

ANALI

PRAVNOG FAKULTETA U BEOGRADU

ANNALS
BELGRADE LAW REVIEW

- 297 Dragoljub POPOVIĆ
INCONSISTENT ADJUDICATION – A VIOLATION OF THE RIGHT TO FAIR TRIAL
UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS
- 323 Marko PAVLOVIĆ
USTAVOTVORSTVO PRE 100 GODINA: ŠTAMPA PREMA VIDOVDANSKOM USTAVU
- 345 Đorđe NIKOLIĆ
ZAKONSKA PRETPOSTAVKA KRIVICE U SRPSKOM OBLIGACIONOM PRAVU
- 371 Ahmedin LEKPEK
KRIPTOVALUTE U ISLAMSKOM FINANSIJSKOM SISTEMU KROZ PRIZMU ŠERIJATSKOG PRAVA
- 391 Milana PISARIĆ
ENKRIPCIJA MOBILNOG TELEFONA KAO PREPREKA OTKRIVANJU I DOKAZIVANJU
KRIVIČNIH DELA – OSVRT NA UPOREDNA REŠENJA

REDAKCIJA /

GLAVNI I ODGOVORNI UREDNIK /

Marija Karanikić Mirić,
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija

ZAMENIK GLAVNOG I ODGOVORNOG UREDNIKA /

Boris Begović,
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija

UREĐIVAČKI ODBOR /

ČLANOVI IZVRŠNOG ODBORA REDAKCIJE /

Zoran Tomić (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija),
Nebojša Jovanović (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu,
Srbija), Goran Ilić (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija),
Bojan Milisavljević (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija),
Vojislav Stanimirović (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu,
Srbija) i Danilo Vuković (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu,
Srbija)

ČLANOVI SAVETODAVNOG ODBORA REDAKCIJE /

Brian Leiter (University of Chicago Law School, USA), Yariv Brauner
(University of Florida, USA), John Cerone (Tus University, USA),
Silvio Ferrari (University of Milan, Italy), Kenneth Einar Himma
(University of Washington, USA), Christa Jessel Holst (Max Planck
Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg,
Germany), Thomas Koenig (Northeastern University, USA), Peter
Koller (University of Graz, Austria), Janez Kranjc (University of
Ljubljana, Slovenia), Rainer Kulms (Max Planck Institute for
Comparative and International Private Law, Hamburg, Germany),
Dzhenevra Igorevna Lukovskaya (St Petersburg State University,
Russian Federation), Ingeborg Maus (Goethe University Frankfurt,
Germany), Thomas Mertens (Radboud University, Netherlands),
Slobodan Milacic (University of Bordeaux, France), Paul du Plessis
(The University of Edinburgh, Scotland), Vesna Rijavec (University
of Maribor, Slovenia), Željko Šević (Sohar University, Oman),
Gerhard Thür (Institute for the Study of Ancient Culture, Austria)

SEKRETARI /

Nikola Ilić (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu,
Srbija) i Novak Vujičić (Pravni fakultet Univerziteta u
Beogradu, Srbija)

TEHNIČKI SEKRETAR /

Milena Mitrović (Institut za međunarodnu politiku
i privredu, Srbija)

IZDAVAČ /

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

LEKTOR I KOREKTOR /

Irena Popović Grigorov, Vuk Tošić

TEHNIČKI UREDNIK /

Jovan Đorđević

DIZAJN KORICA /

City Image

SLOG I PRELOM /

DOSIJE
STUDIO

ŠTAMPA /

Birograf

TIRAŽ /

300

SEKUNDARNE PUBLIKACIJE U KOJIMA SE

INDEKSIRA ČASOPIS /

Directory of Open Access Journals (DOAJ); EBSCO;
HeinOnline Law Journal Library; SCIndeks (Srpski
citatni indeks); Cobiss; ERIHPLUS

ANALI

PRAVNOG FAKULTETA U BEOGRADU

ANNALS
BELGRADE LAW REVIEW

- 297 Dragoljub POPOVIĆ
INCONSISTENT ADJUDICATION – A VIOLATION OF THE RIGHT TO FAIR TRIAL
UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS
- 323 Marko PAVLOVIĆ
USTAVOTVORSTVO PRE 100 GODINA: ŠTAMPA PREMA VIDOVDANSKOM USTAVU
- 345 Đorđe NIKOLIĆ
ZAKONSKA PRETPOSTAVKA KRIVICE U SRPSKOM OBLIGACIONOM PRAVU
- 371 Ahmedin LEKPEK
KRIPTOVALUTE U ISLAMSKOM FINANSIJSKOM SISTEMU KROZ PRIZMU ŠERIJATSKOG PRAVA
- 391 Milana PISARIĆ
ENKRIPTIJA MOBILNOG TELEFONA KAO PREPREKA OTKRIVANJU I DOKAZIVANJU
KRIVIČNIH DELA – OSVRT NA UPOREDNA REŠENJA

SADRŽAJ

ČLANCI

- 297 Dragoljub Popović**
Inconsistent Adjudication – A Violation of the Right to Fair Trial Under the European Convention on Human Rights
- 323 Marko Pavlović**
Ustavotvorstvo pre 100 godina: štampa prema Vidovdanskom ustavu
- 345 Đorđe Nikolić**
Zakonska pretpostavka krivice u srpskom obligacionom pravu
- 371 Ahmedin Lekpek**
Kriptovalute u islamskom finansijskom sistemu kroz prizmu šerijatskog prava
- 391 Milana Pisarić**
Enkripcija mobilnog telefona kao prepreka otkrivanju i dokazivanju krivičnih dela – osvrt na uporedna rešenja

PRIKAZI

- 419** Colander, David, Craig Freedman. 2019. *Where Economics Went Wrong: Chicago's Abandonment of Classical Liberalism*. Princeton & Oxford: Princeton University Press, 267.
(Boris Begović)

- 428 Reiman, Jeffrey, Paul Leighton. 2017. *The Rich Get Richer and the Poor Get Prison – Ideology, Class and Criminal Justice*. 11th edition. New York – London: Routledge, 285.
(Mila Đorđević)
- 436 Vuković, Igor. 2021. *Krivično pravo: Opšti deo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 586.
(Ivana Marković)
- 442 Delić, Nataša. 2021. *Krivično pravo: Posebni deo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 464.
(Ivana Radisavljević)

SEĆANJA

- 447 **Jovica Trkulja**, *Momir B. Milojević* (1933–2021)
- 453 **Andreja Katančević**, *Stefan Andonović* (1991–2021)

VARIA

- 457 **Uputstvo za autore**

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

- 297 Dragoljub Popović**
Inconsistent Adjudication – A Violation of the Right to Fair Trial Under the European Convention on Human Rights
- 323 Marko Pavlović**
Constitution Making 100 Years Ago: Press According to the St. Vitus Day Constitution
- 345 Đorđe Nikolić**
Legal Presumption of Fault in the Serbian Law of Obligations
- 371 Ahmedin Lekpek**
Cryptocurrencies in the Islamic Financial System Viewed Through the Prism of Shariah Law
- 391 Milana Pisarić**
Mobile Phone Encryption as an Obstacle in Criminal Investigation – Review of Comparative Solutions

BOOK REVIEWS

- 419** Colander, David, Craig Freedman. 2019. *Where Economics Went Wrong: Chicago's Abandonment of Classical Liberalism*. Princeton & Oxford: Princeton University Press, 267.
(Boris Begović)

- 428 Reiman, Jeffrey, Paul Leighton. 2017. *The Rich Get Richer and the Poor Get Prison – Ideology, Class and Criminal Justice*. 11th edition. New York – London: Routledge, 285.
(Mila Đorđević)
- 436 Vuković, Igor. 2021. *Krivično pravo: Opšti deo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 586.
(Ivana Marković)
- 442 Delić, Nataša. 2021. *Krivično pravo: Posebni deo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 464.
(Ivana Radisavljević)

IN MEMORIAM

- 447 **Jovica Trkulja**, *Momir B. Milojević* (1933–2021)
- 453 **Andreja Katančević**, *Stefan Andonović* (1991–2021)

VARIA

- 457 **Guidelines for Authors**

Dragoljub POPOVIĆ, PhD*

INCONSISTENT ADJUDICATION – A VIOLATION OF THE RIGHT TO FAIR TRIAL UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

The ECtHR does not review decisions of national courts of the States Parties to the European Convention. However, it has developed a pattern in its case law to find a violation of the Convention on the grounds that the fair hearing lacked if there was a case law inconsistency at the level of national jurisdiction. The ECtHR case law was settled in a Grand Chamber case against Turkey in 2011. To find a violation under Article 6 of the Convention the ECtHR requires two tests. Firstly, it must establish the existence of a profound and long-standing inconsistency in the domestic case law, and secondly, the ECtHR raises the issue of a mechanism aimed at removing the inconsistency. If the mechanism does not exist, or if it applied ineffectively, the ECtHR finds a violation of human rights. The author suggests the ECtHR should revisit its jurisprudence.

Key words: *Inconsistent case law. – Human rights. – Violation. – Tests. – Leading case.*

* Professor, Union University Faculty of Law, Belgrade, Serbia; Former judge of the ECtHR, dragoljub.popovic@pravnofakultet.rs.

1. THE ISSUE

The European Court of Human Rights (the Court or ECtHR) “does not sit in review of the decisions of national tribunals, correcting errors of law or fact that may be present in their rulings” (Schabas 2015, 271). This clear principle, which has been labelled as the fourth instance doctrine, nevertheless finds contradictions in certain *dicta* of the Court’s judgments, in which the Court undertook to scrutinise stances of the judiciary of a State Party to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (the Convention). Thus, for example, in the case of *Beian v. Romania* the Court established that the highest judicial authority of the respondent state became the source of legal uncertainty. That situation was created because the highest court “delivered diametrically opposed judgments”.¹ Similarly in *Zielinski and Pradal and Gonzalez and Others v. France*, the Court stated it could not discern why conflicting domestic courts’ decisions required a legislative intervention, which was not foreseeable.² Such statements in the Court’s judgments run counter of the above-mentioned principle, at least at first glance. In both cases mentioned the Court found a violation of human rights under the Convention. If it does not review errors of national tribunals, what are the reasons that led the Court to declare that the highest judicial authority in a State Party to the Convention created legal uncertainty by issuing conflicting judgments, or that there were serious consequences of conflicting decisions by the domestic courts?

