the Editorial Board:** Miloš Prica

**Translation:** Gordana Ignjatović (English)

**Proofreading:** Aleksandra Gojković

**Desktop publishing:** Nenad Milošević

**Print:** Medivest Niš, **Circulation:** 100

---

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš

Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia

Telephone: +381 18 500 201,

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

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

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

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



# САДРЖАЈ

Уводна реч..... IX

## ТЕМА БРОЈА

### КОНТРОЛА У УНУТРАШЊЕМ, МЕЂУНАРОДНОМ И ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Реч уредника Конференције..... XIII

**Др Милан ПЕТРОВИЋ,**

Савезна држава (федерација) и савез држава  
(конфедерација) у општој теорији државе и права и  
позитивном праву (други део)..... 1

**Др Маријана ПАЈВАНЧИЋ,**

Јавно слушање – облик непосредног учешћа  
грађана у контроли власти ..... 25

**Др Драган М. СТОЈАНОВИЋ,**

Уставносудско испитивање судских одлука..... 39

**Др Мирослав ЛАЗИЋ,**

Заштита потрошача у кредитном односу ..... 57

**Др Драган ЈОВАШЕВИЋ,**

Кривичне санкције – средство контроле  
криминалитета правних лица ..... 75

**Др Весна КНЕЖЕВИЋ ПРЕДИЋ,**

**Др Зоран РАДИВОЈЕВИЋ,**  
Правосудна контрола у европској унији: процесна  
легитимација државе чланице..... 95

**Др Радомир ЗЕКАВИЦА,**

Контрола и одговорност у систему  
политичких институција Европске уније –  
основни изазови и проблеми ..... 117

**Др Маја ЛУКИЋ,**

Разумевање улоге општих правобранилаца у оквиру  
правосудног система Европске уније ..... 133

**Др Александар ЂИРИЋ,**

**Др Предраг ЦВЕТКОВИЋ,**

Ex ante и ex post контрола јавног интереса у  
споразумима о јавно-приватном партнерству..... 149

<b>Др Милева АНЂЕЛКОВИЋ,</b> Неке специфичности пореске контроле у савременим условима пословања .....	165
<b>Др Срђан ГОЛУБОВИЋ,</b> Контролна функција Народне банке Србије .....	179
<b>Др Милена ЈОВАНОВИЋ ЗАТЦИЛА,</b> Контролни механизми корпоративног управљања.....	193
<b>Др Видоје СПАСИЋ,</b> Технолошке мере у функцији контроле коришћења ауторских дела у информатичком друштву.....	207
<b>Dr. Stefan PÜRNER,</b> Kontrolle: warum, wann und wie? einige grundlegende prinzipien, dargestellt am beispiel eine gewerbeuntersagung nach § 35 der deutschen gewerbeordnung.....	225

## II ПРИКАЗИ

<b>Др Александар С. МОЈАШЕВИЋ,</b> Данијел Канеман, “Мислити брзо и споро”, Смедерево: Хеликс, 2015. ....	243
<b>Др Александар ЂОРЂЕВИЋ,</b> Драган К. Николић, “Закон судњи људем – најстарији словенски правни зборник”, Центар за публикације Правног факултета у Нишу и Центар за византијско- словенске студије Универзитета у Нишу, Ниш 2016. ....	247

## III РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

<b>Тијана ЛЕВАКОВ ВЕРМЕЗОВИЋ,</b> Заштита права на приватност као друштвени императив дигиталног доба - КОЛИКО СМО РАЊИВИ? .....	253
<b>Снежана ЂУРЂЕВИЋ,</b> О потреби измене двостраних уговора о правној помоћи у грађанским стварима на снази између републике србије и држава чланица европске уније .....	271
<b>Зборник радова Правног факултета у Нишу</b> <b>Списак рецензената у 2016. години .....</b>	293
<b>Упутство за ауторе.....</b>	297

# CONTENTS

Editor's Introductory Note..... X

## IN FOCUS

### CONTROL IN NATIONAL, INTERNATIONAL AND EU LAW

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

**Milan PETROVIĆ,**  
Confederation and Federation in the general  
Theory of law and State and in Positive Law ..... 23

**Marijana PAJVANČIĆ,**  
Public hearings: A specific form of Citizen participation  
in exercising control over parliamentary functions..... 38

**Dragan M. STOJANOVIĆ,**  
The Constitutional Court Review of Judicial Decisions..... 54

**Miroslav LAZIĆ,**  
Consumer Protection in Creditor-Debtor Relations .....74

**Dragan JOVAŠEVIĆ,**  
Criminal sanctions for legal entities:  
An instrument of Crime control..... 92

**Vesna KNEŽEVIĆ PREDIĆ,**  
**Zoran RADIVOJEVIĆ,**  
Judicial control in the European union:  
Standing of a Member State ..... 114

**Radomir ZEKAVICA,**  
Control and accountability in the system of European  
political institutions: Major Issues and Challenges..... 132

**Maja LUKIĆ,**  
Understanding the role of the Advocates General  
in the EU Judicial system ..... 148

**Aleksandar ĆIRIĆ,**  
**Predrag CVETKOVIĆ,**  
Ex ante and Ex post Control of the Public Interest  
in Public-Private Partnership Agreements.....162

<b>Mileva ANĐELKOVIĆ,</b> Some Distinctive Features of Tax Control in the Contemporary Business Environment .....	177
<b>Srđan GOLUBOVIĆ,</b> The Control Function of the National Bank of Serbia .....	191
<b>Milena JOVANOVIĆ ZATTILA,</b> Control mechanisms in Corporate governance .....	206
<b>Vidoje SPASIĆ,</b> Technological Measures for Controlling the Use of Copyrighted Works of Authorship in the Information Society .....	223
<b>Stefan PÜRNER,</b> Kontrola: Zašto, kada i kako? Nekoliko osnovnih principa predstavljenih na primeru zabrane obavljanja poslovne delatnosti u skladu sa § 35 nemačkog Zakona o preduzetništvu .....	239

## II REVIEW

<b>Aleksandar S. MOJAŠEVIĆ,</b> Book review: Daniel Kahneman: Thinking, Fast and Slow, (translated into Serbian), Smederevo, Heliks, 2015 .....	243
<b>Aleksandar ĐORĐEVIĆ,</b> Book review: Dragan K. Nikolić; Zakon Sudnyi Lyudem – the Earliest Slavic Legal Code (in Serbian), Faculty of Law, University of Nis and Center for Byzantine-Slavic studies University of Nis, Nis 2016 .....	247

## III PHD STUDENTS' PAPERS

<b>Tijana LEVAKOV VERMEZOVIĆ,</b> The protection of the right to privacy as the Social imperative of digital age: How vulnerable are we? .....	269
<b>Snežana ĐURĐEVIĆ,</b> On the need to Revise Applicable Bilateral Treaties on Legal Assistance in Civil Matters between the Republic of Serbia and EU Member States .....	291
<b>List of Reviewers of the Collection of Papers of the Law Faculty in Niš .....</b>	<b>293</b>
<b>Guidelines for Authors.....</b>	<b>299</b>



## Уводна реч

Поштовани читаоци,

У свесци који се налази пред вама одступили смо од уобичајене структуре садржаја на коју сте навикли. Тема броја посвећена је Међународној научној конференцији „Контрола у унутрашњем, међународном и праву Европске уније“ одржаној на Правном факултету у Нишу 18. и 19. маја 2016. године и њоме је обухваћено 14 научних радова учесника Конференције. Прилози осталих учесника Конференције писани на енглеском језику биће публиковани у посебној тематској монографији. У осталим елементима садржаја можете прочитати два интересантна приказа књига и два рада студената докторских академских студија права.

У Нишу, децембар, 2016. године

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

## **Editor's Introductory Note**

Dear Readers,

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

Niš, December 2016

Prof. Irena Pejić, LL.D.

Editor-in-Chief

# ТЕМА БРОЈА

---

КОНТРОЛА У  
УНУТРАШЊЕМ,  
МЕЂУНАРОДНОМ И  
ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ



## Реч уредника Конференције

Међународна научна конференција “Контрола у унутрашњем, међународном и праву Европске уније”, одржана 19. и 20. маја 2016. године на Правном факултету Универзитета у Нишу, окупила је велики број иностраних и домаћих стручњака. Избор теме Конференције израз је намере правне науке да допринесе развоју контроле и побољшању квалитета заштите човека и других правних субјеката у свим сферама друштвених односа, а ради смањења растућих разлика и неједнакости међу људима на глобалном и локалном нивоу.

Општи је утисак да је Конференција постигла висок научни ниво, како избором тема, тако и у садржинском смислу, што потврђује и објављивање више од 60 научних радова у два зборника – тематски зборник са групом радова на енглеском језику и група од 14 радова на српском језику у оквиру Зборника радова Правног факултета у Нишу. Објављивање овог Зборника израз је настојања да се резултати истраживања учине доступним широј јавности, како би се подстакла научна и стручна расправа о теоријским и практичним проблемима значајним за друштвену заједницу.

### УРЕДНИЦИ

*Проф. др Мирослав Лазић,  
професор Правног факултета,*

*Проф. др Саша Кнежевић,  
декан Правног факултета,*

**Др Милан Петровић\***,  
Редовни професор  
Правног факултета (у пензији),  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:

UDK: 342.24

Рад примљен: 30.09.2016.  
Рад прихваћен: 25.10.2016.

## **САВЕЗНА ДРЖАВА (ФЕДЕРАЦИЈА) И САВЕЗ ДРЖАВА (КОНФЕДЕРАЦИЈА) У ОПШТОЈ ТЕОРИЈИ ДРЖАВЕ И ПРАВА И ПОЗИТИВНОМ ПРАВУ (други део)**

**Апстракт:** Разлика између савеза држава и савезне државе има основ у томе што је држава чланица носилац врховне власти (суверенитета) у савезу држава, док је федерална јединица савезне државе несuverена, јер суверенитет припада искључиво федерацији. На темељу истраживања различитих конфедерација и федерација, рад долази до закључка да је „Друга Југославија“ била, упркос називу, конфедерација. Но, тај закључак отвара питање граница између њених бивших држава чланица, пошто те границе нису утврђене никаквим међународним уговором. С обзиром на то да постоји правни континуитет између Краљевине Србије те „Прве“ и „Друге“ Југославије, решење се мора тражити у повратку на стање које је постојало пре настанка југословенске државе.

**Кључне речи:** савезна држава и савез држава, суверенитет, идентитет и сукцесија држава, државне границе.

Савезна држава (федерација) и савез држава (конфедерација) толико су сродне правне појаве да се без разумевања прве, друга не може разумети, и обратно, а понекад су толико сличне да се њихови појмови мешају. Но, разлике у њиховим правним последицама су огромне, такорећи историјске. Јер, ако се оставе по страни права и обавезе према трећим државама, у савезној држави по правилу важи њено унутрашње право, а сасвим изузетно и међународно право; наиме, када је одређена савезна држава настала актима међународног права. У савезу држава, напротив, поред унутрашњег права, које стварају државе чланице (саставне државе) и савезни органи, нужно важи и међународно право. С тим у вези, важно

\* milan@prafak.ni.ac.rs

је приметити да уставни савезних држава обично имају формалан извор у законима, а уставни савеза држава у међународним уговорима, али да то увек не мора бити случај. Јер, као што међународни уговор може бити формалан извор унутрашњег права, тако и закон може бити извор међународног права. Поменимо, за сада, два историјска примера који то доказују. Аустро-Угарска монархија била је реална унија као врста савеза држава, но она је била заснована на двома засебним законима тих држава. Опет, Бизмарков Немачки Рајх (Немачко царство) био је савезна држава основана међународним уговорима немачких држава и држава-градова.

Научно интересовање за питања федерализма, које подразумева и утврђивање разлике између савезне државе (федерације) и савеза држава (конфедерације) изгубило се у нас након распада Социјалистичке Федеративне Републике Југославије 1992. године (која је постојала под различитим називима: од 7. марта 1945. године као Демократска Федеративна Југославија (ДФЈ), од 29. новембра 1945. године као Федеративна Народна Република Југославија (ФНРЈ), те напослетку, од 7. априла 1963. године као Социјалистичка Федеративна Република Југославија (СФРЈ)). Но, ако су и неке друге конфедерације или федерације престале да постоје, у првом реду Совјетски Савез (СССР) и Чехословачка, два савеза држава: Организација уједињених нација (ОУН) и Европска унија (ЕУ) имају за нас и те какав значај: Србија је чланица првог, а са другим негује најтешње односе. Само, ни распад СФР Југославије није решио битан проблем који се јавио међу њеним бившим републикама, а то је проблем њихова разграничења са Србијом. Претпоставка тог проблема је најпре то, што Федеративна Југославија (као „Друга Југославија“) није напросто сукцесор Краљевине Југославије (као „Прве Југославије“), пошто ова држава није претходно престала да постоји, већ је њен настављач, што ће рећи да се са њом налази у континуитету, и што ни Краљевина Југославија није сукцесор Краљевине Србије, већ њен настављач. Реч је дакле о идентитету правног субјективитета. Надаље, „Друга Југославија“, упркос називу, није била федерација као савезна држава, већ конфедерација, то јест савез држава, и то савез држава нелегитимно успостављен, што ће рећи да сви уставни „Друге Југославије“ могу бити оглашени неважећим. Терет доказивања ове правне могућности пада на овај рад, што подразумева и исправно поимање легитимитета. И у Енглеској је 1660. године конвентски Парламент прогласио фикцију да никада није постојала република, то јест да континуитет монархије владе није био прекидан у доба Кромвелове диктатуре (v.: Natschek, 1978, 342).

Битна је разлика између савезне државе и савеза држава то што савезна држава као средишња држава поседује суверенитет, док савез држава

није суверен, већ су суверене његове државе чланице. То је владајуће мишљење (v., уместо многих: Kunz, 1929, 458 идд.). Крајње је, међутим, сложено питање шта је суверенитет у савезној држави и савезу држава, и сврха овога рада такође је утврђивање тог појма суверености. Уопште узев, суверенитет се, изнутра, састоји у власти безусловног принуђивања унутар државне територије. Споља, суверенитет се огледа у независности од било које стране власти, посебно државне. Ове компоненте лако је установити у унитарној држави. Ствар се, међутим, компликује у савезној држави и у савезу држава, пошто тамо и средишњи и периферни органи имају атрибуте државности. Ми смо већ раније указали да се овај проблем може решити ако се има у виду разлика између делегације и дереликције државне власти (v.: Петровић, 2001, 25 идд.; и на енглеском: Petrović, 2000, 480 идд.). Тако, када две или више држава оснују савез држава (конфедерацију), онда су оне извршиле делегацију својих извесних суверених права, што ће рећи да су на новостворене заједничке органе пренеле вршење тих права, задржавајући њихову супстанцију. И обратно, када две или више држава оснују савезну државу (федерацију), онда су оне извршиле дереликцију својих суверенитета на новонастало правно лице, што ће рећи да су у корист тог правног лица пренеле супстанцију своје суверености, задржавајући за себе вршење извесних суверених права. Оне су на тај начин престале да буду државе, али су задржале сопствене државне органе за вршење задржаних суверених права. Само, овде се опет отвара питање разлике између супстанције и вршења суверенитета, на које се може одговорити тек након конкретних сагледавања. Додајмо да савез држава или савезна држава могу настати и на други начин, осим наведеног, али да то не мења суштину ствари. Рецимо, савезна држава или унитарна држава могу се преобразити у савез држава, или савез држава у савезну државу. Могуће је, напокон, да се савез држава и савезна држава преобразе у унитарну државу, услед чега та унитарна држава стиче и супстанцију и вршење суверености.

Истакнимо да су овде без значаја називи које употребљавају правни акти. Тако су саставне државе прве савремене конфедерације, „Републике Уједињене Холандије“, која је основана 1579. године и трајала до 1795. године, називана „Уједињеним покрајинама (провинцијама) Низоземске“ (Les Provinces Unies des Pays-Bas), премда су те покрајине у стварности биле суверене државе. Опет, швајцарски уставни (напоследку чл. 3 Устава од 18. априла 1999. године) називају кантоне „сувереним“, иако суверенитет припада искључиво држави која се службено назива „Швајцарском Конфедерацијом“. Швајцарска правна наука уставни израз „сувереност“ кантона тумачи као „власт заповедања“ (v.: Giacometti/Fleiner, 1949, 43).



Пошто је сувереност атрибут државе, федералне јединице савезне државе нису, као што смо рекли, државе. Да бисмо избегли удвајање назива – јер савезна држава уједно означава укупност средишње државе и федералних јединица, а и средишњу државу саму – средишњу државу називамо „наддржавом“, а федералне јединице „поддржавама“. Савез држава (конфедерација) такође има своје органе, који могу бити и законодавни и управни и судски, али то су заједнички органи држава чланица, које гледиште, по нама најисправније гледиште, заступа велики број правних писаца. Најизразитији утемељитељ тог гледишта је Г. Јелинек (Jellinek, 1882, 172 идд. Остале заступнике овога схватања наводи: Kunz, 1929, 448 идд.). Но, оно има два огранка.

По првоме, чији је поборник и Јелинек, субјекти међународнога права могу бити само суверене државе чланице, али не и савез држава. Када конфедерација, која је политички савез, иступа према трећим државама, онда су то заједничка иступања свих њених саставних држава. Он каже (Jellinek, 1882, 184): „Међутим, према раније реченом је јасно да, када савез објави рат, то представља колективну објаву рата свеукупних саставних држава, да, када савез одашиље посланике, они имају својство заједничких посланика саставних држава за питања у погледу којих је уговором о савезу искључено једнострано иступање поједине државе чланице.“ Ипак, стварности више одговара схватање да је савез држава такође и субјект међународног права снабдевен сопственим органима. То становиште преовлађује у теорији државе и права и међународнога права. Заступао га је, на пример, још Ф. фон Холцендорф (von Holtzendorff, II, 1887, 131 идд.). Холанђанин де Лаутер (de Louter, I, 1920, 201) каже: „Конфедерација, насупрот алијанси, ствара међународно правно лице, што ће рећи да она поседује сопствену вољу, независну од воље држава чланица, и органе који су нужни да изјаве и по потреби изврше ту вољу.“ Слично је мишљење и Фон Листа (von Liszt, 1927, 57): „Начело очитовано за персоналну унију једнако важи, барем теоријски, за савез држава; у том облику једнако сложене државе, то су различите државе чланице чије уједињење образује конфедерацију, и не конфедерација сама, које уживају међународну способност. Међутим, може се догодити да правна и пословна способност држава чланица буду подвргнуте ограничењима с разлога постојања савезне везе.“ Ово становиште среће се и код новијих писаца (v: на пример, Dahm, II, 1961, 122 идд.). И сам Јелинек подстакнут је да допусти (Jellinek, 1882, 184): „Пошто пракса међународнога права савезе држава сагледава као јединства, није неразумно и за савез држава претпоставити постојање јединственог субјекта савезне везе.“

Због изузетне сложености и политичке осетљивости уређивања међусобних овлашћења и обавеза у савезној држави, императив је правне политике да савезна држава мора имати писани устав као основни закон како наддржаве тако и подржава. Међутим, исто важи и за савез држава, с тим што се његов устав најчешће доноси у форми међународног уговора.

Особеност савезних држава је постојање дводомног устројства законодавног тела. Додуше, постојале су (примерице Француска по Уставној повељи од 4. јуна 1814. године, Италија по Основном статуту Италијанске краљевине од 4. марта 1848. године, Пруска по Уставној повељи од 31. јануара 1850. године, Русија по Основним државним законима од 23. априла 1906. године, Србија по Уставу од 6. априла 1901. године, Југославија по Уставу од 3. септембра 1931. године) и постоје (споменимо Велику Британију, Француску, Јапан, Италију, Шпанију) такође и унитарне државе са дводомним представничким телом, а видећемо да су и извесни савези држава прибегавали систему двају домова. Но, премда дводомост није искључиво својство савезних држава, она је, ипак, нужан саставни део њихове уставне организације. Следствено томе, један дом њиховог представничког тела је народно веће, које представља савезне грађане, а други је земаљско веће као заступништво подржава (федералних јединица). Установа земаљског већа обезбеђује учешће подржава у савезном законодавству напореда са народним већем, а у извесним савезним државама и са савезним народом као одлучиоцем на савезном референдуму; с тим што земаљско веће у извесним савезним државама (као, на пример, Сенат Сједињених Америчких Држава) суделује и у врховној управној и судској власти. Кроз народно веће очитује се унитаристичко-парламентарна компонента савезне државе. Њега бира цео савезни народ по већинском принципу, без обзира на земаљску припадност, и минимум његове надлежности је обавезно учешће у законодавном поступку са земаљским већем.

Како наддржава тако и подржава (федерална јединица) има уставотворну власт, с тим што подржава има уставну аутономију на основу и у границама савезног права. Федерална јединица такође има, једнако на основу и у границама савезног права, законодавну, управну и по правилу, судску власт. Пошто те власти има и наддржава, али на основу и у границама сопственог права, постоји напореда кружно (циклично) стварање правног поретка у наддржави и подржавама, у смислу наше теорије „кружног или цикличног (низлазно-узлазног) стварања правног поретка“ (v.: Петровић, 2015, 215 илд.). Међутим, кружно стварање правног поретка уједно је и режим важења права. Тако, ако правни акт подржаве преступи границе које му је поставило савезно право, онда је тај правни акт неваљан, а

према федералној јединици која крши савезно право, наддржава би могла применити и принудно извршење (тзв. „савезну егзекуцију“). Но, одавде изводити закључак о суверенитету наддржаве било би преурањено. Јер, и у савезу држава (конфедерацији) држава чланица је дужна да извршава савезно право, те би према њој такође могла бити примењена и савезна егзекуција, о чему ће касније бити речи. Једино што би се могло, с тим у вези, рећи је то, да је надмоћ савезног права нужна претпоставка суверенитета, али не и сам суверенитет, тј. његова суштина.

О суверенитету у савезној држави постоје две главне теорије.

Пођимо од немачке теорије „надлежности надлежности“ (Kompetenz-Kompetenz). Родоначелник тог учења је Хенел (Haenel, I, 1873, 149). Сагласно Хенелу, кључна тачка суверенитета не почива у томе што држава границе своје надлежности прима од неке надређене власти, већ у томе што она саму себе ставља у уставне форме образовања сопствене воље, односно, у правној моћи државе над својом надлежношћу. Недостатак тог учења Јелинек види у следећем (Jellinek, 1882, 29): „Суверенитет напросто прогласити за правну моћ државе над својом надлежношћу, значи такође порећи постојање међународног права.“ Хенел је пак узвраћао да теорија „надлежности надлежности“ важи само у унутрашњем праву, а не и у међународном (Haenel, I, 1892, 118). Овако измењено гледиште прихватио је у основи и Кунц, иначе поборник учења о првенству међународног права над унутрашњим. За њега, сва питања суверенитета своде се на проблеме надлежности, управо због примата међународног права; сувереност је, наиме, релативна јер њену садржину свагда одређује међународно право. Тако постоје суверене државе са „нормалном надлежношћу“, такве чију надлежност непосредно ограничава међународно право, али и суверене државе са „ограниченом надлежношћу“, које више него друге подлежу међународноправним ограничењима. Међу ове друге спадају међународноправни протекторати и државе чланице савеза држава. Напротив, саставне државе савезне државе представљају „несуверене државе“, „државе у смислу државног права“, над којима савезна држава има „надлежност надлежности“ (V.: Kunz, 1929, 118 илд., 537 илд., 648 илд.).

О проблематици односа међународнога и унутрашњег (државног) права биће речи касније. Овде ћемо само изложити критици гледиште „надлежности надлежности“. Приметимо, најпре, да сва позитивна права савезних држава не познају „надлежност надлежности“ наддржава. Она је, заправо, присутна у федерацијама које припадају унитаристичком типу савезне државе, као што су, на пример, Аустрија и СР Немачка, јер у њима измене савезног устава спадају у искључиву надлежност савезних органа

(по чл. 44 аустријског Савезног уставног закона – Националног већа и савезног бирачког тела путем референдума; по чл. 79 Основног закона за СР Немачку – Бундестага и Савезног већа). Насупрот томе, чл. 195 швајцарског Устава каже: „Потпуно или делимично ревидирани савезни Устав ступа на снагу када га прихвате народ и кантони.“ По чл. V Устава Сједињених Америчких Држава, савезни Конгрес предлаже двотрећинском већином оба дома измене савезног Устава, али те измене (амандмани) ступају на снагу тек када их потврде законодавна тела или конвенције три четвртине федералних јединица.

Само, могу постојати и унитарне државе које немају „надлежност надлежности“ на целој својој територији. Хрватска и Славонија била је до 1918. године покрајина у виду организованог државног фрагмента у саставу Краљевине Угарске. Но, законски чланак XXX Угарске од 1868. године („хрватско-угарска нагодба“) предвиђао је у чл. 70 да се уставни положај Хрватске и Славоније према Угарској не може мењати једностраном вољом суверене угарске државе без сагласности дотичне покрајине. Па ако је суверенитет једнак правној моћи мењања надлежности, онда бисмо узаман тражили суверену власт над угарском покрајином Хрватском и Славонијом.

Друга теорија је учење о „подељеном суверенитету“ између надржаве и подржава. То учење донео је из Сједињених Америчких Држава у Европу знаменити француски историчар из прве половине 19. века Алексис де Токвил (Alexis de Tocqueville) у својој књизи о демократији у Америци (Tocqueville, I, 1951, I/VIII, 235 илд.). Према том учењу, како надржава, тако и подржава, суверена је у свом делокругу. По једном огранку тог учења, ни надржава ни подржаве нису савршени државни организми, нису по себи суверене, већ тек њихово јединство чини државу у правом смислу (v.: Bohnhak, 1896, 12). Теорију „подељеног суверенитета“ учинио је у Немачкој привлачном својевремено утицајни теоретичар државе Ваиц (Waitz, 1853, 493 илд.). Но, после оснивања Немачког Рајха 1871. године, та теорија у тој земљи губи приврженике. Теорији „подељене суверености“ пребацује се да меша суверенитет и надлежност, услед чега губи из вида надређеност надржаве подржави.

Но, у француској правној науци присутно је схватање о подели суверенитета на унутрашњи и спољашњи, и оно се понекад примењује у изградњи појма савезне државе. Према Фоањеу (Foignet, 1905, 23), подржаве губе своју „спољашњу сувереност“, њих „апсорбује личност савезне државе, која их све репрезентује према страним државама“; оне, напротив, задржавају своју „унутрашњу сувереност“ премда је она, чињеницом постојања

надређене савезне власти, умањена. Такође је и за Фошила (Fauchille, I/1, 1922, 246 идд.), који разлику између савеза држава и савезне државе традиционално (и погрешно) види у томе што прва почива на уговору а друга на уставу, само савезна држава суверена у међународном праву, док федералне јединице задржавају значајан део, али не и целину унутрашњег суверенитета. „Савезна држава”, вели Фошил, „може се дефинисати као влада држава које су сачувале важан део, мада никада не целину свог унутрашњег суверенитета, али које су се у потпуности одрекле својег спољашњег суверенитета у корист средишњег савезног органа.“

Мада ни ова теорија није тачна, она је од начелног значаја за утврђивање разлике између унутрашњег (државног) и међународног права. Јер, унутрашњи суверенитет је супстанција суверенитета, те као такав има првенствено над спољашњим суверенитетом; онај ко је у поседу унутрашњег суверенитета може да има и спољашњи суверенитет, док је, напротив, спољашњи суверенитет без унутрашњег немогућ. Зато је исправно рећи да у савезној држави надржава поседује и унутрашњи и спољашњи суверенитет, док поддржави (федералној јединици) припада само вршење извесних суверених права, и то нужно у унутрашњем праву и само евентуално и у међународном.

По нашем изворном схватању, суверенитет у савезној држави огледа се у два момента. Прво, надржава у тој држави поседује овлашћења која су битна за опстанак и делатност савезне државе. Која су то овлашћења, може се сазнати само увидом у позитивна права. Друго, колегијални (законодавни и уставотворни) органи савезне државе увек одлучују већински. Пођимо од сагледавања првог момента.

Тако, уопште узев, у надлежност надржава спадају: емисија (ковање) новца, утврђивање мерних јединица и тегова; јединствено финансијско, економско и саобраћајно подручје; пошта и телекомуникације; уз то и царински прописи; законодавство о спровођењу савезног устава, о избору савезних органа и томе слично; законодавство и управа над непосредним савезним подручјима, „савезним дистриктима“ и „територијама“, где их има. Ове агенде припадајуће надржави чине „гвоздено језгро“ свих савезних устава. Оно је, као што се види, сразмерно мало. Но, агенде које улазе у надлежност надржаве могу бити знатно обимније. У извесним савезним државама у савезну надлежност спада законодавство о грађанском, кривичном и процесном праву, у извесним спадају и железнице итд.

Пре свега, уставни свих савезних држава које поседују флоту прописују да постоји савезна флота, савезна ратна морнарица, која спада у искључиву надлежност надржаве.

Што се тиче копнених оружаних снага и ратног ваздухопловства, у искључиву надлежност надржаве улази, у свим савезним државама, врховно командовање и употреба истих. Дали се притом у појединој савезној држави ради о општој војној обавези, систему милиције или најамничком систему, без утицаја је на војну структуру савезне државе. И у погледу поделе надлежности између надржаве и поддржава дотично војних агенди, могу се унутар општег појма савезне државе срести различита ступњевања. Прво, постоји само једна, савезна војска, све надлежности у области војних агенди налазе су рукама надржаве, док су поддржаве сасвим искључене (на пример у Канади, Аустралији, Аустрији). Друго, готово све надлежности у области војних агенди припадају надржави, с тим што изванредан део војне управе улази у надлежност поддржава (на пример у СР Немачкој). Треће, постоји само једна савезна војска, односно савезна милиција, при чему поддржаве не могу имати ни стајаћу војску, нити смеју да регрутују трупе; ипак, поддржавама се може допустити да имају, поред савезне војске, и своју милицију (Сједињене Америчке Државе), односно да држи своје трупе уколико им то надржава дозволи (на пример у Сједињеним Америчким Државама).

„Финансијски устав“, „финансијско поравнање“ унутар типа савезне државе почива на финансијској превласти надржаве, која се превласт огледа у томе, што, пре свега, буџетско право и надлежност опорезивања имају правни основ у савезном праву.

Чисти систем матрикуларних прилога, према коме би се савезни буџет искључиво покривао прилозима поддржава, којима би припадале све надлежности у финансијској области уз обавезу преношења тих прилога у корист надржаве, не постоји ни у једном позитивном праву. Заправо, тај систем је својствен савезу држава, конфедерацији, премда је и већ спомињана Република Уједињене Холандије познавала непосредне или посредне порезе у корист Савеза. Наиме, у свим савезним државама постоје барем неки приходи који непосредно припадају надржави, при чему би се дефицит савезнога буџета покривао из матрикуларних прилога поддржава. Тај систем постојао је у Немачком царству од 1871. године, за које ћемо видети да је било савезна држава изграђена на протекторату. По његовом Уставу, надржави су приналежиле једино царине и у чл. 35 истог наведени приходи од пореза на монополисане производе. При томе надржава није имала ни сопствену финансијску управу. За ванредне потребе могли су се на основу савезнога законодавства подизати зајмови. Прекорачење издатака надржаве имало се покривати из матрикуларних прилога поддржава, којих се прилога висина утврђивала сразмерно броју становника поддржава (чл. 70 Устава Царства).

У већини савезних држава, надржава је финансијски потпуно независна од подржава, што ће рећи да може да убира непосредне савезне порезе. По Уставу Сједињених Америчких Држава, Конгрес је овлашћен (чл. I, одсек 8) да уводи и убира порезе, таксе, царине и трошарине, с тим што таксе, царине и трошарине морају бити једнообразне на целом савезном подручју. Немачки Устав Вајмарске Републике од 1919. године овластио је чланом 8 надржаву да убира све порезе и дажбине, дајући јој тако слободу да подржавама остави онолико власти опорезивања колико она хоће. Ипак, иста одредба је предвиђала да надржава, уколико би присвојила порезе и дажбине који су дотле припадлежили подржавама, мора узети у обзир одржање животне способности федералних јединица. Основни закон за СР Немачку прописао је да Савез има искључиву надлежност законодавства у области царина и финансијских монопола (чл. 105, став 1). Уз то, надржава има „конкурентно законодавство“ (такво које може да присвоји или препусти подржавама) у пореским агендама на чији износ у целини или делимично полаже право (став 2 истог члана). Ове агенде основни закон таксативно набраја, али је њихов број велики (преко четрдесет). С друге стране, основни закон зајемчује подржавама (савезним покрајинама) законодавну власт у погледу локалних пореза на покретнине и потрошњу, ако и уколико нису истоврсни са порезима утврђеним савезним законодавством, те овлашћење одређивања пореске стопе код основног пореза на приходе (став 2а истог члана). Основни закон уређује и поделу пореских права између Савеза, савезних покрајина и општина (чл. 106–108).

У екстериторијалним правним ситуацијама, нарочито у односима са страним државама, надржави као сувереној држави припада целокупна надлежност; подржавама – како год да је позитивноправно уређена подела надлежности између њих и надржаве – припада у овој области онолико агенди колико им је доделио савезни устав. Но, позитивноправно гледано, начин поделе ове надлежности није мерило разликовања између савезне државе и савеза држава. Јер, и у конфедерацији могу међународноправне агенде припадати савезним властима, посебно право вођења рата, док подржаве у федерацији такође могу ступати у екстериторијалне правне ситуације. У погледу овога, могуће је разликовати два главна типа савезне државе:

То су, прво, савезне државе без било какве међународноправне надлежности федералних јединица. Том типу одговарају Аустрија, Аустралија, Канада. Други тип представљају савезне државе са међународноправном надлежношћу федералних јединица. Што се тиче вођења рата, то право

у свим савезним државама припада искључиво наддржави, којој такође искључиво припада активно и пасивно посланичко право. Следствено томе, може се радити само о праву закључења уговора, и то уговора са страним државама. Овде, наиме, не спадају уговори које међу собом закључују федералне јединице, ни уговори између федералних јединица и наддржаве, јер се на те уговоре, без обзира на форму њихова закључења, искључиво примењује унутардржавно право савезне државе (о овоме в.: Ficker, 1926, 23 илд.).

При свему томе, и право федералних јединица да закључују уговоре са страним државама веома је ограничено. Пре свега, ти уговори се морају држати оквира постављених савезним уставом, савезним законима и уговорима које је наддржава закључила са страним државама. Јасно је, дакле, да се право федералних јединица да закључују међународне уговоре може вршити, у за њих најповољнијем случају, у агендама које спадају у њихову законодавну надлежност (чл. 32, став 3 Основног закона за СР Немачку, чл. 56, став 1 швајцарског Устава). Само, и ово право је у извесним правцима ограничено. Тако, савезно право забрањује поддржавама да закључују политичке уговоре са иностранством. Устав Сједињених Америчких Држава у чл. I, одсек 10, став 1 прописује: „Ниједна држава не сме ступити ни у какав уговор, алијансу или конфедерацију...“ Швајцарски Устав у чл. 56, став 2 забрањује кантонима да закључују уговоре са иностранством ако су ти уговори противни правима и интересима Савеза, као и правима других кантона; пре закључења међународних уговора, кантони су дужни да информишу Савез. Поврх тога, федералне јединице морају за закључење међународних уговора да получат сагласност наддржаве. Устав Сједињених Америчких Држава у чл. I, одсек 10, став 3 каже: „Ниједна држава не сме, без одобрења Конгреса, улазити у било какав споразум или погодбу с другом државом или страном силом, нити ступити у рат...“ По швајцарском Уставу, чл. 172, став 3, Савезна скупштина одобрава уговоре кантона међу собом и са иностранством ако Савезно веће или поједини кантон уложи приговор. Надаље, по швајцарском Уставу, чл. 56, став 3, и онда када се ради о агендама у којима кантони могу да закључују међународне уговоре, они могу непосредно да саобраћају само са нижим страним надлештвима; у осталим случајевима, кантони могу да саобраћају са иностранством само посредством Савеза.

Уколико се ради о типу савезне државе без сваке међународноправне надлежности федералних јединица, владајући је став науке да поддржавама недостаје свака међународна правна и пословна способност, да је с тога само наддржава правни субјект међународног права, те да с тога у случају деликта међународног права искључиво одговара наддржава. Сматра се



да та одговорност постоји и онда када су подржавама уставом додељене извесне међународноправне надлежности, а надржава је у извесном међународном уговору изрично или прећутно обећала да ће се федералне јединице понашати на одређени начин, или је међународноправни деликт, на пример, настао услед ускраћења правде странцу у федералној јединици, чак и ако по савезном уставу правосуђе спада у искључиву надлежност те федералне јединице. Пракса држава и јудикатура међународних арбитража стоје на становишту да и тада одговара надржава и само она. Саобразно тој пракси и јудикатури, и наука стоји на гледишту да једино надржава одговара и у случајевима када се федерална јединица са међународним надлежностима јавља као починитељ деликта међународног права (v.: Kunz, 1929, 662, аднотација 3; Dahm, III, 1961, 204 идд., аднотација 11). Јер, како примећује Штруп (Strupp, 1920, 114), као што држава покровитељ мора да одговара за противправне радње зависне државе у области међународног права, тако и савезна држава (надржава) мора да одговара за међународноправне деликте својих федералних јединица. Међутим, Сједињене Америчке Државе нису овде сасвим доследне. Оне позивају стране савезне државе на одговорност због грешака њихових федералних јединица, али ако њих друге државе туже, оне понекад себе штите позивајући се на уставно-правна ограничења савезне власти (v.: Dahm, III, 1961, 205, аднотација 11).

До одступања од већинског принципа као момента суверенитета надржаве дошло је до изражаја само у једном уставу, који се зато јавља као историјски парадокс, у Уставу Немачког царства који је важио од 1871. до 1918. године, и по свом творцу, канцелару Бизмарку, био називан „Бизмарковим Уставом“. Измене тог устава вршене су обичним законом усвојеним у Рајхстагу, као народном већу, и у Савезном већу као представништву федералних јединица. Међутим, Краљевина Пруска као једна од њих поседовала је хегемонију према осталима, јер је имала највише гласова (17 од укупно 58) у Савезном већу, будући да Устав није могао бити измењен ако је закон о измени Устава имао против себе 14 гласова у Савезном већу.

Сходно томе, Пруска је могла да онемогући сваку измену Устава која јој не би одговарала. Хегемонију Пруске увећавало је и то, што је, по слову Устава, краљ Пруске био и немачки цар и уједно председник Савезног већа, а пруски канцелар уједно и савезни канцелар. Уз то, Рајхстаг је имао мање права него Савезно веће. Рајхстаг је представљао унитаристичко-парламентарни дом Немачке, јер су његови посланици бирани по принципу општег, непосредног и једнаког изборног права свих немачких грађана, које је вршено тајним гласањем. Но, његова надлежност била је искључиво законодавна. Савезно веће, као представништво немачких влада, било је

поред тога надлежно да доноси управне прописе за извршење савезних закона, да даје сагласност на објаву рата у име Царства, да решава јавноправне спорове између федералних јединица, дакле да односи и одређене „акте владе“.

Особеност Савезног већа састојала се и у томе, што његови чланови нису самостално одлучивали, већ су били везани инструкцијама министара, односно државних поглавара, федералних јединица које су заступали и што је њихов глас приликом гласања рачунат као део јединственог гласа федералне јединице. Следствено томе, Пруска је, на пример, приликом гласања у Савезном већу могла да има само једног представника, који је располагао са свих 17 пруских гласова. По речима водећег немачког теоретичара уставног права пре Првог светског рата Лабанда, ова особеност је происходила из концепта савезног већа као конфедералистичког, међународног конгреса посланика (Laband, I, 1911, 235).

Један француски правни писац заступао је гледиште да су федералне јединице Немачког Царства од 1871. године биле под протекторатом Пруске (Nachenburger, 1896, 19 илд.). Исправно је рећи да је тадашње Немачко царство делимично било савезна држава, јер је имало савезни Устав и савезно национално представништво (Рајхстаг), а делимично протекторат Пруске над осталим федералним јединицама, који је био заснован претходно закљученим међународним уговорима између Пруске и тада још увек суверених немачких држава, који су уговори образовали правне претпоставке настанка Немачког царства.

Приступимо разматрању појма легитимитета. Проблем легитимитета разматрали смо подробно и у неким ранијим радовима (v.: Петровић, 2004, 19 илд.; Петровић, 2014, 19 илд.). Овде пак излажемо гледиште које је сажетије и исправније. Легитимитет је својство устава, при чему је устав укупност закона који стварају државне органе и утврђују њихову структуру, „органских закона“ (Duguit, II, 1928, 185). Легитиман је онај устав који се заснива на раније важећем правоваљаном уставу, који се такође заснива на претходном правоваљаном уставу, и тако све до неписаног устава који је важио од памтивека (v.: Hegel, 1981, 274, 318). Устави лишени овако схваћеног континуитета важења правно не обавезују, као ни међународни уговори закључени на основу таквих, нелегитимних устава. Легитимитет важи и у погледу закона и међународних уговора који садрже уставе савезних држава и савеза држава, па је тако нелегитиман устав савеза држава садржан у неваљаном или нелегитимном међународном уговору или који је наметнут појединој држави чланици дотичног савеза држава.

Но, између легитимитета и нелегитимности нужно се умеће појам квазилегитимитета. Квазилегитиман је устав који је донео какав самовољан владар или диктатор, но који устав остварује опште добро. Опште добро је један етичко-политички принцип, и још су Платон и Аристотел, а у новије доба Хегел, Жорж Бирдо (Georges Burdeau), Бињ де Вилнев и други сматрали да је сврха државе, устава и политичке власти остваривање општег добра (v.: Hegel, 1981, § 270, 294; Burdeau, I, 1966, 85 идд., с књижевношћу; Bigne de Villeneuve, 1954, 19 идд.). Било би неразумно и противно благонрављу такав устав без даљег сматрати нелегитимним. Једино је исправан „средњи пут“, што значи да квазилегитиман устав може протеком времена да постане легитимним. Овде се намеће аналогија са обичајним правом. Занимљиво је да је и енглески политички мислилац Едмунд Берк стајао на становишту да права и политичке институције Енглеза почивају на наследном праву утврђеном обичајима. Он каже (Burke, 1961, 204 идд., подвучено и изворнику), осврћући се на француску револуцију од 1789. године: „Проста идеја фабрикације новог режима довољна је да нас испуни одвратношћу и ужасом. Желели смо у доба наше еволуције, а желимо и данас, да све што поседујемо изводимо једино из наслеђа својих предака. Јако смо бринули да на то тело и ту наследну лозу не накалемимо неку младицу која не би била исте природе као изворна биљка. Све реформе које смо до сада предузимали биле су засноване на односу који смо имали према древношћу; и надам се, штавише, убеђен сам, да ће све што убудуће буде урађено, моћи да се пажљиво равна према истим аналогијама, истим ауторитетима и истим примерима...

„Трајна политика ове Краљевине састоји се у томе, да се наша најсветија права и повластице сагледавају као наслеђе.“

„У оном знаменитом закону из треће године владавине Карла Првог, званом ‘Петиција о правима’ (Petition of Rights), Парламент каже Краљу: ‘Ваши поданици су наследили ову слободу’ – они не заснивају свој захтев на апстрактним принципима као што су ‘права човека’, већ на правима Енглеза, и они захтевају имовину својих предака.“

Овде је незаобилазно питање колико времена треба да протекне да би квазилегитиман устав постао легитиман. Што се тиче дужине времена употребе која је потребна за настанак обичајног права, наука је гледишта да о томе нема општег правила, да је сваки правни обичај случај за себе. Ово је био суд Пухте у његовом чувеном делу о обичајном праву (Puchta, II, 1837, 93 идд.) и тај суд важи и данас (v.: Terré, 2009, 320). Ипак, пошто се овде ради о питању где правна сигурност налаже да се политичкој самовољи поставе прецизније границе, мишљења смо да је утврђивање броја година

потребних за легитимизацију квазилегитимног устава неопходно. Напоменимо да римокатолички Кодекс канонског права (*Codex iuris canonici*) из 1983. године у канону 26. предвиђа да обичај стиче законску снагу ако се употребљава тридесет непрекидних и потпуних година. Глосатори су углавном сматрали да је употреба од десет година довољна за настанак правног обичаја (v: Puchta, II, 1837, 96 идд.), што је заправо преузимање рока за стицање непокретности одржајем из римског права (такозвана *praescriptio longi temporis*). Будући да између обичајног права и одржаја постоји битна сличност, одржај је правни обичај у појединачном случају, сматрамо да рок претворбе квазилегитимног устава у легитиман не би смео бити краћи од 10 ни дужи од 30 година, рачунајући почев од дана ступања на снагу дотичног устава.

Пре улажења у проблематику савеза држава (конфедерација) неопходно је такође исправно установити разлику између унутрашњег (државног) и међународног права. После Првог светског рата избиле су на површину теорије о првенству међународног права над унутрашњим (v.: Ле Фир, 1934, 8 ид.; Kunz, 1929, 3 идд., са књижевношћу; Gurvitch, 1931/1932, 136 идд., с књижевношћу). Само, те теорије су плод лепих жеља и идеологија, и не одговарају стварности. У прилог првенства унутрашњег права над међународним говори већ проста чињеница да је савремено међународно јавно право настало тек крајем 16. века и да је до конца Првог светског рата било само право европских земаља, „*Jus publicum eurapeum*“ (v.: Schmitt, 1950, 111 идд.). До 16. века европске државе су међусобна права и обавезе уређивале по свом приватном и рецепираном римском праву, док су према ваневропским државама, до њиховог признања за субјекте међународног права примењивале своју слободну оцену. У прилог првенства унутрашњег (државног) права лепо вели Лабанд (Laband, I, 74 идд.): „Ишло се дотле, да се држава прогласи за творевину међународног права и карактеристично обележје појма државе проналази у интернационалном признању међународно-правне способности. Но, овде је логички однос управо обратан. Квалитет државности није рефлекс, последица међународноправног признавања, већ он представља основ потоњег; међународно право је међу државама важеће право, претпоставља дакле егзистенцију истих. Држава се пак може такође представити и изоловано и независно од свих међународноправних веза, те с тога морају постојати критеријуми одређивања појма државе без узимања у обзир међународног права. Исправно је да је међународноправни субјективитет симптом квалитета државности и да његово интернационално признање допушта повратан закључак о присуству потоњег.“

У чему се састоји појам међународног јавног права са становишта првенства унутрашњег (државног) права?

Хегел је међународно јавно право определио као „спољашње државно право“ (Hegel, § 330, 373). То оно, уз објашњења која следе ниже, и јесте. Само, Хегелов закључак да оно није збиљско право, већ да се као и морал заснива на пуком „требању“ (Sollen), није исправан.

Правилније сагледава суштину међународног права Тома Живановић (Живановић, 1959, 308 ил.). По њему, и међународно јавно и међународно приватно право јесу гране права које уређују сукобе различитих суверенитета, с тим што међународно јавно право уређује сукобе субјективних јавних права и дужности у међународноме простору, док међународно приватно право уређује сукобе приватних закона у међународноме простору (екстериторијално важење домаћег приватног права и екстериторијално важење страног приватног права). Живановић ово гледиште преузима од француског теоретичара међународног приватног права Вајса (Weiss, 1899, XXIV). Но, аналогија између међународног јавног и међународног приватног права налази границу у томе што је међународно приватно право углавном чисто колизионо право, док међународно јавно право, поред колизионих норми, садржи и одредбе материјалног и процесног права.

Тако, ако две државе закључе уговор о извршењу судских пресуда у иностранству, оне морају, било у својим законима или међународним уговорима, предвидети санкције за неизвршење дотичног уговора. Овде је важно напоменути да је не само међународни уговор, већ и земаљски закон, формалан извор међународног јавног права. Пођимо од тога да права појединих држава стоје једна насупрот другима без икаквих унутрашњих веза. Но, с тим је сасвим спојиво да садржински истоветна правила за однос једне државе са другим државама, буду унесена како у правни поредак те државе тако и у правне поретке других држава у питању. Садржинска сагласност дотичних правила може бити још јаче зајемчена ако преузимање тих правила буде у правном поретку једне државе условљено преузимањем сагласних правних правила у правне поретке других држава. На тај начин се међународно јавно право јавља као у свом важењу условљен садржински сагласан део или одсек правних поредака свих држава које се налазе у заједници међународнога права, то јест као њихово заједничко право.

О општем појму савеза држава (конфедерације) било је говора раније. Зато је могуће приступити разматрању типологије савеза држава.

Типологија која следи представља изворан допринос овога рада. Прво, савези држава могу да се јављају као савези равноправних држава, но које су лишене права на иступање (сецесију) из савеза. Друго, државе чланице

савеза држава не морају бити потпуно равноправне, али зато имају право на иступање (сецесију) из савеза. Распрострањено је гледиште да из „суштине“, „природе“ савеза држава производи право држава чланица да иступе из њега (v., на пример: Jellinek, 1882, 175). Но, то је позивање на једну врсту природног права, неспојиво са међународним и уставним правом као позитивним правом. Правилно зато Келзен и Кунц сматрају да такво право држава чланица не постоји (Kelsen, 1925, 222 и дд.; Kunz, 1929, 455, 469). Право на отцепљење држава чланица постоји само ако је изрично или прећутно предвиђено уставом савеза држава.

Првом типу припадају старији савези држава, обично установљени као трајни одбрамбени савези, чија уска надлежност представља главну нормалну гаранцију суверености њихових саставних држава, које су имале своје уставе, своје законодавне, управне и судске органе, те своју војску и дипломатију (активно и пасивно посланичко право). О равноправности држава чланица Немачког савеза говори чл. II Бечког закључног акта: „Ово удружење у својој унутрашњости постоји као заједница самосталних, међусобно независних држава, са узајамним једнаким уговорним правима и уговорним обавезама, али у својим спољашњим односима као у политичко јединство повезана скупна сила.“

Сврху устава ових савеза држава представља утврђивање међусобних права и обавеза држава чланица. Тако чланови о Конфедерацији и Вечитој унији Сједињених Америчких Држава, који су важили од 1781. до 1788. године, предвиђају у чл. III: „Речене државе због тога напосе улазе у постојану лигу пријатељства једне са другом, ради своје заједничке одбране, безбедности својих слобода, те свога узајамног и општег благостања, обавезујући се да једна другој помажу против сваког насиља или напада предузетих против свих или неке од њих, из разлога религије, суверенитета, трговине или ма код другог изговора.“ У чл. II Немачког савезног акта од 8. јуна 1815. године речено је да је сврха Немачког савеза „одржање спољне и унутрашње безбедности Немачке, те независности и неповредивости појединих немачких држава.“ У швајцарском Савезном уговору од 7. августа 1815. године каже се у чл. 1 да су се ујединила „22 суверена кантона Швајцарске ради одбране своје слободе, независности и безбедности од свих напада страних сила, и ради одржања реда и мира у унутрашњости; они ће узајамно зајемчивати своје уставе пошто буду донесени од врховних надлештава сваког кантона у сагласности с начелима Савезног уговора. Они узајамно зајемчују своју територију.“ Због одбрамбеног карактера Савеза, чланови о Конфедерацији у чл. VI, ст. 5 забрањују појединој саставној држави да води рат без сагласности Конгреса Сједињених Држава, осим ако је тренутно нападнута. Занимљиво је да Бечки закључни акт у чл. XLVI

допушта држави чланици која има поседе ван савезног подручја да води рат у својству европске силе, али да такав рат остаје Савезу сасвим стран.

С друге стране, ни холандска Утрехтска унија од 1579. године ни северно-америчка Конфедерација, која себе назива „Вечитом унијом“, не познају право на отцепљење држава чланица. Посредно, забрану отцепљења прописује швајцарски Савезни уговор, не предвиђајући могућност своје измене. Такође, немачки Савезни акт у чл. I говори о „трајном савезу“. Штавише, Бечки закључни акт од 15. маја 1820. године, којим је допуњен Немачки савезни акт, у чл. V изричито каже: „Савез је основан као нераскидиво удружење, те с тога ниједном његовом члану није слободно да иступи из њега.“

Главни заједнички орган ових савеза држава је скупштина делегата њихових држава чланица, која је образована по угледу на дипломатске конференције; делегати су били везани упутствима држава које су их одаслале и пред њима сносили одговорност. Број чланова холандских „опшних сталеза“ (како се та скупштина називала у Републици Уједињене Холандије) није био сталан, већ се мењао зависно од значаја питања које је било стављено на скупштински дневни ред; али, свака покрајина (држава чланица) имала је увек само један глас. По чл. V, став 1. и 3 чланова о Конфедерацији Сједињених Држава, саставна држава не може бити представљена у Конгресу са мање од два и више од седам чланова (делегата), с тим што у опредељујућим питањима за Сједињене Државе, свака саставна држава има у окупљеном Конгресу један глас. И по швајцарском савезном уговору, сваки кантон има само један глас у кантоналној скупштини, на „рочишту“ (Tagsatzung). Напротив, Немачки савезни акт је установљавао неједнаку заступљеност држава чланица у пленарном заседању Савезне скупштине, где су Аустрија, Пруска, Саксонија, Баварска, Хановер и Виртемберг имали по четири гласа, Баден, Курхесен, Велико Војводство Хесен, Холштајн и Луксембург по три, Брауншвајг, Мекленбург-Шверин и Насау по два, а остале државе чланице по један глас (укупно 69 гласова). Пленум Савезне скупштине одлучивао је о важнијим питањима, наведеним у чл. VI: састављању и изменама основних закона Савеза, закључцима који се тичу самог Савезног акта, органским савезним установама и општекорисним наредбама посебне врсте. Бечки закључни акт је у чл. XI додао да пленум Савезне скупштине двотрећинском већином, без расправљања одлучује о објави рата, закључењу мира и пријему нових чланова. Бечки закључни акт је такође прописао у чл. XIII да: о усвајању нових основних закона, или измени постојећих; органским установама, што ће рећи, трајним заводима као средству остваривања изричних савезних циљева; пријему нових чланова у Савез, и религијским питањима; не може да се закључује већински.

Овоме типу савеза држава одговара да закључци заједничког органа не важе непосредно за грађане држава чланица, већ да ту важност стичу тек изричном заповешћу надлежног државног органа (v.: Jellinek, 1882, 185). Према томе, грађани су увек потчињени само власти своје поједине државе и нису потчињени власти савеза држава. Међутим, ово важи једино за законодавство, пошто је доношење аката-правила са обавезном снагом за држављане придржано искључивој власти држава. Но, устав савеза може предвидети овлашћење савеза да установи поједине заједничке извршне органе, чак читава надлештва, која изравно, без посредовања државних власти, делују на грађане држава чланица.

Тако је у Републици Уједињене Холандије „гувернер“ (Stadthouder) као генерал-капетан војске и генерал-адмирал ратне морнарице имао широка овлашћења и у цивилним стварима, а тамо су постојали адмиралитетски одбори и различите генералитетске коморе, који су поседовали искључиво право располагања ратном морнарицом, односно војском. По чл. 8 швајцарског Савезног уговора, Савез је именовао генерале, генералштаб и пуковнике. И иначе, у свим савезима држава јављају се савезне војсковође, савезни посланици и савезни конзули. По чл. IX став 5 чланова о Конфедерацији Сједињених Држава, Конгрес је био овлашћен „да именује цивилне службенике уколико би то било нужно“, те је на основу те одредбе 1781. године основао министарства (departments) за рат, иностране послове и финансије (Westerkamp, 1892, 219).

Само, у савезима држава те врсте, савезна војска била је сачињена од контингентата држава чланица, које су такође биле дужне да уплаћују финансијске контингенте за подмиривање потреба савезне војске и савеза уопште. Ипак, и ту је било изузетака, па је по чл. IX, став 5 чланова о Конфедерацији, Конгрес Сједињених Држава могао да изгради и опреми савезну ратну морнарицу. Против држава чланица које не извршавају своје савезне дужности, савезу стоји на располагању, након исцрпљивања свих других средстава предвиђених уставом савеза, савезна егзекуција; (v., на пример: Бечки закључни акт, члл. XXXI–XXXIV). Савезна егзекуција се закључује у име савеза и спроводи на начин да, пошто савез нема сопствену војску, савезна скупштина додељује владама појединих држава чланица, које нису умешане у спор, мандат за извршење утврђених мера; влада на коју се мандат односи дужна је да га изврши као савезну дужност. Савезна егзекуција, уопште узев, погађа само владу која сноси кривицу, и не и држављане. Јелинек исправно побија гледиште да је савезна егзекуција равна рату, који је између држава чланица искључен догод савез држава постоји. „Чак и када закључак савеза треба да буде примењен силом, вели он (Jellinek, 1882, 176 и дд.), „путем савезне егзекуције, држави се догађа



само њена сопствена воља, као и што се против онога који није извршио свој приватноправни уговор, у принудном извршењу доводи до важења уговорна воља, дакле његова сопствена воља.“

Напротив, ако општим или појединачним актом заједничких органа буде повређен савезни устав, погођена држава чланица има право да поништи такав акт (право нулификације). Ниједан устав савеза држава не предвиђа то право. Међутим, друго средство којим би држава чланица, уколико нема право на отцепљење, правоваљано заштитила свој суверенитет, не постоји. У науци се право државе чланице на отцепљење и на нулификацију разматрају заједно (v., на пример: Jellinek, 1882, 175, 193, 196). Но, то су сасвим различите ствари. Држава која има право на сецесију нема право на нулификацију. Сецесија непризната уставом савеза држава је противправан акт, чија је последица нелегитимност, док је нулификација нужна одбрана утемељена у праву на отпор. Напокон, по својој правној природи, сецесија је акт владе, док је нулификација судски акт, којим се органи савеза држава враћају у границе права, исто као што се савезном егзекуцијом држава чланица враћа у границе права.

## Литература

- Bigne de Villeneuve, M. de la (1954). *L'activité étatique*. Paris.
- Bornhak, C. (1896). *Allgemeine Saatslehre*. Berlin.
- Burdeau, G. (1966). *Traité de Science politique*. 2-e éd. Paris.
- Burke, E. (1961). *The Philosophy of Edmund Burke*. Ed. by L.I. Bredvold / R.G. Ross, Ann Arbor.
- Giacometti, Z., Fleiner, F. (1949). *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*. Zürich.
- Глигоријевић, Б. (2001). *Краљ Петар II Карађорђевић у вртлогу британске политике или како је укинута монархија у Југославији*. Београд.
- Глигоријевић, Б. (2002). *Краљ Александар Карађорђевић. српско - хрватски спор*. Београд.
- Gurvitch, G. (1931/1932). *Le Temps présent et l' idée du droit social*. Paris.
- Dahm, G. (1961). *Völkerrecht*. Stuttgart.
- Duguit, L. (1928). *Traité de Droit constitutionnel*. 3-e éd. Paris.
- Ђорђевић, Ј. (1988). *Политички систем*. измењено издање. Београд.
- Ebers, G.J. (1910). *Die Lehre vom Staatenbunde*. Breslau.
- Живановић, Т. (1959). *Систем синтетичке правне филозофије*. Београд.
- Исаев, И.А. (1994). *Историја государства и права России*. Москва.

- Jellinek, G. (1882). *Die Lehre von den Staatenverbindungen*. Berlin.
- Kelsen, H. (1925). *Allgemeine Staatslehre*. Berlin.
- Косановић, С.Н. (1984). *Југославија била је осуђена на смрт. Смисао Московског споразума*. (Припремио за штампу Б. Кризман). Загреб /Београд.
- Кризман, Б. (1989). *Хрватска у Првом свјетском рату. Хрватско-српски политички односи*. Загреб.
- Kunz, J. (1929). *Die Staatenverbindungen*. Stuttgart.
- Laband, P. (1911). *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*. Tübingen.
- Ле Фир, Л. (1934). *Међународно јавно право*. Београд.
- Liszt, F. von. (1927). *Le Droit International. Exposé systématique*. Paris.
- Louter, J. de. (1920). *Le Droit International Public Positif*. Oxford.
- Милаш, Н. (2004). *Православно црквено право*. 2. издање. Мостар. (1902, фототипско издање, Београд /Шибеник.)
- Николић, К. (2011). *Србија у Титовој Југославији (1941-1980)*. Београд.
- Новак, В. (1930). *Антологија југословенске мисли и народног јединства*. Београд.
- Очак, И. (1988). *Горкић. Живот, рад и погибија*. Загреб.
- Пашић, Н. (1998). *Никола Пашић у Народној скупштини*. IV (приредио Ђ. Станковић). Београд.
- Петрановић, Б. (1992). *Србија у Другом светском рату*. Београд.
- Петрановић, Б., Зечевић, М. (1988). *Југославија 1918-1988*. Тематска збирка докумената. 2. издање. Београд.
- Петрановић, Б. (1988). *Историја Југославије 1918-1988*. Београд.
- Petrović, M. (2000). «Yugoslav War, Occurences and the International and “Municipal” Law Problem relations». *Facta Universitatis, Series: Law an Politics*. Vol. 1. No 4. University of Niš, 463-491.
- Петровић, М. (2001). «Југословенска ратна збивања и проблем односа међународнога и „унутрашњега“ права», У: *Југословенска криза: поуке за међународно право, Зборник радова*, Ниш: Центар за публикације Правног факултета, 11-35.
- Петровић, М. (2004). «Устав и легитимитет. Доношење, промене и важење устава с тежиштем на питању легитимитета као једног од основних појмова теорије устава и уставног права». Научно саветовање: *Уставно питање у Србији*. Ниш: Правни факултет, 19-63.

Петровић, М. (2015). «Прилог учењу о основним појмовима тријалистичке теорије права и државе», *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 70, год. LIV, 195-227.

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

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

Станковић, Ђ. (1995). *Никола Пашић, савезници и стварање Југославије*. 2. издање. Зајечар.

Слијепчевић, Ђ. (1978). *Југославија уочи и за време Другог светског рата*. Минхен.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Hatschek, J. (1978). *Englische Vefassungsgeschichte bis zum Regierungsanritt der Königin Viktoria*. 2. Aufl., Aalen.

Haenel, A. (1873). *Studien zum deutschen Staatsrechte*. Leipzig.

Haenel, A. (1892). *Deutsches Staatsrecht*. Leipzig.

Hachenburger, M. (1896). *De la nature juridique du protectorat*. (thèse). Paris.

Hegel, G.W.F. (1981). *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*. Nach der Ausgabe von E. Gans herausg. v. H. Klenner, Berlin.

Hellbling, E.C. (1956). *Oesterreichische Verfassungs - und Verwaltungsgeschichte*. Wien.

Holtzendorff, F. von. (1887). *Handbuch des Völkerrechts, II: Die völkerrechtliche Verfassung und Grundordnung der auswärtigen Staatsbeziehungen*. Berlin: C. Habel.

Чулиновић, Ф. (1961). *Југославија између два рата*. Загреб.

Шепић, Д. (1983). *Влада Ивана Шубашића*. Загреб.

Waitz, G. (1853). *Das Wesen des Bundesstaates*. Kieler Monatsschrift, 494-530.

Weiss, A. (1899). *Manuel de Droit international privé*. 2-e éd. Paris.

Westerkamp, J.B. (1892). *Staatenbund und Bundesstaat. Untersuchungen über die Praxis und das Recht der modernen Bünde*. Leipzig.

**Milan Petrović, LL.D.**

*Full Professor (retired),*

*Faculty of Law, University of Niš*

## **CONFEDERATION AND FEDERATION IN THE GENERAL THEORY OF LAW AND STATE AND IN POSITIVE LAW (part two)**

### **Summary**

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

*The essential difference between a confederation and a federation are as follows: 1) confederation member states may autonomously decide whether they would act independently abroad (e.g. to maintain diplomatic relations, to conclude international agreements, etc.); on the other hand, federal entities (members of a federation) do not have such an option, or they may possibly be given such an option (to an*

*extend which is considered relevant) by the central (federal) government; 2) the internal borders between confederation member states may be changed only by international treaties adopted at an international conference, whereas the internal borders between federal entities may be unilaterally established and changed by the central government; 3) confederation member states, in principle, have the secession right (ius secessionis) to withdraw from the confederation, whereas federal entities have no such right.*

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

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

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

**Др Маријана Пајванчић,**  
Редовна професорка  
Правног факултета у пензији,  
Универзитет у Новом Саду

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:

UDK: 342.53

Рад примљен: 30.09.2016.  
Рад прихваћен: 25.10.2016.

## **ЈАВНО СЛУШАЊЕ – ОБЛИК НЕПОСРЕДНОГ УЧЕШЋА ГРАЂАНА У КОНТРОЛИ ВЛАСТИ**

**Апстракт:** У овом раду предмет пажње је учешће грађана у вршењу јавне власти. Посебно се анализира њихов утицај на остваривање контроле рада органа јавне власти. Контролу органа власти грађани остварују користећи права гарантована унутрашњим и међународним правом (нпр. право на петицију, право на јавну критику органа власти, право да се обрате органима јавне власти и од њих затраже одговор на одређена питања и др.). Једно од тих права реализује се у једном посебном облику јавног слушања које омогућује утицај грађана на остваривање контролне функције парламента. Овај посебан облик јавног слушања је парламентарно саслушање (парламентарна истрага). За разлику од јавног слушања које се везује за нормативну функцију парламента, парламентарно саслушање је облик остваривања контролне функције парламента. Ова врста расправе организује се како би испитао и истражио рад државне управе, министарстава, јавних служби, организација и институција којима је поверено вршење јавних овлашћења, министара и других високих државних званичника. Поред утицаја грађана на остваривање контролне функције парламента, организовање парламентарног саслушања јача повезаност грађана са њиховим непосредно бираним представницима у парламенту, додатно легитимира парламент као контролора извршне власти и јача његов демократски капацитет и ауторитет.

**Кључне речи:** Јавно слушање, парламент, контролна функција, грађани и изабрани представници.

---

\* marijana.pajvancic@gmail.com

## 1. Увод

Непосредно учешће грађана у одлучивању о јавним пословима је један од начина остваривања суверености грађана и важан показатељ демократичности уставног система. Право грађана да суделују у вођењу јавних послова, као индивидуално и политичко право грађана гарантује не само унутрашње већ и међународно право. Пакт о грађанским и политичким правима<sup>1</sup> гарантује на општи начин право грађана да, без дискриминације и неумесних ограничења, суделују у вођењу јавних послова.

У унутрашњем праву ово право и облике његовог остваривања регулише Устав Републике Србије. Уставне принципе који постављају основ и дефинишу оквир учешћа грађана у вршењу власти, укључујући и контролу власти, гарантују основна начела Устава.<sup>2</sup> Устав изричито гарантује и више права везаних за учешће грађана у вршењу јавне власти (слобода оснивања политичких странака<sup>3</sup>, слобода удруживања и политичког организовања<sup>4</sup>, право на обавештеност о питањима од јавног значаја,<sup>5</sup> слобода окупљања,<sup>6</sup> право на петицију и обраћање органима државне власти<sup>7</sup>, право на учешће у управљању јавним пословима<sup>8</sup>, као и инструменте које грађани могу користити како остварили ова права.

Непосредно учешће грађана у контроли власти (Орловић, 2012: 135) не значи и учешће свих грађана у том процесу, али увек подразумева: могућност утицаја на процес, јавност као принцип рада и комуникације, демократску контролу процеса и учешће у реализацији (Вела, Хетебрант, Новак, Керкез, Патија, Милић, Пернар, Кунац, Бужникић, Босанац, 2008: 97). Постоји више могућности остваривања контроле власти од стране грађана.<sup>9</sup>

---

1 Члан 25, став 1 Пакта о грађанским и политичким правима, *Службени лист лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/71.

2 Члан 2, став 2 Устава Републике Србије.

3 Члан 5, став 1 Устава Републике Србије.

4 Члан 55, Устава Републике Србије.

5 Члан 51, став 1 Устава Републике Србије.

6 Члан 54, Устава Републике Србије.

7 Члан 56, Устава Републике Србије.

8 Члан 53, Устава Републике Србије.

9 Шире о компаративним искуствима Немачке и Норвешке код Пајванчић, 2013: 47–67, као и искуству о искуству Црне Горе код Пајванчић, 2010.

Једна од њих је индивидуално право грађана на обраћање државним органима, организацијама којима је поверено вршење јавних овлашћења, органима аутономне покрајине и органима јединица локалне самоуправе (право на петицију).<sup>10</sup> Предност овог инструмента је у томе што је лишен формалности (не захтева корићење посебне форме као ни посебне формалне процедуре обраћања државном органу, нити мора испуњавати неке друге формалне захтеве). Органи власти обавезни су да размотре представке грађана и обавесте их о активностима које су предузели, али немају обавезу да поводом изнетих предлога покрену поступак одлучивања. Када органи власти нађу да постоје разлози за покретање поступка у вези са критиком изнетом у петицији, они у оквиру своје надлежности сами покрећу поступак. Подстицај за поступање потиче непосредно од грађана, али нити грађани нити њихова иницијатива не покрећу поступак одлучивања, већ то чине други субјекти (влада, министарство, посланици и сл.).

У овом прилогу наша пажња усмерена су на други облик учешћа грађана у остваривању контроле власти. То су јавна слушања као посебан облик јавне расправе и институционални аранжман, везан за рад парламента, који пружа могућност да грађани непосредно учествују у контроли власти.

## 2. Облици јавних расправа

Јавна расправа као облик непосредног учешћа грађана у вршењу власти може се организовати више облика од којих су два специфичан облик рада парламента (Орловић, 2009: 56): јавно слушање и јавно саслушање (парламентарна истрага). За разлику од јавног слушања, које се везује за нормативну функцију парламента, парламентарно саслушање је облик остваривања контролне функције парламента који се организује да би испитао рад државне управе, министарстава, јавних служби, организација и институција којима је поверено вршење јавних овлашћења, министара и других државних званичника. Парламентарне истраге се, по правилу, поверавају радним телима парламента, која се образују само за ту сврху (Пејић, 2006: 247). По окончању рада и подношења извештаја парламенту они престају са радом.

Јавне расправе се разликују од принципа јавности рада парламента (Бетам, 2008: 43) првенствено у начину комуникације између парламента и грађана и циљу који се настоји постићи у овој комуникацији. Јавност као принцип рада парламента претпоставља једносмерну комуникацију – од парламента ка грађанима, чија је сврха и циљ само информисање

---

<sup>10</sup> Члан 56, став 1 Устава Републике Србије.



јавности о раду парламента. Јавна расправа пак претпоставља двосмерну комуникацију – од парламента ка грађанима и од грађана ка парламенту. Њен циљ је да консултује грађане о одређеном питању, посебно да саслуша њихово мишљење, предлоге и критике.

### **3. Значај непосредног учешћа грађана у остваривању контроле власти**

Три кључна принципа конституционализма постављају основ и дефинишу оквир учешћа грађана не само у вршењу већ и у контроли власти. Основ за ангажман грађана у контроли власти су уставни принципи према којима власт потиче од грађана<sup>11</sup>, који су носиоци суверенитета<sup>12</sup> и који врше власт непосредно или преко својих непосредно бираних представника.<sup>13</sup> Иако ова су ова начела уткана у темеље конституционализма, погледи на непосредно учешће грађана у вршењу власти се разликују.

За присталице *плуралистичке перспективе*, који на власт гледају као на својеврсног „арбитра“ међу интересним групама у друштву, укључивање грађана у одлучивање контроли власти може постати инструмент промовисања различитих, често супротстављених интереса који парализују одлучивање, јер је њихово усклађивање дуготрајан, не ретко безуспешан процес. Иако је учешће грађана у одлучивању о јавним пословима и контроли власти једна од најзначајнијих одлика демократског друштва и демократских процедура, облици у којима се то остварује зависе од тога како је у конкретном уставном и политичком систему успостављена институционална и процесна веза између грађана и власти (када, у којим случајевима, поводом којих питања, на који начин и са каквим квалитетом овлашћења се грађани укључују у овај процес).

*Присталице представничке демократије* предност дају одлучивању грађана преко изабраних представника, јер је то ефикасније. Својим представницима грађани указују поверење на изборима и поверавају им управљање јавним пословима. Стога присталице овог становишта не гледају благонаклоно на учешће грађана у одлучивању и контроли власти. У први план истиче се да непосредно учешће грађана у одлучивању и контроли власти омогућује појединцима и интересним групама да заступају уже, па и своје личне интересе.

---

11 Члан 2, став 2 Устава Републике Србије.

12 Члан 2, став 1 Устава Републике Србије.

13 Члан 2, став 1 Устава Републике Србије.

*Грађански концепт* наглашава да се демократија не може редуковати само на представничку демократију. Демократија претпоставља различите форме непосредног учешћа грађана у вршењу и контроли власти. Предности непосредног учешћа грађана у вршењу и контроли власти огледају се у: усвајању квалитетнијих и за грађане бољих одлука; успостављању и изградњи квалитативно другачијих, демократских односа између грађана и јавних власти; јачању поверења грађана; подизању легитимитета власти која се ослања на мишљење грађана; транспарентности процеса одлучивања који постаје ближи грађанима; јачању одговорности власти према грађанима и јавности; упознавању грађана са њиховим правима, посебно са правом на учешће у одлучивању о јавним пословима и контроли власти; подизању нивоа свести грађана о значају њиховог непосредног ангажмана у одлучивању о јавним пословима и контроли власти; подстицању грађанског активизма; успостављању сталног интерактивног двосмерног односа власти и грађана који омогућује да различити интереси, информације, локална сазнања и алтернативни предлози и критике буду укључени у процес одлучивања.

#### **4. Предности и недостаци јавних слушања**

Јавна слушања су новији облик учешћа грађана у вршењу и контроли власти. Стога је важно одговорити на питање да ли је то ефикасан и делотворан вид учешћа грађана у овом процесу? Одговор на ово питање тражи да се сагледају и истакну предности, али и критичке замерке које се односе на јавна слушања.

- *Предности јавних слушања.* Организовање јавног слушања значајно је и за грађане који непосредно учествују у контроли јавних власти и за остваривање контроле функције парламента. То се посебно огледа у: прибављању легитимитета остваривању контролне функције парламента и јачању поверење грађана у парламент, који, следећи критику изнету на јавном слушању, покрене инструменте којима остварује своју контролну функцију; јачање квалитета комуникације, интеракције и узајамног поверења између грађана и посланика, јер грађани имају могућност да вреднују, оцењују, надзиру и контролишу способност, ефикасност и спремност посланика да заступају њихове интересе, узму у обзир њихова мишљења и предлоге и поступају по изнетим критикама; подстицање грађанског активизма који одликује демократију и демократску политичку културу јер укључује интеракцију грађана и власти при одлучивању и контроли власти; увид у различита мишљења, критике и алтернативе; развијање процедура које омогућују дијалог и решавање

спорова кроз консензус; већим могућностима да се парламентарци и влада благовремено упознају и суоче са критикама и примедбама које грађани упућују на рад администрације, владе и парламента и др.

- *Недостаци јавних слушања.* Најчешће истицани недостаци јавних слушања на које се у критикама овог облика рада парламента указује су: формализоване процедуре о којима говоре примери компаративне парламентарне праксе (испуњавање обавезе установљене прописима); одсуство дијалога и дебата међу истомишљеницима (учешће посланика док се учешће грађана своди на присуствовање седници, кратко време за дебату, комуникација сведена на питања и одговоре, састав учесника који се позивају и сл.); подела међу учесницима јавног слушања на стручњаке (компетентност) и грађане (лаици који наступају из својих личних или локалних позиција); састав учесника јавног слушања често не одржава ставове грађана, јер субјекти који учествују у дебати нису репрезентативни узорак социјалне структуре друштва (моћне интересне групе потискују грађане); инструментализација јавног слушања у сврхе политичке утакмице између супротстављених политичких групација; супротстављена виђења и конфликти у току јавног слушања који могу изазвати социјалне и политичке напетости у вези питањем које се разматра, заоштрити однос парламентарца и грађана, отуђити грађане од парламента, што води њиховој пасивизацији; неизванстан и незнатан утицај ефеката јавног слушања и др.

Замерке упућене јавном слушању засноване су на парламентарној пракси. Већина проблема, међутим, не почива на природи и својствима јавног слушања, већ су последица пропуста у организовању јавног слушања (лоше планиране активности; лоше пројектована агенда по којој се одвија јавно слушање; недефинисани или непрецизно дефинисани циљеви; недостаци у критеријумима по којима се позивају учесници јавног слушања; неразумевање смисла и сврхе јавног слушања; непрецизно постављен и нејасно дефинисан циљ који се настоји постићи организовањем јавног слушања и сл.). То не значи да критике не треба узети у обзир. Напротив, треба их брижљиво размотрити не само при опредељивању за (или против) одржавања, већ нарочито приликом планирања и организовања јавног слушања.

## **5. Јавно слушање у уставном систему Републике Србије**

У уставном систему Републике Србије јавна слушања су новина (Пејић, 2011: 283) која је у парламентарни живот уведена изменама Пословника

Народне скупштине Републике Србије, извршеним 2010. године.<sup>14</sup> Пословник Народне скупштине регулише јавна слушања у Глави V, тачки 5,<sup>15</sup> у којој су систематизоване одредбе о радним телима која се образују у Народној скупштини. Пословник регулише основне облике у којима се организују јавна слушања у Народној скупштини.<sup>16</sup> Критеријум за њихово разликовање је садржај надлежности Народне скупштине.

Јавна слушања се могу организовати у два облика: као облик рада Народне скупштине у вези са њеном нормативном функцијом (јавна слушања информативног карактера), али и као облик рада Народне скупштине у вези са њеном контролном функцијом (јавна слушања фокусирана на праћење примене закона).

Заједничке карактеристике јавних слушања огледају се у укључивању јавности (стручњаци, грађани, представници различитих организација и сл.) у рад Народне скупштине, посебно у активности њених радних тела, као и прикупљање различитих мишљења, ставова, информација и сл. о питањима важним за остваривање надлежности Народне скупштине, како би она што квалитетније обављала своје надлежности.

Јавна слушања се најчешће организују у вези са остваривањем нормативне надлежности Народне скупштине. Зависно од тога да ли се јавно слушање организује пре усвајања закона у току трајања законодавног поступка, као део тог поступка, или се организују као дебата након усвајања закона, разликују се и два вида јавног слушања везана за нормативну функцију Народне скупштине. У првом случају смисао организовања јавног слушања је укључивање грађана у процес који претходи усвајању закона (Пајванчић, 2013: 89). Други вид јавног слушања везан за нормативну функцију Народне скупштине<sup>17</sup> организује се након усвајања закона. Дебата је у овом случају усмерена на прописе који су усвојени у Народној скупштини, који су на снази и који чине део правног система. Иако је овај вид јавног слушања садржински везан за нормативну функцију Народне скупштине, он се разликује од јавног слушања које се организује у процесу усвајања закона. Смисао и циљ организовања јавног слушања, у овом случају није непосредно усмерен на подизање квалитета законских решења, већ је првенствено усмерен на разматрање и разјашњење питања која се постављају у вези са применом прописа који је Народна скупштина усвојила, а о којима постоје

---

14 Пословник је усвојен 28. јула 2010. године, *Службени гласник Републике Србије* бр. 52/2010.

15 Чланови 83 и 84 Пословника Народне скупштине.

16 Члан 83 Пословника о раду Народне скупштине.

17 Члан 83 Пословника Народне скупштине.

различита мишљења, а у пракси и различите интерпретације. На јавном слушању покушавају се разјаснити питања на која се различито гледа и која су пракси повод за различите интерпретације. Исход јавног слушања у овом случају могао би резултирати покретањем поступка за измену законских решења која су изазвала проблеме у пракси. Приметно је да овај вид јавног слушања има амбивалентну природу.

Када се јавно слушање организује о важећем закону, пропису, оно може подстаћи нормативну делатност Народне скупштине уколико исход расправе буде предлог за измене и допуне закона. У том контексту и ова јавна слушања утичу на подизање квалитета нормативне делатности и могла би се сматрати делом законодавног процеса и нормативне функције Народне скупштине. Ако се не изгуби из вида, јавно слушање у овом случају се фокусира на разјашњење питања која се постављају у вези са законом који је на снази, посебно у вези са његовом применом јавно слушање се може сматрати и остваривањем контролне функције Народне скупштине, јер је садржински повезано са њом, будући да се контрола егзекутиве од стране Народне скупштине фокусира управо на примену закона. Несумњиво је да се овај вид јавног слушања може везати како за нормативну тако и за контролну функцију Народне скупштине. Од исхода јавног слушања у сваком конкретном случају зависиће и то да ли је оно везана претежно за нормативну функцију Народне скупштине (ако јавно слушање подстакне посланике да предложе измену или допуну закона) или њену контролну функцију (ако јавно слушање доведе до примене инструмената парламентарне контроле владе).

## **6. Јавно слушање у контексту контролне функције Народне скупштине**

Пословник Народне скупштине регулише још један облик организовања јавног слушања. Јавно слушање може се организовати и у остваривању контролне функције Народне скупштине. Поред уобичајених инструмената парламентарне контроле егзекутиве, јавно слушање представља особен облик остваривања контролне функције Народне скупштине и допуњује стандардне инструменте парламентарне контроле егзекутиве. Пословник Народне скупштине<sup>18</sup> једном начелном одредбом изричито прописује да се јавна слушања могу организовати и ради остваривања контролне функције Народне скупштине. Ова начелна одредба Пословника Народне скупштине није конкретизирана нити је ближе регулисан начин на који се јавно слушање користи као инструмент остваривања контролне функције

---

18 Члан 83 Пословника Народне скупштине.

Народне скупштине. Ипак две одредбе Пословника посредно упућују на могући садржај остваривања контролне функције Народне скупштине кроз форму јавног слушања, као облика рада Народне скупштине.

Према једној одредби Пословника, јавно слушање се може организовати ради праћења спровођења и примене закона.<sup>19</sup> То би могло упутити на закључак да би се јавно слушање организовано са овим циљем могло сматрати и неком врстом праћења и мониторинга рада владе и једне од њених најважнијих надлежности која се односи на спровођење и примену закона и укључује одговорност владе пред Народном скупштином за обављање ових активности. Организовањем јавног слушања које се односи на праћење спровођења и примене закона Народна скупштина стиче увид у једно од најзначајнијих подручја рада владе. Информисање о раду владе и увид у њене активности у вези са применом закона може бити и подстицај за посланике да посегну и за другим инструментима парламентарне контроле владе који могу довести и до пада владе (интерпелација, гласање о поверењу влади), уколико Народна скупштина није задовољна њеним радом.

Друга одредба Пословника односи се на организовање јавног слушања у циљу разјашњења отворених или спорних питања, као и решења садржаних у законима који су на снази.<sup>20</sup> Будући да се садржаји које укључује овај вид јавног слушања односе на примену закона који су на снази, а влада је одговорна не само за њихову примену већ и за њихову припрему и израду, могуће је, у овом контексту, јавно слушање разумети и као облик остваривања контролне функције Народне скупштине.

Из свега изнетог могло би се аргументовано бранити становиште да јавно слушање у уставном систему Србије и парламентарној пракси може наћи своје место не само у остваривању нормативне функције Народне скупштине већ и у остваривању њене контроле функције (Орловић, Лончар, Спасојевић, Радојевић, 2012: 58). У склопу целине институционалних аранжмана који карактеришу остваривање контролне функције Народне скупштине, јавна слушања су, поред посланичких питања, још један вид „раног система упозорења“ влади. Организовање јавног слушања омогућује парламентарној већини која подржава владу да упозна свој посланички клуб са сазнањима, мишљењима, сугестијама и критикама грађана изнетим у вези са законом поводом кога је одржано јавно слушање и његовом применом за коју је влада одговорна. Тако јавна слушања као „рани систем упозорења“ употпуњују стандардне инструменте

---

19 Члан 83 Пословника Народне скупштине.

20 Члан 83 Пословника Народне скупштине.

парламентарне контроле владе и унапређују контролну функцију Народне скупштине укључујући и грађане у њено остваривање.

## 7. Организовање јавног слушања

За организовање јавног слушања и његов успешан исход веома су значајна и техничка питања, посебно стога што су јавна слушања новина у парламентарном животу у Србији. Многа од ових питања нису нашла место у пословничким одредбама. Због тога, иако се ради о сасвим конкретним и техничким питањима, указујемо на њих у кратким цртама. Успешност организовања и исхода јавног слушања често зависи од тога како су дефинисани сврха и циљ јавног слушања; да ли је реалистично и добро процењена изводљивост и исход јавног слушања; како се организације цивилног друштва укључују у процес организовања јавног слушања и на који начин узимају учешћа на јавном слушању; како се организује информативна кампања и шта она мора да укључи; шта су могуће су консеквенце исхода јавног слушања; поступање актера јавног слушања након што је јавно слушање одржано и др.

*Дефинисање сврхе и циља јавног слушања* је најзначајнија активност која претходи његовом организовању. У припреми јавног слушања важно је јасно дефинисати његову сврху и циљ, јер оно изискује активност не само организатора већ и учесника дебате, захтева припрему за дебату, ангажује време, материјална средства и коришћење других ресурса.

*Изводљивост и исход јавног слушања* морају се сагледавати у контексту сврхе и циља због којих се организује. Изводљивост и исход јавног слушања могуће је проценити тек када је циљ јавног слушања јасно дефинисан. У прописима који регулишу рад парламента нису прописани критеријуми на основу којих би одбор који организује јавно слушање могао одредити изводљивост и исход јавног слушања. У недостатку нормативно прописаних критеријума, одбору који организује јавно слушање водич за вредновање изводљивости и помоћ у сагледавању исхода јавног слушања је одговор на питање да ли организовање јавног слушања побољшава или угрожава односе између грађана и власти. Ово је важно и деликатно питање које би одбор требало да анализира у припреми јавног слушања, јер се јавно слушање организује да би се унапредили односи између грађана и њихових представника. Јавно слушање може допринети изградњи поверења између грађана и парламентарца, уколико грађани у току расправе стекну уверење да се њихов суд и мишљење уважавају, а предлози и критике које износе са пажњом слушају. То може имати за резултат формирање позитивног мишљења грађана о институцији која је омогућила

да се чује њихов глас. Зато је потребно да одбор који организује јавно слушање и са овог аспекта процени како да организује јавно слушање; ко ће бити учесници који се позивају на расправу; како ће се одвијати ток јавног слушања да би се остварио дијалог између грађана, стручњака и парламентарца; како се односити према мишљењима, сугестијама, предлозима, али и критикама и замеркама које грађани и стручњаци упућују у вези са питањем поводом кога је организовано јавно слушање.

Јавно слушање омогућује и непосредно *учешће организација цивилног друштва* у организовању јавног слушања, учешће њихових представника у дебати, као и активности након јавног слушања (нпр. информисање грађана о садржају и исходу; праћење примене усвојених закључака и обавештавање јавности о томе и др.). Ове организације често плански и на организован начин лобирају за одржавање јавног слушања о актуелним и важним друштвеним питањима и различитим методама врше притисак на парламентарце и одборе да организују јавна слушања (нпр: упућивање писама народним посланицима у којима износе своје ставове, сугестије, предлоге, замерке и критике; захтевају заказивање састанака или сусрета са народним посланицима, или сами заказују састанке на које позивају и парламентарце, актере у законодавном поступку, грађане у локалним срединама како би размотрили питања која су на скупштинској агенди; подносе иницијативе да се отвори дебата о алтернативним моделима закона или проблемима у примени закона и начину њиховог решавања и др.). Начин учешћа организација цивилног друштва као и њихова права и обавезе у дебати која се одвија на јавном слушању прописима нису посебно регулисани нити постоје смернице у вези са њиховим ангажманом на јавном слушању.

*Информативна кампања* је важна компонента припреме и организовања јавног слушања. Понекад она пресудно утиче на (не)успех тока јавног слушања и његов исход. Добро припремљена, организована и благовремена информативна кампања допринеће да јавност буде добро информисана, што је предуслов за квалитетан допринос грађана у дебати о питању поводом кога се организује јавно слушање. Лоше планирана и вођена информативна кампања, кампања која се води у погрешном тренутку, могу у јавности изазвати негативне реакције, утицати на демотивацију за учешћем на јавном слушању, створити утисак да Народна скупштина не показује интересовање за мишљења, ставове и критике грађана, што ће резултирати неуспешним исходом јавног слушања.

*Исход јавног слушања* је информација која, поред техничких података (време одржавања, тема поводом које је организовано, учесници),



садржи и преглед мишљења, ставова, предлога, иницијатива, критичких замерки изнетих од стране учесника на јавном слушању.<sup>21</sup> Информацију саставља председник одбора који је организовао јавно слушање. Учесници јавног слушања и чланови одбора имају право да изнесу примедбе на информацију. Председник одбора доставља информацију и спеле примедбе председнику Народне скупштине, члановима одбора који је организовао јавно слушање и учесницима јавног слушања. Исход јавног слушања показује и да се у парламентарној пракси Србије јавно слушање организује као информативно и да његове карактеристике не зависе од тога да ли се везује за нормативну или контролну функцију Народне скупштине. Пословник не прави разлику између јавног слушања као дела законодавног поступка и јавног слушања као вида остваривања контролне функције Народне скупштине.

## 8. Закључак

У Пословнику Народне скупштине јавно слушање је регулисано начелно, без јасног разграничења јавног слушања које је део законодавног процеса и остварује се у оквиру нормативне делатности Народне скупштине и јавног слушања које се реализује као начин остваривања контролних функција Народне скупштине.

Остаје отворено и више не само практичних већ и суштински важних питања од којих наглашавамо само нека:

Каква је сврха састављања и достављања информације са јавног слушања као и „судбина“ информације која се доставља председнику Народне скупштине, члановима одбора који је организовао јавно слушање и другим учесницима јавног слушања?

Да ли се информација, поред народних посланика који су чланови одбора који је организовао јавно слушање, доставља и свим другим народним посланицима, дакле и онима који нису учествовали на јавном слушању?

Да ли мишљења, предлози и критике изнете у дебати на јавном слушању подстичу или на било који други начин утичу на остваривање контролне функције Народне скупштине?

Који критеријуми се примењују за избор учесника који се позивају на јавно слушање?

Ова и друга питања на која може указати и пракса организовања јавних слушања говоре у прилог закључку да би овај нови институт парламентарног живота у Србији ваљало детаљније, јасније и конкретније регулисати и нормативно уобличи.

---

21 Члан 84, став 8 Пословника Народне скупштине.

## Литература

Beetham, D. (2008). *Парламентарна демократија у XXI веку – водич за добру праксу*. (превод) Интерпарламентарна унија, УНДП.

Вела, А., Хетебрант, Р., Новак, Ј., Керкез А., Патија, И., Милић, Д., Пернар, С., Кунац, С., Бужникић Е., Босанац Г. (2008). *Путеви и станпутице у законодавном заговарању*. Загреб: Б.аБ.е – Група за женска људска права.

Орловић С. (2007). *Јавна слушања као институција парламентарне праксе*. Београд: ОЕБС.

Орловић, С. (2009). *Парламент и грађани – водич за грађане и удружења грађана*. Београд: Програм Уједињених нација за развој.

Орловић, С. (2012). *Демократске перформансе парламената Србије, Босне и Херцеговине и Црне Горе*. Београд: ФПН, Сарајевски отворени центар, Центар за демократију.

Орловић, С. Лончар, Ј. Спасојевић, Д. Радојевић, Д. (2012). *Побољшање демократских перформанси парламената Србије, Босне и Херцеговине и Црне Горе*. Београд: ФПН, Сарајевски отворени центар, Центар за демократију.

Пајванчић, М. (2010) *Јавна расправа – облик непосредног учешћа грађана у законодавном процесу (организовање и вођење)*, Подгорица: ОЕБС.

Пајванчић, М. (2013). *Јавна расправа – облик непосредног учешћа грађана у законодавном процесу*, Београд: Конрад Аденауер Штифтунг.

Пејић И. (2006). *Парламентарно право – француски, немачки, британски, српски и пример Европског парламента*. Ниш: Центар за публикације, Правни факултет Ниш.

Пејић И. (2011). *Парламентарно право*. Ниш: Центар за публикације, Правни факултет Ниш.

**Marijana Pajvančić, LL.D.**

*Full Professor (retired),*

*Faculty of Law, University of Novi Sad*

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

### **Summary**

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

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

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

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

**Др Драган М. Стојановић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:

UDK: 342.565.2:347.95

Рад примљен: 30.09.2016.  
Рад прихваћен: 25.10.2016.

## **УСТАВНОСУДСКО ИСПИТИВАЊЕ СУДСКИХ ОДЛУКА**

**Апстракт:** Све до експанзије уставног судског одлучивања о уставним жалбама на одлуке судске власти, није било превише спорних питања у односима уставног и редовног правосуђа. Компетенције уставног суда у нормативној контроли, посебно њено спровођење на захтев судова (инцидентна контрола), као и решавање сукоба надлежности у којима је један од учесника компетенционог спора судска власт, пре су биле у функцији одржања уставне поделе власти, него што су потенцијално угрожавале независност судске власти. Везаност судова за одлуке уставног суда произлазила је из њиховог *inter omnes* дејства. Контроверзност уставног судског функције имала је свој начелни повод у односима уставног суда и законодавне власти. Временом је већина спорних питања у овом односу разрешена било самим уставом било јудикатуром уставног судовања. Премештањем тежишта у деловању уставног судства преокупираног решавањем уставних жалби, све више избија у први план и показује се прилично спорним однос уставног суда и редовне судске власти. Правна моћ уставног правосуђа према одлукама судске власти, пресудама или решењима, прихвата се доста опрезно, уз значајне резерве, уколико је уопште призната.

**Кључне речи:** уставни судови, судови, судске одлуке, специфично уставно право, непосредна уставна заштита.

### **1. Догма судске независности**

У значајном броју држава у којима је институционализовано уставно правосуђе, њему се не додељује овлашћење на испитивање, потом корекцију, односно анулацију судских одлука. Негде се не прихвата ни уже овлашћење уставног суда на оцењивање уставности вансудских појединачних аката и радњи других државних органа, посебно органа управе. Предмет

\* stojand@prafak.ni.ac.rs

уставне контроле увек би били једино нормативни, тј. општи правни акти. Појединачни акти било ког државног органа, пре свега судски акти, остају подложни само оцени законитости коју даје редовна правосудна власт. Она то може да чини било у поступку оцене законитости појединачних аката управе (управни спор) било у поступку инстанционе контроле одлука судова нижег степена.

Негде се, на пример у Аустрији, уставносудска контрола појединачних аката дозвољава једино према управним актима и фактичким службеним радњама управне власти. Као очигледни компромис, ово решење тражи оптимални склад између захтева за појачаном заштитом Уставом гарантованих права с једне, и захтева за потпуним очувањем независности судске власти с друге стране. Судске одлуке овде не може да испитује нити да поништава никаква друга власт која се налази изван ординарне судске власти, дакле, ни уставни суд. Непосредну заштиту Уставом гарантованих права позвани су да пружају једино редовни, стручни судови. Уставни суд се зауставља на испитивању аката стварања права (закон, уредба и државни уговор), као и појединачних аката управе, дакле, административног извршења закона. Надзор уставног правосуђа над судском применом права потпуно је искључен.

Уставносудско испитивање управних аката у Аустрији показује се као надоградња управног спора. Испитује се деловање управе не само у односу на закон, што чини управно судство, него и у односу на Уставом гарантована права, што је надлежност уставног правосуђа. Принципијелно, Уставни суд не може да испитује одлуке управног правосуђа, јер, временски посматрано, одлука Уставног суда о констатацији повреде Уставом гарантованог права управним актом увек долази пре него што је Управни суд донео одлуку о законитости односног управног акта. Оба поступка су конципирана као самостално одлучивање оба висока суда јавног права, с тим што је појединац очигледно усмерен да најпре побија управни акт пред Уставним судом. Тек ако овај суд установи да нема повреде уставних права, могуће је побијање законитости управног акта, захтевом да се предмет уступи Управном суду. Обрнуто поступање, да најпре одлучује управно, потом уставно правосуђе, није допустиво. Могућа преклапања компетенција између Управног и Уставног суда разрешавају се у поступку интерпретације Уставом гарантованих права. Посматрано са начелног становишта, овим решењем се функционална независност судске власти показује апсолутном. Практично, уставно судство делује као специјално управно правосуђе, које нема закон за мерило испитивања ваљаности управних аката, него непосредно примењује Устав, односно Уставом гарантована права.

Може се закључити да догма независности судске власти води искључивању уставног судства од било какве контроле судских аката, било пресуда било решења, без обзира на мерило контроле. Према томе, док се принцип поделе власти ипак не сматра сметњом за уставносудско испитивање одлука законодавне власти, дотле је правно дејство овог принципа непремостива препрека за испитивање одлука судске власти, негде појединачних аката уопште.

## 2. Догма непосредне заштите људских права

Супротно становишту које потпуно искључује уставно правосуђе од испитивања појединачних аката или једино дозвољава оцену уставности управних аката, у уставима већег броја држава установљена је надлежност уставног суда да одлучује о уставним жалбама (тужбама) грађана. Уставном жалбом могу да се оспоравају сви појединачни акти који имају обележја ауторитативних аката јавне власти, укључујући судске акте, тврдњом да су повредили Уставом гарантована права и основне слободе. При томе, високи уставни ранг и непосредно дејство основних људских права полазна су тачка за додељивање уставном правосуђу моћног овлашћења да испитује, потом поништава одлуке судске власти.

Под утицајем Бонског устава, потом догматике основних права, развијена је доктрина о директној, изравној везаности свих јавних власти за устав и његово непосредно правно обавезујуће дејство на целовити правни поредак.<sup>1</sup> Основна права непосредно утичу на све његове елементе, развијајући, као вредносно језгро устава, снажно „дејство зрачења“ (*Ausstrahlungswirkung*).<sup>2</sup> У основним правима утиснуте су фундаменталне вредности заједнице достојне посебне уставне заштите.

Како су уставом непосредно везане све власти,<sup>3</sup> произлази да је не само законодавац дужан да води рачуна о основним правима, него да обавезу

---

1 Бонски устав (GG,1/3) утврдио је следећу формулу дејства основних права: „Наредна основна права везују законодавство, извршну власт и правосуђе, као непосредно важеће право.“

2 У чувеној пресуди немачког Савезног уставног суда Lüth (Лит), BVerfGE 7,198, ова идеја је јасно изражена следећим речима: „Исто тако је тачно да Устав није желео уређење које је вредносно неутрално, (...) да је у делу са људским правима успоставио објективно устројство вредности и да управо овде долази до изражаја принципијелно оснажење основних права (...). Овакав систем вредности који у свом средишту има људске особе које се слободно развијају у социјалној заједници и њихово достојанство, мора као кључна одлука важити за сва подручја права; законодавство, управа и правосуђе добијају од њега смернице и импулсе.“

3 Устав Републике Србије не садржи експлицитну потврду да су све јавне власти везане основним правима, али она може да се изведе из уставног начела непосредне

поштовања Уставом гарантованих права у једнакој мери имају извршна, па и судска власт.<sup>4</sup> Та везаност подразумева, *inter alia*, строго поштовање језгра или „битне садржине“, значења и домашаја Уставом гарантованих права и слобода. Основна права не важе у оквирима закона, него је обратно; ваљаност закона се процењује са аспекта поштовања људских права. За Уставом гарантована права, поред законодавца, везане су такође извршна и судска власт, независно од тога што је та везаност различите природе и интензитета. Штавише, у неким случајевима поједина основна права могу да развијају обавезујуће дејство у „хоризонталним односима“, међу приватним, трећим лицима (*Drittwirkung*), а не само у вертикалним односима између јавних власти и грађана. У том случају стручни судови такође „морају да поштују уставно право, као и ефекат зрачења основних права у приватноправне односе.“<sup>5</sup>

Да би људска права доиста била фундаменталне правне позиције појединца највишег ранга, недодирљиве за јавне власти, неопходно је, дакле, да добију карактер непосредно применљивог уставног права, које као такво ужива посебне уставне гаранције. Та специјална заштита остварује се не само нормативном контролом подуставног права, нарочито закона, којом се основна права ипак само посредно штите, него стварном могућношћу да се на захтев титулара права у посебној судској процедури испитају сви појединачни ауторитативни акти којима се одлучује о Уставом гарантованим, односно основним правима. У овом другом случају процедура заштите основних права била би непосредна или изравна. Као саставни део „специфично уставног права“, она би такође требало да буде подржана и спроведена од уставног судства.

Непосредна уставна заштита би нужно морала да обухвати судску власт, штавише првенствено би према њој деловала. Посебним правним средством, уставном жалбом или уставном тужбом од уставног суда би се тражило не само да утврди, него и да отклони последице повреде основних права гарантованих уставом, које су узроковане судским актом. У случају констатације повреде основних права, уставни суд би самостално одређивао начин отклањања насталих последица, наредио правично за-

---

примене зајемчених права. „Људска и мањинска права зајемчена Уставом непосредно се примењују.“ (У:18/1).

4 У вези с тим Савезни уставни суд наводи: „(...) Судови при тумачењу и примени обичног права, посебно генералних клаузула, морају водити рачуна о вредностима које су заштићене Уставом. Ако им један суд не изиђе у сусрет, онда је он као носилац јавне власти повредио норме основних права на које није обратио пажњу; његова пресуда мора бити укинута у поступку уставне тужбе пред Савезним уставним судом.“ – BVerfGE 18,85.

5 BVerfGE, 52, 214.

довољење титулара повређеног права, укључујући доношење нове судске одлуке.

Према томе, догма основних људских права налази се иза становишта које заговара потребу да се уставом додели правна моћ уставном судству да испитује конформност судских одлука са уставом, односно Уставом гарантованим правима. Уставносудско испитивање судских одлука налази се у служби једног вишег циља – идеје непосредне заштите људских права. Она би обезбеђивала пуну делотворност и ефективну спроводљивост уставом прокламованим правима појединца, што је више него довољна компензација за извесно одступање од правила да судске одлуке не могу да преиспитују органи који се налазе изван организма редовне правосудне власти. Ово одступање ипак не значи да уставни суд преузима послове судске власти, јер остаје недирнуто право судова да самостално решавају спорове за које су надлежни. Од њих се једино захтева да те спорове решавају на начин којим се неће повредити Уставом гарантована права појединаца.

Без сумње привлачна, догма људских права захтева универзалност у смислу да свеколико државно делање буде процењивано са њиховог становишта, како нормативни акти, тако и појединачне правне одлуке и службене радње. Тај задатак требало би да извршава уставно правосуђе које би испитивало, утврђивало повреде и кориговало апсолутно све акте и радње јавне власти због њиховог непријатељског односа Уставом гарантованим правима. Ако је неспорно да су све власти принципијелно везане Уставом, онда се овој логици не може много приговарати, бар не са догматског становишта, осим што се може изразити сумња да је догмом основних људских права уставном суду можда постављен преамбициозни задатак.

Идеја непосредног важења основних права, дакле, полазна је тачка за оправдање уставносудског испитивања судских одлука, оцењивање њихове сагласности са „специфичним уставним правом“, тј. утврђивање (не)усклађености одлука судске власти са основним правима. При томе, акционе могућности уставног суда зависе од начина гарантовања тих права, мере у којој су та уставна права подобна за непосредну, директну примену. Домет правне везаности јавне власти за основна права зависи од садржине конкретног основног права, ова опет од начина његовог гарантовања. У првом случају прави се разлика између либералних (права слободе) и социјалних основних права.<sup>6</sup> Обавезујућу снагу безусловно поседује једино категорија либералних права коју законодавац, под од-

---

6 В. о уставној систематици и класификацији основних права: Стојановић, 1989: 84–99.



ређеним претпоставкама, може само да ограничи, али не да обликује. Њихова садржина, као и њихова индивидуалистичка црта, већ је уставом довољно одређена, унапред позната готово у свему. Насупрот њима, код социјалних основних права субјективни карактер је најчешће слабије изражен или га уопште нема, тако да ова права заправо пре имају карактер програмских начела, понекад институционалних гаранција, него судски спроводљивих субјективних захтева према држави. Само социјална права која у себи садрже либералне елементе показују се подобним за достизање непосредне уставне заштите.

Када је у питању начин гарантовања, ради се о томе да ли је уставотворац основно право гарантовао уз придржај (резерву) закона, препуштајући њему коначно обликовање садржине основног права или такво овлашћење за законодавца уставом није изричито предвиђено.<sup>7</sup> У првом случају правно дејство основних права је слабије, јер се њихова садржина коначно обликује тек деловањем законодавца.

На основу изложеног може да се закључи да је везаност судова за основна права различитог интензитета. Ако се има у виду ово диференцирање, постојаће различити простор и уже или шире могућности за уставносудско испитивање судских одлука. У принципу, тај простор ће да зависи од начина гарантовања, садржине, домета и правног дејства конкретног основног права.

### **3. Обим и границе испитивања судске одлуке**

У државама где уставни суд оцењује уставност појединачних аката и радњи јавних власти, заоштрен је однос уставног и редовних, стручних судова. У пракси се овај однос често показује као нескривено ривалство између уставног суда и највише инстанце редовне судске власти, имајући у виду да се уставносудски поступак може активирати тек након исцрпљења редовног правног пута инстанционе контроле. Поступак по уставној жалби најчешће подразумева испитивање последње судске одлуке донете у низу, тј. одлуке суда донете по последњем редовном правном леку. Упоредно посматрано, редовни, нарочито апелациони и касациони судови свуда, готово без изузетка, са великим резервама и неповерењем, и нарочито у почетку, не прихватају ову надлежност уставног суда. Посебно се оспорава правно дејство одлуке уставног суда према судској власти.

---

<sup>7</sup> В. о обликовању и ограничењу основних права: Стојановић, 1989: 162–174; в. за уставно право Републике Србије: Стојановић, 2013: 194–196.

Ако је уставом већ изричито установљена надлежност уставног суда да оцењује уставност судских одлука, онда више не може ни да се оспорава ова правна моћ уставног правосуђа тврдњом да је супротна начелу поделе власти, односно принципу независности судске власти. Највише што у овом случају може да се примети, осим упозорења да то уставно решење вероватно није добро, јесте да надлежност уставног суда представља изузетак од традиционално укореењеног правила да судске одлуке не подлежу преиспитивању од органа који се налази изван редовног правосуђа. Под условом да устав није експлицитно одредио правно дејство одлуке уставног суда према судској власти или да уређивање овог питања препушта закону, исти приговор, међутим, може изнова да се поставља. Ако се, дакле, начелно не може побијати сама надлежност уставног суда, није искључено да се оспорава њено конкретно обликовање, укључујући последице одлуке уставног суда, управо са позивом на њено „разорно“ дејство по принцип поделе власти и независности судова.

Као први озбиљнији приговор може да се постави питање могућности одређивања прихватљиве мере уставносудске контроле, утврђивања граница уставносудског испитивања судских одлука које уставни суд не би смео да прекорачи, потом правног дејства констатације да је судским актом повређено Уставом гарантовано право, те подобности начина отклањања повреде и одређивања правичног задовољења. Ако не би постојали потпуно јасни и прецизни критеријуми у погледу обима и граница испитивања недостатака судских одлука, као ни пуна извесност у правно дејство констатације да је судским актом повређено Уставом гарантовано право, пре може да се угрози принцип поделе власти овим обликом уставне контроле, него уставносудским активизмом у поступку нормативне контроле права. Са овим проблемом уставни судови су се одмах суочили, покушавајући да изграде принципијелно становиште о свом односу према судској власти, потом извесне критеријуме, обрасце и стандарде приликом утврђивања прихватљивости и основаности уставне жалбе. Тиме би се у највећој могућој мери избегло преплитање надлежности уставног суда са задацима редовне правосудне власти.

Нема сумње да одговор на кључно питање код одлучивања уставног суда о основаности уставне жалбе, обиму или дубини испитивања судске одлуке за коју се тврди да је повредила уставна права жалиоца, пресудно утиче на квалитет односа уставног и редовног правосуђа. Ако су мерила и критеријуми испитивања судске одлуке превише широко постављени или су нејасни и несигурни, онда ће мисија уставног суда вероватно бити промашена или ће у пракси да доведе до непожељног инстанционог процењивања и непримереног деловања на судску власт. Постоји, дакле, латентна

опасност да уставни суд оде предалеко у свом испитивању, да „дублира“, замени и преузме послове највише судске инстанце у обезбеђивању јединствене примене не само Устава, него и закона. Једнако је опасна пракса у супротном смеру, када уставни суд сам сужава поље властитог деловања како би се одбранио од приговора да се било неосновано било оправдано, али ипак претерано, „меша“ у Уставом заштићено подручје судске власти. У сваком случају, тешко је пронаћи праву меру, непроменљиви, свагда важећи, постојани образац уставносудског поступања у контроли судских одлука. Свакако, никада не треба изгубити из вида да уставни суд не сме да преузима улогу врховне судске инстанце, нити да себе види као ничим спутану супер ревизиону инстанцу надређену највишем редовном суду.

### **3.1. Повреда „специфичног уставног права“**

У литератури о уставном правосуђу била су од почетка развијена два екстремна гледишта о обиму испитивања одлука редовних судова. Док је једно ишло у правцу готово потпуног укидања уставне жалбе (тужбе) на одлуке стручних судова, дотле је друго уставну жалбу желело да протегне и на испитивање примене обичног законског права. Оба екстремна гледишта су превазиђена. Владајућа доктрина настоји да категоризује јуриспруденцију уставног правосуђа полазећи од разлике између „специфично уставног права и „обичног законског права“.

Принципијелно, уставни суд се зауставља на испитивању да ли је судском одлуком повређено основно право, односно да ли се у одлуци водило довољно рачуна о Уставом гарантованим правима. Поштујући своју уставну надлежност да непосредно штити људска права, уставни суд одбија да испитивање спроведе у свему, као виша судска инстанца, која исправља све битне правне погрешке и недостатке одлука нижих степена судске власти. Према томе, постојање одређеног обима и граница испитивања судских одлука произлази из саме мисије уставног суда у поступању са уставним жалбама, која је у основи одређена уставом. Та уставна надлежност је полазна тачка за тврдњу да уставни суд није и никако не сме да буде ревизиона инстанца. Његова функција се исцрпљује само у утврђивању или одбијању утврђивања повреде „специфичног уставног права“. Испитивање да ли постоји повреда Уставом гарантованог права је једини задатак, али и најопштији стандард за одређивање обима и граница испитивања одлука судске власти.

Не може се оспоравати да свака погрешна судска пресуда представља на неки начин повреду Устава, пошто се сваком погрешном пресудом крше како принцип законитости, тако и начело једнакости грађана, односно

забрана дискриминације. Поред тога, погрешна судска пресуда је класичан захват у основна права човека (Pestalozza, 1991: 176). Међутим, уставни суд, ипак, не би могао да испитује судску одлуку у свим димензијама њене правне ваљаности, њену *in toto* уставност и законитост. У систему редовне судске власти то је задатак апелационе инстанце која одлучује по жалби на одлуку суда првог степена. То значи да је на исправљање погрешних судских одлука принципијелно позвана сама судска власт.

Мада се обично сматра највишом правосудном влашћу у уставноправним питањима, уставни суд не представља никакву вишу или последњу инстанцу која би коначно одлучивала о правним недостацима судских одлука. Његово укључивање у испитивање правоснажних судских одлука је само изузетно могуће, допустиво само ако се погрешка може правно квалификовати као повреда основних уставних права. Ништа у томе не мења чињеница да се уставни суд *de facto* призива нападом на сваку судску одлуку против које је исцрпљен редовни пут правне заштите. Само судска одлука која доказано вређа или не води довољно рачуна о Уставом гарантованим правима може да буде успешно побијана пред уставним судом. Теоријски, уколико би редовни, стручни судови увек и у свему тумачили и примењивали законе у складу са уставом и Уставом гарантованим правима, утолико би се смањивао и нестајао простор за уставносудско испитивање судских одлука.

Уставни суд се налази поред, а не изнад редовних судова, тако да није свака повреда права подобна за уставносудско испитивање. Да уставни суд неограничено испитује судске одлуке, слично као ревизиона инстанца, не само да није прихватљиво, него није ни логички могуће, „ јер није сасвим сигурно да ли нетачна одлука повређује основна права странке која је изгубила“.<sup>8</sup> Уставни суд, дакле, није ревизиони суд који би одлуке редовних судова испитивао у пуном обиму у погледу њихове потпуне правне ваљаности, као што ни сама уставна жалба није допунско редовно него, под одређеним условима, специфично ванредно правно средство. Уколико би уставни суд истраживао све могуће правне недостатке судске одлуке, онда не би могао да се оправда смисао уставне жалбе и специфични циљ уставносудског поступања по њој.

Ни наше уставно правосуђе не види свој однос према редовном правосуђу као инстанциони надзор. У својим одлукама Уставни суд је увек понављао став да није позван да врши инстанциону контролу судских одлука, већ да је једино надлежан да утврди повреду Уставом гарантованих права и слобода. Тако се у образложењу скоро сваке одлуке по уставној жалби

---

8 *BVerfGE*, 18, 85.

налази један општи, типски став у коме Суд описује властити уставни задатак: „(...) У току поступка пружања уставносудске заштите поводом испитивања основаности уставне жалбе, у границама захтева истакнутог у њој, Уставни суд утврђује да ли је у поступку одлучивања о правима или обавезама подносиоца уставне жалбе повређено његово Уставом зајемчено право или слобода.“<sup>9</sup> Објашњавајући даље свој задатак у овом поступку, Суд подсећа да уставна жалба мора да садржи једино уставноправне разлоге којима се образлаже тврдња да је судски акт повредио основна права жалиоца, тако да је Уставни суд у поступку по уставној жалби „(...) надлежан једино да испитује постојање повреда или ускраћивања Уставом зајемчених права и слобода, те се стога и наводи уставне жалбе морају заснивати на уставноправним разлозима којима се, са становишта Уставом утврђене садржине означеног уставног права или слободе, поткрепљују тврдње о његовој повреди или ускраћивању“.<sup>10</sup>

Из наведених ставова произлази да Уставни суд начелно прихвата становиште да су најопштије границе испитивања судских одлука увек одређене садржином „специфичног уставног права“. У процентуално највећем броју случајева Суд је лапидарно одбацивао уставне жалбе, објашњавајући да се од њега тражи да поступа као суд последње инстанце у односу на оспорену судску одлуку, да у свему преиспита њену законитост, све њене правне недостатке и сл. Независно од тога што се уставна жалба одбацује због непостојања процесних претпоставки за одлучивање, у сталној пракси Суда често се наводи још једна констатација којом се у ствари уставна жалба одбија због непостојања уставноправних разлога који би водили утврђивању повреде Уставом гарантованог права. „(...) Уставни суд је оценио да се наводи подносиоца не могу прихватити као уставноправни разлози којима се аргументују тврдње о повреди права на правично суђење, већ се од Уставног суда, у суштини, тражи да као инстанциони (ревизијски) суд оцени законитост оспорених решења“.<sup>11</sup> Одлуке које се заснивају на оваквом образложењу називају се „мали меритум“. У новијој пракси Уставног суда могу се наћи и друге, сличне констатације којима Уставни суд, махом негативно, описује општу границу свог испитивања судских одлука, односно поступања са уставним жалбама (Ненадић, 2014: 109).

9 В. од бројних одлука УС, на пример: Уж-8057/2012.

10 В. од бројних одлука УС, на пример: Уж-2565/2011.

11 В. од бројних, на пример, решење Уставног суда Уж-1454/2014.

### 3.2. Посредна и непосредна заштита „специфичног уставног права“

Када је реч о обиму и границама уставносудског испитивања одлука редовних судова, посматрано са начелног становишта, може да се успостави двострука паралела између уставне нормативне контроле и одлучивања уставног суда о уставним жалбама. Оба поступка уставне контроле стављају уставни суд у деликатне односе са законодавцем с једне и редовним судовима с друге стране, нарочито у погледу обима испитивања креационих аката ових органа, закона и судске одлуке.

Апстрактна нормативна контрола отворила је проблем принципијелног односа уставног суда, коме је, признањем монопола тумачења устава, намењена улога његовог чувара и законодавца, који је снагом принципа народне суверености позван на стварање права, а то значи извршење устава. У овом случају постављало се питање: ко је првенствено позван на интерпретацију устава, законодавац или уставни суд? Тражење најприкладнијег начина да се овај проблем разреши и доведу у склад на први поглед непомирљиви захтеви, изнедрило је доктрину „самоудржљивости“ уставног суда. Сматра се да су развијањем и доследном применом ове доктрине очувани како ауторитет законодавца тако и интегритет устава, који потпомаже уставно правосуђе.

Код уставносудског испитивања судске одлуке интерпретациони проблеми настају у тумачењу и примени уставне и законске норме, утврђивању значења конкретне правне норме која разрешава спорни правни однос, и нарочито њене непосредне заснованости на уставној норми или њене супротности Уставом гарантованом праву. Док се у једном случају испитује апстрактни однос уставне и законске норме, дотле се у другом поступку испитује однос норме закона примењене на конкретни случај према уставној норми која јемчи основно право или слободу.

Друга, још значајнија паралела која може да се повуче између ова два облика уставне контроле је постојање заједничког мерила за испитивање уставности нормативних и појединачних аката јавних власти – људска права и слободе. Уставност закона или правилност судске одлуке испитује се према мерилу њихове сагласности са Уставом гарантованим правима. Разлика је у томе што је код испитивања уставности закона ово једно од неколико могућих, док су код судских одлука основна права гарантована Уставом једино дозвољено мерило уставне контроле. У последњем случају јасно се потврђује функција уставног правосуђа; оно је чувар Устава, а не читавог права.

Блискост ова два облика уставне контроле, пре свега, идентичност циља контроле – заштита основних права – може да доведе до њиховог спајања

у један уставносудски поступак. То је, на пример, случај у Немачкој, где уставном жалбом непосредно може да се побија уставност закона који вређа основна и са њима изједначена права. С друге стране, тамо где појединац не може непосредно да оспорава уставност закона могуће је успостављање тесне процедуралне везе између процедура непосредне и посредне заштите, ако је оцена уставности закона претходно питање у поступку одлучивања о уставној жалби. Тада уставни суд у поступку контроле норми најпре оцењује уставност закона, потом одлучује о основности уставне жалбе, тј. постојању повреде основног права која је учињена судском одлуком.

#### 4. Одређивање граница испитивања судских одлука

Заштита „специфичног уставног права“ је најопштија граница уставносудског испитивања судских одлука. Но, подела уставних задатака између редовног и уставног правосуђа не мења ништа у томе да су редовни судови такође позвани да штите и чувају устав. Само део њихове функције, непосредна примена Уставом гарантованих права или одбијање, односно погрешно примењивање „специфичног уставног права“, подлеже уставносудској оцени. Због тога може да се прихвати као општи стандард поступања, став јуриспруденције немачког Савезног уставног суда да су „(...) обликовање поступка, утврђивање и оцена чињеничног стања, тумачење обичног права и његова примена на појединачни случај искључива надлежност редовних судова, тако да су изузети од накнадног испитивања Уставног суда; само код повреде специфичног уставног права Уставни суд може да се упусти у одлучивање о уставној жалби“.<sup>12</sup>

Формулу о повреди „специфичног уставног права“, односно обиму контроле (*Kontrollendichte*) судских одлука, Суд је допунио *Хековом формулом*, названом по судији *Карлу Хеку (Karl Heck)*: „ (...) Уопштено се може рећи да су поступци супсумције у оквиру примене обичног права изузети из надлежности контроле Савезног уставног суда док год није уочљива грешка у тумачењу која почива на начелно нетачном гледишту које је од значаја за једно људско право, а посебно за обим његове заштите и има посебну тежину у свом материјалном значењу за конкретан правни случај.“<sup>13</sup>

Прихватајући овај образац на сличан начин поступа Уставни суд у намери да што је могуће конкретније одреди обим и границе испитивања судских одлука. Типско појашњење „црвених линија“ Суда обично је изражено следећом конструкцијом: „Уставни суд наглашава да одлучујући о уставној

12 *BVerfGE*, 18,85.

13 *BVerfGE*, 18,85.

жалби не може да оцењује правилност закључака редовних судова, осим ако из конкретних, правно и чињенично утемељених уставноправних разлога наведених у уставној жалби, не произлази да су судови произвољно применили право, односно да судски поступак у целини није био правичан.“ Из овога следи закључак да тачност и потпуност чињеничног стања, као и поштовање правила судског поступања, односно конкретно поступање редовног суда није предмет уставносудског процењивања, осим ако закључци суда о чињеницама нису произвољни или ако судски поступак у целини није био правичан.

Ако би се тражио шири простор за уставносудско испитивање судских одлука, онда би се извесно далеко више могао наћи у критеријуму неправичног судског поступања, него у критеријуму произвољног закључивања о чињеничном стању и његовој правној квалификацији, јер су правила судског поступка „озрачена“ основним правима, тако да су у судским процедурама уграђена Уставом гарантована права. Корпусом уставних гаранција у форми основних права јемчи се објективна правна заштита или правично правно поступање које се збирно може да се означи као право на правду, као уставни *status activus processualis*. Посебан значај за овај критеријум има захтев да судска заштита буде делотворна, а не само „теоријска и илузорна“, што претпоставља право на саслушање пред судом и правно образложену судску одлуку, без обзира на то да ли је њоме удовољено тражењу странке или је њен захтев одбачен. Судска одлука, према сталној пракси Уставног суда, која није довољно образложена или поступање суда које није довело до њеног доношења у разумном року, није у складу са критеријумима правичности и делотворности. Ови критеријуми налазе примену у сваком судском поступку, укључујући процењивање поступка извршења судске одлуке, враћања тражиоца права у његову претходну закониту позицију и у датом случају остваривања права на накнаду претрпљене штете.

Највише простора за интервенцију Уставног суда има примена материјалног права у решавању конкретног спора пред судом за коју се тврди да је извршена тако да одступа од меродавног уставног права или га потпуно игнорише, односно о њему не води довољно рачуна. Примена права је у тој мери погрешна да у коначном резултату вређа основна права, тако да се показује као арбитрарна интерпретација. Овај критеријум оставља слободан простор унутар кога се уставно правосуђе руководи начелом да „уставна контрола мора утолико да буде интензивнија, уколико норма или њена примена интензивније захвата у заштићено подручје основних права“. <sup>14</sup> Међутим, погрешна примена „обичног“ права сама по себи већ не

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



значи повреду устава. Кад разликује „специфично уставно“ од „обичног“ права, овде заправо, како тачно опажа *Песталоца*, уставни суд мање мисли на разликовање два типа уставног права – „специфичног“ и „неспецифичног“, него на две врсте повреде права (*Pestalozza*, 1991: 168). Ако се овај став прихвати, онда ни ток судског поступка ни процесне акције учесника нису предмет уставносудског испитивања, осим уколико су процесни недостаци таквог интензитета да судски поступак у целини може да се квалификује, како је већ речено, као неправичан, јер вређа „специфично уставно право“, односно један његов суштински део – материјално право на правично суђење.

Мада се формула „специфично уставно право“ чини једноставном, тешко је да се само из ње прецизно одреди домет основних права, а тиме и обим овлашћења уставног судства при испитивању судских одлука. У циљу разграничења „специфичног уставног права“ од „обичног законског права“, Савезни уставни суд развио је у својој сталној пракси неколико интерпретационих фигура које су од значаја за одређивање обима и граница испитивања судских одлука. Тако, на пример, „специфично уставно право било би повређено онда кад се недостатак судске одлуке налази у непоштовању уставног права“, односно ако је редовни суд пошао од једног „начелно нетачног гледишта о значењу основног права“ или ако је „погрешно разумео“ или није довољно водио рачуна о „домету и снази основног права“, „дејству зрачења“, „домашају“ једног основног права или основних права уопште, односно када је судија „пошао од таквих процењивања која вређају основно право“ или када „његови ставови тумачења нису сагласни са основним правом“ (*Bleckman*, 1979: 117).

У правној теорији се ови ставови нису сматрали довољним и поузданим за испитивање судских одлука. Посебно се сумњивом сматрала јудикатура о овлашћењу уставног судства да испитује релевантне чињенице. Уставни суд, по правилу, не оцењује тачност и потпуност чињеничног стања, нити слободног судијског уверења којим је извршена оцена чињеничног материјала који је био подлога судске одлуке. Тако се, на пример, Савезни уставни суд дуго колебао по питању тога да ли и у ком обиму за примену основних права може да испитује релевантне чињенице или мора потпуно да се поузда у чињенично стање које је утврдио редовни суд. Несигурност је постојала и када се радило о процењивању односа између појединих основних права (проблем конкуренције основних права) или у процењивању јавног интереса којим се повлаче границе основног права у појединачном случају (*Bleckmann*, 1979: 118). У супротном, ако би се упустио у испитивање тачности и потпуности чињеничног стања, уставни суд би тешко могао да се одбрани од приговора да поступа, у ствари, као инстанциони суд.

У немачкој догматици основних права одавно се сматра да компетенције Савезног уставног суда обухватају најмање два начелна подручја испитивања. Суд увек најпре испитује да ли примењени закон вређа основна права и да ли је због тога ништав. Потом, у погледу уставно конформног тумачења, Суд испитује да ли је тумачење које је редовни суд дао закону противно значењу основних права. Када је реч о испитивању појединачног случаја, Савезни уставни суд интервенише: (а) ако је инстанциони суд уопште пропустио испитивање стања ствари у конкретном случају, тј. није водио рачуна о основним правима; (б) ако инстанциони суд при испитивању стања ствари није узео у обзир битно уставно становиште случаја, тј. значење основних права (Steinwedel, 1976: 33).

Без обзира на знатно скромнију праксу, ни Уставни суд није одолео изазову да колико-толико прецизира обим и границе властитог испитивања судских одлука. При томе, своје поступање овај суд сматра могућим, Уставом допустивим одступањем од начелно опште прихваћеног правила да судске одлуке подлежу контроли једино виших инстанци редовног правосуђа. Већ је наведено да се Уставни суд не сматра позваним да оцењује закључке редовних судова, „осим ако из правно и чињенично утемељених уставноправних разлога не произлази да су судови произвољно (арби-трарно) применили право или да судски поступак у целини није био правичан“.

Листа разлога за могућу интервенцију Уставног суда унутар дозвољених граница уставносудског испитивања обично се изводи из природе повреде неког права која се квалификује било као „повреда уставног начела једнакости“, односно „једнаке заштите права,“ било као „повреда права на правично суђење“. У образлагању својих одлука Суд обично закључује: да је редовни суд „арбитрарно тумачио закон“, да је „применио закон на неуставан начин“, да је „погрешно интерпретирао садржај неког права“, да је „неприхватљиво интерпретирао садржај меродавног права“, да је „повреду закона учинио на тако груб начин да је његова примена у супротности са сврхом и циљем због које је закон донесен“, да је „судско тумачење довело до резултата који ни законодавац не би био овлашћен да пропише“, да је суд „применио закон који очигледно није требало применити“ и слично (Ненадић, 2014б: 111).

## 5. Закључак

Тежиште уставносудског испитивања судских одлука мора да буде на интерпретацији, правном становишту које је редовни суд заузео или је требало да заузме о значењу основних права, њиховом нормативном домету и њиховим границама. Погрешна интерпретација „специфичног уставног

права“ или, уопште, невођење рачуна о значењу Уставом гарантованог права оправдавају замену судске примене права уставносудском. Уставносудска интервенција је обавезна и онда када је суд применио закон, али га је протумачио тако да, када би његово тумачење било доиста тачно, тај би закон био противустанован. Она је начелно прихватљива и онда када је суд, у случају да се два основна права нађу у колизији, посматрано са уставноправног становишта, неосновано дао предност једном основном праву на рачун другог.

### **Литература**

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

Ненадић, Б. (2014). “Осврт на контролу уставности судске власти”. у: *Положај и перспектива уставног судства*. Београд.

Ненадић, Б. (2014). “Општи осврт на контролу уставности судске власти”. у: *Положај и перспектива уставног судства, Зборник радова*. Београд.

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

Стојановић, Д. (1989). *Одновна права човека - људска права и слободе у уставима грађанских држава*. Ниш.

Стојановић, Д. (2013). *Уставно право*. Ниш.

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

Nomos Verlagsgesellschaft. 1. Aufl.

***Dragan M. Stojanović, LL.D.***

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

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

### **Summary**

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

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

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

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

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



**Др Мирослав Лазич\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:

UDK: 366.542:347.455

Рад примљен: 30.09.2016.  
Рад прихваћен: 25.10.2016.

## **ЗАШТИТА ПОТРОШАЧА У КРЕДИТНОМ ОДНОСУ\*\***

**Апстракт:** У условима капиталистичког финансијског тржишта, у коме владају услови наметнути од великих банкарских корпорација и институција, а посебно у кредитном односу, поверилац (зајмодавац, кредитор) је као давалац кредита, у моменту закључења уговора о кредиту, у економски и правно доминантној позицији, тако да често намеће дужнику (кориснику услуге, потрошачу) услове кредитирања и уговорне клаузуле које нису правичне. Зато законодавац и државне институције треба законом да заштите дужника као корисника кредита (потрошача) од таквих услова кредитирања које неправично отежавају његов положај.

Тема нашег рада је анализа положаја субјеката кредитних односа, а посебно законских одредби којима се штити положај економски и правно зависне уговорне стране. Правни положај дужника и његово погоршање изазвано реформом финансијског тржишта и реформом законодавства о хипотеци додатно је погоршан у последњих десетак година у праву Србије. Рад се бави проблематиком како установити равнотежу интереса повериоца и дужника, и то тако да давалац кредита задржи имовинску мотивацију – каматну зараду, а да корисник кредита обезбеди правну сигурност и заштиту од неправичних клаузула.

**Кључне речи:** Финансијско тржиште, банкарске институције, корисници кредита, кредитни услови, контрола финансијског пословања.

---

\* lazic@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом ЕУ“ Правног факултета Универзитета у Нишу. Изложен је на научном скупу „Контрола у унутрашњем, међународном и праву ЕУ“, одржаном на Правном факултету у Нишу, 17. маја 2016.

## 1. Увод

Кредит је институција којом поверилац (зајмодавац, кредитор) привремено уступа куповну снагу слободних новчаних средстава (изузетно робе или услуга) дужнику (зајмопримцу, кориснику банкарске услуге, потрошачу), који се обавезује да ће након одређеног времена (краткорочни до пет или дугорочни до 30 година) вратити примљени новац (односно робу или платити вредност услуге) и исплатити уговорену камату. Даваоци кредита (зајмодавци), поред имовине дужника са очекиваним (значи неизвесним) приходима, укључујући и будућу зараду, захтевају додатне гаранције за враћање новца. Допунска средства обезбеђења потраживања се, уобичајено, деле на лична (уговорна казна, јемство и одустаница) и реална (капара, кауција, ручна залога и хипотека) (Лазих, 2009: 45).

У савременом праву, хипотека је постала један од најважнијих правних института, чија је основна функција обезбеђење потраживања (Soergel, Siebert, 1968: 668; Марковић, 1911: 172). У правно-економској теорији се говори и о другим функцијама заложног права – прибављање кредита, растерећења даваоца кредита и функција олакшавања рефинансирања кроз секундарно тржиште (Хибер, Живковић, 2015: 28).

Хипотекарни кредит је основни извор реализације бројних потреба савременог човека (стамбени<sup>1</sup> и пословни простор, покретање бизниса, куповина аута итд.), и „полуга“ развоја друштва. Предност кредита обезбеђеног хипотеком је у омогућавању добијања новчаних средстава сразмерно вредности хипотековане непокретности (најчешће оне која се прибавља из кредита), што омогућава задуживање знатно изнад платежне способности дужника тако што се терет месечне отплате распоређује на период отплате кредита. Кредит помера границе економског закона, омогућавајући да се може трошити не само оно што је зарађено, већ и очекивана зарада унапред добијена путем института „зајма који је у основи кредита“ (Марковић, 1911: 172).

На српском финансијском тржишту, након промена 2000. године и преласка на тржишни систем, као услов кредитног пласмана страног капитала, Светска банка и стране пословне банке су желеле ефикасно средство обезбеђења у погледу извесне, брзе и једноставне наплате потраживања.

---

1 Логичан одговор на дилему “живети као подстанар и плаћати закупнину, или за сличну суму плаћати рату кредита за свој стан”, чини хипотекарни стамбени кредит најпривлачнијим правним институтом. Међутим, Сциле и Харибде хипотекарног кредита могу довести до вишегодишње уплате рата кредита која се завршава неуспешно по дужника – продајом стана ради отплате дуга и ресетовањем стамбеног питања на почетак.

Зато се приступило реформи хипотекарног права и стварању инструмената за функционисање финансијског тржишта. Доношењем Закона о хипотеци (ЗХ)<sup>2</sup>, Република Србија је извршила прву потпуну регулативу хипотекарног права (65 чланова), а извршена је и неопходна измена катастарске евиденције<sup>3</sup>. Свакако, истовремено је требало водити рачуна и о адекватној заштити наших грађана и привредника као корисника кредита.

У условима либерализације капиталистичког финансијског тржишта, посебно у кредитном односу, не постоји правна једнакост уговорних страна. Мото либералног капитализма је повећање потрошње, што узрокује перманентну „глад за новцем“ и развој кредитног система. Велике банкарске корпорације и институције као даваоци кредита су економски у доминантној позицији, тако да своју предност користе да наметну услове кредитирања и уговорне клаузуле које су неправичне и прекомерно погоршавају положај дужника. Поред тога, финансијске институције „намећу“ државној власти креирање друштвеног и правног „миљеа“ који је знатно повољнији за повериоце. Препуштање формирања услова кредитирања слободи финансијског тржишта може довести до потпуног економског краха грађана, а тиме и угрозити стабилност друштвеног уређења. Законодавац и државне институције треба законом да заштите дужника као корисника кредита (потрошача) од таквих услова кредитирања које неправично отежавају његов положај. Основне државне институције које треба да воде рачуна о заштити економских интереса својих грађана, привредника, као и саме државе, јесу Влада и Народна банка Републике Србије.

У раду се бавимо проблематиком како установити равнотежу интереса повериоца и дужника, посебно кроз услове кредитирања, као и заштитом дужника приликом закључења уговора о кредиту, као економски и правно зависне и непрофесионалне уговорне стране.

## **2. Либерализација финансијског тржишта и банкарског система**

*Либерални капитализам је слободан економски и привредни систем где сви учесници имају тржишне услове за рад и пословање уз минималне интервенције државе.* Намеће се питање шта таква слобода значи на финансијском тржишту, а посебно у банкарском систему и да ли је друштвено корисна или штетна? Покушаћемо да укажемо, да значи да су корисници кредита, мање-више, препуштени „диктату“ бескомпромисног

---

2 “Сл. гласник РС”, бр. 115/2005, бр. 60/2015. Закон о хипотеци се примењује од 25. 2. 2006. и Закон о изменама и допунама Закона о хипотеци од 16. 7. 2015. г.

3 Законом о државном премеру и катастру (“Сл. гласник РС”, бр. 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015 – одлука УС и 96/2015).



банкарског сектора који, у сталној трци за профитом, намеће неповољне услове кредитирања.

Златно доба економског либерализма (1846–1914) је доба брзе индустријализације капиталистичких земаља, које је John Maynard Keynes (Кејнз) описао као време економског просперитета, захваљујући томе што је богатство било распоређено на узак слој предузетника, капиталиста, а радничке су наднице биле веома ниске, на граници егзистенције. То је омогућило брзу акумулацију капитала, велике инвестиције и брзу индустријализацију (Robinson, "John Maynard Keynes", цит. по Mesarić, 2002: 1151).

Последице Првог светског рата, а затим и велика економска криза (1929–1933) означила је крај владавине либерализма и *laissez-faire*-а теорије у економским односима. Кејнз је 1931. г., сведочећи пред Macmillan-овим комитетом о проблему незапослености и рецесији у Великој Британији (цит. по Mesarić, 2006: 603), изразио сумњу у либерални капитализам, тврдећи да једино повећана државна потрошња може зауставити рецесију, подићи профит и смањити незапосленост. Кејнз је у својим радовима одбацио неконтролисани индивидуализам либералног капитализма, а одлучујући утицај на економске токове 20. века је имао његов став да у капиталистичком систему не постоји механизам који аутоматски обезбеђује пуну запосленост људских и материјалних ресурса и да ниво запослености зависи од нивоа "*агрегатне потражње*"<sup>4</sup>, указујући на неопходност државне интервенције.

Кејнз је постао „капиталистички Маркс“, који је вероватно спасао капитализам тог периода. Наступило је доба државног интервенционизма, које је трајало све до седамдесетих, па и осамдесетих година прошлога века, када је поново оживео либерални капитализам, посебно кроз израз глобализације и либерализације финансијског тржишта. То је довело до кризних жаришта, а посебно је значајан крах финансијског тржишта у САД, са „домино“ ефектом на светску економију.

Од новијих критичара либералне економске доктрине, Lester Thurow је оспорио перцепцију либералне доктрине о човеку као рационалном бићу, *homo-economicus*-у, који доноси целисходне одлуке. Као основну слабост тржишног механизма Thurow третира човека као биће чије је

---

4 Развијајући економску теорију о концепту мултипликатора, који означава однос између промене у обиму инвестиција и повећања националног дохотка, указао је да је величина инвестиција кључни параметар за стимулисање агрегатне потражње, приватних и јавних инвестиција, пуне запослености и редистрибуције доходака (Kejnz, 2013).

“понашање у финансијским трансакцијама често ирационално, било због неоснованог оптимизма или песимизма, утицаја психолошких чиниоца, сугестивне моћи рекламе на формирање потрошачких навика, улоге ‘ефекта демонстрације’ у економији потрошње итд. То условљава да је успостављање равнотеже преко тржишта неизвесан и често превише дуг процес” (L. Thurrow, *Dangerous Currehts, The State of Economics*, cit. по Mesarić, 2006: 603).

Модерно капиталистичко друштво почива на либералном финансијском тржишту на коме доминирају даваоци кредита. Да ли је либерална доктрина ефикасна на финансијском тржишту? Актуелни проблеми финансијског тржишта су резултат недовољног уважавања историјског искуства и чињеница да смо заборавили шта се десило тридесетих година прошлог века (Станковић, 2006: 23).

Сврха финансијског сектора је ефикасно преношење вишка новца (сакупљеног штедњом и из других извора) инвеститорима, што се може најефикасније урадити класичним банкарским хипотекарним кредитом. Међутим, либерална банкарска машинерија, користећи креирану потребу модерног човека за сталним развојем стандарда повећањем потрошње нуди стално нове банкарске производе чија је заједничка сврха добит банака и корпорација из имовине грађана и привредних субјеката. Неки од познатијих финансијских производа су: разноврсни хипотекарни кредити; рефинансирање кредита; еурообвезнице, еуровалуте и др. „деривати“; флукуација каматних стопа (Либор, Еурибор, валутна клаузула); секјуритизација кредита итд. *„Магнет“ банкарских производа, на којима се базира добра зарада је, кредитни лого – “пружи човеку могућност да данас потроши паре и одмах задовољи своје потребе, и он ће их сигурно потрошити без обзира на цену коју ће морати да плати”. Овај „закон“ потрошачког друштва делује према свима – грађанима, привредницима, па и самим државама. Задуживање постаје начин живота.* “Пре две године нисам имао ни цента, а сада дугујем два милиона долара” (непознати аутор). Ова потрошачка логика је потврђена теоријом тзв. “неконзистентне временске преференције” Mathew Rabina, а заснива се на тврдњи „да је опадање вредновања будућег задовољства више него пропорционално са протоком времена, чиме се оспорава теза класичне либералне доктрине, у којој се каже да временска преференција опада сразмерно с протоком времена“ (Mesarić, 2002: 1156).

Класични хипотекарни кредит носи мали ризик. *Финансијске иновације су извитопериле банкарски систем, тако да је класична добит – камата, постала недовољна, већ се рачуна на нереалну, спекулативну, зараду. Грађани*

постају „модерни робови“ финансијских институција. У трци за додатним профитом, банке су, кроз процес секјуритизације<sup>5</sup> и продајом обвезница из очекиваног прихода, и ова средства пренела из активе банака.

Секјуритизација је омогућена даљом продајом потраживања осигуравајућим организацијама и продајом хартија од вредности инвеститорима који су били уверени да купују сигурне производе. Тако је банка могла да повећа масу кредита. Секјуритизација је корисна операција када се изводи из „сигурних“ кредита у смислу отплате. Међутим, у трци за клијентима средства су пласирана у *subprime*<sup>6</sup> кредите, за које је скоро извесно да се неће вратити. Овај превелик ризик довео је до краха система заснованог на овој операцији, посебно на највећем, америчком финансијском тржишту. Слоган о “1% непристојно богатих на рачун 99% непристојно сиромашних” – позната крилатица демонстраната антиглобалиста на Волстриту и покрета незадовољних који се шири (модерни прекаријат), постаје блиска реалност.<sup>7</sup> Тако је секјуритизација постала шпекулативна радња, иако је осмишљена као вишеструко корисна (банка остварује добит продајом потраживања кроз каматни диференцијал; побољшава финансијски леверџ – однос капитала и заложених средстава; остварује камату пласманом новог кредита итд.). Неминовно је морало доћи до урушавања система, јер се несигурни кредити нису могли вратити, а дошло је и до пада цена некретнина, које није имао ко да купи, што је обезвредило хипотекарно осигурање.

Познати актуелни критичар неолибералне доктрине Joseph Stiglitz својом теоријом “асиметричних информација”<sup>8</sup> је развио тезу о неравноправности

---

5 Секјуритизација као финансијски инструмент омогућава продају очекиваних прихода са каматом, како би се кроз нове кредите са вишом каматом финансирало ширење кредитног система. Ако очекивани приходи изостану, долази до краха финансијског тржишта са несагледивим последицама (Лазих, 2009: 5).

6 Сабпрајмови су кредити који се додељују особама са платежно неизвесним покрићем на дужи период (несигуран посао; нестабилне зараде; прецењена вредност обезбеђења итд.). Омогућени су намерним смањењем банкарске дисциплине прозроковане трком за зарадом и препродајом дугова националним корпорацијама, тако да је кредит добила и најсиромашнија и најризичнија кредитна група, тзв. NINJA (No Income No Job No Assets – без прихода, без посла, без имовине), акроним скован у време кризе хипотекарних кредита у Америци.

7 Практичан пример су Американци, који су подстицани да се у великој мери задужују ради куповине кућа и станова. У 2010. г. 85% свих берзанских вредности је у рукама 1% грађана. Долази до пауперизације средње класе. У Европи је та стопа концентрације мања, али је процес исти.

8 J. Stiglitz је заједно са M. Spence-ом и G. Akerlof-ом за ову теорију добио 2001. г. Нобелову награду за економију. (Mesarić, 2002: 1151).

уговорних страна у тржишним трансакцијама, због тога што је давалац услуга као професионалац више информисан о банкарском производу који продаје од купца као непрофесионалца, те је неопходна корективна и контролна интервенција државе.

У нашим условима, такву контролну функцију треба да врши, пре свега, Народна банка Србије, а свакако и држава кроз законодавни механизам. Ефикасност деловања ових институција захтева сарадњу и координацију заједничких акција и финансијских мера.

### **3. Реализација законске улоге Народне банке у креирању финансијског система**

Улога Народне банке је одређена Законом о Народној банци Србије (ЗНБ)<sup>9</sup>. Основни циљ НБС је „постизање и одржавање стабилности цена“ и „допринос очувању и јачању стабилности финансијског система“ (чл. 3 и 4). У остваривању тог циља НБС активно сарађује с другим надлежним државним и међународним институцијама. Ради регулисања финансијског тржишта, НБС-у је законом (чл. 4 ЗНБС) дато у надлежност спровођење бројних овлашћења, од којих издвајамо: утврђивање и спровођење монетарне и девизне политике; спровођење активности и мера ради очувања и јачања стабилности финансијског система; издавање новчаница и кованог новца и управљање токовима готовине; издавање и одузимање банкама дозвола за рад и контрола бонитета и законитости пословања банака; обављање послове заштите права и интереса корисника услуга које пружају банке и друге финансијске институције; утврђивање услова за покретање и спровођење поступака реструктурирања банака итд.

НБС подноси Годишњи извештај о стабилности финансијског система (Извештај).<sup>10</sup> Основни циљ *Извештаја* јесте информисање свих релевантних актера о стању финансијске стабилности и препознавање потенцијалних ризика којима је изложен финансијски систем, а посебно банкарски сектор, и процени способност система да их апсорбује и остане стабилан и способан да настави с несметаним функционисањем, посебно у условима финансијских потреба.

Као највећи унутрашњи ризици за финансијску стабилност Србије (Извештај за 2015), означени су: висок ниво евроизације финансијског система који повећава његову изложеност кредитно-девизном ризику;

---

9 „Службени гласник РС“, бр. 72/2003, 55/2004, 85/2005 – др. закон, 44/2010, 76/2012, 106/2012, 14/2015 и 40/2015 – одлука УС).

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

високо учешће проблематичних кредита и ниска кредитна активност банака; неадекватна процена вредности непокретности датих као средство обезбеђења кредита и др. Ради превазилажења проблема, НБС планира: мере које подстичу смањење каматних стопа и доприносе расту кредитног потенцијала банака, чиме се подстиче привредна активност, смањује број проблематичних кредита и стимулише раст кредитне понуде; усвајање Закона о уређењу професије проценитеља вредности непокретности и унапређење стандарда процене; унапређење функционалности базе података о проценама вредности хипотекованих непокретности и вредности кредита и др.

Посебан део Извештаја је посвећен банкарском сектору. „Банкарски сектор Србије одликује јака капитална база, па је и током 2015. године био адекватно капитализован.<sup>11</sup> Кредитирање становништва је и даље у порасту (3,1% на крају 2015), захваљујући томе да су стандарди при одобравању кредита како привреде, тако и становништва, ублажени. Као разлог за ублажававање наводе се ниски трошкови извора средстава и висока конкуренција у банкарском сектору. Ублажававање стандарда кредитирања огледа се у снижавању каматних маржи, провизија и накнада“ (Извештај, стр. 48). Укупни нето кредити физичким лицима су на крају 2015. године износили 696 милијарди динара, а доминантан удео у укупним кредитима имали су кредити стамбене изградње (45,7%) и готовински кредити (29,7%), код којих је забележено учешће проблематичних кредита 9,5%, односно 10,1%. Од укупних задужења физичких лица, око 58% је у страниј валути, од тога око 45% у еврима. Србија је ушла у кризу с релативно високим учешћем проблематичних кредита (11,3% на крају 2008), а на крају 2015. године бруто проблематични кредити чинили су 21,6% укупно одобрених бруто кредита (Извештај, стр. 50). Имајући у виду високо учешће проблематичних кредита у укупним кредитима, нарочито привреде, најизраженији пословни ризик у банкарском сектору Србије и у 2015. г. био је кредитни ризик (86% од укупних ризика).

Како би заштитила интересе депонената и осталих поверилаца и очувала финансијску стабилност, поред резерви прописаних у складу с Међународним стандардима финансијског извештавања, НБС захтева и формирање тзв. регулаторних резерви, тј. резерви за процењене губитке. На крају 2015. у банкарском сектору је пословало 30 банака, а с позитивним резултатом 17 банака (учешће у нето активи банкарског сектора 72,6%), док је 13 банака забележило губитак (учешће у нето активи 27,4%). Структура добити указује на то да је пословни модел домаћих банака оријентисан ка

---

11 „На крају године ПАК је износио 20,9%, што је знатно изнад регулаторног минимума (12%) и два и по пута изнад минимума прописаног у ЕУ (8%)“ (Извештај, 2015: 47).

традиционалним банкарским пословима. Профитабилности банкарског сектора највише доприноси добит по основу камата, наплати трошкова и провизија. У Извештају се закључује да је банкарски сектор Србије високо отпоран на претпостављене ризике.

С обзиром на то да се банке финансирају доминантно из девизних извора, оне се штите од девизног ризика одобравањем кредита с валутном клаузулом. Као мера заштите корисника кредита предложено је: доследно спровођење стратегије динаризаације финансијског система Србије од стране свих релевантних учесника (НБС, Влада и банке); наставак промоције динарских финансијских инструмената – од динарске штедње преко државних хартија у домаћој валути; спровођење Стратегије и акционих планова за решавање проблематичних кредита ради смањења кредитног ризика; користећи инструменте финансијске супервизије, НБС обезбеђује отпорност финансијских институција на ризике, обезбеђујући истовремено и заштиту интереса корисника њихових услуга и њихов одрживи развој.

Иако је банкарски систем једна од најрегулисанијих сфера економије, он је, у модерно доба, постао рецептор кризе, јер је ширењем понуде нових финансијских услуга и обарањем финансијске дисциплине, финансијска институција увек корак испред правне регулативе, малтене у шпекулативној зони. Када је услед тога финансијски балон на светском тржишту напукао, била је неопходна брза интервенција државних институција, која је неутралисала финансијску бомбу која је претила да разнесе читав светски банкарски систем и тако су неолиберални финансијери спасени средствима из државних монетарних резерви, односно парама грађана. Послови из сфере финансијског сектора све мање су дело реалних економиста, а све више предмет математичких спекулација. То захтева већу регулаторну контролу државних институција ради заштите корисника кредита.

Анализирајући Извештај НБС-а, не можемо се отети утиску да је више пажње посвећено банкарском сектору као пружаоцима финансијских услуга, а недовољно корисницима тих услуга. Додуше, у циљу стимулесања девизне и кредитне активности банака, НБС је предузимала низ мера. Тако, ради превазилажења потешкоћа у отплати кредита дата је могућност: превремене отплате кредита без накнаде; продужења рока отплате до годину дана по захтеву клијента, при чему је готовинске кредите могуће продужити само уколико буду конвертовани у динарске; конверзија кредита индексираних у иностраној валути у динарске, по захтеву клијента и конверзија кредита индексираних у CHF у EUR, по захтеву клијента.

Међутим, ове мере нису довољно ефикасне у домаћим условима мале запослености грађана и ниских зарада. Чини се да је неформирање државне развојне (хипотекарне) банке био и остао непремостив недостатак за заштиту домаће привреде и грађана у кредитном систему, о чему говоримо у наставку рада.

#### **4. Улога државе у креирању услова кредитирања**

Под улогом државе мислимо на законодавну функцију и мере Владе и/или Народне банке, којима се одређују услови функционисања финансијског тржишта, стимулишу повољни кредитни услови, а дестимулишу спекулативне банкарске радње. Заштитна функција државе има вишеструко дејство, а овом приликом посебно ћемо се бавити заштитом корисника кредита као потрошача, заштитом од ефеката варијабилних камата, валутне клаузуле и трошкова кредитирања.

*а) Заштита корисника финансијских услуга као потрошача.* Треба поћи од претпоставке да је потрошач свако лице које „купује“ банкарске производе или користи финансијске услуге. Посебно је неопходна заштита за физичка лица која се у уговорном односу јављају као „слабија“ – непрофесионална уговорна страна банкарског посла.

Заштита корисника кредита као потрошача је веома важан сегмент, где Република Србија треба да оствари стандарде прихваћене на нивоу ЕУ. Тежња ЕУ је да се постигне ниво заштите који потрошачима – корисницима кредита гарантује, у свим земљама чланицама ЕУ, „исти ниво заштите, и то на једнако транспарентан и ефикасан начин, када „купују“ финансијске услуге“ (Guido, 2005: 166).

Закон о заштити потрошача Србије<sup>12</sup> није регулисао заштиту корисника финансијских услуга, већ је ово питање препустио посебном закону. По Закону о заштити корисника финансијских услуга, корисник финансијске услуге јесте физичко лице које користи финансијске услуге у сврхе које нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности.<sup>13</sup> Основна начела заштите корисника, у смислу овог закона (чл. 5), јесу: 1) право на равноправан однос с даваоцем финансијске услуге; 2) право на заштиту од дискриминације; 3) право на информисање; 4) право на одређеност или одредивост уговорне обавезе и 5) право на заштиту права и интереса.

---

12 Чл. 4 Закона о заштити потрошача, „Сл. гласник РС“, бр. 62/2014 и 6/2016 – др. закон.

13 Чл. 5 Закона о заштити корисника финансијских услуга, „Службени гласник РС“, бр. 36/2011.

Иако је практична заштита корисника кредита повећана, треба радити на побољшању стандарда и потпуном усаглашавању са правом ЕУ. Још увек банке, у пракси, покушавају да уговоре неке неправичне клаузуле (Лазић, 2015: 555).

*б) Заштита од варијабилних камата и валутне клаузуле.* Валутна клаузула и варијабилна камата су два банкарска производа у интересу повериоца, која њихов ризик, иако професионалаца, смањују на уштрб ризика корисника кредита.

*Варијабилна камата.* Камата је цена новца који се позајмљује, а коју зајмопримац плаћа банци као зајмодавцу за употребу позајмљене суме у одређеном периоду. Можете уговорити кредит са фиксном или променљивом (варијабилном) каматном стопом. Кредит са фиксном каматном стопом је кредит чија је висина каматне стопе одређена у моменту потписивања уговора и остаје непромењена у периоду отплате кредита. Кредит са варијабилном каматном стопом, који банке најчешће уговарају на нашем финансијском тржишту, јесте кредит чија је висина каматне стопе везана за одређени променљиви фактор (инфлација, референтна каматна стопа – Либор или Еурибор, стопа раста цена на мало, додатна маржа банке итд). Уговором о кредиту утврђени су услови под којима може доћи до тих промена. Познато је да су банке развиле читав инструментариј како би се заштитиле од промене цене новца на финансијском тржишту.

Либор и Еурибор су каматне стопе по којима пословне банке широм Европе међусобно позајмљују новац (у еврима или другој валути) и оне представљају референтне каматне стопе које банке користе као основицу при обрачунавању каматних стопа на кредите које одобравају клијентима. Еурибор или Европска међубанкарска стопа је референтна тржишна каматна стопа израчуната на темељу котација банака у евро зони, а Либор је међубанкарска каматна стопа међу првокласним банкама у Лондону. Вредност се усклађују са кретањем на међународном тржишту тромесечно или полугодишње, чиме се мења и каматна стопа. Банке нуде опцију везивања варијабилне каматне стопе за вредност Еурибора, када је кредит индексиран у EUR, односно за вредност Либора, када је кредит индексиран у CHF.

Уколико узимате кредит с варијабилном каматном стопом, изложени сте каматном ризику – да у периоду отплате кредита дође до промене висине камате и цене кредита. Законом о заштити корисника финансијских услуга (чл. 26) допуштена је променљива каматна стопа, јер другачије услове кредитирања би могли одредити само за домаћу развојну (хипотекарну) банку, а држава Србија је није формирала. Једина законска заштита је



одредба да природа елемената из чл. 26, ст. 1., мора бити таква да на њих не може утицати једнострана воља ниједне од уговорних страна.

Банке су дужне да у својим пословним просторијама држе истакнуто обавештење о кретању вредности уговорених променљивих елемената. Ова заштита је најзначајнија у захтеву за потпуном информисаношћу корисника услуге о одређеном финансијском производу и услузи, али нема утицаја на саме услове кредитирања. Да би могао донети правилну одлуку о коришћењу неког финансијског производа, информације о њему морају бити упоредиве. Развој европског права показује тенденцију повећања упоредивости података одлучујућих за доношење одлуке потрошача о избору понуђеног финансијског производа, што је потврђено Смерницом о потрошачком кредиту (IP/02/1289, Brussels, 2002: Consumer credit rules for the 21<sup>st</sup> century). Директивом о уговору о потрошачком кредиту (87/102/ЕЕЦ) је уведена обавеза исказивања APR (annual percentage rate) као укупне цене кредита кроз годишњу каматну стопу без обзира коме се плаћа тај износ (тзв. ефективна каматна стопа) и други показатељи (Čulinović-Herz, 2005: 214). У европском праву је најзначајнији корак у хармонизацији прописа о заштити корисника кредита учињен Смерницом о уједначавању права држава чланица у погледу потрошачких кредита из 1987.<sup>14</sup> Такође, значајна је Смерница о осигурању тражбина путем финансијских инструмената из 2002.<sup>15</sup>

*Валутна клаузула.* Код кредита са валутном клаузулом се приликом одобравања кредита и каснијег плаћања месечна рата прерачунава у динаре према вредности односне валуте у моменту плаћања. Пословне банке у Србији су одобравале кредите који су се прерачунавале у EUR или CHF, што је мењало месечну рату и укупан износ кредита зависно од односа вредности динара и ових валута. С обзиром на то да се Србија определила за пливајући курс динара, НБС је покушавала да одржи стабилност динара, али је познато да је то тешка мисија за неразвијене и задужене државе на дужи период и ствара негативни ефекат код дугорочних кредита.

Многи економисти сматрају да је генератор економске кризе у Србији: либерализација финансијског тржишта, прецењен девизни курс динара и прекомерна лична и јавна потрошња (Ковачевић, 2002: 7). НБС је директно утицала на дешавања на финансијском тржишту и доприносила у великој

---

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

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

мери неоправданом јачању домаће валуте, правдајући све то тржиштем, иза кога су ипак стајали интереси финансијских институција (страних банака и ММФ). То је касније довело до великог скока цене кредита, уз истовремени пад зарада и повећање незапослености. Једно од решења је у кредитима са фиксном каматом и другим повољнијим условима које може понудити Развојна банка.

Грађанима који су пре неколико година узимали стамбене и друге кредите везане за швајцарски франак, због глобалне кризе која је узрокована пуцањем финансијског тржишта у Америци, јачања франка у односу на евро, али и повећања варијабилних каматних стопа, месечне рате и цена кредита су знатно увећане. Понуда "репрограмирања дугова" конверзијом валутне клаузуле из CHF у EUR није дала адекватне резултате, јер доводи до додатног увећања цене кредита. Поред тога, процедура за конверзију у већини банака је компликована, јер захтева да клијент практично узме нови кредит, при чему мора поново да достави сву потребну документацију, плати накнаду за обраду кредита и друге накнаде. Неопходно је да наша држава предузме оштре мере, какве је учинила Мађарска, али она није изградила такву међународну позицију у односу на ММФ и Светску банку и као држава кандидат за улазак у ЕУ је у зависном положају.

*ц) Заштита корисника од превисоких трошкова кредитирања.* Пословне банке у Србији, наплаћујући различите врсте провизија и накнада од привреде и становништва, остварују милионске приходе<sup>16</sup>. То су накнаде за вођење текућих рачуна, за обављање мењачких послова, за реализацију налога трансфера новца у земљи и иностранству, издавање различитих потврда, накнаде за обраду кредитних захтева (често најскупља банкарска услуга), накнаде за превремену отплату кредита (3–5% накнаде на суму коју превремено отплаћујете) и сл. Остварени приходи пословних банака од разних трошкова су, у неким годинама, били већи од укупног профита оствареног по основу камата.<sup>17</sup>

Конкуренција пословних банака није дала резултате. Провером понуда банака установљено је да се различите врсте накнада наплаћују по тарифама

---

16 У 2010. години је седам пословних банака, по основу провизија, остварило приходе веће од милијарду динара. Ванса Intesa (5 милијарди динара), Поштанска штедионица (3,5 милијарди динара) и Комерцијална банка (3,2 милијарди динара).