It has been remarked in academia that the Court “draws a link to a fair trial and the requirement of legal certainty flowing from the rule of law and that it also ‘protects from unreasonable contradictory interpretation arbitrary changes in jurisdiction’” (Grabenwarter 2014, 139). Legal certainty is in jeopardy if the judgments rendered at the domestic level of jurisdiction of a State Party to the Convention are contradictory. Therefore, it appears that conflicting domestic case law provides grounds for the Court to find a violation of human rights under the Convention. This is not a unique aspect of the Court’s scrutiny of national judiciary of the States Parties to the Convention. Popović (2019, 42–57) argues that the Court developed a pattern of finding violations in cases in which the judgments of national tribunals lacked sufficient and proper reasoning. The Court did so in cases

¹ ECtHR, case 30658/05, *Beian v. Romania*, 2007, paras. 39 and 36.

² ECtHR case 24846/94, 34165/96 to 34173/96, *Zielinski and Pradal and Gonzalez and Others v. France* (GC), 1999, par. 59.

in which complaints were raised under Article 6 of the Convention. It was in cases concerning the same Article that the issues of inconsistent domestic case law were addressed.

2. THE EVOLUTION OF THE COURT'S CASE LAW

2.1. Earlier Cases

In a case against France on which the Grand Chamber ruled back in 1999, the applicants had brought proceedings in cases concerning special difficulties allowance. The Court of Cassation quashed 25 judgments rendered in appeal and directed the cases to another court of appeals in April 1992. In October 1993 the Court of Appeals of Besançon ordered a fresh hearing of the cases.³ New legislation intervened while the domestic courts' proceedings were still ongoing. In November 1993 a bill was introduced in Parliament, concerning the calculation of the special difficulties allowance. Its provisions were detrimental to the applicants. The bill became law in January 1994, while the applicants' cases were still pending. Subsequently, the Court of Cassation ruled against the applicants on their second appeals.⁴

The applicants complained under Article 6 of the Convention about the lack of fairness of the proceedings and pointed to a Court's judgment of 1997 in *Papageorgiou v. Greece*, in which the Court found a violation of Article 6 on the grounds that it disapproved legislation with retrospective effect.⁵ The Court also referred to *Papageorgiou* so as to take its crucial stance that "the principle of the rule of law and the notion of fair trial enshrined in Article 6 preclude any interference by the legislature – other than on compelling grounds of the general interest – with the administration of justice". It was established that the new legislation "endorsed the position taken up by the State in pending proceedings".⁶ The crucial stance in the Court's reasoning was that it was impossible to "discern in the facts of the case why the conflicting court decisions required legislative intervention while proceedings were pending".⁷ In other words, the Court was unable to

³ Zielinski, pars. 10–22.

⁴ Zielinski, pars. 23–38.

⁵ See, Zielinski, pars. 50–51, and ECtHR, case 97/1996/716/913, *Papageorgiou v. Greece*, pars. 34–40.

⁶ Zielinski, pars. 57 and 58.

⁷ Zielinski, par. 59.

find compelling grounds of general interest as the motives of the legislation adopted in 1994, which had implications on pending cases. The Court stated in the same paragraph of the judgment that in a three-tier system of national jurisdiction, such as the French one, it was the task of the Court of Cassation “to resolve conflicts between decisions of the courts below”. The new legislation frustrated the role of the Cassation Court, which led the ECtHR find a violation of Article 6 of the Convention in regard to the right to a fair trial.

This was the first time that the Court’s case law tackled the issue of rendering inconsistent rulings at the national level of jurisdiction. Notably, it was not the mere existence of incoherence in domestic case law, which led the Court find a violation of Article 6, but rather the fact that a legislative intervention hampered the mechanism for the administration of justice to resolve it in the regular way.

Several years elapsed before the Court faced another case involving the issue of inconsistent domestic adjudications. The case was *Beian*, given judgment in 2007. The applicant was a former conscript, who was barred from military training, on political grounds, under the Communist regime in Romania. He was assigned to various military units as a construction worker. After the fall of the Communist regime a statute was adopted, recognising such work as forced labour and granted compensation for it. The applicant brought proceedings to that end, but was refused by the administration. He initiated court proceedings to annul the unfavourable administrative decision. In the first set of proceedings the Court of Appeal ruled in his favour, but the High Court of Cassation and Justice quashed the ruling. In the second set of proceedings the judgments of both courts of appeal and cassation were against the applicant. The High Court of Cassation and Justice dismissed the applicant’s appeal on 13 May 2005, on the grounds that the applicant’s work had not been performed under the authority of the Labour Department, which would have qualified him for compensation under the relevant statute of 2002.⁸

However, in an identical case, where judgment was given in December 2003 and in which the claimant had performed work that did not fall under the authority of the Labour Department, the High Court of Cassation and Justice ruled in favour of the claimant, stating that “it was not in dispute” that the claimant had performed forced labour.⁹ Moreover, in no less than eighteen other judgments given in identical cases, between November 2003

⁸ *Beian*, pars. 6–22.

⁹ *Beian*, pars. 22–23.

and June 2006, the High Court of Cassation and Justice delivered rulings to the same effect. Nevertheless, during the period between November 2003 and May 2006, the same cassation instance rendered twenty judgments to the opposite effect, holding that the conscripts who had not performed the work under the authority of the Labour Department did not qualify for compensation under the statute of 2002.¹⁰

The applicant in *Beian* complained *inter alia* under the Article 6 of the Convention of “a breach of the principle of legal certainty”.¹¹ Ruling on the merits, the Court stated that “uncertainty (was) an important factor to be taken into account when assessing the State’s conduct” as regards protection of human rights. The Court established the absence of a mechanism for ensuring consistency of the domestic case law of the respondent state. In the absence of such a mechanism the High Court of Cassation and Justice “delivered diametrically opposed judgments” concerning the scope of the statute in question, i.e. Law 309–2002, providing compensation for forced labour. The highest national tribunal has become the source of “profound and lasting divergences complained of by the applicant”.¹² The Court also noted, with reference to *Zielinski* par. 59, that it was the role of the highest court in a State Party to the Convention to resolve conflicts in the case law. Eventually, the Court’s conclusion was that the highest judicial authority of the respondent state became the source of legal uncertainty, undermining the confidence in the country’s judicial system.¹³ On that grounds the Court found a violation of Article 6 of the Convention.

2.2. Cases in 2009

In 2009 there were several cases before the Court addressing the issue of incoherent domestic case law of a State Party to the Convention. One of them was the *Tudor Tudor v. Romania* case. It was not principally an Article 6 case, since its core issue was the restitution of expropriated real estate. The applicant, who was opposed to the restitution, raised the complaint under Article 6 of the Convention. The applicant bought from the State the apartment that he lived in, and which had previously been nationalised by the Communist government of Romania. The former owner of the apartment

¹⁰ *Beian*, par. 24 – rulings to the same effect; par. 25 – rulings to the opposite effect.

¹¹ *Beian*, par. 27.

¹² *Beian*, pars. 33–38.

¹³ *Beian*, pars. 37 and 39.

claimed restitution of his property, so that the situation evolved into one in which two titles were in conflict – the former owner’s title deed was confronted with the applicant’s purchase contract.¹⁴ Like in almost all other ex-communist states, this was a typical situation in many cases in Romania at the turn of the 21st century. The cases were all given judgments by the High Court of Cassation and Justice, which rendered contradictory rulings in identical cases. This is what made the applicant file a complaint with the Court under Article 6 taken alone and in conjunction with Article 14 of the Convention, on the grounds that the same tribunal adopted conflicting rulings in identical cases. It was indeed the Court of Appeals that created inconsistency in the domestic case law. The High Court of Cassation and Justice, as the court of last resort, failed to rectify it and only confirmed the contradictory judgments of the appellate court instead.¹⁵

The Court’s crucial stance in *Tudor Tudor* was twofold. Firstly, there was “no definitive settlement of the interpretation given by the courts to various aspects of the restitution laws”. Secondly, “in the absence of a mechanism which ensures consistency in the practice of the national courts, such profound and long-standing differences in approach in the case law (created) continual uncertainty”.¹⁶ The Court found a violation of Article 6 of the Convention on such grounds. This calls for comments.

The Court’s first statement established the existence of inconsistent case law. In the second statement the Court mentioned the absence of a mechanism that would ensure consistency of the case law within the national jurisdiction. The Court indeed previously discussed in the judgment a remedy known as extraordinary appeal, which lies with the Procurator General, finding, however, that it contradicted in itself the principle of legal certainty.¹⁷ The remedy in question is a relic of Communist law, which cannot serve the purpose of protecting human rights in a State Party to the Convention. The mechanism of ensuring consistency of the case law is quite simply the consistent practice of the court of the last resort in a respondent state. The domestic courts’ practice, as approved by the High Court of Cassation and Justice, created legal uncertainty because of its inconsistency. The most appropriate remedy to avoid incoherence of court practices consists of following previous rulings in identical cases, i.e. following precedents. Failure to follow a clear precedent is an example of the

¹⁴ ECtHR, case 21911/03, *Tudor Tudor v. Romania*, 2009, pars. 5–12.

¹⁵ *Tudor Tudor*, par. 22.

¹⁶ *Tudor Tudor*, par. 30 for the first, and par. 31 for the second statement.

¹⁷ *Tudor Tudor*, par. 29.

ideological prejudice towards precedent in ex-communist countries. It has been widespread (Popović 2017, 5–7). Regretfully, the Court was not explicit at this point.

It is indeed the court of the last resort within the jurisdiction of a State Party to the Convention that, through its rulings, ensures the case law consistency. In this respect the Court expressed its stance clearly both in *Zielinski* and in *Beian*, stating that it was the role of the highest court within a country to resolve conflicts between decisions of the courts below. Notably, in *Tudor Tudor* the Court made a statement that contributed to the defining of the whole pattern of the incoherent case law, by insisting on “profound and long-standing differences in approach”. It went hand in hand with “profound and lasting divergences” of the case law, to which the Court referred in *Beian*.