17 Портал Каматица (<http://www.kamatica.com/>) је истраживао висину накнада пословних банака за поједине услуге грађанима. Тако, на готовинске, потрошачке и ауто кредите, накнаде за обраду кредитних захтева се наплаћују у висини од 2 до 3,5%, а за стамбене кредите од 0,5% до 2% од одобреног кредита. Држава је код одобравања субвенционисаних кредита грађанима и привреди ограничила накнаде за обраду кредита на 0,5%.

различитог степена конкурентности. Немогуће је наћи пословну банку која код свих послова са становништвом има најниже накнаде, а клијенти не могу мењати пословне банке и имати истовремено више рачуна зависно од врсте услуге. Приватним пословним банкама је у заједничком интересу кредитирање са што вишим каматама и трошковима, а друштво постаје зависно од банака које не ограничава довољно међусобна конкуренција<sup>18</sup>, штавише долази до спреге интереса. Тиме утичу на привредне токове и животни стандард грађана Србије, јер одређују ко може и под којим условима добити кредит.

Директива о тржиштима финансијских услуга, MIFID (2004/39/ЕС Европског парламента од 21. априла 2004) проширила је дејство и увела могућност да професионални клијенти захтевају да се према њима поступа као према непрофесионалцима. Са њом је усклађен Закон о тржиштима капитала ("Сл. гласник РС", бр. 31/11).

Могућа државна мера је *формирање развојне (хипотекарне) банке*. Развојна банка би из средства прикупљених од грађана и из других извора<sup>19</sup>, по повољној каматној стопи до највише 3% годишње, финансирала извозну привреду, пољопривреду и енергетски сектор, стамбену изградњу, рефинансирала би дуг привредника и грађана који испуњавају одговарајуће услове; кредити би се издавали у динарима са фиксном каматом, а можда и без валутне клаузуле итд.

„Дужничка криза“ само је симптом глобалног неолибералног капитализма, који земљама у развоју није наменио никакву другу улогу осим да продају своје сировине и упијају вишак капитала из богатих земаља (оплођујући га исцрпљивањем својих грађана – прим. аутора). „Земље у развоју се налазе у клопци дужничког ропства“ (Bebek, Santini, 14/2, 2008: 310). Развојна банка би била креатор развоја националне привреде и заштитник интереса грађана, послујући економски одрживо, али одричући се неумерене зараде путем високих камата и трошкова услуга. Без државне развојне банке, приватне банке, углавном стране, *de facto* контролишу српски банкарски

---

18 Додуше, све мањи број поднетих захтева за кредит натерао је банке да, смишљајући нове производе, понуде српском тржишту и бескаматне кредите на дужи период и са много нижим нивоом оптерећења плате. Бескаматни кредити своде цену кредита на ефективну каматну стопу (ЕКС) која садржи само трошкове кредита.

19 Кредитна активност банака омогућава да банка ствара новац на тај начин што монетизује своју активу, и то књишки или безготовински. Ово их чини емисионим установама на исти начин као што су то централне банке, с том разликом што емитују другачију врсту новца. Да ли се такав новац пушта у оптицај безусловно (*debt-free*) или као кредит, питање је пословања, а државна банка би, послујући економски, али са мањом добити, то чинила у интересу грађана и привреде.

систем и привредне токове. Ови кредити би били обезбеђени хипотеком, па отуда и могући назив Државна хипотекарна банка.

Као могућу меру помоћи дужницима у дужничкој кризи, треба размотрити и могућност увођења личног банкрота физичких лица. Увођење личног банкрота, иако није суштинско решење, доприноси решавању проблема презадужености и немогућности отплате ризичних кредита у одређеним ситуацијама. Најближи пример је законодавство Хрватске, које је дозволило да грађанима којима је блокиран рачун због презадужености буде уведен лични банкрот у коме добија стечајног управника који убудуће одлучује о начину коришћења зараде.

## 5. Закључна разматрања

Законском реформом повериоци су добили хипотеку као ефикасно средство обезбеђења потраживања не само у погледу сигурне, већ и у погледу брже и једноставније наплате, посебно увођењем вансудске продаје. Хипотекарном дужнику је омогућено да задржи ранг хипотеке након отплате дуга, а регулисане су и забрањене клаузуле у хипотекарном односу као мера заштите дужника. Међутим, оно што није функција закона о хипотеци, заштита корисника кредита од прекомерног оптерећења неповољним условима кредитирања, није остварено. Корисницима кредита су понуђени кредити са високом и променљивом каматом, валутном клаузулом и високим трошковима кредита. Либерализација српског тржишта је била пребрза и погрешна, посебно после деценијске изолације, санкција и бомбардовања. Друштво је требало постепено прилагођавати тржишним условима привређивања, а посебно заштитити грађане и привреду од прекомерног кредитног исцрпљивања.

У таквим неповољним условима кредитирања погубно је било залагање либералне финансијске концепције за јачање потрошње преко одобравања неповољних потрошачких кредита. Под утицајем либерализације финансијског тржишта, данас је велики део становништва Земљине кугле, а посебно неразвијених и презадужених држава, објекат „флексибилне експлоатације“ или „флексоплотације“ (изрази преузети од Gaj Stending-a). Инструмент либералног капитализма и глобализације су зависне политичке власти презадужених држава. Као технике глобалне експлоатације користе се мале и несигурне плате, несигурност радних места, политизација запошљавања, нередовни приходи, високи трошкови живота, обарање квалитета образовања, интелектуално затупљивање народа путем контролисаних средстава информисања итд., итд...

Превентивну контролну улогу општих услова пословања пословних банака треба да врши НБ Србије, али и да предузима ефикасније мере заштите корисника финансијских услуга. Као мера за побољшање услова кредитирања, требало је очувати Државну хипотекарну банку, односно формирати развојну (хипотекарну) банку са већинским државним капиталом. Развојна банка би из средстава прикупљених од грађана и државе и других извора финансирала под повољнијим кредитним условима од пословних банака (кредити би се издавали у динарима са фиксном каматом, без валутне клаузуле) развој привреде (извозна привреда, пољопривреда, енергетски сектор итд.) и одређене активности грађана (стамбени кредити, рефинансирање дугова итд.), уз обезбеђење хипотеком и испуњавање других правичних услова. Развојна банка би била креатор развоја националне привреде и заштитник интереса грађана, послујући економски одрживо, али одричући се неумерене и шпекулативне зараде путем високих камата и трошкова услуга.

У садашњим условима сматрамо да је корисно увести и институт личног банкрота. За „homo (ne)economicus-a“, када банкрутира под налетом банкарских производа, реклама и других „чари“ потрошачког друштва, лични банкрот је једино решење за претходно неразумно трошење прихода и живот изнад реалних могућности.

Тек са развојем привреде, стабилности економских токова и повећања запослености и зарада, уз заштиту корисника кредита, може се успоставити потпуна функција хипотекарних кредита, као полуге развоја друштва и побољшања стандарда грађана.

## Литература

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

Годишњи извештај о стабилности финансијског система за 2015. Сајт Народне банке Србије. [http://www.nbs.rs/internet/latinica/90/90\\_2/finansijska\\_stabilnost\\_2015.pdf](http://www.nbs.rs/internet/latinica/90/90_2/finansijska_stabilnost_2015.pdf)

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

Директива о уговору о потрошачком кредиту, (87/102/ЕЕС) [https://bib.irb.hr/datoteka/396261.Nova\\_Direktiva\\_200848EZ\\_o\\_ugovorima\\_o\\_potrosackom\\_12119C.pdf](https://bib.irb.hr/datoteka/396261.Nova_Direktiva_200848EZ_o_ugovorima_o_potrosackom_12119C.pdf)

Directive 87/102/EEC for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the member States concerning consumer credit, OJ 1987 L 42/48; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:l32021>

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

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

Кејнз, Ј. М. (2013). *Општа теорија запослености, камате и новца*. (1936, репринт). Београд.

Ковачевић, М. (2002). „Ефекти постојеће политике валутног курса и либерализације увоза“, *Економски анали*. Тематски број јан. vol 46. стр. 187-194.

Ковачевић Куштримовић, Р., Лазић, М. (2009). *Стварно право*. Ниш: „Пунта“.

Хибер, Д. Живковић, М. (2015). *Обезбеђење и учвршћење потраживања*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Марковић, Л. (1926). *Хипотекарно право* (1994, репринт издање). Београд.

Лазић, М. (2009). *Права реалног обезбеђења*. Ниш: „Пунта“.

Лазић, М. (2015). "Заштита хипотекарног дужника од неправичних клаузула". *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. Ниш, Бр. 70. 555–572.

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

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

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

Станковић, К. (2008). "Савремени приступ економским доктринама". *Економски хоризонти*. бр. 10, (1–2). 5–22

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

Stiglitz, J. (2004). *Protivurečnosti globalizacije*. Београд: SBM.

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

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

**Miroslav Lazić, LL.D.**

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

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

### **Summary**

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

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

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

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

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:

UDK: 343.53  
UDK: 343.221

Рад примљен: 30.09.2016.  
Рад прихваћен: 25.10.2016.

## **КРИВИЧНЕ САНКЦИЈЕ – СРЕДСТВО КОНТРОЛЕ КРИМИНАЛИТЕТА ПРАВНИХ ЛИЦА**

**Апстракт:** Прихватајући кривичну одговорност правних лица за учињена кривична дела, низ земаља у свом новом или новелираном кривичном законодавству, паралелно са владајућим системом субјективне одговорности физичких лица (која се базира на урачунљивости и кривици), инаугурише систем објективне кривичне одговорности. Наравно да сва правна лица не могу бити кривично одговорна за учињено дело, већ се и ту праве изузеци (посебно када се ради о држави и државним органима), али то не искључује кривичну одговорност њихових одговорних лица за проузроковану последицу кривичног дела. Стога су савремени кривични закони и одредили посебне врсте кривичних санкција: казне, мере безбедности и условну осуду, те меру одузимања имовинске користи која је прибављена кривичним делом, те начин, поступак и услове за њихово изрицање. Управо у овом раду ће бити говора о појму, карактеристикама, врстама и специфичностима кривичних санкција према правним лицима као средству контроле корпоративног криминалитета (криминалитета правних лица).

**Кључне речи:** закон, правно лице, кривично дело, одговорност, кривичне санкције, суд.

### **1. Уводна разматрања**

Корпоративно кривично право је део, сегмент класичног кривичног права које представља систем законских прописа (*ius publicum*) којима се одређују појам, елементи одговорности, систем кривичних санкција и поступак за њихово изрицање и извршење према правним лицима као учиниоцима кривичних дела и систем кривичних дела која могу извршити ова лица

---

\* jovas@prafak.ni.ac.rs



у циљу сузбијања дела којима се повређују или угрожавају заштићене вредности. Или то је скуп правних норми које одређују садржаје и обим овлашћења државе на кажњавање правних лица при чему темељна претпоставка за примену тих норми представља одређено понашање које је прописано као кривично дело (Novoselec, 2004: 3).

Другим речима, корпоративно кривично право (Јовашевић, 2012: 13–18) само је део правног поретка који прописује која се понашања одређују као кривична дела и каква је правно организована реакција према правним лицима као учиниоцима таквих дела (Марјановић, 1998: 2). Корпоративно кривично право се такође може одредити као систем прописа којима се у једној држави одређује која се понашања сматрају за кривична дела и које казне и друге кривичне санкције и под којим условима могу бити примењене према правним лицима као њиховим учиниоцима, односно као систем законских прописа којима се заштићују основне вредности друштвене заједнице на начин којим се понашања која их повређују или угрожавају одређују као кривична дела и којим се за њихове учиниоце прописују кривичноправне санкције (Grozđanić, Škorić, Martinović, 2013: 78–81).

Иако корпоративно кривично право (Јовашевић, Икановић, 2012: 278–281) представља део, сегмент општег кривичног права са својом специфичном садржином и ограниченим предметом, ипак не треба негирати његову правну самосталност. Истина, оно се развијало и стасавало у оквиру и под окриљем кривичног права, али је с временом добило и своју самосталност, како у међународним, тако и у националним оквирима. Та је самосталност посебно истакнута у оним правним системима где је корпоративно кривично право и формално издвојено из система кривичног права као што је случај у: Србији, Хрватској<sup>1</sup>, Словенији<sup>2</sup>, Аустрији, Црној Гори<sup>3</sup> итд., које су донеле посебне законе о одговорности правних лица.

Основни, главни и непосредни извор корпоративног кривичног права у Републици Србији чине два закона: а) Закон о одговорности правних лица за кривична дела (ЗОПЛКД)<sup>4</sup> и б) Кривични законик (КЗ)<sup>5</sup>. Закон о одговорности правних лица за кривична дела уређује услове одговорности правних лица за кривична дела, кривичне санкције које се могу изрећи

---

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

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

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

4 „Службени гласник Републике Србије“, број 97/08.

5 „Службени гласник Републике Србије“, број : 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 и 108/14.

правним лицима и правила поступка у којем се одлучује о кривичној одговорности правних лица, изрицању кривичних санкција, доношењу одлуке о рехабилитацији, престанку мера безбедности или правних последица осуде и извршењу судских одлука (члан 1 ЗОПЛКД). То је закон којим се допуњују одредбе Кривичног законика у случајевима када се као учинилац предвиђених кривичних дела јавни правно лице.

## 2. Правно лице као субјект кривичног дела

За разлику од старијих времена (римско право), када је било прихваћено правило да правна лица не могу да буду субјект кривичног права јер су они носиоци грађанске, али не и кривичне одговорности, данас је у казненом праву низа европских држава прихваћено да правна лица могу да буду учиниоци посебне врсте кажњивих дела (преступа и прекршаја), посебно у области привредног и финансијског пословања, односно фискалних давања (нпр. у Немачкој у Кривичном законнику, у члану 30 је предвиђено да се правном лицу може изрећи прекршајна казна – новчана казна ако његови органи или са њима изједначена лица учине кривично дело или прекршај који представља кршење дужности правних лица или је тим кривичним делом правно лице стекло или могло стећи противправну имовинску корист).

Кривично право бивше СФР Југославије је после Другог светског рата предвиђало кажњавање правних лица за кривична дела (члан 10 Закона о кривичним делима против народа и државе, члан 11 Закона о недопуштеној трговини, недопуштеној шпекулацији и привредној саботажи и члан 14 Закона о врстама казни). Општи део Кривичног закона из 1947. године предвиђао је могућност да правно лице може изузетно да буде субјект кривичног дела у случајевима када је у закону изричито одређена његова одговорност. Кривични законик ФНРЈ из 1951. године и Кривични закон СФРЈ из 1976. године нису предвиђали кривичну одговорност правних лица.

Али бројни универзални (Палермо конвенција о организованом транснационалном криминалу из 2000. године) и посебно регионални европски документи изричито прописују кривичну, грађанску и административну одговорност правних лица за кривична дела (Pavišić, 2006: 312–318). Тако је Савет Европе 1988. године донео препоруку П – 88/18 којом је државама чланицама препоручено да у своја национална законодавства уведу систем кажњавања предузећа која имају статус правних лица за преступе учињене у свом пословању. Потом Савет Европе 1996. године доноси Препоруку П (96) 8, која се односи на криминалну политику у Европи у време промена.

За увођење кривичне одговорности правних лица од посебног значаја су три конвенције Савета Европе: 1) Конвенција о заштити животне средине путем кривичног права из 1998. године, која инаугурише одговорност правних лица за кривична дела којима се повређује или угрожава животна средина под условом да је одговорно лице учинило кривично дело у име и за рачун правног лица; 2) Кривичноправна конвенција о корупцији из 1999. године, која прописује кривичну одговорност правних лица за кривична дела корупције (овом је конвенцијом државама чланицама постављена обавеза да у националном законодавству уведу кривичну одговорност и кажњивост правних лица за корупцијска кривична дела, посебно дела активног подмићивања, трговину утицајем и прање новца које учини одговорно лице које има водећу улогу у саставу правног лица, поступајући самостално или у саставу тог правног лица); и 3) Конвенција о сајбер криминалу из 2001. године, која успоставља кривичну одговорност правних лица за: кривична дела повреде тајности и доступности компјутерских података и система, компјутерска кривична дела и кривична дела повреде ауторских и сродних права.

И друге европске регионалне организације су се укључиле у ову активност. Тако је Европска унија донела два документа од значаја за корпоративно кривично право. То су: 1) Други протокол уз Конвенцију о заштити финансијских интереса Европске уније из 1995. године, који успоставља обавезу за државе чланице на предузимање потребних мера којима би се успоставила кривична одговорност правних лица за кривична дела: а) преваре, б) активног подмићивања и в) прања новца ако су та дела учињена у њихову корист; на сличан начин обавезу кажњавања за дела активног подмићивања препоручује и 2) Конвенција о забрани подмићивања страних јавних службеника у међународним пословним трансакцијама из 1997. године, коју је донела Организација за европску безбедност и сарадњу (Орп, 2006: 89–94).

Последњих деценија 20. века у низу кривичних законодавастава је уведена кривична одговорност и кажњивост правних лица. Тако Кривични законик Краљевине Холандије из 1976. године уводи општу кривичну одговорност правних лица за кривична дела која могу извршити с обзиром на своје карактеристике. У Краљевини Шведској је новелом Кривичног законика из 1986. године предвиђено изрицање новчане казне за кривична дела која изврше правна лица. Фински Кривични законик из 1996. године у првом поглављу под називом: „Простор примене кривичног права Финске“ у другом одељку изричито одређује корпоративну кривичну одговорност – кривичну одговорност правних лица за кривична дела само у случајевима и на начин који је предвиђен законом. Француски кривични законик из

1992. године у низу својих одредби (чл. 121-2, 131-12-49) предвиђа на специфичан начин утврђивање кривичне одговорности и систем казни за правна лица као учиниоце кривичних дела. Према овом законском решењу сва правна лица изузев државе су кривично одговорна у случајевима који су предвиђени законом или другим прописом ако су испуњена два услова: а) да је кривично дело учињено за њихов рачун и б) да је кривично дело учинио њихов орган или представник. Чланом 54 Закона о изменама Кривичног законика Француске 2004-204 из 2004. године правно лице може да одговара за свако кривично дело, што значи да је укинут принцип специјалне кривичне одговорности „le principe de specialite“ правног лица (Poncela, 2005: 25–37).

И Кривични законик Републике Словеније из 1994. године је у члану 33 предвиђао на специфичан начин кривичну одговорност правних лица, што је конкретно уређено посебним законом (Bavcon, Šelih, 2003: 372) – Законом о одговорности правних лица за кажњива дела из 2004. године<sup>6</sup>. Босна и Херцеговина кривичним законодавством из 2003. и 2004. године уводи систем кривичне одговорности и кажњивости правних лица за кривична дела. И Република Хрватска 2003. године доноси посебан Закон о одговорности правних лица за казнена дела<sup>7</sup>, којим одређује претпоставке кажњивости, систем кривичноправних санкција и кривични поступак за правна лица као учиниоце кривичних дела (Novoselec, 2001: 6–8). На исти начин кривичну одговорност правних лица познаје и Кривични законик Републике Македоније у члану 28 а. (после новеле из 2004. године) при чему се ради о посебној, „специјалној“ одговорности правних лица само за законом таксативно набројана кривична дела. Швајцарски Кривични законик је после новеле из 2003. године такође прихватио концепцију одговорности правних лица за кривична дела.

### **3. Појам и карактеристике одговорности правног лица**

У Републици Србији је кривична одговорност правних лица уведена на основу члана 12 КЗ тек 2008. године посебним Законом о одговорности правних лица за кривична дела (ЗОПЛКД). Овај закон уређује услове одговорности правних лица<sup>8</sup> за кривична дела, систем кривичних санкција и правила поступка у којем се одлучује о одговорности правних лица, изрицању кривичних санкција, доношењу одлуке о рехабилитацији,

---

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

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

8 Појам, карактеристике и врсте правних лица су уређени Законом о привредним друштвима („Службени гласник Републике Србије“, број 125/04).

престанку мере безбедности или правне последице осуде и извршењу судских одлука. За кривична дела могу поред физичких лица да одговарају и: а) домаће и страно правно лице које учини кривично дело на територији Републике Србије, б) страно правно лице које учини кривично дело у иностранству на штету Републике Србије, нашег држављанина или домаћег правног лица и в) домаће правно лице које у иностранству изврши кривично дело. Од кривичне одговорности су изузета следећа правна лица: а) Република Србија, б) аутономна покрајина, в) јединице локалне самоуправе, г) државни органи, д) органи аутономне покрајине, ђ) органи јединице локалне самоуправе и ж) друга правна лица којима је законом поверено вршење јавних овлашћења под условом да је кривично дело учињено у вршењу таквих јавних овлашћења, што значи да они могу да одговарају ако је кривично дело учињено изван „јавних овлашћења“ (Јовашевић, Петровић, 2007: 185–209).

За одговорност правних лица (члан 6 ЗОПЛКД) потребно је испуњење два услова. То су (Јовашевић, 2010: 516–522): а) да је кривично дело учинило одговорно лице у оквиру својих послова или овлашћења у намери да за правно лице прибави корист (без обзира да ли је корист у конкретном случају заиста и прибављена) и б) да је због непостојања надзора или контроле од стране одговорног лица омогућено извршење кривичног дела од стране физичког лица које делује под надзором или контролом одговорног лица<sup>9</sup>. При томе је закон изричито одредио да се одговорност правног лица заснива на кривици одговорног лица (што значи да правно лице одговара за учињено кривично дело, чак и у случају ако је кривични поступак против одговорног лица из законом предвиђених разлога обустављен или је оптужба одбијена).

Корпоративно кривично право Републике Србије предвиђа, поред основне, редовне одговорности правног лица и његовог одговорног лица за учињено кривично дело, и посебне облике одговорности правног лица. То су (Јовашевић, 2011: 121–136): 1) одговорност у случају статусне промене, престанка или стечаја правног лица, 2) одговорност за покушај кривичног дела, 3) одговорност за добровољни одустанак, 4) одговорност за стицај кривичних дела и 5) одговорност за продужено кривично дело<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> У правној теорији постоје различита схватања о моделу који оправдава кажњавање правних лица: а) модел објективне одговорности – одговорност на бази самог проузроковања последице кривичног дела, б) модел изведене кривице правног лица из кривице одређених физичких лица – када правно лице одговара у случају да је кривично дело учињено од стране његовог одговорног лица са кривицом и в) модел аутономне одговорности.

<sup>10</sup> Закон о стечајном поступку, „Службени гласник Републике Србије“, број 84/04.

#### **4. Појам, карактеристике и врсте кривичних санкција**

Кривичне санкције су законом предвиђене мере друштвене реакције које изриче суд у законом спроведеном кривичном поступку према учиниоцу кривичног дела у циљу сузбијања и спречавања вршења кривичних дела. Или то су репресивне мере у рукама државе које она предузима против учинилаца кривичних дела у циљу остваривања специјалне и генералне превенције. Од најстаријих времена друштво покушава да се заштити од различитих облика и видова криминалитета појединаца и група различитим мерама. Међу њима се посебно истичу казне које су дуго времена, све до 19. века представљале једине врсте кривичних санкција (монистички систем санкција). Оне представљају реакцију против учиниоца због извршења кривичног дела којим се наноси штета друштву, али реакцију која има за циљ да спречи тог учиниоца да убудуће врши кривична дела, као и да утиче на друге грађане (потенцијалне учиниоце) да се уздрже од вршења таквих дела. Тако корпоративно кривично право Републике Србије познаје више врста кривичних санкција. То су према члану 12 ЗОПЛКД (Јовашевић, 2013: 241–248: а) казне, б) мере упозорења и в) мере безбедности. То је плуралистички систем кривичних санкција за правна лица.

##### **4.1. Казне**

Основна и најзначајнија врста кривичне санкције, дуго времена једина санкција која је и данас прописана у посебном делу Кривичног законика за највећи број кривичних дела, јесте казна. Домаће право познаје две врсте казни за правно лице као учиниоца кривичног дела (члан 13 ЗОПЛКД: а) новчану казну и б) престанак правног лица. Ове казне се могу изрећи само као главне казне. То су казне које нису прописане у Кривичном законнику (у посебном делу) ни код једног кривичног дела, већ суд, када утврди да је одређено правно лице одговорно за то дело, по свом нахођењу, имајући у виду објективне и субјективне околности учињеног лица и учиниоца, бира врсту и меру казне.

Новчана казна (Ђурђевић, 2005: 168–174) јесте имовинска казна којом се учиниоцу кривичног дела утврђује обавеза да у одређеном року уплати пресудом одређени новчани износ у корист државе. Ово је основна казна за правно лице као учиниоца кривичног дела. Изрицањем новчане казне између учиниоца кривичног дела и државе ствара се облигациони однос у коме се држава појављује као поверилац, а учинилац дела као дужник. За разлику од физичког лица као учиниоца кривичног дела коме се новчана казна може изрећи на два начина: а) у дневним износима и б) у одређеном

износу, правном лицу се новчана казна изриче увек у одређеном, фиксном износу (члан 14 ЗОПЛКД) у оквиру прописане најмање и највеће мере новчане казне (општи минимум и општи максимум). Наиме, новчана казна се може изрећи у распону од сто хиљада динара до петсто милиона динара. Код изрицања новчане казне у одређеном износу закон је поставио одређена ограничења до следећих износа: 1) од 100.000 до милион динара за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до једне године или новчана казна, 2) од милион до два милиона динара за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до три године, 3) од два милиона до пет милиона динара за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до пет година, 4) од пет милиона до десет милиона динара за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до осам година, 5) од десет до двадесет милиона динара за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до десет година и 6) најмање двадесет милиона динара за кривична дела за која је прописана казна затвора преко десет година.

Код изрицања новчане казне (Horvatić, 2003: 129–131) суд је дужан у пресуди да одреди и рок њеног плаћања који не може да буде краћи од 15 дана ни дужи од три месеца. Рок се рачуна од дана правноснажности пресуде. У оправданим случајевима суд може да дозволи исплату новчане казне у отплатама (ратама), али је тада дужан да одреди број рата, њихов износ и рок исплате који не може да буде дужи од једне године – члан 51 КЗ (Икановић, 2012: 78–92). Решење којим се одређује извршење новчане казне извршава надлежни суд у складу са одредбама Закона о извршењу кривичних санкција. Правноснажна одлука којом је изречена новчана казна (или је одлучено о накнади трошкова кривичног поступка) извршава се када протекне рок одређен у одлуци за плаћање новчане казне (односно за накнаду трошкова поступка). Овај се рок рачуна од дана када је осуђеном правном лицу или лицу које је дужно да накнади трошкове достављена правноснажна одлука (чл. 57–58 ЗОПЛКД).

У случају да осуђено правно лице у одређеном року не плати у целости одређену висину новчане казне, приступа се њеној принудној наплати (члан 59 ЗОПЛКД), као и наплати трошкова кривичног поступка. Трошкове принудне наплате сноси осуђено правно лице. У поступку за принудну наплату новчане казне и трошкова кривичног поступка примењују се одредбе о принудној наплати по Закону о платном промету. Ако се истовремено врши принудна наплата новчане казне (и трошкова кривичног поступка), закон је утврдио редослед наплате. То значи да се, прво, наплаћују трошкови кривичног поступка (члан 61 ЗОПЛКД). Ако се услед наплате новчане казне имовина осуђеног правног лица умањи у мери да се више не може намирити досуђени имовинскоправни захтев оштећеног,

тај се захтев намирује из наплаћене новчане казне, али највише до висине казне. У случају када се изречена новчана казна не може наплатити од осуђеног правног лица у целини или не може да се наплати уопште, о томе се обавештава суд који је донео првостепену пресуду о новчаној казни (члан 62 ЗОПЛКД).

Најтежа казна која се може изрећи правном лицу је казна престанка правног лица – члан 18 ЗОПЛКД (Камбовски, 2007: 178–182). Ова се казна може изрећи ако је делатност правног лица у целини или знатној мери била у функцији вршења кривичних дела. Дакле, примена ове казне долази у обзир када је правно лице своју регистровану делатност искористило као средство или начин за вршење кривичних дела у целини или у већем обиму, у значајнијој мери. Након правноснажности пресуде којом је изречена казна престанка правног лица спроводи се поступак ликвидације, стечаја или престанка правног лица. Казна престанка правног лица се извршава брисањем осуђеног правног лица из регистра правних лица у које је оно уписано (члан 63 ЗОПЛКД). По пријему решења о извршењу казне престанка правног лица, орган који води регистар правних лица врши упис изречене казне и о томе се одмах обавештавају органи надлежни за спровођење поступка ликвидације, стечаја или престанка правног лица на други начин (члан 64 ЗОПЛКД). По пријему решења о извршењу казне престанка правног лица организација за принудну наплату налаже свим банкама: а) да блокирају динарске и девизне рачуне осуђеног правног лица, б) да доставе податке о стању на тим рачунима и в) да не отварају нове рачуне. Извештај о стању средстава на рачунима осуђеног правног лица организација за принудну наплату доставља суду који је изрекао првостепену пресуду (члан 65 ЗОПЛКД).

Поступак ликвидације или стечаја привредног друштва коме је изречена ова казна спроводи се према правилима која су одређена законом за поступак ликвидације, односно за банкрот као облик стечајног поступка. Поступак ликвидације или стечаја банке или друштва за осигурање спроводи се у складу са одредбама закона којима се регулише поступак ликвидације или стечаја тих правних лица (члан 66 ЗОПЛКД). Поступак престанка правног лица на други начин спроводе оснивачи правног лица на основу акта којим је утврђен режим поделе имовине, поступак намирења поверилаца и начин заштите њихових права. По протеку рока од три месеца од уписа решења о извршењу казне престанка правног лица у регистар правних лица, орган који води тај регистар проверава да ли је покренут поступак ликвидације или стечаја осуђеног правног лица. Ако поступак ликвидације или стечаја није покренут, орган који води регистар правних лица – привредних субјеката обавештава о томе јавног тужиоца



који у циљу заштите права поверилаца покреће стечајни поступак. За покретање стечајног поступка над осуђеним правним лицем је надлежан јавни тужилац по чијем је захтеву уопште и вођен првостепени кривични поступак (члан 67 ЗОПЛКД). Након спроведеног поступка ликвидације, стечаја или престанка правног лица на други начин, орган који води регистар правних лица извршава брисање осуђеног правног лица из регистра. О упису изречене казне и брисању осуђеног правног лица из регистра орган који га води обавештава суд који је изрекао првостепену пресуду – члан 68 ЗОПЛКД (Миладиновић Стефановић, 2013: 401–416).

При одмеравању новчане казне правном лицу за учињено кривично дело – члан 15 ЗОПЛКД (Камбовски, 2006: 688–691) суд је дужан да се придржава следећих правила: 1) казна се одмерава у границама које су законом прописане за учињено кривично дело (казнени оквири), 2) узима се у обзир сврха кажњавања – та се сврха налази у оквиру опште сврхе свих кривичних санкција – а то је сузбијање дела којима се повређују или угрожавају вредности заштићене кривичним законодавством (члан 4 КЗ). Казна у смислу члана 42 КЗ има и посебну сврху која се састоји у: а) спречавању учиниоца да чини кривична дела и утицању на њега да убудуће не чини кривична дела (специјална превенција), б) утицању на друге да не чине кривична дела (општа превенција) и в) изражавању друштвене осуде за кривично дело, јачању морала и учвршћивању обавезе поштовања закона (општа превенција) и 3) узимају се у обзир све олакшавајуће и отежавајуће околности које утичу да казна буде мања или већа, а нарочито следеће: а) степен одговорности правног лица за учињено кривично дело, б) величина правног лица, в) положај и број одговорних лица у правном лицу која су учинила кривично дело, г) мере које је правно лице предузело у циљу спречавања и откривања кривичног дела и д) мере које је правно лице предузело према одговорном лицу након учињеног кривичног дела. Но, за одмеравање казне правном лицу од значаја су и одредбе које дају суду овлашћење да примени посебна правила која се односе на: 1) ублажавање казне и 2) ослобођење од казне<sup>11</sup>.

#### **4.2. Условна осуда**

Другу врсту кривичних санкција за правна лица чине мере упозорења (Selinšek, 2007: 306–307). За разлику од физичког лица, коме се могу изрећи две врсте ових мера и то: а) условна осуда и б) судска опомена, правном лицу се може изрећи само једна врста мера упозорења. То је условна осуда.

11 Овде се мора радити о последицама које би нарочито (у већем обиму или степену) погађале просечног човека што је у складу са захтевима генералне превенције.

Условна осуда је одлагање извршења утврђене казне учиниоцу кривичног дела под условом да за време које одреди суд не изврши ново кривично дело. То значи да је условна осуда опраштање казне (или привремено одрицање државе да изрекне казну) учиниоцу дела од стране друштва под одређеним условима, опраштање које је базирано на уверењу да ће се учинилац убудуће владати у складу са нормама правног поретка и да неће вршити кривична дела. Условна осуда се појављује у два облика: а) условна осуда у класичном смислу и б) условна осуда са заштитним надзором.

За изрицање условне осуде правном лицу потребно је испуњење два кумулативна услова: 1) формални услов – да је учиниоцу за извршено кривично дело утврђена новчана казна у износу до пет милиона динара. При томе је закон поставио два ограничења у погледу могућности изрицања условне осуде: а) она се не може изрећи учиниоцу кривичног дела за које је прописана казна затвора у трајању од десет година или тежа казна и б) она се не може изрећи ако није протекло више од пет година од правноснажности раније осуде којом је учиниоцу изречена казна затвора за умишљајно дело. Мере безбедности које су изречене уз условну осуду се извршавају и 2) материјални услов – уверење (оцена) суда да ће се на осуђеног и без извршења утврђене казне у довољној мери утицати да више не врши кривична дела. Суд до овог уверења долази имајући у виду сврху условне осуде при чему се посебно узимају у обзир следеће околности: а) степен одговорности правног лица за учињено кривично дело, б) мере које је правно лице предузело у циљу спречавања и откривања кривичног дела и в) мере које је правно лице предузело према одговорном лицу након учињеног кривичног дела.

Своје уверење и чињенице на којима га заснива суд је дужан да образложи у самој пресуди. И кад су испуњени ови законом кумулативно предвиђени услови, суд може (а не мора) да изрекне условну осуду. Ако суд одлучи да изрекне условну казну, тада одређује време проверавања<sup>12</sup> у конкретном случају и услове под којима одлаже изрицање казне. Ти услови могу да буду: а) обавезни и б) факултативни. Обавезни услов при изрицању условне осуде јесте да осуђени за време проверавања које може да траје од једне до три године не учини ново кривично дело. Факултативни услови под којима се изриче условна осуда могу да буду: а) општи и б) посебни. Општи факултативни услови се односе на сва кривична дела и на све учиниоце под претпоставком да тај услов одговара природи кривичног

---

12 Време проверавања (време кушње или пробације) одређује се на основу уверења (оцене) суда о дужини времена које је потребно за остварење специјалне превенције као сврхе остварења ове кривичне санкције. У том случају суд треба да процени колико је времена потребно за специјално превентивно дејство.

дела и околностима под којима је учињено. То могу да буду: а) да врати имовинску корист прибављену кривичним делом, б) да накнади штету која је проузрокована кривичном делом и в) да испуни друге обавезе предвиђене у кривичноправним одредбама. Рок за испуњење овако постављених обавеза се утврђује у оквиру одређеног времена проверавања. Посебни факултативни услови могу да се састоје у обавези осуђеног да изврши неку од изречених мера безбедности (забрана обављања одређених регистрованих делатности, одузимање предмета) и посебни факултативни услови који су у посебном делу Кривичног законика предвиђени код појединих кривичних дела који одговарају његовој природи.

Наше корпоративно кривично право предвиђа као разлог за опозивање условне осуде (Врховшек, 2008: 112–116) ако правно лице у време трајања рока проверавања буде одговорно за једно или више кривичних дела (без обзира да ли су та кривична дела извршена за време трајања овог рока или пре изрицања условне осуде јер се за њих није знало у време суђења). То значи да извршење новог кривичног дела (члан 21 ЗОПЛКД) представља основ који доводи до обавезног или факултативног опозивања условне осуде. Условна осуда ће се обавезно (облигаторно) опозвати ако осуђено правно лице у време проверавања буде одговорно за једно или више кривичних дела за која му је изречена новчана казна од пет милиона динара или у већем износу. Условна осуда се може опозвати (факултативно опозивање) ако осуђено правно лице у време проверавања буде одговорно за једно или више кривичних дела за која му је изречена новчана казна мања од пет милиона динара. За оцену да ли ће опозвати условну осуду у овом случају суд обавезно узима у обзир околности које се односе на учињено кривично дело и на правно лице, а посебно сродност учињених кривичних дела и њихов значај. При том је суд везан забраном изрицања условне осуде ако правном лицу за кривична дела утврђена у условној осуди и за нова кривична дела треба изрећи новчану казну у износу преко пет милиона динара.

Када опозове условну осуду суд применом одредби о одмеравању казне за дела у стицају изриче јединствену новчану казну (за раније учињено и за ново кривично дело) узимајући казну из опозване условне осуде као утврђену која се системом кумулације увећава за новоизречене казне. Ако не опозове условну осуду, суд за новоучињено кривично дело може да изрекне: а) условну осуду или б) казну. Ако суд нађе да и за ново кривично дело треба изрећи условну осуду, тада утврђује јединствену новчану казну (за раније учињено и за новоучињено кривично дело) и одређује ново време проверавања које може да се креће од једне до три године. Ово време проверавања почиње да тече од дана правоснажности нове пресуде.

Ако осуђено правно лице у току новог времена проверавања буде поново одговорно за учињено кривично дело, тада суд обавезно (облигаторно) опозива условну осуду и изриче безусловну новчану казну.

Условна осуда (Бабић, Марковић, 2008: 545–567) може се опозвати у току времена проверавања (члан 70 КЗ). Ако осуђени у том времену учини кривично дело које повлачи опозивање условне осуде, а то је пресудом утврђено тек после истека времена проверавања, условна осуда се може опозвати најкасније у року од једне године од дана када је протекло време проверавања. Ако осуђени у одређеном року не испуни неку од постављених обавеза, суд може најкасније у року од једне године од дана када је истекло време проверавања одредити да се изврши утврђена казна у условној осуди. Ако се после изрицања условне осуде утврди да је осуђени извршио кривично дело пре него што је условно осуђен због чега не би било основа за изрицање условне осуде, условна осуда се може опозвати најкасније у року од једне године од дана када је протекло време проверавања. Одлуку о опозивању условне осуде доноси у форми пресуде суд који је судио у првом степену. У њој се морају утврдити основ за опозивање и разлози којима се суд руководио да опозове условну осуду ако је реч о факултативном опозиву.

Условна осуда са заштитним надзором (члан 71 КЗ) јесте други облик (модалитет) ове упозоравајуће санкције (Petrović, Jovašević, Ferhatović, 2016: 218–221). Заштитни надзор обухвата законом предвиђене мере помоћи, старања, надзора и заштите. Када изрекне условну осуду, суд може да одреди да се правно лице као учинилац кривичног дела стави под заштитни надзор за одређено време у току трајања времена проверавања (члан 22 ЗОПЛКД). Заштитни надзор одређује суд у пресуди којом изриче условну осуду и одређује мере заштитног надзора, њихово трајање и начин њиховог испуњавања. Садржину заштитног надзора (члан 22 ЗОПЛКД) чине следеће обавезе: 1) организовање контроле у циљу спречавања даљег вршења кривичних дела, 2) уздржавање од пословних активности ако то може бити прилика или подстицај за поновно вршење кривичних дела, 3) отклањање или ублажавање штете причињене кривичним делом, 4) обављање рада у јавном интересу и 5) достављање периодичних извештаја о пословању органу надлежном за извршење заштитног надзора.

При избору једне или више обавеза у оквиру заштитног надзора и одређивању њиховог трајања суд нарочито узима у обзир следеће околности : а) године живота учиниоца, б) његово здравствено стање, в) склоности и навике, г) побуде из којих је извршио кривично дело, д) држање после извршеног кривичног дела, љ) ранији живот, е) личне и породичне

прилике, ж) услове за испуњење наложених обавеза и з) друге околности које се односе на личност учиниоца, а од значаја су за избор мере заштитног надзора и њихово трајање. У сваком случају, када се определи за изрицање условне осуде са заштитним надзором, суд одређује и време трајања овако постављене мере, с тим да се ово време креће у оквиру времена проверавања. У току трајања заштитног надзора суд може, с обзиром на остварене резултате, да: а) поједине обавезе укине, б) постављене обавезе замени другим обавезама, в) да опомене учиниоца дела, г) да продужи време испуњења поједине обавезе или д) да укине заштитни надзор ако се утврди да је његова сврха већ остварена будући да овде закон не предвиђа могућност опозивања условне осуде. Са опозивањем условне осуде престаје и заштитни надзор.

### ***4.3. Мере безбедности***

Мере безбедности су посебна врста кривичних санкција које се може изрећи правном лицу као учиниоцу кривичног дела. Закон предвиђа три мере безбедности (члан 23 ЗОПЛКД): а) забрана обављања одређених регистрованих делатности или послова, б) одузимање предмета и в) јавно објављивање пресуде. Правном лицу као учиниоцу кривичног дела суд може да изрекне једну или више мера безбедности (кумуляција мера), ако су за то испуњени услови у конкретном случају. Мере безбедности се, по правилу, изричу уз друге кривичне санкције: а) казну и б) условну осуду. При томе се мере одузимања предмета и јавно обављивање пресуде могу изрећи ако је одговорном правом лицу изречена условна осуда (члан 23, став 3 ЗОПЛКД). Уз меру безбедности се може изрећи и мера одузимања имовинске користи прибављене кривичним делом.

Суд може одговорном правном лицу као учиниоцу кривичног дела забранити да обавља одређене регистроване делатности или послове у вези са којим је кривично дело учињено (члан 24 ЗОПЛКД). У основи примене ове мере је отклањање опасности која произилази из делатности или посла учиниоца кривичног дела, тако што се он онемогућава за одређено време у својој делатности коју је претходно злоупотребио и у вези са којом је извршено кривично дело. За изрицање ове мере потребна су два услова: а) да је правном лицу изречена казна и б) да је суд дошао до уверења на бази оцене свих околности извршеног кривичног дела да се оправдано може сматрати да би даље вршење ове регистроване делатности или послова било опасно у смислу да се понови исто или слично кривично дело. Изрицање ове мере је факултативно, а суд одређује њено трајање од једне до три године рачунајући од дана правноснажности одлуке. Суд који је у првом степену изрекао ову меру безбедности доставља правноснажну одлуку (члан 69 ЗОПЛКД) следећим лицима: а) органу који је надлежан за

вођење послова регистрације правних лица ради одговарајућег уписа или евиденције ради спровођења мере, б) органу који је надлежан за издавање дозволе или одобрења за вршење одређене регистроване делатности или послова, ако је прописано да се та делатност или послови могу обављати само по издатој дозволи или одобрењу надлежног органа, в) полицији на чијем подручју домаће правно лице има седиште, односно страном правно лице има представништво или огранак ради уписа у прописану евиденцију и г) надлежном инспекцијском органу.

Одузимање предмета је једина стварна мера безбедности у нашем корпоративном кривичном праву. Она се састоји у одузимању предмета који је био намењен или употребљен за извршење кривичног дела или који је настао извршењем кривичног дела под условом да се налазе у својини правног лица као учиниоца прекршаја (члан 25 ЗОПЛКД). Но, овом се мером могу одузети предмети и када нису у својини правног лица у два случаја: а) ако то захтевају интереси опште безбедности и б) ако то захтевају разлози морала. Изрицањем ове мере се не дира у права трећих лица на накнаду штете од учиниоца. Одузимање предмета је по правилу факултативно, али закон може одредити и обавезно одузимање предмета код појединих кривичних дела.

Јавно објављивање пресуде се састоји у обавези осуђеног правног лица (учиниоца кривичног дела) да о свом трошку истим путем којим је кривично дело учињено или на други одговарајући начин објави судску одлуку у целости или делимично (члан 26 ЗОПЛКД). Логично је да се ради о правноснажној судској одлуци. Ради се о мери која погађа учиниоца кривичног дела, представља његову стигматизацију и излаже га друштвеној бламажи, али са друге стране омогућава оштећеном лицу да се отклоне или ублаже штетне последице извршеног кривичног дела. Њеном применом се отклањају штетне последице по оштећеног и његов углед, утисак у друштву који је нарушен извршењем кривичног дела. Она се може (факултативно) изрећи правном лицу ако суд сматра да би било корисно да се јавност упозна са пресудом, а нарочито ако би објављивање пресуде допринело да се отклони опасност по живот или здравље људи или да се заштити општи интерес. То значи да је њена примена посебно корисна у случају извршења кривичног дела којим се проузрокована опасност за живот или здравље људи, а суд дође до уверења да би објављивање пресуде допринело да се отклони или бар умањи та опасност. Наравно, примена ове мере је оправдана и у случају заштите другог општег интереса.

Ова се мера факултативно изриче као комплементарна кривична санкција уз казну или условну осуду. Но, законом се може одредити обавезно објављивање пресуде, с тим што суд у сваком случају зависно од два

критеријума: а) значаја кривичног дела и б) потребе обавештавања јавности, одлучује путем којих средстава јавног информисања ће се таква пресуда објавити (и на који начин – да ли у целости са образложењем или у изводу – делимично) водећи при томе рачуна да начин објављивања пресуде омогући обавештеност свих у чијем интересу овакву пресуду заиста и треба објавити. Суд који је водио кривични поступак у првом степену доставља извршну судску одлуку којом је изречена ова мера безбедности ради објављивања и то уреднику одређеног средства јавног информисања. Трошкове јавног објављивања пресуде сноси осуђено правно лице (члан 70 ЗОПЛКД).

## 5. Закључак

Под утицајем низа универзалних и регионалних докумената, у другој половини 20. века у низу европских кривичноправних система се уводи специфичан облик одговорности за кривична дела – објективна одговорност или одговорност за проузроковану последицу без кривице његовог учиниоца. То је одговорност правних лица за кривична дела која је у неким државама предвиђена изричито у кривичном закону – законик у (Шведска, Финска, Холандија, Француска, Македонија, Босна и Херцеговина), док је у другим државама прописана у посебним законима (Аустрија, Србија, Хрватска, Словенија, Црна Гора).

Ради се о одговорности домаћих и страних правних лица која учине кривично дело у привредном пословању радњом или пропустом одговорног лица или другог лица у име, за рачун или у корист тог правног лица. Но, ипак не могу сва правна лица да одговарају за кривична дела, па су тако од овог вида кривичне одговорности изузете државе, њени органи и органи територијалне аутономије или локалне самоуправе. Поред основне или редовне, у законодавству је прописано и више посебних облика кривичне одговорности правних лица: а) одговорност у случају статусне промене, престанка или стечаја, б) одговорност за покушај кривичног дела, в) одговорност за добровољни одустанак, г) одговорност за стицај кривичних дела и д) одговорност за продужено кривично дело.

Без обзира о ком облику одговорности правног лица се ради, њему се као учиниоцу кривичног дела, независно од одговорности одговорног лица, може изрећи једна или више кривичних санкција: а) казне (новчана казна и престанак правног лица), б) условна осуда (која се јавља у два облика и то као класична условна осуда и као условна осуда са заштитним надзором и в) три мере безбедности као специфичне санкције које се могу изрећи самостално или кумулативно са наведеним санкцијама. При томе је посебан Закон о одговорности правних лица за кривична дела у Републици Србији

из 2008. године, поред система санкција, прописао правила за утврђивање кривичне одговорности правних лица, те поступак изрицања и извршења санкција како би се њиховом применом могао остварити основни циљ кривичног права – заштита и обезбеђење најзначајнијих друштвених добара и вредности.

### Литература

- Бабић, М., Марковић, И. (2008). *Кривично право. Општи дио*. Бања Лука: Правни факултет.
- Bavcon, Lj., Šelih, A. (2003). *Kazensko pravo, Splošni del*. Ljubljana: Pravna fakulteta.
- Врховшек, М. (2008). *Коментар Закона о одговорности правних лица за кривична дела*. Београд: Пословни биро.
- Grozdanić, V., Škorić, M. Martinović, I. (2013). *Kazneno pravo. Opći dio*. Rijeka: Pravni fakultet.
- Ђурђевић, З. (2005). *Komentar Zakona o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela*. Zagreb: Narodne novine.
- Икановић, В. (2012). *Одговорност правних лица за кривична дјела*. Бања Лука: АИС
- Јовашевић, Д. (2013). *Кривично право, Општи део*. Ниш: Правни факултет.
- Јовашевић, Д., Икановић, В. (2012). *Кривично право Републике Српске. Општи део*. Бања Лука: Факултет правних наука.
- Јовашевић, Д. (2012). *Корпоративно кривично право*. Ниш: Свен.
- Јовашевић, Д. (2011). Криминалитет правних лица и државна реакција. Зборник радова, *Криминал и државна реакција*. Београд : Институт за криминолошка и социолошка истраживања. 121–136.
- Јовашевић, Д. (2010). Одговорност правних лица – европски стандарди и право Републике Србије. Зборник радова, *Хармонизација законодавства Републике Србије са правом Европске уније*, Београд: Институт за међународну политику и привреду. 516–533.
- Јовашевић, Д., Петровић, Б. (2007). Кривична одговорност правних лица у савременом кривичном праву. *Зборник Правног факултета у Нишу*. Ниш. 49. 185–209.
- Камбовски, В. (2007). Кривична одговорност правних лица – компаративна истраживања. Скопје: Правниот факултет.
- Камбовски, В. (2006). Казнено право. Општ дел. Скопје: Август – Ш.
- Марјановик, Г. (1998). *Македонско кривично право. Општ дел*. Скопље: Просветно дел.



Миладиновић Стефановић, Д. (2013). Одмеравање казне правним лицима као учиниоцима кривичних дела. Зборник радова. *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*. Ниш: Правни факултет. 401–416.

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

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

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

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

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

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

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

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

„Службени гласник Републике Србије“. Бр. 84. 2004.

„Службени гласник Републике Србије“. Бр. 125. 2004.

„Службени гласник Републике Србије“. Бр. 85. 2005, 88. 2005, 107. 2005, 72. 2009, 111. 2009, 121. 2012, 104. 2013 и 108. 2014.

„Службени гласник Републике Србије“. Бр. 97. 2008.

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

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

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

**Dragan Jovašević, LL.D.,**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

**CRIMINAL SANCTIONS FOR LEGAL ENTITIES:  
An instrument of Crime control**

**Summary**

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

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

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

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

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



**Др Весна Кнежевић Предић,\***

Редовни професор Факултета политичких наука  
Универзитет у Београду

**Др Зоран Радивојевић,\*\***

Редовни професор Правног факултета  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

doi:

UDK: 341.645.2(4-672EU)

Рад примљен: 30.09.2016.

Рад прихваћен: 25.10.2016.

## **ПРАВОСУДНА КОНТРОЛА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ: ПРОЦЕСНА ЛЕГИТИМАЦИЈА ДРЖАВЕ ЧЛАНИЦЕ\*\*\***

**Апстракт:** *Особени карактер Европске уније данас више нико не доводи у питање. Без обзира на то да ли се назива супранационалном или sui generis организацијом, оно што Унију чини јединственом појавом у области међудржавног организовања јесте снажан и независан систем правосудне контроле успостављен са циљем да се „обезбеди поштовање права у тумачењу и примени“ оснивачких уговора. У његовом средишту налази се Суд правде коме оснивачки уговори поверавају низ посебних овлашћења. Суд је пре свега овлашћен да пресуди да ли је држава чланица пропустила да изврши обавезе које проистичу из Уговора. Творци Уније су створили неколико поступка који воде том циљу. Први омогућава Суду да по тужби Комисије пресуди да ли је држава чланица поштовала обавезе које проистичу из права ЕУ. Следећи, који је током читаве историје европских интеграција крајње ретко употребљаван, додељује активну легитимацију другој држави чланици. Трећи поступак, који овом приликом остављамо по страни, овлашћује Суд да одговори на питања која су му поставили национални судови о учинцима права ЕУ на поступке који се воде пред њима. Поред случајева када се држава чланица појављује пред Судом као пасивно легитимисана страна, оснивачки уговори прописују неколико поступака у којима се државама чланицама омогућава да покрену правосудну контролу поштовања права ЕУ од стране њених институција. Том приликом државама чланицама као активно легитимисаним субјектима стоје на располагању три врсте правних средстава које могу поднети Суду.*

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

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

\*\*\* Рад је припремљен у оквиру пројекта „Политички идентитет Србије у регионалном и глобалном контексту“, бр. 179079, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

*То су тужба за поништај, тужба због пропуштања и тужба за накнаду штете коју су проузроковале институције ЕУ или њихови службеници у вршењу својих овлашћења.*

**Кључне речи:** правосудна контрола, процесна легитимација, активна легитимација, државе чланице, Европска уније, Суд правде, директне тужбе, поништај, пропуштање, накнада штете.

## 1. Увод

Особени карактер Европске уније (даље: ЕУ) данас више нико не доводи у питање. Без обзира на то дали се она квалификује као супранационална или, како Европски суд правде радије воли да каже, као *sui generis* организација, сматра се да је таква природа резултат три основне карактеристике ЕУ<sup>1</sup>.

Најпре, реч је о њеној структури која између осталог обухвата органе у чији састав улазе лица која нису представници држава везани инструкцијама својих влада, већ независне личности или непосредно изабрани представници народа. Надаље, то је особени начин одлучивања из кога произилазе одлуке донете већинским гласањем обавезујуће за чланице и без њиховог пристанка, тј. упркос томе што су против њих гласале. Најзад, ради се о овлашћењу органа да без посредовања државе чланице непосредно уређују односе на њеној територији, односно да својим одлукама директно стварају права и обавезе за субјекте националног права, тј. физичка и правна лица (Dimitrijević, Račić, 2011: 83).

Истина је да ове три одлике нису потпуно нове, те да и друге међународне организације поседују неке од тих особина. Рецимо, готово све оне имају неки орган који је дужан да делује независно од држава чланица, а то је по правилу секретаријат. Уз то, поједине њихове одлуке доносе се већинским гласањем, а бар неке од њих су правно обавезујуће и без пристанка државе чланице на коју се односе. Такав правни карактер имају одлуке којима се бирају часници организације и друге организационе одлуке, одлуке финансијског карактера или правилници које организација доноси. Поједине организације или, тачније, речне комисије имају право да доносе одлуке које се непосредно примењују и делују на индивидуалне субјекте чак и без посредовања држава, тј њихове ратификације или другог начина увођења у унутрашњи правни поредак.

---

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

Међутим, ново је њихово сабирање или кумулирање, будући да се све ове три одлике заједно појављују само код ЕУ. Друге типичне организације могу да имају једну или у најбољем случају две, али никако све три наведене карактеристике. И не само то. Оно што је можда најважније јесте да код ЕУ постоји још једна одлика које нема ни код било које друге организације. А та четврта карактеристика која Унију стварно и изворно чини јединственом појавом у области међудржавног организовања је обавезност правосудног решавања спорова из домена права ЕУ, која важи за све субјекте овог система: државе чланице, институције и појединце (Кнежевић-Предић, 2001: 84). Ова одлика ЕУ посебно је апострофирана у случају држава чланица, јер су се оне изреком обавезале да при решавању спорова из домена ЕУ не прибегавају ни једном другом начину осим оном који је предвиђен самим оснивачким уговорима. Ова обавеза значи да ће државе правосудним путем решавати спорове у свим областима у којима су оне као чланице повериле надлежност ЕУ, са изузетом заједничке спољне политике и политике безбедности<sup>2</sup>. Поред активне, ова обавеза има и своју пасивну компоненту. Државе су се, наиме, обавезале да своје спорове неће решавати ни пред једним другим судским органом осим пред правосудним органима ЕУ. У средишту система правосудне контроле, чији је задатак да „обезбеди поштовање права у тумачењу и примени“ оснивачких уговора, налази се Суд правде ЕУ као збирни појам или генеричка ознака за целокупан правосудни систем Уније у чији састав улазе Суд правде, Општи суд и специјализовани судови.

Како би Суд правде ЕУ могао да испуни свој задатак, одредбе оснивачких уговора, а посебно Уговора о функционисању ЕУ (даље: УФЕУ) поверавају Суду низ посебних овлашћења. Суд је, пре свега, овлашћен да пресуди да ли је држава чланица пропустила да изврши обавезе које проистичу из Уговора. Творци Уније су створили три различита поступка или контролна механизма која воде том циљу. Први омогућава Суду да по тужби Комисије пресуди да ли је држава чланица поштовала обавезе које проистичу из права ЕУ<sup>3</sup>. Следећи поступак, који је током читаве историје европских интеграција крајње ретко употребљаван, додељује активну легитимацију другој држави чланици<sup>4</sup>. Трећи поступак овлашћује Суд да одговори на питања која су му поставили национални судови о учинцима које право ЕУ производи на поступке који се воде пред њима<sup>5</sup>. Имајући у виду да је

---

2 Чл.344 Уговора о функционисању ЕУ (даље: УФЕУ). О домаћају овог члана видети: *European Union Treaties, A Commentary*, 2015:1034

3 Чл. 258 УФЕУ

4 Чл. 259 УФЕУ

5 Чл. 267 УФЕУ

поступак пред Судом само део парнице која се одвија пред националним судом, овом приликом остављамо по страни поступак прибављања одлуке о претходном питању. Дакле, предмет пажње у оквиру првог сегмента нашег реферата јесте само пасивна легитимација државе у поступку правосудне контроле, односно, тачније речено, само случајеви када се као тужена страна пред Судом правде појављује држава чланица.

Друга област којом се бавимо у овом раду је активна легитимација држава чланица у поступцима против институција ЕУ. Оснивачки уговори прописују неколико поступака у којима се државама чланицама омогућава да покрену правосудну контролу поштовања права ЕУ од стране њених институција. Том приликом државама чланицама као овлашћеним тужиоцима стоје на располагању три врсте правних средстава које могу поднети Суду. То су тужба за поништај<sup>6</sup>, тужба због пропуштања<sup>7</sup> и тужба за накнаду штете коју су проузроковале институције ЕУ или њихови службеници у вршењу својих овлашћења<sup>8</sup>. Томе је посвећен други део овог рада.

## **2. Пасивна легитимација државе чланице у поступцима због неиспуњења обавеза**

Повод за покретање овог поступка је непоштовање обавезе из права ЕУ од стране државе чланице. Поступак се покреће са циљем да Суд правде утврди постојање пропуста државе у испуњавању обавезе и да се она обавезе да прекине са неизвршењем (Steiner, Woods, 2003: 578). Право на подношење тужбе због неиспуњења обавезе имају Комисија и друге државе чланице. Физичка и правна лица немају активну процесну легитимацију, јер заштита њихових субјективних права није непосредни циљ ове врсте тужбе.

У пракси се као тужилац скоро увек појављује Комисија у складу са својом улогом „чувара уговора“. Као тужена страна у овом поступку појављује се држава чланица која наводно није испунила неку обавезу из права ЕУ. Обавезе због чијег се непоштовања покреће поступак против државе могу да потичу из различитих формалних извора права ЕУ. Првенствено су у питању обавезе које проистичу из оснивачких уговора и уговора који их мењају и допуњавају, као и општих начела права ЕУ као другог извора примарног права. Неспорно је, такође, да у овај круг улази и секундарна

---

6 Чл. 263 УФЕУ

7 Чл. 265 УФЕУ

8 Чл. 268 и 340 УФЕУ

легислатива, тј. обавезујући правни акти законодавног и незаконодавног карактера које доносе институције ЕУ на основу ових уговора. Исти је случај са уговорним обавезама проистеклим из споразума које Унија закључује са трећим државама или међународним организацијама (Radivojević, Knežević-Predić, 2016: 160).

Анализа јуриспруденције Суда правде указује на неке типичне облике непоштовања обавеза држава чланица (Craig, De Burca, 2003: 418–424). Тако чланица крши право ЕУ ако не обезбеђује његово одговарајуће дејство у свом националном правном систему. Суд је, наиме, сматрао да држава не поштује своје обавезе уколико на исти начин не санкционише повреду националног и повреду права ЕУ<sup>9</sup>.

Непоштовање обавезе може да представља и само задржавање на снази или спровођење у живот постојећих законских и подзаконских аката који су неспојиви са правом ЕУ. У том погледу постоји обавеза држава чланица да из свог националног права уклони све норме које нису у складу са прописима ЕУ, чак и онда када се више не примењују, јер оне за субјекте могу да буду извор нејасноћа и правне несигурности<sup>10</sup>.

Повреда обавезе неделовањем постоји када држава чланица пропусти да предузме мере на које је обавезна или не донесе одређени правни акт. До тога најчешће долази у случају неспровођења директиве с обзиром на чињеницу да она државама оставља слободу у погледу метода и средстава њене имплементације. Кршење обавезе постоји и ако држава директиву не спроведе у прописаном року, будући да свако кашњење са њеном имплементацијом има за последицу угрожавање јединствене примене права ЕУ<sup>11</sup>.

Овај поступак особен је и по томе што његовом покретању претходи процедура административне природе који је само у основним цртама прописана оснивачким уговором, док је највећим делом резултат праксе коју је сама Комисија развила. Он се води у оквиру или пред Комисијом и своди на преговоре са државом чланицом са циљем да се постигне сагласност о наводном непоштовању обавезе и мерама за његово отклањање. Када преговори не доведу до задовољавајућег резултата Комисија усваја образложено мишљење које обавезује државу. Тек ако држава не поступи у складу са образложеним мишљењем у року који је

---

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

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

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



одређен<sup>12</sup>, Комисија може покренути судски поступак. Она, дакле, није обавезна да то учини, већ јој је остављено дискреционо право да одлучи да ли ће поступак окончати у административној фази или ће прибећи судском облику контроле.

Улогу чувара уговора Комисија је различито схватала од свог настанка до данас. Током прве три деценије рада она је своје право да изведе пред Суд „непоћудну“ државу користила опрезно и невољно. До преокрета долази средином осамдесетих година предходног века када на чело Комисије долази Жак Делор (Jacques Delor), посвећени „интеграционалиста“ и моћна политичка фигура.<sup>13</sup> Паралелно са напорима да се заједничко тржиште „преведе“ у унутрашње тржиште и да се интегративни токови прошире на монетарну, заједничку спољну политику, правосуђе и друге области сарадње, Комисија све интензивне посматра и прати имплементацију и, када није задовољна резултатима административне фазе, покреће поступак пред Судом. Контролна функција Комисије и њена улога тужиоца постаје други важан стуб на коме почива њен утицај у ЕУ, упоредо са функцијом предлагача обавезујућих аката.

Са више или мање осцилација она ће ту улогу очувати и у овим, за ЕУ веома турбулентним временима. Од 2011. године закључно са јулом ове године<sup>14</sup>, пред Судом правде је окончано 138 поступака које је иницирала Комисија против државе чланице. Преглед по годинама показује да су прве године друге деценије нашег века бележиле већи број поступака: 2011. било је 26, 2012. максималних 34, а 2013. године само три мање, тј. 31 пресуђени предмет. Пад броја поступака започиње 2014. када је забележено 20 пресуђених случајева. Најмање је било претходне, 2015. године тек 14, док је до јула ове године окончано 13 предмета. Неславан рекорд по броју појављивања пред судом у улози тужене државе чланице држи Белгија (16 пута), а следе је Португал (13 пута), Шпанија (12 пута), Пољска (10 пута), Велика Британија (9 пута), Ирска, Холандија, Немачка и Француска (по 7 пута), Аустрија (6 пута), Грчка, Луксембург и Мађарска (по 5 пута), Словачка (четири пута), Шведска (три пута), Чешка и Кипар (по

---

12 Суд је показао опрез и извесна оклевања када је реч о року који је остављен држави да отклони наводни прекршај. Видети: case 74/82 *Commission v. Ireland* ECR (1984); case 293/85 *Commission v. Belgium* (1988)

13 Жак Делор ће на челу Комисије провести читаву деценију почевши од 1985, па све до 1995. године.

14 Видети базу судске праксе EUR-LEX, EU case law, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/advanced-search-form.html?qid=1472562901796&action=update> (25. 8. 2016)

два пута). На самом зачељу ове неславне листе су Малта, Финска, Естонија, Летонија, Литванија, Словенија и Румунија са по једном тужбом.

Осим Комисије, још један јавнопрвни субјект је овлашћен да иницира поступак против државе чланице, а то је друга држава чланица. Пре него што покрене поступак пред Судом правде она је дужна да се обрати Комисији која прво позива државу да изнесе своје виђење случаја. Пошто је тако дала прилику заинтересованој страни да се изјасни, Комисија доноси образложено мишљење, па уколико држава у питању не поступи у складу са њим, држава која је покренула административни поступак, стиче право да поднесе тужбу Суду правде. Међутим, изостанак образложеног мишљења Комисије не представља препреку за покретање поступка директне судске контроле. Заинтересована држава, међутим, има право на тужбу и без образложеног мишљења по истеку рока од три месеца од дана подношења одговарајућег предмета Комисији. Право на подизање тужбе она би имала и уколико је незадовољна мишљењем, укључујући и случај када Комисија утврди да нема непоштовања уговорне обавезе (Knežević-Predić, V. Radivojević, Z. 2009: 165).

Током читаве историје европских интеграција овај поступак крајње је ретко употребљаван, те се у том смислу тешко може сматрати делотворним. Државе чланице показују далеко већу склоност да за своје узајамне спорове потраже друга вансудска, тј. политичка решења. Због тога нимало не изненађује да у изузетно обимној и богатој јуриспруденцији Суда спорови типа држава против државе учествују у изузетно скромном броју. Тачније до сада је било само шест спорова ове врсте од којих је само један и то први завршен успехом државе тужиоца<sup>15</sup>. У два случаја тужба је одбачена због недостатка процесних петпоставки за одлучивање, док су три завршена мериторним одлукама којима тужбени захтев није прихваћен, односно тужба је одбијена<sup>16</sup>. Најновији од њих, који може да послужи као добра илустрација, јесте случај тужбе Мађарске против Словачке<sup>17</sup>, који ћемо овом приликом кратко приказати.

Повод за овај спор је дипломатски инцидент који се десио у лето 2009. године када је бивши мађарски председник Републике позван да дође у Словачку у град Комарно, где је живела значајна мађарска мањина, и да том приликом открије споменик краљу Светом Стефану. Међутим, оно што је створило проблем био је датум посете, пошто она није планирана

---

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

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

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

за 20. август када Мађари обележавају свој национални празник у част првог краља, већ за 21. август када 1968. године извршена интервенција трупа држава чланица Варшавског уговора на тадашњу Чехословачку. Други проблем био је програм посете који није предвиђао сусрет са било којим словачким званичником. Зато је Министарство иностраних послова Словачке позвало мађарског амбасадора у Братислави и уручило му вербалну ноту да је улазак бившег мађарског председника у Словачку забрањен из разлога безбедности. Њему је нота саопштена у току пута за Словачку и он се зауставио на самој граници одлучивши да ипак не покуша улазак на словачку територију.

Пошто овај спор није могао да се реши дипломатским путем, Мађарска се обратила Комисији са захтевом да покрене поступак против Словачке због кршења обавезе из чл. 21 УФЕУ и погрешне примене Директиве 2004/38 које се односе на слободу кретања грађана ЕУ. Међутим, Комисија је одбила да тужи Словачку уз образложење да се на посету бившег шефа државе једне чланице другој чланици не примењује право ЕУ, већ међународно право које регулише то питање независно од тога да ли је шеф државе грађанин ЕУ. Иако је по мишљењу Комисије Словачка погрешила када се позвала на Директиву ЕУ која у овом случају није меродавна, она је по међународном праву имала право да одбије улазак бившег шефа државе.

Због оваквог става Комисије, Мађарска је 8. јула 2010. поднела тужбу против Словачке Суду правде због неиспуњења обавезе уз исто образложење, с тим што је као нови наведен аргумент да у међународном праву нема правила везаних за кретање шефова државе које би дозвољавало дерогацију од опште слободе кретања у праву ЕУ. У својој пресуди Суд је заступао становиште да право на кретање и боравак на територији држава чланица које уживају грађани ЕУ према чл. 21 УФЕУ подлеже ограничењима из међународног права које иначе чини део правног поретка ЕУ. Положај шефа државе има посебне карактеристике и регулисан је правилима међународног права која чине разлику између шефа државе и осталих грађана ЕУ. Дакле, за шефове држава међународно право може да постави ограничења у погледу вршења и коришћења права на слободу кретања из чл. 21 УФЕУ.

На основу тога, Суд је закључио да Словачка није по праву ЕУ имала обавезу да дозволи улазак бившем мађарском шефу државе на своју територију. Међутим, Суд је на томе стао и није се даље упуштао у анализу питања када и у коме обиму норме међународног права дозвољавају могућа одступања од релевантних правила права ЕУ, уз образложење да то није релевантно

за овај случај. На крају, Суд је у целости одбио мађарски тужбени захтев и наложио јој да плати трошкове поступка.

У току поступка пред Судом тужене државе износе различите аргументе у своју одбрану како би оспориле допуштеност или основаност тужбе. Сврха истицања ових приговора је да се докаже како постоје разлози који оправдавају непоштовање обавезе. У јуриспруденцији Суда издвојило се неколико најчешћих стратегија одбране држава (Radivojević, et al. 2016: 163). Једна од њих је да одговорност државе не постоји у случајевима када су предузете све расположиве мере у циљу поштовања обавеза, али до њиховог извршења није дошло због деловања или неделовања законодавних или судских органа. Суд правде није, по правилу, прихватио ову аргументацију уз образложење да „обавезе које проистичу из уговора почивају на држави као таквој и одговорност... наступа без обзира на то који је орган државе чије је деловање или неделовање проузроковало неиспуњење њених обавеза, чак и у случају уставно независне институције“<sup>18</sup>.

Став је Суда да одредбе националног законодавства, па чак и уставне одредбе, не извињавају државу чланицу у случају непоштовања обавеза<sup>19</sup>. Исто тако, ни одговорност савезне државе не искључује чињеница да је повреду обавезе из права ЕУ извршио орган власти неке њене федералне јединице<sup>20</sup>.

Јуриспруденција познаје и случајеве позивања државе чланице на противправност мере која није спроведена, али Суд није био склон да прихвати ни ту линију стратегије одбране<sup>21</sup>. Он је, такође, одбио да као ваљано оправдање за непоштовање обавеза држава чланица прихвати позивање на вишу силу<sup>22</sup>, унутрашње политичке прилике, економску или социјалну ситуацију или околност да повреда обавезе није проузроковала никакву штету<sup>23</sup>. Коначно, пракса показује неспремност Суда да државе чланице које су тужене за непоштовање обавеза ослободи одговорности зато што су на исти начин поступиле друге државе или институције Уније<sup>24</sup>.

---

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

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

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

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

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

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

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

После спроведеног поступка Суд својом пресудом утврђује да ли постоји непоштовање обавезе од стране државе чланице. Реч је о пресуди декларативне природе којом се само констатује да је тужена држава пропустила да испуни своје обавезе из права ЕУ. У тој пресуди се може ближе одредити у чему се повреда обавезе састоји, али Суд није овлашћен да држави нареди да нешто учини или не учини. Исто тако, Суд није надлежан да поништава националне прописе којима се крше обавезе наметнуте правом ЕУ.

Држава чланица за коју се утврди да није поштовала неку своју обавезу дужна је да предузме све потребне мере којима ће извршити пресуду. Неизвршење пресуде сматра се повредом обавезе и представља основ за покретање новог судског поступка од стране Комисије. У том се случају од Суда може тражити да држави која није извршила пресуду наложити плаћање паушалног износа или новчане казне<sup>25</sup>.

### **3. Активна легитимација државе чланице у поступцима против институција ЕУ**

Правосудној контроли подвргнуте су не само државе чланице већ и институције Уније. У овом случају оне су пасивно легитимисани субјекти пошто њихово понашање представља предмет судске контроле. Насупрот томе, у улози носиоца активне легитимације појављују се државе чланице које оснивачки уговори овлашћују да подношењем одређених врста директних тужби покрену механизам правосудне контроле. Тим уговорима установљен је комплетан систем правних средстава и поступака са циљем да омогуће Суду правде да контролише законитост рада органа Уније<sup>26</sup>. Овако важна улога судске контроле за владавину права у ЕУ произилази из непостојања класичне поделе власти у овој међународној организацији, као и дефицита у демократској легитимацији деловања њених органа (Meškić, Samardžić, 2012: 421).

Право ЕУ познаје неколико основних поступака у којима Суд правде по тужбама држава чланица контролише законитост рада институција Уније. Они се могу разврстати у следеће групе: поступак оцене законитости већ донетих аката институција, поступак поводом недоношења аката од стране институција и поступак утврђивања вануговорне одговорности институција за проузроковану штету (Knežević-Predić, Radivojević, 2009: 180–181).

---

25 Чл. 260, став 2 УФЕУ

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

Први од њих је поступак контроле законитости правних акта које усвајају институције. Тужба за поништај представља основни начин и средство у вршењу ове врсте контроле. Предмет ове тужбе могу бити акти поименично наведени у оснивачким уговорима, али је Суд правде у пракси овај списак проширио, вршећи контролу неких аката који нису изричито поменути. Према слову оснивачких уговора<sup>27</sup> контроли ваљаности подлежу законодавни акти, акти Савета, Комисије и Европске централне банке, као и акти Европског парламента, Европског савета, органа тела или агенција Уније који су усвојени са циљем да производе правна дејства према трећима. Међу акте који су предмет контроле Суд је укључио и све друге акте под условом да производе правне последице по права и обавезе субјеката права ЕУ. У том погледу од одлучујућег значаја је садржина и предмет одређеног правног акта, а не његов назив и форма<sup>28</sup>. Из судске контроле су пак изричито искључени акти који имају карактер препоруке и мишљења.

Активну легитимацију, тј право да тужбом пред судом покрене поступак за оцену законитости има свака држава чланица ЕУ. Чланица је, како се обично каже, повлашћени или привилеговани тужилац који може затражити поништење било које обавезујуће одлуке институција, без обзира на то о којој је врсти реч или коме је упућена. Она не мора да доказује свој посебан правни интерес и увек поседује право на подношење тужбе за поништај. Сматра се да државе чланице као привилеговани тужиоци имају општи интерес у односу на примену права ЕУ.

Разлози за оцену законитости правних аката прописани су оснивачким уговорима и обухватају: недостатак надлежности; повреду битних правила поступка; повреду оснивачког уговора или сваког другог правног прописа који се односи на његову примену и злоупотребу овлашћења<sup>29</sup>. Рок за покретање поступка износи два месеца, а рачуна се, у зависности од околности, од објављивања акта, његовог саопштавања овлашћеном покретачу поступка, или од дана када се он упознао са његовом садржином<sup>30</sup>. Овако кратак рок прописан је ради заштите и обезбеђења правне сигурности (Radivojević, et al. 2016: 168). Подношење тужбе за поништај нема суспензивно дејство. Ипак, Суду правде је дата могућност да

---

27 Чл. 263 УФЕУ.

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

29 Чл. 263, став 2 УФЕУ

30 Чл. 263, став 6 УФЕУ

одложи примену акта чија се законитост оспорава када нађе да околности то налажу<sup>31</sup>.

Када утврди да постоји неки од разлога за ништавост, Суд правде поништава оспорени акт<sup>32</sup>. Суд није овлашћен да својом одлуком мења или допуњава поништени акт<sup>33</sup>. Пресуда обавезује не само странке у поступку (Lenaerts, Arts, Maselis, 2006: 133), већ делује према свима (Manin, 2005: 436), и то од момента доношења акта (Misita, 2007: 791). Тиме се успоставља стање које би постојало да такав акт није донет. Пресуда Суда обавезује институције које су донеле поништени акт да га више не примењују, као и да повуку или укину све друге акте донете на основу њега<sup>34</sup>. Поред тога, институције Уније имају обавезу да у разумном року донесу нови акт који неће садржати недостатке који су довели до ништавости.

У поређењу са тужбама за неизвршење обавеза држава чланица, број тужби за поништај је релативно скроман. У периоду од 2011. до јула 2016. године<sup>35</sup> окончано је 45 поступака. Број пресуђених предмета варирао је од три донете пресуде у првој посматраној години до 16 пресуда донетих 2015. године.<sup>36</sup> Највећи број поступака иницирала је Шпанија са 10 тужби за поништај. Сличан ентузијазам показала је Велика Британија која је поднела 8 тужби за поништај, Италија и Немачка по пет, Француска и Грчка по четири, Мађарска и Пољска по две, Аустрија, Летонија, Ирска, Белгија, Естонија и Холандија по једну. У улози туженог убедљиво се најчешће налазила Комисија и то чак 29 пута. Следи је Савет који је тужен 13 пута, с тим што се 7 пута појављивао као једини тужени, а шест пута заједно са Европским парламентом. Парламент је само једном приликом био једини тужени, као и Европска централна банка.

Правосудна контрола законитости рада институција не завршава се само на оцени ваљаности већ усвојених аката. Суд правде овлашћен је да контролише да ли институције које су оснивачким уговорима обавезне да донесу неки акт, ту своју дужност испуњавају или пак пропуштају да изврше. Правно средство које у случају недоношења аката стоји

---

31 Чл. 278 УФЕУ

32 Чл. 264, став 1 УФЕУ

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

34 Чл. 266 УФЕУ

35 Видети базу судске праксе EUR-LEX, EU case law, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/advanced-search-form.html?qid=1472562901796&action=update> (25. 8. 2016)

36 Године 2012. донето је девет пресуда, 2013. пет, 2014. године осам, а до јула ове године четири пресуде.

на располагању државама чланицама је тужба због пропуштања. Том приликом од Суда се тражи да недоношење одређеног акта прогласи повредом оснивачког уговора<sup>37</sup>.

За покретање овог поступка потребно је испуњење неколико услова. Најпре се тражи да је пропуштање противправно, односно да је институција у питању била дужна да усвоји правни акт, па то није учинила. Према томе, оснивачки уговор није прекршен ако је институцијама остављено дискреционо овлашћење у погледу доношења правних аката<sup>38</sup>. Други услов је да институција о чијем је пропусту реч није усвојила никакав став<sup>39</sup>. Свако заузимање јасног и одређеног становишта по питању недоношења акта може да доведе до тога да се захтев државе за покретање овог поступка сматра недопуштеним<sup>40</sup>. Трећи услов тиче се врсте аката због чијег се недоношења може покренути поступак. Реч је заправо о истим оним правним актима који су предмет тужбе за поништај.

Сличност поступка поводом недоношења акта са поступком оцене законитости уочљива је и кад су у питању државе чланице као активно легитимисани субјекти. Оне се и овде сматрају привилегованим тужиоцима који не морају да доказују посебан правни интерес за подношење тужбе. Као такве имају опште право да покрену поступак у случају сваког пропуста институције Уније да изврши неку од својих обавеза из оснивачког уговора.

Главну особеност поступка правосудне контроле у случају недоношења аката представља заправо посебна процедура која претходи обраћању држава чланица Суду. Као овлашћени носилац активне процесне легитимације држава је дужна да пре подношења тужбе због пропуштања упуту формални захтев надлежном органу да одређени акт усвоји. Тако се институцији ЕУ пружа прилика да сама исправи свој пропуст (Drears, Hargreavs, 2004: 149). Институција има рок од два месеца да донесе тражени акт. Тек ако у том периоду не поступи по захтеву, отвара се могућност држави чланици да подношењем тужбе покрене судски поступак у наредна два месеца<sup>41</sup>.

Суд правде нема овлашћење да својом пресудом сам усвоји акт који је институција Уније пропустила да донесе. Он је само овлашћен да утврди да такав пропуст представља повреду оснивачког уговора. У овом случају

---

37 Чл. 265 УФЕУ

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

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

40 Case 125/78 *Gema* (1979)

41 Чл. 265, став 2 УФЕУ



реч је о декларативној пресуди којом се констатује да је неусвајањем акта институција Уније прекршила уговор (Radivojević, et. al. 2016: 172).