In another case, where the judgement was given in the same year, the Court dealt with the issue of inconsistent adjudications at the domestic level. The complaint in *Plechanow v. Poland* was about “the result of the shortcomings in the decisions of the domestic courts and the lack of legal certainty”.¹⁸ The Court stated that there was no need to give rulings on the complaints under Articles 6 and 13 of the Convention, because it found a violation of Article 1, First Protocol. The Court did so on the grounds that “the Supreme Court failed to have a uniform case law” and with reference to *Zielinski*.¹⁹

In the case of *Stefan and Stef v. Romania* the inconsistency of domestic case law in Romania was once more in question. The applicants sought inscription to the Bar in the county of Maramures, but they were refused. They subsequently lost their cases before ordinary courts trying to annul the decision of the Bar. Before the Court they complained of an alleged violation of the principle of legal certainty.²⁰ The Court established that the practice of the highest judiciary instance of the respondent state lacked consistence on the issue raised in the applicants’ cases. As a consequence, the Court found a violation of Article 6 of the Convention, making references to its previous rulings in *Zielinski* and in *Beian*.²¹

The issue of profound and long-standing divergences in domestic case law of a State Party to the Convention also appeared in *Iordan Iordanov and Others v. Bulgaria*. In an internal inquest, the three applicants, former

¹⁸ ECtHR, case 22279/04, *Plechanow v. Poland*, 2009, par. 73

¹⁹ *Plechanow*, par. 107.

²⁰ ECtHR, case 24428/03, 26977/03, *Stefan and Stef v. Romania*, 2009, pars. 5–19 for the facts and par. 27 for the complaint (the text of the judgment is in French).

²¹ *Stefan et Stef*, pars. 33–37.

high-ranking officers in the Bulgarian police, were found responsible for bugging a public prosecutor's residence. Having been fired from the police on the grounds of this offense, they brought court proceedings against the administration, but eventually lost their cases before the Supreme Court of Administration. However, the same court ruled in favour of their colleague, B.B., in an identical case. Out of five judges on the bench in the applicants' cases, four sat when the ruling was passed in favour of their colleague.²² The applicants' basic complaint under Article 6 of the Convention was that the Supreme Administrative Court violated the principle of legal certainty by issuing contradictory rulings in their cases and in the case of B.B.²³

The Court put forward that the Convention provisions imply the principle of legal certainty as one of the fundamental elements of the rule of law and referred to its own rulings in *Beian* par. 39 and *Zielinski* par. 59.²⁴ In subsequent reasoning, the Court stated that there had been profound and continuing divergences in the case law of the Supreme Court of Administration. The divergence was not limited to the contradiction between the rulings given in the applicants' cases and the one of B.B. At the same time the Court noted the existence of a mechanism of ensuring uniform court practice in Bulgarian law, which, however, had not been applied in relation to divergences of the domestic case law affecting the applicants. On the grounds of the existence of a long-standing legal uncertainty (*incertitude jurisprudentielle persistante*), which deprived the applicants of the essential guarantees of a fair trial, the Court found a violation of Article 6 of the Convention in the applicants' case.²⁵ The judgment in *Iordan Iordanov* is firmly in line with the previous Court's case law on the subject. As the applicants pointed out a single judgment rendered in favour of their colleague as evidence of incoherence in the national case law, the Court did not find it satisfactory. It went further on to examine whether the incoherence in the domestic case law was long-standing and only ruled in the applicants' favour after having established that to be true.

Still another case of the same category was *Vinčić and Others v. Serbia*. The case originated in a strike at the Serbian national flag carrier. An agreement was ultimately reached between the company's management and the employees who had been on strike, providing for the payment of certain benefits to the employees. Since the management failed to meet the

²² ECtHR, case 23530/02, *Iordan Iordanov and Others v. Bulgaria*, 2009, pars. 6–14 (the text of the judgment is in French).

²³ *Iordan Iordanov*, par. 41.

²⁴ *Iordan Iordanov*, par. 47.

²⁵ *Iordan Iordanov*, pars. 50–53.

obligation stipulated in the agreement, the employees brought proceedings before the competent ordinary court claiming the benefits. Seventeen claimants were successful, while others were refused and filed in appeal. The District Court of Belgrade, which had jurisdiction over the appeal, issued conflicting judgments in identical cases stemming from the same set of facts. The District Court's rulings were final, because there was no room for appeal on points of law before the Supreme Court of Serbia. The claimants nevertheless sought an advisory opinion of the Supreme Court, which the latter refused to issue, stating that it was a matter of the District Court harmonising its own case law.²⁶

The applicants invoked Articles 6, 13 and 14 of the Convention, complaining about the rejection of their claims by the District Court at final instance and “the same court's simultaneous acceptance of identical claims filed by their colleagues”.²⁷ The Court declared the applications admissible and ruled on the merits as regards Article 6 of the Convention. The respondent government argued before the Court that “judicial precedent was not a binding source of law in Serbia, and emphasised that the domestic courts were independent in their work”.²⁸ The respondent government's argument mirrored the usual stance of legal doctrine in Serbia. The dominant attitude today is that only the so-called general legal acts can be regarded as sources of law, whereas the individual acts (e.g. court judgments) are consumed by their implementation and therefore not binding (Marković 2020, 21–22).²⁹ To this the Court responded, referring to *Tudor Tudor* par. 29, that the conflicting interpretations of the law stemmed from the same jurisdiction and involved the inconsistent adjudication of claims brought by multiple persons in identical situations. The conflicts were not institutionally resolved and created a state of continued uncertainty. The Court also reiterated stances of its own case law, namely that the judicial uncertainty deprived the applicants of the fair hearing of their cases and decreased the public confidence in the judiciary. On that grounds the Court found a violation of Article 6 of the Convention.³⁰ The Court's position affirmed the doctrine of precedent, although without mentioning it. It was unacceptable from the standpoint of the Convention system of protection of human rights to

²⁶ ECtHR, case 44698/06 , *Vinčić and Others v. Serbia*, 2009, pars. 6–21.

²⁷ *Vinčić*, par. 44.

²⁸ *Vinčić*, par. 54.

²⁹ However, the older doctrine was more subtle and less hostile to the case law; *cf.* Geršić 2011, 175–179.

³⁰ *Vinčić*, par. 56.

maintain inconsistent case law at the domestic level of a State Party to the Convention. Such inconsistency provided grounds for finding a violation of human rights.

2.3. Chamber Cases Posterior to 2009

Two chamber cases against Serbia followed *Vinčić*. In *Rakić and Others v. Serbia* the applicants were twenty-nine Serbian police officers, residing and working in Kosovo. They were allegedly entitled to double salaries, but received only increased salaries, which made them file a claim with the ordinary court, for the difference between the double salary and their increased salary. Some of them were successful in the first instance, but all appeals failed. However, in seventy-three other judgments the District Court of Belgrade, being the jurisdiction of appeal, ruled for the plaintiffs in identical cases. The respondent government submitted in evidence six Supreme Court of Serbia judgments in which that court ruled against the plaintiffs in cases of the same type. There was nevertheless inconsistency in the Supreme Court's case law, which led to its Civil Division meeting on 23 September 2008, in order to resolve the issue of inconsistency of judgments in this type of cases. The meeting adjourned *sine die* and the session never resumed.³¹

The applicants complained under Article 6 of the Convention about “the flagrantly inconsistent case-law of the District Court of Belgrade”.³² The Court declared the applications admissible and ruled on the merits. The respondent government tuned its argument, if compared to the one in *Vinčić*. Notably, there was no mention of precedent, but the government nevertheless insisted that the “domestic courts were independent in dispensing justice”. To this the government added that “the inconsistency alleged by the applicants did not relate to any prior systemic and/or grave injustice”.³³ The government tried to contest a specific element in the Court's case law. The impression is that pointing out that there had been no systemic injustice was aimed at proving the lack of the long-standing or persistence of the incoherence in the national case law of the respondent state.

³¹ ECtHR, case 47460/07 , *Rakić and Others v. Serbia*, 2010, pars. 6–17.

³² *Rakić*, par. 31.

³³ *Rakić*, par. 42.

The Court reiterated its previous stances, referring to *Vinčić* par. 56 and *Tudor Tudor* par. 29. Some divergences in interpretation of law could be accepted, but not to the detriment of guarantees of fair trial enshrined in Article 6 of the Convention. Therefore, the Court used the same formula we have already seen in *Vinčić*. A state of continued uncertainty was created because the conflicting interpretations stemming from the same jurisdiction and involved the adjudication in cases brought by multiple persons in identical situations. On that grounds the Court found a violation of Article 6 of the Convention in this case.³⁴

Very similar to *Rakić* was the case of *Živić v. Serbia*, which also ended in a chamber judgment, rendered in 2011. The facts in *Živić* were almost identical to those in *Rakić*. The applicant was a Serbian police officer, living and working in Kosovo, entitled to a salary greater than the amount he regularly received, which made him sue for the difference. The applicant won the case in the first instance, but the appellate court reversed the judgment. The appellate court nevertheless produced contradictory adjudications on the same issue, therefore the applicant complained of the flagrantly inconsistent case law.³⁵

The respondent government reiterated the arguments invoked in *Rakić*, whereas the Court remained faithful to its principal stance from that same judgment. The Court referred to *Rakić*, reproducing the wording of the crucial parts of that judgment. Its holding was that there had been a violation of Article 6 of the Convention on the grounds of judicial uncertainty created by the inconsistent domestic case law. In support of such a stance, the Court made references to a whole line of its judgments on the subject of inconsistency of domestic case law, invoking *inter alia* *Rakić* par. 44, *Zielinski* par. 59, *Vinčić* par. 56, *Beian* par. 34–40, *Tudor Tudor* par. 29, *Jordan Jordanov* par. 47–48.

In *Stefanica and Others v. Romania* the eighteen applicants were former employees of a Romanian bank that collectively dismissed employees while undergoing restructuring, leading to the applicants losing their jobs. They brought proceedings before the ordinary court, seeking the severance pay to which they were entitled by law. Having won in the first instance, they lost on appeal filed by the defendant. The applicants complained under Article 6 of the Convention about inconsistent adjudications in domestic case law.³⁶

³⁴ *Rakić*, pars. 43–44.

³⁵ ECtHR, case 37204/08, *Živić v. Serbia*, 2011, pars. 5–15 and 27.