Увид у базу података Суда у периоду 2011–2016. година<sup>42</sup> показао је да државе нису заинтересоване за овај поступак. Ниједан случај није покренут како би се институције принудиле да искористе неко од додељених им овлашћења. Још је, можда, интересантније што наша претрага није идентификовала ниједан поступак за накнаду штете против институција ЕУ од стране држава чланица, што је наредни и последњи поступак који је предмет овог текста. Истини за вољу, захтев за накнаду штете државе су знале да истакну у неком другом поступку, али као самостална тужба остаје и даље неискоришћена могућност.

Трећу врсту контроле представља управо поступак за накнаду штете који може покренути свака држава чланица која сматра да јој је понашањем органа ЕУ причињена штета<sup>43</sup>. У овом случају ради се о тзв. вануговорној или деликтној одговорности Уније. За постојање те одговорности неопходно је испуњење неколико услова који морају постојати кумулативно. Ови услови обухватају: противправно понашање Уније и њених институција; постојање штете; и узрочно-последичну везу између понашања Уније и настанка штете. Пошто органи раде преко службеника, Унија одговара за радње и пропусте службеника у вршењу својих дужности<sup>44</sup>.

Вануговорна одговорност Уније за штету може постојати и када нема повреде, односно кршења правних правила. Иако је одговорност без постојања противправног понашања институције ЕУ још увек спорна, сматра се да правичност налаже накнаду штете насталу доношењем потпуно правно ваљаних аката.

У погледу постојања штете и узрочно-последичне везе као преостала два услова одговорности право ЕУ се углавном ослања на коришћење аналогije са националним правним системима. Претрпљена штета мора да буде стварна и извесна, а њено постојање и висину треба да докаже оштећена држава. Накнада мора бити одговарајућа и обухвата како стварну штету, тако и изгубљену добит<sup>45</sup>. Кад је у питању каузална веза између понашања

---

42 Реч је о бази докумената и судске праксе EUR-LEX, EU case law, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/advanced-search-form.html?qid=1472562901796&action=update> (25. 8. 2016)

43 Чл. 268 УФЕУ

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

45 Case 74/74 *CNTA* (1975)

институција и службеника Уније и настале штете, њено постојање треба, такође, да докаже оштећена држава<sup>46</sup>.

У случају вануговорне одговорности ЕУ свака држава чланица која сматра да јој је проузрокована штета, може поднети Суду посебну тужбу за накнаду. Ова тужба се подноси против Уније као туженог, с тим да њоме може бити обухваћена и институција, орган или агенција чије је понашање проузроковало штету. Кад се ради о штети коју је проузроковао службеник приликом обављања своје дужности, тужба за накнаду се подноси само против Уније, а не против њега лично.

Рок за покретање поступка је пет година и рачуна се од дана када је наступио догађај на коме се одговорност заснива<sup>47</sup>. Овај рок се прекида ако оштећена држава поднесе захтев за накнаду штете институцији Уније која је проузроковала штету. Уколико се институција не изјасни о захтеву или одбије да надокнади штету, држава чланица има додатни рок од два месеца за покретање поступка пред Судом<sup>48</sup>.

Од Суда се може тражити да досуди одређени износ накнаде у новцу или да само утврди постојање штете и одговорности Уније. У овом другом случају Суд доноси међупресуду којом утврђује одговорност и обавезу Уније да оштећеној држави надокнади штету<sup>49</sup>. Међупресудом се не одређује тачан износ штете, већ се препушта странкама да то питање споразумно реше. Уколико се у одређеном року не постигне споразум, свака странка доставља Суду сопствену процену износа претрпљене штете. Суд тада доноси коначну пресуду којом одређује износ штете коју треба надокнадити (Schermers, Waelbroeck, 2001: 568).

#### 4. Закључак

Једна од дилема која већ читаво столеће окупира међународне форуме на којима се окупљају државе јесте питање ефикасности деловања међународних организација. Ова тема, такође, изузетно је високо

---

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

47 Чл. 40 Статута Суда. Суд стоји на становишту да је у питању преклузивни рок и испитује га по службеној дужности; видети: case T-140/04 *Advisbureau Ehcon BV v. Commission* (2005)

48 Чл. 263 УФЕУ

49 Према ставу Суда услов за доношење међупресуде је да ће штета ускоро наступити и да се она може предвидети са довољно сигурности; видети: case 60/74, *Kamnffmeyer v. Council and Commission*, ECR, 1976, p.711.

рангирана на агенди теоретичара међународних односа и међународног институционалног права. Одговори који се тим поводом нуде варирају већ према политичким, економским, идеолошким и другим уверењима оних који за њим трагају, краткорочном и средњорочном стању светске економије, политичкој равнотежи или њеном одсуству, структури, овлашћењима и области деловања међународне организације која је предмет разматрања и слично. Један од њих је, међутим, константан: све док се у рукама држава чланица организације налази не само овлашћење да стварају правни систем организације и да имплементирају његове обавезујуће норме, већ и овлашћење да саме – било индивидуално било колективно – те норме тумаче и одлучују о санкционисању кршења, међународне организације ће бити подложне приговору неефикасности, а често и неправичности (Schermers, Blokker, 2003: 1385)

Иако и сама често критикована „изнутра“ и „споља“ као недовољно делотворна, ЕУ свакако није подложна овом приговору. Исто тако, њен правни поредак је неупоредиво кохерентнији, јединственији и делотворнији од правних система других, типичних међународних организација. Нема никакве сумње да је томе допринео читав низ чинилаца: перципирана економска и политичка добит од чланства у ЕУ, заједничке вредности, заједничка баштина... Ипак, чини се да сви економски, политички, социјални, културни и други фактори не би довели до ЕУ какву данас познајемо да она, од првих својих зачетака, није располагала правосудним органом, а касније правосудним системом, чија је надлежност обавезујућа. Искључивши могућност субјеката овог система да у доменима који су јој поверени своје спорове решавају дипломатским средствима или пред правосудним органима изван система ЕУ, садашња Унија се конституисала као организација заснована на владавини права. Подвргавање државе чланице правосудној контроли и, с друге стране, омогућавање држави да и сама буде иницијатор те контроле, представља, по нашем мишљењу, срж тог пројекта.

Да ли су правна средства уграђена у темеље овог баланса коришћена и у којој мери? На основу нашег релативно ограниченог увида у базу података Суда, може се закључити да механизам контроле извршавања обавеза од стране држава у коме се као тужилац појављује јавноправни субјект функционише превасходно захваљујући ангажману Комисије. Можда број поступака који су добили судски епилог и није фасцинирајући, посебно у поређењу са бројем поступака прибављања одлуке о претходном питању, који константно износи око или чак преко половине свих поступака у регистру Суда. Ипак, имајући у виду релативно ограничена средства која стоје Комисији на располагању и развијеност самог поретка ЕУ, чини се да

он оправдава очекивања твораца оснивачког уговора. Утолико пре што се посматрани период добрим делом подудара са озбиљним кризама које, једна за другом, погађају саму ЕУ, почевши од кризе јавних дугова, преко терористичке и мигрантске кризе, па све до најновијег Брежита. Питање је да ли ће таква неповољна атмосфера у и око ЕУ утицати на политику коју Комисија води у сфери употребе своје активне легитимације.

Када је о другој држави чланици као тужиоцу реч, чини се да је овај поступак представља нежељену опцију којој се прибегава у оним ситуацијама које, иако спадају у домен права ЕУ или су повезане са њим, имају доминантну, ширу политичку перспективу. Иако нас историја овог поступка наводи на закључак да су његови потенцијали за будућност такође мали, тешко је предвидети како би актуелни процеси у ЕУ и озбиљне несагласности између неких држава чланица могли на њега утицати.

Од поступака у којима се држава чланица појављује у улози тужиоца само је поступак којим се захтева поништај акта ЕУ стављен у своју функцију. Нимало неочекивано, на удару је превасходно Комисија, па тек потом Савет самостално или заједно са Европским парламентом. Индикативно је да владе држава чланица до сада нису затражиле оцену законитости политички несумњиво најзначајнијег тела, Европског савета, нити било које агенције и тела ЕУ. Такође је уочљиво да различите државе чланице показују драматично различити ниво активизма као носиоци активне процесне легитимације. Ако је и за очекивати да Велика Британија буде при врху ове листе, појава Шпаније као лидера и високи ангажман оснивача Немачке, Француске и Италије могао би бити сигнал да су државе чланице спремне да преиспитују легалност деловања институција, било да је реч о евентуалном прекорачењу надлежности, злоупотреби овлашћења или непоштовању правила поступка.

## Литература

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

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

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

Case 77/69 *Commission v. Belgium* (1970) ECR-237

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

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

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

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

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

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

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

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

### **Summary**

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

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

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

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

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





**Др Радомир Зекавица,\***  
Ванредни професор  
Криминалистичко полицијске академије,  
Универзитет у Београду

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:

UDK: 341.176(4-672EU)

Рад примљен: 30.09.2016.  
Рад прихваћен: 25.10.2016.

## **КОНТРОЛА И ОДГОВОРНОСТ У СИСТЕМУ ПОЛИТИЧКИХ ИНСТИТУЦИЈА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ – ОСНОВНИ ИЗАЗОВИ И ПРОБЛЕМИ\*\***

**Апстракт:** У раду се анализира питање политичке одговорности и контроле најзначајнијих политичких институција Европске уније. Аутор указује најпре на основна значења појма политичка одговорност, а затим на специфичности Европске уније као политичког система. У раду се даје анализа основних надлежности и међусобног односа Европског парламента, Европског савета, Министарског савета и Европске комисије и то у контексту два основна значења политичке одговорности – одговорност политичких институција пред грађанима и одговорност на релацији егзекутива-легислатива. Аутор настоји да укаже на кључне проблеме и изазове који стоје на путу успостављања пуне политичке одговорности и даје своје мишљење о основним узроцима кризе демократског легитимитета политичког система Европске уније.

**Кључне речи:** политичка одговорност, политичке институције, Европска унија, демократија.

---

\* radomir.zekavica@kpa.edu.rs

\*\* Рад је резултат реализовања научноистраживачког пројекта који финансира Министарство науке и технолошког развоја РС бр. 179045, а који реализује Криминалистичко полицијска академија у Београду и био је усмено изложен на Међународној научној конференцији „Контрола у унутрашњем, међународном и праву Европске уније“ која је одржана на Правном факултету у Нишу 19–20. маја 2016. године.

## 1. Увод

Контрола и одговорност су термини без којих је готово немогуће замислити било какву дебату која у основи има расправу о демократији и владавини права. Основни разлог је тај што се ни демократија ни владавина права не могу замислити без функционалног и ефикасног система контроле рада представника државне власти. Власт без контроле је арбитарна и ауторитарна, а то значи да не може бити ни одговорна (осим себи самој). Самим тим, нема основних услова не само за демократију као политички режим који подразумева политички одговорну власт, него ни за владавину права као правно-политички концепт који треба да оствари претпоставке правне одговорности државне власти. Дакле, уколико желимо да говоримо о демократском систему власти који почива на начелима владавине права, онда се мора успоставити систем пуне одговорности и контроле, тј. систем политичке и правне одговорности државне власти. У тексту који следи указаћемо ближе на основна значења ових термина и њихов међусобни однос, али основни циљ овог рада је у томе да се испита и анализира актуелни систем политичке контроле и одговорности кључних политичких институција Европске уније (ЕУ) и да се на такав начин понуди одговор на питање да ли и у којој мери је политички систем ЕУ у складу да основним начелима демократије.

## 2. Контрола и одговорност – основно значење

Појам контроле се у науци најчешће дефинише као упоређивање постојећег стања ствари са очекиваним. Другим речима упоређује се у којој је мери и на који начин фактичко стање ствари у складу са оним стањем ствари које је друштвеним нормама дефинисано као очекивано. Контрола је могућа само тамо где постоје унапред дефинисана правила понашања, јер је њена сврха управо у томе да врши оцену усаглашености датог понашања са важећим правилима. Упоређивање предвиђеног и оствареног може бити извршено према различитим критеријумима. Тако рецимо, ови критеријуми могу бити политичке, техничке и правне природе, те је у зависности од тога могуће говорити о политичкој, техничкој и правној контроли. Код техничке контроле врши се упоређивање извесних активности према прецизним прорачунима, математичким стандардима или другим техничким упутствима. Политичка контрола се односи на испитивање да ли је неки посао обављен у складу са неком политичком одлуком, ставовима, начелним опредељењима, док правном контролом се проверава нечије поступање с обзиром на правна мерила, правна правила (Томић, 1998: 73).

С друге стране, одговорност подразумева подложност санкцији. Учинити неког одговорним подразумева могућност да се од те особе захтевају сва потребна објашњења у вези задатака које предузима, могућност да њено понашање буде испитивано, да се о њему суди и да оно буде санкционисано од стране других (Fisher, 2004: 497). Већ из самог одређења појма одговорности може се уочити да одговорност подразумева ограничавање моћи, њену подложност контроли различитих субјеката којима се даје право да цене да ли је нечији рад у складу са усвојеним нормама и стандардима, те да у оним случајевима у којима процене да то није предузму одговарајуће мере или изрекну одговарајуће санкције. Како се обично истиче, велика моћ захтева велику одговорност, али то није случај уколико се независно од носилаца те и такве моћи не створе механизми њихове ефикасне контроле и одговорности.

Као што смо већ истакли, постоје различити типови контроле и одговорности, али за функционисање неког правног и политичког система, од пресудног значаја су правна и политичка контрола и одговорност. И у једном и другом случају постоји могућност изрицања санкције, с тим што су санкције битно различите. У случају правне одговорности, санкција може бити различита врста казне у виду казне затвора, новчане казне и томе слично. У свим случајевима утврђивања правне одговорности реч је о непоштовању неког правног правила, тј. извршењу деликта због чега се правна санкција изриче. Политичка одговорност подразумева санкцију сасвим другачије природе и сврхе. Та разлика је резултат другачије природе и сврхе политичке у односу на правну одговорност.

Најјаснија представа политичке одговорности, њене сврхе и потенцијалне санкције може се стећи увидом у начине функционисања система државне власти и примене начела поделе власти у њима. То се посебно односи на парламентарни систем власти у којем се ово начело примењује у складу са принципом гипке поделе власти који подразумева могућност политичке контроле на релацији егзекутива-легислатива и могућност утицаја једне власти на другу и њихове међусобне смене кроз механизме изгласавања неповерења влади или пак распуштања парламента. Дакле, у типичним парламентарним системима власти, постојање механизма међусобне политичке контроле чини једну власт политички одговорном пред другом.

Међутим, суштина политичке одговорности је у потпуности остварена тек онда када су обе власти политички одговорне пред грађанима и када власт црпи свој легитимитет из пристанка грађана. То један политички систем чини не само политички одговорним, већ и демократским. Примарни значај политичке одговорности се, стога, може видети у успостављању

демократског карактера неког политичког система. То из разлога што политичка одговорност подразумева могућност оцене рада политичке власти од стране народа, и самим тим, могућност њеног санкционисања у виду смене власти. Према томе, постојање механизма политичке контроле и одговорности је *sine qua non* демократског политичког система.

Могли би констатовати да се политичка одговорност манифестује у два основна облика. Први облик је одговорност пред грађанима, а други одговорност егzekутиве пред легислативом и обратно. За постојање демократског политичког система од пресудне је важности постојање првог облика политичке одговорности јер он подразумева могућност демократског избора и смене власти. Други облик политичке одговорности доприноси балансу политичког утицаја и моћи на релацији егzekутива-легислатива, али не мора нужно да буде предуслов демократског политичког система (иначе се председнички и скупштински систем власти онда не би могли сматрати демократским).

У вези првог облика политичке одговорности, треба нагласити једну значајну разлику између позиције легислативе и егzekутиве. Наиме, политичка одговорност легислативе пред грађанима је непосредне природе, тј. она се утврђује и оцењује путем избора који омогућавају грађанима непосредни утицај на састав парламента. Оваква пракса и правило су неопходан услов за постојање демократског политичког поретка, јер се управо на такав начин обезбеђује да суверен државни орган, који је уједно и творац државне воље (оличене у уставу и законима), буде демократски изабран те да његов састав зависи непосредно од воље грађана који имају могућност да путем избора периодично цене његов рад и тако га учине политички одговорним. То један политички систем чини демократским, бар у оном минималном, процедуралном смислу речи. Реч је дакле о минималном услову који један политички систем треба да испуни да би био сматран базично демократским.

За разлику од легислативе, политичка одговорност егzekутиве пред грађанима је више посредне него непосредне природе јер се састав егzekутиве (пре свега владе али и председника у типичним парламентарним системима власти) одређује у зависности од резултата парламентарних избора, односно изборног успеха политичких актера и њиховог реалног утицаја у парламенту. Непосредан избор и контрола егzekутиве није нужно неопходна у демократским политичким режимима јер није реч о органима који стварају државну вољу, већ о органима који треба да је спроводе.

Сходно реченоме, рећи да у једном политичком систему постоји политичка одговорност која га чини базично (миминално, процедурално)

демократским значи да тај политички систем познаје и примењује, пре свега, први облик те одговорности, док је други облик потенцијално значајна допуна систему пуне политичке одговорности, али не и нужан услов демократског политичког система.

### **3. Специфичности Европске уније као политичког система**

Имајући у виду основно значење политичке одговорности треба сагледати да ли ЕУ почива на институцијама и механизмима који омогућавају такву одговорност и сходно томе, да ли је и у којој мери политички систем ЕУ демократски утемељен (имајући у виду наравно политичку одговорност власти као битну претпоставку демократског политичког поретка). Разматрање овог питања захтева одговор на два претходна питања, од којег зависи, уједно, и могућност такве анализе уопште. Прво, да ли је ЕУ уопште политички систем, и друго, ако јесте, шта тај систем и његове политичке институције чини сличним а шта различитим у односу на националне политичке системе?

У одговору на прво питање треба поћи најпре од дефиниције политичког система и издвајања битних карактеристика које један систем треба да има да би се сматрао политичким. Кључна карактеристика једног политичког система јесте постојање институција колективног одлучивања које почивају на сету правила којима се регулишу односи унутар институција и између њих. Осим ове, могуће је издвојити још неколико кључних карактеристика политичког система. То су: могућност грађана и друштвених група да своје политичке жеље и интересе остваре у оквиру институција система, затим утицај колективно донетих одлука на дистрибуцију економских добара и вредности у оквиру система као целине и постојање перманентне интеракције између политичких исхода, нових захтева ка систему, одлука (Easton, 1953, 1957; Almond, 1956).

ЕУ, према мишљењу Сајмона Хикса (Симон Хих), поседује све ове карактеристике. Ниво институционалне стабилности ЕУ је значајно већи него код било које међународне организације. Друго, постоји сет различитих друштвених група које имају могућност остваривања својих захтева и интереса кроз институције ЕУ, почев од појединачних корпорација и пословних организација, преко радничких синдиката, политичких партија па све до држава чланица. Ове последње имају, свакако, највећи утицај и моћ, али оне, према мишљењу овог аутора, немају монопол над политичким захтевима, јер они произлазе из комплексне мреже интереса јавних и приватних група. Треће, одлуке институција ЕУ имају огроман утицај на различите сфере друштвеног живота и дистрибуцију друштвених

ресурса. И кончано, политички процес политичког система ЕУ је константа у политичком животу Европе (Nix & Hoyland, 2011: 10–11; Хикс, 2007: 24–26). Једина карактеристика политичког система коју ЕУ нема јесте монопол над употребом физичке силе, што чини немогућим поређење ЕУ са традиционално-веберовским схватањем државе.

Имајући у виду ниво постигнуте политичке интеграције земаља ЕУ, чини нам се сасвим прихватљив Хиксов закључак о ЕУ као развијеном политичком систему. То полемику о правно-политичкој природи ЕУ не чини готовом нити мање комплексном. Од питања да ли је ЕУ политички систем или не, знатно је комплексније и теже питање ком типу политичког система она припада и које су његове кључне карактеристике и уједно разлике у односу на националне политичке системе. Овде, свакако, није реч о дилеми да ли је ЕУ демократски или ауторитарни политички систем, већ да ли се она може сматрати довољно развијеним и компактним политичким системом који омогућава да се ЕУ као таква сврста у одређени тип државног облика. Специфичност политичког система ЕУ не дозвољава да се он јасно и прецизно сврста ни у један од до сада познатих модела државног облика. Пошто се ЕУ не може сматрати класичном државом, једино што преостаје јесте да се сматра конфедерацијом (која по дефиницији није држава, већ савез држава). Међутим, ни овакво решење не одговара стварности у којој политички систем ЕУ показује препознатљиве карактеристике федералног и конфедералног типа уређења. Оно што ЕУ чини блиском конфедералном типу уређења, односно савезу држава су: настанак на основу међународног уговора, задржавање изворног суверенитета држава чланица, могућност једностране сецесије држава чланица. Федералном типу државног уређења ЕУ је блиска због супрематије европског права у домену неколико битних надлежности,<sup>1</sup> примене доктрине „непосредног дејства“ којом се омогућава директна примена права ЕУ на грађане држава чланица<sup>2</sup>, као и све већа примена принципа већинског одлучивања уместо одлучивања консензусом (својственог конфедерацији) до чега је дошло последњим усвојеним изменама оснивачких уговора. Осим тога, међународни уговори на којима почива ЕУ (посебно од Римског уговора и Јединственог европског акта) се, с правом, могу посматрати као прописи који су саставни део процеса конституционализације ЕУ. Оваква оцена је била и формално потврђена одлуком Европског суда правде из 1986.

1 Одлука Европског суда правде из 1964. године потврђује супрематију европског права – *Flaminio Costa v. Ente Nazionale per L Energia (ENEL)*, ECJ Case 6/64 (1964) ECR 585

2 Ова доктрина је уведена одлуком Европског суда правде 1963. године, када је Суд навео да „Заједница представља нови правни поредак међународног права“ чији субјекти нису само државе-чланице, већ такође и њихови држављани. *Van Gend en Loos c. Nederlandse Administratie Belastingen*, ECJ Case 26/62, (1963) ECR 1, p. 12.

године када је констатовано да Уговор о ЕЗ представља фактички „основну уставну повељу“ Заједнице.<sup>3</sup> Један од водећих аналитичара процеса европске интеграције, Џозеф Вајлер (Joseph Weiler) сматра да је концепт конституционализације управо онај концепт који најбоље објашњава суштинске промене и трансформацију ЕУ, посебно у односу између Уније и држава чланица, а које указују на то да „оперативни систем“ Заједнице више не функционише према општим принципима међународног права, него преко специфичне међудржавне владине структуре, која је заснована на уставној повељи и уставним принципима, што политички систем Уније чини блиским федералном типу уређења (Вајлер, 2002: 33; Weiler, 2003: 8).

Имајући у виду речено, јасно је да се ЕУ као политички систем не може сврстати у идеално-типске моделе државних облика. Она је јединствена и специфична транснационална политичка организација и систем *sui generis*, па се сходно томе поставља питање на који начин се има процењивати систем утврђивања политичке одговорности унутар једног таквог *sui generis* политичког система. Одговор на ово питање је могуће пронаћи у анализи основних надлежности и међусобног односа кључних политичких институција ЕУ, а све у циљу утврђивања постојања оба облика политичке одговорности у значењу које смо претходно утврдили.

#### **4. Кључне политичке институције Европске уније – основне надлежности и механизми политичке контроле и одговорности**

Говорити о политичким институцијама ЕУ подразумева, пре свега, анализу надлежности и међусобног односа четири кључне институције власти ЕУ. То су: Европски парламент (ЕП), Министарски савет (Савет), Европски савет (ЕС) и Европска комисија (Комисија). Уколико овим институцијама додамо и Суд правде ЕУ (Европски суд) имаћемо органе који у основи чине трихотомну структуру политичке власти у ЕУ.

Класично схватање принципа поделе власти налаже да се основне правно-политичке функције државне власти морају јасно разграничити и уједно дати у надлежност различитим органима државне власти између којих може да постоји одређени ниво и облик међузависности и утицаја. Већ у погледу овог начела могуће је уочити значајну разлику између политичког система ЕУ и националних политичких система. То се посебно односи на вршење законодавне власти у ЕУ коју заједнички врше ЕП и Савет (чл. 14, ст. 1, Лисабонски уговор). Реч је о два засебна органа са два потпуно различита начина избора. За разлику од ЕП чији се састав још од 1979. године бира на непосредним парламентарним изборима који се организују у свим

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



државама чланицама, Савет чине министри влада држава чланица које оне делегирају у ово тело. Постојање ова два тела у структури законодавне власти подсећа на дводомну структуру парламената у федералним државама, па тако ЕП може бити пандан доњем дому чији се састав бира на изборима по принципу један човек-један глас, док би Савет био пандан горњем дому – дому федералних јединица у којем су оне заступљене по принципу паритета.<sup>4</sup>

Међутим, иако у основи сличан, модел законодавне власти ЕУ је битно другачији од модела законодавне власти у федералним државама. Најпре, реч је о два институционално одвојена органа власти, а не о два дома једног органа власти. Друго, институционално одвајање ових органа прате разлике у њиховим надлежностима. За разлику од оба дома федералних парламената који заједно учествују у вршењу примарно законодавне власти, Савет у оквиру својих надлежности обавља и типично извршне функције што га чини мешовитим законодавно-извршним органом власти. Надлежности Савета су тако утврђивање политике и координације у складу са уговорима (чл. 16, ст. 1, Лисабонски уговор). Основни циљеви Савета су: да обезбеди усклађивање општих политика држава чланица, да доноси обавезујуће одлуке и преноси овлашћења на Комисију спровођење прописа које доноси Савет (чл. 202 Уговора о ЕУ).

Структуру извршне власти допуњује позиција и надлежност Европског савета. Ово тело је уведено у институционалну структуру Европске заједнице тек 1974. године када је овај орган формално конституисан као један од органа Заједнице који се састаје на највишем нивоу сваке године ради доношења општих одлука од стратешког интереса за Заједницу. Чине га највиши политички представници држава чланица (шефови влада) и његов приоретан циљ јесте давање неопходног подстицаја за развој Уније и утврђивање општих политичких смерница и приоритета (чл. 4, ст. 1 Уговора о ЕУ; чл. 15, ст. 1, Лисабонски уговор). Реч је о политичко управљачкој функцији највишег нивоа у систему егзекутиве коју је могуће препознати и у оквирима националних система власти у политичко-владавинској функцији као засебној потфункцији управне власти.<sup>5</sup> Стратешко-дугорочни ниво планирања Европског савета као његове примарне функције потврђује и примена метода „отворене

---

4 Сајмон Хикс изричито тврди да ЕУ има класични дводомни законодавни систем у којем Савет представља „државе“ а Европски парламент „грађане“ (Хикс, 2007: 84).

5 Овакву поделу препознају тзв. квадријалистичке теорије државних функција, по којима се у оквиру управне функције могу издвојити две засебне: политичко-управљачка или владавинска (функција владе) и управно-извршна (извршна функција у ужем смислу речи). Видети, Марковић, 2008; Висковић, 1997.

координације“ уведеног марта 2000. године. Овај метод подразумева колективно надгледање унутрашњих јавних политика држава чланица а покрива широк обим области, укључујући макроекономску политику, политику запошљавања, истраживања, социјалну политику, политику предузетништва, образовања и реформе пензионог система (Хикс, 2007: 8).

Комисија је такође део структуре извршне власти ЕУ, а захваљући свом значају и улози у оперативном политичком деловању институционалног система ЕУ, она се обично сматра неформалном „владом“ ЕУ. Комисија је комплексно и изразито бирократизовано тело са примарним задацима извршне власти и акцентом на иницијативу у области креирања краткорочних и средњорочних јавних политика и контроле њиховог спровођења на националним нивоима држава чланица. Њене кључне надлежности сходно оснивачким уговорима ЕУ су: да се стара о примени уговора и мера које су у складу са уговором утврдиле институције Уније, да надгледа примену права под контролом Европског суда, да извршава буџет и управља програмима, да врши координациону, извршну и управну функцију у складу са уговорима, да представља Унију на спољном плану и да покреће израду годишњих и вишегодишњих програма Уније ради постизања међуинституционалних споразума, као и да иницира доношење законодавних аката (чл. 17, ст. 1, Лисабонски уговор). Ексклузивно право законодавне иницијативе припада дакле Комисији, а о значају овог тела говори и чињеница да се на председника Комисије гледа као на неформалног председника „европске владе“.

Приказ основних надлежности кључних политичких институција ЕУ треба да нам олакша разумевање њиховог међусобног политичког односа и механизма политичке контроле и одговорности у политичком систему ЕУ. Осврнућемо се, наравно, на оне најзначајније релације и надлежности у међусобним односима ових органа који говоре о врсти и обиму њихове политичке одговорности имајући у виду оба облика политичке одговорности – одговорност политичких институција пред грађанима и политичку одговорност на релацији егзекутива-легислатива.

Формално гледано једина политичка институција ЕУ која подлеже непосредној оцени грађана јесте ЕП. Избори који се одржавају у петогодишњим циклусима представљају прилику, као и у националним политичким системима, за непосредну оцену политичке одговорности ЕП од стране грађана. То ЕП несумњиво чини демократским телом са директним легитимитетом који добија од грађана држава чланица ЕУ, што је апсолутно нужан предуслов постојања демократског политичког система, имајући у виду да је реч о законодавном органу. У организацији

избора за ЕП и њиховом спровођењу могуће је уочити неколико кључних проблема и изазова који утичу и на сам легитимитет ове институције.

Први проблем је у вези све слабије излазности грађана на изборе за ЕП. Од првих избора па до последњих се бележи константни пад излазности у распону од 62% – 1979. до свега 43% – 2014. године. Додуше, пад излазности грађана на изборе није само проблем европског политичких система, већ и проблем националних политичких система и кризе демократије уопште. Но ипак, избори за ЕП показују убедљиво најмање проценте излазности у односу на исте такве податке на националним парламентарним изборима (видети: Видојевић, 2010: 55–59), што доводи у питање легитимитет овог органа. Тако имамо једну готово парадоксалну ситуацију да се позиција ЕП перманентно ојачава усвајањем последњих оснивачких уговора ЕУ,<sup>6</sup> док се у пракси бележи све већи пад воље и спремности гласача да учествују у његовом избору. Истраживања јавног мњења показују висок степен препознавања улоге ЕП у систему политичких институција ЕУ, па тако мање од 60% грађана ЕУ зна ишта о ЕП, а мање од 5% има мишљење о томе шта чланови ЕП заправо раде (Хикс, 2007: 99).

Још озбиљнији проблем демократског легитимитета ЕП јесте у вези суштинске политичке неодговорности ЕП пред гласачима која произлази из самог начина његовог избора и деловања у току трајања мандата. То доводи до тога да је њега немогуће казнити на начин на који се то чини у парламентарним система што се, уосталом, најјасније могло видети на последњим изборима за ЕП који су показали да економска криза са свим својим негативним ефектима у времену трајања претходног изборног мандата није имала значајнији утицај на структуру и однос снага у ЕП (Ibid, 190–194; Самарџић, 2015: 14–15). Разлог томе лежи свакако у чињеници да је изборна кампања за ЕП у суштини кампања националних политичких партија са темама које су битне за дотичне државе, а не оним темама које су примарно и искључиво везане за ЕУ, па се шансе за реизбор члана ЕП не заснивају на његовом учинку у том органу него на популарности његове партије у матичној држави, што све заједно чини изборе за ЕП изборима другоразредног значаја (Хикс, 2007: 191).

Сам избор посланика и расподела мандата се не врши сходно принципу „један човек један глас“, што је још једна од слабости демократског легитимитета ЕП. Тако је након ступања на снагу Лисабонског уговора, Уставни суд Немачке оценио у једној од својих пресуда да ЕП није

---

6 Тако је изменама усвојеним Лисабонским уговором у потпуности изједначена позиција ЕП и Савета у законодавном процесу уз приметно повећавање надлежности ЕП у сегменту контролне улоге ЕП, посебно у односу на Комисију.

представничко тело сувереног европског народа због тога што се он не бира по демократском принципу један човек један глас. Уместо тога грађани држава чланица гласају као грађани својих држава и то у оквиру квоте коју свака држава чланица има у ЕП. Резултат тога јесте да су поједине државе непропорционално представљене у односу на број својих грађана. Тако, један глас грађана Луксембурга вреди као десет гласова немачких грађана.<sup>7</sup>

Анализа постојања и функционисања другог облика политичке одговорности налаже издвајање и анализу кључних механизма политичке контроле на релацији егзекутива-легислатива. У вези са тим намеће се претходно питање јасног разграничења институција извршних власти чији би рад требало да буде предмет политичке контроле легислативе. Сложеност овог питања произлази из комплексне институционалне структуре политичког система ЕУ и чињенице да нема јасне подударности тог система са националним системима власти. Ипак, полазећи од формалних надлежности датих оснивачким актима ЕУ, али још више од реалног политичког утицаја и моћи, нема сумње да кључно тело извршне власти ЕУ представља Комисија,<sup>8</sup> па се у односу према њој и треба испитивати постојање и ефикасно функционисање механизма политичке контроле. У вези са тим две су кључне теме на које се треба осврнути. Прва је избор председника Комисије и њених чланова, а друга политичка одговорност Комисије пред ЕП и Саветом као носиоцима законодавне власти ЕУ.

Уговором из Мастрихта уведене су значајне новине које су означиле почетак процеса јачања улоге ЕП у поступку избора председника и састава саме Комисије. Чланом 214 је уведено право ЕП да даје сагласност на предлог председника Комисије који дају владе држава чланица. Каснијим оснивачким актима, регулисање овог питања је доживело низ значајних промена које су наставиле тенденцију јачања улоге ЕП и Савета, па се тако Уговором из Амстердама уводи право ЕП да стави вето на номинованог председника Комисије, док је Уговор из Нице увео двотрећинско гласање у Европском савету приликом номиновања председника Комисије и

---

7 VcerfG, 2 Vve 2/08, 2009, §280

8 Треба нагласити да је Комисија једина институција ЕУ чији чланови изричито имају овлашћење и дужност да заступају искључиво опште интересе ЕУ а не интересе својих држава чланица. У том смислу, Комисија је истински бранилац интереса ЕУ у целини, у чему јој помажу и бројна формална овлашћења у спровођењу усвојених јавних политика ЕУ, као што је могућност да директно новчано казни правна лица на територији било које државе чланице уколико утврди да је дошло до прекршаја неког правила комунитарног права. Осим тога, она поседује и овлашћење да покрене поступак пред Европским судом против субјеката комунитарног права (Кошутић, Ракић, & Милисављевић, 2015: 165).

Комисије у целини. Коначно, Лисабонским уговором се уводи још једна значајна новина у поступку јачања улоге ЕП и демократских процедура уопште, јер се овим уговором ствара обавеза Европског савета да приликом предлагања кандидата за будућег председника Комисије узме у обзир резултате избора за ЕП (чл 17, ст. 7). Последњи избори за ЕП су потврдили такво решење у пракси и донели са собом још једну новину која се може тумачити као политичка победа ЕП. Наиме, први пут предлог за председника Комисије је био јавно саопштен од стране политичких странака које су учествовале у изборима, чиме је неформално умањена улога Европског савета да предлаже кандидата за ову функцију и уједно поступак избора председника Комисије додатно учинио демократским, имајући у виду могућност јавне дебате и аргументације за и против предложених кандидата у предизборној кампањи. Управо ову појаву могуће је посматрати као истинску новину коју су последњи избори за ЕП донели (више о томе, Милосављевић, 2015).

Друго питање од значаја за политичку одговорност Комисије јесте питање њеног опозива. Право опозива Комисије од стране ЕП постоји још од Римског уговора и оно је задржано и у каснијим оснивачким уговорима ЕУ. Уговор о функционисању ЕУ тако предвиђа да ако се предлог за гласање о неповерењу усвоји двотрећинском већином гласова посланика који су гласали, а који представљају већину свих посланика ЕП, чланови Комисије подносе колективну оставку, а Високи представник Уније за спољне послове и безбедносну политику подноси оставку на све функције у Комисији (чл. 234). Реч је дакле о механизму који омогућава изгласавање неповерења Комисији у целини, а не појединим њеним члановима. Међутим, иако формално право изгласавања опозива постоји дуго, до његове примене фактички никада није дошло. Како истиче Хикс, распуштање Комисије се дуго доживљавало као средство које би могло да изазове негативну реакцију јер би владе и јавност оптужиле ЕП за неодговорно понашање (Хикс, 2007: 74). У досадашњој пракси ЕП, овај орган је најближе био опозиву 1999. године када је захваљујући озбиљној намери изгласавања опозива Комисије постигнута оставка Сантерове Комисије пре него што се формално приступило гласању о опозиву. Према Хиковом мишљењу, иако није дошло до гласања, могло би се тврдити да је ЕП први пут у својој пракси опозвао Комисију (Ibid, 75).

Упркос постојању значајних механизма политичке контроле, почев од оних који омогућавају непосредни демократски легитимитет ЕП па до политичке одговорности Комисије пред ЕП и Европским саветом (право предлагања председника Комисије), остаје чињеница да у целокупном политичком систему ЕУ постоје бројни проблеми демократског легитимитета који

држе већ неколико деценија отвореном дебату о демократском дефициту ЕУ. Концепт демократског дефицита и аргументација у вези њега, сумира дебату о политичкој одговорности политичких институција ЕУ због чега се треба осврнути, у основним цртама, на кључне аргументе за и против постојања демократског дефицита ЕУ.

Питање његовог постојања је постављено одмах након ступања на снагу Уговора из Мастрихта чије усвајање означава почетак политичке интеграције и настанак политичког система ЕУ. Значења термина демократски дефицит су бројна али у основи он означава превагу моћи извршне власти ЕУ, посебно Комисије и Савета, на рачун моћи националних парламената, недостатак непосредне грађанске политичке контроле рада најзначајнијих политичких институција ЕУ, непостојање европског демоса свесног сопственог европског идентитета као засебног идентитета у односу на оне националне<sup>9</sup> и, у вези са тим, недостатак „правих“ европских избора. Сајмон Хикс указује на пет основних тврдњи које говоре о суштини овог феномена, то су: увећана моћ извршне власти/умањена контрола националних парламената; Европски парламент је сувише слаб; нема „европских“ избора; Европска унија је предалеко; неприципијелна разноликост у креирању јавних политика (Хикс, 2007: 177).

Наравно, постоје и они који сматрају да проблем демократског дефицита не постоји. Један од водећих ауторитета у студијама европских интеграција Андрју Моравшчик (Andrew Moravcsik) је управо таквог мишљења. Према његовом мишљењу, сви кључни аргументи у прилог демократског дефицита неће бити утемељени у реалним доказима уколико применимо разумне критеријуме оцене демократичности једног таквог политичког система као што је ЕУ (Moravcsik, 2002: 606). Постоје реална ограничења моћи политичких институција ЕУ која су резултат контроле ових институција од стране држава чланица, тако да ЕУ није никаква „супердржава“ са бирократизованом деспотском структуром (по узору на квалификације британских таблоида, додаје Моравшчик), већ више конфедерална творевина са јасно дефинисаним утицајем и улогом држава

---

<sup>9</sup> Федерални Уставни суд Немачке је одлуком из 1993. године посебно нагласио ову чињеницу, а у вези обавезе немачких власти да одредбе Уговора из Мастрихта усвоје у немачки правни систем. Савезни уставни суд је тада сматрао да у тадашњим условима постоје темељне препреке за пренос виталних функција државне власти на ЕУ, те да демократски политички систем постоји тамо где политичке институције своју власт црпе из пристанка народа. Пошто не постоји народ ЕУ већ само народи држава чланица, то онда значи да су они извор легитимитета институција држава чланица, а не и европских институција. Осим тога, у ЕУ не постоји ни заједнички јавни простор у којем се води политичка дебата и у којем су заступљени различити друштвени интереси и идеје, BvR 2134/92, 2159/92, §39-45.

чланица у кључним процесима – конституционалном, тј. промени Уговора, фискалном, административном (децентрализованог имплементацији јавних политика) и правном. Мајоне (Giandomenico Majone) не негира постојање демократског дефицита, али сматра да је неприхватљив приступ по којем би критеријуме парламентарних демократија користили за утврђивање демократичности политичког система ЕУ, и то због основне логике интеграције која се заснивала за заштити корпоративних интереса држава чланица и легитимитету економског учинка система, па је погрешно радити на јачању демократских потенцијала система у класичном смислу речи. Оно чему треба посветити примарно пажњу у покушају решавања демократског легитимитета јесте јачање контроле регулаторних политика (Мајоне, 1998).

## 5. Закључак

ЕУ је специфичан *sui generis* политички систем тако да се питање политичке одговорности мора разматрати имајући у виду специфичности тог система. Као што смо истакли, да би један политички систем био демократски, макар у минимално-процедуралном смислу речи, законодавна власт мора бити бирана непосредно од стране грађана. То је правило без изузетка које уједно омогућава постојање првог и кључног облика политичке одговорности.

У политичком систему ЕУ ово правило је спроведено у пракси захваљујући изборима за Европски парламент који омогућавају базичну демократичност система. Изазови и проблеми демократског процеса унутар ЕУ држе отвореним питање кризе демократског легитимитета политичког система и кључних политичких институција ЕУ укључујући и Европски парламент. Криза демократског легитимитета ЕУ је евидентна, а њене кључне узроке је могуће пронаћи на више места. Један од првих је у вези чињенице да ЕУ није настала као резултат спонтане друштвене интеграције европског друштва већ је плод политичке одлуке да се крене у процес политичке интеграције (Мастрихт). Сходно томе, ЕУ је пројекат елита и легитимитет тог пројекта почива на идеологији учинка, тј. на степену успешности остваривања економских интереса водећих снага у ЕУ. Економска криза из 2008. године је додатно допринела бирократизацији система, преиспитивању економско-финансијских политика и изналажењу механизма јаче монетарне и буџетске контроле чиме су у први план избиле бирократске, а не демократске структуре у ЕУ. Ту се пре свега мисли на Европску комисију, Савет министара (ЕКОФИН), Европску банку и Суд, док је ЕП у потпуности скрајнут на маргине утицаја. Формална потврда

новог правца је донета усвајањем Уговора о стабилности, координацији и управљању економском и монетарном унијом (2012), који је донет у складу са немачким планом решавања кризе када су дефинисани параметри конвергенције који треба да се постигну политиком штедње (дефицит 3% БДП и јавни дуг 60% БДП). Комисија је, притом, добила примарну улогу контроле спровођења такве политике од стране држава чланица. Дакле, конкретан утицај кризе јесте појачана контрола а не демократске реформе, и то појачана контрола од стране Европске комисије на бази уговора који носи јак немачки печат (штедња је, наравно, њихова идеја за превазилажење кризе, јер су кључни повериоци). Подршка томе јесте оснивање и нових финансијских институција, а то је Европски стабилизацион фонд. Резултат је да државе чланице једноставно губе контролу над инструментима макроекономског управљања. У таквим околностима, када је императив одржив економско-финансијски учинак, ЕП као једина демократска институција ЕУ губи на реалном значају. Све то, заједно са сложеном природом самог политичког система ЕУ (као комплексног бирократског апарата са бројним и изузетно комплексним процедурама одлучивања у различитим сферама јавних политика и различитим нивоима) доводи до смањивања утицаја демократских и повећавања утицаја бирократско-олигархијских центара моћи у процесу доношења кључних политичких и економских одлука.

### Литература

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



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

**Radomir Zekavica, LL.D.**

*Associate Professor,*

*Academy of Criminalistics and Police Studies, Belgrade*

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

**Summary**

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

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

**Др Маја Лукић,\***  
Доцент на Правном факултету  
Универзитета у Београду

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:

UDK: 341.645.2(4-672EU)

Рад примљен: 30.09.2016.

Рад прихваћен: 25.10.2016.

## **РАЗУМЕВАЊЕ УЛОГЕ ОПШТИХ ПРАВОБРАНИЛАЦА У ОКВИРУ ПРАВОСУДНОГ СИСТЕМА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ**

**Апстракт:** У овом раду се првенствено разматра улога општих правобранилаца Суда Европске уније у правном оквиру Европске уније после Лисабонског уговора. Поменута улога је до сада еволуирала напоредо са развојем улоге самог Суда Европске уније. Након кратког историјског увода, посебна пажња је усмерена на постављање општих правобранилаца и, на ширем плану, на значај општих правобранилаца у архитектури правосуђа Европске уније након Лисабонског уговора. Друго жариште овог рада усмерено је на утврђивање одговора на питање да ли су општи правобраниоци и даље потребни, као и да ли ће они остати потребни у будућности имајући у виду оне изазове за које је разумно очекивати да ће се поставити пред Судом Европске уније. Предметно промишљање обухвата и процену тежине аргумената у прилог и против задржавања института општих правобранилаца.

**Кључне речи:** Суд Европске уније, општи правобранилац, панел из чл. 255 УФЕУ, реформа Суда Европске уније.

### **1. Увод**

Вишедеценијско напредовање Европске уније (ЕУ) ка „чвршћем савезу“ у највећој мери се заснивало на праву ЕУ, које се пак управо на плану учвршћивања заједнице, затим Уније, мењало првенствено захваљујући пракси Суда ЕУ<sup>1</sup> (Azoulai, Dehousse, 2015: 350–364). У стварању те праксе значајну улогу одиграла су управо мишљења општих правобранилаца Суда.

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

1 У овом раду се под Судом ЕУ подразумева Court of Justice of the European Union, судска институција ЕУ која обухвата три посебна суда, од којих сваки има посебна правила поступка, а који ће у овом раду бити означени као: Суд (*Court of Justice*), Општи суд (*General Court*) и Службенички суд (*Civil Service Tribunal*).

У историји Суда ЕУ истиче се низ општих правобранилаца који су ауторитетом својих мишљења осигурали место те функције у правосуђу ЕУ. Међу првима су се истакли Морис Лагранж (*Maurice Lagrange*) и Карл Ремер (*Karl Roemer*), сер Френсис Џејкобс (*Francis Jacobs*) и Мигуел Поареш Мадуро (*Miguel Poiras Maduro*). Џејкобс је за осамнаест година, колико је обављао дужност општег правобраниоца, написао преко четири стотине и педесет мишљења (Tamm, 2013: 21–22).

Изражено смањење броја пресуда Суда ЕУ донетих у поступку у коме је општи правобранилац изнео мишљење отвара питање судбине и оправданости тог института.

## **2. Место и улога општих правобранилаца у Суду ЕУ после Лисабонског уговора**

### **2.1. Институт општег правобраниоца данас**

При Суду постоји једанаест правобранилаца. Од тог броја, на основу неформалног договора међу државама чланицама, шест места увек припада кандидатима које предложи Немачка, Француска, Италија, Шпанија, Уједињено Краљевство и Пољска, док се кандидати осталих држава чланица ротирају на преосталих пет места (Schiemann, 2008: 14).

Одредба оснивачких уговора о општим правобраниоцима – чл. 252 УФЕУ – је релативно широка: њоме се налаже да они „поступајући потпуно непристрасно и независно, пред судом и јавно дају образложена мишљења у предметима у којима се то од њих захтева у складу са Статутом Суда ЕУ”.<sup>2</sup> Статут предвиђа да општи правобранилац по правилу даје мишљење већу Суда на усменој јавној расправи,<sup>3</sup> и то на самом њеном крају,<sup>4</sup> осим уколико веће не одлучи да такво мишљење није потребно јер се у предмету не отвара ниједно ново правно питање, с тим да такву одлуку веће може да донесе тек након што о тој могућности саслуша и изјашњење општег правобраниоца.<sup>5</sup> Такође, Статут дозвољава да Правилима поступка у

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

3 *Court of the Justice of the European Union*, Statute of the Court of Justice of the European Union (consolidated version), преузето 31. 8. 2016, [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7031/en/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7031/en/), Art. 20. para. 3.

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

5 *Court of the Justice of the European Union*, Statute of the Court of Justice of the European Union (consolidated version), преузето 31. 8. 2016, [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7031/en/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7031/en/), Art. 20. para. 4,

одређеним случајевима буде предвиђено убрзано и хитно поступање, што може да подразумева и искључење улоге општег правобраниоца.<sup>6</sup>

Пре него што упуту неки предмет на одлучивање пред пленарну седницу Суда због његове „изузетне важности“,<sup>7</sup> као и пре него што донесе одлуку да у поступку по жалби против пресуде Општег суда укине усмени део поступка, тј. да поступак сведе само на писани део,<sup>8</sup> редовно веће Суда мора саслушати изјашњење општег правобраниоца о том питању. Такође, Правила поступка Суда налажу да се општи правобранилац мора саслушати о низу битних процесних одлука: случају захтева да у поступку буде употребљен језик различит од оног који је изабрао тужилац,<sup>9</sup> искључења адвоката или саветника странке због непоштовања Суда, његових правила и недоличног понашања,<sup>10</sup> одбацивања тужбе *a limine*,<sup>11</sup> спајања предмета,<sup>12</sup> обустављања<sup>13</sup> и одлагања поступка,<sup>14</sup> захтева да странке обезбеде доказивање чињеница путем сведока,<sup>15</sup> неодржавању усмене расправе,<sup>16</sup> њеном поновном отварању,<sup>17</sup> додељивању правне помоћи странци,<sup>18</sup> као и о другим сличним питањима када Суд одлучује било у првом, било у другом степену.

Слично томе, изјашњење општих правобранилаца захтева се и за низ процесних одлука у поступку по захтеву за претходно мишљење – за одбијање захтева образложеном наредбом (са упутством да је питање већ решено у ранијој пракси Суда или да не оставља простора за тумачење), за тражење разјашњења захтева од његовог упутиоца, одлуку о техничкој исправци пресуде, поступање по убрзаном или хитном поступку<sup>19</sup> и сл.

---

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

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

8 *Ibid.*, Art. 59.

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

10 *Ibid.*, Art. 46.

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

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

13 *Ibid.*, Art. 55.

14 *Ibid.*, Art. 56.

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

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

17 *Ibid.*, Art. 83.

18 *Ibid.*, Art. 116.

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

Општи правобранилац, једнако као и судије, може постављати питања сведоцима,<sup>20</sup> вештацима<sup>21</sup> и правним саветницима и заступницима странака.<sup>22</sup>

Првог општег правобраниоца поставља Суд из реда општих правобранилаца на период од годину дана, а након што саслуша њихова мишљења о томе.<sup>23</sup> Основна улога Првог општег правобраниоца је да предмете додељује конкретним правобраниоцима.<sup>24</sup> Такође, Први општи правобранилац поседује битно овлашћење којим је обезбеђена контрола рада Општег суда у предметима од посебног значаја за интегритет правног система ЕУ – када Општи суд одлучује у другом степену по жалби против одлуке неког од посебних судова (надлежност из члана 256(2) УФЕУ), као и када Општи суд донесе одлуку по захтеву за претходно мишљење на основу члана 267 УФЕУ<sup>25</sup> (надлежност из члана 256(3) УФЕУ).<sup>26</sup> У тим случајевима Први правобранилац може, уколико сматра да „постоји озбиљан ризик“ да том одлуком „буде нарушено јединство или доследност права Уније“ предложи да исту одлуку размотри веће Суда.<sup>27</sup>

Услед реформи правосудног система Уније, учешће броја закључених предмета у оквиру целог Суда ЕУ у поступку у коме је општи правобранилац дао мишљење смањило се са седамдесет процената у 2004. години (Vobek, 2015: 167) на око двадесет и седам процената у 2014. години. Док је описана промена условљена растом броја предмета Општег суда, пред којим општи правобраниоци не поступају, приметно је да је чак и у поступцима пред Судом изражен проценат предмета закључених на основу поступка у коме није изнето мишљење јавног правобраниоца – на основу чл. 20 Статута

---

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

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

22 *Ibid.*, Art. 80.

23 *Ibid.*, Art. 14.

24 *Ibid.*, Art. 16.

25 Чл. 267 УФЕУ гарантује да ће национални суд „у најкраћем року“ од Суда ЕУ добити претходно мишљење о питању које се односи на тумачење оснивачких уговора, као и на важење или тумачење аката институција, тела, служби и агенција Уније. Art. 267. para. 1, Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union* 326, 26. 10. 2012, p. 164.

26 Требало би имати у виду да до дана предаје овог рада Статутом Суда ЕУ није предвиђен ниједан случај када је Општи суд овлашћен да доноси претходна мишљења, тако да је Суд једини надлежан за такве захтеве.

27 *Court of the Justice of the European Union*, Statute of the Court of Justice of the European Union (consolidated version), преузето 31. 8. 2016, [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7031/en/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7031/en/), Art. 62.

Суда ЕУ, а услед непостојања новог правног питања у предмету – такви предмети чинили су отприлике трећину свих предмета закључених пред Судом у 2014. години (Court of Justice of the European Union, 2015).

За разлику од поступка пред Судом, улогу општег правобраниоца у поступку пред Општим судом обавља неки од судија тог суда. Такву могућност Статут пружа,<sup>28</sup> а Правила поступка пред Општим судом изричито прописују.<sup>29</sup> Док се у поступцима пред Судом мишљење општег правобраниоца не прибавља само изузетно, у поступцима пред Општим судом важи обрнуто правило: општи правобранилац се одређује за неки предмет само уколико „правне тешкоће“ или „чињенична сложеност“ то захтевају,<sup>30</sup> и то одлуком пленума судија која се доноси на захтев конкретног већа.<sup>31</sup> Такође, за разлику од поступка пред Судом, у поступку пред Општим судом општи правобранилац има право да мишљење поднесе у писаном облику.<sup>32</sup>

## **2.2. Битне тачке историјског развоја**

У литератури се најчешће узори за институт општег правобраниоца Суда ЕУ везују за француско и белгијско право (Wathelet, Wildemeersch, 2010: 52). У француском систему најближи институт је *Commissaire du gouvernement* у оквиру француског Државног савета (Радивојевић, Кнежевић-Предић 2016: 145; Scharpston, 2008: 22).

Суд ЕУ усложњен је издвајањем Првостепеног суда од Суда ЕУ 1988. године у циљу растерећења Суда у ужем смислу, с тим што је надлежност Првостепеног суда постепено проширивана све док практично није постала општа, што је Лисабонским уговором признато променом назива те инстанце у Општи суд. Усложњавање је настављено 2004. године оснивањем Службеничког суда, као првог и до сада јединог специјализованог суда (Vobek, 2015: 154–155). Институт општих правобранилаца у свом пуном обиму остао је специфичност Суда у ужем смислу. У поступку пред Општим судом општи правобранилац учествује по изузетку, и у том поступку

---

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

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

30 *Ibid.*, Art. 30.

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

32 *Court of the Justice of the European Union*, Statute of the Court of Justice of the European Union (consolidated version), преузето 31. 8. 2016, [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7031/en/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7031/en/), Art. 53. para. 3.

судски правобранилац није засебан судски орган, већ се тај институт своди само на процесну улогу коју врши неки од судија.<sup>33</sup> У поступку пред Службеничким судом институт општег правобраниоца не постоји.<sup>34</sup>

Када је основан као орган Европске заједнице за угаљ и челик 1952. године, Суд ЕУ је имао седам судија и два општа правобраниоца, дакле укупно девет судија и правобранилаца. У тренутку предаје овог рада, Суд ЕУ има двадесет и осам судија и једанаест општих правобранилаца у Суду, тридесет и пет судија у Општем суду (именовање још пет се непосредно очекује),<sup>35</sup> и седам судија у Службеничком суду – укупно осамдесет један судија и правобранилац.

Процес реформе Суда, усмерен на повећање броја судија Општег суда због његове преоптерећености предметима, инициран је још 2011. године, а озаконен Уредбом из децембра 2015.<sup>36</sup> Кључна тачка реформе састоји се у удвостручавању броја судија Општег суда. Уредба прописује да се реформа спроводи у три корака: у првом, у децембру 2015. је број судија Општег суда требало да порасте за дванаест, а у другом, у септембру 2016. Службенички суд, са својих седам судија би требало да буде интегрисан у Општи суд, док је трећи корак одређен крајњим циљем – да до септембра 2019. године свака држава чланица има по две судије у Општем суду. У току консултативног поступка који је претходио доношењу Уредбе, Суд ЕУ је захтевао само дванаест нових судија за Општи суд. Међутим, услед немогућности усаглашавања начина на који би се одредило којим државама чланицама ће припасти нова судијска места, прибегнуто је увођењу по једног новог судије за сваку државу чланицу. Решење је критиковано као непотребно и прескупо (Robinson, 2015). Критику да се ради о скупом решењу оповргао је сам Суд ЕУ објавивши пројекцију трошкова према којој

---

33 Видети фн. 29.

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

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

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

ће удвостручење броја судија Општег суда условити повећање од само 0,34% укупног буџета Суда ЕУ.<sup>37</sup>

Након измена извршених Лисабонским уговором, УФЕУ предвиђа да постоји осам општих правобранилаца Суда, с тим што је истом одредбом прописано да Савет може једногласном одлуком повећати број правобранилаца уколико Суд то затражи.<sup>38</sup> Декларацијом бр. 38 уз Завршни акт Међудржавне конференције на којој је Лисабонски уговор основан, државе чланице су гарантовале сагласност Савета за евентуални захтев Суда за повећање броја општих правобранилаца, као и да ће, уколико то повећање буде за најмање три нова правобраниоца, Пољској бити признато право да има сталног општег правобраниоца.<sup>39</sup> У јануару 2013. године Суд је упутио захтев за повећање броја правобранилаца за три, тако да је повећање ступило у дејство почев од октобра 2015. године.<sup>40</sup>

### **2.3. Како се постаје општи правобранилац?**

Као и судије Суда, опште правобраниоце бирају државе чланице једногласно, са мандатом од шест година. Будући да правобранилачких места нема онолико колико и држава чланица, неформалним договором је утврђено да одређене чланице, тренутно њих шест, увек имају право да њихов кандидат буде изабран, док се на остале примењује систем ротације. У литератури је заступљено мишљење да је мандат шест година, као такав, угрожава непристрасност и независност судија и правобранилаца. Тај проблем посебно угрожава институт правобранилаца, пошто у садашњем тренутку систем ротације правобранилачких функција међу мањим чланицама, које немају сталног правобраниоца, подразумева да правобраниоци из тих држава користе само један мандат (Schiemann, 2008: 14; Jacobs, 2013: 59).

Сваке три године бира се најмање половина општих правобранилаца.<sup>41</sup> Према УФЕУ, правобраниоци, као и судије, бирају се из реда особа „чија

---

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

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

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

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

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



независност је изван сумње и које поседују квалификације потребне за обављање највиших судских функција у њиховим земљама, или који су признати правни стручњаци“.<sup>42</sup> Не постоје услови у погледу држављанства. У литератури се такође истиче да за разлику од Европског суда за људска права, за правобраниоце и судије Суда не постоје услови ни у погледу година старости, као и да на њихов избор Европски парламент нема никакав утицај (Von Bardeleben, Donnat, Siritzky, 2012:18).

Битна новина у поступку избора правобранилаца и судија Суда уведена је Лисабонским уговором: утврђена је обавеза прибављања мишљења од саветодавног панела, чији састав је прописан чланом 255 УФЕУ. Панел даје мишљење о подобности кандидата за обављање функције судије, односно општег правобраниоца. Мишљење је тајно и упућује се само овлашћеним представницима држава-чланица (Kokott, Sobotta, 2014: 6). Панел чини седам лица изабраних из реда бивших судија Суда и Општег суда, чланова врховних судова држава чланица и признатих правних стручњака, од којих једног предлаже Европски парламент. Чланове панела поставља Савет.<sup>43</sup> У Извештају о раду за 2010. годину панел је изнео групе елемената према којима оцењује кандидате: правничка способност, професионално искуство, способност за обављање судијске дужности, гаранције непристрасности и независности које кандидат пружа, познавање језика; при чему је знање француског обавезно, као и способност за тимски рад у међународном окружењу у коме су заступљене различите правне традиције (Von Bardeleben, Donnat, Siritzky, 2012: 19).

Значај панела из чл. 255 УФЕУ тешко је потценити. Будући да је критеријум подобности претпоставио вољи државе чланице поводом конкретног кандидата, тај институт је, као и многе друге одредбе Лисабонског уговора, увео супранационалност у избор судија и општих правобранилаца. По Бобеку, пракса је показала да је тај панел позитивно утицао на селекцију вршилаца судских функција – панел је негативним мишљењем блокирао сваког петог кандидата, при чему су негативна мишљења, иако формално необавезујућа, у пракси увек поштована (Von Bardeleben, Donnat, Siritzky, 2012: 18; Bobek, 2015: 164). Бобек такође истиче и друге позитивне утицаје тог института: подигнути су критеријуми за избор судија и правобранилаца, доминантним учешћем чланова националних врховних судова у панелу омогућено је чвршће повезивање националних и Суда ЕУ, а сам панел је утицао на подизање процесних и материјалних критеријума

---

Jo2\_7031/en/, Art. 9.

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

43 *Ibid.*, Art. 255.

за кандидате за највише судијске функције у државама чланицама (Bobek, 2015: 165).

Једнако као и за престанак функције судије Суда, тако је и за престанак функције општег правобраниоца услед неиспуњења обавеза које односна функција намеће, неопходна једногласна одлука свих судија и општих правобранилаца Суда.<sup>44</sup>

#### **2.4. Улога општих правобранилаца**

Општи правобранилац се не сматра везаним аргументима које су изнеле стране у спору. Суд није везан мишљењем општег правобраниоца. Скорашња економетријска анализа утицаја правобранилачких мишљења на одлуке Суда потврдила је општеприхваћену тезу да је тај утицај снажан (Arrebola, Mauricio, Portilla, 2016: 34–35, 38–39). Такође, често ставови изнети у мишљењима општих правобранилаца остају боље упамћени и имају већи утицај на формирање касније праксе од самих пресуда.

Може се издвојити низ особина по којима се мишљења општих правобранилаца разликују у односу на пресуде Суда. Хартли наглашава да су мишљења правобранилаца по правилу писана једноставнијим језиком него пресуде, логички кохерентнија, што је последица да су дело једног аутора, а не компромис судског већа (Hartley, 2014: 52). Авангардност ставова изнетих у мишљењима правобранилаца може се објаснити и чињеницом да је ауторство мишљења општег правобраниоца недвосмислено и јавно познато, будући да се мишљења објављују једнако као и пресуде, за разлику од пресуда за које се не зна који судија је аутор ког става.

У вези са околношћу да Суд често одлучује у првом и последњем степену, без могућности жалбе, Хартли предлаже виђење мишљења општег правобраниоца као својеврсне одлуке у првој инстанци (Hartley, 2014: 52). Уколико се инстанца у поступку дефинише као могућност за размену аргумената, а не као прилика за исказ слободног судијског става, онда се Хартлијев став не може прихватити, будући да стране у спору немају прилику да се изјасне о мишљењу општег правобраниоца, које се износи на самом крају другог (усменог) дела поступка.

Неки аутори виде улогу општих правобранилаца у обезбеђивању јавног дијалога до кога долази између Суда и јавних правобранилаца, који сматрају најбољим правцем у коме би право ЕУ требало да се развија.

---

<sup>44</sup> *Court of the Justice of the European Union, Statute of the Court of Justice of the European Union (consolidated version)*, преузето 31. 8. 2016. [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7031/en/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7031/en/), Art. 6.

Општи правобраниоци имају задатак да преиспитују постојећу праксу Суда. Они ту улогу могу да обављају боље од судског већа, с обзиром на то да је оно под притиском журбе да што пре реши конкретан случај (Scharpston, 2008: 32, 33). Правобранилачка мишљења, по правилу, у већој мери преносе аргументе страна у спору, као и упоређење националних система држава чланица (Vaughan, Grey, 2008: 56).

#### 2.4.1. Примери утицајних правобранилачких мишљења

Међу многим мишљењима Френсиса Џејкобса, по свом утицају посебно се истиче мишљење из 1992. године којим је истакао значај могућности позивања на статус грађанина Заједнице – *civis europaeus sum* – будући да лице које то може да каже има право на поштовање својих основних права широм Заједнице.<sup>45</sup> Без обзира на то што је заштита основних права као таква неспорна, њено везивање непосредно за статус „европског грађанина“, уместо за статус држављанина државе-чланице Заједнице, јасно је најавило пут развоја ЕУ од 1993. године до данас: успостављање непосредне правне и уставне везе између ЕУ и њених грађана.

Истичући разлику између Суда и Европског суда за људска права у мишљењу у поступку по жалби против првостепене пресуде у предмету *Кадџи против Европске комисије*, Мигуел Поареш Мадуро је изрекао неколико ставова који су ушли у историју права Европске уније и за које се већ сада може рећи да су уграђени у темељ уставности ЕУ: „Уговором о Европској заједници заснован је аутономан правни поредак, у оквиру кога како државе тако и појединци непосредно уживају права и имају дужности. Дужност Суда је да поступа као уставни суд домаћег правног поретка (*municipal legal order*), који јесте Заједница.“<sup>46</sup> Полазећи од таквог одређења улоге Суда, али и виђења јединствене везе правног система и политичке природе Европске заједнице, Мадуро је у истом мишљењу закључио да основно право појединца гарантовано „уставним начелима“ права ЕУ има првенство чак и над садржином резолуције Савета безбедности УН донете по основу главе VII Повеље УН. Истанчанам, али чврстим повезивањем

45 Мишљење је дато у предмету по тужби држављанина Грчке на раду у Немачкој против Немачке због поступања државних органа Немачке, које се састојало у транслитерацији његовог имена као *Hrestos* уместо *Christos*, чиме је по наводима тужбе повређено основно право на име, будући да је спорном транслитерацијом изгубљена веза са стварним именом тужиоца, као и са везом тог имена са хришћанском вером. Opinion of Advocate General Jacobs, delivered on 9 December 1992, Case C-168/91 *Christos Konstantinidis v. Stadt Altensteig-Standesamt*, para. 46.

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

Европске уније, њеног права и основних права гарантованих начелима тог права, Мадуро је поставио темеље за сувереност саме ЕУ (Лукић, 2009: 249–250; Лукић, 2013: 236–249).

Пресуда у предмету *Ротман против Баварске* сматра се кључном за актуелно разумевање статуса грађанина ЕУ (Лукић, 2012: 535–548). Износећи своје мишљење у том предмету, правобранилац Мадуро је с пророчким надахнућем описао суштину правне природе Уније:

„Статус грађанина Европе представља нешто више од скупа права која би могла бити призната и онима који тај статус немају. Он претпоставља политичку везу између грађана Европе, али то није веза која припада одређеном народу. Управо супротно, та политичка веза уједињује народе Европе. Заснована је на њиховој узајамној посвећености да отворе своје политичке заједнице осталим грађанима Европе и да изграде нови облик грађанске и политичке оданости европских размера. Не захтева постојање једног народа, али је засновано на постојању европског политичког простора из кога права и обавезе настају. ... То је чудесна особина статуса грађанина Уније: тај статус јача везе између нас и наших држава (будући да смо грађани Европе управо зато што смо грађани својих држава) и, у исто време, еманципује нас од њих (будући да смо сада грађани мимо и поврх својих држава.... То легитимизује и јача аутономију и ауторитет правног система Заједнице.“<sup>47</sup>

### **3. Да ли су и зашто општи правобраниоци и даље потребни?**

#### **3.1. Разлози против задржавања општих правобранилаца**

Као што је већ објашњено, услед ширења надлежности Општег суда и повећаног ослањања на могућност да се мишљење општег правобраниоца искључи из поступка пред Судом уколико се не ради о новом правном питању, из године у годину расте број поступака у којима општи правобраниоци не дају мишљење. Без обзира на то што су правобраниоци и даље незаменљиви у сложенијим предметима, природно је да тежња за униформношћу поступка ствара притисак да се од њих одустане. Таква тежња посебно долази из држава у којима не постоји никакав сличан институт, а то су пре свега нове чланице ЕУ (Wathelet, Wildemeersch, 2010: 53). Уз друге разлоге, често се наводи да би први нацрт извештаја судије известиоца могао да замени мишљење општег правобраниоца (Schiemann, 2008: 14–15).

---

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

Утицај који мишљења правобранилаца имају на судије на први поглед не угрожава судијску независност будући да су правобраниоци по положају и условима за избор изједначени са судијама. Међутим, поједини аутори наглашавају да је правобраниоачево мишљење јавно доступно, док је судијска одлука анонимна, што значи да заинтересована држава, нарочито држава порекла, може на правобраниоца утицати претњом, наградом и сл., уколико жели одређени исход, те да на тај начин може доћи до посредног утицаја на судије (Arrebola, Mauricio, Portilla, 2016: 35–36). Наведени аргумент не чини се убедљивим. Као што анонимно могу усвојити правобраниоачево мишљење, судије могу такође анонимно одлучити и супротно од правобраниоачеве препоруке.

### ***3.2. Разлози у прилог задржавања општих правобранилаца***

По неким мишљењима, управо чињеница да пресуде Суда не садрже издвојена судијска мишљења упућује на потребу за правобранилачким мишљењима (Vaughan, Grey, 2008: 56; Schiemann, 2008: 14). Тај аргумент се може разумети тако да правобранилац у свом мишљењу има прилику да у потпуности разради теоријску и логичку конструкцију на којој заснива своју препоруку, док неопходни компромис међу члановима судског већа често ограничава суд у доследном и потпуном образлагању става заузетог у пресуди.

Шиман наводи да постоји снажна подршка за измену према којој би општи правобраниоци своје мишљење износили пре усмене расправе уместо на њеном крају. То би, по њему, убрзало поступак, будући да сада судија известилац захтева додатно време након главне расправе како би проучио правобраниоачево мишљење, а стране би добиле прилику да се изјасне о правобраниоачевим аргументима. Исти аутор наводи да није успело оспоравање пред Европским судом за људска права правила о излагању мишљења на крају јавне расправе по основу ускраћивања права на правично и јавно суђење (Schiemann, 2008: 17). Парадоксално, чини се да је управо особина која највише доприноси значају правобранилачких мишљења у пракси Суда њихова необавезност за судско веће. Општи правобранилац своје мишљење доноси неоптерећен одговорношћу која је скопчана са доношењем пресуде, усмерен једино на утврђивање најбољег могућег решења конкретног правног питања.

Трансформација Европске уније, па самим тим и њеног права, није завршена. Досадашња пракса је показала да су општи правобраниоци веома корисни како за стварање нових правила тако и за измену постојећих.

#### 4. Закључак

У историји Суда ЕУ, права ЕУ и саме ЕУ као политичке заједнице, општи правобраниоци су одиграли улогу од неизмерно великог значаја. Тај значај је двострук: с једне стране, њихова улога у поступцима пред Судом у великој мери је допринела изградњи ауторитета Суда, док су, с друге стране, управо у мишљењима правобранилаца, чешће него у пресудама Суда, артикулисани ставови који су формирали право ЕУ, па самим тим и саму ЕУ, с обзиром на то да је правни систем основно везивно ткиво ЕУ од настанка европских заједница до данас.

Промишљеност постојања института општег правобраниоца састоји се у раздвајању улога општег правобраниоца од судијске улоге, које омогућава вршиоцима и једне и друге улоге да сопствену улогу боље испуне. Раздвајање улога значи раздвајање мотива, који би можда били супротстављени да се ради о јединственом процесном актеру. Општи правобранилац усресређен је на најбоље могуће решење правног питања у средишту спора. Будући да својим именом стоји иза решења које предлаже, општи правобранилац је на најбољи начин мотивисан да сачини решење које је примењиво на што већи број случајева логички доследно, сагласно правно-политичким интересима целокупне ЕУ. Правобранилац није оптерећен одговорношћу за исход конкретног спора, као ни аргументима које су сачиниле странке. Након што добију мишљење општег правобраниоца, судије могу да се усресреде на конкретан случај и да зависно од сопствене процене следе правобраниочево мишљење у мањој или већој мери.

Институт општих правобранилаца примерен је динамици која је инхерентна праву ЕУ: као интелектуална творевина, а не резултат праксе и обичаја, право ЕУ се стално суочава са новим правним питањима, за чије решавање су управо општи правобраниоци специјализовани.

#### Литература

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

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

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

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

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

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

Court of Justice of the European Union, October 2014, *Estimated Cost of increasing the number of Judges at the General Court*, преузето: 31. 8. 2016,

<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-05/8-en-annexe-coutestimatif-364.pdf>

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

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

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

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

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

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

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

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

Лукић, М. (2012). Пресуда *Rottmann* (2010) Повратна веза од статуса грађанина ЕУ ка држављанству државе чланице. *Правни живот*, IV, 12. 535–548.

Лукић, М. (2013). Кади против Комисије: наслеђе три пресуде, у: *Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније, прилози пројекту 2012*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. 236–249.

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

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

Opinion of Advocate General Jacobs delivered on 9 December 1992, Case C-168/91 *Christos Konstantinidis v. Stadt Altensteig-Standesamt*, ECR 1993 p. I-01191

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

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

Радивојевић, З., Весна Кнежевић-Пређић, В. (2016). Институционални механизам Европске уније после Лисабонског уговора. Ниш: Пунта.

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

Robinson, D. (2015). European Court of Justice doubles number of judges. *The Financial Times*, April 12, 2015.

Rules of Procedure of the Court of Justice of 25 September 2012, *OJ L* 265, 29. 9. 2012, as amended on 18 June 2013, *OJ L* 173, 26. 6. 2013.

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

Rules of Procedure of the European Union Civil Service Tribunal of 25 July 2007, *OJ L* 225 of 29.8.2007, p. 1, with corrigendum *OJ L* 69 of 13.3.2008, p. 37, as amended by Amendments to the Rules of Procedure of the European Union Civil Service Tribunal of 14 January 2009, *OJ L* 24 of 29.01.2009, p. 10; Amendments to the Rules of Procedure of the European Union Civil Service Tribunal of 17 March 2010, *OJ L* 92 of 13.04.2010, p. 17; Amendments to the Rules of Procedure of the European Union Civil Service Tribunal of 18 May 2011, *OJ L* 162 of 22. 6. 2011, p. 19.

Sharpston, E. (2008). The Changing Role of Advocate General. U: A. Arnall, P. Eeckhout, T. Tridimas (Prir.), *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs* (str. 20–33). Oxford: Oxford University Press. 20–33.

Schiemann, K. (2008). The Functioning of the Court of Justice in an Enlarged Union and the Future of the Court. y: Arnall, A, Eeckhout, P, Tridimas, T. (yp.), *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*. Oxford: Oxford University Press. 5–19.



Tamm, D., (2013). The History of the Court of Justice of the European Union Since its Origin. U: Rosas, A., Levits, E., Bot, Y. (eds.). *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, The Hague: T.M.C. Asser Press. 9–48.

Vaughan, D., Gray, M. (2008). Litigating in Luxembourg and the Role of the Advocate at the Court of Justice. y: Arnall, A., Eeckhout, P., Tridimas T. (прир.), *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*. Oxford, Oxford University Press. 48–69.

Wathelet, M., Wildemeersch, J. (2010). *Contentieux européen*, Bruxelles: Groupe De Boeck.

**Maja Lukić, LL.D.**

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of Belgrade*

## **UNDERSTANDING THE ROLE OF THE ADVOCATES GENERAL IN THE EU JUDICIAL SYSTEM**

### **Summary**

*This paper considers primarily the role of the Advocates General of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the post-Lisbon Treaty environment. That role has so far evolved alongside with the evolution of the CJEU itself. After providing a brief historical overview, the author focuses on the appointment of Advocates General and the composition of their cabinets, and discusses the relevance of the Advocates General in the post-Lisbon judicial architecture of the EU. The latter assumes consideration of the ongoing transformation of the EU judicial system. The second focal point of this paper is a discussion on the question whether Advocates General are still needed, and whether they shall be needed in view of the challenges the CJEU may reasonably be expected to face in the future. The reflection comprises arguments in favor and against keeping the institute of Advocates General within the CJEU structure. Upon balancing the provided arguments, it can be concluded that the mechanism of Advocates General is indispensable to the EU since its ongoing transformation requires constant creation of legal rules. The practice so far has proved the great value of Advocates General for that particular need.*

**Keywords:** *Court of Justice of the EU, Advocate General, TFEU 255 panel, CJEU reform.*

**Др Александар Ђурић,\***  
Редовни професор Правног факултета  
Универзитет у Нишу

**Др Предраг Цветковић,\*\***  
Редовни професор Правног факултета  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:

UDK: 330.322.16

Рад примљен: 30.09.2016.  
Рад прихваћен: 25.10.2016.

## **EX ANTE И EX POST КОНТРОЛА ЈАВНОГ ИНТЕРЕСА У СПОРАЗУМИМА О ЈАВНО-ПРИВАТНОМ ПАРТНЕРСТВУ\*\*\***

**Апстракт:** Предмет рада је анализа одредби споразума о јавно-приватном партнерству (даље и: „ЈПП“) у контексту контроле остваривања јавног интереса у припреми и имплементацији ЈПП пројеката. Методологија остваривања контроле јавног интереса у ЈПП пројектима кроз споразуме о јавно-приватном партнерству има два аспекта. Први аспект је обезбеђење верификабилних параметара правних, економских и технолошких услова и поступка избора најповољније понуде за реализацију јавно-приватног партнерства (ex ante методолошки аспект): ови услови представљају темељ будућег споразума о ЈПП-у. Ex ante методологија би требало да обезбеди инструменте за контролу јавног интереса кроз унапред утврђене механизме верификације испуњења споразума од стране приватног партнера. Други аспект јесте да се самим споразумом обезбеди адекватна имплементација елемената који обезбеђују флексибилност реализације уговора, те ефективни надзор те реализације (ex post методолошки аспект). У крајњем, кључ методолошког приступа споразума о јавно-приватном партнерству у контексту контроле остваривања јавног лежи у спречавању да јавни партнер подлегне искушењу једноставних решења. Уместо тога, потребно је да јасно дефинише очекивања која као титулар јавног интереса има од ЈПП пројекта, те лимите сопствене одговорности.

**Кључне речи:** јавно-приватно партнерство и концесије, споразум о ЈПП-у, методологија „вредности за новац“, „hold-up“ проблем.

\* aciric@prafak.ni.ac.rs

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

\*\*\* Рад је резултат истраживања у оквиру Пројекта «Заштита људских и мањинских права у европском правном простору», бр. 179046, који спроводи Правни факултет у Нишу, а финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

## 1. Увод

Уговори о јавно-приватном партнерству су уговори *sui generis*: наведена карактеризација означава њихову повезаност како са јавноправним, тако и са приватноправним канонима и правилима: наиме, кроз јавно-приватно партнерство преламају се радње, чињенице и аспекти који могу имати јавноправну (ефикасна реализација јавног интереса) или приватноправну конотацију (извршење уговора на економски оправдан начин). Оба наведена приступа имају своју рефлексију у уговорима о јавно-приватном партнерству. Наведена карактеристика уговора о ЈПП-у непосредна је потврда оправданости холистичког (целовитог) приступа као интелектуалне платформе за анализу јавно-приватног партнерства. Једино такав (а не партикуларни, полицентрични приступ) може да обухвати комплекс сложених социјалних, техничких, економских и правних питања која ангажује пројекат ЈПП-а. Описаном приступу кореспондира *sui generis* структура уговора, који је правни оквир реализације јавноприватног партнерства.