³⁶ ECtHR, case 38155/02, *Stefanica and Others v. Romania*, 2010, pars. 5–12 and 24.

The Court reiterated its stance from *Beian* par. 39, that the principle of legal certainty is implied in the Convention and constitutes one of the basic elements of the rule of law. In the present case an inconsistent approach of the domestic courts to the interpretation of requirements for implementation of the law on compensatory payments for collective dismissal from work was established. The Court further concluded, with a reference to *Vinčić* par. 56, that the difference in interpretation of national law by different county courts led to “judicial uncertainty in the adjudication of similar civil claims”.³⁷ On that grounds the Court found a violation of Article 6 of the Convention in this case. For all of its most important features, confirmed by relevant references to the previous Court’s case law, *Stefanica* belongs to the Court’s mainstream approach as regards the issue of inconsistent case law.

3. A BRIEF REVIEW OF THE COURT’S REASONING

A new pattern emerged in the development of the Court’s approach to the phenomenon of inconsistent adjudications in domestic case law of States Parties to the Convention. Its main feature is that the Court finds a violation of Article 6 of the Convention if the inconsistency in the administration of justice is established at the level of the national jurisdiction. It is therefore important to raise the question of the modes of reasoning that enabled the Court to resolve the issues of incoherent case law. Several concepts were applied for that purpose. These were fairness, legal or judicial certainty, as well as the combination of them. Public confidence in the judiciary should also be added.

Fairness of proceedings is the only concept rooted in the Convention text. It applied at the beginning of the evolution, in *Zielinski*, where the issue of inconsistent domestic case law was a topic attached to the main issue. The crucial element in the set of facts was the legislative intervention, which obstructed the fairness of the proceedings. The role of the highest judicial instance of a State Party to the Convention in resolving conflicts of decisions of the lower courts was a *dictum* in *Zielinski*, which germinated in subsequent judgments.

The Court’s stance in *Zielinski* was repeated in *Beian*, which stands at the beginning of the Court’s case law on inconsistent adjudications in domestic judgments. In the ruling in *Beian*, the concept of judicial uncertainty was put forward in the reasoning, accompanied by the idea of undermining public

³⁷ *Stefanica*, pars. 31, 34 and 35.

confidence in the judiciary. In the Court's view the highest judicial instance of the respondent state created uncertainty by issuing contradictory judgments in identical cases. That is what undermined the public confidence in the judiciary.

The concept of judicial or legal uncertainty as grounds for finding a violation under Article 6 of the Convention persisted in the Court's reasoning, as evidenced by the approach, for instance, in *Vinčić* and in *Živić*. In some judgments it went in parallel with fairness. Examples can be found in *Stefanica*, *Rakić* and *Jordan Jordanov*. The two concepts are linked, because the fact of creating uncertainty deprives an applicant of the fairness of proceedings at the domestic level of jurisdiction. Notably, the notion of undermining public confidence in the judiciary can by no means stand alone. The undermining of confidence is inevitably only an effect of either actions or omissions. In certain countries, of which Romania is an example, diminishing trust in judiciary institutions has provoked crisis to date (Calin 2020, 211–212). By creating judicial uncertainty, which affects the fairness of proceedings, domestic courts undermine the public confidence in the judiciary. Although used as early as in *Beian*, this concept has never stood alone, as shown by the examples of *Vinčić* and *Živić*.

4. SETTING THE CASE LAW

4.1. The Case of Nejdet Şahin

Among the cases discussed so far only *Zielinski* received a Grand Chamber judgment. This case was a forerunner. The real beginning of jurisprudential developments came with *Beian*, some years later, where the notion of inconsistent case law was attributed primordial importance. All other cases were chamber cases, nonetheless, demonstrating the Court's consistency and following its previous judgments. The Grand Chamber of the Court had the opportunity to revisit the previous case law and determine its position on different issues of importance in a case against Turkey, given judgment in 2011, which had a peculiar set of facts, based on an accident. The case was *Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey*.³⁸

³⁸ ECtHR, case 13279/05, *Nejdet Şahin and Perihan Sahin v. Turkey* (GC), 2011.

4.2. The Grand Chamber Judgment – Majority View

The applicants in *Nejdet Şahin* were the parents of an army pilot who had lost his life, along with other servicemen in a plane crash in the line of duty. The applicants were entitled to his pension and had a dispute with the Pension Fund Authority about its increase. They appealed against the Authority's decision first to the Ankara Administrative Court and then to the Supreme Military Administrative Court. At the hearing before the latter the applicants produced evidence on inconsistent case law of the Ankara Administrative Court. In applications lodged by four families of servicemen who had died in the same accident as their son the Ankara Administrative Court ruled in favour of the claimants. The Supreme Military Administrative Court took no account of the applicants' submission, which made them claim that its decision was given contrary to the constitutional principles of equality before the law and consistency of the law.³⁹

The Grand Chamber judgment in *Nejdet Şahin* had a special part devoted to the relevant domestic case law and practice. The elements of interest for the coherence of domestic case law were explained in detail, because they represented the core issue of the case.⁴⁰ In brief, the Ankara Administrative Court had found in favour of the victims' families in fourteen cases based on the facts of the same event and the Supreme Administrative Court upheld the judgments. Since one of the chambers of the Ankara Administrative Court declined jurisdiction to hear an appeal against a decision, lodged by the family of a sergeant who had died in the same plane crash, the case was brought before the Supreme Military Administrative Court, which dismissed the family's appeal.

The Turkish court system includes a mechanism to ensure consistency of the domestic case law – the Jurisdiction Disputes Court, provided for by the Constitution and relevant legislation.⁴¹ It was established to resolve the inconsistency of the case law, which was at the origin of the present case. The Jurisdiction Disputes Court delivered three decisions concerning the subject matter of *Nejdet Şahin*. They interpreted the existing law, eventually concluding in December 2006 that the Supreme Military Administrative Court had jurisdiction in the applicants' case.⁴²

³⁹ *Nejdet Sahin*, pars. 9–19.

⁴⁰ *Nejdet Sahin*, pars. 25–32.

⁴¹ *Nejdet Sahin*, pars. 20–24.

⁴² *Nejdet Sahin*, pars. 30–32.

The applicants filed a complaint with the ECtHR under Article 6 of the Convention, alleging that the proceedings before the domestic courts had been unfair. In their view “the possibility that the same fact could give rise to differing legal assessments from one court to another was in breach of the principles of equality before the law and consistency of the law”.⁴³ The case of *Nejdet Şahin* was first given judgment by a chamber, almost unanimously, that there was no violation of human rights protected by the Convention. The decision was taken by six votes to one. The only dissident in the chamber was the author of this text, who at the time was a sitting judge of the ECtHR. His arguments were almost identical with the statements in the applicants’ complaint to the Grand Chamber, except for the fact that he was moreover of the opinion that the case encompassed an element of denial of justice.

There was much more hesitation in the Grand Chamber, which delivered its judgment by ten votes to seven. The Grand Chamber ruled that there was no violation of Article 6 of the Convention and explained at length the principles, followed by the majority of judges, that led to the conclusion of no violation.⁴⁴ The essence of those principles consists of two tests that guide the Court in assessing whether there is a violation in cases concerning inconsistent domestic case law. They are: a) the existence of a profound and long-standing differences in the case law, and b) the existence of a machinery provided for by the domestic law to overcome inconsistencies. As for the machinery, the Court noted that its supervision extended to the application of the machinery in a particular case, as well as to the effects of such application.

Having thus established the principles, the Court proceeded to their implementation in the case at hand.⁴⁵ The Court’s reasoning dealt with two main issues. The first was whether there had been conflicting decisions at the national level of jurisdiction, and the second was whether the conflicting decisions had resulted in a violation of Article 6 of the Convention. The considering of the mentioned issues was preceded by the Court’s preliminary remarks, made in paragraphs 59 and 60 of the judgment. The Court used distinguishing of *Nejdet Şahin* from previous cases concerning inconsistent case law as an opportunity to examine the past. The crucial difference was that in the present case the disparities of the case law at the national level of jurisdiction existed “between the judgments of two hierarchically unrelated, different and independent types of court”.

⁴³ *Nejdet Sahin*, par. 35.

⁴⁴ *Nejdet Sahin*, pars. 49–58.

⁴⁵ *Nejdet Sahin*, pars. 59–96.

Turning to the first of the above-mentioned tests, the Court concluded that it was faced “with a very rare case where the circumstances and consequences of the same event – a plane crash – were interpreted differently by the domestic courts”. At this point the Court posed the decisive question, whether the conflicting rulings of domestic courts on the issue arising from the same event constituted a breach of Article 6 of the Convention? In this regard the Court observed that the conflicting judicial decisions “were the result of simultaneous intervention by the ordinary administrative courts and the Supreme Military Administrative Court in cases raising essentially the same issue”.⁴⁶

The Chamber had concluded that the intervention of the Jurisdiction Disputes Court settled the matter and introduced consistency in the case law. To this the Grand Chamber disagreed, noting in paragraph 76 of the judgment that despite the decision of the Jurisdiction Disputes Court “the ordinary administrative courts continued to accept cases similar to that of the applicants’ and to rule on the merits”. Somewhat surprisingly, the Court stated further on that the role of the Jurisdiction Dispute Court was “not to resolve conflicts of case law”, save in exceptional situations. This was accompanied by the Court’s observation that conflicts of case law “should be settled by establishing the interpretation to be followed and harmonising the case law through mechanisms vested with such powers”.⁴⁷

At this particular point the Court’s idea of distinguishing *Nejdet Şahin* from the previous cases concerning inconsistent domestic case law came into play. The differences in decisions rendered at the level of domestic jurisdiction did not arise between the courts within a hierarchy, but from two independent domestic jurisdictions. In the Court’s view the discrepancies in approach in such situations may be tolerated, provided that they are based on rational and reasoned conclusions, despite the fact that they concerned “the same legal issue raised by similar factual circumstances”.⁴⁸ The domestic judgments concerning the applicants were duly reasoned, so they could not claim to be victims of denial of justice. On the grounds of these considerations, the Grand Chamber found no violation of Article 6 in this case. It remains unclear from the judgment, however, why the distinguishing of the case at hand from previous rulings should occur at all. What was the fundamental reason for distinguishing the cases in which independent jurisdictions at the domestic level produced incoherence of the case law from all other cases in which inconsistent adjudication occurred at the national level of jurisdiction?