*Sui generis* правни дизајн уговора о ЈПП-у има за циљ да обезбеди остваривање јавног интереса кроз реализацију пројекта јавно-приватног партнерства. Однос јавног и приватног интереса у сваком конкретном случају је јединствен и по правилу у значајној мери (због карактера пројекта) непредвидив у исходу. Могућност да ЈПП као правна конструкција *sui generis* „узме најбоље од оба света“ (заштиту јавног интереса и солидарност из јавног сектора, односно предузетничку логику из приватног) не остварује се увек и безусловно. Вероватноћа реализације описане могућности зависи од тога да ли правила јавноправног и приватноправног карактера међусобно конвергирају на начин који омогућава да уговор о јавно-приватном партнерству као оквир конкретног ЈПП-а функционише ефективно (са жељеним резултатом креирања додате вредности) и легитимно (са прихватањем њихове обавезности). При томе, од кључног је значаја да јавни и приватни интерес, мада партнерски постављени, и даље остају у латентној конкуренцији која се реализује у правним оквирима ЈПП-а. У граничним ситуацијама, међутим (када није могуће остварити истовремено оба интереса) јавноправни се интерес има сматрати интересом првог реда. Услове и начин остваривања ове супермације требало би брижљиво уредити кроз контролу реализације јавног интереса у ЈПП пројектима.

Наведена контрола има два аспекта.

Први аспект је да потреба обезбеђења јавног интереса буде параметар за правну и економску припрему услова и поступка за избор најповољније

понуде за реализацију јавно-приватног партнерства (*ex ante* методолошки аспект): ови услови представљају темељ будућег уговора о ЈПП-у. Испољавају се кроз дефинисање критеријума у поступку избора најповољније понуде приватног партнера. Други аспект (који је завистан од првог, односно успеха у обезбеђењу контроле *ex ante*) јесте да се у самом уговору обезбеде елементи за адекватну контролу јавног интереса током имплементације уговора о ЈПП-у (*ex post* методолошки аспект).<sup>1</sup>

---

1 Закон о јавно-приватном партнерству Републике Србије (Сл. гласник РС», бр. 88/2011 и 15/2016) предвиђа два временска оквира спровођења надзора над реализацијом пројекта јавно-приватног партнерства: фази која претходи закључењу јавног уговора (*ex ante* надзор; даље и: претходни надзор) и фази реализације пројекта (*ex post* надзор; даље: надзор реализације). Претходни надзор утврђен је нормама Закона о ЈПП-у и концесијама. У ове норме спадају норме генералне примене (попут начела садржаних у члану 6 Закона: начела ефикасности; начела транспарентности; начела једнаког и правичног третмана; начела слободне тржишне утакмице; начела пропорционалности; начело аутономије воље; начело равноправности субјекта). Ова начела и правила генералне примене релевантна су и за фазу надзора реализације закљученог јавног уговора. Суштински, ова начела представљају правне стандарде који се користе да се у конкретним околностима утврди да ли јавно-приватно партнерство (било у фази припреме-претходни надзор, било у фази имплементације-надзор реализације) служи остваривању јавног интереса. Поред генерално применљивих принципа Закона о ЈПП-у, претходни надзор остварује се кроз правила о поступку и начин доделе јавног уговора. Претходни надзор се остварује пре свега стриктним поштовањем (имајући у виду когентну природу правила Закона) норми којима се уређују: критеријуми избора приватног партнера (видети чл. 20 Закона); правила којима је уређен поступак објављивања јавног позива, укључујући и поштовање рокова за пријем понуда и њихову садржину (чл. 22–25 Закона). Претходни надзор над пројектом ЈПП-а без елемената концесије спроводе органи којима јавно тело подноси предлог ЈПП пројекта ради давања сагласности (Влади Републике Србије, Влади Аутономне покрајине или Скупштини јединице локалне самоуправе, у зависности од тога ко се јавља у улози јавног партнера; видети чл. 26 Закона). Садржина предлога самим Законом исцрпно је опредељена. Такав приступ има за циљ да се телима која имају задатак да процене да ли је оправдано давање сагласности на предлог ЈПП пројекта обезбеди довољно параметара за одлуку која ће бити у складу са остваривањем јавног интереса (видети чл. 27 Закона). Додатни ниво надзора врши и Комисија за ЈПП и концесије која даје оцену са карактером обавезног мишљења о томе да ли се конкретни предлог пројекта може реализовати у форми ЈПП-а (видети чл. 27 Закона). Претходни надзор над ЈПП пројектом са елементима концесије спроводи стручни тим кога именује јавно тело које има намеру да спроведе концесију у форми ЈПП-а. Видети и Уредбу о надзору над реализацијом јавних уговора о јавно-приватном партнерству (Службени гласник“ Републике Србије, бр. 47/2013).

## 2. *Ex ante* аспект контроле јавног интереса

Суштина *ex ante* контроле јавног интереса у уговорима о ЈПП-у јесте да у току саме припреме уговора јавни партнер мора да делује имајући у виду перспективу његове имплементације. Методологија *ex ante* захтева да јавни партнер адекватно:

- спецификује предмет престације приватног партнера;
- обезбеди критеријуме и механизме за верификацију испуњења престације приватног партнера, укључујући и критеријуме за одређивање добијене „вредности за новац“<sup>2</sup>;
- дефинише приоритет пројекта, у случају тензије између конкурентних циљева који се пројектом остварују (најчешће се ради о економској ефикасности, са једне, и заштити доступности јавних услуга социјално угроженим слојевима, са друге стране);
- обезбеди транспарентност;

2 Јавно-приватно партнерство један је од три начина реализације пројеката инфраструктуре и обављања делатности од јавног интереса. Преостала два су: реализација ових пројеката коришћењем сопствених финансијских, персоналних и других ресурса (тзв. „*in house*“ метод) или финансирање кроз кредитни капитал. Исплативост јавно-приватног партнерства у односу на друга два горе наведена метода развоја јавног интереса процењује се кроз методологију компарације вредности која се добија применом све три методе за конкретни пројекат („*Value for Money*“ анализа). Комисија за јавно-приватна партнерства и концесије Републике Србије, основана према Закону о јавно-приватним партнерствима и концесијама, усвојила је документ назван „Методологија за анализу добијене вредности у односу на уложена средства (*Value-for-Money*) у јавно-приватном партнерству и концесијама“. Наведени документ језгровито дефинише појам методологије „вредности за новац“ (параграф 3, страна 1): „Утврђивање добијене вредности у односу на уложена средства (утврђивање «вредности за новац»; *e. value for money, VfM*) је примена аналитичког поступка у оквиру кога се настоји квантитативним путем утврдити да ли је за пореске обвезнике од веће користи да се примени традиционални модел инвестирања у коме се јавно тело појављује у улози инвеститора, преузимајући све или претежан део ризика јавне инвестиције, или им се више исплати да набаве услугу од понуђача из приватног сектора, преносећи (алоцирајући) већину ризика на њега, када се ради о јавно-приватном партнерству (ЈПП). Дакле, у основи идеје максимизације добијене вредности за јавни новац (средства) је пренос одређених ризика јавне инвестиције на приватног партнера. У том смислу, Европска комисија дефинише јавно-приватно партнерство као партнерство између јавног и приватног сектора које има за циљ пружање услуге коју традиционално обезбеђује јавни сектор. Јавни сектор се јавља у улози наручиоца који има за циљ да обезбеди пружање јавне услуге кориснику, док се приватни сектор јавља у улози извршиоца и има за циљ да пружи јавним уговором дефинисане услуге“. Методологија је доступна на сајту комисије <http://www.ppp.gov.rs>.

- превенира ситуацију у којој не може да одустане од уговора који приватни партнер крши из разлога опортунитета.<sup>3</sup>

Суштински, *ex ante* методологија би требало да обезбеди инструменте за верификацију испуњења уговора од стране приватног партнера. Уколико таква верификација није могућа или је нерационална (финансијски или на други начин), постоји сумња да је јавно-приватно партнерство неадекватан модалитет за реализацију пројекта чији је циљ унапређење јавног интереса, те да би јавни партнер у конкретном случају требало да користи друге опције (коришћење сопствених ресурса или кредитног капитала).

На пример, уколико се ради о концесији за изградњу и експлоатацију постројења за прераду отпада, немогућност да се утврди количина отпада која се може потенцијално прерадити у постројењу представља разлог да се преиспита одлука о уласку у пројекат. Наиме, у одсуству јасне верификабилне информације јавни партнер нема параметар за дефинисање других елемената пројекта јавно-приватног партнерства

---

3 Проблем опортунитета у реализацији пројекта јавно-приватног партнерства потиче из начелног става да актере ЈПП-а карактерише „ограничена рационалност“ (*e. bounded rationality*): граница њихове рационалности дефинисана је њиховим интересима. Интересима дефинисана рационалност актера ЈПП-а установљава потенцијал за њихов опортунитет. Рационалност јавног партнера заснована је на остваривању политичких циљева. Ова рационалност у државама у транзицији често не прелази границу трајања изборног периода: тиме се директно сукобљава са перспективом разматрања права, обавеза и одговорности актера јавно-приватног партнерства, која се временски простиру на више година, чак и деценија. Са друге стране, рационалност приватног партнера ограничена је на тржишни модалитет деловања, у коме начелно нема места за јавни интерес чије је остваривање конститутивни елемент јавно-приватног партнерства. Опортунитет страна јавно-приватног партнерства је настојање једне од страна (јавне или приватне) да из себичних разлога захтева од друге стране понашање које је супротно принципима на којима ЈПП функционише, *in concreto* имплементираним у уговору о ЈПП-у. Илустрација опортунитетног понашања приватног актера је следећа: уговором са јавним партнером приватни партнер се обавезао да реализује пројекат о изградњи и експлоатацији постројења за прераду отпада. Пројекат се реализује кроз две фазе: фазу изградње и фазу експлоатације. Уговор који би требало да траје десет година приватни партнер има намеру да раскине у петој години трајања уговора (што је рок у коме се окончава фаза изградње постројења и започиње његова експлоатација). Дакле, након што је завршио фазу изградње и наплатио цену за изграђени објекат, приватни партнер се одлучује за раскид. Раскидом губи право на надокнаду за експлоатацију постројења, уз обавезу плаћања штете за раскид. Разлог раскида је што приватни партнер има могућност да свој персонал и логистичке капацитете трансферише у циљу обављања другог, лукративнијег пројекта чија је маргина профита таква да му омогућава да, и након плаћања надокнаде штете због раскида уговора, оствари одговарајућу добит.

(концесионе надокнаду; висине надокнаде коју потенцијални концесионар наплаћује по тони и слично). Тиме је у немогућности да на одговарајући начин утврди критеријуме за оцењивање понуде. У крајњем, улазак у јавно-приватно партнерство без описане информације био би спекулативан и ризичан, било да је процена виша, било да је нижа у односу на расположиву количину отпада (количину која није верификабилна), имајући у виду следеће:

- процена која би била превисока у односу на стварно расположиву количину отпада (количину која је у реалности мања) створила би основ одговорности јавног партнера због чињенице да је приватни партнер засновао своју понуду на подацима јавног партнера за које се испоставило да су нетачни или непотпуни;
- процена количине отпада која би била нижа у односу на стварно расположиву условила би да постројење не врши своју примарну функцију: управљање отпадом на одређеној територији. Наиме, приватни партнер би изградио постројење чији капацитети не би били довољни за стварно расположиве количине отпада.

У описаном примеру, могуће решење је да се ризик утврђивања количина отпада пребаца на приватног партнера.<sup>4</sup> Са друге стране, такво алоцирање ризика противречи једном од принципа расподеле ризика у ЈПП пројектима: ризике сноси страна која је у позицији да њима управља на најефикаснији начин. Јасно је да информације о карактеристикама предмета ЈПП-а спадају у поље „знања“ јавног партнера који је у складу са тим у позицији да ефикасно управља ризиком неадекватне процене количине отпада која би требало да буде предмет прераде.

Успех у дефинисању параметара верификације условљен је и структуром уговора. Описана условљеност илуструје се практичним примером пројекта јавно-приватног партнерства за одржавање метроа у Лондону. Јавно-приватно партнерство је било ограничено на одржавање инфраструктуре, док је управљање остало у пољу одговорности јавног партнера. Пројектом

---

4 У једном од уговора о концесији за изградњу и експлоатацију постројења за управљање отпадом коришћена је следећа формулација: „Концедент има обавезу да омогући потенцијалном понудиоцу да, уколико сматра за потребно, о свом трошку и својим средствима испита структуру и обим отпада, уз обавезу јавног партнера да уложи најбоље напоре у омогућавању таквог испитивања потенцијалним понудиоцима“. Описана алокација ризика за стварне количине и структуру отпада на приватног партнера у овом случају амортизована је клаузулом „најбољих напора“ (е. „best effort clause“) јавног партнера (без јасно дефинисане обавезе јавног партнера као „обавезе резултата“ (е. „obligation of result“) да подржи приватног партнера у испитивању количине и структуре отпада.

је предвиђено да три приватна партнера одржавају метро, при чему је свако од њих надлежан за одређено подручје. Одвајање сегмента одржавања (у надлежности приватног сектора) и експлоатације (фаза која је остала у надлежности јавног сектора) лишило је јавни сектор могућности да се користе једноставни критеријуми учинка приватног партнера, попут тачности и поузданости услуга превоза (што би било могуће да је приватни партнер добио могућност и управљања и одржавања). Како је јавни партнер одговоран за вршење услуге превоза, било је нужно дефинисати мере за верификацију испуњења обавезе приватног партнера (обавезе одржавања) засноване на процени утицаја одржавања на ефикасност превоза метроом (ефикасност саме експлоатације, коју врши јавни партнер). Описане мере биле су сложене у структури и комплексне за калкулацију (Burnett, 2013: 223). Из описаног примера јасно је да би критеријуми верификације требало да буду везани за учинак (резултат; е. „*output based criteria*“), уз минималне спецификације улазних вредности. Тиме се, између осталог, подстиче иновативност приватних партнера у поступку избора најповољнијег понудиоца.

Уговорне одредбе такође могу да буду формулисане на начин који подстиче реализацију јавно-приватног партнерства у правцу остваривања тачно одређеног циља. Пример оваквих одредби је дефинисање цене (тарифе) коју приватни партнер наплаћује од корисника инфраструктуре за пружене услуге.

Тако, уколико је примарни циљ приватног партнера да обнавља постојећу инфраструктуру, уговором ће бити предвиђен метод одређивања цене на основу гарантоване стопе повраћаја инвестиције приватном партнеру (е. *rate of return*). Стопа повраћаја добија се на основу вредности инвестиције јавног партнера и рока трајања пројекта ЈПП-а. По утврђивању стопе повраћаја, формирају се тарифе које могу бити фиксирани за одређени период времена. Споразумом о ЈПП-у може се предвидети могућност тзв. регулаторног интервала, односно времена у коме се тарифе поново утврђују, узимајући у обзир околности у којима функционише пројекат јавно-приватног партнерства. По правилу је приватни партнер тај који иницира преговоре о усклађивању тарифа, с обзиром на то да је цена често дефинисана као део опортуне (агресивне) понуде, чија је садржина (па и цена) формулисана превасходно са циљем да буде изабрана као најповољнија у поступку избора приватног партнера, док су параметри њене реализације у фази имплементације јавно-приватног партнерства у другом плану.<sup>5</sup>

---

5 У поступку избора најповољније понуде за реализацију приватног партнерства јављају се понудиоци чије су понуде агресивне и опортуне. Агресивна (опортунa)



У случају да је за јавног партнера кључни циљ повећање нивоа ефикасности постојећих инфраструктурних постројења (а не обнова постојеће инфраструктуре), користиће систем максималне цене (*e. price cap*) заснован на највишем износу тарифе који дефинише јавни партнер. Висина тарифе је заснована на цени испоручене услуге или добра (на пример, код водоснабдевања основ тарифе је цена воде). Приликом одређивања цена јавни партнер улази у следећи ризик: уколико максимално одређени износ буде превисок, приватни партнер остварује профит без подстицаја да ефикасно реализује пројекат ЈПП-а; уколико је максимално допуштена цена прениска, угрожава се финансијска одрживост пројекта јавно-приватног партнерства, што на први поглед штети само приватном партнеру, али се дугорочне и политичке последице преносе и на јавног партнера, због изостанка одговарајућег квалитета и обима вршења делатности од јавног интереса.

За разлику од тарифе одређене према гарантованој стопи повраћаја (заснованој на процени претходних, „историјских“ трошкова инвестиције), тарифа одређена утврђивањем максимално допуштене цене базирана је на процени будућих трошкова. Одговарајуће утврђена висина максимално допуштене тарифе подстицај је приватном партнеру да смањи оперативне трошкове (јер му тада већи проценат тарифе остаје као приход). После сваког регулаторног интервала усаглашавају се износи максималних цена. Важно је да уговором јавни партнер обезбеди право да се цене усаглашавају на начин који штити његове интересе, пре свега клаузулом поновног преговарања<sup>6</sup>. Значајан део интереса јавног партнера обезбеђује се одређивањем почетне тарифе за пружање услуга од јавног интереса (тарифе коју наплаћује приватни партнер): уколико је она на одговарајући начин дефинисана, расте вероватноћа да ће и њена усаглашавања током каснијег периода бити у складу са очекивањима јавног партнера.

пону да је она која садржи податке и обавезивања за која понудилац (у контексту ЈПП-а приватни партнер) претпоставља да неће морати да их испуни у целости (због чињенице да постоји асиметричност информација у односу на јавног партнера или због високих трансакционих трошкова, односно политичких последица замене изабраног партнера новим).

6 Клаузула поновног преговарања (ревизиона клаузула) је клаузула (одредба) уговора јавног и приватног партнера којом се утврђују поступак и услови његовог ревидирања. Политичке, економске и друге премисе на којима је заснован уговорни однос променљиве су величине, при чему се могу појавити и околности чије наступање није било могуће предвидети, а чија је последица суштинска измена карактера уговора и баланса права и обавеза уговорача. За просуђивање о утицају клаузуле поновног преговарања на елиминисање ризика поремећаја уговорне равнотеже, од значаја су следећа питања: околност која се сматра “покретачем” преговора (“окидач” преговора); предмет преговарања; последице неуспеха преговора. Видети: Gotanda, 2003.

Посебно важно је *ex ante* дефинисање подстицаја транспарентности и сарадње у размени информација. Принцип је следећи: терет обезбеђења информације и подстицај њеног откривања усмерен је ка актеру (приватном или јавном) који информацију поседује или је разумно очекивати да је може прибавити. Примењен на обавезу приватног партнера да „подели“ информације са јавним партнером, принцип делује на следећи начин: уколико се ради о пројекту који је праћен динамичним развојем технологије, приватни партнер се уговором може обавезати да своју технологију у одређеном року уподоби технолошком напретку. Овом обавезом превенира се могућност да приватни партнер калкулише предлогом за реализацију пројекта тиме што ће предложити коришћење старијих технологија. Могућност манипулације елиминисана је тиме што би приватни партнер који (мада свестан постојања и расположивости нове технологије) предлаже коришћење застареле технологије, касније био (у складу са уговорном обавезом уподобљавања) изложен високим трошковима имплементације савремених технологија у оквиру конкретног пројекта јавно-приватног партнерства. Описани механизам оправдан је из следећег разлога: информацију о савременим технологијама по правилу има приватни партнер коме је поседовање таквих информација кључно за успех на тржишту. Прибављање ове информације од стране јавног партнера би финансијски и логистички било неодрживо и захтевало би пројекат о пројекту. Стога, у случају да питање уподобљавања технологије савременом развоју остане нерегулисано, изостаје и подстицај за приватног партнера да обезбеди информацију о начину његовог решавања: од изостанка такве информације приватни партнер има само корист (мања цена за застарелу технологију и виши ниво профита).

Такође, опште формулисани критеријуми попут „квалитета услуга“ који би требало да буду резултат реализације пројекта јавно-приватног партнерства морају да буду конкретизовани: у супротном, постоје тешкоће у дефинисању њиховог испуњења, чиме се редукује вредност ових критеријума за јавног партнера у поступку контроле учинка приватног партнера. Код услуга са карактером делатности од општег интереса има места ставу да је неопходно инкорпорирати минималне стандарде испоруке робе и вршења услуга у сам уговор: ови стандарди не могу бити предмет преговора.

У *ex ante* методе контроле јавног интереса у уговору о ЈПП-у убраја се и претходно дефинисање искуства и финансијске солидности понудиоца. Ови критеријуми по правилу су елиминаторни: уколико нису испуњени, понуда није предмет даљег разматрања. Подобност приватног партнера подразумева доказ о финансијској солидности. Тако подносилац понуде

треба да докаже да има приступ или има расположива ликвидна средства, непокретности без оптерећења, кредитне линије и друга средства. Наведена средства би требало да задовоље захтеве везане за новчане токове неопходне за реализацију уговора у случају застоја или одлагања почетка рада.

Важан елемент подобности приватног понудиоца су и људски ресурси. Потенцијални понудилац је дужан да обезбеди опште информације о управљачкој структури и о расположивости квалификованог персонала за одређене кључне позиције које су наведене у јавном позиву, за период имплементације уговора.

Такође, у циљу стицања опште слике о тржишном профилу приватног партнера, подносилац понуде мора да обезбеди податке о текућим правним процесима и споровима који су проистекли из окончаних или уговора чије је извршење у току, као и податке о процесима и споровима који су вођени у одређеном периоду који претходи започињању поступка избора најповољније понуде за реализацију јавно-приватног партнерства.

Из горе наведеног очигледно је да јавно-приватно партнерство као концепт условљено претходним, *ex ante* решавањем комплексних питања: ово решавање претпоставља постојање одређеног нивоа експертизе и знања на страни јавног партнера. Уколико такве експертизе нема, улазак у јавно-приватно партнерство не може да буде базирано на верификабилним критеријумима учинка приватног партнера, што за последицу има настанак ризика прекида континуитета заштите јавног интереса као темељног елемента у реализацији пројеката са приватним актерима у јавном сектору.

### **3. *Ex post* аспект контроле јавног интереса**

Док је остваривање поузданости верификације учинка приватног партнера кључни циљ *ex ante* контроле јавног интереса у уговорима о јавно-приватном партнерству, питање контроле јавног интереса у фази реализације уговора је да се флексибилност уговора не искористи за угрожавање наведеног интереса. Уговори о јавно-приватном партнерству требало би да обезбеде механизам уподобљавања његове садржине изменама контекста.

Обезбеђење флексибилности почива и на међусобном поверењу страна и кооперацији. Поверење и кооперација су елементи који долазе до изражаја у фази реализације уговора о јавно-приватном партнерству, с обзиром на то да у фази припреме јавни партнер (једнако као и приватни) воде рачуна и штите сопствене интересе.

Када се ради о флексибилности уговора, јасно је да правни систем не може да одврати стране од опортунистичког понашања у уговорним односима.<sup>7</sup> Уколико обавеза уздржавања од опортунизма није предмет уговорне сагласности уговарача, трећа страна (суд или арбитража) нема могућност да је санкционише (Posner, 2000: 749–750). У контексту ЈПП-а, илустрација околности у којима суд или арбитража не могу да санкционишу опортуно понашање приватног партнера је следећа: трећа страна (суд или арбитража) може имати знање о постојању одређених политичких циљева јавног партнера који су разлог уласка у пројект јавно-приватног партнерства. Ови су циљеви разлог за ЈПП пројекат, али не морају бити изричито уговором дефинисани мимо генералне дескрипције (смањење сиромаштва, доступност инфраструктуре, заштита јавног интереса у најширем смислу). Супротан приступ који би подразумевао да суд или арбитража тумаче меру остваривање опште наведених политичких циљева садржаних у уговору (без јасних верификабилних критеријума за утврђивање њихове испуњености) значио би да судбина уговора зависи од општих изјава уговарача (слично као код преамбула међународних споразума) чиме се потенцијално нарушава интегритет уговорних обавеза.

Обезбеђење флексибилности уговора (па самим тим и елиминисање потенцијалног опортунитета актера) остварује се уколико је уговор као формална структура прожет принципом солидарности и кооперације: примарне обавезе из уговора сматрају се основом за даље уподобљавање уговора варијацијама контекста који га окружује.<sup>8</sup> Кооперација би требало би да омогући да *lacunae* буду адекватно испуњене кроз сарадњу уговарача. Тиме се омогућава да одређени елементи размене који нису утврђени у уговору (па самим тим њихову правну перфектност не може верификовати трећа страна-суд или арбитража) буду самоизвршиве обавезе. Самоизвршивост је карактеристика поступања страна које извршавају обавезе не због потенцијалне одговорности за штету, већ због међузависности у извршењу уговора: јавни партнер пристаће на уподобљавање уговора о ЈПП-у јер тржиште не омогућава супституцију постојећег партнера новим партнером који ће адекватно реализовати пројекат (јавни партнер је у проблему „ограничења избора“ – „hold up“

---

7 Опортунизам страна јавно-приватног партнерства је настојање једне од страна (јавне или приватне) да из сопствених разлога захтева од друге стране понашање које је супротно принципима на којима функционише ЈПП, *in concreto* имплементираним у уговору о јавно-приватном партнерству. Видети више *supra* у напомени 5.

8 У литератури се сугерише да у дугорочним уговорима „правна средства играју секундарну улогу (...) и да неправни фактори играју кључну улогу у решавању спорова“ (McKendrick, 1995: 305, 309–310).

проблем).<sup>9</sup> Приватни партнер ће адаптирати уговор како би очувао пословни углед и сачувао репутациону вредност неопходну за даље функционисање на тржишту. Описани баланс на коме се заснива самоизвршивост уговора о ЈПП-у остварује се и кроз дужност кооперације: у правном смислу, ова се дужност рефлектује кроз уговором предвиђену динамику, садржину и институционални формат преговора, сталну размену информација, транспарентност података о ефикасности функционисања пројекта јавно-приватног партнерства и слично. Такође, сама чињеница расположивости правних средстава за решавање спорова има значајан индиректан утицај на кооперативно понашање страна: наиме, пословни људи начелно избегавају спорове.<sup>10</sup> Расположивост правног пута за заштиту сопствених права чини „сенку права“ у којој стране преговарају о постојећим или потенцијалним конфликтима произишлим из уговора у питању.

Илустрација значаја кооперације за одрживост баланса интереса јавног и приватног партнера као претпоставке самоизвршивости уговора је споразум о јавно-приватном партнерству којим се приватни партнер обавезује да изгради објекат за прераду отпада у циљу производње енергије (е. „Waste to Energy“) и експлоатише га одређени број година. Приликом експлоатације изградње објекта, јавни партнер може да задржи право да учествује у делу добити која се остварује кроз продају електричне енергије произведене из постројења. Може се уговорити да приватни партнер има право да продаје електричну енергију до одређене количине, а да се корист (цена) од вишка добијене електричне енергије дели између јавног и приватног партнера. То значи да између јавног и

9 Проблем „ограничења избора“ вид је опортуног понашања приватног партнера у контексту јавно-приватних партнерстава. Он настаје када се по обиму и структури оптимална трансакција (квалитет израде, време испоруке, количина производа/услуга) не може дефинисати са сигурношћу *ex ante*. *Hold up* проблем је облик *ex post* опортунитета једне од уговорних страна који настаје због специфичне сврхе елементарне трансакције. Стога је друга страна у нефлексибилној позицији (без алтернативних опција). У контексту ЈПП-а специфичност се пре свега односи на технологију, људски капитал, *know-how* приватног партнера. Успех инвестиције јавног партнера зависи од понашања власника друге имовине (приватног партнера) који има знања и способности која се не могу супституисати на тржишту. Суштински, проблем ограничења избора у контексту јавно-приватног партнерства је ситуација у којој јавни партнер омогући да приватни партнер уложи новац у пројекат ЈПП-а, након чега приватни партнер изврши модификацију дистрибуције користи на начин да има виши ниво добити од пројекта него што је то оправдано улагањима која је учинио.

10 Идеја да уговорна средства за повреду уговора практично нису од значаја код дугорочних уговора је тема која се анализира у литератури. Присутни су ставови да се „из резултата емпиријских студија намеће закључак да се формална правна средства ретко користе код дугорочних уговорних односа“ (Harris, 2005: 27–28, 31–38).

приватног партнера мора да постоји транспарентност информација о нивоу производње, методологији коришћења постројења, маркетиншком приступу и слично. Овај однос захтева одређени ниво поверења и однос *intuitu personae*.

Кооперација се ефикасно може подстаћи кроз механизам дефинисања цене. Код комплексних ЈПП уговора постоји механизам утврђивања максималне цене приватног партнера (*Guaranteed Maximum Price* – GMP цена). Реч је о цени која се дугује приватном партнеру за експлоатацију постројења, а која укључује стварне трошкове експлоатације (који су променљиви параметар) уз додаток фиксне надокнаде. Уколико укупан износ надокнаде пређе GMP цену, приватни партнер нема право да тражи разлику у цени. У случају да је цена мања него што је то GMP цена, позитивну разлику задржава јавни партнер. Приватни партнер је, дакле, економским разлогом (сноси терет повећања трошкова максималне гарантоване цене) принуђен да током реализације уговора тежи ефикасном коришћењу ресурса како би обезбедио већи профит. Истовремено је дужан да стварне трошкове експлоатације образложи и оправда јавном партнеру кроз достављање извештаја о методама експлоатације, програму рада, ценама, условима уговора са корисницима услуга у светлу потребе остваривања јавног интереса. Јавни партнер је мотивисан (јер задржава позитивну разлику у цени) да прати и учествује у реализацији уговора. Описани метод развија међусобну сарадњу и кооперацију.

Како су кризе у односу уговарача пратилац сваког уговорног односа (а посебно комплексног и дугорочног уговора попут уговора о ЈПП-у), могуће је да солидарност и сарадња еродирају у присуству конфликта. У таквим случајевима кооперација мора бити заснована не на алтруизму, већ на узајамној зависности уговарача. Међузависност има за резултат да страна уговора која није примила уговорену престацију не користи промтно механизам решавања спорова: уместо опортуног и нетолерантног понашања страна бира кооперацију. Ваља нагласити да међузависност нема исти интензитет током трајања уговорног односа: наведени се интензитет смањује како одмиче реализација уговора. Са смањењем међузависности, пропорционално расте могућност да стране поступају опортуно и да уместо принципа кооперације приступе заштити сопственог интереса пред судовима и арбитражама.

## Литература

- Burnett, M. (2013). Public Private Partnership Contract Management-Still in Need of More Attention. *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* Vol. 3. 217–230.
- Gotanda, J.Y. (2003). Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contracts Revisited. *Vanderbilt Journal of Transnational Law.* Vol. 36. 1461–1473.
- McKendrick, E. (1995). The Regulation of Long-Term Contracts in English Law. У Beatson, J. и Friedman, D. (Прир.). *Good Faith and Fault in Contract Law.* Oxford: Oxford University Press.
- Posner, R. (2000). The theory of contract law under conditions of radical judicial error. *Northwestern University Law Review.* Vol. 3. 94. 749–774.
- Harris, D. Campbell, D. Halson, R. (2005). *Remedies in Contract & Tort*, 2nd. Cambridge.

**Aleksandar Ćirić, LL.D,**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

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

### **EX ANTE AND EX POST CONTROL OF THE PUBLIC INTEREST IN PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP AGREEMENTS**

#### **Summary**

*The paper analyzes the provisions of public-private partnership agreement (hereinafter: the "PPP") in the context of control of the public interest in the process of preparing and implementing PPP projects. PPP agreements are a mechanism for defining rights and obligations of public and private partners in the process of realization of a particular PPP project. In spite of being defined as partnership, public and private interests largely remain competitive. However, in case it is not possible to achieve both interests at the same time, the public interest is deemed to have priority. The proper implementation of the supremacy of public interests over the private ones calls for an appropriate contractual definition of conditions and manner for such implementation. The methodology for exercising control of the public interest in PPP projects through agreements on public-private partnership has two aspects.*

*The first aspect is to provide verifiable parameters of legal, economic and technological conditions, as well as the procedure for selecting the best bid for the realization of public-private partnership (ex ante methodological aspect); these conditions are the basis for future PPP agreement. Ex ante methodology has to provide instruments for control of the public interest through pre-established mechanisms aimed at verifying whether the private partner has fulfilled the agreement. If such verification is not possible or if it is considered unreasonable (either financially or otherwise), it may raise an issue whether the public-private partnership is an adequate modality for implementation of the project aimed at promoting the public interest; it further implies that the public partner should resort to other options (employing “internal” resources or taking a loan for financing the projects of public interests).*

*The second aspect is that the PPP agreements are to provide for the proper implementation of the elements that ensure some flexibility in implementing the agreement as well as an effective control of such implementation (ex post methodological aspect). PPP agreements should provide a mechanism for adjusting their contents to changed circumstances, i.e. the social, legal and economic context which pervades the preparation, implementation and realization of the specific PPP project. Among other factors, this flexibility rests on mutual trust and cooperation of the contracting parties. Ultimately, in the context of control over exercising the public interest, the methodological approach of the PPP agreement essentially lies in preventing the public partner to succumb to the temptation of adopting the simplest available solution. Instead, it is necessary to clearly define the expectations which the public body as a title-holder of public interest has in regard of specific PPP projects, and to limit the responsibility of the public actor. The success of a PPP agreement in each particular case depends on the extent to which the agreement provides for adequate treatment of these presumptions.*

**Keywords:** public-private partnerships and concessions, a PPP agreement, the methodology of “value for money”, “hold-up” problem.





**Др Милева Анђелковић,\***  
Редовни професор Правног факултета  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:

UDK: 336.225.678:347.722

Рад примљен: 30.09.2016.  
Рад прихваћен: 25.10.2016.

## **НЕКЕ СПЕЦИФИЧНОСТИ ПОРЕСКЕ КОНТРОЛЕ У САВРЕМЕНИМ УСЛОВИМА ПОСЛОВАЊА\*\***

**Апстракт:** Предмет анализе у раду су неки посебни механизми које развијене пореске администрације све чешће користе како би допуниле традиционалну пореску контролу. Иновирање пореске процедуре изазвано је великим тешкоћама које се јављају у вези са утврђивањем реалног пореског чињеничног стања обвезника који послују ван националних граница. У суштини, ради се о настојањима ка постепеном мењању природе пореских односа од заповедничких и бирократских у односе сарадње и поверења. Побољшани односи опорезивања обухватају различите механизме, односно процедуралне новине од којих се очекује да олакшају управљање пореским ризицима и да допринесу ефикаснијој наплати пореза. Како би се избегли непотребни сукоби и трошкови, пореским обвезницима се пружа могућност да унапред траже мишљење од пореских органа о пореским последицама намераване трансакције или да закључују претходне споразуме везане за вредновање трансферних цена или се захтева да достављају податке о шемама агресивног пореског планирања.

**Кључне речи:** пореска контрола, агресивно пореско планирање, побољшани односи опорезивања.

### **1. Увод**

Традиционална пореска контрола располаже низом непосредних и посредних механизма и техника за откривање случајева неплаћања пореза. Смањење пореског јаза данас се поставља као приоритетан циљ пореских политика у великом броју земаља. Могућности наплате пореза

\* mevi@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту “Заштита људских и мањинских права у европском правном простору” који финансира Министарство образовања и науке Републике Србије бр. 179046

су отежане у савременим условима пословања, не само у националним оквирима, већ нарочито кроз одвијање прекограничних трансакција и несметано успостављање финансијско-трговинских односа на светском тржишту. Од пореских администрација се очекује да доследно примењују пореске законе и да у складу са њима опорезују реалну економску снагу пореских обвезника, али су у том свом деловању ограничене различитим околностима. Посебан изазов представља опорезивање међународних пословних активности резидентних обвезника који послују на страним тржиштима, искоришћавајући при томе разлике у националним пореским системима или недостатке у међународним пореским споразумима. Класични методи пореске контроле углавном нису прилагођени стицању сазнања о укупној пореској снази великих пореских обвезника (мултинационалних компанија и веома богатих појединаца). У том смислу, пореске администрације могу у процесу опорезивања да се ослоне на лојалност пореских обвезника или на међународну пореску сарадњу или да осмисле неке посебне стратегије како би се супротставиле међународној пореској евазији, односно агресивном пореском планирању. Ове стратегије, у виду различитих механизма, представљају додатак пореској процедури и усмерене су на повећање нивоа добровољног испуњавања пореских обавеза. Након кратког осврта на околности које су иницирале увођење неких новина у традиционалну пореску процедуру у развијеним пореским администрацијама, посебну пажњу посвећујемо специфичним мерама које треба пореску контролу да учине ефикаснијом.

## **2. Осавремењивање пореске контроле у развијеним пореским администрацијама**

Процеси иновирања пореске контроле, у све већем броју земаља, условљени су израженим проблемима у домену управљања јавним финансијама. Буџетска криза, офшор пословање и агресивно пореско планирање и понашање мултинационалних компанија као *free riders-a* у светским оквирима, јављају се као отежавајући фактори деловања пореских администрација, имајући у виду распрострањавање пореског суверенитета само на територији одређене државе. Традиционална пореска контрола и даље остаје основни извор прибављања информација о пословању пореских обвезника али она има ограничен дomet. Поред тога, пореске провере се не врше континуирано што погодује несавесним пореским обвезницима и доприноси стварању пореског јаза (*tax gap*). Ефикасност неких основних инструмената за спречавање пореске евазије и олакшавање добровољног плаћања пореза добро је позната у виду технике одбијања пореза на извору, као и од стране пореских посредника (банака и других финансијских

посредника). Међутим, изазови глобализационих промена постављају одређена ограничења у опорезивању међународних прекограничних активности.

Промењене економско-политичке и технолошке прилике измениле су у значајној мери амбијент у коме пореске администрације обављају своје активности. Управо је пореска контрола једна од најважнијих пореских функција која треба да омогући правилно и благовремено извршавање пореских обавеза, односно одвијање пореских токова. Интензивирано прекогранично пословање отежава прикупљање релевантних пореских података што је подстакло неке државе да иновирају пореску процедуру, променом менталитета и понашања субјеката пореског односа. Ради се о уравнотежењу интереса пореских власти (боље опорезивање) и великих пореских обвезника (захтев за правном сигурношћу). На тај начин, традиционални порески однос се постепено развија у побољшани порески однос (Owens, 2012: 517). Такав однос се заснива на сарадњи и узајамном поверењу и третману обвезника као клијената пореских органа. Он омогућава активнију улогу обвезника у комуникацијама са пореским органима али, на одређени начин, повећава њихову одговорност у смислу достављања релевантних додатних информација, ван онога на шта су законом обавезани. Ове информације се тичу указивања на потенцијалне ризике имајући у виду да је пореско законодавство често сложено, променљиво и нејасно, тако да је обвезницима тешко да сами просуде порескоправне последице својих активности (трансакција). Овај нови интерактивни приступ има више превентивни карактер кроз промовисање климе која охрабрује поступање у складу са пореским законима. За повољан исход побољшаног односа опорезивања битно је да буду испуњена очекивања његових субјеката, наравно, у границама закона. Очекивања пореских обвезника тичу се брзог и правичног решавања њихових пореских ствари и без спорова. Порески органи очекују ефикасније управљање пореским ризицима и бољу наплату пореских прихода. Остваривање завидног нивоа коректности и професионализма у раду требало би да охрабри пореске обвезнике, а нарочито велике корпорације, да се обавезу на позитиван однос према пореској администрацији (D'Ascenzo, 2015: 95). Успостављање узајамног поверења јесте главни циљ побољшаног пореског односа будући да његов изостанак значи несигурност а несигурност повећава ризик за обе стране у овој правној релацији. У литератури се наилази на мишљење да се концепт побољшаног односа у основи базира, макар индиректно, на принципу правне сигурности, а, поред тога, и на принципу ефикасности пореске администрације (Roch, 2012: 24). Стварање повољније климе у испуњавању пореских обавеза могуће је постићи

на различите начине. Један од емпиријски потврђених механизма подразумева формални или неформални споразум између пореског органа и одређеног обвезника (Study into the role of tax intermediaries, 2008: 43). Најповољнија искуства су испољена у пореским системима Холандије и САД, па се због тога најчешће наводе као добри примери реализације програма ефикаснијег управљања пореским ризицима. Хоризонтални надзор (*horizontal monitoring*) представља систем контроле заснован на узајамном поверењу, разумевању и транспарентности обвезника и пореских органа у решавању пореских ризика. Ова мера има за сврху да се унапред предвиде одступања од примене пореских закона и на тај начин неутралишу могући ризици неплаћања пореза (Вукшић, 2012: 84–85). Холандска пореска администрација је покренула програм хоризонталног праћења 2005. године обухватајући у почетку двадесет великих корпоративних пореских обвезника, са настојањем да подстакне веће откривање пореских неизвесности и ризика, да би се 2007. године програм проширио на средње и мале компаније и пореске посреднике. Америчка пореска администрација је применила пилот програм, познат као *Compliance Assurance Process (CAP)*, 2005. године на ограниченом броју пореских обвезника, у покушајима да максимизира ефикасност наплате пореза и истовремено да промени понашање обвезника. Друга иницијатива, позната као *Schedule UTP*, представља захтев упућен корпорацијама са више од 100 милиона долара у имовини да укључе у њихове пореске пријаве план (распоред) “неизвесних пореских позиција”, да би касније овај праг био спуштен на 50 милиона долара 2012. године и 10 милиона долара 2014. године (Gutman, 2012: 472–474).

У поређењу са традиционалном пореском контролом, која је по природи ретроспективна и управљена на нерегуларности у већ поднетим пореским пријавама, хоризонтални надзор се фокусира на садашње и будуће активности обвезника и узајамно деловање са пореским органима са циљем отклањања пореских ризика пре подношења пореских пријава. Уместо широких и дуготрајних провера, које покривају период од неколико година уназад, улазак у овај програм подразумева ограничену пореску контролу (Verbič, Čok, Šinkovec, 2014: 68).

### **3. Специфични механизми провере понашања пореских обвезника**

Пословање у савременим глобализационим условима у великој мери је усложнило и отежало рад пореским органима. Шеме агресивног пореског планирања често су предмет врло исплативих тржишних трансакција, огромна богатства се скривају у пореским оазама,

међународна пореска евазија добија забрињавајуће размере, а све то захваљујући информационим технологијама омогућава једноставно пребацивање прихода у најповољније пореске дестинације. Свесне значаја кооперативности пореских обвезника, развијене пореске администрације иновирају пореску процедуру са циљем олакшавања контролне функције и добијања додатних информација. За сада, само мали број држава је предвидео у националним законодавствима обавезно откривање података о шемама агресивног пореског планирања, док су неке државе увеле програме добровољног достављања података о претходно неплаћеним порезима. Већи број држава предвиђа могућности пореских органа да ступају у неку врсту “споразума” са пореским обвезницима објашњавајући им како ће применити порески закон у конкретној ситуацији. У принципу, то је допуштено докле год пореске власти пре примене пореских закона не тумаче прописе флексибилније или строже него што је законодавац имао у виду. У међународним пословним односима, као додатни вид контроле мултинационалних компанија користе се споразуми о утврђивању цена унапред, у којима порески обвезник преговара и договара са пореским властима коју ће методологију применити за трансферне цене. Наведени примери примене неких специфичних механизма у пореској процедури, поред олакшавања пореске контроле, треба да допринесу остваривању принципа економичности опорезивања и стварању подстицајне пореске климе у међусобним односима пореских органа и пореских обвезника.

### **3.1. Откривање информација о шемама агресивног пореског планирања**

Као део ширих стратешких националних и међународних мера у домену супротстављања агресивном и артифицијелном пореском планирању, неке државе су прописале правило о обавезном раном откривању информација о шемама агресивног пореског планирања. У Извештају ОЕЦД о иницијативама за изношење такве врсте пореских чињеница, наводе се позитивна искуства у коришћењу ових правила (*Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure, 2011: 16*): значајно смањују време потребно пореској администрацији за откривање шема агресивног пореског планирања; омогућавају ефективне пореске истраге засноване на ризицима; допуштају бржу реакцију пореских власти кроз измену законодавства или решавање спорова и брже реаговање на појаву шема агресивног пореског планирања, остварујући на тај начин ефекат застрашивања (одвраћања) и смањујући атрактивност агресивног пореског планирања. Правило о одавању информација о абוזивним шемама помаже пореској администрацији да пронађе обвезнике и њихове

пореске саветнике и да трага за другим обвезницима који су применили одређену шему (Larin, Doung, Jacques, 2008: 158). У литератури се често наводи пример Велике Британије која је 2004. године увела *Disclosure of Tax Avoidance Schemes (DOTAS)* као обавезу, превасходно промотера ових шема, да доставе пореској администрацији довољно детаља тако да порески службеници могу разумети како шема омогућава пореске погодности за оне који је користе. Санкције за недостављање података су последњих година знатно повећане. DOTAS има два циља. Прва намера је да британска пореска администрација постане свесна потенцијалних шема избегавања плаћања пореза што је раније могуће. Такође је предвиђено да делује као средство за одвраћање од претерано агресивних шема (*Tackling corporate tax avoidance in a global economy: is a new approach needed?* 2013: 17). У британској теорији су подељена мишљења о корисности овог правила. Неки аутори истичу да је искуство позитивно у погледу смањења обима купљених шема агресивног избегавања пореза. Међутим, главни проблем са овим правилом, по мишљењу J. Freedman, јесте концепцијска неодређеност граница између различитих модалитета понашања пореских обвезника (прихватљиве законите евазије, неприхватљиве законите евазије и незаконитог избегавања пореза) (Freedman, 2006:349). Иако су поједине шеме после увођења DOTAS престале да се користе, британска национална ревизорска служба је навела да је то имало мали утицај на коришћење агресивних шема, понајвише због тога што британској пореској администрацији недостају средства за предузимање ефективних мера како би предупредила таква понашања (Farusworth, Fooks, 2015: 33). За сада само седам земаља имају режим обавезног достављања информација у домаћем законодавству (Ирска, Израел, Кореа, Португалија, Јужна Африка, Велика Британија и САД). У вези са тим, јавља се дилема да ли је то можда разлог да је једна од активности ОЕЦД, предвиђених пројектом BEPS (Action 5), подстицање држава да захтевају од пореских обвезника откривање њихових аранжмана агресивног пореског планирања? Рани приступ таквим информацијама пружа прилику да се брзо одговори, односно реагује на пореске ризике кроз интензивније пореске контроле или промене законодавства. Посебно се препоруке тичу правила усмерених на међународне пореске шеме као и на развој и примену ефикасне размене пореских информација и сарадње између пореских администрација (*OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Explanatory Statement*, 2015: 16). Потенцијалне предности ширег прихватања обавезе изношења чињеница о абузивним пореским шемама могу се огледати у следећем: 1) скраћењу временског периода пре него што пореске администрације у неколико земаља постану свесне празнина или посебног тумачења међународних пореских одредби; 2) спречавање преношења ових шема из једне у другу

земљу, и 3) могућности ранијег сазнања чињеница да се посебан порески аранжман заснива на различитом националном пореском третману и обавештавање о томе друге заинтересоване државе (Baker, 2015: 89).

Нешто другачију меру у циљу побољшања добровољног плаћања пореза користиле су поједине државе, посебно након глобалне финансијске кризе из 2008–2009. године. Програми добровољног изношења чињеница представљају прилике које пореске администрације пружају обвезницима који нису извршавали пореске обавезе да исправе своје пореске ствари под специфичним условима. Ове иницијативе морају да успоставе равнотежу између пружања довољно подстицаја за оне који нису плаћали порез да се јаве, а не да се награђује или охрабрује такво понашање. У суштини, ради се о изузетном програму који дозвољава пореским обвезницима да добровољно изнесу чињенице о непријављеном доходу и имовини на основу чега добијају знатно смањење казни (кривичних или административних) (Magino, 2014). Ови програми могу бити уграђени у пореско законодавство или предвиђени као део административне праксе, а по карактеру су перманентни или привремени. Важност ових програма је у пружању прилике пореским администрацијама да повећају приходе уз смањене трошкове, нпр. кроз мањи број пореских контрола или спорова и кривичних поступака, као и да у будућности побољшају пореску сагласност оних пореских обвезника који су ступили у овај програм (*Update on Voluntary Disclosure Programmes: A pathway to tax compliance*, 2015: 13).

### **3.2. Претходно издата пореска мишљења (*advance tax rulings*)**

Овај механизам примењује, за сада, 15 држава. Генерално посматрано, обвезник треба да затражи мишљење од пореског органа о пореским последицама намераване трансакције пре подношења пореске пријаве и оно је само за њега обавезно. Неки порески теоретичари сматрају да би таква могућност уз алтернативно решавање пореских спорова требало би буде промовисана као корисно оруђе за стварање правне сигурности обвезника, осигурање државних прихода и минимизирање трошкова наплате пореза. Без сумње, комбинација ових мера, са подстицајима за пореске обвезнике, може бити ефективно оруђе за побољшање пореске сагласности али уз подршку пореских санкција.

*Advance tax ruling* је писмена изјава пореске администрације дата конкретном пореском обвезнику која објашњава како ће се протумачити и применити порески закон на специфичан скуп чињеница. Ово мишљење односи се на будуће трансакције обвезника и требало би обе стране да се на њега у значајној мери ослоне. У литератури се већина аутора слаже у



погледу правне природе овог инструмента сматрајући га једностраном одлуком пореске администрације. У студији ОЕЦД из 1990. године, посвећеној сагледавању права и обавеза пореских обвезника, наводи се да су претходно дата мишљења генерално ограничена на решавање изузетно важних случајева и на специфичне трансакције (*Taxpayers' Rights and Obligations-A Survey of the legal situation in OECD countries*, 1990: 21).

По угледу на развијене пореске системе, у Хрватској је 2015. године уведен институт обавезујућег мишљења, новелом Опћег порезног закона. За издавање обавезујућих мишљења надлежно је Саветодавно тело у оквиру Пореске управе. У хрватској пореској литератури, овај нови институт хрватског пореског поступка се сагледава у контексту заштите права пореских обвезника, али и остваривања потребне предвидивости поступања пореских тела, па тиме и правне сигурности (Наташа Жунић Ковачевић, 2016: 287). У српској пореској теорији за сада нема предлога за увођење сличног института. Не може се спорити потреба за модернизацијом наше пореске процедуре имајући у виду изражене проблеме са пореском евазијом и сивом економијом. Треба се подсетити да једно од начела српског пореског поступка обавезује субјекте порескоправног односа на поступање у доброј вери. У домаћој управној теорији износе се сумње у погледу нормираности овог начела да је тешко примењиво и проверљиво (Томић, 2015: 427). Можда би пореске власти могле размислити о увођењу института претходног обавезујућег пореског мишљења као о једном од начина примене и остваривања начела поступања у доброј вери. То би свакако означило напредак у правцу побољшања односа пореских обвезника и Пореске управе Србије.

У ЕУ је сагледана опасност која произлази из потенцијалних злоупотреба давања пореских мишљења унапреду смислу неоправданог привилеговања појединих обвезника тако да је постигнута политичка сагласност крајем 2015. године о измени Директиве о административној сарадњи (из 2011. године) која предвиђа обавезну аутоматску размену информација о датим пореским мишљењима везаним за прекограничне трансакције између земаља чланица (*Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation, COM(2015) 135final*). Размена релевантних информација би се одвијала хоризонтално између земаља чланица, али и вертикално са Европском комисијом свака три месеца. Оваква активност је предвиђена у контексту свеобухватне борбе против штетне пореске конкуренције (Biz, 2015: 1040). Важност ове нове мере огледа се у отклањању ограничења која су важила на основу наведене Директиве у погледу размене информација. На основу предложених измена овог документа, одавање комерцијалне тајне није

више разлог за одбијање размене информација о *advance tax rulings* и *advance pricing agreements*.

Неки аутори упозоравају на проблематичност давања оваквих мишљења у случајевима одобравања државне помоћи. Разлог је недостатак њихове транспарентности будући да се не објављују. Поред тога, проблем није у примени правила већ у самом споразуму (договору) пореског органа и пореског обвезника којим се унапред одобрава недопуштена пореска погодност која може представљати значајну финансијску предност у односу на друге обвезнике. Такво поступање представљало би појаву недопуштене државне помоћи уколико се неоправдано пружају пореске бенефиције само неким категоријама пореских обвезника а не и другим у истим ситуацијама (Lang, 2015: 395).

### **3.3. Споразуми о унапред утврђеним ценама трансакција (*advance pricing agreements*)**

Мултинационалне компаније користе трансферне цене у рачуноводствене и пореске сврхе, у свим међукомпанијским трансакцијама, одређујући тако доходак али и пореску основицу у одређеној локацији. Уколико се локалне пореске стопе разликују, мултинационалне компаније имају подстицај да манипулишу трансферним ценама да би пребацили опорезив приход из локација где су порези виши у локације са нижим порезима. Да би спречиле пребацивање профита, пореске власти захтевају да се трансферне цене исказују у складу са принципом “ван дохвата руке” (*at arm's length*). Док је овај принцип сам по себи јасан, његова примена у пракси се показала тешком. Није могуће увек пронаћи податке о упоредивим трансакцијама на слободном тржишту, а поред тога, захтева се и вођење читаве документације о трансферним ценама. Међутим, фирме не знају да ли ће порески органи прихватити ове цене и у којој мери ће их прилагодити стварним тржишним ценама, што их може изложити ризику двоструког опорезивања. Једно од средстава за смањење ове пореске несигурности јесте закључивање претходних споразума о трансферним ценама. Њиховим закључивањем између пореског обвезника и једне или више пореских администрација одређује се одговарајући метод за утврђивање трансферних цена за будуће међукомпанијске трансакције за извесан период. Мултинационалним компанијама је у том преговарању омогућено да поднесу све потребне и релевантне информације о специфичним међукомпанијским трансакцијама. За разлику од *advance tax rulings*, *advance pricing agreements* се бави чињеничном материјом више него тумачењем и применом закона, и усмерено је на одлучивање о свим трансакцијама или одређеним категоријама трансакција које

се тичу обвезника у прекограничним ситуацијама (Sawyer, 2004: 47). У литератури се износи као погодност ових споразума постизање вероватноће планирања у погледу будућег пореског терета и смањење ризика двоструког опорезивања (Becker, Davies, Jakobs, 2014: 6).

Пореско право Србије, за сада, не познаје институт претходног договора о цени али постоје предлози у домаћој литератури о неопходности његовог увођења, имајући у виду све веће присуство мултинационалних компанија на српском тржишту (Ђинђић, 2014: 191). Тешкоће са којима су суочене савремене пореске администрације још интензивније су изражене у нашим спречицима околностима слабих институција и ниског пореског морала. У том смислу, адекватна примена пореских прописа и боља наплата пореза постављају пред пореске власти неопходност увођења модерних метода контроле у раду Пореске управе Србије, као битног сегмента процеса њене реформе (Хрустић, 2015: 443), како би се оспособила за борбу против пореске утаје и штетне пореске конкуренције.

#### **4. Закључак**

Иницијативе у домену повећања добровољног плаћања пореза и иновирању пореске контроле могу се правилно разумети у контексту глобалне политичке подршке ангажовању националних пореских администрација на спречавању агресивног пореског планирања и међународне пореске евазије. Не треба сумњати да ће иновирање пореске контроле имати за резултат стварање подстицајне климе у погледу извршавања пореских обавеза великих пореских обвезника. Међутим, уградња неких специфичних механизма у циљу олакшавања ове најзначајније пореске функције може створити одређене проблеме у пракси. Наиме, постоји потенцијална опасност од нарушавања принципа законитости и једнаког пореског третмана, као и обезбеђења поверљивости и тајности података. Потребно је указати и на могућности “сувишног” приближавања пореских администрација и пореских обвезника што можда води прикривеној “приватизацији” традиционалних пореских односа.

## Литература

- D'Ascenzo, M. (2015). Global Trends in Tax Administration. *Journal of Tax Administration* Vol.1, No. 1. Преузето 5.9.2015. [www.jota.website/article/view/15/30](http://www.jota.website/article/view/15/30)
- Baker, P. (2015). The BEPS project: Disclosure of Aggressive Tax Planning Schemes. *INTERTAX*. Vol. 43. Issue 1. 85–90.
- Becker, J., Davies, R.B., Jakobs, G. (2014). The economics of advance pricing agreements. WP 14/26. Oxford University Centre for Business taxation
- Biz, C. (2015). Countering tax avoidance at the EU level after “luxleaks”. A history of tax rulings, transparency and BEPS: Base erosion and profit shifting or bending European prospective solutions? *Diritto e pratica tributaria internazionale*, Vol. XII, N. 4. 1036–1067.
- European Commission. *Proposal for a Council Directive amending Directive 2011(16)EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation*, COM(2015)135final. Brussels. Преузето 5.5.2016.
- Farnsworth, K., Fooks, G. (2015). Corporate Taxation, Corporate Power, and Corporate Harm. *The Harvard Journal*, Vol. 54, no. 1. 25–41.
- Freedman, J. (2006). Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti-Avoidance Principle. *Working Paper* No 14/2006
- Gutman, H. (2012). *The Role of Tax Advisor in the Changing World of Global Tax Administration: The 2012 Erwin N. Griswold Lecture Before the American College of Tax Counsel*. Преузето 3.5.2016. [www.americanbar.org/...tax.../ttl-spr12-01-Gutm...](http://www.americanbar.org/...tax.../ttl-spr12-01-Gutm...)
- Хрустић, Х. (2015). Хармонизација пореског законодавства Србије са пореским правом Европске уније. *Право и привреда*. 5–9. 438–452.
- Ковачевић, Н. Ж. (2016). Претходна обавезујућа порезна мишљења – нови институт хрватског порезног поступка. *Зборник Правног факултета Свеучилишта Ријека*. Vol. 27, бр. 1. 267–289.
- Lang, M. (2015). Tax Rulings and State Aid Law. *Reprinted from British Tax Review*, issue 3. 391–395.
- Larin, G.N., Doung, R., Jacques, M. (2008). Policy Forum: Responses to Aggressive tax Planning-A Study Framework. *Canadian Tax Journal*, Vol. 56, No. 1. 143–159.
- Marino, G. (2014). New exchange of information versus tax solutions of equivalent effect, General report. EATLP Congres

*OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (Explanatory Statement)*. (2015). OECD. Преузето 1.3.2016. [www.oecd.org/tax/beps-explanatory-statement-2015.pdf](http://www.oecd.org/tax/beps-explanatory-statement-2015.pdf)

Owens, J. (2012). Tax Administrators, Taxpayers and Their Advisors: Can the Dynamics of the Relationship Be Changed? *Bulletin for international taxation*. September. 516–518.

Roch, M.T.S. (2012). *Tax Administration vs. Taxpayer. A New Deal?* Преузето 3.5.2016. [www.eatlp.org/uploads/...Moessnor%20lecture](http://www.eatlp.org/uploads/...Moessnor%20lecture)

Sawyer, A. (2004). Is an International Tax Organization an Appropriate Forum for Administering Binding Rulings and APAs. *eJournal of Tax Research*, Vol. 2, Num. 1. 8–70.

*Study into the Role of Tax Intermediaries*. (2008). OECD

*Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure*. (2011). OECD Publishing

*Tackling corporate tax avoidance in a global economy: is a new approach needed?* Report. (2013). House of Lords. Преузето 13.9.2014. <http://www.publications.parliament.uk/pa/...48.pdf>

*Taxpayers' rights and obligations. A survey of the legal situation in OECD countries*, (1990). OECD

Томић, З. (2015). Поглед на општи порески процесни закон – неке одабране управне дилеме. *Право и привреда*. 5–9. 420–436.

Verbič, M., Čok, M., Šinkovec, D. (2014). Some evidence for implementation an enhanced relationship in Slovenia. *Financial Theory and Practice*. 38 (1). 61–80.

Вукшић, З. (2012). Проведба хоризонталног праћења у великих порезних обвезника. *Порезни вјесник*. бр. 5. 84–98.

Ђинђић, С.М. (2014). Оцена ефеката међународног пореског планирања, *Економски хоризонти*, Vol. 16, Св. 3, 177–193.

*Update on Voluntary Disclosure Programmes: a pathway to tax compliance* (2015). OECD.

**Mileva Anđelković, LL.D.,**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

## **SOME DISTINCTIVE FEATURES OF TAX CONTROL IN THE CONTEMPORARY BUSINESS ENVIRONMENT**

### **Summary**

*Traditional tax control has proven to be an insufficiently effective means of verifying the overall real economic power of large taxpayers (multinational corporations and wealthy individuals). As compared to the increasing mobility of taxpayers, tax administration activities are limited by the territorial jurisdiction of the fiscal sovereignty. The crisis of public finances has forced many countries to focus on the prevention of tax evasion and aggressive tax planning, particularly in international tax matters. In this sense, the traditional forms of tax control are supplemented by some additional strategies which are to provide tax authorities with more data on tax payers' business operations, profit, income, expenses and property. In practice, some developed tax administrations already apply a number of specific measures: the disclosure of information about aggressive tax planning schemes, advance pricing agreement, advance tax rulings, the use of financial intermediaries in data exchange processes, improved taxation relations, automatic exchange of tax information, etc. These specific measures are intended to help tax administrations to overcome the discrepancy between the information at their disposal and the information held by the taxpayers, which facilitates a more realistic assessment of tax liabilities. This will ensure a better management of tax risk and better tax compliance, which will ultimately contribute to a more efficient development of tax systems in the contemporary global business environment.*

**Keywords:** tax control, aggressive tax planning, enhanced taxation relations.



**Др Срђан Голубовић,\***  
Редовни професор Правног факултета  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:

UDK: 336.711(497.11)

Рад примљен: 30.09.2016.  
Рад прихваћен: 25.10.2016.

## **КОНТРОЛНА ФУНКЦИЈА НАРОДНЕ БАНКЕ СРБИЈЕ\*\***

**Апстракт:** *Остваривање контролне функције у финансијском сектору треба да омогући стално унапређење перформанси финансијског сектора и одржавање одговарајућег нивоа стабилности и поверења у њихово пословање. У пракси постоје различити модели финансијске супервизије, али у сваком од њих централна банка има важну улогу. Поред тога што брине о монетарној стабилности, централна банка је одговорна и за финансијску стабилност. Ова два циља међусобно су условљена, будући да нестабилност цена урушава стабилност финансијског система, као што и рањивост финансијског сектора негативно утиче на монетарну стабилност. Законодавство Републике Србије контролну функцију банкарских и небанкарских финансијских институција поверава Народној банци Србије (НБС). Анализа контролне функције НБС има за циљ да укаже на нужност укључивања централнобанкарске институције у процес финансијске супервизије, независно од модела који се примењује.*

**Кључне речи:** *надзор и контрола финансијских институција, Народна банка Србије, финансијска стабилност.*

### **1. Увод**

Функционисање савремене привреде не може се замислити без активности банака и небанкарских финансијских институција. Као финансијски посредници, ове институције емитовањем различитих финансијских инструмената мобилишу слободна финансијска средства, која даље алоцирају у одговарајуће финансијске пласмане. Обављајући ову функцију,

\* golub@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.



финансијске институције истовремено утичу и на ниво привредне активности, структуру привреде, ниво запослености и макроекономску стабилност. Због изузетног значаја који има за функционисање привреде, финансијски сектор изложен је снажној интервенцији државе. У литератури, интервенција се традиционално оправдава постојањем екстерналија (појавом да крах једне финансијске институције може да угрози стабилност читавог финансијског система), асиметричних информација (потрошачи располажу са мање информација од финансијских институција) и чињеницом да су финансијске институције у прилици да стекну огромну тржишну моћ коју могу да злоупотребе (Goodhart, Hartmann, Lewellyn, Rojas-Suarez, Weisbrod, 2013: 4–7). Државе настоје да исправе ове тржишне грешке регулацијом финансијског сектора, односно постављањем правила која су обавезујућа за све финансијске институције, почев од дефинисања услова који морају бити испуњени да би једна организација могла да обавља послове финансијског посредника, па до посебних захтева у погледу делатности финансијских институција, својинске структуре и захтева у погледу адекватности капитала. Саставни део регулације финансијског сектора представља систем супервизијског надзора. Модели супервизије разликују се од земље до земље и подложни су променама током времена, али оно што је карактеристично за све то је да централна банка представља институцију која је увек, било директно било индиректно, укључена у овај процес. Таква улога јој припада због природе задатака који су јој поверени (монетарна и финансијска стабилност), али и због чињенице да је реч о институцији која располаже потребним вештинама и ресурсима за благовремено прикупљање и обраду информација и лоцирање ризика у финансијском систему. Рад је структуриран тако да се, након анализе модела финансијске супервизије, разматрају специфичности организације контролне функције Народне банке Србије. У последњем делу рада, указује се на добре, односно лоше стране система финансијске супервизије са доминантном улогом централне банке.

## **2. Финансијска супервизија у Србији**

Дизајнирање одговарајућих регулативних оквира и постављање ефикасног система супервизије, добија на значају након избијања финансијске кризе крајем 2007. године, када су се у пуној мери манифестовале све мане финансијског сектора заснованог на принципима финансијске либерализације и дерегулације. Финансијска либерализација створила је окружење које подстиче банке и друге финансијске посреднике да улазе у послове који отварају могућност стицања високих профита, али и воде претераном преузимању и кумулирању ризика. Уз то, процес дерегулације

био је праћен и неадекватном супервизијом што је, пре или касније, нужно водило избијању финансијске кризе. Кризе финансијског сектора доводе до значајних директних, али и индиректних трошкова. Директни трошкови изражавају се губитком инвеститора и власника депозита, односно у виду издатака агенција за осигурање депозита и повећаних расхода државе. Индиректни трошкови пак мере се губитком поверења у банкарски систем, што резултира смањењем обима депозита, повећаним трошковима финансијског посредовања и ниском конкурентношћу финансијског, посебно банкарског сектора, на међународном финансијском тржишту. Микроекономске дисторзије негативно утичу на макроекономску стабилност и спутавају централну банку у вођењу монетарне политике. Да би се спречило кумулирање ризика и предупредили високи трошкови санирања последица криза, неопходно је развијање ефикасног система супервизије, који ће најпре деловати превентивно, тј. спречавати појаву и акумулацију системских ризика, а затим, уколико и поред предузетих мера, финансијске институције наставе са кумулирањем ризика, деловати корективно. Финансијска супервизија треба да омогући стално унапређење перформанси и билансне структуре финансијских субјеката и одржавање одговарајућег нивоа стабилности и поверења у њихово пословање. На тај начин, штите се комитенти финансијских институција од губитака, будући да се њиховом реализацијом доприноси успостављању оптималног односа између максимизирања профита – као циља којим се финансијске институције руководе у свом пословању, и очувања њихове ликвидности и солвентности – као циља за чију реализацију су корисници финансијских услуга, али и држава, снажно заинтересовани. Регулаторни стандарди, заједно са јасно дефинисаним начином спровођења надзора над банкама и небанкарским финансијским институцијама, чине правно окружење које треба да смањи ризик депозитара и подстакне конкуренцију у финансијском посредовању (Vožina, 2006:109).

Када је у питању надзор и контрола над финансијским сектором, у пракси је могуће разликовати три модела (European Central Bank, 2010: 6–7):

Традиционални приступ финансијској супервизији подразумева укључивање већег броја специјализованих институција, са јасно разграниченом надлежношћу у погледу контроле појединих сегмената финансијског сектора (тзв. секторски неинтегрисани приступ). Формирање посебних тела за контролу и надзор банкарског сектора, финансијског тржишта и осигуравајућих друштава полази од претпоставке да финансијски сектор није интегрисан и да је за сваки његов сегмент неопходна институција која ће обављати контролну функцију.

Појава другог модела везује се за талас глобализације и либерализације који свој врхунац достиже током деведесетих година прошлог века. Овај процес у области финансија био је праћен све већим степеном интеграције финансијског сектора. Интегрисани приступ заснива се на потпуној консолидацији одговорности у погледу надзора унутар финансијског сектора у јединствено надзорно тело (*umbrella supervision approach*), које обавља ову функцију независно од централне банке. Код овог модела постоји једна институција која је одговорна за пруденциону контролу и заштиту инвеститора. Увођење овог модела супервизије оправдавало се све већом интегрисаношћу финансијског сектора, појавом финансијских конгломерата и конвергенције финансијских инструмената. Тренд институционалне консолидације и увођења јединственог супервизора започет је 1997. године у Великој Британији, а касније прихваћен и у скандинавским земљама.

Трећи модел настаје као одговор на финансијску кризу која је кулминирала током 2008. године. Модел представља неку врсту комбинације претходна два. У њему се инсистира на консолидацији одговорности у погледу надзора и контроле, према циљевима надзора који се желе постићи унутар финансијског сектора, и подразумева постојање две супервизорске институције (*twin peaks model*). Један сегмент контролне функције препушта се централној банци која, као институција одговорна за финансијску стабилност, врши надзор на пословањем и контролише системски значајне финансијске институције (депозитне институције, осигравајућа друшта и посреднике на финансијском тржишту који могу да генеришу системски ризик), док се друга институција у овом моделу усмерава на праћење активности финансијских посредника, односно начина на који финансијски посредници послују са клијентима, са првенственим циљем заштите корисника финансијских услуга. У земљама у којима је прихваћен овај модел (Велика Британија, Француска, Италија, Холандија и Белгија), надлежност централне банке је проширена, будући да обухвата не само супервизију финансијских институција, већ подразумева и обављање макрпруденционалне функције (Restoy, 2016: 1).

Који ће од наведених модела бити прихваћен у одређеној земљи зависи од структуре финансијског сектора, његове развијености и потребе да се осигура институционална ефикасност. Од почетка транзиције, Србија је настојала да постави ефикасан систем надзора и контроле финансијског сектора. Водеће место у том систему припада Народној банци Србије, која контролну функцију остварује не само према банкарском сектору, већ и према небанкарским институцијама.<sup>1</sup> Важна функција финансијске

---

1 У финансијском сектору Србије доминантну улогу има банкарски сектор. Укупна билансна сума финансијског сектора под контролом Народне банке Србије у 2015.

супервизије тиче се и заштите инвеститора на финансијском тржишту. У Србији ова област супервизије препуштена је Комисији за хартије од вредности која регулише, врши надзор и прати активности свих учесника на овом тржишту.<sup>2</sup> Остваривање циљева контролне функције подразумева пуну посвећеност свих институција које својим акцијама утичу на финансијске токове. Наравно да то подразумева координисан приступ, који је обезбеђен потписивањем споразума о Комитету за финансијску стабилност.<sup>3</sup> На тај начин, створен је институционални оквир за сарадњу и усаглашену акцију ових субјеката. У склопу преговара са ЕУ, Србији предстоји даље усаглашавање домаћег законодавства са принципима финансијске супервизије у ЕУ.

### 3. Организација контролне функције Народне банке Србије

Прихватање одговарајућег модела финансијске супервизије подразумева дефинисање субјекта контроле, прецизно одређивање њихове надлежности, дефинисање циљева којима се тежи и утврђивање инструмената неопходних за њихову реализацију. Законодавство Србије прихвата решење по коме је Народна банка Србије (НБС) главни субјекат финансијске супервизије. Оваквој улози одговарају и циљеви за чију реализацију је ова институција одговорна. Према одредбама Закона о Народној банци Србије, она је одговорна за успостављање и очување стабилности цена.<sup>4</sup> Поред тога, НБС је дужна да води рачуна о очувању и јачању финансијске стабилности, уз услов да реализацијом овог циља не угрози монетарну стабилност,

---

години износила је 84% бруто домаћег производа (БДП), при чему 91,5% од ове билансне суме припада банкарском сектору (Народна банка Србије, 2015).

2 Чл. 262 Закона о тржишту капитала, Сл. гласник РС, 31/11

3 Комитет за финансијску стабилност представља саветодавно тело чији је задатак да разматра и оцењује сва питања и могуће мере које треба предузети како би се одржала стабилност финансијског система и координира активности свих кључних субјеката у том процесу. Комитет за финансијску стабилност има осам чланова и чине га представници кључних институција надлежних за стабилност финансијског система. Његови чланови су гувернер Народне банке Србије, министар надлежан за послове финансија, директор Агенције за осигурање депозита, председник Комисије за хартије од вредности, директор Управе за надзор над финансијским институцијама у Народној банци Србије, вицегувернер Народне банке Србије задужен за финансијску стабилност, државни секретар у министарству надлежном за послове финансија задужен за финансијски систем и генерални директор Сектора за контролу пословања банака у Народној банци Србије (Народна банка Србије, 2013: 104).

4 Чл. 3 Закона о Народној банци Србије, Сл. гласник РС, 72/2003. и Закона о изменама и допунама Закона о Народној банци Србије, Сл. гласник РС, 55/2004, 85/2005 - др. 44/2010, 76/2012, 106/2012 и 14/2015

односно изазове појаву инфлације. Најзад, централна банка је обавезна да, не доводећи у питање монетарну и финансијску стабилност, помогне остваривању осталих циљева економске политике. Овако дефинисани циљеви имплицирају и поверавање бројних функција централној банци. Поред монетарне и девизне политике<sup>5</sup>, Народна банка Србије надлежна је за спровођење надзора и контроле банкарских и небанкарских финансијских институција. Према члану 4 тач. 6) до 11) Закона о НБС, контролна функција односи се на банке, делатност осигурања, послове финансијског лизинга и добровољних пензијских фондова, платни промет и заштиту права и интереса корисника услуга које пружају ове институције. Организационо, у оквиру Народне банке контролна функција поверена је Управи за надзор (чл. 8а Закона), која самостално или у сарадњи са Извршним одбором НБС настоји да обезбеди стабилно и сигурно пословање субјеката које контролише. Управа за надзор нема својство правног лица, већ представља посебну организациону целину НБС. У настојању да осигура независност у обављању контролне функције и спречи сукоб интереса, Закон о НБС (чл. 21б) прописује да је централна банка обавезна да при вршењу послова надзора над финансијским институцијама обезбеди самосталност и организациону раздвојеност у односу на друге функције и послове НБС. Будући да је НБС поверена и функција реструктурирања банака, у ст. 2 овог члана предвиђена је обавеза централне банке да ове послове обавља на начин којим се обезбеђује одвојено руковођење сваким од тих послова, њихова организациона раздвојеност и уједно спречава сукоб интереса. Примена принципа независности у вршењу контролне функције подразумева и поштовање принципа персоналне независности, што се првенствено односи на начин избора, дужину мандата, неспојивост функција и спречавање сукоба интереса. Према чл. 21а Закона о НБС, Управом за надзор руководи директор, кога на предлог Одбора за финансије бира Народна скупштина, на период од шест година. На избор, неспојивост функција и спречавање сукоба интереса директора Управе сходно се примењују одредбе Закона којима се прописује начин и услови за избор гувернера НБС. Вршење контролне функције од стране Народне банке Србије обухвата регулаторну активност централне банке, посредну и непосредну контролу финансијских институција које се налазе под надзором НБС, и примену превентивних, корективних и принудних мера.

Постављање правила која финансијске институције морају у свом пословању да поштују треба да обезбеди ефикасно управљање ризицима

---

<sup>5</sup> Такође, Народна банка Србије води макропруденициону политику, спроводи поступак и предузима инструменте и мере у процесу реструктурирања банака, односно чланова банкарске групе у складу са законом.

и сигурност средстава депонената. Према чл. 15 Закона о НБС, прописе и друге опште акте у области контролне и надзорне функције доноси Извршни одбор централне банке на предлог Управе за надзор. Усвајањем одговарајућих правила уводе се решења која одговарају међународно прихваћеним стандардима и, истовремено, домаће законодавство се усаглашава са правним тековинама Европске уније у овој области. У савременим условима, активност финансијских институција, а нарочито банака, није омеђена државним границама. У условима либерализованих токова капитала, оне настоје да делатност прошире на више држава. Тако, на пример, банке из развијених држава врло често стварају прекограничне финансијске конгломерате са разуђеном мрежом филијала, представништава и других организационих облика, а којим доминира матична банка. С обзиром на доминантну улогу банкарског сектора у Србији, од изузетног значаја за стабилност и развој финансијског сектора је хармонизација домаћих правила са стандардима Комитета за банкарску супервизију (*Basel Committee on Banking Supervision*).<sup>6</sup> Овим стандардима банкама се постављају ограничења која се тичу а) капиталног цензуса и захтева у погледу адекватности капитала, б) класификације кредита и утврђивања стандарда за формирање резерви за потенцијалне губитке, в) кредитних лимита (стандарда о великим кредитима и о кредитирању лица повезаних са банком и г) ограничења на трајна улагања капитала банке у акције предузећа. Слично, и у осталим деловима финансијског сектора надчијим пословањем централна банка врши надзор, регулаторна активност подразумева утврђивање стандарда стабилног и сигурног пословања.

Посредна и непосредна контрола банкарских и небанкарских финансијских институција има за циљ да осигура поштовање утврђених стандарда у њиховом пословању. Посредну контролу Народна банка Србије остварује анализом извештаја, које надзирана лица по закону или на захтев достављају централној банци. Податке које обрађује у оквиру посредне контроле, НБС може да прибавља и из екстерних извора. Ради се

---

6 Комитет за банкарску супервизију формиран је 1975. године од стране гувернера централних банака високоразвијених земаља, као одговор на кризу бретонвудског система У настојању да предупреди појаву системских банкарских криза, Комитет је јула 1988. године усвојио правила о минимуму обавезног капитала и супервизији кредитних ризика (Базел I). Током 2004. године постављени су нови оквири супервизије који се темеље на три стуба: минималним капиталним захтевима за кредитни, тржишни и оперативни ризик, поступку супервизијске провере адекватности капитала и захтевима за тржишном дисциплином. Као одговор на финансијску кризу, Комитет 2010. године уводи нов систем правила познат под називом Базел III, којима се тежи решавању проблема процикличности капиталних захтева и квалитета самог капитала (Kundid, Novokmet, 2015: 158–160).

о подацима који се добијају преко Управе за надзор, у оквиру сарадње са страним институцијама и домаћим органима и институцијама надлежним за надзор у области финансијског осигурања (чл. 65 Закона о НБС). С друге стране, непосредна контрола подразумева проверу усклађености пословања у седишту финансијске институције. У оквиру непосредне контроле, Народна банка Србије (чл. 64 Закона о НБС) има право увида у пословне књиге и другу документацију финансијских институција, али и лица која су са тим финансијским институцијама повезана имовинским, управљачким или пословним односима.

Саставни део контролне функције централне банке је и њено овлашћење да предузима одговарајуће мере којима се уклањају уочене неправилности у пословању финансијских институција. Супервизијске институције могу примењивати превентивне, корективне и принудне мере. Превентивним мерама се спречава улазак на тржиште оним институцијама које би својим пословањем нарушиле стабилност финансијског сектора. Најчешћа превентивна мера односи се на лиценцирање, које обухвата давање дозвола и сагласности без којих финансијске институције не би могле да обављају своју делатност. Превентивно деловање Народне банке Србије не би било могуће без развијања информационог система (чл. 69 Закона о НБС), који централној банци омогућава ефикасно прикупљање података и благовремену интервенцију. Корективне мере примењују се ради отклањања оних неправилности у пословању институције које не утичу битно ни непосредно на њено финансијско стање, али би могле имати такав утицај уколико се не би отклониле. Примена ове мере најчешће се реализује изрицањем писмене опомене или давањем налога за отклањање уочених неправилности. Супервизорска институција мора располагати одговарајућим мерама које ће применити у случају да корективне мере нису дале очекивани резултат. Тако Закон о банкама<sup>7</sup> предвиђа могућност да Народна банка Србије може, у случају знатног погоршања финансијског стања банке или теже повреде закона, прописа НБС и других прописа или статута банке, наложити разрешење свих или појединих чланова органа управљања банке, односно смену других лица на руководећем положају у банци. Поред тога, према чл. 117 овог Закона, централна банка може, независно од предузимања ових мера или заједно с тим мерама, банци, као и члану управног, односно извршног одбора банке, изрећи новчану казну (не већу од 10 % укупног прихода из претходне пословне године) у случају теже повреде закона или других прописа који се односе на пословање банке. Најзад, уколико су у пословању банке, и поред предузетих мера, и даље присутне теже повреде закона, злоупотребе у пословању или

---

7 чл. 114–115 Закона о банкама, *Сл гласник РС*, 107/2005, 91/2010 и 14/2015.