⁴⁶ *Nejdet Sahin*, pars. 67 and 71.

⁴⁷ *Nejdet Sahin*, pars. 79–80.

⁴⁸ *Nejdet Sahin*, pars. 86–88.

4.3. Grand Chamber Minority Position

The minority of judges sitting in the Grand Chamber dissented.⁴⁹ The dissenters did not question the tests mentioned above, which represented the principles enabling the Court to reach a decision in a case of inconsistent case law. Their main stance was that the result of the second test was negative, for in their view the relevant effective mechanism of removing inconsistency from the case law was indeed missing in the national law of the respondent state. The dissenting judges remarked that in this case “the lack of an effective mechanism for harmonising the case law not only lacked but, worse, perpetuated conflicts of case law”, the fact that resulted in an impression of arbitrariness.⁵⁰

The dissenters further insisted that the flagrant inconsistency of the domestic case law existed in “the same branch of the court system”, namely in the administrative jurisdiction. The dissenting judges were contesting the test of the existence of mechanism of settling the disputes at the national level. Their conclusion was that such a mechanism was ineffective in this case. Therefore, they stated that “the resolution by the Jurisdiction Disputes Court of the conflict between the two courts was theoretical and illusory”.⁵¹ There was in fact no binding decision of the mechanism aimed at settling jurisdictional disputes, which gave rise to judicial uncertainty that the national legal system of the respondent state was unable to accommodate. In brief, the dissenters were of the view that a violation of the applicants’ right to a fair hearing was caused by a malfunctioning of the machinery put in place to resolve conflicts of jurisdiction.⁵²

4.4. The Rule in *Nejdet Şahin*

Despite the criticism it is susceptible to and the distinguishing on which it relies, the Court’s reasoning in *Nejdet Şahin* laid down a rule to be followed. It found a clear expression in scholarship: “divergencies in the case law of the courts within a legal system are acceptable provided that domestic law provides for a mechanism for overcoming them and that mechanism is

⁴⁹ Nejdet Sahin, Joint Dissenting Opinion of Judges Bratza, Casadevall, Vajić, Spielmann, Rozakis, Kovler, and Mijović.

⁵⁰ Nejdet Sahin, Joint Dissenting Opinion, pars. 3.

⁵¹ Nejdet Sahin, Joint Dissenting Opinion, pars. 6 and 11.

⁵² Nejdet Sahin, Joint Dissenting Opinion, pars. 12–18.

applied” (Harris *et al.* 2018, 433).⁵³ Identifying a violation of Article 6 of the Convention the Court consists of two tests. The first establishes profound and long-standing differences in the domestic case law of the respondent state. The second test concerns the existence of a mechanism provided for by the national law to overcome such differences.

The mere existence of a mechanism does not suffice, because the Court examines two more issues, namely whether the mechanism was applied in a particular case, and last but not least, whether its application was effective in the sense of removing inconsistency of the domestic case law. As for the second test it has been argued by scholars that “two courts, each with its own area of jurisdiction ... may well arrive at divergent but nevertheless rational and reasoned conclusions on the same legal issue”. Such divergences should be tolerated “when the domestic legal system is capable of accommodating them” (Grabenwarter 2014, 140). The notion of accommodation of divergent case law within the judiciary of a member state is unclear in this approach. If the divergent case law persists, can the inconsistency be considered accommodated?

Notably, it remains an open question whether we should understand the accommodation as overcoming the inconsistency in the domestic case law, or just as the existence of a mechanism enabling its removal, irrespective of its application. The latter interpretation may not be adequate, and there is discord in scholarship. Some authors (Harris *et al.* 2018, 433) insist on the application of a mechanism of settling the case law divergencies, while others are satisfied with the mere existence of such a mechanism (Grabenwarter 2014, 139–140). As to the former opinion, it remains questionable whether the authors imply an effective application of the mechanism aimed at overcoming inconsistent case law. This seems to be the only acceptable meaning of the second test of the rule.

5. FOLLOW-UP CASES

The rule in *Nejdet Şahin* found implementation in subsequent Court’s case law. One of the follow-up cases was *Stoilkovska v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, which concerned an employee’s liability in tort. Mrs Stoilkovska, the applicant, was condemned to pay damages to her employer. The core of her complaint filed with the Court was that the Macedonian

⁵³ The authors made reference to Stefanica, Nejdet Sahin as well as to ECtHR, case 76943/11, *Lupeni Greek Catholic Parish and Others v. Romania*, (GC) 2016.

Supreme Court accepted another employee's appeal on points of law in an identical case.⁵⁴ Ruling on the merits, the Court found a violation of Article 6 of the Convention in respect of fair trial. The Court made reference to *Nejdet Şahin* as the leading case.⁵⁵ Notably, the Court enumerated the applicable tests, however, referring to *Iordan Iordanov*. The issues to be assessed when ruling on legal certainty under Article 6 were: (1) whether there were profound and long-lasting divergences in the relevant case law, (2) whether the domestic law provided for a mechanism capable of removing inconsistency, and (3) "whether this mechanism was applied and if so what its effects were".⁵⁶

Another follow-up case was *Çelebi and Others v. Turkey*, a chamber case against Turkey in 2016, which concerned the consequences of an earthquake.⁵⁷ Having lost their property in the catastrophe, the applicants sued the construction company for damages and lost their case at the national level of jurisdiction. Before the Court they invoked Article 6 of the Convention complaining of the inconsistency in the case law of the Cassation Court in similar cases. The Court referred to its own ruling in *Nejdet Şahin* as the judgment of principle.⁵⁸

The case of *Çelebi* was nevertheless distinguished from the leading one because the inconsistency of the domestic case law stemmed from the judgments of one and the same court, the Cassation Court, which had rendered contradictory rulings in similar cases, while interpreting the rules on prescription in domestic law. The Court indeed returned to the rulings in *Zielinski* and in *Beian*, from which it had once distinguished the case of *Nejdet Şahin*. The contradictory adjudications were evident in the case at hand and the mechanism provided for in domestic law to overcome them was not effective. This led the Court find a violation of Article 6 of the Convention. The applicants were deprived of the fairness of proceedings because of the incoherence of domestic case law.⁵⁹

⁵⁴ ECtHR, case 29784/07, *Stoilkovska v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, 2013, par. 17. For the facts see pars. 5–17.

⁵⁵ *Stoilkovska*, par. 38.

⁵⁶ *Stoilkovska*, par. 44, with reference to *Iordan Iordanov*, par. 49, in which the tests are clearly formulated.

⁵⁷ ECtHR, case 582/05, *Çelebi and Others v. Turkey*, 2016, pars. 6–20 for the facts and par. 38 for the complaint (the text of the judgment is in French).

⁵⁸ *Çelebi*, par. 52.

⁵⁹ *Çelebi*, pars. 53–67.

The Court's stance in this case calls for a short comment. Notably, the Court invoked the ruling in *Nejdet Şahin*, which it had once distinguished from *Zielinski* and *Beian*. After invoking the rule in the leading case, the Court made a reverse distinguishing of the case at hand, so as to return to the rulings in the two cases mentioned. The distinguishing of *Nejdet Şahin* from previous cases seemed to have been made to avoid following the previous rulings in *Zielinski* and in *Beian*. The Court had come full circle. In a judgment following the rule in the leading case, by way of another distinguishing, it returned to the rulings that had preceded the leading case.

In a Grand Chamber case in 2016, the Court was once again confronted with the issue of inconsistent domestic case law.⁶⁰ In 1948 the Greek Catholic Church of Romania was dissolved by a government decree and its assets, with the exception of parish property, were transferred to the State. In 1967, however, a church building and the adjoining courtyard, which had belonged to a parish of the dissolved church, were entered in the land register as ownership of the Romanian Orthodox Church in Lupeni. The Greek Catholic Church was again recognised in 1990. The legal status of the property that had once belonged to its parishes was to be determined by joint committees composed of clergymen of both the Greek Catholic Church and the Romanian Orthodox Church. If such a committee could not reach a decision, there was a possibility to bring judicial proceedings before ordinary courts.

The applicants in this case were three Greek Catholic Church parishes, which claimed recovery of their property. They won the case in first instance, but lost on appeal as well as on the appeal of points of law filed with the highest court of the country. The problem was whether the renewed recognition of the legal status of the Greek Catholic Church had incidence on the status of its property as regards inscriptions in the land registry. In the final judgment at the domestic level, a dissenting judge ruled in favour of the applicants. Before the Court the applicants complained *inter alia* under Article 6 of the Convention, invoking the principle of legal certainty.⁶¹

Examining the case on the merits as regards the compliance with the principle of legal certainty the Court pointed at the outset to its ruling in *Nejdet Şahin* as the leading case. The Court developed its stance in five items.⁶² They were the following: (a) The principle of legal certainty was implicit in all Articles of the Convention. (b) The possibility of conflicting court decisions was an inherent trait of any judicial system based on a

⁶⁰ Lupeni Greek Catholic Parish, pars. 12–34.

⁶¹ Lupeni Greek Catholic Parish, pars. 64 and 76.

⁶² Lupeni Greek Catholic Parish, par. 116.

network of trial and appellate courts. (c) There is no acquired right of consistency of case law. (d) There is no conflicting case law, in terms of the Convention, if different treatment of disputes is justified by a difference of factual situations at issue. (e) The determining criteria for the Court are the profound and long-standing differences in the domestic case law, as well as the existence of a mechanism to overcome such differences. In all items except (c) the Court made reference to *Nejdet Şahin*.

By applying the above-mentioned principles to the case at hand, the Court first distinguished it from *Nejdet Şahin*, on the grounds that in the present case the disparities in domestic case law were not related to hierarchically independent courts. They originated in the case law of the highest domestic court. Despite the distinguishing, the Court took the stand that the principles established in *Nejdet Şahin* were applicable to *Lupeni Greek Catholic Parish and Others v. Romania*.⁶³

The Court then turned to examine the issues of the existence of profound and long-standing differences in domestic case law of the respondent state, as well as to the use of a mechanism aimed at overcoming inconsistency in the case law.⁶⁴ The Court established profound and long-standing differences in domestic case law. The conflicting case law existed within the case law of the High Court of Cassation and Justice, and it was reflected in the judgments of lower courts that also delivered contradictory rulings. As for the second issue the Court noted the existence of legal uncertainty brought about by the inconsistent case law. The legal system of the respondent state was in principle capable of overcoming disparities in the case law, but the mechanism providing for it has not been used and the national authorities failed to clarify the whole situation. On such grounds, the Court concluded that the principle of legal certainty was undermined, which resulted in a breach of Article 6 of the Convention.