други облици неправилности, Народа банка Србије може финансијској институцији над којом врши надзор изрећи и меру одузимања дозволе за рад (чл. 15 Закона о НБС). Одлуку о одузимању дозволе, као и о испуњености услова за покретање стечајног поступка, односно поступка ликвидације над финансијским институцијама, доноси Извршни одбор НБС, на предлог Управе за надзор.

#### **4. Предности и недостаци поверавања контролне функције централној банци**

Једно од питања које заокупља стручну јавност тиче се предности, односно недостатака решења које функцију супервизије над банкарским и небанкарским финансијским институцијама поверава централној банци (Schoenmaker, 2013: 362). Укључивање централне банке у овај процес врло често се оправдава аргументом да је контролна функција једна од тзв. традиционалних функција централне банке. Према овом схватању, централна банка је институција која води монетарну политику, брине о финансијској стабилности, врши улогу зајмодавца последње инстанце, обезбеђује несметано функционисање платног промета и води пруденциону политику (Blinder, 2010: 124). У корист интегрисаног приступа супервизијској функцији, са доминантном улогом централне банке, наводи се и то да је овај модел погоднији за земље са неразвијеним финансијским сектором (Taylor, Fleming, 1999: 44). У тим земљама институције су још увек фрагилне и поверавање ове функције централној банци може бити оптимално решење у условима када јавност највеће поверење има у ову институцију.<sup>8</sup> Поверавање супервизијске функције централној банци у финансијском сектору који карактерише доминанта улога банкарског сектора има и других предности. На пример, очување ликвидности, поред тога што представља један од основних задатака банке, важно је за макроекономску али и супервизијску функцију. Макроекономска функција тиче се укупног износа ликвидности. С друге стране, супервизијска функција повезана је са питањем на који начин и у којој мери треба обезбедити ликвидност појединих финансијских институција. Као зајмодавац у последњој инстанци, централна банка треба да одлучи да ли ће обезбедити ликвидност угроженим банкама, као и под којим условима таква средства могу бити одобрена. Очигледно је да централна банка има могућност да у интеракцији супервизорске и монетарне регулације, ефикасније од посебне супервизорске агенције надзире банкарску

---

<sup>8</sup> Јединствени супервизор лакше задобија поверење јавности (клијената и надзираних субјеката) с обзиром на то да га јавност доживљава као јединствену власт над финансијским системом са великом одговорношћу (Božina Beroš, 2012: 358).



делатност у области ликвидности, кредитне експанзије, мењачких послова и међународног банкарства. Осим тога, централна банка као независна институција има и већу способност да се одупре спољним притисцима и да обезбеди самосталност у вршењу супервизијске функције. Важан аргумент да централна банка буде субјект супервизијског процеса представља и то што је реч о институцији која је, захваљујући развијеном информационом систему, у стању да прикупи све податке од значаја за праћење бонитета и квалитета пословања финансијских институција и располаже потребним вештинама нужним за спровођење контроле. Најзад, чак и у случају када би се надлежност за ову функцију поверила некој другој институцији, централна банка не би могла бити искључена из процеса контроле.

Поред несумњивих предности, препуштање супервизорске функције централној банци има и неке негативне стране. Овакво решење води концентрацији одговорности и овлашћења централне банке, што у условима значајног одступања стварне од формалне независности води неконзистентној примени пруденционих норми. Суочене са проблемом неликвидности и несолвентности, банке појачавају притисак на централну банку да води еластичнију политику рефинансирања повећањем кредита намењених очувању ликвидности. Поред тога, постоји опасност конфликта циљева монетарне политике и остваривања циљева финансијске супервизије. У условима када централна банка обједињује монетарну и супервизијску функцију њена настојања да води рестриктивну политику могу бити ограничена страхом од нежељених последица које рестриктивност може да произведе по банкарски систем. Ово нарочито у случају спашавања ликвидности тзв. системски значајних банака. Тако је могуће да централна банка, због макроекономских циљева који намећу потребу јаким кредитних ограничења, не буде расположена за супервизијску акцију која ће за последицу имати повећану потражњу за кредитима централне банке.

Независно од модела финансијске супервизије, са становишта монетарног права, свакако најзначајније питање из домена организационе структуре ове активности тиче се улоге централне банке (Lastra, 2015: 112). Ова улога се током последње деценије прошлог века значајно променила. Од институције која је, заједно са владом, била одговорна за стабилност цена, стопу запослености и привредни раст, она се трансформисала у независну институцију, са примарним задатком да осигура стабилност цена, односно ниску инфлацију. Доминантно становиште у монетарној теорији да несамостална централна банка, одговорна за реализацију више циљева, може да се определи за вођење дискреционе монетарне политике, коју прате снажни инфлациони подстицаји (посебно уколико се циљеви који се

тичу раста бруто домаћег производа (БДП) и запослености поставе изнад њиховог равнотежног нивоа или пак носиоци политике из одређених разлога преферирају виши ниво цена), имало је утицаја и на уређење правног положаја централне банке. Финансијска криза и последична рецесија подсетила је на лекцију, која је била делимично заборављена, да финансијска нестабилност може да проузрокује озбиљну штету привреди у целини. Уколико жели да очува повољне макроекономске перформансе, централна банка не може да стоји по страни бринући само о монетарној стабилности. Са или без надлежности у области финансијске супервизије, централна банка је одговорна за финансијску стабилност, која не може бити раздвојена од монетарне с обзиром на то да нестабилност цена урушава стабилност финансијског система, као што и рањивост финансијског сектора негативно утиче на монетарну стабилност. Из тог разлога, чини се да је за земље са неразвијеним финансијским сектором најпогоднији трећи модел организације супервизије који подразумева поделу надлежности између централне банке и посебне супервизијске институције. У таквој дворедној регулаторној структури, централна банка преузима онај сегмент који се тиче обезбеђења ликвидности и услова под којима она може бити обезбеђена. Други сегмент супервизије био би обезбеђен од стране независне супервизијске институције која би се бавила питањима давања и одузимања лиценце за обављање банкарске активности, прихватљивог опсега банкарских активности, као и питањем депозитног осигурања.

## 5. Закључак

Избор модела финансијске супервизије зависи од структуре финансијског сектора, његове развијености и потребе да се осигура институционална ефикасност. Од почетка транзиције Србија је настојала да постави ефикасан систем надзора и контроле финансијског сектора. Водеће место у том систему припада Народној банци Србије која контролну функцију остварује не само према банкарском сектору, већ и према небанкарским институцијама. У том смислу, законодавство Србије надзорну и контролну функцију препушта Управи за надзор, као посебном телу Народне банке Србије. Саставни део ове функције је постављање правила која финансијске институције морају у свом пословању да поштују, како би се обезбедило ефикасно управљање ризицима и сигурност средстава депонената. Поред тога, контролна функција обухвата посредну и непосредну контролу финансијских институција које се налазе под надзором НБС, као и примену превентивних, корективних и принудних мера. У наредном периоду, Србији предстоји усаглашавање институционалних оквира супервизије

са европским и међународним стандардима. Независно од модела за који се определи, улога централне банке у овом процесу се не може занемарити. Након глобалне финансијске кризе, централне банке финансијској стабилности дају готово исти значај као и монетарној, чему одговара и директна или индиректна одговорност за финансијску супервизију.

### Литература

Blinder, A. (2010). How Central Should the Central Bank be?. *Journal of Economic Literature*.1(48). 123–133.

Vožina, M. (2006). Pravni i ekonomski aspekti regulacije poslovnih banaka u procesu ekonomske i monetarne integracije republike Hrvatske. *Ekonomska istraživanja*. 2(19). 107–117.

Vožina Beroš, M. (2012). Finansijska supervizija u Hrvatskoj – između dvije institucije i jednog evropskog trenda. *Ekonomski pregled*, 5–6 (63). 352–371.

Goodhart, C., Hartmann, P., Lewellyn, T. D., Rojas-Suarez, L., Weisbrod, S. (2013). *Financial Regulation: Why, How and Where Now?*. London: Routledge Taylor & Francis Group

European Central Bank. *Recent developments in supervisory structures in the EU Member States (2007-10)*. Brussels: October (2010)

Закон о банкама, *Службени гласник РС*, Бр. 107 (2005), 91 (2010) и 14 (2015)

Закон о Народној банци Србије, *Службени гласник РС*. Бр 72 (2003)

Закон о изменама и допунама Закона о Народној банци Србије, *Службени гласник РС*, Бр. 55 (2004), 85 (2005) - др. 44 (2010), 76 (2012), 106 (2012) и 14 (2015)

Закон о тржишту капитала, *Службени гласник РС*, Бр. 31 (2011)

Kundid Novokmet, A. (2015). Kontroverze regulacije banaka kroz kapitalne zahtjeve. *Ekonomski pregled*, 2 (66). 156–176.

Lastra, M. R. (2015). *Interantional Financial and Monetary Law*. Oxford, UK: Oxford University Press

Народна банка Србије. *Годишњи извештај о финансијској стабилности*. (2013)

Народна Банка Србије. *Годишњи извештај о пословању и резултатима рада*. (2015)

Restoy, F. (2016). *The Organisation of Financial Supervision*. [Electronic version]. Retrieved 05, May 2016, from <https://www.bis.org/review/r160126b.htm>

Schoenmaker, D. (2013). Financial Supervision in the EU, In G. Caprio (Eds.), *Handbook of Safeguarding Global Financial Stability, Political, Social, Cultural and Economic Theories and Models* (pp. 355-369). Oxford, UK: Oxford University Press

Taylor, M., Fleming, A. (1999). Integrated Financial Supervision Lessons of Scandinavian Experience. *Finance & Development*. December. 42–45.

**Srđan Golubović, LL.D.**

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## **THE CONTROL FUNCTION OF THE NATIONAL BANK OF SERBIA**

### **Summary**

*The functioning of a modern economy cannot be conceived without activities of banks and non-banking financial institutions. As financial intermediaries, these institutions issue various financial instruments to mobilize and further allocate free financial funds in appropriate financial investments. By performing this function, financial institutions concurrently affect economic activity, economic structure, employment and macroeconomic stability. Due to their importance for economic relations in any country, most countries prescribe very strict requirements that must be fulfilled in order for an organization to perform financial intermediation activities. These conditions are most often related to the specific requirements regarding activities of financial institutions and their establishment, balance sheet, and requirements in terms of capital adequacy. An integral part of the financial sector regulation is definition of the prudential supervision framework (an effective system of supervision, precisely defined competences of the bodies involved in the supervision, their operational independence, transparency, proceedings for the control of solvency and legality of financial institutions' activities) and the implementation of corrective and coercive measures.*

*The paper analyzes the control function of the National Bank of Serbia which, in addition to monitoring and controlling the banking sector, exercises the supervision and control of non-banking financial institutions. The analysis of this issue aims to highlight the importance of the financial institutions' control for curtailing the excessive risk-taking practices by financial institutions, minimizing of systemic risk, and strengthening and preserving the financial system stability.*

**Keywords:** *supervision and control of the financial institutions, National Bank of Serbia, financial stability.*



**Др Милена Јовановић Zattila,\***  
Редовни професор Правног факултета  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:

UDK: 347.72.037

Рад примљен: 30.09.2016.  
Рад прихваћен: 25.10.2016.

## **КОНТРОЛНИ МЕХАНИЗМИ КОРПОРАТИВНОГ УПРАВЉАЊА**

**Апстракт:** Структура корпоративног управљања одређена је расподелом права и одговорности између различитих учесника у компанији. Организационо комплексни корпоративни ентитети, настали као рефлексија сложених форми привредних друштава, условили су конфликт интереса између власника, управе и менаџера, познатији као први агенцијски проблем. Како савремене компаније делују у интеракцији са великим бројем лица (тзв. стејкхолдерима), етика и одговорност према власницима, запосленима, кредиторима и држави су постулати који се у последње време преиспитују. Разлог томе су бројне злоупотребе од стране компанија, као и њихово проактивно деловање у процесу заштите од сајбер криминала. Да би се одговорило на нове изазове и захтеве, који подразумевају задовољење интереса акционара и стејкхолдера, менаџмент је обавезан да успостави адекватан систем интерне контроле који обухвата све активности компанија. Савремене тенденције у развоју интерне ревизије, као механизма доброг корпоративног управљања, огледају се и у пружању савета у вези са антиципираним будућим ризицима и њиховим управљањем.

**Кључне речи:** контрола, корпоративно управљање, интерна ревизија, агенцијски проблем, управљање ризиком.

### **1. Уводне напомене**

Корпорација представља најсложенији организациони облик привредних друштава. Као значајни елементи корпоративног управљања помињу су етика и одговорност према власницима, кредиторима, запосленима, државним органима и широј јавности, који захтевају поуздану оперативну

---

\* milena@prafak.ni.ac.rs

и финансијску контролу над активностима привредног друштва. Иако су одвојена и независна правна лица, савремене корпорације увек делују у интеракцији са великим бројем других интерних или екстерних елемената, тзв. „стејкхолдерима“. Најважнији конституенти корпоративних привредних друштава су, свакако, власници капитала и менаџери. Корпоративно управљање је значајно за организације које имају одвојену власничку и управљачку структуру, што је карактеристично за акционарска друштва. Заштита интереса акционара, као и других стејкхолдера, обезбеђује се добро прилагођеним моделом и примењеним правилима корпоративног управљања. Структуром корпоративног управљања утврђена је расподела права и одговорности између менаџера, акционара и осталих заинтересованих страна, а њоме су прописана и правила за доношење одлука.

Корпоративно управљање дефинише се и као начин на који финансијски добављачи компанијама обезбеђују повраћај њихових инвестиција (Shleifer, Vishny, 1997). Свакој компанији је у интересу што боља заштита акционара, јер на тај начин непосредно ствара бољу слику на тржишту нових инвестиција. Изградња система корпоративног управљања треба да помогне у одговору на питања: кога менаџери представљају и зашто; коме одговарају; какве су везе менаџера с власницима; како се менаџери надзиру и како их треба надzirати; какви су односи већинских и мањинских акционара; на који начин се штите права мањинских акционара; како се корпорација односи према јавности и потенцијалним улагачима; како се у корпорацијске послове укључују друге интересно-утицајне групе, посебно радници, али и како се штите њихова права и разматрају захтеви; како се исказује друштвена одговорност компаније и друго.

Потребно је нагласити да квалитетно корпоративно управљање треба да осигура подстицаје надзорном одбору, управи или управном одбору у остваривању циљева који су у интересу саме корпорације, али и њених власника. Путем корпоративног управљања треба успоставити ефикасан систем вођења и контроле пословања. Дobar механизам корпоративног управљања за резултат ће имати смањење трошкова капитала, као и ефикасну употребу ресурса у пословању корпорације. Емпиријска истраживања показала су да постоји корелација између квалитета корпоративног управљања и саме корпорације мерене финансијским показатељима, тржишним уделом, задовољством запослених и другим показатељима (Ritenberg, Schwieger, 2000; Jensen & Meckling, 1976). Квалитет корпоративног управљања је важан извор конкурентске предности компаније (Hitt, Ireland, Hoskisson, 1995).

Са аспекта корпоративног управљања, пажња се посвећује проблемима који природно настају из различитости власничке и менаџерске улоге у корпорацији. Последица раздвајања власништва и надзора су одређени агенцијски трошкови<sup>1</sup> који настају због разлике између власничких и менаџерски интереса. Осим могућег сукоба власника и менаџмента, проблеми корпоративног управљања могу, такође, настати и између акционара који надзиру компанију и мањинских акционара. Модел и добра пракса корпоративног управљања треба да осигурају једнака права за све акционаре, посебно да заштитите мањинске акционаре и њихова инвеститорска права остваривања фер повраћаја на своја улагања.

Корпорација је организациони облик привредних друштава у којем постоји велики број власника капитала чије способности за управљање таквим ентитетом често нису довољне. Из тог разлога су принуђени да ангажују компетентне стручњаке изван привредног друштва (менаџере), на које преносе право управљања и руковођења. Очекивано би било да менаџери као агенти власника капитала (принципала) воде поверени ентитет на начин који ће обезбедити његово нормално функционисање и остваривање добити која ће бити довољна за задовољавање њихових циљних функција. Међутим, циљне функције власника капитала и менаџмента компаније нису идентичне већ, напротив, конфликтне су. Овај конфликт нарочито долази до изражаја у корпоративним ентитетима који своју функцију у процесу друштвене репродукције обављају у гранама које им омогућавају да располажу са знатним износима тзв. слободног нето новчаног тока (*free cash flow*). Дилема да ли остварени нето новчани ток треба расподелити власницима капитала или га треба уложити у одговарајуће пројекте са позитивном или чак са негативном нето вредношћу, представља један од основних узрока у размимоилажењу дугорочних циљева власника капитала и краткорочних циљева менаџера, односно у стварању или интензивирању конфликта између њихових циљних функција (Рааре, Snoer, Scheffe, 2002; Sudarsanam, 1995; Jensen, 1986), када менаџери своју циљну функцију почињу да „реализују на штету циљне функције власника компаније“ при чему се јавља тзв. агенцијски проблем.

## 2. Модалитети корпоративног управљања

Ефикасан механизам корпоративне контроле представља тржиште и покретљивост менаџера, које форсира менаџмент на ефикасно пословање с обзиром на то да постоји могућност њихове замене (Kean, 2003).

---

1 Агенцијски трошкови настају када менаџмент настоји да оствари сопствене циљеве, а не циљеве акционара.



Један од најзначајнијих механизма корпоративног управљања који је карактеристичан за земље које немају развијено тржиште капитала представља концентрација власништва. Релативно велики, већински власнички удео омогућава ефикасан надзор менаџмента од стране власника, са мањим агенцијским трошковима. Недостатак овог механизма је да условљава често стављање мањинских власника у зависан положај у односу на велике власнике (Shleifer & Vishny, 1997) и експропријацију њихових права.

Када говоримо о типовима корпоративног управљања најзначајнија подела је подела на акционарски и стејкхолдерски тип (Roberts, Nulty, Stiles, 2005). Систем акционарског корпоративног управљања претпоставља да је основна његова функција омогућавање максимизације профита акционара. Овај класичан принцип корпоративног управљања базира се на ставовима према којима у компанији постоји сепарација власништва и менаџмента која доводи до конфликта интереса. Према теорији агенције, која произлази из супростављених ставова и циљева менаџмента (максимизација сопствених интереса и недовољног ангажовања) и циљева њихових власника (максимизација вредности капитала компаније), основна интенција власника је да имплементацијом различитих механизма управљања покуша да на ефикасан начин надзире менаџмент са основним циљем да се он понаша и реагује у најбољем интересу принципала. С друге стране, стејкхолдерски принцип корпоративног управљања у свом фокусу има задовољење више различитих циљева, помирења интереса запослених, државе, добављача, инвеститора итд. Овај принцип у свој фокус ставља пре свега јавно-социјални интерес, за разлику од акционарског приступа који приватни интерес третира као примарни (La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer, Vishny, 1998). Један од најзначајнијих критеријума је третман, потенцијална снага и начин понашања власника, сагласно томе да ли се власничка структура заснива на великом броју дисперзираних акционара („outsider“) или на „блоковима“ значајних акционара који активно учествују у надзору и раду компаније („insider“). Англосаксонски или тзв. „outsider“ систем корпоративног управљања је карактеристичан за Велику Британију, САД и Аустралију. Овај систем се базира на великој дисперзији власништва (појединачни власнички удео обично не прелази 3%), у којој се власници не понашају као активни учесници на тржишту капитала, него као инвеститори са дугорочном визијом развоја компаније у коју улажу. У овим системима постоје изузетно софистицирани корпоративни инструменти, као и институционални механизми независних чланова борда, екстерних ревизора, развијеног тржишта капитала, тржишта менаџера, система плаћања менаџера у складу са квалитетом.<sup>2</sup>

2 У сврху подизања нивоа ефикасности ангажованог тима менаџера користе се различити *системи подстицаја*, како они који се реализују кроз надокнаде које

### 3. Интерни и екстерни механизми

Ефикасност и ефективност корпоративног управљања може се остварити применом различитих механизма, који се најопштије могу поделити на интерне и екстерне. Најзначајнији интерни механизми корпоративног управљања су: 1) мониторинг менаџмента од стране управног и евентуално надзорног одбора; 2) одговарајући системи подстицаја менаџера; 3) интерна ревизија и контрола од стране великих институционалних улагача. Са друге стране, најчешће помињани екстерни механизми корпоративног управљања су: 1) тржиште корпоративне контроле; 2) тржиште производа и услуга; 3) тржиште менаџерских услуга и законска регулатива.

У ОЕЦД-овим Принципима корпоративног управљања (2004)<sup>3</sup> истиче се да постојање делотворног система корпоративног управљања увелико помаже при осигуравању нивоа поузданости која је неопходна за функционирање тржишне економије. С обзиром на истакнути проблем

менаџери остварују мимо редовних примања, тако и кроз постизање одговарајућих споразума, којима се менаџери штите у случајевима када је корпоративни ентитет којим они управљају мета непријатељских напада за преузимање контроле. Склапање споразума са ангажованим тимом менаџера, у којима се гарантује исплата релативно високих новчаних надокнада у случајевима њиховог смењивања или повлачења, које је проузроковано променама у контроли над корпоративним ентитетом којим они управљају, представља једну од превентивних мера одбране у случају преузимања за коју је општеприхваћени назив „златни падобрани“ (*Golden Parachutes*). Активирање права ангажованог менаџмента из постигнутог споразума везано је за настанак одређених догађаја, као што су: куповина одређеног процента удела у власништву од стране улагача изван матичне корпорације или постојање понуде за директну куповину акција (понуде на тендеру) за одређени проценат удела у власништву матичне корпорације. Према мишљењу заговорника примене споразума ове врсте, они представљају начин уједначавања интереса акционара и чланова управе након покретања поступка преузимања, чиме се смањује инхерентан сукоб интереса, а менаџмент подстиче да у поступку преузимања ради у интересу (су)власника. Опоненти пак сматрају да „златни падобрани“ служе искључиво очувању стечених позиција ангажованог тима менаџера на рачун (су)власника, јер „могу обесхрабрити потенцијалне купце да буду заинтересовани за куповину корпорације којом они управљају или охрабрити директоре на кључним местима да подрже предложену трансакцију иако она није у најбољем интересу њихових акционара“ (Shapiro, 1990). Стога их противници често називају „златним лисицама“ (*Golden Handcuffs*), јер везују руке привредном друштву, а дају велику слободу њиховим имаоцима. Број лица у корпоративном ентитету која могу бити обухваћена оваквим споразумима зависи од бројних фактора, међу којима се истичу: величина и финансијска снага привредног друштва, укупни трошкови, пракса конкурената, вероватноћа да ће та лица тражити друго запослење, положај који имају у привредном друштву, вероватноћа да ће њихово запослење престати након промене контроле, дужина радног стажа, висина њихових примања у привредном друштву и сл. (Радовић, 2008).

3 *OECD Principles of Corporate Governance* (2004)

конфликта интереса и циљних функција власника и менаџера, логично је да се највећи део ОЕЦД-ових Принципа корпоративног управљања, као и нашег националног Кодекса односи на дефинисање правила и смерница које ће омогућити свим (су)власницима равноправан третман и остваривање права која им по основу уложеног капитала у одговарајући корпоративни ентитет и припадају, односно на покушај превазилажења следећа два проблема:

- елиминисање тзв. информационе асиметрије (обезбеђивање објективних и правовремених података о пословању корпоративног ентитета у који су (су)власници уложили свој капитал) и
- везивање ангажованог тима менаџера за корпоративни ентитет којим тренутно управљају на дужи рок, путем различитих система подстицаја, чиме се покушавају приближити њихови циљеви са циљевима (су)власника.

У зависности од развијености тржишта, али и од тога које интересне групе утичу на доношење одлука, са којим инструментима и механизмима оне располажу, како их користе и на који начин учествују у корпоративном управљању, разликују се два основна модела корпоративног управљања, чија је суштина обезбеђивање мониторинга (контроле или праћења) менаџмента од стране управног и евентуално надзорног одбора.

Основне карактеристике англосаксонског модела корпоративног управљања (једнодомни, тржишни модел) јесу: дисперзија власништва; одвојеност између оних који су сувласници корпорације и оних који корпорацијом управљају; развијено тржиште капитала; значајан утицај тржишта за корпоративну контролу; као и неометан проток информација као предуслов несметаног функционисања тржишта (Sawyer, 2003). За овај модел корпоративног управљања карактеристично је и постојање јединственог одбора директора, који чине: извршни директори (*executive directors*), који су стално запослени на управљачким функцијама и неизвршни директори (*outside directors*), који су чланови одбора, а нису запослени у корпорацији нити за њу обављају послове, и нису родбински повезани са кључним људима у менаџменту корпорације. Овако структурирани одбори могу да формирају одговарајуће комитете за праћење различитих области пословања (комитет за унутрашњу финансијску ревизију, комитет за надзор над менаџментом, комитет за именовање менаџмента и сл.), а све са циљем спречавања превеликог утицаја акционара или менаџера на пословање ентитета (Sudarsanam, 1995; Ritenberg, Schwiager, 2000). Примена англосаксонског модела корпоративног управљања карактеристична је,

пре свега, за САД и Велику Британију, што би се могло закључити већ на основу назива овог модела.

За земље чланице Европске уније пак карактеристичан је европски модел корпоративног управљања (затворени, инсајдерски, дводомни, континентални модел), који се у највећој мери примењује и у земљама у транзицији.<sup>4</sup> Овај модел се користи у корпоративним друштвима која своју функцију у процесу друштвене репродукције обављају у земљама са мање развијеним тржиштем капитала. Контрола над корпоративним ентитетом је концентрисана у рукама малог броја значајних институционалних улагача, којима су доступни сви кључни финансијски показатељи, док као чланови управног или надзорног одбора могу да контролишу рад менаџмента (Du Plessis, 2004).

Дводомни модел корпоративног управљања инкорпориран је како у ОЕЦД-ове Принципе тако и у наш Кодекс корпоративног управљања. Задатак борда директора према Принципима ОЕЦД-а је, између осталог, да: прати ефективност праксе корпоративног управљања; бира, контролише и мења кључне руководиоце; контролише и управља потенцијалним конфликтима интереса менаџмента, чланова борда и акционара, укључујући злоупотребу имовине корпоративног ентитета и злоупотребе у трансакцијама са повезаним лицима; обезбеђује интегритет система рачуноводственог и финансијског извештавања корпорације, укључујући независну ревизију, и успоставља одговарајуће системе контроле којима прати усаглашеност пословања друштва са законима и релевантним

---

4 Европски, континентални или тзв. „инсајдер“ систем представља тип корпоративног управљања у којима је секундарно тржиште акција прилично неразвијено и где је концентрација власништва значајна (са просечним власничким учешћем 10%–25%), као и могућност њиховог директног утицаја на менаџмент компаније. Овај систем карактерише слаба развијеност тржишта капитала, а основни извор конфликта се јавља између већинских власника и малих акционара због слабе институционалне заштите мањинских акционара. Карактеристично је да и у оквиру европског типа корпоративног управљања постоје подгрупе које се углавном односе на различити институционални идентитет већинског власника. Наиме, у случају Немачке и Јапана већински власници су углавном из финансијског сектора, који су у исто време и највећи финансијери тих компанија, док је у скандинавским земљама, као и код Италије и Шпаније породично власништво најизраженије. Имајући у виду развијеност тржишта капитала, ниво његове ликвидности, висок ниво власништва у постприватизационом периоду (са приватизацијом која је још у току) Република Србија има изражен други, континентални тип корпоративног управљања. Без обзира на облик организовања компаније, у сваком облику организовања управе и функционалној подели послова, значајно је да се имају у виду ауторитет функције и одговорност носиоца функције (Вујичић, 2011)

стандардима. Према нашем Кодексу<sup>5</sup>, један од задатака управног одбора је да омогући равноправан и правичан однос према свим акционарима без обзира на врсту, класу или број акција које они поседују, док су дужности органа надзора (надзорног одбора): вршење надзора над радом управног одбора и извршног одбора директора (надзор над пословањем друштва), надзор над поштовањем права акционара, над радом и независношћу спољног ревизора друштва и надзор над поштовањем правила доброг корпоративног управљања. Институционални улагачи (пензиони фондови, инвестициони фондови, банке и сл.), представљају најзначајније акционаре који, по правилу, чине управни одбор. Велики акционари могу помоћи у смањивању агенцијског проблема али, са друге стране, могу нанети штету привредном друштву због изазивања конфликта између већинских и мањинских акционара. Проблем настаје у ситуацијама када већински акционари имају скоро потпуну контролу над корпоративним ентитетом и када инвестирају у пројекте који су на штету мањинских акционара. Да би се избегли конфликти ове врсте, тежи се ка укључивању неизвршних директора у управне и надзорне одборе корпоративних ентитета, што указује на тежњу за прихватањем решења која су дата у англосаксонском моделу корпоративног управљања, у којем већину у одборима друштва чине неизвршни директори.

У нашем Кодексу корпоративног управљања посебно се истиче потреба обезбеђивања равноправног и правичног третмана свих акционара без обзира на врсту, класу или број акција које они поседују, као и њихово благовремено информисање о најзначајнијим аспектима пословања привредног друштва чије уделе у власништву поседују. Равноправан третман свих акционара подразумева и нуђење исте цене свим акционарима за њихове акције у евентуалном поступку корпоративног реструктурирања. Такође, Кодекс налаже да управни одбор мора имати већину неизвршних чланова, чиме се у нашим условима ствара проблем, пре свега, стручности и компетентности неизвршних чланова управног одбора, због чињенице да се у управни одбор бирају кадрови који имају врло мало искуства или незадовољавајуће стручне квалификације.

Менаџмент организације има примарну одговорност да, као извршилац функције управљања, пружи одговарајућа уверавања акционарима (власницима) и осталим интересним групама (стејкхолдерима). Имајући у виду чињеницу да екстерни ревизори нису у положају да гарантују акционарима и осталим стејкхолдерима задовољавајући квалитет управљања, одговорност је вишег менаџмента, укључујући топ менаџмент, да обезбеди ефикасност целокупног система интерне контроле и квалитет

---

5 Кодекс корпоративног управљања, Београд, „Службени гласник РС”, бр. 99/2012

свих активности.<sup>6</sup> Ове контроле су усмерене како на унутрашње изазове и проблеме тако и на потребе акционара. Оно што акционари могу и треба да очекују је да топ менаџмент предузме одговарајуће мере како би осигурао да проневере и неусклађености са прописима буду сведене на минимум, као и да вероватноћа откривања оваквих случајева буде максимална.

Потребе акционара су само један аспект стално мењајуће улоге менаџмента. И други фактори, као што су све већи раст, сложеност пословних активности и технолошки развој, такође, суочавају менаџмент са новим изазовима. Да би одговорио на нове изазове и захтеве, који подразумевају добробит читаве организације и задовољавање интереса акционара и стејкхолдера, менаџмент је обавезан да успостави, одржава и надгледа адекватан систем интерне контроле који покрива све активности организације. Искуства показују да у сложеним и великим организацијама менаџменту често недостају капацитети, вештине, методологија и објективност неопходна за ефективан надзор над активностима организације, укључујући и систем интерне контроле (Kean, 2003). Имајући све ово у виду, објективне и правовремене оцене квалитета интерне контроле и система управљања пословним ризицима би значајно допринеле јачању менаџментске контроле над пословним активностима, као и успешнијем корпоративном управљању.

Током последње четири деценије, интерна ревизија се појавила као функција интерног надзора и значајна подршка целокупном процесу управљања. Од својих почетака до данас, њена улога се стално мењала и интерна ревизија је доживела многе трансформације како у погледу свог предмета рада, тако и у погледу њене независности, одговорности и значаја који има за процес управљања. Захтеви који се пред њу постављају и приступ обављању ревизијског посла од почетака развоја савремене интерне ревизије до данас такође су значајно промењени. Данас су већ увелико напуштена схватања по којима је извештај одељења интерне ревизије једини и коначан производ који се некој организацији може понудити (Brodsky, Grochowski, Baker, Huber, 2003). Док је интерна ревизија у својим почецима, као независна функција, била углавном фокусирана на систем интерних контрола унутар организације и активности које

---

<sup>6</sup> Надзорни одбор, независно од важности своје стратешке улоге, никада не сме преузимати послове топ-менаџмента. Он треба да буде независан од менаџмента. У Немачкој, кандидат за члана надзорног одбора корпорације треба да испуњава следеће услове: (1) има потпуну пословну способност, (2) не сме бити члан више од 10 надзорних одбора истовремено (3) не може истовремено бити члан управе те корпорације, (4) не може бити законски представник једне од филијала и зависних друштава. Како би се спречила повезаност надзорног одбора и управе, члан надзорног одбора не може бити лице које је законски представник неке корпорације (Du Plessis, 2004).

су завршене, данас се од ње очекује да своје потенцијале усмерава на будућност, пружањем савета у вези са антиципираним будућим ризицима у појединим подручјима пословања.

Један од основних задатака интерне ревизије постаје саветовање менаџмента о могућностима управљања ризицима у смислу обликовања и надзирања одговарајућег система интерних контрола којима ће се ти ризици успешно смањивати. При томе, не треба заборавити да у основи процеса управљања ризицима лежи претпоставка о нужности проактивног приступа, према коме ризици не обухватају само опасности и претње, у погледу неизвесности остваривања очекиваних резултата, већ и шансе да се остваре одрживе конкурентске предности (Brodsky, Grochowski, Baker, Huber, 2003). Савремене тенденције у развоју интерне ревизије, као један од кључних појмова, истичу тесну везу и утицај који ова саветодавна функција менаџмента има на корпоративно управљање, а један од начина на који интерна ревизија доприноси квалитету корпоративног управљања је кроз унапређење система интерних контрола и процеса управљања ризицима (Mallin, 2013).

С обзиром на одговорност интерних ревизора према члановима надзорних одбора, њихова независност ипак није идентична оној коју би требало да имају екстерни ревизори, али је значајно повећана организовањем интерне ревизије као самосталне организационе јединице, „ван директног утицаја главног менаџмента”.

Према Закону о рачуноводству и ревизији привредно друштво може да обезбеди, а у законом одређеним случајевима дужно је да обезбеди интерну ревизију са задатком да испитује, оцењује и прати адекватност и ефикасност рачуноводственог система и система интерних контрола у складу са законом. Систем интерних контрола обухвата све процедуре и поступке које је руководство правног лица утврдило у циљу обезбеђења уредног и ефикасног пословања правног лица, придржавања утврђене политике, очувања интегритета средстава, спречавања и откривања криминалних радњи и грешака, примене законских прописа, тачности и потпуности рачуноводствених евиденција, као и благовременог састављања поузданих финансијских информација. Такође, у члану 266 Кодекса корпоративног управљања наводи се да „друштво мора да има унутрашњи орган надзора у форми надзорног одбора или ревизора у друштву. Ревизору друштву може бити интерни ревизор (физичко лице) или одбор ревизора”. У суштини, систем финансијског управљања и контроле представља филозофију приступа управљању. У Републици Србији систем финансијског управљања и контроле законодавно је уређен за директне

и индиректне кориснике буџета и јавна предузећа, а као најбоља светска пракса се препоручује за сва предузећа. На основу препорука и подршке Европске уније, Влада Републике Србије донела је 2009. године Стратегију развоја интерних финансијских контрола у јавном сектору у Републици Србији. Исте године се новом верзијом Закона о буџетском систему, уместо интерне контроле уводи термин финансијског управљања и контроле. Ово законско решење представља почетак увођења корпоративног управљања у јавни сектор у циљу подизања његове ефикасности.

Интерни ревизори су у развијенијим земљама организовани у струковне асоцијације. У нашој земљи то још увек није случај из простог разлога што је мало привредних друштава у којима је ова делатност организована, па самим тим и мало интерних ревизора. Агенцијски проблем који је настао као последица инхерентног сукоба интереса и циљних функција два најважнија конституента корпоративних привредних друштава (власника и менаџера) постаје све комплекснији, па је због тога учињен покушај формалног уобличавања принципа корпоративног управљања, који би за последицу требало да имају, пре свега, заштиту и равноправан третман свих акционара, као и превазилажење информационе асиметрије као једног од главних узрока већ поменутог проблема.

#### **4. Уместо закључка**

Надзорни одбор треба да има улогу у изградњи стратегије корпорације јер она треба да буде стабилан и препознатљив начин њеног позиционирања. Стратегија корпорације је интерно конзистентан скуп циљева, политика и акција који спаја снаге и слабости корпорације са претњама и изазовима околине. Добра стратегија треба да омогући јединствено понашање корпорације у околини на начин да осигура координацију активности у корпорацији, превенцију губитака и надзор употребе ресурса. Надзорни одбор је кључни актер у процесу обликовања корпорацијске визије. У самом процесу обликовања стратегије, као и у процесу евентуалног редефинисања стратегије, надзорни одбор има вишеструку улогу: саветује, ауторизује и надгледа процес имплементације стратегије.

Најзначајније одредбе ОЕЦД-ових Принципа корпоративног управљања, али и нашег Кодекса корпоративног управљања, односе се управо на покушај заштите власника и на њихово благовремено извештавање од стране управног одбора о свим аспектима пословања привредног друштва чије уделе у власништву поседују. Поменути документи, такође, дају и одређене смернице управном одбору везане за организовање интерне ревизије, али и за одређену слободу у одређивању висине надокнаде за



ангажоване тимове менаџера, како би се повећала њихова лојалност. Међутим, велики број финансијских скандала у којима су учесници биле светски познате корпорације (Enron, WorldCom, Vivendi, Parmalat, Adecco и др.), односно њихови менаџменти, указује да је агенцијски проблем изузетно озбиљан и да се и даље мора радити на проналажењу нових или побољшању постојећих решења како би се капитал власника заштитио. Финансијска тржишта, за које се претпостављало да представљају савршен начин за оцену пословања корпоративних привредних друштава и њиховог менаџмента, ипак нису свемогућ механизам и опасности од (зло)употребе капитала власника и даље ће бити присутне.

### Литература

Brodsky, D., Grochowski, R.B., Baker, W.R., Huber, J. (2003). *The New Role of Audit Committees – Executive Action No.63*. New York: Trends in Corporate Governance

Du Plessis, J. (2004). The German Two-Tier Board and the German Corporate Governance Code. *European Business Law Review*. Vol.15. No. 5. 231–254

Hitt, M.A., Ireland, D.R., Hoskisson, R.E. (1995). *Strategic Management: Competitiveness and Globalization*, West Publishing Company. St. Paul.

Jensen, M. (1986), Agency costs of free cash flow, corporate finance, and takeovers, *American Economic Review*.76 (2). 323–329

Jensen, M. & Meckling, W. (1976). Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*. 305–360

Kean, F.R. (2003). *A Blueprint for Governance: Strategy, Accountability; and Preservation Shareholder Value*. New York: American Management Association

Кодекс корпоративног управљања, (2012). Београд. „Службени гласник РС”. Бр. 99/2012

La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A., Vishny, R. (1998). Law and Finance. *Journal of Political Economy*. 106. 1115–1155.

Mallin, C. A. (2013). *Corporate Governance*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press

Paape, L., Snoep, P., Scheffe, J. (2002). *Survey in the Relation Between Corporate Governance and the Internacional Audit Function Acroos the European Union*. The Netherlands, EuracBv, Rotterdam

Радовић, В., (2008). Златни падобрани, корпоративно управљање и тржиште корпоративне контроле. *Право и привреда*. Београд: Удружење правника у привреди Србије и Црне Горе

Ritenberg, L. E., Schwieger, B. K. (2000). *Auditing Concepts for a Changing Environment*. Florida: Harcourt College Publisher

Roberts, J., Mc Nulty, T. I Stiles, P. (2005). Beyond Agency Conceptions of the Work of the Non-Executive Director. Creating Accountability in the Boardroom. *British Journal of Management*. Vol.16.

Sawyer, L. B. (2003). *Sawyer's International Auditing – The Practice of Modern International Auditing*. Florida: Florida Institute of Internal Auditors, Altamonte Springs.

Shapiro, A. C. (1990). *Modern Corporate Finance*. New York, Macmillan Publishing Company

Shleifer A., Vishny R.W. (1997). Survey of Corporate Governance. *Journal of Finance*. 737–783

Sudarsanam, S. (1995). *The Essence of Mergers and Acquisitions*. London: Prentice Hall

*OECD Principles of Corporate Governance* (2004)

Vujičić, D. (2011). *Preduzeće, participacija i akcionarstvo*. Novi Sad: Fakultet tehničkih nauka

**Milena Jovanović-Zattila, LL.D.**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

## **CONTROL MECHANISMS IN CORPORATE GOVERNANCE**

### **Summary**

*The structure of corporate governance is determined by the distribution of rights and responsibilities among different actors in the company structure. Organizationally complex structure of corporate entities, established as a reflection of composite forms of business corporations, give rise to the conflict of interest between the owners, the board of directors and managers, which is generally known as the principal-agency problem. Given the fact that operations of modern companies include interaction with a large number of stakeholders, matters of ethics and accountability to the owners, employees, creditors and the state are the basic postulates which have been subject to re-examination lately. The reasons for reassessing these issues are to be sought in numerous abuses by companies, which are on the other hand highly active in their efforts to protect themselves from similar abuses (mainly cyber crime). In order to respond to new challenges and requirements, which include providing for the interests of both shareholders and stakeholders, corporate management is required to establish an adequate system of internal control covering all company activities. Contemporary trends in the development of internal audit, as a mechanism of good corporate governance, are reflected in providing advice in respect of anticipated future risks and risk management.*

**Keywords:** *control, corporate governance, internal audit, agency problem, risk management.*

**Др Видоје Спасић,\***  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:

UDK: 347.78:004

Рад примљен: 30.09.2016.  
Рад прихваћен: 25.10.2016.

## **ТЕХНОЛОШКЕ МЕРЕ У ФУНКЦИЈИ КОНТРОЛЕ КОРИШЋЕЊА АУТОРСКИХ ДЕЛА У ИНФОРМАТИЧКОМ ДРУШТВУ\*\***

**Апстракт:** Информатичко друштво проширило је могућности за коришћење ауторских дела и другог заштићеног садржаја. Самим тим, дигитална технологија је повећала и могућности за неовлашћено коришћење заштићеног садржаја. Наиме, у дигиталном окружењу носиоцима права је наметнут појачан ризик од неовлашћеног коришћења њихових интелектуалних творевина. Носиоци права све мање могу да контролишу коришћење својих творевина, а заштита коју пружају правне норме се у друштву брзе размене информација може показати као недовољно ефикасна. Стога се у пракси све чешће постављају физичке препреке дигиталном коришћењу ауторских дела, генерично назване технолошке мере заштите.

У раду ће бити обрађена питања која се односе на мере превентивне заштите ауторских дела путем технолошких механизма. Међутим, примена оваквих мера изазива одређене последице у ауторскоправним односима. Тако, оне намећу поновно преиспитивање односа између приватних интереса титулара права и јавног интереса да друштво користи и усавршава интелектуална добра. Такође, оне доводе у питање успостављену равнотежу интереса свих учесника у ауторскоправном односу: носилаца права, корисника и уживаоца дела, као и свих осталих субјеката.

**Кључне речи:** заштићени садржај, технолошке мере заштите, контрола коришћења, заобилажење технолошких мера.

---

\* vidza@prafak.ni.ac.rs

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

## 1. Увод

У информатичком друштву повећане су могућности за искоришћавање ауторских дела, односно број имовинскоправних овлашћења која припадају аутору.<sup>1</sup> Међутим, с друге стране, повећане су и латентне опасности од повређивања ауторскоправних овлашћења. Стога се пред ауторе поставио проблем како пронаћи адекватне начине да заштите своја овлашћења, а да то не иде на уштрб легитимних интереса других субјеката или јавног интереса. Решење за наведену ситуацију опет се нуди технологија, односно одговарајуће технолошке мере. У том смислу, главни изазов је унапређење заштите ауторских права у новом окружењу.

Данас техничка заштита ауторских права није више предвиђање или сан, и многа ауторска дела се дистрибуирају у заштићеном формату: музички CD-и користе уграђене *anti-copy* механизме, DVD-јеви садрже сложenu техничку заштиту која спречава копирање, „пуштање“ на недозвољеним уређајима или обезбеђује географску дистрибуцију филмова, електронске књиге не могу се копирати, модификовати или се користи на одређени начин.

Непосредна реакција ауторских индустрија на информатичко окружење била је да се технолошке мере укључе у заштиту дигиталних дела, како би се осигурало да просечан корисник не може неовлашћено да користи ауторскоправно заштићене садржаје. Међутим, пракса, а такође и неколико истраживања, показали су да технологије заштите (првенствено засноване на шифровању и сличним методима), не могу да гарантује потпуну сигурност заштите, јер компјутерски научници и талентовани корисници могу да заобиђу ове технологије у релативно кратком року.

Осим изреченог, технолошке мере, саме по себи, нису довољне и оне захтевају одговарајућу правну заштиту од њиховог заобилажења или злоупотребе.

На крају, треба истаћи да установљење и примена технолошких мера заштите у коришћењу ауторскоправног садржаја, изазива и одређена подозрења и контроверзе, па чак ствара и одређене проблеме у ауторскоправним односима. Ово, првенствено, што технолошке мере могу доћи у сукоб са постојећим нормама ауторског права, јер стварају одређени дисбаланс у успостављеној равнотежи интереса учесника у ауторскоправним односима.

---

1 У односу на друга субјективна права, ауторско право, без сумње, састоји се од највећег броја појединачних овлашћења, посебно имовинскоправних.

## 2. Појам и улога технолошких мера

У дигиталном свету, безбедност и приватност се имплементирају коришћењем разних криптографских алгоритама и протокола. На самом крају ланца, дигитални садржај се приказује у аналогној форми на тај начин што се дигитална слика трансформише у светло путем дисплеја, док се дигитални звук трансформише у акустичке таласе. При томе, увек је могућа поновна дигитализација ових аналогних сигнала.

Под технолошким мерама подразумева се било која технологија, уређај или компонента која у свом редовном функционисању спречава или ограничава радње коришћења (укључујући и приступ делу) заштићеног добра, за чије предузимање не постоји овлашћење аутора или титулара другог права.<sup>2</sup> Изражавање ауторских дела у дигиталном формату омогућава различите начине контроле њиховог коришћења. Стога су разноврсне и технолошке мере којима се таква контрола остварује.

Технолошка решења, данас, знатно повећавају могућности заштите дигиталних дела. У том смислу, постоје технолошке могућности за спречавање или ограничавање приступа делу; ограничавање или контролу приступа одређеним изворима дела; ограничавање умножавања, адаптације, дистрибуције, јавног саопштавања или приказивања дела; идентификовање својстава и власништва над делом; као и лакше добијање ауторских лиценци.

Функционално посматрано, постоје три групе мера: технолошке мере контроле приступа, технолошке мере контроле искоришћавања и технолошке мере заштите интегритета дела (Koelman, K.J, Helberger, N: 2000: 166). У прву групу спадају оне технолошке мере чији је циљ да онемогуће неовлашћени приступ информацијама садржаним у ауторском делу. Такве су, примера ради, лозинке, или скрембловање. Скрембловање представља поступак промене редоследа података у току преношења тако да они немају никакво значење ако их прими неко коме нису намењени (Tasić, V. Bauer, I: 1989: 333). Криптовање (криптографија) представља начин шифровања претварањем текста у кодиране поруке које могу да протумаче само корисници који имају кључ ( Tasić, V. Bauer, I: op. cit: 93).

Технолошке мере контроле недозвољеног коришћења материјала усмерене су на спречавање неовлашћених лица да предузимају одређене радње које улазе у корпус искључивих ауторскоправних овлашћења. Најчешће је реч о контроли умножавања. Тако нпр. лице које је прибавило примерак

<sup>2</sup> Чл. 6(3) DIRECTIVE 2001/29/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (Official Journal of the European Communities, L 167, 22. 6. 2001).

ауторског дела у дигиталном облику (нпр. музички CD), може да употребује ауторско дело, али захваљујући уграђеним блокадама (физичким препрекама), не може да сачињава копије истих. У ширем смислу, у ову групу би могле да се уврсте и технолошке мере чији примарни циљ није да онемогуће корисника у искоришћавању дела, већ да прате учесталост и обим дозвољеног искоришћавања на основу чега се касније обрачунава лиценцна накнада. Мере усмерене на заштиту интегритета дела имају за примарну сврху онемогућавање лица која користе ауторско дело да врше било какве измене на делу. Иако се и овим мерама постиже контрола коришћења, с обзиром на то да је реч о неимовинском овлашћењу, сврстане су у посебну групу.

Упоредо са стварањем и применом ових технолошких мера одвија се процес проналажења начина за њихово заобилажење. Стога, делотворност технолошких механизма зависи управо од питања њихове правне заштите коју данас познаје већина савремених правних система. Ипак, нормативна решења нису уједначена. Постојеће разлике заправо одражавају проблеме у проналажењу адекватног облика заштите, који највише произлазе из чињенице да се санкционисањем заобилажења (или претходних радњи) технолошких мера доводи у питање циљ ауторског права уопште.

Два међународна акта тзв. *интернет уговори* регулишу ову материју: WIPO Уговор о ауторском праву и WIPO Уговор о интерпретацијама и фонограмима, оба из 1996. године. Према члану 11 Уговора о ауторском праву, односно чл. 18 Уговора о интерпретацијама и фонограмима, уговорне стране треба да обезбеде одговарајућу правну заштиту и ефикасна правна средства против уклањања ефикасних технолошких мера које аутори, на основу овог Уговора или Бернске конвенције, користе у вези са искоришћавањем својих права; и да у вези са њиховим делима ограниче такве поступке које сами аутори нису одобрили или који нису допуштени законом.

На нивоу ЕУ за предметну материју значајне су две директиве. Најпре, реч је о Директиви о правној заштити рачунарских програма.<sup>3</sup> Ова Директива забрањује стављање у промет или држање у комерцијалне сврхе било ког средства чија је једина сврха да олакша недозвољено уклањање или неутрализацију било ког техничког механизма евентуално направљеног у циљу заштите рачунарског програма. Дакле, *stricto sensu*, не сматра се повредом сам акт заобилажења технолошких мера. Такође, није санкционисана ни производња уређаја за заобилажење.

---

3 Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs (Official Journal of the EU L 122, 17/05/1991 p. 42).

Директива о хармонизацији извесних аспеката ауторског права и сродних права у информацијском друштву,<sup>4</sup> исправила је недостатке претходне Директиве. У том смислу, овом Директивом се обавезују државе чланице да на адекватан начин санкционишу заобилажење било које ефективне технолошке мере, као и производњу, увоз, дистрибуицију, продају, изнајмљивање, оглашавање или поседовање у комерцијалне сврхе уређаја, производа или компоненти који су намењени заобилажењу, односно пружању услуга заобилажења технолошких мера.

Српски Закон о ауторском и сродним правима (ЗАСП)<sup>5</sup> у чл. 208 и 208а, детаљно је регулисао питање технолошких мера заштите. Под „технолошким мерама“, у смислу ЗАСП-а, подразумева се свака технологија, уређај или део који је конструисан да током своје наменске употребе онемогући или ограничи радње коришћења у вези са ауторским делом или другим предметом заштите, за које носилац ауторског или сродног права није дао сагласност. Технолошке мере сматрају се ефикасним када носиоци права коришћење својих заштићених садржаја ограничавају путем контроле приступа или путем заштитног поступка као што су енкрипција, деформација или друга трансформација заштићеног садржаја или путем механизма за контролу умножавања којима се постиже циљ заштите.

Израз „информација о правима“ означава сваку информацију која потиче од носиоца права и која идентификује ауторско дело или предмет сродноправне заштите, аутора, односно носиоца права, или информацију о условима коришћења дела или предмета сродноправне заштите, или било који број или шифру која представља такву информацију.

У складу са ЗАСП-ом, повреду права представљају следеће радње:

3) производња, увоз, стављање у промет, продаја, давање у закуп, рекламирање у циљу продаје или давања у закуп или држање у комерцијалне сврхе уређаја, производа, саставних делова, рачунарских програма, који су превасходно конструисани, произведени или прилагођени да омогуће или олакшају заобилажење било које ефикасне технолошке мере, и који немају другу значајнију сврху осим наведене;

4) заобилажење било које ефикасне технолошке мере или пружање или рекламирање услуге којом се то омогућава или олакшава;

---

4 Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (Official Journal of the European Communities, L 167, 22. 6. 2001).

5 „Сл. гласник РС“, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012 и 29/2016 – одлука УС.



5) уклањање или измена електронске информације о правима или стављање у промет, увоз, емитовање или на други начин јавно саопштавање ауторског дела или предмета сродноправне заштите са којег је електронска информација о правима неовлашћено уклоњена или измењена, а да при том починилац зна или има основа да зна да тиме подстиче, омогућује, олакшава или прикрива повреду ауторског права или сродног права.

Технолошким мерама заштите посвећена је секција 1201. америчког Закона о ауторском праву дигиталног доба из 1998. године.<sup>6</sup> У основи у овом пропису разликују се две групе технолошких мера: оне које су усмерене на контролу приступа заштићеном делу и оне којима се ономогућава недозвољено вршење ауторских права у вези са заштићеним делом (као нпр. умножавање и јавно саопштавање легално прибављених примерака ауторских дела). Тако, према овом акту, за заобилажење технолошких мера којима се ефективно контролише приступ заштићеном делу; стављање у промет, увоз, нуђење или рекламирање производа и уређаја (и пружање услуга) конструисаних или произведених у сврху заобилажења технолошких мера којима се ефективно штите права аутора, одговорном лицу се могу изрећи грађанскоправне и кривичне санкције.

У смислу наведеног, под заобилажењем се подразумева избегавање, деактивирање, померање или на било који други начин уклањање технолошких мера, а када је реч о контроли приступа, нарочито, дескрембловање и декрипција без сагласности титулара права.

### **3. Врсте технолошких мера и њихово функционисање у заштити интернет садржаја**

Носиоци ауторскоправног заштићеног садржаја ослањају се на разноврсне технолошке мере ради контроле његове употребе, односно заштите од неовлашћених употреба производа и услуга, сачињених од информација различитог типа. Све ове мере се деле у две основне генералне групе: мере хардверског и мере софтверског типа.

#### ***3.1. Хардверске и софтверске мере***

Мере хардверског типа обухватају различите врсте физичких препрека које се уграђују у техничке уређаје за коришћење и/или умножавање ауторских дела и предмета сродних права. Овакве препреке функционално омогућавају коришћење заштићеног садржаја само у оној мери и на онај

---

6 Digital Millenium Copyright Act of 1998. – DMCA.

начин који је у складу са оним што је уговорено, односно допуштено. Тако, нпр. у америчком Акту о кућном аудио-снимању<sup>7</sup> захтева се од произвођача уређаја за дигитално аудио-снимање и дигитално аудио-међуповезивање, уграђивање таквих перформанси које ће ограничавати серијско копирање. Ово се постиже тако што је хардвер програмиран тако да чита информацију која се кодира и која је садржана у „каналу за дигитално поткодирање“ дигиталних звучних снимака и емитовања. На основу информације коју прочита, струјно коло хардвера може дозволити копирање, али ће означити шифрама копије које прави да би се ограничило даље копирање или потпуно онемогућило умножавање. Систем за остваривање серијског умножавања дозвољава неограничено умножавање прве генерације дигиталног оригиналног примерка, као што су CD-и који дистрибуирају компаније које их снимају, али спречава даље дигитално умножавање ових примерака.

Слични системи могу се имплементирати путем хардвера, софтвера или оба заједно користећи одговарајуће концепте. Тако, на пример, фајлови који садрже дела могу обухватити инструкције које се једино користе за управљање или контролисање дистрибуције дела. Ова информација могла би се ставити у одељак за тај део фајла или у други део фајла. Заједно са хардвером или софтвером који је прима, информација се, било да је у заглављу било у неком другом делу, може употребити да ограничи употребу оригинала или копије фајла који садржи дело. Она може ограничити употребу дела само на гледање или слушање. Такође, могуће је ограничити колико се пута делу може приступити, тј. колико се пута оно може „отворити“ или умножити.

### ***3.2. Серверска контрола и контрола на нивоу фајла***

У информатичком друштву технологија ће играти централну улогу у имплементацији контроле приступа и употребе заштићених дела на нивоу фајла и сервера.<sup>8</sup> Дистрибуција дигиталних дела може бити регулисана, првенствено контролом приступа изворима заштићеног садржаја. Приступ овим серверима може варирати од неограниченог (цео садржај сервера на располагању је без икаквих ограничења), преко делимично контролисаног (неограничен приступ дозвољен је само извесним подацима на серверу, а другима не), до потпуно контролисаног приступа (није допуштен никакав неконтролисан приступ, у било којој форми). Контрола приступа

---

7 The Audio Home Recording Act of 1992. – AHRA.

8 О безбедности на мрежи види шире у: Спасић, В: Онлајн безбедност: Зборник радова Правног факултета у Нишу: 55: 2010: 77–101.

остварује се кроз употребу процедуре идентификације и аутентификације која забрањује приступ серверу неовлашћеним клијентима, у целини или појединим информацијама. Скоро сви провајдерски сервиси, укључујући комерцијалне онлајн сервисе и сервере присутне на интернету, контролишу приступ својим системима.

У пракси, неки провајдери дозвољавају потпуно неограничен приступ информацијама садржаним на њиховим главним серверима, а контролу користе само да би задовољили физичка ограничења својих главних сервера, односно да би ограничили број истовремених корисника. Остали даваоци информација ограничавају приступ непријављеним клијентима. Тако нпр. користећи „ftp“ сервис, клијент може често да се повеже са удаљеним серверима на мрежи, као „н.н.“ лице, али ће моћи нормално да приступи само неким посебним подацима у централном серверу. Наравно, давалац информације може одлучити да не дозволи неконтролисани приступ, и одобрити само овлашћеним лицима да „уђу“ на главни сервер. Контрола приступа главном серверу, који садржи заштићена дела, представља типично средство, односно најчешће ће представљати први ниво заштите коју ће власник садржаја тражити пре него што своја заштићена дела учини доступним на мрежи преко главног сервера.

Други ниво контроле приступа и употребе заштићених дела може се спровести путем контролних мера повезаних са електронским датотекама (фајловима), које садрже дело.

Рестрикције приступа на нивоу фајла могу се спровести користећи одређене карактеристике „помоћног“ софтвера (односно програма за тумачење тзв. „рендеринг“ софтвера). Носилац права, односно власник садржаја, може израдити специјализоване софтверске производе или остварити такве карактеристике софтверских производа за општу примену, које би контролисале ко и у којој мери може користити заштићено дело. Овакве рестрикције могле би се остварити коришћењем својстава поменутог „помоћног“ софтвера јединственог формата фајла, или карактеристика у утврђеном формату фајла, или комбинацијом оба формата. „Контролне“ мере такође би се могле спровести да одреде да ли је власник садржаја дозволио извесне употребе дела, као и неке мере за контролу степена до кога би затим клијент могао да „манипулише“ делом.<sup>9</sup>

Помоћни софтвер, такође, може бити конципиран на начин да оспорава општи приступ делу ако фајл који садржи дело није довољно аутентич-

---

<sup>9</sup> Тако, нпр., помоћни софтвер могао би корисника који није добио одговарајућу дозволу од власника садржаја, или који користи неодобрену или застарелу лозинку, спречити да користи податке.

на копија (тј. фајл је измењен у односу на верзију коју је дистрибуирао власник садржаја). Овакве карактеристике омогућавају одређивање која информација, довољна у погледу овлашћене употребе, може бити повезана с фајлом који садржи софтверски производ.

#### 4. Појам и значај криптографије за ауторскоправне односе

##### 4.1. Скривено значење – енкрипција (шифровање)

Функционисање интернета заснива се на технологији комутације пакета, што представља систем код кога поруке пролазе кроз много различитих пунктова, односно компјутера који се налазе на различитим местима и могу бити поседовани и контролисани од стране различитих лица.

Етимолошки, криптографија значи писање тајним знацима, симболима.<sup>10</sup> Криптограм је текст, писмо, спис сачињен тајним знацима, тј. шифрама. Криптографија је грана математике која изучава математичку заснованост криптографских метода. Криптографија или шифровање представља поступак транскрипције (превођења) јасне и разумљиве информације у неразумљив облик применом тајног договора, при чему је такво дејство реверзибилно.

Француско законодавство<sup>11</sup> дефинише делатност криптологије као *све радње усмерене на трансформисање јасних информација или знакова у информације, или знакове нејасне за трећа лица помоћу тајних споразума, или на реализовање обратних операција, захваљујући опреми, материјалу или компјутерском програму замишљеним са тим циљем*. Реч је о једној општој дефиницији која, такође, обухвата и стеганографију, вештину тајног писања, која се састоји у скривању једне поруке у другој поруци у ублаженијој форми.

У криптографској терминологији порука се шаље у облику пуног текста (*plaintext*), или јасног, разумљивог текста (*cleartext*). Формирање (*encoding*) садржаја поруке на начин који скрива његов садржај назива се енкрипција (*encryption*).<sup>12</sup> Енкрипција и декрипција обично подразумевају употребу кључа, а метод кодирања је такав да декрипција може бити извршена само уз познавање тачног кључа.

Генерално посматрано, криптографија је уметност или наука држања података тајним. Криптоанализа јесте уметност, вештина прекидања

---

10 Спомине се још у античко доба код Херодота и Плутарха.

11 Члан 28, Закона 90-1170, са изменама од 29. 12. 1990. године.

12 Енкриптована порука назива се шифрованим текстом (*ciphertext*). Поступак стварања *plaintext*-а из *ciphertext*-а назива се декрипцијом (*decryption*).

(„разбијања“) шифре (нпр. стварање пуног текста без познавања тачног кључа). Криптографија је повезана са свим аспектима сигурног, безбедног информисања и преношења порука, аутентификације (оверавања), дигиталних потписа и електронских плаћања.<sup>13</sup>

#### **4.2. Функције криптографије**

Метод енкрипције и декрипције назван је шифровањем, а производ тих поступака се назива шифром. Неке криптографске методе се ослањају на тајанственост алгоритма. Међутим, сви модерни алгоритми користе кључ за контролу енкрипције и декрипције. Порука може бити декриптована само ако се зна тачан кључ, односно ако постоји подударност између кључева за енкрипцију и декрипцију.

Постоје два велика, основна типа криптографије: симетрична и асиметрична криптографија.

Код симетричне криптографије исти кључ се користи за шифровање и дешифровање информација. Проблем ове методе је како наћи средство безбедног преноса кључа на кореспондента.

Код асиметричне криптографије се једним кључем скрива а другим открива порука. Корисник поседује један приватни и један јавни кључ. Он дистрибуира свој јавни кључ, а чува скривеним тајни, односно приватни кључ. У овом случају, теоријски, неограничени број лица може писати кориснику уз помоћ јавног кључа, али само ће корисник моћи да дешифрује поруке својим приватним кључем. Криптографија овде обезбеђује веродостојност података који се преносе путем мреже. Подаци су пренети једино уз знање овлашћених лица.

Други, или исти пар кључева користи се да би се обезбедио идентитет емитера поруке (пошиљаоца). То је поступак аутентификације (оверавања). Корисник криптује (шифрује) поруку својим приватним кључем. Сви корисници моћи ће да дешифрују поруку јавним кључем, који се подудара са пошиљачевим.

Спој поступака аутентификације пошиљаоца и провере интегритета његове поруке омогућава стварање правих електронских потписа, које је у пракси веома тешко фалсификовати, као и поступак потписивања руком. Информатичка техника омогућава израђивање алатки за производњу

---

<sup>13</sup> Види шире у: Спасић, В: Улога криптографије у трансферу и приступу информацијама на интернету – правни аспекти: Симпозијум о рачунарским наукама и информационим технологијама, Зборник радова YUINFO – Niš: 2001: CD-ROM: електронска публикација.

кључева и коришћење система криптографије на начин препознатљив за корисника.

Да би систем био поуздан, неопходно је да кључеви за коришћено шифровање буду довољно сигурни.<sup>14</sup> Приликом кодирања сигурност кључа произилази из његове дужине. Међутим, што је кључ дужи, то ће трансакција или комуникација бити спорија у смислу времена потребног да се изврши прорачун. Тако, оно што је добијено у смислу сигурности, губи се у погледу брзине и ефикасности.

Да би се дешифровао један документ, без поседовања кључа, потребно је располагати компјутером способним да изврши велики број операција у секунди. Поузданост система зависи од способности рачунара потребног за предузимање радњи за „разбијање“ шифре. Да би операција имала смисла, трошак потребан за „разбијање“ шифре мора бити пропорционалан вредности заштићене информације. Данас, да би се „разбио“ („провалио“) један кључ реда величине 1024 бита, потребно је више милијарди година рачунања компјутером. Међутим, овај систем зависи и од стања технике које еволуира веома брзо. Алгоритам који се данас сматра неразрешивим, не значи да ће такав бити и за неколико година.

#### **4.3. Систем електронског управљања ауторским правима – Digital Rights Management (DRM)**

Нека данашња технолошка истраживања везана су за стварање дигиталних дела чија је карактеристика отежано копирање, а олакшано добијање дозвола за коришћење. Овакве технологије се називају заједничким именом – *Digital Rights Management (DRM)*. Најједноставнији систем у оквиру ове технологије базира се на „сигурном преносу (трансмисији)“ дигиталног материјала између пошиљаоца и примаоца. Већи степен заштите може бити креиран централизованим извором приступа садржају заштићеним ауторским правом. У том смислу, клијент (уживалац) може добити приступ неким целовитим комплексним подацима, као што су роман или филм, али са приступом само у циљу коришћења дела док је „конектован“ на изворни сајт.

Систем DRM треба да омогући компромис између безбедности материјала, коју захтева власник права; приватности крајњег корисника, као и цене система који ће бити коришћен између учесника у том ланцу. Задати циљеви се постижу употребом различитих криптографских мера.

<sup>14</sup> Најславнији поступак криптовања и један од најсигурнијих, према речима специјалиста, који поставља стандард поступања на интернету, где га је лако прибавити, јесте програм PGP, базиран на систему RSA, који је пронашао Американац Phil Zimmerman.

Истовремено са развојем технолошких мера заштите тече и процес проналажења начина за њихово заобилажење. Стога, делотворност технолошких механизма контроле зависи управо од питања њихове правне заштите, коју данас познаје већина савремених правних система. Ипак, нормативна решења нису уједначена. Постојеће разлике заправо одражавају проблеме у проналажењу адекватног облика заштите, који највише произлазе из чињенице да се санкционисањем заобилажења (или претходних радњи) технолошких мера доводи у питање циљ ауторског права уопште.

У сваком случају, нормативном уређењу технолошких мера заштите мора се приступити са доста опреза. Обезбеђивањем правне заштите ових мера требало би заокружити и стабилизovati систем ауторскоправне заштите уопште. То значи да би се морала задржати неопходна равнотежа интереса свих релевантних субјеката. Технолошким мерама контроле коришћења ауторских дела морају се првенствено заштитити интереси ствараоца. Али, свакако се морају уважавати и легални и легитимни интереси корисника дела и публике (јавности), а нарочито института ограничења ауторског права у корист трећих лица.

#### ***4.4. Заштита путем видео-криптовања***

Концепт испоруке аудио или видео-садржаја преко јавних мрежа ствара нове проблеме у области ауторског права. Наиме, треба обезбедити систем за прикупљање такси или процентуалне зараде, заштиту од дигиталне крађе, као и то који учесници у процесу су одговорни за обезбеђење сваке карике у том ланцу. Сви ти изазови се намећу пред техничким питањима како применити постојеће правне прописе у дигиталном окружењу.

Код дистрибуције дигиталног видеа до корисника стижу дигиталне копије високог квалитета и свака од њих ће бити једнако доброг квалитета. Међутим, преносом таквог материјала јавним мрежама долази до потенцијалне могућности крађе од стране пирата. Носиоци ауторских права интернет често доживљавају као медијум где је њихов материјал свима доступан онлајн. Крађа материјала са интернета је могућа, иако није баш једноставна. Један од начина да носиоци права буду убеђени у сигуран пренос је криптовање материјала при транзитну кроз мрежу и директно декриптовање пре његовог емитовања.

Поступак криптовања мора да задовољи комерцијалне захтеве за видео-сервисима, наведене захтеве сервера, као и захтеве корисника ауторских права. Систем треба да заштити видео-власништво од крађе при транзитну кроз мрежу, меморисању на серверу, као и приликом декодирања и прика-

зивања од стране корисника. Такође, потребно је обезбедити да квалитет видео-сигнала буде стално задржан.

Носилац ауторског права има право да постави низ захтева пред креаторе система за видео-сервисе како би били уверени да ће њихова инвестиција бити адекватно заштићена. Први захтев се односи на ауторизацију корисника и гаранцију за сигуран трансфер новчаних средстава ка носиоцу ауторског права. Други захтев носилаца ауторских права би се односио на активну заштиту њиховог власништва путем криптовања за све време транзита кроз јавну мрежу. Коначно, носиоци ауторског права могу захтевати да се видео декриптује само на уређајима крајњег корисника, и то тако да корисник нема директан приступ декриптованом видео-садржају, како га не би могао даље копирати. Ова ограничења се не односе само на систем за проток видеа, већ и за пројектовање алгорита за видео-криптовање. Онлајн видео-сервис мора да обезбеди аутентификацију потрошача, као и могућности за несметано плаћање. Такође, захтева се да видео буде криптован од када напусти централни сервер, па све док не буде декриптован и декодован на страни корисничког уређаја за плејбек.

Широки опсег сервера подразумева различит хардвер, оперативне системе, као и софтвер, што значи да криптовани дигитални видео-сигнал мора да буде компатибилан са свим постојећим и будућим видео-серверским системима, односно платформама.

## 5. Закључак

Дигитално доба свакако је нова претња заштити ауторских права. Међутим, технологија би могла и да омогући обезбеђивање нових алата и средстава за заштиту ауторског дела у дигиталном окружењу. Врло брзо технолошка решења или помоћи били су осмишљени од стране индустрије ауторског права. „Одговор на машине је у машини“ (Clark, С: 2014).

Неке технолошке мере имају за циљ управљање лиценцама о употребама права и одредбе о делима у складу са правилима таквих употреба: оне се зову *Digital Rights Management* (DRM). Системи DRM базирани првенствено на криптографији развијени су у последњих неколико година с циљем да се позабаве питањем трновите заштите и управљања ауторским права у електронском окружењу. DRM може бити истовремено нова норма, паралелна оној за ауторско право. Технологија је допуна, односно акцесоријум уз ауторско право. Међутим, она прети да постане његова супституција која потенцијално може учинити ауторско право потпуно ирелевантним.



Истовремено са развојем примене ових мера тече и процес проналажења начина за њихово заобилажење. Упоредо са развојем DRM система, носиоци ауторских права су тражили и правну заштиту од таквих техничких помагала и баријера. Технологија може бити поражена од друге технологије, као што је то доказано у многим случајевима хаковања заштите DVD-ја и других DRM система. Стога, делотворност технолошких механизма зависи управо од питања њихове правне заштите, коју данас познаје већина савремених правних система. Због тога су донети прописи о забрани неовлашћеног заобилажења технолошких мера заштите ауторског дела на међународном и националном нивоу. Ипак, нормативна решења нису уједначена. Постојеће разлике заправо одражавају проблеме у проналажењу адекватног облика заштите, који највише произлазе из чињенице да се санкционисањем заобилажења (или претходних радњи) технолошких мера доводи у питање циљ ауторског права уопште.

У САД технолошке мере заштите од неовлашћеног коришћења имају значајну улогу у контроли коришћења заштићеног садржаја. Таква контрола назива се „резерва“ и прави се разлика између два основна облика резерве. Прва се назива тајна или интелектуална резерва, и она омогућава носиоцу да задржи непознате нематеријалне ствари од ометања или ограничавања. Друга, економска резерва, или резерва на тржишту, омогућава да ће дело или други заштићени садржај бити под његовом контролом, и то кроз преносење овлашћења на права интелектуалне својине или санкционисањем неких понашања правним средствима, нпр. путем нелојалне конкуренције (Mousseron, J. M, Vivant, M: 1989: 2–4). Резерва, дакле, резултира из комбинације DRM и одредбе о заобилажењу, и она је хибридна мешавина интелектуалне резерве и економске резерве.

Када носиоци права одлуче да обезбеде дигитални садржај неким дефинисаним правилима употребе, као нпр. укључивањем броја копија, броја дозвољених гледања, итд..., ова употреба постаје норма за примаоце и кориснике таквог садржаја, иако конкретна употреба тих дела у складу са законом може бити шири и мање ограничена.

Дусолије истиче да технолошка заштита постаје преширока и више субјективизирана него што је објективна (Dusollier, S.V: 2005: 163). У дигиталном свету посредници су нестали и носиоци ауторских права почели су да дистрибуирају своја дела директно јавности. Прибегавање технолошким мерама омогућава контролисање обеју страна преноса у ауторско-правном односу. Технолошка заштита ауторских права чини да приступ, коришћење, односно уживање дела улази сферу монопола носиоца ауторског права. Следствено томе, можемо рећи да је кôд закон, односно

да дигитални кôд успостављен од стране DRM-а делује као пропис који мења човеково културно и друштвено понашање према ауторскоправно заштићеном садржају. Овакво проширење контроле ауторске области није само допуштено техничким и чињеничним акцијама, већ је обезбеђено законом кроз одредбе о забрани заобилажења технолошких мера. Дакле, у САД и ЕУ технолошки капацитети сада диктирају правни оквир заштите ауторских права. Технолошке мере све више постају супституција/замена за ауторска права, иако се и даље широко представљају као његов обичан суплемент.

На тај начин, стварање правила о начину употребе информација постаје све више приватизовано, а правна моћ да дефинише границе јавног приступа информацијама је умањена. По самој својој природи, технологија би требало да има протетски карактер: да смањи и замени недостатке пре него да их допуни (комплетира). Технологија је створена с циљем да исправи одређене мањкавости, а не да би стварала нове сличне недостатке. Употреба технологије у ауторскоправним односима је решење, односно лек за недостатак ефикасне заштите ауторских права. Међутим, да би се остварило њено пуно дејство и моћ, она је створена у одсуству ауторских права или макар прикривањем ауторских права иза диктата технологије.

Враћање изворних принципа у законодавство о ауторском праву је једино решење да би се задржала прихватљива равнотежа интереса у ауторскоправним односима и да би се технологија користила као адекватан алат и помоћ. Циљ је да примена помоћне технологије у ауторском праву постане управљање односима између технологије и ауторскоправних прописа, а не замена једног другим. Коначно, закон мора да пронађе ефикасно и уравнотежено решење за очување свих законских изузетака у ауторском праву.

Резимирајући, можемо констатовати следеће. Употреба технолошких мера заштите ауторскоправно заштићеног садржаја, осим позитивних ефеката, изазива и одређене проблеме у ауторскоправним односима. Прва последица је да се применом оваквих мера фактички проширује садржина субјективног ауторског права установљена законом у корист носилаца права, а на штету других субјеката.

Уграђивањем технолошких мера којима се спречава неовлашћено коришћење, може се догодити да искоришћавање буде онемогућено и лицима која иначе имају овлашћење да предузимају поједине радње. При томе, када је реч о уговорном овлашћењу, проблем углавном није приметан, јер се овлашћена лица (корисници) најчешће снабдевају потребним средствима за уклањање заштитних механизма (нпр. лозинкама). Међутим, са за-

конским овлашћењима (тј. ограничењима субјективног ауторског права), ствари стоје посве другачије и велика категорија субјеката је онемогућена да користи своја законска овлашћења.

Апсолутна заштита технолошких мера постоји само када је реч о умножавању у приватне сврхе: физичком лицу је дозвољено умножавање примерака објављеног дела за личне некомерцијалне потребе, уколико такво умножавање не захтева заобилажење технолошких мера или пружање или рекламирање услуге којом се то омогућава (Чл. 46 (1) у вези са чл. 208 (1) (4) и (5) српског ЗАСП-а).

Заобилажење технолошких мера искључиво ради вршења овлашћења аутора сходно законским ограничењима, сем умножавања у личне некомерцијалне сврхе, представља основ искључења одговорности за повреду ауторског права (Радовановић, 2011: 399–411).

Из наведеног произлази да заобилажење технолошких мера заштите не представља увек повреду права, јер у одређеним случајевима постоји „овлашћење“ да се предузму такве радње. Ипак, уживаоци дела најчешће не располажу технолошким вештинама или средствима потребним за заобилажење технолошких мера, због чега је неопходно да користе услуге трећих лица или да прибаве адекватна средства. Дакле, производња и стављање у промет вишенаменских уређаја код којих је омогућавање заобилажења само једна (али не примарна) функција, нису стављени ван закона. Према томе, за пружање услуга заобилажења технолошких мера без позивања на изузетке постоји одговорност.

## Литература

Dusollier, S.V: Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique: Larcier: 2005.

Devèze, J. L, Frayssinet, J: Droit de l'informatique et de l'Internet: PUF: 2001.

Vivant, M. et al., Lamy Droit de l'informatique et des réseaux: Lamy: 2007.

Vivant, and Jean-Louis Navarro, L. J: Code de la Propriété intellectuelle: Paris: 2016.

Koelman, K.J, Helberger, N: Protection of Technological Measures, u: Copyright and Electronic Commerce – Legal Aspects of Electronic Copyright Management: Kluwer Law International (ed. P. Bernt Hugenholtz): The Hague, London, Boston: 2000.

Marković, M. S: Pravo intelektualne svojine i informaciono društvo, Beograd, 2014.

Macrez, F: Les cumuls de droits intellectuels sur les créations informatiques: Strasbourg: 2008.

Mousseron, M.J. & Vivant, M: « Les mécanismes de réservation et leur dialectique: Le «terrain» occupé par le droit », Semaine Juridique, Cahiers de Droit de l'Entreprise: 1989/1, 2–4.

Радовановић, С: Технолошке мере у систему заштите ауторског права: Зборник радова Правног факултета у Новом Саду: 1/2011: 399–411.

Спасић, В: Ауторска дела у дигиталном окружењу: Ниш: 2011.

Спасић, В: Дигитално управљање правима: Право и привреда: Београд: 2011: 4–6: 909–926.

Спасић, В: Онлајн безбедност: Зборник радова Правног факултета у Нишу: 55: 2010: 77–101.

Tasić, V. Bauer, I: Rečnik kompjuterskih termina: Beograd: 1989.

Herak, K.: Digital rights management (DRM): Zagreb: 2005.