The Court's approach to the follow-up cases against Turkey and Romania, in which the rule in *Nejdet Şahin* applied, was basically the same. The Court distinguished the cases from the leading one, but nevertheless applied the rule of the leading case. Although complicated at first glance, this technique confirms the Court's main stance on the issue of inconsistent case law, which provides grounds for finding a violation of Article 6 of the Convention. The judgment in *Lupeni* clarified the second test of the rule in *Nejdet Şahin*. In paragraph 116 (e) the Court stated clearly that it supervised (1) whether the

⁶³ *Lupeni Greek Catholic Parish*, pars. 117–118.

⁶⁴ *Lupeni Greek Catholic Parish*, pars. 119–128 (profound and long-standing differences), 129–133 (use of mechanism), 134–135 (conclusion).

national law provided for a mechanism for overcoming inconsistency, and (2) “whether that mechanism has been applied, and if appropriate to what effect”. This goes in parallel to par. 44 in *Stoilkovska* and par. 49 in *Jordan Jordanov*, although the formula used in those two cases tends to introduce a threefold test, by diversifying the second one.

6. CONCLUSION

The case law of the ECtHR on inconsistent adjudication in domestic judgments was set in *Nejdet Şahin*. The rule posed in that case relies on a twofold test. Firstly, the Court examines whether there is a profound and long-standing discrepancy in domestic case law. Secondly, the Court explores the existence of a mechanism in the judicial system of the respondent state, which serves the purpose of removing the discrepancy. The Court examines whether the mechanism has been properly used. If the application of the mechanism was unable to resolve the problem of inconsistent case law, the Court finds a violation of Article 6 of the Convention. Although the two tests appear to be clear, they are susceptible of further analysis. Notably, if the first test proves the existence of inconsistent case law, there is hardly a need to explore the second issue, for it is evident that either a mechanism for overcoming the inconsistency does not exist or it has not been properly used. An inefficient application of such a mechanism seems to have taken place in *Nejdet Şahin*. There might be room to revisit the rule established in the Grand Chamber judgment in the leading case.

Another issue concerning the mechanism aimed to remove inconsistency of the case law in a State Party to the Convention also deserves attention. In some follow-up cases the Court made a distinction from the leading case of *Nejdet Şahin*. The reason for the distinction was the fact that the inconsistency of domestic case law originated in the highest jurisdictional instance of the respondent state. It was different in the leading case, in which the discrepancy stemmed from two independent jurisdictions. If the inconsistency originates in one and the same court, it is the procedure within that court that should remove it, e.g. a plenary session of the highest court or the like thereof. The mechanism created for removing inconsistency in the domestic case law appears in such cases in a form different from the one in the leading case. Both forms of the mechanism, however, require jurisdictional decisions on the inconsistency to resolve the issue. Notably, it is only the outcome of the use of the mechanism that matters, and not its form. This raises the question of distinguishing based on the origin of inconsistency at the domestic level of jurisdiction. The form of the mechanism is not decisive, but exclusively the outcome of its application.

REFERENCES

- [1] Calin, Dragos. 2020. The Constitutional Court of Romania and the Rule of Law Standards. 211–227, in *900 Days of Uninterrupted Siege upon the Romanian Magistracy – A Survival Guide*, edited by Dragos Calin. Bucharest: C.H. Beck.
- [2] Geršić, Gligorije. 2011. *Enciklopedija prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- [3] Grabenwarter, Christoph. 2014. *European Convention on Human Rights – Commentary*. München: C.H. Beck.
- [4] Harris, David, Michael O’Boyle, Ed Bates, Carla Buckley. 2018. *Harris, O’Boyle and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*. 4th edition. Oxford: OUP.
- [5] Marković, Ratko. 2020. *Ustavno pravo*. 25th edition. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
- [6] Popović, Dragoljub. 1/2017. What are Precedents and How Should Judges Handle Them? Considerations Based on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. *Pravni zapisi, Union University School of Law Review* VIII: 5–19.
- [7] Popović, Dragoljub. 1/2019. Reasoning in Domestic Judgments in New Democracies. *East European Yearbook on Human Rights* 2.
- [8] Schabas, William. 2015. *The European Convention on Human Rights – A Commentary*. Oxford: OUP.

ECTHR CASE LAW

(In a chronological order)

- [1] ECtHR, case 97/1996/716/913, Papageorgiou v. Greece.
- [2] ECtHR, case 24846/94, 34165/96 to 34173/96, Zielinski and Pradal and Gonzalez and Others v. France (GC), 1999.
- [3] ECtHR, case 30658/05, Beian v. Romania, 2007.
- [4] ECtHR, case 21911/03, Tudor Tudor v. Romania, 2009.
- [5] ECtHR, case 22279/04, Plechanow v. Poland, 2009.
- [6] ECtHR, case 24428/03, 26977/03, Stefan and Stef v. Romania, 2009.
- [7] ECtHR, case 23530/02, Iordan Iordanov and Others v. Bulgaria, 2009.

- [8] ECtHR, case 44698/06, Vinčić and Others v. Serbia, 2009.
- [9] ECtHR, case 47460/07, Rakić and Others v. Serbia, 2010.
- [10] ECtHR, case 38155/02, Stefanica and Others v. Romania, 2010.
- [11] ECtHR, case 37204/08, Živić v. Serbia, 2011.
- [12] ECtHR, case 13279/05, Nejdet Şahin and Perihan Sahin v. Turkey (GC), 2011.
- [13] ECtHR, case 29784/07, Stoilkovska v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, 2013.
- [14] ECtHR, case 582/05, Çelebi and Others v. Turkey, 2016.
- [15] ECtHR, case 76943/11, Lupeni Greek Catholic Parish and Others v. Romania, (GC) 2016.

Article history:

Received: 25. 2. 2021.

Accepted: 12. 5. 2021.

UDK 342.732(497.1)"1921"

CERIF: H 300, S 100

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_21202A

Dr Marko PAVLOVIĆ*

USTAVOTVORSTVO PRE 100 GODINA: ŠTAMPA PREMA VIDOVDANSKOM USTAVU

U članku koji se objavljuje povodom 100 godina od donošenja Vidovdanskog ustava, autor se bavi jednim od ključnih instituta ovog dokumenta – slobodom štampe. Na osnovu diskusija u Ustavnom odboru i plenumu Ustavotvorne skupštine, autor zaključuje da su odredbe Vidovdanskog ustava o štampi, nastale autokratizacijom određenih odredbi Ustava Srbije od 1903. U članku se naročito analiziraju ograničenja štampe uvedena „prelaznim naređenjima“ Vidovdanskog ustava, putem zaobilazne cenzure i inkriminacije „verskog ili plemenskog razdora ili mržnje protiv države“.

Ključne reči: *Vidovdanski ustav. – Ustav Srbije od 1903. – Sloboda štampe. – Cenzura. – Autokratizacija.*

1. VLADIN NACRT USTAVA

Prilikom dogovora oko Prvodecembarskog akta, kojim je 1918. proglašeno državno ujedinjenje Srba, Hrvata i Slovenaca, neki članovi delegacije Narodnog veća iz Zagreba tražili su da se odmah na celu teritoriju novoproglašene države prošire lična prava i političke slobode iz Ustava Srbije od 1903 (Gligorijević 1966, 108, 109). U skladu sa ovim, prva jugoslovenska Vlada,

* Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Srbija, mpavlovic@jura.kg.ac.rs.

obrazovana pod predsjedništvom Stojana Protića, na svojoj prvoj sednici 22. decembra 1918, donela je zaključak „da se građanska i ustavna prava Kraljevine Srbije protegnu na čitav državni teritorij“ (Šišić 1920, 292). Ovaj Vladin zaključak, kao svoju ideju, uneo je regent Aleksandar u Proglas od 24. decembra 1918: „Moja će vlada imati dužnost da odmah primeni na celo Kraljevstvo Srba, Hrvata i Slovenaca, sva prava i slobode koje do sada, po Ustavu Kraljevine Srbije, uživaju građani Srbije...“¹

Kada se 1920. ušlo u ustavotvorni proces, stvaranjem više ustavnih nacrtu, Srbijin Ustav od 1903, naročito u pogledu slobode štampe i drugih političkih sloboda, bio je nezaobilazan uzor. U tom smislu, prvi jugoslovenski ustavopisac Josip Smodlaka zabeležio je: „Za opštu podlogu mome nacrtu uzeo sam Srpski Ustav od godine 1903, smatrajući za potrebno i korisno da se naše novo državno uređenje osloni na demokratske tradicije Srbije koja je do ujedinjenja, od svih naših oblasti jedina, živela slobodnim narodnim i punim državnim životom“ (Smodlaka 1920, 4).

Nacrt ustava Vlade Nikole Pašića, koji će poslužiti kao osnova za izradu Vidovdanskog ustava,² pročitana u plenumu Ustavotvorne skupštine 25. januara 1921, a potom poslat Ustavnom odboru, znatno je odstupao od srbijanskog uzora. U Vladinom nacrtu ustava, pitanju štampe je bio posvećen jedan član (14) koji je glasio: „Štampa je slobodna u granicama zakona. Ne može se ustanoviti cenzura sem za vreme rata i mobilizacije, niti kakva druga preventivna mera, koja sprečava izlaženje, prodaju i rasturanje spisa i novina. Novinama i drugim štampanim stvarima može se zabraniti rasturanje i prodavanje, ako sadrže uvredu Vladaoca ili članova Kraljevskog Doma, ili uvredu stranih državnih poglavara, ili neposredno ili posredno pozivanje građana da silom menjaju Ustav ili zemaljske zakone, ili ako izazivaju verski ili plemenski razdor i mržnju protiv države. Za klevete i uvrede učinjene štampom privatnim licima odgovaraju: pisac, izdavač i štampar.“ Pašićev ustavopisac se delimično ugledao na Ustav Srbije od 1903, a delimično na Nacrt ustava Stojana Protića, bivšeg ministra za Konstituantu.