Clark, C: „The answer to the machine is in the machine”: European Publishers Council, 2014. Retrieved 20. 6. 2016. from <http://copyright-debate.co.uk/?p=641>

**Vidoje Spasić, LL.D.**

*Associate Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

**TECHNOLOGICAL MEASURES FOR CONTROLLING THE USE OF  
COPYRIGHTED WORKS OF AUTHORSHIP IN THE INFORMATION SOCIETY**

**Summary**

*Information technology has given rise to the problem of controlling the use of copyrighted works of authorship from their unauthorized use. In this context, one of the effective solutions is the application of technological protection measures, which are aimed at a more efficient application of the protection measures prescribed by the law.*

*Technological protection measures imply the use of any technology, device or component which may be aimed at preventing or restricting an unauthorized use of a protected work of authorship, which has not been approved by the author or holder of some related right. Generally, all these measures may be classified into three basic groups: technological measures aimed at controlling access, technological*

*measured aimed at controlling exploitation, and technological measures aimed at protecting the integrity of the work of authorship. Considering their technical characteristics and mode of application, they may be hardware-based measures, software-based measures, or a combination thereof.*

*Modern technology has enabled the development of digital systems which entail a controlled use of copyrighted works and facilitate obtaining licences for their exploitation. They are commonly known as digital rights management (DRM). The DRM system should provide for a compromise between safeguarding the intellectual property rights of the copyright holder, the end user privacy, and system costs. The envisaged goals are achieved by employing various cryptographic measures.*

*The process of developing technological protection measures is accompanied by concurrent attempts to circumvent the application of these measures. Thus, the effectiveness of these measures primarily depends on their legal protection, which has been recognized by a vast majority of legal systems, we now know the most modern legal system. However, the normative solutions are not uniform. The observed differences actually reflect problems in finding adequate forms of protection, which mostly stem from the fact that sanctions for evasion of technological measures call into question the ultimate purpose of copyright law in general.*

*Yet, the regulation of technological protection measures must be approached with great caution. Envisaging relevant legal protection for these measures should contribute to providing a comprehensive and stable system of copyright protection. Moreover, it is essential to ascertain the necessary balance of interest of all relevant subjects involved in that process. Technological measures for controlling the use of copyrighted works of authorship should primarily protect the authors' rights and interests; however, they certainly must encompass the legal and legitimate interests of the end-users as well as the general public, particularly considering the statutory limitations to authorship rights in favour of third parties.*

**Keywords:** *copyrighted work of authorship, technological protection measures, digital rights management, control of use; circumvention of technological protection measures.*

**Dr. Stefan Pürner,\***  
Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche  
Zusammenarbeit e.v. (IRZ) Bonn, Deutschland

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:

UDK: 347.72.037(436)

Рад примљен: 30.09.2016.  
Рад прихваћен: 25.10.2016.

## **KONTROLLE: WARUM, WANN UND WIE? EINIGE GRUNDLEGENDE PRINZIPIEN, DARGESTELLT AM BEISPIEL EINE GEWERBEUNTERSAGUNG NACH § 35 DER DEUTSCHEN GEWERBEORDNUNG**

**Abstrakt:** Der Beitrag behandelt Fragen im Zusammenhang mit der staatlichen Kontrolle und der Reaktion auf dabei festgestellte Regelverstöße am Beispiel des § 35 der deutschen Gewerbeordnung. Diese Vorschrift ist die zentrale Normen des deutschen Rechts, auf deren Grundlage unternehmerische Tätigkeit verboten werden kann.

Einleitend wird unter anderem auf die Rolle der Rechtsprechung allgemein, aber auch im Zusammenhang mit der Überprüfung staatlicher Kontrollmaßnahmen, eingegangen. Dabei stimmt der Autor der Auffassung zu, dass in kontinentaleuropäischen Systemen die Rechtsprechung keine Rechtsquelle ist. Dies darf jedoch nicht zu dem Fehlschluss verleiten, dass die Rechtsprechung nicht zur Rechtsfortbildung berufen und auch verpflichtet wäre.

Diese eingehenden Ausführungen sind von Bedeutung, da sich der anschließend vorgestellte § 35 Gewerbeordnung im Laufe der Rechtsentwicklung erheblich geändert hat. Während die Vorschrift ursprünglich eine kasuistische Aufzählung von Einzelfällen enthielt, arbeitet sie heute mit einer Generalklausel. Danach ist der Begriff der (in der Vorschrift nicht näher definierten) „Unzuverlässigkeit“ das maßgebliche Tatbestandselement für das Verbot der Ausübung eines Gewerbes. Dementsprechend hat sich die Aufgabe der Gerichte bei der Behandlung entsprechender Fälle wesentlich geändert. Der Autor stellt dar, dass dies auch gerechtfertigt ist, da der Gesetzgeber kaum alle Fälle, die sich in der Praxis eignen können, voraussehen kann.

---

\* puerner@irz.de

*Besonders stellte er heraus, dass sich der deutsche Gesetzgeber dafür entschieden hat, - anders als manche Rechte in Transformationsstaaten - den Beginn einer gewerblichen Tätigkeit von beschränkenden Vorschriften möglichst freizustellen. Anschließend werden anhand verschiedenster Gerichtsentscheidungen Einzelfragen im Zusammenhang mit einer Untersagung nach § 35 deutsche Gewerbeordnung dargestellt. Dadurch wird aufgezeigt, in welcher Weise die deutschen Gerichte den unbestimmten Rechtsbegriff der „Unzuverlässigkeit“ mit Leben füllen. Dabei wird insbesondere herausgestellt, dass es sich bei der Feststellung der Unzuverlässigkeit um eine Prognoseentscheidung, nicht aber um eine Sanktion für früheres Verhalten, handelt. Außerdem wird darauf hingewiesen, dass die Unzuverlässigkeit immer bezogen auf das jeweilige Gewerbe festgestellt werden muss.*

**Schlüsselworte:** *Deutsches Recht, Verbot der Gewerbeausübung, Aufgabe der Rechtsprechung, Rechtsfortbildung, Kontrolle bei Gründung und Führung eines Unternehmens.*

## 1. Einleitung

### 1.1. Allgemeines zum Begriff der „Kontrolle“ im Recht

Zentraler Begriff im Titel dieser juristischen Konferenz ist der Begriff der Kontrolle. Dieser ist kein eindeutig definierter Rechtsbegriff. Deshalb sollen der Behandlung von Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Gewerbeuntersagung (die meist das Resultat von entsprechenden Kontrollen der unternehmerischen Tätigkeit ist) einige grundsätzliche Überlegungen zum Begriff und zur Berichterstattung von Kontrolle im Recht, vorangestellt werden.

Setzt man sich mit dem Wort „Kontrolle“ und seiner Herkunft auseinander, dann stößt man auf eine Bedeutungsverschiebung. Heute verstehen wir dieses Wort nämlich meist im Sinne von „Aufsicht“, also etwas, das sich in einem Verhältnis von Über- und Unterordnung ereignet. Tatsächlich geht er aber auf „*contra rolatus*“ zurück (KirchhofRdNr. 224). Dies bedeutet „Gegen- Aufzeichnung“. Es wird also ein Vergleich zwischen Soll und Ist erstellt. Ein solcher ist aber auch ohne hierarchisches Verhältnis möglich. In diese Richtung deutet auch das verwandte Lehnwort aus dem Englischen „Controlling“, das ebenso einen internen Mechanismus kennzeichnet. Der deutsche Autor P. Kirchhof spricht im Zusammenhang mit innerstaatlicher Kontrolle von (Originalbegriff in der Übersetzung in Fußnote oder in Klammer) „*staatlicher Selbstvergewisserung*“. Der Staat kontrolliert - oder bietet Möglichkeiten zur Kontrolle auch seines eigenen Handelns an - „weil er wissen möchte, „wo er steht“ bzw. ob und wie sein Recht umgesetzt wird. Die verschiedenen Kontrollmechanismen kann man in demokratische Kontrolle über

Parlamente und Parteien und rechtsstaatliche Kontrolle unterteilen (Kirchhof RdNr. 224). Die rechtsstaatliche Kontrolle kann man demselben Autor zufolge wiederum in Kontrolle durch Amtswalter als Selbstkontrolle und in Kontrolle durch Gerichte als Fremdkontrolle einteilen (Kirchhof, aaO).

### ***1.2. Die Rolle der Gerichte (und Richter) als Organ der Kontrolle der Rechtsanwendung, aber auch der Fortentwicklung des Rechtes***

Mit dem letztgenannten Punkt, nämlich der Kontrolle durch Gerichte, verbunden ist die Frage nach der Aufgabe der Rechtsprechung und damit auch dem Selbstverständnis der Richter. Diese ist für das Funktionieren dieser Kontrolle entscheidend. Dem Verfasser ist bekannt, dass in Serbien und darüber hinaus viele über diese Fragen diskutiert wird. Angesprochen werden dabei Fragen der richterlichen Selbstverwaltung, aber auch des Verhaltens der Richter in der Öffentlichkeit und im politischen Leben.

Zu diesem Komplex gehört jedoch auch die Frage nach den Kompetenzen des Richters bei der Anwendung des Gesetzes. Diesbezüglich wird oft vorgetragen, dass in kontinentalen Rechtssystemen die Rechtsprechung keine Rechtsquelle sei. Dies ist theoretisch sicher richtig. Dies bedeutet jedoch nicht, dass Gerichtsentscheidungen, vor allem solche höhere Gerichte, im kontinentalen Recht keine über die Entscheidung des Einzelfalles hinausgehende Wirkung hätten. Sie mögen nicht bindend sein, eine Leitfunktion für die Praxis haben sie doch alle Mal.

Mitunter erweckt die diesbezügliche Diskussion zumindest für Außenstehende auch den Eindruck, dass man wegen der (angeblich) „minderen“ Rolle der Richter in Kontinentaleuropa diese nicht zur *Rechtsfortbildung* berufen sieht. Diesen Eindruck gewinnt man zumindest dann, wenn in Diskussionen Richter auch in Bereichen, die auch in anderen kontinentaleuropäischen Rechtssystemen nicht ausdrücklich durch Gesetz geregelt sind, nach expliziten Vorschriften im Sinne einer Handlungsanweisung für die Falllösung verlangen.

In diesem Zusammenhang (und auch im Zusammenhang mit den nachfolgenden Ausführungen) ist die Definition der Rechtsprechung, die sich in dem bereits angesprochenen Werk von P. Kirchhof (Kirchhof, RdNr. 238) findet, von Interesse:

(Hinweis für den Übersetzer: nachfolgendes Originalzitat bitte bei der Übersetzung in die Fußnote nehmen) *“Rechtsprechung ist nicht bloßes Nachsprechen, sondern wertendes Nachdenken von Vorgeschriebenem. Die Rechtsprechung hat... zu entscheiden, wenn die Beteiligten eine sie betreffende Rechtsfrage nicht oder nicht einvernehmlich aus einer Vorschrift beantworten können. Der Richter hat den abstrakten, auf Dauer geltenden Rechtssatz in konkrete, individuelle Verbindlichkeit umzusetzen und so der*



*gesetzlichen Regelung durch schöpferischen Akt Individualität, Spezialität, Gegenwartsnähe und fallgerechte Sachgerechtigkeit zu geben. Richterliche Kontrolle führt umso mehr auch zur Rechtsfortbildung, je weniger die gegenwärtigen Anfragen an das Gesetz aus dem traditionellen Verständnis beantwortet werden können....“*

Diese Definition sollte dazu anregen, künftig bei Diskussionen über die Rolle der Richter genauestens zwischen einer, dem kontinentaleuropäischen Recht fremden Konzept von der Rechtsprechung als Rechtsquelle auf der einen Seite, und der richterlichen Rechtsfortbildung auf der anderen Seite zu unterscheiden. Letztere ist zentrale Aufgabe der Richter in kontinentaleuropäischen Systemen. Wer als Richter nach dem Gesetzgeber ruft, weil er sich beispielsweise scheut, einen Fall über Gesetzes- oder Rechtsanalogie zu lösen, begeht eine Rechtsverweigerung. Die nachfolgenden Ausführungen werden zeigen, dass eine lebensnahe Auslegung der Vorschriften über die Gewerbeuntersagung in Deutschland ohne richterliche Rechtsfortbildung nicht möglich gewesen wäre. Sie wollen deshalb auch einen Beitrag zur Diskussion über die Aufgaben (und Pflichten) von Richtern in einem kontinentaleuropäischen System liefern.

### **1.3. Grenzen für, aber auch Anforderungen an Kontrolle**

Kontrolle darf nie Selbstzweck sein. Sie muss immer einen gewissen legitimen Ziel dienen. Deshalb muss der Staat bei der Einführung von Kontrollmechanismen bedächtig vorgehen. Kontrolle bedarf immer einer Rechtfertigung.

Dies ist die eine Seite der Medaille. Die andere ist, dass der Staat auch nicht zu beliebig sein darf. Der Staat hat gewisse öffentliche Aufgaben, zu denen auch Schutzfunktionen gehören. Diese kann er aber nur wahrnehmen, wenn er kontrolliert. Insbesondere hat der Staat die Aufgabe, das von ihm gesetzte Recht in der Gesellschaft zur Wirkung zu bringen (Kirchhof, aaO). Dies kann er jedoch nur, wenn er kontrolliert, inwieweit dieses Recht auch tatsächlich angewandt wird. Hierbei wird man bezüglich der Art und der Schwere der Eingriffe, mit denen der Staat dieses Ziel verfolgt und nach der Art und den Zielen der Rechtsvorschriften, deren Anwendung der Staat beaufsichtigt, unterscheiden müssen. Je wichtiger diese Ziele sind, desto schwerwiegender dürfen Kontrollmaßnahmen sein. Darüber hinaus darf Kontrolle nicht isoliert von den Sanktionen für Fehlverhalten, das dabei festgestellt wird, gesehen werden. Kontrolle an sich kann eine Grundrechtsverletzung für den Betroffenen darstellen, beispielweise wenn in seinen persönlichen Geheimnisbereich eingegriffen wird. Für die Fehlervermeidung und – beseitigung bedeutet sie jedoch für sich genommen gar nichts. Kontrolle ist diesbezüglich nur dann effektiv, wenn sie dazu bei trägt, festge-

stelltes Fehlverhalten in Zukunft auch zu vermeiden. Kontrolle muss deshalb auch mit nachfolgender Aktion verbunden sein.

#### ***1.4. Mögliche Folgen einer Kontrolle: (Vergangenheitsbezogene) Sanktion oder (zukunftsbezogene) Prävention***

Allerdings ist bezüglich dieser Aktionen genau zu unterscheiden zwischen Sanktion und der Korrektur von Fehlverhalten einerseits und Prävention andererseits. Beides ist gegen Regelverstöße gerichtet, Sanktion und Korrektur sind jedoch vergangenheitsbezogen, Prävention zukunftsbezogen. Ein Staat, der ohne ausreichenden Anlass dort, wo vergangenheitsbezogene Korrekturen oder Sanktionen ausreichend wären, überflüssiger Weise zu dem Mittel einer zukunftsbezogenen Maßnahme greift, die eigentlich keine Prävention, sondern eine Sanktion darstellt, verhält sich nicht rechtsstaatlich. Dadurch wird nämlich das Verhältnismäßigkeitsprinzip (vgl. zu diesem z.B. Wienbracke, S. 148ff oder Lübke-Wolff, S. 12–17) - aus dem auch die Erforderlichkeit und Geeignetheit von Maßnahmen zur Erreichung eines bestimmten Ziele folgt, verletzt.

### **2. Der Entzug der Gewerbeerlaubnis nach § 35 der deutschen Gewerbeordnung (GewO)**

Diese theoretische Unterscheidung lässt sich am besten an staatlichen Eingriffen in die Gewerbefreiheit Privater nach einer Kontrolle, bei der die Verletzung zwingenden Rechts durch diese Privaten bei der Ausübung des Gewerbes festgestellt wurde, darstellen. Deshalb soll dies nachfolgend am Beispiel der Vorschrift des § 35 der deutschen Gewerbeordnung durchgeführt werden. § 35 der deutschen Gewerbeordnung ist die zentrale Normen, auf deren Grundlage in Deutschland die Ausübung gewerblicher Tätigkeiten untersagt werden kann (Brüning, Überblick zu § 35 GewO).

#### ***2.1. Der Wortlaut des § 35 GewO im historischen Wandel***

Diese Vorschrift hat historisch einen Wandel durchlebt, der selbst viele deutsche Juristen, die sie nur in ihrer heutigen Form kennen, überraschen würde. Dieser Wandel kann mit „Von der Kasuistik hin zum unbestimmten Rechtsbegriff“ überschrieben werden. Dadurch hat sich auch die Rolle der Rechtsprechung, also der Kontrolle der Gewerbeaufsichtsbehörden bei der Anwendung der § 35 GewO geändert.

### 2.1.1. § 35 GewO 1869

Die zentrale Vorschrift zur Untersagung unternehmerischer Tätigkeit findet sich seit dem Jahr 1869 in der Gewerbeordnung (die damals noch ein Gesetz des Norddeutschen Bundes war) Damals fanden sich in diesem Paragraphen Regelungen wie die folgenden:

*Die Erteilung von Tanz-, Turn und Schwimmunterricht als Gewerbe darf denjenigen untersagt werden, welche wegen Vergehen oder Verbrechen gegen die Sittlichkeit bestraft sind.*

*Der Handel mit gebrauchten Kleidern, gebrauchten Betten oder gebrauchter Wäsche, der Kleinhandel mit altem Metallgerät oder Metallbruch (Trödel), . . ., ferner das Geschäft eines Pfandleiher kann demjenigen untersagt werden, welcher wegen aus Gewinnsucht begangener Vergehen oder Verbrechen gegen das Eigentum bestraft worden ist.*

Der Gesetzgeber regelte also für bestimmte, genau bezeichnete Gewerbe (unternehmerische Tätigkeiten) die Gründe, warum eine solche Tätigkeit für die Zukunft untersagt werden konnte. Auf der Tatbestandsseite formulierte man sehr kasuistisch, ganz so als ob man sämtliche Formen des Fehlverhaltens, die ein Gewerbetreibender begehen kann, und die so schwerwiegend sind, dass man ihm das Gewerbe untersagen muss, voraussehen könnte. Man kann also von einer „geschlossenen Norm“ auf der Tatbestandsseite sprechen.

Auf der Rechtsfolgenseite werden dagegen Begriffe wie „darf untersagt werden“ und „kann ... untersagt werden“ gebraucht. Die Vorschrift liest sich also wie eine Ermessensvorschrift Auf der Rechtsfolgenseite formulierte man also ergebnisoffen.

### 2.1.2. § 35 GewO 2016 (in dieser Fassung seit 1974)

Fast 150 Jahre später liest sich § 35 Gewerbeordnung, der nun auch eine Überschrift – nämlich „Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit“ besitzt wie folgt:

*Die Ausübung eines Gewerbes **ist** von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die **Unzuverlässigkeit** des Gewerbetreibenden oder eine mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in Bezug auf dieses Gewerbes dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. (Hervorhebungen durch den Verfasser)*

Die heutige Formulierung, die aus dem Jahre 1974 stammt, ist das Ergebnis einer langen Rechtsentwicklungen mit verschiedenen Zwischenstufen.

### *2.1.3. § 35 GewO 1960 bis 1974*

Diese kann hier nicht im einzelnen dargestellt werden. Es sei jedoch darauf hingewiesen werden, dass es von 1960 bis 1974 (Marcks RdNr. 3) nicht ausreichte, dass „die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist“, sondern zusätzlich gefordert wurde, dass die Unzuverlässigkeit „eine Gefährdung... mit sich bringt“. Auf den Unterschied zwischen beiden Formulierungen wird später noch zurückzukommen sein.

## **2.2. Die Unterschiede zwischen § 35 GewO 1869 und 1974 (= die im Jahr 2016 noch geltende Fassung)**

Vergleicht man die Gesetzesformulierungen aus dem Jahr 1869 und 1974 dann fällt folgendes auf:

### *2.2.1. Änderungen auf der Tatbestandsseite*

Der Gesetzgeber hat sich auf der Tatbestandsseite vollständig von seinem kasuistischen Ansatz verabschiedet. Er spricht nun allgemein von „Gewerbe“ und nennt nicht mehr einzelne Arten davon. Damit entfällt auch die Formulierung jeweils eigener Untersagungsgründe für diese spezifisch benannten Gewerbe. Stattdessen wird ein einziger, auf alle Gewerbe anwendbarer Versagungsgrund, nämlich die „Unzuverlässigkeit“, normiert. Dieser Begriff ist jedoch kein „hartes Tatbestandsmerkmal“, sondern ein unbestimmter Rechtsbegriff.

Der Gesetzgeber hat damit einen großen - und vernünftigen - Schritt getan: Er hat anerkannt, dass er nicht allwissend ist und notgedrungen der Rechtspraxis und der Rechtsprechung, die mehr Einblicke in die konkreten Einzelfall haben, die Entscheidung im Einzelfall überlassen muss. Dazu hat er sich des mittels eines unbestimmten Rechtsbegriffes bedient. Dies ist freilich nicht ohne Kritik geblieben (Marcks, RdNr. 2) erscheint aber in Anbetracht der nicht vorhersehbaren Vielgestaltigkeit des praktischen Lebens sachgerechter. Die Rolle der Verwaltungsbehörde (also des Organs, das den Bürger bei der Ausübung seines Gewerbes kontrolliert), und der Gerichte (also des Organes, das die betreffende Behörde bezüglich der Anwendung dieser Vorschrift kontrolliert), wird dadurch aber komplexer. Manche würden eventuell auch sagen: Die Entscheidung wird vom Gesetzgeber auf den Richter verlagert, womit die Entscheidung weniger demokratisch legitimiert ist, als bei einer kasuistischen Vorschrift, bei der die Tatbestandsseite relativ eindeutig ist.

### *2.2.2. Änderungen auf der Rechtsfolgenseite*

Auf der Rechtsfolgenseite dagegen formuliert er nun eindeutig eine zwingende Vorschrift. Dies erscheint auch angebracht, da es schließlich um den Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten. Dies sind wichtige Schutzgüter, die sich dann, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind, nicht gegen die betroffenen einzelne Interessen des Gewerbetreibenden abwägen lassen.

### **2.3. Der heutige § 35 GewO und seine Anwendung**

§ 35 Gewerbeordnung und seine Anwendung in der Praxis eignen sich hervorragend, um grundlegende Dinge darüber, wie der Staat auf bedenkliche Ergebnisse von Kontrollen im Bereich der unternehmerischen Tätigkeit reagieren soll - und wohl auch muss - darzustellen. Die Materie eignet sich auch dazu, die Unterschiede zwischen *notwendiger* Reaktion und *Überreaktion* des Staates darzustellen.

#### *2.3.1. Zeitpunkt der staatlichen Kontrolle unternehmerischer Tätigkeit*

Bezüglich des Zeitpunktes, wann jemand, der eine unternehmerische Tätigkeit aufnehmen möchte, staatlich kontrolliert werden sollte, gibt es verschiedene Ansätze.

Autoritäre Systeme wie die früheren sozialistischen Systeme, neigen dazu, an Aufnahme der unternehmerischen Tätigkeit umfangreiche Anforderungen aufzustellen und diese bis ins einzelnen zu kontrollieren. Manche Relikte dieser Denkungsart finden sich noch heute in den Rechtssystemen der Transformationsstaaten. Zu nennen sind hier beispielsweise Regelungen, durch die für verschiedene unternehmerische Tätigkeiten im einzelnen der Raumbedarf, die Einrichtung der Geschäftsräume und teilweise auch die Anzahl der Beschäftigten vorgeschrieben wird, ohne dass dafür zwingenden Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr erforderlich werden. (Ein Beispiel dafür sind – zumindest nach Ansicht des Autors dieses Beitrages - Art. 2 und Art. 3 Abs.2. Pravilnika o uslovima za obavljanje sportskih aktivnosti i delatnosti, „Službeni glasnik RS“, broj 30 od 18. VI 1999. ).

Das Common Law hat demgegenüber einen sehr liberalen Ansatz. Verkürzt dargestellt könnte man sagen, dass im wesentlichen der Markt das entscheidende Korrektiv ist. Wer im Rahmen seiner unternehmerischen Tätigkeiten keine Qualität liefert, wird wirtschaftlich erfolglos bleiben und deshalb vom Markt verschwinden.

Andere Rechtssysteme, wie beispielsweise das deutsche, vertreten einen Ansatz zwischen diesen beiden. Grundsätzlich ist dort die unternehmerische Tätigkeit frei. Jedoch gibt es Vorschriften durch die zur Aufnahme bestimmter Tätigkeiten, auch solche, die nicht mit der Gefahr für Leib, Leben und Vermögen anderer verbunden sind, zusätzliche Voraussetzungen verlangt werden, die zumindest nach Meinung einiger übertrieben sind. Der Meisterzwang nach der deutschen Handwerksordnung ist ein solches Beispiel (Vgl. dazu Stüben sowie – sehr kritisch –, Stieben). In diesem Spannungsfeld wird § 35 Gewerbeordnung als notwendiges Korrelat zur Gewerbefreiheit gesehen (Marcks, RdNr. 15). In der Begründung zum Entwurf des vierten Änderungsgesetzes der Gewerbeordnung (zitiert nach Marcks, RdNr. 15) heißt es, dass die Einführung einer allgemeinen und bundes einheitlichen Regelung für die Untersagung der Ausübung

*„dem Gedanken Rechnung tragen soll, dass, entsprechend der wirtschafts- politischen Linie der Bundesregierung, der **Beginn einer gewerblichen Tätigkeit von beschränkenden Vorschriften möglichst freigestellt sein sollte**, dass aber andererseits der Staat zum Eingreifen befugt sein muss, wenn ein Gewerbetreibender dass ihm gewährte Recht der freien gewerblichen Betätigung missbraucht“* (Hervorhebung durch den Verfasser)

Im Ergebnis heißt dies, dass Gewerbetreibende grundsätzlich einen Vertrauensvorschuss genießen. Eine vorherige Kontrolle der Eignung sollte, außer natürlich in Betätigungsfeldern, in denen bei ungenügender Qualifikation große Gefahr für wichtige Rechtsgüter bestehen, nicht stattfinden. Der deutsche Gesetzgeber hat in § 35 Gewerbeordnung also grundsätzlich entschieden für:

- einen Vertrauensvorschuss gegenüber den Gewerbetreibenden
- eine Ex-post, statt eine Ex-ante Kontrolle und
- den Verzicht auf kleinliche Regelungen zur Betriebs- und Personalausstattung, in die unternehmerische Gestaltungsfreiheit der Gewerbetreibenden eingreifen.

### *2.3.2. Unbestimmter Rechtsbegriff statt Kasuistik und Regelbeispiele*

Dadurch, dass ausschließlich der Begriff der Unzuverlässigkeit genannt wird, hat sich der deutsche Gesetzgeber nicht nur von seiner früheren „vorausschauenden“ Kasuistik verabschiedet, sondern auch darauf verzichtet, beispielhafte Regeltatbestände zu nennen (Dies war im Gesetzgebungsverfahren strittig, vergleiche dazu Marcks RdNr 23).

Er hat sich durch die Einführung eines unbestimmten Rechtsbegriffes auch dazu durchgerungen, die weitere Rechtsentwicklung und die Konkretisierung der

Anwendungsfälle der behördlichen Praxis und deren nachfolgende Kontrolle durch die Rechtsprechung anzuvertrauen. Damit hat er nach den Gewerbetreibenden auch den Behörden und der Rechtsprechung einen Vertrauensvorschuss gewährt. Diese ist umso größer, als im bundesdeutschen System - im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung - wohl zu Recht - die Möglichkeit einer späteren verodostojnotumacenje eines Gesetzes strikt abgelehnt wird. Mit anderen Worten: Der deutsche Gesetzgeber hat sich durch diese Regelungstechnik auf seine Rolle als derjenige, der den Rahmen vorgibt, beschränkt - und sich nicht die Stellung eines antizipierten Einzelfallentscheiders angemäßt.

## **2.4. Der unbestimmte Rechtsbegriff der Unzuverlässigkeit**

### *2.4.1. Von der Rechtsprechung entwickelte Definition*

Zentraler Begriff des § 35 Gewerbeordnung ist derjenige der Unzuverlässigkeit. Als unbestimmter Rechtsbegriff musste er erst von der Verwaltungspraxis und dann von der Rechtsprechung näher definiert werden. Dies ist mittlerweile erfolgt. Heute ist es gesicherte ständige Rechtsprechung, dass unzuverlässig ist, wer „nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens keine Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe in Zukunft ordnungsgemäß, d.h. entsprechend der gesetzlichen Vorschriften und unter Beachtung der guten Sitten ausüben wird“ (Brüning, S. 19 mit Hinweis auf verschiedenen Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes)

### *2.4.2. Prognoseentscheidung, nicht Unwertsurteil wegen Vergangenen*

Daraus folgt ein weiterer, sehr wichtiger Gesichtspunkt: Da das voraussichtliche Verhalten in der Zukunft ausschlaggebend ist, ist die Feststellung der Unzuverlässigkeit eine Prognoseentscheidung. Der Umstand, dass sich jemand in der Vergangenheit als unzuverlässig erwiesen hat, alleine rechtfertigt deshalb nicht die Gewerbeuntersagung, die im übrigen immer ultimaratio ist (Markcs, RdN. 18) und im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stehen muss, nicht.

Ein Beispiel hierfür: Auch die Verletzung steuerlicher Pflichten stellt eine Unzuverlässigkeit dauern. Ein Steuerpflichtiger, der in der Vergangenheit keine Steuererklärungen abgegeben hat, aber angesichts der drohenden Gewerbeuntersagung einen Steuerberater beauftragt, der sämtliche ausstehenden Steuererklärungen eingereicht hat, ist dann, wenn er auch die angefallenen Steuerschulden beglichen hat, ist nicht mehr unzuverlässig. Schließlich hat er durch sein Verhalten gezeigt, dass er bereit und in der Lage ist, zukünftig seine diesbezüglichen Verpflichtungen zu erfüllen. Und nur hierauf kommt es bei der zu treffenden Prognoseentscheidung an. Dafür gibt es auch rechtssystematische Gründe: Die Gewerbeuntersagung nach § 35 Gewerbeordnung ist ein Instrument

und der präventiven Verhinderung von Gefahren, keines der repressiven nachträgliche Sanktionierung von Fehlverhalten.

Wegen dies unterschiedlichen Anknüpfungspunktes es zu einer Untersagung eines Gewerbes nach § 35 Gewerbeordnung auch wieder ein Verschulden im Sinne eines moralischen oder ethnischen Vorwurfs noch einen Charaktermangel erforderlich. (Brüning aaO, unter Hinweise auf verschiedene Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts)

#### *2.4.3. Keine allgemeines, sondern detailliert auf das jeweilige Gewerbe bezogene Prognoseentscheidung*

Die Unzuverlässigkeit muss sich gerade auf das Gewerbe, das untersagt werden soll, beziehen. Es handelt sich also um eine gewerbebezogene Unzuverlässigkeit. Zur Illustration kann ein vielleicht etwas skurriler Fall aus der deutschen Gerichtspraxis dienen. Entschieden wird er vom Verwaltungsgericht Freiburg (VG Freiburg, Urteil vom 20.10.2009 3 K 838/08). Dabei war einem Gewerbetreibenden das *legale* Anbieten von *Pferdewetten* untersagt worden, da er auch *unerlaubt sonstige Sportwetten* angeboten hatte. Das Verwaltungsgericht kam zu der Auffassung, dass es diesem Fall an der gewerbebezogenen Unzuverlässigkeit fehlt, da es nicht davon überzeugt war, dass der Betreffende beim allein maßgeblichen Anbieten von Pferdewetten die Rechtsvorschriften nicht beachten würde. (Damit erklärte es das illegale Anbieten von Sportwetten nicht für rechtlich unerheblich. Es brachte lediglich zum Ausdruck, dass es nicht seine Aufgabe in diesem Verfahren war, dieses zu sanktionieren.)

Sicher kann man zu diesem Fall unterschiedlicher Meinung sein. Er zeigt jedoch deutlich, wie detailliert die deutsche Rechtsprechung bei der Beurteilung der Unzuverlässigkeit zwischen unbeachtlichem und gewerberelevantem Fehlverhalten unterscheidet. Weitere, vielleicht leichter nachvollziehbar der Fälle sind derjenige, dass die Unzuverlässigkeit für den Betrieb einer Buchhandlung oder eines Warenhauses nicht automatisch auch die Unzuverlässigkeit für den Betrieb eines Zeitungs- oder Zeitschriftenkiosks bedeutet. (Bundesverwaltungsgerichts, Beschluss vom 31.8. 1970, veröffentlicht in DÖV 19 70,825, vergleiche dazu auch Marcks 30) Schließlich stellt die Führung eines Zeitungskioskes geringere Anforderungen an den Gewerbetreibenden als diejenige eines Buchladens oder Warenhauses. Anders formuliert: Wer beim Betrieb eines Warenhauses den Überblick verliert, kann durchaus in der Lage sein, einen wesentlich kleineren Zeitschriftenkiosk zu führen. Wegen fehlender Gewerbebezogenheit wurde auch der Entzug der Gewerbeerlaubnis für einen Einzelhändler, der mit Getränken handelte, aufgrund von Verkehrsstraftaten vom Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (Entscheidung vom 26.9.1973, Gewearchiv 19 74,135) für



unwirksam angesehen. Der hessische Verwaltungsgerichtshof (Urteil vom 19. 2. 1982, NJW 19 82,2 1459) ging sogar soweit, dass er mehrere, mit dem Privat PKW begangene Trunkenheitsdelikte nicht als ausreichend für die Entziehung der Erlaubnis zum Straßenverkehrsgewerbe ansah. Seiner Meinung nach sei aufgrund dieses privaten Verhaltens nicht ohne weiteres zu befürchten, dass der Gewerbetreibende mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auch in seinem Gewerbe Vorschriften verletzt (Marcks 31).

Sicher muss man nicht all diesen Entscheidungen zustimmen. Deutlich dürfte aber geworden sein, dass es sich bei der Entscheidung, ob Unzuverlässigkeit vorliegt oder nicht, um eine Rechts- und nicht um eine Ermessensentscheidung handelt. Sie ist also vom Gericht in vollem Umfang überprüfbar (Marcks 24). Der Begriff der Unzuverlässigkeit ist final- und zweckorientiert und muss deshalb gewerbebezogen ausgelegt werden. § 35 ist eine wertneutrale Regelung und keine Strafvorschrift (Beschluss des hessischen Verwaltungsgerichtshof und 28019 80, Gewerbearchiv 1991)

#### *2.4.4. Verhältnismäßigkeit und Verhalten Dritter*

Einige der eben genannten Entscheidungen mögen überraschen. Sie zeigen dadurch jedoch, wie konsequent die deutsche Rechtsprechung das Verhältnismäßigkeitsprinzip bei der Überprüfung von Fällen einer Gewerbeuntersagung durch Behörden prüft. Dieses Prinzip kommt auch zum Tragen, wenn die Zurechnung der Unzuverlässigkeit von dritten Personen zum Gewerbetreibenden zu überprüfen ist. Diese Frage stellt sich typischerweise, wenn der Stellvertreter eines Gewerbetreibenden sich unzuverlässig verhält. Grundsätzlich ist eine solche Unzuverlässigkeit dem Gewerbetreibenden zurechnen, ohne dass es darauf ankommt, ob er in eigener Person zuverlässig ist oder nicht (Ennuschat 88). Deshalb kann ein Gewerbebetreibender, dessen Stellvertreter unzuverlässig ist, einer Untersagungsverfügung nach § 35 nicht mit dem Hinweis auf seine eigene Zuverlässigkeit entkommen.

Jedoch kommt das Verhältnismäßigkeitsprinzip bei der Frage zum Tragen, welchen genauen Inhalt die Verfügung haben darf. In den beschriebenen Fällen wird nämlich meist eine Teiluntersagung, mit der dem Gewerbetreibenden verboten wird, die unzuverlässige Person als Stellvertreter zu bestellen, als milderes Mittel genügen.

Ähnliche Fragen stellen sich bei der Unzuverlässigkeit nur einzelner von mehreren Gesellschaftern, die gemeinsam ein Gewerbe betreiben. In diesen Fällen ist die Untersagungsverfügung nur an den Gesellschafter zu richten, der tatsächlich unzuverlässig ist, nicht jedoch gegen die anderen Gesellschafter. Für diese hat

die Untersagung jedoch die Wirkung, dass sie den unzuverlässigen Mitgesellschafter von der Geschäftsführung ausschließen müssen. (Ennuschat, RdNr. 299)

### 3. Fazit

In der vorliegenden Arbeit konnte § 35 nur in einigen Segmenten beleuchtet werden. Unabhängig davon sollten einige Grundsätze, die in Deutschland im Zusammenhang mit der Kontrolle der Gewerbeausübung bzw. insbesondere mit der, einer solchen Kontrolle nachfolgenden Prüfungen der Frage einer Gewerbeuntersagung angewandt werden, deutlich geworden sein: Diesbezüglich kann von soll folgendes hervorgehoben werden:

- Der deutsche Gesetzgeber hat seine Herangehensweise an diese Frage mehrfach geändert.
- Je demokratischer und rechtsstaatlicher das Land wurde, desto weniger versuchte der Gesetzgeber die sich in der Praxis möglicherweise stellenden Fragen vorab durch kasuistische Regelungen zu entscheiden.
- Durch seine Entscheidung für einen unbestimmten Rechtsbegriff verlagerte der Gesetzgeber (nach Auffassung des Verfassers: richtigerweise) die Kompetenz zur Entscheidung von Einzelfällen auf die Gerichte, anstatt sich dem Irrglauben des Gesetzgebers des norddeutschen Bundes von 1869 hinzugeben, er selbst können schon alle in der Praxis möglichen Fälle voraussehen.
- Eine Gewerbeuntersagung ist nur möglich, wenn sehr strenge Anforderungen erfüllt sind. Diese leiten sich im Wesentlichen aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ab.
- Dies führt zu einer Reihe von Einschränkungen für Behörden, die über eine Gewerbeuntersagung zu entscheiden haben.
  - » Zum einen ist die Entscheidung über eine Gewerbeuntersagung keine Ermessensentscheidung, sondern eine Rechtsfrage, die dementsprechend voll umfänglich von den zuständigen Gerichten überprüft werden können.
  - » Zum anderen ist die Frage der Unzulässigkeit wertneutrale auf die Zukunft bezogen zu entscheiden. Die Vorschrift des § 35 der deutschen Gewerbeordnung ist präventiv und darf deshalb nicht als repressive Sanktionsnorm für früheres Verhaltens missbraucht werden.

## Literature

Briefs, U. (2002). *Deutsche Rückständigkeit. Alles verboten – Die deutsche Handwerksordnung gehört abgeschafft*, in: Stefan Bollmann (Hrsg.): *Patient Deutschland. Eine Therapie*. München.

Stüben, I. (2006). *Das Deutsche Handwerk – Der große Befähigungsnachweis (Meisterbrief) als Kriterium des Marktzutritts*, Hamburg.

Kirchhof, P. (2007). „Mittel Staatlichen Handelns, in Isensee / Kirchhof (Hrsg.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen.*., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage.

### Zeitschriftenbeiträge

Lübbe-Wolff. (2014). Gertrude *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the German Federal Constitutional Court*. In: *Human Rights Law Journal*. S. 12–17.

Wienbracke, M. (2016). *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*. In: *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)*. 2013, S. 148–155 im Internet unter [http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2013\\_2\\_681.pdf](http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2013_2_681.pdf) (zuletzt abgerufen am 7.10.2016)

### Kommentare

Brüning, Ch. (2016). in Johann Christian Pielow (Hrsg.) *Gewerbeordnung*, München.

Ennuschat, J. (2011). in Ennuschat, Jörg/Wank, Rolf, *Gewerbeordnung (GewO)*. Kommentarmit Arbeitsschutz-, Arbeitszeit- und Ladenschlussrecht, 8. Auflage, München.

Marcks, P. (2016). in Landmann / Rohmer (Hrsg.) *Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften: GewO, Band I: Gewerbeordnung – Kommentar*, München.

### Gesetze

Gewerbeordnung 1869 vom 21. Juni 1869 (zitiert nach [https://www.jurion.de/Gesetze/GewO\\_1869](https://www.jurion.de/Gesetze/GewO_1869))

Gewerbeordnung zuletzt geändert 30.6.2016

**Dr. Stefan Pürner,**

*Attorney-at-law,*

*Head of Section at the German Foundation for International Legal Cooperation*

*(Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ),*

*Bonn, Germany*

**CONTROL: WHY, WHEN AND HOW? SOME GENERAL PRINCIPLES OF STATE CONTROL PRESENTED ON THE EXAMPLE OF DISQUALIFICATION FROM PERFORMING COMMERCIAL ACTIVITIES PURSUANT TO § 35 OF THE GERMAN TRADE, COMMERCE AND INDUSTRY REGULATION ACT**

**Summary**

*This paper deals with issues relating to state control and state reaction to breaches of the rules discovered, using the example of Section 35 of the German Trade, Commerce and Industry Regulation Act (§ 35 Gewerbeordnung, GewO). This provision is the central norm in German law, on the basis of which entrepreneurial activities can be prohibited.*

*In the introduction, the author provides an overview of different forms of control and discusses the role of the courts in general, but also in the context of reviewing the control measures taken by the state. The author agrees that jurisprudence (case law) is not a source of law in the countries of the European-Continental legal system. However, this should not lead to the wrong conclusion that the courts are neither qualified nor obliged to develop the law.*

*After the introductory remarks, the author discusses the provisions contained in § 35 of the German Trade, Commerce and Industry Regulation Act (Gewerbeordnung). This example is of particular interest as it demonstrates various general principles of state control over private activities. While the provision originally contained a casuistic enumeration of individual cases, it nowadays uses a blanket clause. Accordingly, the concept of Unzuverlässigkeit (“unreliability”, which is not defined in more detail) is the definitional element for a disqualification from the practice of commercial activities. Hence, the courts’ task in dealing with the respective cases has significantly changed, as the control process involves consideration of both public and private interests, as well as striking a fair balance between the opposing public and private interests. The author points out that this is also justified as the legislator can hardly foresee all cases to which the provision might appear in practice.*

*In particular, the author points out that the German legislator, unlike the legislators in some transformation states, has opted for having as few restrictions as possible at the beginning of a commercial activity. In the second part, specific issues relating to a disqualification pursuant to Section 35 of the German Trade, Commerce and*

*Industry Regulation Act are presented based on various court decisions. This is to show how the German courts interpret the indefinite legal term of “unreliability”. It is highlighted that the determination of unreliability is a predictive decision rather than a sanctioning of conduct in the past. Moreover, it is pointed out that unreliability always has to be determined in relation to the respective trade.*

**Key words:** *German law, disqualification from the practice of commercial activities, development of law by courts, control during the foundation and management of an enterprise.*

## II ПРИКАЗИ

---

---



**Др Александар С. Мојашевић,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ПРИКАЗ

Рад примљен: 23.06.2016.  
Рад прихваћен: 26.09.2016.

## **Данијел Канеман, “Мислити брзо и споро”, Смедерево: Хеликс, 2015.**

Књига *Мислити брзо и споро*, у *Хеликсовом* издању, аутора Данијела Канемана (Daniel Kahneman), добитника Нобелове награде за економију, представља рекапитулацију његовог изузетно плодног научноистраживачког рада, пре свега, у области когнитивне психологије, али и теорије одлучивања и других области. Одмах се намеће питање: како један психолог може добити Нобелову награду за економију, и какве везе његов рад има са областима ван психологије? Управо након читања ове књиге, можемо се уверити колико је научни рад Данијела Канемана померио границе у области друштвених наука и због чега се он сматра једним од најзначајнијих савремених мислилаца. Посебна вредност ове књиге лежи у једноставности излагања сложених психолошких феномена и поучним лекцијама које све од реда имају научну потврду. Оваква књига јасно показује шта је то права и корисна популарна психологија за разлику од мноштва других књига тог жанра које у последње време пуне витрине домаћих и страних књижара. Потенцијални читаоци вероватно ће бити подстакнути на шире размишљање, пре свега, о људској рационалности, али и о пристрасностима интуитивног мишљења, којима смо као људска бића веома склони, рецимо, приликом процене вероватноће догађаја, предвиђања будућности, или процене различитих хипотеза. Иначе, на крају ове књиге се налазе два позната рада овог аутора (писана и објављена заједно са радовима Амоса Тверског) преведена на српски језик: *Расуђивање у условима неизвесности: хеуристика и пристрасност* и *Избори, вредности и оквири*. У првом чланку, објављеном 1974. године у часопису *Science*, аутори доводе у питање тада општеприхваћену претпоставку људског понашања: претпоставку рационалности. Аутори су документовали системске грешке у размишљању обичних људи које свој извор имају у самом устројству нашег когнитивног апарата. Овај чланак спада у ред најцитиранијих радова у области друштвених наука, а идеје које из њега произилазе

\* mojasevic@prafak.ni.ac.rs



(о пристрасности и хеуристици) нашле су примену у области права, обавештајног рада, финансија, војне стратегије, и другим. Пет година касније, аутори објављују рад „Теорија изгледа: анализа одлучивања у условима ризика”, која постаје једна од најпризнатијих теорија и камен темељац нове дисциплине (која је још у повоју) – бихевиоралне економије.

Књига *Мислити брзо и споро* састоји се из пет међусобно повезаних целина. У првом делу (стр. 17–89), Канеман нас на један крајње оригиналан начин упознаје са функцијама два повезана система мишљења у нашем уму: *Системом 1*, који је аутоматски, брз и најчешће без наше свесне контроле, и *Системом 2*, који је спор, рационалан и који контролише Систем 1. Оригиналноост књиге произилази из луцидности и довитљивости самог аутора који сложен психолошки механизам мишљења приближава сваком читаоцу, без обзира на врсту и ниво образовања. Тако, рецимо, садејство Система 1 и Система 2 описује као психолошку драму са два лика, у којој главна улога припада Систему 1, који генерише утиске, интуитивне закључке, намере и осећања, док Систем 2 исте потврђује или не, претварајући их у експлицитна уверења или свесне изборе. Упркос томе што Систем 1 углавном добро функционише и што је подела менталног рада између њега и Система 2 таква да минимализује труд (тзв. *закон најмањег могућег напора*) и оптимизује учинак, он је подложен пристрасностима, односно склон је системским грешкама у одређеним околностима, а осим тога, слабо разуме логику и статистику. У наставку овог првог дела, Канеман нас упознаје са карактеристикама Система 1 и Система 2, којом приликом овај први назива *асоцијативном машином*, а други *лењим контролором*. Први назив указује да Систем 1 функционише по принципу асоцијације идеја, на тај начин што једна идеја активира мноштво других идеја, које потом активирају мноштво других идеја, стварајући једну асоцијативно кохерентну слику која даје одређени смисао реалности. Но, та кохерентност потиче од начина рада нашег мозга, а свет (реалност) је знатно бесмисленији него ми *мислимо*. С тим у вези, Канеман на мноштву живописних примера описује како Систем 1 даје процене (не)нормалности ослањајући се на одређене норме; како аутоматски приписује намере и узроке неким појавама; како је склон брзоплетом закључивању и томе да лако поверује у нешто само на основу доступних информација („постоји само оно што се види”); како ствара емоционално кохерентну слику (тзв. хало ефекат); како расуђује на основу базичних процена; замењује тешка питања лакшим (тзв. хеуристика); спарује по интензитету појаве и одлике другачијег типа, итд. Други назив указује да функције Система 2 изискују пажњу и ментални напор, на пример, када треба да обавимо рачунску операцију множења или дељења. Посебно су интересантни налази да добро расположење, интуиција, креативност,

лаковерност и ослањање на Систем 1 иду у пакету, док други пакет чине туга, опрез, сумњичавост, аналитички приступ и повећано когнитивно напрезање.

У другом делу књиге под називом *Хеуристика и пристрасност* (стр. 101–184), аутор наставља са приказом живописних примера наше склоности да изводимо закључке на основу малог узорка (закон малих бројева); да одлучујемо на основу „сидра” (рецимо, када Вам продавац понуди цену куће и Ви се „упецате”); да процењујемо учесталост неких догађаја на основу лакоће с којом нам примери падају на памет (хеуристика доступности); да смо склони да одлуке и процене заснивамо на емоцијама (афективна хеуристика); како смо склони да ризик неког догађаја процењујемо на основу тзв. *слапа доступности* (рецимо, када медији и јавност неки догађај „надувају” до неслућених размера што утиче на нашу процену ризика); како процењујемо на основу хеуристике репрезентативности (сличности описа са стереотипима), чиме занемарујемо основне статистичке стопе; како смо склони нерегресивним интуитивним проценама, занемарујући регресију ка просеку (рецимо, професор на основу искуства закључује да је критика студента ефикаснија од похвале, али не схвата да је у питању регресија ка просеку која каже да критика (или похвала) неме везе са успехом).

У трећем делу књиге, под називом *Претерано самопоуздање* (стр. 187–248), приказане су бројне когнитивне заблуде, као што је рецимо, *заблуда о разумевању*, која је последица наше илузије да разумемо прошлост, што имплицира да је могуће и будућност предвидети. Насим Талеб, кога Канеман више пута цитира у овој књизи, овај феномен назива *наративном заблудом*. Затим, следе интересантни примери *пристрасности накнадног увида* („знао сам да ће се то десити”) и *пристрасности због исхода* (ако је исход негативан, склони смо да окривљујемо друге, рецимо, када странка која изгуби парницу окривљује свог адвоката). Интересантна је *изаблуда о валидности и вештини* (на пример, вештини бирања акција), којој су склони не само лаици, него и стручњаци, те Канеман поставља питање да ли баш увек можемо веровати интуицији стручњака. У прилог томе, он износи убедљиве доказе да је некада боље доносити одлуке на основу једноставне формуле, а не интуиције (рецимо, приликом бирања кандидата за посао). Даље, још једна когнитивна заблуда јесте она која настаје при *планирању*, када се претпоставља да ће се десити најбољи сценарио, а занемарују се друге, лошије, могућности. На крају овог дела, Канеман приказује и „покретачку снагу капитализма”: предузетничко самообмањивање, занемаривање конкуренције и прекомерно самопоуздање (финансијских) менаџера.

Четврти део књиге (стр. 251–350), под називом *Избори*, најзначајнији је за економску науку. У овом делу, аутор излаже суштину своје *теорије изгледа*, која каже да смо, психолошки гледано, осетљивији на губитке него на добитке. То рађа одбојност према губицима и нашу спремност да преуземо ризик да бисмо исти избегли. У овом делу, Канеман излаже и тзв. *четвороструки образац* нашег односа према ризику (одбојност или склоност) у зависности од вероватноће и, на тој основи, издваја тзв. ефекат извесности и ефекат могућности. Интересантно је то да овај образац објашњава на примеру избора између суђења и поравнања. У наставку, у свом стилу, Канеман објашњава како најчешће прецењујемо ретке и негативне догађаје, потом, како поред стварног рачуна, имамо и тзв. *ментални рачун* (на који снажно утиче и осећање кајања), затим, како смо склони преиначењу преференција у зависности од оквира (позитивног или негативног).

У петом делу под називом *Два ја* (стр. 353–382) аутор прави дистинкцију између два сопства, искуственог ја и памтећег ја. Ово друго ја јесте оно које може „правити проблем”, те нам нека гора животна епизода може остати у бољем сећању, услед чега, касније поново бирамо иста или слична болна искуства. Разлика између два ја рефлектује се и на плану задовољства, што отвара и проблем избора адекватних политика које за циљ имају срећу становништва (рецимо, у области медицине). Канеман препоручује узимање у обзир и памтећег и искуственог ја.

Све у свему, књига *Мислити брзо и споро*, аутора Данијела Канемана, представља право ремек-дело (популарне) психологије. Намењена је психолозима, економистима, али и свима онима који су заинтересовани да сазнају најновија научна достигнућа бихевиоралне економије. Да ова дисциплина добија на значају, говори и чињеница да је америчка администрација, као и влада Јужне Кореје, укључила бројне бихевиоралне економисте у креирање јавних политика. Штавише, британска влада је формирала посебан *Тим за бихевиоралне увиде*, познатији као *Одељење за гуркање*, према светском бестселеру *Гуркање*, аутора економисте Ричарда Талера и правника Каса Санстина. *Гуркање* јесте политика либертаријанског патернализма, која се, попут либертаријанизма познате чикашке школе, ослања на слободу појединца, али и на могућност софистициране државне интервенције како би се људи заштитили од лоших избора. Бихевиорални економисти, међу којима Канеман заузима посебно место, верују у слободу, али, за разлику од либертаријанаца, не пристају на екстремну форму рационалног актера (тзв. Екона), која одступа од стварног људског понашања, описаног у овој изванредној Канемановој књизи.

**Др Александар Ђорђевић,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ПРИКАЗ

Рад примљен: 12.05.2016.  
Рад прихваћен: 12.09.2016.

**Драган К. Николић, “Закон судњи људем – најстарији словенски правни зборник”, Центар за публикације Правног факултета у Нишу и Центар за византијско-словенске студије Универзитета у Нишу, Ниш 2016.**

Монографија др Драгана К. Николића, редовног професора Правног факултета Универзитета у Нишу, мада по обиму невелика, огроман је допринос нашој правноисторијској науци, славистици и историјској науци уопште. Резултат је ауторових трогодишњих истраживања читавог комплекса питања везаних за најстарији словенски правни зборник, а у извесном смислу је и синтеза свих досадашњих правноисторијских, славистичких и историјских радова о овој теми публикованих од 1829. до 2004. године. Посебна и трајна вредност ове монографије садржана је у чињеници да је у њој као прилог дат први превод овог правног зборника на српски језик, који је аутор урадио према његовим текстовима на старословенском језику (М. Н. Тихомиров, Москва, 1961) и уз коришћење његових постојећих превода на бугарски (В. Ганев, Софија, 1959) и на македонски језик (К. Илиевска, Скопље, 2004).

Текст монографије обухвата седамнаест прегледних поглавља и четири прилога. Унутар појединих поглавља аутор износи постојеће и још увек неразрешене хипотезе о простору где је настао Закон судњи људем, говори о оправданости продубљенијих правноисторијских анализа текста Закона, о рецепцији византијског права у Закону, о појединим групама кривичних дела које Закон прописује (против имовине, полног морала, физичког интегритета личности, брака и породице), те о појединим особеним одредбама Закона (о повреди права црквеног азила, о расподели ратног плена и о откупу слободног човека заробљеног у рату). Четири прилога садрже текст овог Закона на српском језику, одредбе службеног византијског правног зборника Еклога, које су дословно или уз модификацију преузете у Закону, и текст три члана Закона који немају своје узоре у Еклоги.

---

\* djole@prafak.ni.ac.rs

У општим излагањима аутор упознаје читаоце са досадашњим научним сазнањима о Закону, хипотезама и недоумицама које га прате, као и о односу овог Закона и византијске Еклоге која је његовим редакторима послужила као узор. Закон је настао у другој половини IX или најкасније почетком X века, сачуван је у више преписа унутар руских мешовитих законско-црквених рукописних зборника, од којих је најстарији у Новгородској крмчији из 1280. године. Садржи претежно кривично право, али има и одредбе приватног и процесног права. Протограф Закона није сачуван, али је његов оригиналан садржај потпуно реконструисан захваљујући постојању бројних преписа његовог текста. У научној литератури је све до средине XX века суверено владала хипотеза да је Закон настао на територији Бугарске као званичан акт законодавне власти током владавине или кнеза Бориса (после 865, а најкасније до 889. године), или током владавине његовог сина Симеона (893–927). Унутар ове хипотезе постоји и варијанта да Закон јесте из доба бугарског кнеза Бориса, да је настао око године 885, када су из Моравске у Бугарску пристигли бројни прогнани ученици Ћирила и Методија, али да није био званичан акт законодавне власти, већ приватна правна компилација непознатог аутора. Од средине XX века, све већи кредибилитет стичу хипотезе историчара права и филолога слависта да Закон има западнословенско, панонско порекло, да је настао у Моравској кнежевини током владавине кнеза Рагислава у периоду од почетка моравске мисије солунске браће Константина (Ћирила) и Методија 863. године до краја владавине кнеза Рагислава 870. године, те да његови аутори вероватно потичу из редова новокрштених Словена и следбеника словенског просветитеља Методија, а да је можда његов аутор и сам Методије. Најмање присталица је придобила оригинална хипотеза С. В. Троицког да је Закон настао око 835. године у византијској области Стримон, североисточно од Солуна (тада претежно насељеној Словенима), где је високу државну функцију неко време обављао управо Методије који је и аутор овог Закона, те да је Закон важио само за јужнословенско племе Стримонаца са ове територије, а да је протограф Закона вероватно био написан грчким словима на словенском језику, пошто тада ни глагољица, ни ћирилица још нису биле уобличене као словенско писмо.

Детаљном анализом одредаба Закона, аутор је утврдио да од укупно 32 његова члана, само три члана немају своје узоре у Еклоги: чл. 1 (кажњавање вршења паганских обреда и полагања паганских заклетви), чл. 2 (да се не суди "без више сведока") и чл. 7а (о броју и личним својствима потребних сведока код сваког суђења). Од преосталих 29 чланова, 10 су такоређи дословни превод аналогних чланова Еклоге, док је 19 чланова Закона преузето из Еклоге уз модификацију. Аутор је управо тим модификацијама

током својих истраживања придао највећи значај, јер сматра да се управо преко садржаја тих модификација могу објаснити, разазнати или макар наслутити конкретне историјске, друштвене, економске, политичке и верске прилике на простору на којем је настао Закон судњи људем. Будући да је реч у сваком случају о простору једне ране словенске државе, било да је то Бугарска, било да је Моравска, ове су модификације од непроцењивог значаја за сагледавање феномена настанке првог писаног права у раним словенским државама уопште. Све модификације које су редактори Закона извршили током рецепције византијског права из Еклоге, аутор је класификовао у три групе: стилско-језичке модификације (употреба појединих термина приближно једнаког значења онима из Еклоге, парафразирање делова текста Еклоге сопственим речима и другачији реченични склоп у односу на текст Еклоге), квантитативне модификације (скраћивање или продужавање аналогног текста Еклоге без мењања његове суштине) и квалитативне модификације (суштинска промена садржаја аналогног текста Еклоге).

Упоредном анализом садржаја аналогних чланова у једном и у другом правном зборнику, аутор је запазио и издвојио три основне тенденције које су дошле до изражаја у поступку рецепције византијског права уз модификацију. Прва тенденција је да су казне за поједина кривична дела у Закону релативно блаже од оних у аналогним члановима Еклоге: уместо сурових византијских казни телесног сакаћења прописаних у Еклоги (одсецање носа, одсецање руке, ослепљење), Закон по правилу прописује имовинске казне или казну продаје кривца у ропство. Друга тенденција је да Закон за осам кривичних дела (из групе кривичних дела против полног морала, брака и породице) уз класичне кривичне санкције прописује и црквене епитимије: пост од 7 до 15 година, привремену забрану долажења на литургију, забрану примања причешћа. Ова врста модификација реципираних правних норми преузетих из Еклоге дело је самих редактора Закона, будући да Еклога ни у једној својој одредби не прописује никакве казне које су биле у надлежности црквеног (канонског) права. Услед непостојања других историјских извора, аутор констатује да остаје отворено питање које су епитимије у Закону прописане као алтернативне, а које као кумулативне у односу на основну казну. Трећа тенденција се огледа у томе да су бројне одредбе Закона усмерене на очување хришћанске вере и морала. Закон прописује кажњавање паганских обреда, бигамије, одрицања од хришћанске вере војника на војном походу, крађе црквених ствари из олтара и изван олтара и пружа јачу правну заштиту института црквеног азила у односу на Еклогу, а све ово посредно подупире основану хипотезу већине истраживача да је Закон настао и важио на неком простору и у

времену непосредно после примања хришћанства, где су остаци паганских веровања, обичаја и морала још увек били веома живи.

Мада се аутор у највећем делу својих истраживања бавио изузетно сложеним питањем рецепције византијског права у првом словенском правном зборнику, што је подразумевало примену не самоупоредноправних и правноисторијских метода, већ и озбиљну и тешку текстолошку анализу и транслитерацију старословенског текста Закона, монографија је ипак написана веома јасним и прегледним стилем. Уз ауторову монографију *Древноруско словенско право* (Београд, 2000), која у прилогу садржи први и једини интегрални превод на српски језик кратке и шире редакције древноруског правног зборника *Руска правда*, монографија *Закон судњи људем – најстарији словенски правни зборник*, која у прилогу садржи први и једини интегрални превод на српски језик најстаријег словенског правног зборника, представља други камен темељац положен у здање српске правноисторијске науке и њеног битног сегмента који се бави историјом словенских права.

III РАДОВИ СТУДЕНАТА  
ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

---

---





**Тијана Леваков Вермезовић,\***  
Студент докторских студија  
Правни факултет Универзитета у Београду

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:

UDK: 343.4:004.738.5

Рад примљен: 30.09.2016.

Рад прихваћен: 27.11.2016.

## **ЗАШТИТА ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ КАО ДРУШТВЕНИ ИМПЕРАТИВ ДИГИТАЛНОГ ДОБА КОЛИКО СМО РАЊИВИ?**

**Апстракт:** У раду се сагледавају начини угрожавања приватности појединаца у дигиталном свету са фокусом на кривичноправну заштиту коју пружа постојећи међународни и национални правни оквир и пракса Европског суда за људска права у овој области. Значај спровођења оваквог истраживања је велики, с обзиром на то да живимо у свету електронских комуникација у којем нико није анониман. Развој информационо-комуникационих технологија, поред бројних предности, донео је и бројне изазове у свим сферама модерног живота. Од како је интернет постао глобални форум, појединци постају мета бројних увреда, клевета и претњи и о њима се објављују информације, или медији за које они нису дали сагласност. Практика показује да је ефективно сузбијање и контрола незаконитог понашања на интернету, те кажњавање учинилаца, на ембрионалном нивоу. Како би се пружила адекватна заштита оштећенима кривичним делима којима се директно угрожава њихова приватност у дигиталном свету, неопходно је креирати нове моделе и приступе у решавању овог проблема.

**Кључне речи:** приватност, лични подаци, електронска комуникација, интернет, високотехнолошки криминал, информациона безбедност.

### **1. Увод**

Модерне дигиталне технологије постале су незаобилазан чинилац у свим сферама друштва. Развојем информационих система долази до трансформације традиционалног друштва у информатичко друштво, вршећи велики утицај на начин на који је друштво организовано, на економске и друштвене односе, на односе појединаца и начин њихове

\* [tijana.levakov.vermezovic@gmail.com](mailto:tijana.levakov.vermezovic@gmail.com)

комуникације. Милијарде корисника интернета путем популарних друштвених мрежа, сервиса за слање и примање електронске поште, апликација и програма за слање текстуалних, видео и графичких порука и других активности на рачунарима и „smart” телефонима<sup>1</sup> чине доступним неслућено много информација и електронских података о себи, што може бити злоупотребљено у криминалне или друге сврхе, а колатерална штета је управо приватност појединца. Разлози за малициозно коришћење рачунара могу бити бројни, као на пример прибављање противправне имовинске користи, вређање, узнемиравање, осветољубивост, доказивање, шала, вршење тероризма, изазивање панике и нереда или просто *modus operandi* за извршење неког другог кривичног дела.

Сам концепт приватности није прецизно дефинисан и у себи обухвата читав низ веома важних друштвених вредности и то право на слободу мисли и духа, право човека да живи на начин на који жели, право да има контролу над сопственим телом и личним подацима о себи, слободу од неовлашћеног видео-надзора, фотографисања и праћења комуникација, право на интиму породичног живота и дома, право на достојанство, углед и част и право на успостављање и неговање односа са другим људима, нарочито у емоционалној сфери, ради развијања и задовољења сопствене личности (Пауновић, Кривокапић, Крстић, 2014: 181). Једну од ранијих дефиниција овог права формулисала је америчка јуриспруденција крајем XIX века као право да се буде остављен на миру – *eng. right to be left alone* (Прља, Рељановић, Ивановић, 2012: 95). Начин на који одређујемо сам оквир приватности суштински утиче и на то како обликујемо законска решења појединих проблема. То је од изузетног значаја за информатичко доба које нас суочава са бројним веома сложеним проблемима приватности и изазива велике поремећаје у систему друштвених вредности (Solove, 2002: 1088).

Веома брз развој информационих система поставио је велики изазов пред законодавне, управне и друге државне органе, као и пред целу међународну заједницу, да правним прописима регулишу ову област. „Решавање питања приватности и безбедности у електронским комуникацијама захтева свеобухватан приступ, укључивање широког круга заинтересованих и усаглашавање многих, често различитих потреба и интереса”. (Slijepčević, 2016: 41)

Разликују се кривична дела у којима се рачунари појављују као средство извршења и као објекат извршења, а затим и кривична дела у чијем се начину извршења појављују елементи незаконитог коришћења интернета.

---

1 Справа која у себи обухвата мобилни телефон и ручни рачунар.

У овом раду ће фокус бити на правној заштити која се пружа појединцима оштећеним кривичним делима којима се значајно угрожава њихово право на приватност у дигиталном свету, а чији основни облици се у складу са Кривичним закоником Републике Србије<sup>2</sup> гоне по приватној тужби, што ствара велике проблеме у пружању заштите основним правима и слободама грађана. Рад ће укратко указати и на одређене радње које у нашем кривичном праву нису прописане као кажњиве радње, а значајно задиру у сферу приватности појединаца, као што су ухођење и крађа идентитета до момента док се не изврши неко друго прописано кривично дело.

## 2. Начини угрожавања приватности

Веома су бројни начини угрожавања приватности појединаца путем интернета. Најозбиљнији облици су квалификовани као кривична дела, док за друге може да се тражи накнада штете у парничном поступку. Међутим, последице незаконитог коришћења интернета могу за појединце бити веома озбиљне и манифестовати се у друштвеној осуди, губитку поштовања, пријатеља, партнера, посла, немогућности да се заснује радни однос, дискриминацији на послу, осећају срама и страха, ухођењу, узнемиравању, физичком и психичком злостављању, нарушавању здравља, а у најтежим случајевима могу да доведу и до покушаја самоубиства, посебно код млађих особа или емотивно нестабилних личности.

Најчешћи начин угрожавања приватности путем интернета је управо увреда<sup>3</sup>, која је кривично дело против части и угледа, односно људског достојанства. Радња се састоји у изјави којом се омаловажава друго лице у виду псовке, погрдних и вулгарних израза или негативног вредносног суда (Стојановић, 2009: 424). Последице по појединца могу бити велике јер такву изјаву путем интернета сазнаје велики број људи.

Изношењем личних и породичних прилика које су такве природе да је у интересу породице не буду познате другим људима, а односе се на одређена лична својства, карактерне црте, навике, стил живота, породичне односе, сексуалну оријентацију и болести, може се нанети велика штета части или угледу појединца и такође је кажњиво у законодавству Републике Србије (Стојановић, 2009: 431).<sup>4</sup>

---

2 Кривични законик, *Сл. гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 – испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 и 108/14, у даљем тексту КЗ.

3 Чл. 170 КЗ, прописано као кривично дело увреда.

4 Чл. 172 КЗ, прописано као кривично дело изношење личних и породичних прилика неког лица.

Забрањено је и неовлашћено, без знања и пристанка овлашћеног лица, отварање и сазнавање садржине електронске поште или поруке и саопштавање другом или служење садржином која је сазната на тај начин<sup>5</sup>. Поруке на телефонима и електронска пошта су веома рањиви на неовлашћене приступе вештих корисника рачунара и могу бити хаковане<sup>6</sup>. Веома популаран у данашње време, а путем мобилних телефона или програма за дописивање, постао је „sexting”, односно размењивање интимних порука сексуалног садржаја. Неовлашћен приступ било ког лица овим порукама је веома инвазиван за слободу комуникације.

Приватност значајно може да се угрози и неовлашћеним прислушкивањем и снимањем које се врши посебним уређајима, нарушавајући на тај начин пре свега слободу несметаног изражавања.<sup>7</sup> Најчешће се прислушкују мобилни телефони.

Објављивањем неовлашћено прибављеног, или овлашћено прибављеног али без сагласности објављеног или приказаног, фотографског, филмског, видео или другог снимка лица на којег се снимак односи може осетно да се задре у лични живот.<sup>8</sup> Осетно задирање у приватни живот би свакако било снимање нагих лица или нечијих сексуалних активности, што суд цени у сваком појединачном случају, док у другим ситуацијама лице које сматра да му је на тај начин угрожена приватност може да тражи заштиту у парничном поступку (Стојановић, 2009: 395). Модерним технологијама се пружају неслућене могућности задирања у приватни живот појединца на овај начин, јер се путем интернета овакве фотографије и видео-записи могу учинити доступним милионима корисника. Сви записи који се праве путем модерних фотоапарата, веб камере, а најчешће путем „smart“ телефона доступни су у информатичком свету, и често се неовлашћено дистрибуирају.<sup>9</sup> Чак се јављају и осветнички анонимни

---

5 Чл. 142 КЗ, прописано као кривично дело повреда тајности писма и других пошиљки.

6 Хаковати – незаконито и без ауторизације приступити компјутерској датотеци или мрежи (The Free Dictionary by Farlex, Retrieved 7, July 2016 from <http://www.thefreedictionary.com/hack>)

7 Чл. 143 КЗ, прописано као кривично дело неовлашћено прислушкивање и снимање.

8 Чл.144–145 КЗ, прописано као неовлашћено фотографисање и неовлашћено објављивање и приказивање туђег списка, портрета и снимка.

9 У истраживању које је спровела Холи Јакобс, уочено је да је преко 53,3% хетеросексуалних парова делило интимну фотографију опсценог садржаја са другом особом, а ЛГБТ популација 74,8% (Bambauer 2014: 2027). Холи Јакобс је била жртва осветничке порнографије и сада води кампању за криминализацију осветничке порнографије и сматра је врстом сексуалног злостављања. В. Cyber Civil Rights Initiative, visited 9, November 2016: <https://www.cybercivilrights.org/>.

порнографски сајтови, са великим бројем неовлашћено постављених интимних фотографија и видео-записа углавном жена, најчешће од стране повређених бивших партнера<sup>10</sup>. Ови сајтови су незаконити и уклањају се, али је штета за многе тада већ ненадокнадива. Потребно је радити на превенцији и на едукацији корисника о начинима заштите њихових електронских датотека и не правити медије интимног садржаја, али и тражити нове моделе за ефикаснију заштиту. Велики је број земаља<sup>11</sup> које су криминализовале осветничку порнографију тако што су прописале да кривично дело представља свако копирање, репродуковање, дељење или излагање сексуалних експлицитних слика или видеа путем интернета без писане сагласности особе на запису.

Неовлашћено прибављање, саопштавање другом или употребљавање у сврху за коју нису намењени података о личности који се прикупљају, обрађују и користе на основу Закона о заштити података о личности противно је Кривичном закону Републике Србије.<sup>12</sup> Лични подаци су веома осетљиве природе и лако се могу злоупотребити и користити за извршење другог кривичног дела. Данас велики број правних лица путем својих интернет сајтова и апликација на телефонима прибавља и обрађује разне личне податке, често и без сагласности корисника, а грађани нису упознати са ризиком који носи одавање оваквих података.

У правном систему Републике Србије сајбер ухођење и крађа идентитета нису прописани као самостална кривична дела. Ухођење или прогањање би представљало континуирано праћење и узнемиравање друге особе. Према Европској комисији, ухођење би требало да буде укључено у Кривични законик Европске уније.<sup>13</sup> Ухођење је веома друштвено опасно дело, које нарушава основна права на слободу кретања, комуникације, води психичком злостављању и осећају страха, а може довести и до силовања

---

10 Први такав веб сајт је био „IsAnyoneUp?“, а оснивач је био Хантер Мур. Сајт је угашен у априлу 2012. године.

11 34 земље Сједињених Америчких Држава, Филипини, Израел, Аустралија, Канада (Revenge Porn. *Wikipedia*, visited 6 July 2016. [https://en.wikipedia.org/wiki/Revenge\\_porn](https://en.wikipedia.org/wiki/Revenge_porn))

12 Чл. 146 Закона о заштити података о личности, *Сл. гласник РС*, бр. 97/08,104/09 – др. закон, 68/12 – одлука УС и 107/12, кривично дело неовлашћено прикупљање личних података

13 Енглеска и Велс, Белгија, Холандија, Немачка, Малта, Ирска, Аустрија, Италија, Шкотска су прописале ухођење као кривично дело (EU Commission Stalking document. Retrieved 4, July 2016 from: [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0053/contributions/organisations/Unregistered/net\\_for\\_surviving\\_stalking\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0053/contributions/organisations/Unregistered/net_for_surviving_stalking_en.pdf)).

и убиства.<sup>14</sup> Сајбер ухођење је само софистицирани облик ухођења уз помоћ информационе технологије. Предлог Закона о изменама и допунама Кривичног законика од 9. 11. 2016. године предвиђа чланом 10 увођење новог члана 138а у Кривични законик који би прописивао кривично дело прогањање. Исти Предлог чланом 15 предвиђа и увођење кривичног дела полно злостављање кроз увођење новог члана 182а у Кривични законик. Овим делима пружиће се додатна заштита појединцима од малициозних понашања путем интернета и гониће се по службеној дужности. Међутим, остаје да се види какав одговор ће дати судска пракса услед свих тешкоћа у њиховом доказивању у случајевима радње извршења дела путем интернета, као и у разграничењу од неких других горе поменутих кривичних дела. Крађа идентитета је још један облик понашања који може бити средство извршења бројних других кривичних дела као што су превара, фалсификовање и др. Састоји се углавном од неовлашћеног прибављања или коришћења информација о идентитету другог лица.<sup>15</sup> Ово може подразумевати и прибављање идентификационих података као што су име, датум рођења, адреса становања и слично друге особе, без његовог знања и одобрења, а најлакше се извршава управо путем рачунара.<sup>16</sup> Веома је често коришћење лажних непостојећих идентитета на интернету или неовлашћено прављење туђег профила.

### 3. Међународноправна заштита права на приватност

Право на поштовање приватног и породичног живота гарантовано је бројним међународним правним инструментима усвојеним под окриљем Уједињених нација. Члан 12 Универзалне декларације<sup>17</sup> прописује да нико не сме бити изложен произвољном мешању у његову приватност, породицу, дом или преписку, нити нападима на част или углед. Свако има право на

14 У Уједињеном краљевству 1,2 милиона жена и 900.000 мушкараца се уходи сваке године (EU Commission Stalking document, Retrieved 4, July 2016 from: [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0053/contributions/organisations/Unregistered/net\\_for\\_surviving\\_stalking\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0053/contributions/organisations/Unregistered/net_for_surviving_stalking_en.pdf))

15 Council of Europe, *T-CY Guidance Note #4 identity Theft and phishing in relation to fraud*, Retrieved 10, July 2016 from [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/TCY%202013/T-CY\\_2013\\_8E\\_gui\\_danceNote4\\_id%20theft\\_V8.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/TCY%202013/T-CY_2013_8E_gui_danceNote4_id%20theft_V8.pdf)

16 Занимљив је податак да друштвена мрежа „Facebook” броји преко милијарду корисника који пружају велику количину информација о себи и то 90,8% профила садржи слику корисника, 87,8% објављује свој датум рођења, 39,9% има постављен број телефона, 50,8% наводи место пребивалишта, 62,9% поставља у ком су личном статусу. (Gross, Acquisti, 2005: 5)

17 Универзална декларација, усвојена и проглашена Резолуцијом Генералне скупштине бр. 217 (III) од 10. 12. 1948.

заштиту закона против оваквог мешања или напада. На универзалном нивоу под окриљем Уједињених нација није донета Конвенција која се бави питањима високотехнолошког криминала.

За нашу земљу веома су значајни регионални инструменти усвојени од стране Савета Европе. Најзначајније место заузима Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода<sup>18</sup> (у даљем тексту Европска конвенција), којом се у члану 8, ст. 1 гарантује свакоме право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке. Како је фокус овог рада на заштити права на приватност путем информационих система, од великог значаја је и Конвенција о високотехнолошком криминалу која је усвојена у Будимпешти 23. 11. 2001. године<sup>19</sup> јер је у њој препозната неопходност заједничке казнене политике у сврху заштите друштва од сајберкриминала и има за циљ спречавање дела усмерених против поверљивости, интегритета и доступности компјутерских система, мрежа и компјутерских података, као и спречавање злоупотребе тих система, мрежа и података. Оно што је од посебног значаја за заштиту приватности појединаца је да се обим процедуралних одредаба Конвенције<sup>20</sup> односи на било које кривично дело почињено путем компјутерских система. Члан 18 Конвенције овлашћује надлежне органе да нареду сваком лицу на територији чланице да преда одређене рачунарске податке које поседује, односно који су под његовом контролом, као и да нареду пружаоцу услуге да преда податке о свом претплатнику. Подаци о претплатнику/ кориснику неке електронске услуге су потребни да би се идентификовале услуге и за њу везане техничке мере које су коришћене или се користе о стране корисника, а ради утврђивања идентитета особе о којој се ради<sup>21</sup>.

Смернице за сарадњу између полиције и пружаоца интернет услуга на сузбијању високотехнолошког криминала донете на глобалној конференцији у оквиру Савета Европе предлажу успостављање формалног партнерства између њих.<sup>22</sup>

---

18 Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/03, 5/05 и 7/05 – испр. и *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/10.

19 Закон о потврђивању Конвенције о високотехнолошком криминалу, *Сл. гласник РС*, бр. 19/09.

20 *Idem*, чл. 14–21.

21 Para. 178 Council of Europe, *Explanatory Report to the Convention on Cybercrime (ETS No. 185)*, Retrieved 4, July 2016 from <https://ccdcoc.org/sites/default/files/documents/CoE-011123-ExplanatoryReportToTheConventionOnCybercrime.pdf>

22 Para. 8 и 13 Council of Europe, *Guidelines for the cooperation between law enforcement and internet service providers against cybercrime* (2008) retrieved 11, November 2016 <https://>



Компаративном анализом се уочава да се праву на приватност пружа универзална заштита, али да о механизмима те заштите која се пружа у оквиру информационих технологија још увек не постоји сагласност на универзалном нивоу. Нагласак је на превентивној заштити и на међународној сарадњи за извршење озбиљнијих кривичних дела извршених употребом рачунара, али се још увек нису изнашли модели заштите приватности појединца на свакодневном нивоу, нити јасни механизми прикупљања доказа, с обзиром на иностране елементе ових дела.

#### 4. Пракса Европског суда за људска права

Постоји богата пракса Европског суда за људска права у вези са угрожавањем приватности појединаца у вези члана 8 ЕКЉП, међутим, иста није толико обимна када се ради о угрожавању приватности појединаца путем интернета.<sup>23</sup> Најпознатији такав случај је К.У. против Финске<sup>24</sup> који говори о дванаестогодишњем дечаку који је постао мета бројних педофила због постављања огласа сексуалне природе о њему на интернет сајту за упознавање од стране непознатог учиниоца. Отац дечака није био у могућности да покрене поступак ни против кога јер је у то време у Финској регулатива била таква да није дозвољавала полицији нити судовима да захтевају од пружаоца услуга интернета да идентификују особу која је поставила оглас. Суд је утврдио да одређена дела захтевају кривичне санкције и установио да држава није успела да испуни позитивну обавезу да пружи заштиту физичком и психичком интегритету детета, дајући предност заштити анонимности на интернету.<sup>25</sup> Суд је такође установио да је концепт физичког и менталног интегритета заштићен као аспект приватног живота под чланом 8 ЕКЉП, као и да анонимност и поверење на интернету не сме навести државе да одбију да пруже заштиту правима потенцијалних жртава, поготово када су у питању рањиве групе.<sup>26</sup> Држава је у обавези да усвоји мере које ће обезбедити поштовање приватног живота у сфери међусобних односа појединаца, односно да обезбеди ефикасну кривично-правну регулативу (спроводи ефикасну кривичну

---

rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802fa3ba

23 V. Case-law of the European Court of Human Rights. Retrieved 2, July 2016 from: [http://www.echr.coe.int/Documents/Research\\_report\\_internet\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_internet_ENG.pdf). 47–57.

24 K.U. v. Finland [2009], ECHR, 6–14.

25 *Idem*, para. 48.

26 *Idem*, para. 43, 46.