Prvu kritiku odredbi o štampi iz Vladinog nacrtu ustava, dao je baš Stojan Protić, nalazeći da mu je Pašićev ustavopisac „pokvario“ Nacrt: „Vladin predlog ima svega jedan član o štampi i u njemu ima ovo: 1, on ostavlja zabranu policijsku kao i naš Ustav od 1888. godine; 2, on dodaje još dva slučaja u

¹ Mome narodu Srbima, Hrvatima i Slovencima, *Službene novine Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca*, 28. januar 1919.

² Ustav Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca od 28. juna 1921, odmah po njegovom izglasavanju, nazvao je Vidovdanskim ustavom predsednik Ustavotvorne skupštine dr Ivan Ribar (*Stenografske beleške LXII redovni sastanak* – 28. jun 1921. godine, 5).

kojima se novine mogu zabraniti“ – slučajevi izazivanja verskog ili plemenskog razdora i mržnja protiv države. Vladinim nacrtom, takođe, predviđalo se da se „i cenzura može ustanoviti za vreme rata, ali ne kazujući bliže ko to može učiniti: zakonodavac ili izvršna vlast“.³ S. Protić je, između ostalog, napominjao da „već odavno u parlamentarnim i demokratskim zemljama policijskih, prethodnih zabrana nema“. Zatim, podsećao je da je prilikom donošenja Ustava od 1888, koji je sa neznatnim izmenama postao Ustav od 1903, Narodna radikalna stranka bila prinuđena da pristane na izuzetak u pogledu slobodnog rasturanja i prodavanja novina, „poglavito iz razloga spoljne politike, kad nam je nad glavom stajala Austrija, i zbog ondašnjega vladaoca“. Za odredbe Vladinog nacrta, koje su značile pogoršanje položaja štampe, Protić je, ostajući stari radikal, krivio Demokratsku stranku: „I ovde smo, dakle, kod štampe otišli u nazad umesto napred. Vidi se da je družba s ovom našom tobožnjom demokratijom vrlo nesrećna: ona vodi pravo i sistematski u reakciju“ (Protić 1921, 21–24).

Odredbe Vladinog nacrta o „slobodi štampe“ za opoziciju u Ustavnom odboru predstavljale su negaciju slobode štampe. Republikanac Jovan Đonović je izjavio da „ako bi ostalo po projektu Ustava vlade g. Pašića i ako bi zakonodavac produžio da radi po ovako konzervativnim indikacijama“, štampa bi bila „svedena na nivo obične političke sluškinje režima i novca“. Prema mišljenju komunističkog poslanika Živote Milojkovića, „reakcionarstvo vladinog ustavnog projekta dostiže svoju kulminacionu tačku u članu 14, koji treba da precizira principe slobodne štampe“. Povodom prve odredbe člana o štampi, Milojković je citirao radikala Nastasa Petrovića po kome je izraz „štampa je slobodna u granicama zakona“ ravan izrazu „čovek je slobodan u okovima“. Dr Ante Dulibić, šibenski advokat, član Jugoslovenskog kluba, rekao je da ova odredba znači „isto koliko reći štampa je slobodna i štampa nije slobodna“. Naime, ako se „može jednim zakonom dirati u slobodu štampe onda treba ustanoviti načelo, princip kojim ćemo se voditi pri donošenju zakona o ograničenju štampe“. Milojković je zaključivao da prema Vladinom nacrtu „u našoj zemlji neće više postojati sloboda štampe“. To je proizlazilo ne samo iz prve odredbe o štampi, nego i iz drugih odredbi kojima se izriču razna ograničenja, od zabrane rasturanja i prodaje novina ako sadrže uvredu

³ Stojan Protić je još stavio primedbu da Vladin nacrt „određuje, u drugom stavu svom, da za klevete i uvrede štampom učinjene *privatnim licima* odgovaraju pisac, izdavač i štampar!“ (Protić 1921, 21, 22). Kao razlog za zabranu (uzapćenje) novina, po ustavima od 1888. i 1903. bio je „poziv građana da ustaju na oružje“. U Protićevom Nacrtu, koji je preuzeo Pašićev ustavopisac, stajala je ova formulacija: „Neposredno ili posredno pozivanje građana da silom menjaju ustav ili zemaljske zakone“ (Protić 1920, 8).

vladaoca, do posrednog pozivanja građana da silom menjaju ustav. Pod režimom za štampu iz Vladinog nacarta, „u našoj zemlji ne bi više mogao da izlazi ni jedan jedini opozicioni list“.⁴

Protiv Vladinih odredbi o štampi opozicija je podigla prave male traktate o značaju koji je štampa imala za ljudsko društvo uopšte, i za državu Srbiju. Donović je iznosio da „političkih i građanskih sloboda nema tamo gde nema slobodne štampe“. Tamo gde nema slobode štampe, nema ni „kulturnog napretka narodnog“. Jer, štampa je pored škole „bila jedan od najmoćnijih faktora“ društvenog napretka. Ona je „popularizovala nauku“, ona je „socijalizovala znanje, da je iz ljudskog društva proterala masu zabluda i nevolja, da je razgoltila čitave vojske delikvenata...“. Štampa je „jedina škola koju permanentno uči najveći deo širokih masa jednog civilizovanog društva“. Štampa može „izuzetno učiniti štete, bilo pojedincima bilo društvu u opšte“, ipak zbog toga „joj ne moramo metnuti omču na vrat. Put za lečenje štampe nije zadavljanje. Neka bi ona ponekad i učinila štetu, zato što po pravilu donosi koristi, treba joj ostaviti što veću slobodu. Jer, samo u slobodi razvija se i štampa, kao i ličnost“. Milojković je napominjao „da je princip slobodne štampe jedan od najvažnijih principa demokratije. Taj princip je istaknut još u XVII veku i to od strane najvećih i najslavnijih duhova zemaljskih“. Od tih „duhova zemaljskih“ pomenuti su Spinoza, Milton i Robespjer sa izrekom da „sloboda štampe mora biti bezuslovna i bezgranična, ili inače ne postoji“.

Bilo je poslanika koji su veliki značaj štampe izvodili iz iskustva Kraljevine Srbije. Socijaldemokrata Nedeljko Divac je tvrdio da „ako iko ima iskustva u tome šta znači sloboda iskazivanja misli usmeno i pismeno, to imamo mi, koji smo se rodili i odrasli u Srbiji“. Po Divcu, Srbijanci su u pogledu štampe u svojoj novijoj istoriji imali dva perioda: period vladavine kraljeva Milana i Aleksandra do 1903, i period vladavine kralja Petra. Za vreme vladavine Milana i Aleksandra „kod nas su sve vrste političkih sloboda bile sužene i bile su zabranjivane. I mi smo ušli u jedan period tzv. širokih političkih sloboda i građanskih prava tek od prevrata koji se desio 1903. godine“. U prvom periodu se „stajalo na gledištu da slobodnu misao treba držati u kovčegu“. U drugom periodu je „izražavanju misli usmeno i pismeno data potpuna sloboda“. Narodu je tada „ostavljeno da slobodno diše i da pusti svojim osećanjima“.

⁴ Milojković je tvrdio da se restriktivnom odredbom o štampi iz Vladinog nacarta „u prvom redu, ide za tim da se uguši komunistička štampa. Jednovremeno s tom težnjom ide se s tim da se uguše sve druge štampe“ (*Rad Ustavnog odbora*, XVII sednica – 23. februar 1921, 61). Kratak i vrlo sažet izveštaj o diskusijama o štampi u Ustavnom odboru donela je *Politika* 24. februara 1921. godine, u tekstu pod nazivom „Za slobodu štampe“.

ma na volju, da slobodno isparava i respirira“.⁵ Zemljoradnički prvak Mihailo Avramović smatrao je „da nema zemlje koja je u drugoj polovini 19. veka i od početka 20. veka više diskutovala u svome parlamentu o štampi nego što je to naša zemlja bila, nego što je bila Kraljevina Srbija“. Jedno vreme u Srbiji su „prvi istaknuti politički ljudi izlazili sa parolom: ‘moj bi ideal bio kad u ustavu ne bi bilo više reči od tri reči: štampa je u Srbiji slobodna“.⁶

2. ČLAN 13 I PRELAZNA NAREĐENJA ČLANA 138

Već posle tri opoziciona govora u Ustavnom odboru, povučen je član o štampi iz Vladinog nacarta. Demokrata dr Tomislav Tomljenović „u ime demokratske i u ime radikalne grupe“ podneo je predlog dva nova člana o štampi koji predstavljaju odraz posebnih prilika, odnosno opasnosti u kojima se nalazi država u stvaranju. Kao primer za ugled uzeti su propisi o štampi država u stvaranju na tlu centralne Evrope: „I Ustav češki, i Ustav poljski, i Ustav nemački garantuju slobodu svojim državljanima dotle, dokle vide, da im neće biti bitni državni interesi ugroženi. Ocenjujući prilike, koje su oko i u tim državama koje se danas stvaraju, one sužuju prava i slobode utoliko, da se to, što bi inače u Ustavu bilo garantovano, prepuštaju redovnom zakonodavstvu da se modernije, da se slobodnije, da se naprednije donese, kad prestanu te pogibelji, koje su u državi i oko države.“

Novi predlog demokratsko-radikalne ustavotvorne koalicije razlikovao se „od predloženog po vladinom nacrtu člana 14“ – budućeg čl. 13 Ustava, u dva pravca. Na početku člana ispuštena je klauzula „u granicama zakona“ kojom bi se „sloboda štampe ograničavala“. Zatim, neka ograničenja slobode štampe preneti su u prelazna naređenja, s tim da traju onoliko koliko budu trajale posebne prilike u kojima se država u stvaranju nalazi i da se mogu ukinuti zakonom „čim bi prilike dopustile“. Brisanje odrednice „u granicama

⁵ „Ne zaboravite – govorio je još Divac – „tu fazu odsustva sloboda i nemanja sloboda ... i onu fazu koja je dala toliko poleta i našem nacionalnom i našem državnom životu, a to je faza građanskih prava od 1903. god. Jedna nam je dala Slivnicu, a druga nam je donela gotovo potpuno nacionalno ujedinjenje i oslobođenje. Dopustite, gospodo, narodu da može da diše: dajte mogućnosti osećanjima narodnim uvek da izađu u javnost da se ona ne bi prigušivala, jer narod ili će slobodno disati ili će se ugušiti ...“ (*Rad Ustavnog odbora*, XVII sednica – 23. februar 1921, 70).