истрагу) и да криминализује овакву врсту понашања.<sup>27</sup> Суд је прихватио да у светлу разних потешкоћа са којима се суочава модерно друштво, позитивне обавезе државе морају бити интерпретиране на начин да не наметну немогуће или диспропорционални терет на власти или у овом случају на законодавца.<sup>28</sup>

Генерални принципи ЕСЉП-а који се тичу слободе изражавања на интернету и односу са другим слободама појединца најбоље се виде у пресуди Делфи АС против Естоније.<sup>29</sup> Случај се тичао одговорности портала за вести и коментаре појединаца, који је у конкретном случају био увредљиве и вулгарне садржине, садржао је претње и вређао људско достојанство. У параграфу 110 Суд је запазио да интернет пружа платформу за слободу изражавања, која је загарантована Конвенцијом, али клевете и друге врсте очигледно незаконитог говора, укључујући и говор мржње и говор који подстиче насиље, могу бити невероватном брзином проширени и могу, понекад, трајно остати у интернет свету. Због тога се мора изнаћи равнотежа између два заштићена права прокламована чланом 8 (заштита приватног живота) и чланом 10 (права на слободу изражавања) Конвенције. Мора постојати одговорност за клевете и друге врсте незаконитих изјава, те се успоставити ефективно правно средство за кршење личних права.<sup>30</sup>

Велики број одлука Суда се односи на заштиту личних података.<sup>31</sup> Тако је Суд у случају Миткус против Латвије<sup>32</sup>, у ком се подносилац представке жалио да је новински чланак обелоданио информацију да је заражен ХИВ-ом и објавио његову слику, и у случају Алкаја против Турске<sup>33</sup>, у којем је штампа објавила адресу становања познате личности, нашао провреду члана 8 ЕКЉП, односно да је дошло до повреде права на приватан живот, као и у другим случајевима.

---

27 *Idem*, para. 46.

28 *Idem*, para. 48.

29 *Case Delfi AS v. Estonia* [2015], ECHR, para. 10–32.

30 *Idem*, para 110.

31 V. European Court of Human Rights, *Personal Data Protection*. Retrieved 5, July 2016. from [http://echr.coe.int/Documents/FS\\_Data\\_ENG.pdf](http://echr.coe.int/Documents/FS_Data_ENG.pdf)

32 *Mitkus v. Latvia* [2012], ECHR, para. 4–48.

33 *Alkaya v. Turkey* [2012], ECHR, para. 5–12.

Такође, велики број одлука Суда<sup>34</sup> односи се и на заштиту приватног живота, пре свега личног портрета у којима је Суд установио повреду члана 8 ЕКЉП<sup>35</sup>.

Иако ове одлуке нису у директној вези са коришћењем интернета, исте би се аналогно могле применити и на такве ситуације, пре свега имајући у виду да данас објављивање нечије слике или личних података у вестима или у новинама значи и објављивање на интернету, односно у електронској верзији, а да су извор информација медијима често управо друга физичка лица.

## 5. Правна регулатива у Републици Србији

Право на приватност је у нашој земљи загарантовано највишим правним актом Уставом Републике Србије, на тај начин што се прокламује неприкосновено право на људско достојанство, право на слободан развој личности, неповредивост тајности писама и других средстава комуницирања, заштита података о личности и др.<sup>36</sup>

Од значаја за заштиту приватности путем информационих технологија је свакако Закон о електронским комуникацијама<sup>37</sup>, којим се уређују између осталог услови и начин за обављање делатности у области електронских комуникација, надлежности државних органа у области електронских комуникација, заштита права корисника и претплатника, безбедност и интегритет електронских комуникационих мрежа и услуга, тајност електронских комуникација, законито пресретање и задржавање података и др.<sup>38</sup> Међусобна права и обавезе оператора и корисника уређују се уговором у писаној форми који поред других обавезних елемената садржи и одредбе о поступању са подацима о личности. Пресретање електронских комуникација којим се открива садржај комуникације, као и приступ задржаним подацима нису допуштени без пристанка корисника, осим на одређено време и на основу одлуке суда, ако је то неопходно ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин

---

34 Case Von Hannover v. Germany [2004], ECHR, para. 11–20; Case Peck v. the United Kingdom [2003], ECHR, para. 8–34.

35 European Court of Human Rights, *Right to the Protection of One's Image*, Retrieved 5, July 2016. from [http://echr.coe.int/Documents/FS\\_Own\\_image\\_ENG.pdf](http://echr.coe.int/Documents/FS_Own_image_ENG.pdf)

36 Чл. 23, 41 и 42 Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/06.

37 Закон о електронским комуникацијама, *Сл. гласник РС*, бр. 44/10, 60/13 – одлука УС и 62/14.

38 *Idem*, чл. 3.

предвиђен законом.<sup>39</sup> Оператер је дужан да задржане податке чува 12 месеци од дана обављене комуникације и то у изворном облику.<sup>40</sup>

Поступак у којем се пружа заштита појединцима у ситуацијама када им је повређено неко од права приватности кривичним делом регулисано је Закоником о кривичном поступку<sup>41</sup> и Законом о полицији<sup>42</sup>. Како се основни облици горе поменутих кривичних дела гоне по приватној тужби, јавни тужилац неће поступати по кривичним пријавама за ова дела, односно исте ће одбацити. Да би се покренуо поступак по приватној тужби, потребно је да постоје одређени докази који би указивали да постоји оправдана сумња да је одређено лице учинило кривично дело. Оштећени као тужилац нема права која припадају јавном тужиоцу као државном органу, те он не може рачунати на помоћ државних органа у прикупљању доказа<sup>43</sup>. Оштећени као тужилац има право да ангажује адвоката да га заступа, али су његове услуге скупе. Адвокат има права да од државних органа, установа, предузећа и других организација тражи и благовремено добије информације, списе и доказе који су у њиховом поседу или под њиховом контролом, али то право је знатно уже од оних којима располаже јавни тужилац<sup>44</sup> и није обавезујуће (Ilić, Majić, Beljanski, Trešnjević, 2016: 215). Приватна тужба се подноси у року од три месеца од дана када је оштећени сазнао за кривично дело и осумњиченог<sup>45</sup>. Овај рок се не подудара са роком застареле кривичног гоњења, који је веома кратак за кривична дела која су у фокусу овог рада, с обзиром на то да се исти рачуна према висини и врсти казне које су прописане за иста, а које су ниске.<sup>46</sup> Наведено указује да је за приватног тужиоца, у ситуацији када су предметна кривична дела извршена коришћењем информационих технологија, поготово у ситуацијама када је непознат починилац дела, често практично немогуће да благовремено покрене поступак, идентификује учиниоца и обезбеди доказе за вођење кривичног поступка, а касније исти и да спроведе.

---

39 *Idem*, чл. 126.

40 *Idem*, чл. 128.

41 Законик о кривичном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014, у даљем тексту ЗКП.

42 Закон о полицији, *Сл. гласник РС*, бр. 6/2016.

43 Члан 19 ЗКП и чл. 9 Закона о јавном тужилаштву, *Сл. гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 38/2012 – одлука УС, 121/2012, 101/2013, 111/2014 – одлука УС, 117/2014 и 106/2015.

44 Чл. 36 Закона о адвокатури, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2011 и 24/2012 – одлука УС.

45 Чл. 65 ЗКП.

46 Чл. 103, ст. 1, т. 6 и 7 КЗ.

Грађанин којем је угрожено неко од личних или имовинских права може да се обрати полицији ради заштите тог права, ако у конкретном случају није обезбеђена друга правна заштита и ако је угрожавање тог права у вези са његовом личном и имовинском безбедношћу.<sup>47</sup> Међутим, имајући у виду ограниченост капацитета полицијских органа, они неће пружати помоћ оштећенима за дела која се гоне по приватној тужби, с обзиром на то да Закон о полицији говори о могућности, не о обавези.<sup>48</sup> Чак и уколико би се дошло до податка ко је власник интернет протокол адресе, па затим и физичке адресе са које је извршена незаконита радња, потребно би било прикупити обавештења од свих корисника рачунара са те адресе и обезбедити електронске и друге доказе који указују на одређеног учиниоца. За свако од ових дела би била потребна велика оперативна помоћ полиције.

Велики проблем представља и слабо познавање информационих технологија приватних лица, истражних органа и суда. Да би могли докази да се користе у електронском облику, неопходно је обезбедити њихов интегритет, односно очувати изворни садржај и комплетност податка, како би се спречиле различите злоупотребе. Такође, подаци морају да буду доступни и употребљиви на захтев овлашћених лица онда када су им потребни у сврху судског поступка. Мора им се обезбедити аутентичност, односно могућност да се провери и потврди да је податке створио или послао онај за кога се тврди да је ту радњу извршио, као и непорецивост, односно способност доказивања да се догодила одређена радња или да је наступио одређени догађај.<sup>49</sup>

Велики изазов у вези кривичних дела употребом информационе технологије је управо међународни карактер истих, с обзиром на то да се седишта фирми које су власници веб сервера или пружаоци интернет услуга који могу да пруже податке о починиоцу често налазе у иностранству<sup>50</sup>, због

47 Чл. 30 и 35 Закона о полицији, *Сл. гласник РС*, бр. 6/2016.

48 Према речима заменика начелника Одељења за борбу против високотехнолошког криминала Драгана Јовановића, у Одељење за борбу против високотехнолошког криминала готово сваког дана дође двоје или троје грађана да се пожале како им је неко нешто написао на Фејсбук профилу, увредио их, називао њих или њима ближње погрдним именима, стављао непримерене фотографије и слично, али да „Полиција нажалост тиме не може да се бави“, те да, када би полицајци реаговали на сваку злоупотребу и пријављивали је Фејсбуку, било би их вероватно више стотина хиљада дневно, а ФБИ би по цео дан само издавао податке о корисницима Фејсбука. Извор: Магазин Време бр.1009, *Мрачна страна Фејсбука*, Преузето 6. маја 2010. са <http://www.vreme.com/cms/view.php?id=929661>.

49 Чл. 2, ст. 1, т. 5–8 Закона о информационој безбедности, *Сл. гласник РС*, бр. 6/2016.

50 Седишта већине правних лица које су власници најпопуларнијих друштвених мрежа и веб сајтова као што су „Facebook“, „Instagram“, „Twitter“, „Gmail“ су у Сједињеним

чега је неопходно тражити међународноправну помоћ, која представља дуготрајан и скуп поступак. Отежавајућу околност представља и чињеница да се прописи о заштити приватности разликују, те је за сада немогуће такву помоћ добити осим у случајевима тешких кривичних дела. (В. Прља, Рељановић, Ивановић, 2012: 95–104)

Приватност се може штитити и у парничном поступку у складу са Законом о парничном поступку<sup>51</sup>, али проблеми у доказивању основности тужбеног захтева су исти као у кривичном поступку.

Имајући у виду све наведено, може се констатовати да је Република Србија прихватила највеће међународне стандарде у предметној области. Међутим, анализирајући пресуду Европског суда за људска права К.У. против Финске, уочава се правна празнина, односно читава једна област у којој су, иако загарантована, права појединца веома угрожена.

## 6. Закључак

На основу свега изнетог у раду, потврђује се хипотеза рада да заштита која се пружа појединцима у погледу њихових права на приватност када су иста угрожена путем информационих технологија није у потпуности ефикасна и да је потребно изнаћи нове моделе како би се ова права заштитила.

Предметни рад указује на озбиљност сваке злоупотребе која се врши на интернету, путем рачунарских система. Имајући у виду тежину последице на приватна лица, степен угрожавања њихове приватне сфере, неопходно је извршити измене и допуне Законика о кривичном поступку на тај начин што ће се прописати да је полиција дужна да, уколико су кривична дела за која се поступак води по приватној тужби извршена путем информационо-комуникационих система, асистира у помоћи идентификовања учиниоца на захтев оштећених, као и у прикупљању и обезбеђењу тако прибављених доказа у електронском облику. Уколико би полиција сматрала да нема елемената кривичног дела, могла би писмено одбити да поступи по таквом налогу оштећеног / приватног тужиоца, али на то решење би исти морали да имају право на приговор Основном јавном тужилаштву, које би, уколико усвоји приговор, могло да нареди полицији да прибави тражену информацију, односно да поступи по налогу оштећеног. Такође, судије би приликом одмеравања казне за ова кривична дела као отежавајућу околност морале да цене чињеницу да су иста извршена путем интернета/

---

Америчким Државама.

51 Закон о парничном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 72/11, 49/13 – одлука УС, 74/13 – одлука УС и 55/14.

рачунара, имајући у виду велику друштвену опасност ових дела. Једино на тај начин ће Р. Србија испунити своје позитивне обавезе у складу са чланом 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

У кораку са развојем права, требало би сајбер прогањање и крађу идентитета прописати као кривична дела у Кривичном законнику Републике Србије.

Потребно је спровести обуку и унапредити људске и техничке капацитете полиције и јавног тужилаштва за истрагу кривичних дела у којима се као објекат или средство извршења кривичних дела јављају рачунари. Посебна пажња би требало да се усмери на обезбеђивање доказа у електронском облику за потребе спровођења кривичног поступка.

Неопходно је успоставити ближу сарадњу између држава и приватних предузећа у борби против криминала употребом информационе технологије.

Важно је побољшати међународну сарадњу и увести ефикасне и адекватне процедуре путем којих би истражни органи могли да захтевају од страних власти да без одлагања сакупе и обезбеде доказе. Веома је важно, имајући у виду горе наведене препреке за прикупљање доказа, закључити билатерални уговор са Сједињеним Америчким Државама, где се налазе седишта фирми које су власници најпопуларнијих друштвених мрежа и интернет сајтова, путем којег би се превасходно омогућила, па потом и убрзала, процедура прибављања доказа.

И за крај, повећању информационе безбедности могу да допринесу континуиране едукације свих актера информатичког друштва онеизлагању претераним ризицима на рачунарима и интернету и ефикасним начинима заштите личних података, као и јавних профила на друштвеним мрежама.

## Литература

Bambauer, D. (2014). Exposed. *Minnesota Law Review*. 98. 2025–2102.

Gross, R., Acquisti A. (2005). Information Revelation and Privacy in Online Social Networks (The Facebook case). Retrieved 3, May 2016. from <http://www.heinz.cmu.edu/~acquisti/papers/privacy-facebook-gross-acquisti.pdf>. 5.

EU Commission Stalking document. Retrieved 4, July 2016 from: [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0053/contributions/organisations/Unregistered/net\\_for\\_surviving\\_stalking\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0053/contributions/organisations/Unregistered/net_for_surviving_stalking_en.pdf).

European Court of Human Rights. *Personal Data Protection*. Retrieved 5, July 2016. from [http://echr.coe.int/Documents/FS\\_Data\\_ENG.pdf](http://echr.coe.int/Documents/FS_Data_ENG.pdf).

European Court of Human Rights. *Right to the Protection of One's Image*. Retrieved 5, July 2016. from [http://echr.coe.int/Documents/FS\\_Own\\_image\\_ENG.pdf](http://echr.coe.int/Documents/FS_Own_image_ENG.pdf).

Закон о адвокатури. *Сл. гласник РС*. Бр. 31(2011) и 24(2012) – одлука УС.

Закон о електронским комуникацијама. *Сл. гласник РС*. Бр. 44(2010), 60(2013) – одлука УС и 62(2014).

Закон о заштити података о личности. *Сл. гласник РС*. Бр. 97(2008), 104(2009) – др. закон, 68(2012) – одлука УС и 107(2012).

Закон о информационој безбедности. *Сл. гласник РС*. Бр. 6(2016).

Закон о јавном тужилаштву. *Сл. гласник РС*. Бр. 116(2008), 104(2009), 101(2010), 78(2011) – др. закон, 101(2011), 38(2012) – одлука УС, 121(2012), 101(2013), 111(2014) – одлука УС, 117(2014) и 106(2015).

Законик о кривичном поступку. *Сл. гласник РС*. Бр. 72(2011), 101(2011), 121(2012), 32(2013), 45(2013) и 55(2014).

Закон о парничном поступку. *Сл. гласник РС*. Бр. 72(2011), 49(2013) – одлука УС, 74(2013) – одлука УС и 55(2014).

Закон о полицији. Службени гласник РС. бр. 6(2016).

Закон о потврђивању Конвенције о високотехнолошком криминалу. *Службени гласник РС*. Бр. 19(2009).

Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Сл. лист СЦГ– Међународни уговори*. Бр.9(2003), 5(2005) и 7(2005) – испр. и *Сл. гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 12/2010.

Илић, Г., Мајић, М., Бељански, С., Трешњев, А. (2016). *Коментар Законика о кривичном поступку, 6. измењено и допуњено издање*, Београд: Службени гласник. 215.

Кривични законик. *Сл. гласник РС*. Бр. 85(2005), 88(2005) – испр., 107(2005) – испр., 72(2009), 111(2009), 121(2012), 104(2013) и 108(2014).

Магазин Време. Бр. 1009. *Мрачна страна Фејсбука*. Преузето 6. маја 2010. са <http://www.vreme.com/cms/view.php?id=929661>.

Пауновић М., Кривокапић Б., Крстић И. (2014). *Међународна људска права*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. 181.

Прља, Д., Рељановић М., Ивановић З. (2012). *Интернет право*. Београд: Институт за упередно право. 95.

Revenge Porn. *Wikipedia*. Visited 6 July 2016. [https://en.wikipedia.org/wiki/Revenge\\_porn](https://en.wikipedia.org/wiki/Revenge_porn).



Слијепчевић Љ. (2016). Право на приватност у домаћим и међународним прописима с освртом на интернет. *Гласник Адвокатске коморе Војводине*. 1(76). 41.

Solove, D. (2002). Conceptualizing Privacy. *California Law Review*. Vol. 90. 1087–1155.

Стојановић З. (2009). *Коментар Кривичног законика*. Београд: Службени гласник. 431, 395, 424.

The Free Dictionary by Farlex. Retrieved 7, July 2016 from <http://www.thefreedictionary.com/hack>.

Универзална декларација, усвојена и проглашена Резолуцијом Генералне скупштине бр. 217 (III) од 10. 12. 1948.

Устав Републике Србије. *Сл. гласник РС*. Бр. 98(2006).

Case Alkaya v. Turkey, Application No. 42811/06, Judgment of 9. October 2012.

Case Von Hannover v. Germany, Application No. 59320/00, Judgment of 24, June 2004.

Case Delfi AS v. Estonia, Application No. бр. 64569/09, Judgment of 16, June 2015.

Case K.U. v. Finland, Application No. 2872/02, Judgment of 2, March 2009.

Case-law of the European Court of Human Rights. (2015). Retrieved 2, July 2016 from: [http://www.echr.coe.int/Documents/Research\\_report\\_internet\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_internet_ENG.pdf). 47–57.

Case Law of the European Court of Human Rights Concerning the Protection of Personal Data. (2013). Retrieved 3, July 2016 from: [https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Judgments/DP%202013%20Case%20Law\\_Eng\\_FINAL.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Judgments/DP%202013%20Case%20Law_Eng_FINAL.pdf).

Case Mitkus v. Latvia, Application No. 7259/03, Judgment of 2, October 2012.

Case Peck v. the United Kingdom, Application No. 44647/98, Judgment of 28, January 2003.

Council of Europe. *Explanatory Report to the Convention on Cybercrime (ETS No. 185)*. Retrieved 4, July 2016 from: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cce5b>.

Council of Europe. *Guidelines for the cooperation between law enforcement and internet service providers against cybercrime* (2008) Retrieved 11, November 2016 from <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802fa3ba>.

Council of Europe. *T-CY Guidance Note #4 identity Theft and phishing in relation to fraud*. Retrieved 10, July 2016 from [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/TCY%202013/T-CY\\_2013\\_8E\\_guidanceNote4\\_id%20theft\\_V8.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/TCY%202013/T-CY_2013_8E_guidanceNote4_id%20theft_V8.pdf).

Cyber Civil Rights Initiative. Visited 9, November 2016. <https://www.cybercivilrights.org/>.

**Tijana Levakov Vermezović,**  
Faculty of Law, Univeristy of Belgrade

**THE PROTECTION OF THE RIGHT TO PRIVACY AS THE SOCIAL  
IMPERATIVE OF DIGITAL AGE: How vulnerable are we?**

**Summary**

*The paper examines various forms of jeopardizing the privacy of individuals in digital world, with specific focus on criminal protection provided by current international and national legal framework and the jurisprudence of European Court of Human Rights. The significance of conducting this scientific research is essential considering that we live in the era of electronic communications in which no one is anonymous. Development of information and communication technologies has brought, among its many advantages, various challenges in all spheres of modern life. Since the Internet has become the global forum, individuals have been increasingly target of countless insults, defamation and threats; moreover, numerous personal information or media get published without consent. The practice shows that effective suppression and control of illegal behavior on the Internet and punishing the perpetrators is at the rudimental level. In order to provide proper protection for the victims of criminal offenses committed against their privacy in the digital world, it is necessary to create new models and approaches to solving this problem.*

**Keywords:** *right to privacy, protection of personal data and communications in digital form, Internet, criminal offences against rights and freedoms of man and citizen.*



**Снежана Ђурђевић\***  
Студент докторских студија,  
Правни факултет Универзитета у Нишу

СТРУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:

UDK: 341.9:347.440.15

Рад примљен: 30.09.2016.

Рад прихваћен: 05.12.2016.

## **О ПОТРЕБИ ИЗМЕНЕ ДВОСТРАНИХ УГОВОРА О ПРАВНОЈ ПОМОЋИ У ГРАЂАНСКИМ СТВАРИМА НА СНАЗИ ИЗМЕЂУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И ДРЖАВА ЧЛАНИЦА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ**

**Апстракт:** Република Србија има закључене двостране уговоре о правној помоћи у грађанској материји са петнаест држава чланица Европске уније. Од закључивања наведених уговора протекло је много година током којих је у области међународног приватног права дошло до значајних промена. Оне су, пре свега, последица како приступања Републике Србије појединим конвенцијама Хашке конференције за међународно приватно право, тако и развоја међународног приватног права Европске уније, али и израде новог Закона о међународном приватном праву Републике Србије. Све наведене околности учиниле су да решења садржана у двостраним уговорима, а нарочито колизионе норме и норме о међународној надлежности, остану потпуно неусклађена са новим тенденцијама у овој материји. Услед тога, потребно је да надлежне институције Републике Србије изврше озбиљну анализу решења садржаних у двостраним уговорима и предузму неопходне активности у циљу њихове ревизије.

**Кључне речи:** двострани уговори, правна помоћ, грађанска материја, међународно приватно право, Хашка конференција, правосудна сарадња, колизионе норме, међународна надлежност, страна судска одлука.

---

\* snezana.djurdjevic@gmail.com

## 1. Увод

У грађанској материји, Република Србија има закључене двостране уговоре о правној помоћи са укупно двадесет седам држава, међу којима је петнаест чланица Европске уније. Већина ових уговора закључена је пре много година,<sup>1</sup> па се поставља питање у којој мери су њихове одредбе данас примењиве и да ли их је потребно ревидирати и прилагодити новим тенденцијама у области међународног приватног права.

У том смислу, важно је имати у виду, најпре, вишестране конвенције усвојене у окриљу Хашке конференције за међународно приватно право (у даљем тексту: Хашка конференција). Неке од тих конвенција којима су приступиле Република Србија и државе чланице Европске уније регулишу иста питања која су обухваћена наведеним двостраним уговорима о правној помоћи, али на потпуно другачији начин, те је потребно анализирати њихов однос и потребу за међусобним усклађивањем.

Потом, треба сагледати и развој међународног приватног права Европске уније и њене прописе којима су унификоване колизионе норме и норме о међународној надлежности у разним областима. Ово је битно не само због потребе хармонизације законодавства Републике Србије у контексту приступних преговора и чланства у Европској унији, већ и због чињенице да су колизионе норме које су садржане у прописима ЕУ универзалног карактера и примењују се у односима са свим државама, а не само са државама чланицама ЕУ. Иако је начелно правило да прописи Европске уније не утичу на примену раније закључених двостраних уговора између држава чланица ЕУ и трећих земаља (у које спада и Република Србија),<sup>2</sup> државе чланице ЕУ су ипак у обавези да предузму неопходне кораке у циљу усаглашавања раније закључених међународних уговора који одступају од решења садржаних у прописима ЕУ,<sup>3</sup> а крајња последица може бити и отказивање предметног уговора од стране државе чланице ЕУ.<sup>4</sup> С обзиром на то да се решења садржана у наведеним двостраним уговорима у односу на међународно приватно право ЕУ прилично разликују, извесно је да ће

1 Двострани уговори о правној помоћи углавном потичу из доба Федеративне Народне Републике Југославије (ФНРЈ) и Социјалистичке Федеративне Републике Југославије (СФРЈ). Изузеци су уговор са Републиком Хрватском из 1997. године и уговор са Републиком Словенијом из 2011. године.

2 Члан 351 став 1 Уговора о функционисању Европске уније.

3 Члан 351 став 2 Уговора о функционисању Европске уније.

4 У пресуди Европског суда правде у предмету Комисије против Белгије наведено је да „уколико је чланица у немогућности да усагласи сам уговор са правом ЕУ, у обавези је да га откаже, односно повуче се из њега.“ (*Case C-203/98, Commission of the European Communities v. Kingdom of Belgium*, (1999), ECR I-04899).

државе чланице ЕУ са којима Република Србија има закључене двостране уговоре покренути поступак њихове измене.<sup>5</sup>

Осим тога, у наредном периоду очекује се измена важећег законодавства Републике Србије у области међународног приватног права. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља (у даљем тексту: ЗРСЗ) би требало да буде замењен Законом о међународном приватном праву Републике Србије (у даљем тексту: ЗМПП). С обзиром на то да ће се усвајањем ЗМПП извршити унификација и хармонизација међународног приватног права Републике Србије са међународним приватним правом Европске уније, решења садржана у двостраним уговорима ће остати потпуно неусклађена и одударати од система који ће бити успостављен новим ЗМПП.

## **2. Двострани уговори о међународној правној помоћи у грађанским стварима**

Као што је већ наведено, двострани уговори о међународној правној помоћи су на снази између Републике Србије и петнаест држава чланица Европске уније: Аустрије,<sup>6</sup> Белгије,<sup>7</sup> Бугарске,<sup>8</sup> Велике Британије,<sup>9</sup> Грчке,<sup>10</sup>

---

5 Република Словачка је 2013. године Министарству правде Републике Србије упутила иницијативу за измену важећег двостраног уговора о правној помоћи, а такво поступање може се очекивати и од других држава чланица ЕУ.

6 Уговор о узајамном правном саобраћају између ФНР Југославије и Републике Аустрије од 16. децембра 1954. године („Службени лист ФНРЈ“ – Додатак, бр. 8/1955 и „Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр. 2/83 – др. закон).

7 Споразум између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Краљевине Белгије о правној помоћи у грађанским и трговачким стварима од 24. септембра 1971. године („Службени лист СФРЈ“ – Додатак, бр. 7/1974).

8 Уговор између Федеративне Народне Републике Југославије и Народне Републике Бугарске о узајамној правној помоћи од 23. марта 1956. године („Службени лист ФНРЈ“ – Додатак, бр. 1/1957).

9 Конвенција између Краљевине Југославије и Велике Британије о уређењу међусобне помоћи у вођењу поступка у грађанским и трговачким стварима које су у течају или које могу бити у течају пред односним судским властима од 27. фебруара 1936. године („Службене новине“ бр. 116/1937).

10 Конвенција између Федеративне Народне Републике Југославије и Краљевине Грчке о узајамним правним односима од 18. јуна 1959. године („Службени лист ФНРЈ“ – Додатак, бр. 7/1960).

Италије,<sup>11</sup> Кипра,<sup>12</sup> Мађарске,<sup>13</sup> Пољске,<sup>14</sup> Румуније,<sup>15</sup> Словачке,<sup>16</sup> Словеније,<sup>17</sup> Француске,<sup>18</sup> Хрватске<sup>19</sup> и Чешке.<sup>20</sup>

Наведени уговори се међусобно разликују у зависности од области које су њима регулисане, па тако имамо двостране уговоре о правној помоћи који садрже само одредбе о сарадњи правосудних и других органа у грађанским стварима, нешто детаљније уговоре који садрже и одредбе о признању и извршењу судских одлука,<sup>21</sup> као и оне који, поред наведених

11 Конвенција између Федеративне Народне Републике Југославије и Италијанске Републике о узајамној правној помоћи у грађанским и управним стварима од 3. децембра 1960. године („Службени лист ФНРЈ“ – Додатак, бр. 5/1963).

12 Уговор између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Републике Кипар о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима од 19. септембра 1984. године („Службени лист СФРЈ“ – Међународни уговори, бр. 2/1986).

13 Уговор о узајамном правном саобраћају између СФР Југославије и НР Мађарске од 7. марта 1968. године („Службени лист СФРЈ“ – Додатак бр. 3/1968, бр. 1/1987).

14 Уговор између Федеративне Народне Републике Југославије и Народне Републике Пољске о правном саобраћају у грађанским и кривичним стварима од 6. фебруара 1960. године („Службени лист СФРЈ“ – Додатак бр. 5/1963).

15 Уговор између Федеративне Народне Републике Југославије и Румунске Народне Републике о правној помоћи од 18. октобра 1960. године („Службени лист ФНРЈ“ – Додатак број 8/1961).

16 Уговор између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Чехословачке Социјалистичке Републике о регулисању правних односа у грађанским, породичним и кривичним стварима од 20. јануара 1964. године („Службени лист СФРЈ“ – Додатак, бр. 13/1964).

17 Уговор између Републике Србије и Републике Словеније о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима од 15. априла 2011. године („Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 9/2011).

18 Споразум између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Француске Републике о олакшању примене Хашке конвенције о грађанском поступку од 1. марта 1954. године („Службени лист СФРЈ – Додатак, бр. 21/1971); Конвенција о надлежности и о закону који се примењује у области личног и породичног права између СФР Југославије и Француске Републике од 18. маја 1971. године („Службени лист СФРЈ“, број 55/1972).

19 Уговор између Савезне Републике Југославије и Републике Хрватске о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима од 15. септембра 1997. године („Службени лист СРЈ“ – Међународни уговори, бр. 1/1998).

20 Уговор између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Чехословачке Социјалистичке Републике о регулисању правних односа у грађанским, породичним и кривичним стварима од 20. јануара 1964. године („Службени лист СФРЈ“ – Додатак, бр. 13/1964).

21 У појединим случајевима признање и извршење судских одлука регулисано је засебним уговором, док су у већини случајева ове одредбе саставни део уговора о међународној правној помоћи.

одредаба, садрже и колизионе норме и норме о међународној надлежности, те конкретну материју уређују на свеобухватан начин. Ради прегледности и бољег разумевања, у наставку рада биће речи о одредбама уговора сваког од наведених питања појединачно.

### ***2.1. Сарадња правосудних и других органа у грађанским стварима***

Двострани уговори о правној помоћи са свих петнаест држава чланица Европске уније садрже опште одредбе о сарадњи правосудних и других органа у грађанским стварима. Те одредбе су прилично разноврсне и регулишу бројна питања као што су право на слободан приступ суду, обезбеђење парничних трошкова, право на ослобођење од парничних трошкова, пружање правне помоћи (у погледу замолница за достављање и извођење доказа), обавештавање о страном праву, достављање исправа о личном стању и легализација исправа.

У овом раду нису анализиране све наведене одредбе, већ само оне чију би ревизију, према мишљењу аутора, било пожељно размотрити.

#### ***2.1.1. Пружање правне помоћи у грађанским стварима***

Када је у питању пружање међународне правне помоћи у грађанским стварима, које обухвата пре свега комуникацију надлежних органа по питању замолница за достављање и извођење доказа, може се закључити да сви двострани уговори, изузев уговора са Републиком Словенијом, предвиђају да уговорне стране достављају једна другој замолнице за правну помоћ преко министарстава надлежних за послове правосуђа.<sup>22</sup>

У тренутку закључивања наведених уговора, овакво решење је представљало корак напред у односу на дипломатски и конзуларни начин комуникације, који су се у то време примењивали у Републици Србији.<sup>23</sup> У међувремену је учињен додатни напор како би се ови поступци

---

22 Уговор са Италијом (члан 4, став 2), као додатак овом општем правилу, предвиђа и да „у оправданим случајевима крајње хитности, надлежни судски органи држава уговорница могу општити и непосредно“, а уговор са Белгијом (члан 4) да, када је у питању достављање судских и вансудских аката, та акта могу непосредно бити упућена примаоцима, препорученом поштанском пошиљком на повратни реџепис.

23 Дипломатски начин комуникације надлежних државних органа по питању пружања међународне правне помоћи се у време када су двострани уговори закључивани, редовно примењивао, а и данас је предвиђен важећим Законом о парничном поступку, у случају да између Републике Србије и односне државе не постоји међународни уговор који регулише то питање и када другачије није предвиђено законом и општим правилима међународног права. Конзуларни начин општења државних органа примењивао се на



побољшали у циљу повећања ефикасности и смањења броја надлежних органа. Тако је прво настао *систем централних органа*, установљен Конвенцијом о достављању у иностранству судских и вансудских аката у грађанским и трговачким стварима од 15. новембра 1965. године<sup>24</sup> (у даљем тексту: Конвенција о достављању) и Конвенцијом о извођењу доказа у иностранству у грађанским и трговачким стварима од 18. марта 1970. године<sup>25</sup> (у даљем тексту: Конвенција о извођењу доказа),<sup>26</sup> а потом и *систем непосредне комуникације надлежних органа*.

Када је реч о *систему непосредне комуникације надлежних правосудних органа* он представља најефикаснији и најједноставнији начин пружања правне помоћи јер подразумева да судови и други органи две државе директно једна другој достављају замолнице за правну помоћ, без посредовања других органа (министарстава и централних органа). Тај метод се готово не разликује од пружања правне помоћи унутар једне државе, осим што је потребно приложити превод замолнице и докумената која се достављају. Такав систем предвиђа и поменути двострани уговор између Републике Србије и Републике Словеније, а примењује се и унутар Европске уније.<sup>27</sup>

Ради унапређења правосудне сарадње и усклађивања са овим савременијим решењима, било би пожељно размотрити могућност измене одредаба двостраних уговора по питању пружања правне помоћи. У том

---

основу Конвенције о грађанском поступку из 1954. године, која је у Републици Србији на снази од 1962. године.

24 „Службени гласник РС – Међународни уговори“ 1/2010, 13/2013.

25 „Службени гласник РС – Међународни уговори“ 1/2010, 13/2013.

26 Овај систем подразумева да је свака држава у обавези да одреди орган који ће бити надлежан за пријем иностраних замолница, тј. централни орган. Подносилац замолнице (суд или други орган) упућује замолницу директно централном органу замолне државе, који потом замолницу прослеђује органу који је према унутрашњем праву надлежан за достављање или директно адресату. Конвенција о извођењу доказа се у Републици Србији примењује од 31. августа 2010. године, а Конвенција о достављању од 1. фебруара 2011. године. Одредбе ових конвенција су дерогирале и замениле одговарајуће одредбе Конвенције 1954, али само у односима оних држава које су уговорнице и Конвенције 1954 и Конвенције о достављању, односно Конвенције о извођењу доказа. За државе које су само чланице Конвенције 1954 (и нису накнадно постале уговорнице неке од наведених конвенција), њене одредбе настављају да се примењују. Конвенција о достављању 1965 је на снази са свим наведеним државама чланицама ЕУ са којима имамо и двостране уговоре, изузев Аустрије, а Конвенција о извођењу доказа 1970 са свим државама изузев Аустрије и Белгије.

27 Уредба Савета о сарадњи судова земаља чланица у извођењу доказа у грађанским и трговачким стварима бр. 1206/2001 и Уредба Европског парламента и Савета од 13. новембра 2007. године о достављању у државама чланицама судских и вансудских аката у грађанским и трговачким стварима.

смислу, могла би се, у зависности од околности, уговорити непосредна комуникација надлежних правосудних органа. Као што је напоменуто, такав вид комуникације је предвиђен једино у уговору између Републике Србије и Републике Словеније (када се ради о чланицама ЕУ).<sup>28</sup> То је уједно и аргумент који иде у прилог идеји да је успостављање овог вида сарадње могуће уговорити и са другим државама чланицама ЕУ. За почетак би најбоље било размотрити предлог у односу на уговор који имамо са Републиком Хрватском, због тога што са овом државом имамо изузетно интензивну правосудну сарадњу и исто правно наслеђе.

### *2.1.2. Обезбеђење парничних трошкова*

Питање обезбеђења парничних трошкова уређено је разним међународним инструментима, како двостраним тако и вишестраним. Ови инструменти су истовремено на снази у Републици Србији и односним државама чланицама ЕУ, али се у пракси углавном примењује решење које је најповољније за лице које се на ово право позива.<sup>29</sup>

Обезбеђење парничних трошкова регулисано је двостраним уговорима са свим наведеним државама чланицама ЕУ, изузев Кипра и Велике Британије. Разликујемо двостране уговоре који ово право признају држављанима страна уговорница без постављања додатних услова,<sup>30</sup> уговоре који поред држављанства захтевају постојање пребивалишта на територији држава уговорница<sup>31</sup> и уговоре који поред држављанства захтевају постојање пребивалишта или боравишта на територији држава уговорница.<sup>32</sup>

Када су у питању хашке конвенције, Конвенција о грађанском поступку<sup>33</sup> предвиђа да су услови за остваривање овог права држављанство и пребивалиште на територији држава уговорница,<sup>34</sup> док Конвенција о

---

28 Непосредна комуникација надлежних органа по питању пружања правне помоћи предвиђена је и уговорима са Црном Гором, Белорусијом, Македонијом и Босном и Херцеговином у одређеним стварима.

29 Важећи двострани и вишестрани уговори којима је регулисано питање обезбеђења парничног поступка се међусобно не искључују у примени, тако да је на снази више паралелних система правних норми по овом питању.

30 Ту спадају уговори са Италијом, Словачком, Словенијом, Француском, Хрватском и Чешком.

31 Ту спадају уговори са Аустријом, Белгијом, Бугарском и Грчком.

32 Ту спадају уговори са Мађарском, Пољском и Румунијом.

33 „Службени лист ФНРЈ“ – Додатак, бр. 6/1962.

34 Од држава чланица ЕУ са којима Република Србија има закључене двостране уговоре, одредбе ове конвенције су на снази са: Аустријом, Белгијом, Грчком, Италијом и Мађарском.

олакшању међународног приступа судовима из 1980. године (у даљем тексту: Конвенција о приступу судовима)<sup>35</sup> ово право признаје свим лицима која имају уобичајено боравиште у некој од држава уговорница.<sup>36</sup>

Када упоредимо сва изложена решења, можемо закључити да Конвенција о приступу судовима по овом питању предвиђа најлибералније решење будући да право на ослобођење од обавезе обезбеђења парничних трошкова признаје најширем кругу лица. Довољно је да тужилац има само уобичајено боравиште у некој од држава уговорница, да би му се то право признало. То решење је за државе уговорнице ове конвенције свакако повољније од решења предвиђеног двостраним уговорима који су на снази и који захтевају да је тужилац држављанин државе уговорнице, а у појединим случајевима и додатне услове, као што су постојање пребивалишта или боравишта у држави уговорници. Стога се одредбе двостраних уговора са државама са којима је на снази и Конвенција о приступу судовима, практично не примењују у пракси, те би било пожељно размишљати у правцу њиховог стављања ван снаге или упућивања на Конвенцију о приступу судовима.

Поред тога, важно је имати у виду и да ЗМПП, такође, усваја принцип уобичајеног боравишта по овом питању и предвиђа да ће сва лица која немају уобичајено боравиште у Републици Србији бити обавезна да дају обезбеђење парничних трошкова.<sup>37</sup> На основу тога се може закључити да ће одредбе свих двостраних уговора којима је регулисано ово питање бити

---

35 „Службени лист СФРЈ“ – Међународни уговори, бр. 4/1988.

36 Конвенција о приступу судовима је заменила одредбе чланова 17-19 Конвенције 1954 (који регулишу обезбеђење парничних трошкова) у односима оних држава које су уговорнице обе ове конвенције. Члан 22 Конвенције о приступу судовима одређује да у односима између држава које је буду ратификовале ова конвенција замењује чланове 17-24 Конвенције о грађанском судском поступку потписане 17. јула 1905. године у Хагу или чланова 17 до 26 Конвенције о грађанском поступку потписане 1. марта 1954. године у Хагу, за државе које су стране уговорнице једне или друге конвенције. Од држава чланица ЕУ са којима Република Србија има закључене двостране уговоре, одредбе ове конвенције су на снази са: Бугарском, Пољском, Румунијом, Словачком, Словенијом, Француском, Хрватском и Чешком.

37 Нацрт Закона о међународном приватном праву уноси значајну новину када је у питању обезбеђење парничних трошкова, јер предвиђа ову обавезу за сва лица, било да су домаћи било страни држављани, која немају уобичајено боравиште на територији Републике Србије. Осим тога, Нацрт знатно проширује круг спорова, у односу на ЗРСЗ, у којима се не може тражити обезбеђење парничних трошкова, па тако предвиђа и да тужени нема право на обезбеђење парничних трошкова: ако тужилац има статус избеглице у Републици Србији; ако се тужбени захтев односи на заштиту права потрошача; у споровима за заштиту права детета и споровима за вршење односно лишење родитељског права, споровима за поништење усвојења,

неусклађена са овим решењем и да ће, када наведени закон буде коначно усвојен, захтевати ревизију.

## 2.2. Одредбе о међународној надлежности и меродавном праву<sup>38</sup>

### 2.2.1. Статусни односи

Одредбе о надлежности и меродавном праву у вези са статусним односима садржане су у двостраним уговорима о правној помоћи са Бугарском,<sup>39</sup> Грчком,<sup>40</sup> Мађарском,<sup>41</sup> Пољском,<sup>42</sup> Румунијом,<sup>43</sup> Словачком<sup>44</sup> и Чешком,<sup>45</sup> као и у посебној Конвенцији са Француском о надлежности и о закону који се примењује у области личног и породичног права.<sup>46</sup>

Наведеним одредбама регулисана је правна и пословна способност,<sup>47</sup> старатељство<sup>48</sup> и проглашење несталог лица за умрло. За све одредбе о статусним односима заједничко је да предвиђају надлежност судова и примену права државе чији је држављанин лице о чијем се статусу одлучује.

---

споровима за заштиту од насиља у породици и споровима о имовинским односима супружника и ванбрачних партнера.

38 Поједини двострани уговори садрже и одредбе о меродавном праву за форму правног посла, вануговорној одговорности за штету и стварноправним односима. О наведеним одредбама неће бити посебно речи јер су садржане само у мањем броју уговора, а у вези са тим питањима није било значајнијих промена на међународном плану и у законодавству Републике Србије.

39 „Службени лист ФНРЈ” – Додатак, бр. 1/1957.

40 „Службени лист ФНРЈ” – Додатак, бр. 7/1960.

41 „Службени лист СФРЈ” – Додатакбр. 3/1968, бр. 1/1987.

42 „Службени лист СФРЈ” – Додатакбр. 5/1963.

43 „Службени лист ФНРЈ” – Додатакброј 8/1961.

44 „Службени лист СФРЈ” – Додатак, бр. 13/1964.

45 „Службени лист СФРЈ” – Додатак, бр. 13/1964.

46 „Службени лист СФРЈ”, број 55/1972.

47 Одредбу о надлежности за спорове о правној и пословној способности садрже само уговори са Пољском, Чешком и Словачком. Поједини уговори садрже и одредбе о меродавном праву за пословну способност правних лица. Уговори са Мађарском и Пољском предвиђају да се пословна способност правног лица одређује према закону стране уговорнице на чијој се територији налази седиште правног лица, док уговори са Румунијом, Чешком и Словачком предвиђају да је у том случају меродаван закон оне стране уговорнице по којем је правно лице основано.

48 Двострани уговори са свим наведеним државама садрже одредбе о надлежности, док само двострани уговори са Румунијом, Чешком и Словачком садрже и одредбе о меродавном праву по питању старатељства.

У области статусних односа на међународном плану, пре свега у оквиру ЕУ и Хашке конференције, нису усвојени акти којима се унификују колизионе норме и норме о међународној надлежности. Из тог разлога, одредбе двостраних уговора по овом питању не захтевају ревизију у овом тренутку. О томе би се евентуално могло размишљати након усвајања Закона о међународном приватном праву, који иако своја решења углавном заснива на држављанству лица о чијем се статусу одлучује, ипак уноси одређене новине са којима би решења двостраних уговора требало ускладити.<sup>49</sup>

### *2.2.2. Породичноправни односи*

За разлику од статусних односа, у породичноправној материји дошло је до значајних промена у протеклом периоду, како на међународном плану, тако и у законодавству Републике Србије. Томе је, с једне стране, допринело усвајање вишестраних конвенција у окриљу Хашке конференције које регулишу ово питање, које је Република Србија ратификовала, а с друге стране, унификација колизионих норми и норми о међународној надлежности у Европској унији. Наведена решења су, у мери у којој је то било могуће, прихваћена и у Нацрту ЗМПП. Важно је имати на уму да се решења садржана у свим наведеним актима на идејном нивоу разликују од решења садржаних у двостраним уговорима и ЗРСЗ. У време закључивања двостраних уговора и усвајања ЗРСЗ, главна тежња приликом формулисања решења је била заштита сопствених држављана, па су критеријуми за заснивање надлежности и одређивање меродавног права углавном били држављанство и пребивалиште странака. Данас су ти критеријуми у области породичноправних односа превазиђени и замењени уобичајеним боравиштем (уз уважавање аутономије воље у одређеним случајевима),

---

<sup>49</sup> Двострани уговори не регулишу на свеобухватан начин питања статусних односа (нпр. поједини уговори садрже само одредбе о меродавном праву за правну и пословну способност физичких лица, а не и одредбе о надлежности), а као једину тачку везивања предвиђају држављанство. За разлику од тога, ЗМПП детаљно регулише статусне односе и садржи одредбе о надлежности и меродавном праву за правну и пословну способност физичких лица и пословну способност предузетника, проглашење несталог лица за умрло и доказивање смрти (укључујући и посебне одредбе за коморијенте), лишење пословне способности и старатељство, као и лично име. У складу са тим одредбама, у појединим случајевима је (осим на држављанству које предвиђају двострани уговори), надлежност суда Републике Србије могуће засновати и на пребивалишту и уобичајеном боравишту, али и по другим основима (нпр. члан 46 – Суд Републике Србије надлежан је за утврђивање правне или пословне способности физичког лица ако је надлежан да одлучује о правном односу поводом кога се питање правне или пословне способности поставља). Из тих разлога, ове одредбе двостраних уговора биће нужно ревидирати када ЗМПП буде усвојен.

које је у складу са савременом идејом о заштити свих лица која живе у једној држави, без обзира да ли у њој имају држављанство или пребивалиште.<sup>50</sup>

Када су у питању вишестране конвенције Хашке конференције најзначајније је поменути да је Република Србија ратификовала Протокол о меродавном праву за обавезе издржавања (у даљем тексту: Хашки протокол), који је ступио на снагу 1. августа 2013. године,<sup>51</sup> и Конвенцију о надлежности, меродавном праву, признању, извршењу и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце (у даљем тексту: Конвенција 1996), која ће ступити на снагу 1. новембра 2016. године.<sup>52</sup> Оба ова инструмента регулишу одређене области породичних односа, које су регулисане и двостраним уговорима.

Када је у питању Хашки протокол, он садржи, између осталог, одредбе о меродавном праву за издржавање између супружника, родитеља и деце и осталих сродника<sup>53</sup> и регулише ова питања на потпуно другачији начин него двострани уговори са односним државама чланицама ЕУ.

Наиме, двострани уговори, као главну тачку везивања приликом одређивања меродавног права у споровима за издржавање родитеља и деце предвиђају држављанство детета,<sup>54</sup> док је за издржавање између

---

50 Марјановић, С., Међународна надлежност за спорове о издржавању у међународном приватном праву Србије *de legelata* и *de legefenda*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 65, 2013: 404.

51 Закон о потврђивању протокола о меродавном праву за обавезе издржавања („Службени гласник РС“ – Међународни уговори бр. 1/2013).

52 Закон о потврђивању Конвенције о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце („Сл. гласник РС“ – Међународни уговори бр. 20/2015).

53 Осим тога, Хашки протокол регулише и издржавање између бивших супружника, као и између ванбрачних партнера али ова питања нису уређена предметним двостраним уговорима.

54 Издржавање између родитеља и деце регулисано је двостраним уговорима о правној помоћи са Бугарском, Грчком, Мађарском, Пољском, Румунијом, Чешком и Словачком, као и у Конвенцији са Француском. У наведеним уговорима, одлучујућа чињеница за одређивање меродавног права у овим споровима је углавном држављанство детета. Уговор са Француском мало другачије регулише ово питање и предвиђа да је за односе између родитеља и брачне деце меродавно право оно које је меродавно за личне и имовинске односе брачних другова (право заједничког држављанства супружника, а у случају његовог непостојања закон стране уговорнице на чијој територији имају своје пребивалиште, или у недостатку овог, закон њиховог последњег заједничког пребивалишта). За односе између родитеља и ванбрачне деце, овај уговор предвиђа да је меродавно право држављанства детета.

супружника предвиђено неколико супсидијерних тачака везивања и то:<sup>55</sup> а) држављанство супружника; б) уколико су брачни другови држављани различитих држава, право државе заједничког пребивалишта супружника, а у његовом одсуству в) право последњег заједничког пребивалишта супружника.<sup>56</sup> Када је у питању издржавање осталих сродника, те одредбе садржане су једино у уговору са Мађарском и оне предвиђају да се обавеза издржавања између браће и сестара у погледу издржавања малолетне браће и сестара, као и између сродника у правој усходној и нисходној линији (осим између родитеља и деце), регулишу по закону стране уговорнице чији је држављанин лице које полаже право на издржавање.

Уместо на држављанству, односно пребивалишту, решења Хашког протокола се заснивају на уобичајеном боравишту повериоца издржавања, уз уважавање аутономије воље странака под одређеним условима. Важно је напоменути да су норме Хашког протокола ступањем на снагу дерогирале норме о одређивању меродавног права за издржавање садржане у Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља и примењују се у односима са свим земљама без обзира да ли је у питању држава уговорница ове конвенције или не. Изузетак постоји једино када је између Републике Србије и одређене државе на снази међународни уговор који садржи колизионе норме за издржавање, што је случај са наведених осам држава чланица ЕУ.<sup>57</sup> Хашки протокол, међутим, допушта могућност да државе уговорнице дају изјаву да ће се уместо постојећег двостраног уговора примењивати одредбе Хашког протокола. Република Србија нити било која од наведених држава чланица ЕУ још увек нису дале такве изјаве (Живковић, 2013).

Такође, Република Србија је 15. јануара 2016. године ратификовала Конвенцију 1996 која садржи одредбе о надлежности и меродавном праву за родитељску одговорност. Иако је из поља њене примене, између осталог, искључено утврђивање и оспоравање очинства и материнства, њене одредбе регулишу поједина питања која спадају у појам правних односа

---

55 Колизионе норме за спорове о издржавању између супружника садржане су у двостраним уговорима о правној помоћи са Мађарском, Пољском, Румунијом, Словачком и Чешком, као и посебној Конвенцији са Француском о надлежности и о закону који се примењује у области личног и породичног права.

56 Уговор са Мађарском по питању меродавног права, као последњу могућност у случају непостојања ниједне од наведених околности, предвиђа да ће бити меродавно право оне стране уговорнице чијем се суду један од брачних другова обрати.

57 Члан 19 Хашког протокола даје предност колизионим нормама садржаним у међународном уговору.

родитеља и деце, а која су регулисана двостраним уговорима.<sup>58</sup> У складу са Конвенцијом 1996, одлучујућа чињеница у овим односима је уобичајено боравиште детета, за разлику од двостраних уговора који своја решења заснивају углавном на држављанству детета. Одредбе о меродавном праву ове конвенције, такође, имају универзалан карактер и од тренутка ступања на снагу примењиваће се у односима са свим државама (не само државама уговорницама Конвенције). Ова конвенција исто као и Хашки проткол не дира у постојеће међународне уговоре који регулишу ову област, с тим што, такође, допушта, да државе уговорнице дају другачију изјаву.

Када је у питању право ЕУ, треба истаћи да су Хашки протокол и Конвенција 1996 на снази у свим државама чланицама ЕУ. Поред тога, у оквиру ЕУ на снази су и три Уредбе које регулишу питања породичних односа: Уредба Савета бр. 2201/2003 од 27. новембра 2003. године о надлежности и признању и извршењу пресуда у брачним споровима и споровима о родитељском праву; Уредба Савета бр. 1259/2010 о успостављању појачане сарадње у области меродавног права за развод и законску раставу и Уредба Савета бр. 4/2009 о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у стварима издржавања. Наведени прописи, такође, регулишу питања породичних односа другачије него што је то предвиђено двостраним уговорима, а та решења у мери у којој је то могуће преузима и ЗМПП.

### *2.2.3. Наследноправни односи*

Двострани уговори о правној помоћи са Аустријом, Бугарском, Мађарском, Пољском, Румунијом, Словачком и Чешком садрже одредбе којима су регулисани наследноправни односи.

Надлежност за расправљање заоставштине регулисана је на готово идентичан начин у свим двостраним уговорима. У складу са тим, за расправљање непокретне заоставштине надлежан је суд државе на чијој се територији непокретна имовина налази, док је за расправљање покретне имовине надлежан суд држављанства оставиоца у тренутку смрти.<sup>59</sup>

---

58 Одредбе о надлежности и меродавном праву за спорове који се тичу правних односа родитеља и деце садржани су у двостраним уговорима о правној помоћи са Бугарском, Грчком, Мађарском, Пољском, Румунијом, Словачком, Чешком, као и у Конвенцији са Француском.

59 Поједини уговори предвиђају могућност да уколико је оставилац био држављанин једне државе уговорнице, а имао последње пребивалиште на територији друге државе уговорнице, његови наследници који станују на територији те друге државе могу, под одређеним условима, захтевати да суд те државе спроведе расправу покретне заоставштине која се налази у истој држави.



Одредбе о меродавном праву за наследноправне односе садрже општу формулацију да је за наследноправне односе меродавно право држављанства оставиоца у тренутку смрти.<sup>60</sup>

За способност за састављање и опозивање тестаментa, као и оспоравање тестаментa због недостатака у вољи меродавно је право држављанства оставиоца у моменту састављања, односно опозивања.

Када је у питању форма у којој се тестамент саставља или опозива, уговори предвиђају да је меродавно, било право држављанства оставиоца у тренутку састављања или опозива тестаментa, било право државе у којој је тестамент састављен односно опозван.<sup>61</sup>

У ЕУ, колизионе нормe и нормe о међународној надлежности у области наслеђивања унификоване су путем Уредбе бр. 650/2012 Европског парламента и Савета о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу судских одлука и прихватању јавних исправа, а које у великој мери преузима и ЗМПП. Правила садржана у тим актима почивају на другачијим принципима него наведени двострани уговори према којима су главни критеријуми за одређивање меродавног права држављанство оставиоца, а за заснивање надлежности држављанство оставиоца и место налажења покретних и непокретних ствари које чине заоставштину. Уредба ЕУ и ЗМПП као главну тачку везивања у овој области предвиђају уобичајено боравиште оставиоца у тренутку смрти, а предвиђају под одређеним условима и могућност избора меродавног права и пророгације надлежности.

### **2.3. Признање и извршење судских одлука**

Признање и извршење судских одлука уређено је двостраним уговорима о правној помоћи са Бугарском, Кипром, Чешком, Словачком, Мађарском, Пољском и Румунијом,<sup>62</sup> као и посебним уговорима о признању и извршењу

60 Ови уговори садрже и одредбу да уколико нема наследника, покретна имовина припада држави чији је држављанин оставилац у тренутку смрти, а непокретна држави где се налази.

61 Једино уговор са Мађарском садржи мало другачију одредбу по овом питању и предвиђа да је тестамент пуноважан уколико је пуноважан према закону државе у којој је састављен; или према закону државе чије држављанство има оставилац у тренутку састављања или смрти или закону оне државе у којој је оставилац имао пребивалиште или боравиште; или закону места налажења непокретности. Да ли је оставилац имао пребивалиште или боравиште у одређеном месту, процењује се према закону тог места.

62 Осим наведених уговора, важно је напоменути и да двострани уговор о правној помоћи са Аустријом садржи одредбу којом је регулисано признање и извршење

судских одлука са Грчком<sup>63</sup> и Француском.<sup>64</sup> Осим тога, са Аустријом и Белгијом закључени су посебни уговори који регулишу признање и извршење одлука о издржавању.<sup>65</sup> Одредбе свих ових уговора на сличан начин уређују услове и поступак признања судских одлука у државама уговорницама.

Постојање ових одредаба двостраних уговора је веома значајно, јер оне у овом тренутку за Републику Србију представљају једини „сигуран“ правни основ за признање одлука домаћих судова у односним државама чланицама ЕУ.<sup>66</sup> Ово је нарочито важно јер поједине државе ЕУ за признање стране судске одлуке изричито, као услов у свом законодавству, прописују постојање међународног уговора са државом из које потиче судска одлука. Република Србија није уговорница Луганске конвенције о надлежности, признању и извршењу страних судских одлука у грађанској и трговачкој материји, која је на снази између држава чланица ЕУ и Швајцарске, Норвешке и Исланда, а у овом моменту мало је вероватно да ће то и постати, јер према мишљењу ЕУ још увек нису испуњени неопходни политички критеријуми.

Међутим, треба имати у виду да се у окриљу Хашке конференције интензивно ради на стварању нове конвенције која ће омогућити признање страних судских одлука,<sup>67</sup> те би у случају усвајања тог документа и

---

одлука о наслеђу и спорним захтевима на наследство, нужни део и легат које, у односу на покретну заоставштину, доносе судови државе чији је оставилац држављанин.

63 Споразум између Федеративне Народне Републике Југославије и Краљевине Грчке о узајамном признавању и извршењу судских одлука од 18. јуна 1959. године („Службени лист ФНРЈ“ – Додатак, бр. 6/1960).

64 Конвенција између Владе Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Владе Француске Републике о признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима од 18. маја 1971. године („Службени лист СФРЈ“ – Додатак, бр. 7/1972).

65 Споразум између Федеративне Народне Републике Југославије и Републике Аустрије о узајамном признавању и извршењу одлука о издржавању од 10. октобра 1961. године („Службени лист СФРЈ“ – Додатак, бр. 2/1963); Конвенција између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Краљевине Белгије о признању и извршењу судских одлука о издржавању од 12. децембра 1973. године („Службени лист СФРЈ“ – Додатак, бр. 45/1976).

66 У ЕУ је на снази Уредба о надлежности, признању и извршењу пресуда у грађанској и трговачкој материји (Брисел 1), која омогућава признање судских одлука али само између држава чланица ЕУ.

67 Хашка конференција је образовала Радну групу „Judgment Project“ која има за циљ припремање текста мултилатералног инструмента који би регулисао питање признања и извршења страних судских одлука. Радна група, у којој су учествовали

приступања Републике Србије, то такође могло представљати веома важан инструмент за признање одлука домаћих судова у иностранству. Тек би се у тој ситуацији евентуално могло отворити питање ревизије и ових одредаба двостраних уговора ради усклађивања са решењима нове конвенције.<sup>68</sup>

### 3. Закључак

Од закључивања двостраних уговора о правној помоћи у грађанској материји са државама чланицама ЕУ протекло је много година током којих је дошло до значајних промена у области међународног приватног права. То има за последицу да тренутно у Републици Србији постоји више паралелних система норми у овој области, који се примењују у зависности од тога да ли је са односном државом на снази вишестрани уговор, двострани уговор или национални закон. Ситуација је нарочито дошла до изражаја због ратификације Хашког протокола и Конвенције 1996 од стране Републике Србије, којима је установљен потпуно другачији систем норми у области издржавања и родитељске одговорности, у односу на онај који је предвиђен наведеним двостраним уговорима. Такође, нове тенденције у области међународног приватног права, које су утицале и на решења уредби ЕУ којима је регулисана ова област, као и ЗМПП, такође указују да су колизионе норме и норме о међународној надлежности садржане у двостраним уговорима данас превазиђене и да их је потребно усклађивати са савременим токовима. Слично важи и када су у питању одредбе о пружању правне помоћи и обезбеђењу парничних трошкова. Једини изузетак представљају одредбе о признању и извршењу судских одлука, које не одступају од важећих законских решења и представљају важно средство за признање одлука судова Републике Србије у појединим државама чланицама ЕУ.

Све наведене околности су веома збуњујуће не само за лица на чије се односе те норме примењују, већ и за практичаре (пре свега судије и адвокате) који са тешкоћом утврђују који пропис у конкретној ситуацији треба применити. То доводи до правне несигурности и честих грешака приликом примене материјалног права, што је један од разлога за укидање судских

---

и представници Републике Србије, завршила је са радом у октобру 2015. године и тренутно је у току израда нацрта конвенције на основу текста који је припремила Радна група. Ако се усвоји ова конвенција, то ће бити први такав акт глобалног карактера који ће омогућити признање и извршење пресуда у грађанској и трговачкој материји.

68 Ревизију одредаба двостраних уговора по питању признања и извршења судских одлука биће нужно разматрати уколико у новој конвенцији буду предвиђени другачији (повољнији) услови и поступак признања и извршења судских одлука.

одлука. Како би се решио наведени проблем, пожељно би било да надлежне институције Републике Србије, пре свега Министарство спољних послова и Министарство правде, што пре, а свакако пре усвајања ЗМПП, изврше озбиљну анализу постојећих двостраних уговора у грађанској материји са државама чланицама ЕУ и предузму активности у циљу усклађивања њихових решења са другим актима који су на снази или чије се усвајање очекује.

## Литература

Варади, Т., Бордаш, Б., Кнежевић, Г., Павић, В., Међународно приватно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012.

Живковић, М., О примени Хашког протокола о меродавном праву за обавезе издржавања у Међународном приватном праву Републике Србије, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 65, 2013.

Марјановић, С., Међународна надлежност за спорове о издржавању у међународном приватном праву Србије *de lege lata* и *de lege ferenda*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 65, 2013.

Станивуковић, М., Живковић, М., Међународно приватно право, ЈП „Службени гласник“, Београд, 2013.

Тодоровић, В., Правосудна међународна помоћ, Пројурис, Београд, 2005.

Тодоровић, В., Правосудне билатералне конвенције, Пројурис, Београд, 2005.

Тодоровић, В., Правосудне мултилатералне конвенције, Пројурис, Београд, 2005.

Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља („Службени лист СФРЈ”, бр. 43/82 и 72/82 - испр. „Службени лист СРЈ”, бр. 46/96 и „Службени гласник РС”, бр. 46/2006 - др. Закон).

Закон о потврђивању Конвенције о достављању у иностранству судских и вансудских аката у грађанским и трговачким стварима од 15. новембра 1965. године („Службени гласник РС – Међународни уговори“ 1/2010, 13/2013).

Закон о потврђивању Конвенције о извођењу доказа у иностранству у грађанским и трговачким стварима од 18. марта 1970. године („Службени гласник РС – Међународни уговори“ 1/2010, 13/2013).

Закон о потврђивању протокола о меродавном праву за обавезе издржавања („Службени гласник РС“ – Међународни уговори бр. 1/2013).

Закон о потврђивању Конвенције о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце („Сл. гласник РС“ – Међународни уговори бр. 20/2015).

Закон о ратификацији конвенције о олакшању међународног приступа судовима („Службени лист СФРЈ“ – Међународни уговори, бр. 4/1988).

Уредба о ратификацији конвенције о грађанском поступку („Службени лист ФНРЈ“ – Додатак, бр. 6/1962).

Уговор о узајамном правном саобраћају између ФНР Југославије и Републике Аустрије од 16. децембра 1954. године („Службени лист ФНРЈ“ – Додатак, бр. 8/1955 и „Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр. 2/83 - др. закон).

Споразум између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Краљевине Белгије о правној помоћи у грађанским и трговачким стварима од 24. септембра 1971. године („Службени лист СФРЈ“ – Додатак, бр. 7/1974).

Уговор између Федеративне Народне Републике Југославије и Народне Републике Бугарске о узајамној правној помоћи од 23. марта 1956. године („Службени лист ФНРЈ“ – Додатак, бр. 1/1957).

Конвенција између Краљевине Југославије и Велике Британије о уређењу међусобне помоћи у вођењу поступка у грађанским и трговачким стварима које су у течају или које могу бити у течају пред односним судским властима од 27. фебруара 1936. године („Службене новине“ бр. 116/1937).

Конвенција између Федеративне Народне Републике Југославије и Краљевине Грчке о узајамним правним односима од 18. јуна 1959. године („Службени лист ФНРЈ“ – Додатак, бр. 7/1960).

Конвенција између Федеративне Народне Републике Југославије и Италијанске Републике о узајамној правној помоћи у грађанским и управним стварима од 3. децембра 1960. године („Службени лист ФНРЈ“ – Додатак, бр. 5/1963).

Уговор између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Републике Кипар о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима од 19. септембра 1984. године („Службени лист СФРЈ“ – Међународни уговори, бр. 2/1986).

Уговор о узајамном правном саобраћају између СФР Југославије и НР Мађарске од 7. марта 1968. године („Службени лист СФРЈ“ – Додатак бр. 3/1968, бр. 1/1987).

Уговор између Федеративне Народне Републике Југославије и Народне Републике Пољске о правном саобраћају у грађанским и кривичним стварима од 6. фебруара 1960. године („Службени лист СФРЈ“ – Додатак бр. 5/1963).

Уговор између Федеративне Народне Републике Југославије и Румунске Народне Републике о правној помоћи од 18. октобра 1960. године („Службени лист ФНРЈ“ – Додатак број 8/1961).

Уговор између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Чехословачке Социјалистичке Републике о регулисању правних односа у грађанским, породичним и кривичним стварима од 20. јануара 1964. године („Службени лист СФРЈ“ – Додатак, бр. 13/1964).

Уговор између Републике Србије и Републике Словеније о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима од 15. априла 2011. године („Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 9/2011).

Споразум између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Француске Републике о олакшању примене Хашке конвенције о грађанском поступку од 1. марта 1954. године („Службени лист СФРЈ – Додатак, бр. 21/1971); Конвенција о надлежности и о закону који се примењује у области личног и породичног права између СФР Југославије и Француске Републике од 18. маја 1971. године („Службени лист СФРЈ“, број 55/1972).

Уговор између Савезне Републике Југославије и Републике Хрватске о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима од 15. септембра 1997. године („Службени лист СРЈ“ – Међународни уговори, бр. 1/1998).

Уговор између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Чехословачке Социјалистичке Републике о регулисању правних односа у грађанским, породичним и кривичним стварима од 20. јануара 1964. године („Службени лист СФРЈ“ – Додатак, бр. 13/1964).

Споразум између Федеративне Народне Републике Југославије и Краљевине Грчке о узајамном признавању и извршењу судских одлука од 18. јуна 1959. године („Службени лист ФНРЈ“ – Додатак, бр. 6/1960).

Конвенција између Владе Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Владе Француске Републике о признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима од 18. маја 1971. године („Службени лист СФРЈ“ – Додатак, бр. 7/1972).

Споразум између Федеративне Народне Републике Југославије и Републике Аустрије о узајамном признавању и извршењу одлука о издржавању од 10. октобра 1961. године („Службени лист СФРЈ“ – Додатак, бр. 2/1963).

Конвенција између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Краљевине Белгије о признању и извршењу судских одлука о издржавању од 12. децембра 1973. године („Службени лист СФРЈ“ – Додатак, бр. 45/1976).

**Snežana Đurđević,**  
Faculty of Law, University of Niš

**ON THE NEED TO REVISE APPLICABLE BILATERAL TREATIES  
ON LEGAL ASSISTANCE IN CIVIL MATTERS BETWEEN THE  
REPUBLIC OF SERBIA AND EU MEMBER STATES**

**Summary**

*Republic of Serbia has bilateral treaties on legal assistance in civil matters with 15 EU Member States. Many years have passed since the conclusion of all these treaties and significant changes have occurred in the area of Private International Law.*

*In the first place, these changes result from the accession of the Republic of Serbia to certain Conventions of the Hague Conference on Private International Law, development of the EU Private International Law, but also the drafting of new Private International Law Act of the Republic of Serbia. This is why the provisions of bilateral treaties, especially provisions on conflict of laws and international jurisdiction, are not harmonised. In addition, there are several parallel systems of legal norms in the area of Private International Law which apply depending on whether a multilateral treaty, bilateral treaty or national law is in force with the state in question. This situation is causing confusion not only among persons whose relations are regulated by the norms, but also among practitioners (judges and attorneys at law) who have great difficulties in determining which law to apply in a particular case. All this creates legal uncertainty and erroneous application of substantive law, which is one of the grounds on which a judgment may be set aside. In order to solve these problems, competent institutions of the Republic of Serbia should extensively analyse existing bilateral treaties on legal assistance in civil matters with EU Member States and take all necessary steps towards their revision as soon as possible, but certainly before the adoption of the PIL Act of the Republic of Serbia.*

**Keywords:** *bilateral treaty, legal assistance, civil matters, Private International Law, Hague Conference, judicial cooperation, conflict of laws, international jurisdiction and foreign judgment.*





**ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**  
**СПИСАК РЕЦЕНЗЕНАТА У 2016. ГОДИНИ**

1. Др Весна Кнежевић-Предић, редовни професор Факултета за политичке науке Универзитета у Београду;
2. Др Александар Молнар, редовни професор Филозофског факултета Универзитета у Београду
3. Dr Štefan Pirner, шеф одељења Немачке Фондације за међународну правну сарадњу, (Deutsche Stiftung für international rechtliche Zusammenarbeit e.V. - IRZ)
4. Др Тина Пржеска, ванредни професор Правног факултета „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методија“, Скопље, Македонија
5. Др Иван Кљосев, доцент Правног факултета Универзитетс „Св. Климент Охридски“, Софија, Бугарска
6. Др Страшко Стојановски, Правни факултет Универзитетс „Гоце Делчев“, Штип, Македонија
7. Др Горан Марковић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву
8. Др Mustafa Yasan, доцент Правног факултета, Универзитета Сакаруа, Турска
9. Др Бора Петровић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Сарајеву
10. Др Миодраг Симовић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци;
11. Др Невена Петрушић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
12. Др Зоран Лончар, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду;
13. Др Владан Михајловић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини;
14. Др Драган Николић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
15. Др Мирко Живковић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
16. Др Мирослав Лазић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
17. Др Небојша Раичевић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
18. Др Гордана Илић-Попов, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду;

19. Др Вук Радовић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду;
20. Др Ненад Ђурђевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду;
21. Др Зоран Радивојевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
22. Др Слободан Орловић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду;
23. Др Милена Јовановић-Затила, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
24. Др Наташа Стојановић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
25. Др Драган Стојановић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
26. Др Марина Ђорђевић, редовни професор Економског факултета Универзитета у Нишу;
27. Др Сања Ђајић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду;
28. Др Ирена Пејић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
29. Др Марина Димитријевић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
30. Др Маријана Пајванчић, редовни професор Факултета за европске правно-политичке студије у Новом Саду;
31. Др Драган Јовашевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
32. Др Маја Настић, доцент Правног факултета Универзитета у Нишу;
33. Др Дејан Вучетић, доцент Правног факултета Универзитета у Нишу;
34. Др Марија Ђорић, сарадник Института за политичке студије у Београду;
35. Др Срђан Голубовић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
36. Др Небојша Ранђеловић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
37. Др Сретен Југовић, редовни професор Криминалистичко-полицијске академије у Београду;
38. Др Горан Обрадовић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
39. Др Предраг Цветковић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
40. Др Милева Анђелковић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;

41. Др Љубица Ђорђевић, ванредни професор Факултета за европске правно-пословне студије, Нови Сад;
42. Др Сања Марјановић, доцент Правног факултета Универзитета у Нишу;
- 43.
44. Др Љубица Николић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
45. Др Емир Ђоровић, доцент Департмана за правне науке Државног универзитета у Новом Пазару
46. Др Саша Кнежевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
47. Др Сенад Јашаревић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду;
48. Др Ђорђе Николић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
49. Др Александар Ђирић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
50. Др Славиша Ковачевић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
51. Др Александар Мојашевић, доцент Правног факултета Универзитета у Нишу;
52. Др Драгиша Дракић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду;
53. Др Душица Миладиновић-Стефановић, доцент Правног факултета Универзитета у Нишу;
54. Др Драган Чорбић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
55. Др Новак Крстић, доцент Правног факултета Универзитета у Нишу;
56. Др Михајло Цветковић, доцент Правног факултета Универзитета у Нишу;
57. Др Слободанка Перић, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини.



## 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 е-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 <b>овде</b> .
<b>Доставља радова</b>	Радови се достављају у електронском облику (као <i>attachment</i> ) 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

\* 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. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Београд: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Чланак у часопису	Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46	(Марковић, 2006: 36)
Енциклопедија	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Институција као аутор	Републички завод за статистику. (2011). <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11.	(Републички завод за статистику, 2011)
Прописи	Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 62. 2004.	<b>Фус нота:</b> 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="#">here</a> .
<b>Paper submission</b>	The papers shall be submitted in electronic format (as an <i>attachment</i> ) 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/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>In-text citation:</b> (Wallace, 2001)  <b>Footnote:</b> European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>

# САДРЖАЈ

Уводна реч..... IX

## ТЕМА БРОЈА

### КОНТРОЛА У УНУТРАШЊЕМ, МЕЂУНАРОДНОМ И ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Реч уредника Конференције..... XIII

**Др Милан ПЕТРОВИЋ,**

Савезна држава (федерација) и савез држава  
(конфедерација) у општој теорији државе и права и  
позитивном праву (други део)..... 1

**Др Маријана ПАЈВАНЧИЋ,**

Јавно слушање – облик непосредног учешћа  
грађана у контроли власти ..... 25

**Др Драган М. СТОЈАНОВИЋ,**

Уставносудско испитивање судских одлука..... 39

**Др Мирослав ЛАЗИЋ,**

Заштита потрошача у кредитном односу ..... 57

**Др Драган ЈОВАШЕВИЋ,**

Кривичне санкције – средство контроле  
криминалитета правних лица ..... 75

**Др Весна КНЕЖЕВИЋ ПРЕДИЋ,**

**Др Зоран РАДИВОЈЕВИЋ,**  
Правосудна контрола у европској унији: процесна  
легитимација државе чланице..... 95

**Др Радомир ЗЕКАВИЦА,**

Контрола и одговорност у систему  
политичких институција Европске уније –  
основни изазови и проблеми ..... 117

**Др Маја ЛУКИЋ,**

Разумевање улоге општих правобранилаца у оквиру  
правосудног система Европске уније ..... 133

**Др Александар ЋИРИЋ,**

**Др Предраг ЦВЕТКОВИЋ,**  
Ex ante и ex post контрола јавног интереса у  
споразумима о јавно-приватном партнерству..... 149

<b>Др Милева АНЂЕЛКОВИЋ,</b> Неке специфичности пореске контроле у савременим условима пословања .....	165
<b>Др Срђан ГОЛУБОВИЋ,</b> Контролна функција Народне банке Србије .....	179
<b>Др Милена ЈОВАНОВИЋ ЗАТЦИЛА,</b> Контролни механизми корпоративног управљања.....	193
<b>Др Видоје СПАСИЋ,</b> Технолошке мере у функцији контроле коришћења ауторских дела у информатичком друштву.....	207
<b>Dr. Stefan PÜRNER,</b> Kontrolle: Warum, wann und wie? Einige grundlegende Prinzipien, dargestellt am Beispiel eine Gewerbeuntersagung nach § 35 der deutschen Gewerbeordnung .....	225

## II ПРИКАЗИ

<b>Др Александар С. МОЈАШЕВИЋ,</b> Данијел Канеман, “Мислити брзо и споро”, Смедерево: Хеликс, 2015. ....	243
<b>Др Александар ЂОРЂЕВИЋ,</b> Драган К. Николић, “Закон судњи људем – најстарији словенски правни зборник”, Центар за публикације Правног факултета у Нишу и Центар за византијско- словенске студије Универзитета у Нишу, Ниш 2016. ....	247

## III РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

<b>Тијана ЛЕВАКОВ ВЕРМЕЗОВИЋ,</b> Заштита права на приватност као друштвени императив дигиталног доба - колико смо рањиви? .....	253
<b>Снежана ЂУРЂЕВИЋ,</b> О потреби измене двостраних уговора о правној помоћи у грађанским стварима на снази између Републике Србије и држава чланица Европске уније .....	271
<b>Зборник радова Правног факултета у Нишу</b> <b>Списак рецензената у 2016. години .....</b>	293
<b>Упутство за ауторе.....</b>	297

# CONTENTS

Editor's Introductory Note..... X

## IN FOCUS

### CONTROL IN NATIONAL, INTERNATIONAL AND EU LAW

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

**Milan PETROVIĆ,**  
Confederation and Federation in the General  
Theory of Law and State and in Positive Law (part two) ..... 23

**Marijana PAJVANČIĆ,**  
Public Hearings: A specific form of citizen participation  
in exercising control over parliamentary functions ..... 38

**Dragan M. STOJANOVIĆ,**  
The Constitutional Court Review of Judicial Decisions ..... 54

**Miroslav LAZIĆ,**  
Consumer Protection in Creditor-Debtor Relations ..... 74

**Dragan JOVAŠEVIĆ,**  
Criminal Sanctions for Legal Entities:  
An instrument of crime control ..... 92

**Vesna KNEŽEVIĆ PREDIĆ,**  
**Zoran RADIVOJEVIĆ,**  
Judicial Control in the European Union:  
Standing of a Member State ..... 114

**Radomir ZEKAVICA,**  
Control and Accountability in the System of European  
Political Institutions: Major Issues and Challenges ..... 132

**Maja LUKIĆ,**  
Understanding the Role of the Advocates General  
in the EU Judicial System ..... 148

**Aleksandar ĆIRIĆ,**  
**Predrag CVETKOVIĆ,**  
*Ex ante* and *Ex post* Control of the Public Interest  
in Public-Private Partnership Agreements ..... 162

<b>Mileva ANĐELKOVIĆ,</b> Some Distinctive Features of Tax Control in the Contemporary Business Environment .....	177
<b>Srđan GOLUBOVIĆ,</b> The Control Function of the National Bank of Serbia .....	191
<b>Milena JOVANOVIĆ ZATTILA,</b> Control Mechanisms in Corporate Governance .....	206
<b>Vidoje SPASIĆ,</b> Technological Measures for Controlling the Use of Copyrighted Works of Authorship in the Information Society .....	223
<b>Stefan PÜRNER,</b> Control: Why, when and how? Some general principles of state control presented on the example of disqualification from performing commercial activities pursuant to § 35 of the German Trade, Commerce and Industry Regulation Act.....	239

## II REVIEW

<b>Aleksandar S. MOJAŠEVIĆ,</b> Book review: Daniel Kahneman: Thinking, Fast and Slow, (translated into Serbian), Smederevo, Heliks, 2015 .....	243
<b>Aleksandar ĐORĐEVIĆ,</b> Book review: Dragan K. Nikolić; Zakon Sudnyi Lyudem – the Earliest Slavic Legal Code (in Serbian), Faculty of Law, University of Nis and Center for Byzantine-Slavic studies University of Nis, Nis 2016 .....	247

## III PHD STUDENTS' PAPERS

<b>Tijana LEVAKOV VERMEZOVIĆ,</b> The Protection of the Right to Privacy as the Social Imperative of Digital Age: How vulnerable are we? .....	269
<b>Snežana ĐURĐEVIĆ,</b> On the Need to Revise Applicable Bilateral Treaties on Legal Assistance in Civil Matters between the Republic of Serbia and EU Member States .....	291
<b>List of Reviewers of the Collection of Papers of the Law Faculty in Niš .....</b>	293
<b>Guidelines for Authors.....</b>	299