⁶ Avramović je još navodio da je štampa u Kraljevini Srbiji „bila dignuta na jedan visok nivo. Na štampi su počeli da rade inteligentniji ljudi na mesto onih nedoučenih ili polu-učenih ljudi. Oni neduzi, koji su se nekada u našoj štampi pokazivali, oni su pod znacima slobode i pod garancijama slobode iščezli. A što su pak iščezli, po mome uverenju ima da se blagodari jedino tom fakti što je štampa bila slobodna“ (*Rad Ustavnog odbora*, XVII sednica – 23. februar 1921, 69–71).

zakona“ teško je palo ministru pravde Marku Đuričiću. On je primećivao da „kad jedna Nemačka socijalistička država može da kaže u Ustavu o štampi, da je štampa slobodna u granicama zakona, i to tamo se smatra da je dobro, ovde kod nas, ... traži se da u Ustav uđu najsitniji i najmanji detalji, i da tako potpuno obezbede štampu kako oni misle...“

Novi demokratsko-radikalni predlog članova o štampi glasio je: „Štampa je slobodna. Ne može se ustanoviti nikakva preventivna mera koja sprečava izlaženje, prodaju i rasturanje spisa i novina. Cenzura se može ustanoviti samo za vreme rata ili mobilizacije i to za stvari zakonom unapred predviđene. Zabranjuje se rasturanje i prodavanje novina ili štampanih spisa, koji sadrže: uvredu Vladaoca ili članova Kraljevskog Doma, stranih državnih poglavara, Narodne Skupštine, neposredno pozivanje građana da silom menjaju Ustav ili zemaljske zakone, ili sadrže tešku povredu javnoga morala. ... Sve krivice štampom učinjene sudiće redovni sud.“

Prema Tomljenovićevom objašnjenju, ograničenja prema novoj redakciji člana o štampi bila su minimalna: „Sve ove tačke bile su i ranije u Ustavu, naročito uvreda veličanstva, odnosno članova kraljevskog doma.“ Odredba o ustavnoj inkriminaciji uvrede stranih državnih poglavara zadržana je s obzirom na istorijske pouke iz Srbije o tome da su „uvrede članova stranih vladalačkih kuća dovodile do nemilih međunarodnih sukoba“. Novina „Tomljenovićeve“ redakcije bilo je i to „da se poput vladaoaca, odnosno stranih državnih poglavara, zaštiti i Narodno Predstavništvo, a imade nadalje i tu novotu: da se istim načinom suzbiju spisi, koji sadrže tešku povredu javnog morala“.

Nasuprot porotnog suđenja za štamparske krivice,⁷ Tomljenović je ukazao na ispravnost odredbe o profesionalnim sudijama: „Sve krivice što su štampom učinjene tako su istančane naravi, da se do pravde do pune pravde može da dođe jedino onda, ako te krivice prosuđuju i rasuđuju suci, koji su obrazovani i koji su dorasli rasuđivanju takvih zapletenih slučajeva.“⁸

U članu 138 prelaznih naređenja, u koji su preneti neki elementi iz Vladinog nacrtu o štampi, stajalo je: „Može se zabraniti izlaženje, odnosno rasturanje novina i štampanih spisa, koji izazivaju: mržnju protivu države kao celine, verski ili plemenski razdor, a tako isto i kad posredno pozivaju građane

⁷ U Protićevom nacrtu stajalo je: „Krivice štampom učinjene sudi porotni sud, sastavljen od građana i jednoga državnog sudije“ (*Nacrt Ustava*, 8). Za porotno suđenje zalagao se i Narodni klub: „Krivice, štampom učinjene, sudi porotni sud, sastavljen od građana i jednog sudije“ (čl. 33 Nacrta Ustava Narodnog kluba); *Rad Ustavnog odbora*, XVII sednica – 23. februar 1921, 75.

⁸ *Ibid.*, 63.

da silom menjaju Ustav ili zemaljske zakone, samo ako se iz napisa očevidno vidi, da se njime ide na tako pozivanje građana. ... Kada prestane naročita potreba ovi se propisi mogu ukinuti zakonom.“

Za razliku od minimalnih ograničenja u članu 13, u prelaznim naređenjima našla su se ograničenja koja su navodno bila nužna zbog „eminentne pogibelji“ koja preti svakoj novoj državi, odnosno državi u stvaranju. Predloženim prelaznim naređenjima u članu 138 moglo se prigovoriti da ona „teže skučavaju slobodu štampe“. Tomljenović ih je, pak, opravdavao time da su doneta s namerom da prestanu „čim prestanu one pogibelji, koje još danas ne dadu da se naša država potpuno sredi. Mi smo imali jedan anomalan slučaj u povesti, gde je blizu 70% državne teritorije i pučanstva prisajedinjeno staroj slobodnoj državi, a vi svi dobro znate da su prilike kako su se razvijale zadnjih godina ovde, donele toliko pogibelji za našu državu da mi još danas nismo svesni, hoće li te prilike uskoro da se kalmiraju, a kamoli da prestanu; i sem toga mi smo svi svesni da naša država od davnih davnina nije mogla da uopšte nastane u ovom prostranstvu, zato što smo bili na putu nebrojenim našim dušmanima. A kad ovaj svetski događaj, koji je omogućio da nastane naša Kraljevina na celom tom prostranstvu, nije mogao da izbriše one dušmane koji su stolecima sprečavali nastanak te države, jer se njihovi interesi u tom prostranstvu bitno kose sa interesima našima, i dokle god smo svesni, da gotovo svi naši susjedi sa očitim neprijateljstvom rade protiv naše države ne samo iz vana nego nastoje i iznutra da donesu nereda i nemira“, postojaće i potreba „da država ima jedno sredstvo, kojim će suzbijati te invektive protiv sređivanja prilika u našoj državi“.⁹

Nasuprot tezi o neophodnosti ograničenja štampe zbog „dušmana“, Nedeljko Divac je izneo tezu, potkrepljenu primerom Kraljevine Srbije, da je slobodna štampa najbolje sredstvo borbe protiv dušmana. Prema Divcu, Srbija „nije imala ni jedne godine a da nije bila u tim nenormalnim okolnostima, i ona je baš bila onda najjača i najsigurnija kad se smatralo da je sva unutra razrivena i da nema nikakve sposobnosti. To je bilo vreme od 1903. godine pa na ovamo, kad je narodu ostavljena puna sloboda“. Vremenom se uvidelo da „ta slobodna štampa i ta politička prava, koja su uživali građani Srbije ne samo da nisu oslabila našu životnu snagu, nego su je baš pojačala“.¹⁰

⁹ *Rad Ustavnog odbora*, XVII sednica – 23. februar 1921, 64.

¹⁰ Sličnu misao kasnije će izneti prof. Mihailo Ilić. Pošto je dao analizu šestojanuarskog Zakona (od 1929), kao zakona za „ugušivanje misli“, on je ukazao na to da je pred Prvi svetski rat slobodnom štampom u Srbiji bila uzdignuta moralna snaga „koja je omogućavala narodu pobjedu nad spoljnim neprijateljem“ (Pavlović 2000, 266).

Komunistički poslanik dr Živko Jovanović, povodom novog demokratsko-radikalskog predloga o štampi, primećivao je da postoji jedna zakonitost kod pozivanja na strane uzore. Kada je vladajućim partijama potrebno da brane neku reakcionarnu meru, one se pozivaju na primere kulturnijih i naprednijih zemalja u Evropi. Kad god se opozicija pozove na to „da u ostalim zemljama postoji nešto naprednije“, njoj se iz vladajućih krugova odgovara „mi smo mali, mi ne možemo da idemo tako hitajući za ostalim zemljama koje su na većem stepenu kulture i razvijenosti“. Sledstveno, Jovanović je vladajućoj većini poručio: „Gospodo, u koliko se nećemo ugledati na naprednije stvari, nećemo se ugledati ni na reakcionarne, ili kad se već ugledamo na reakcionarne ugledajmo se i na naprednije...“¹¹

Dr Sima Marković, predsednik Komunističkog kluba, inače doktor matematike i jedan od najboljih govornika, u novoj demokratsko-radikalnoj redakciji odredbi o štampi video je samo jedan „politički trik“. Naime, drugi stav člana 14 Vladinog nacrtu ustava izostavljen je i prenet u prelazna naređenja. Time se „u suštini ništa nije promenilo“. Povodom ovog manevra sa novom redakcijom članova o štampi Marković je dao specifičan predlog: „Da se unese u Ustav ‘slobodna štampa ne postoji’, – a da se u prelaznom naređenju kaže: ‘štampa je slobodna’. Mi bismo pristali na to. Jer su prelazna naređenja mnogo važnija ...“¹²

3. PITANJE CENZURE

Odredba o zakonom regulisanoj cenzuri za vreme rata i mobilizacije uneta je prema primedbama opozicije. Jovan Đonović je iznosio da u Ustavu treba naglasiti da će se cenzura za vreme rata i mobilizacije „vršiti po zakonima“. On je podsećao da je cenzura „zloupotrebljavana za vreme rata, i to najviše stoga što nije bilo nijednog zakona koji bi regulisao način na koji se ona izvodi“. Sima Marković je smatrao da je potrebno „da se u Ustavu naglasi da cenzura ni u kom slučaju, ni za vreme rata, ni za vreme mobilizacije ne sme biti politička“. Bilo je „donekle razumljivo da se ne dopušta da se piše o razmeštanju vojske, o kretanju vojske, ali ni u kom slučaju ne može se dopustiti da i za vreme rata i za vreme mobilizacije narod nema nikakva prava da govori o politici vladinoj, u tim najsudbonosnijim momentima koji se tiču života samoga naroda“. Marković je ukazivao na to da su Srbijanci imali „jedno strašno iskustvo sa tom vojnom cenzurom ne samo u toku rata nego i posle rata.

¹¹ *Rad Ustavnog odbora*, XVII sednica – 23. februar 1921, 65.

¹² *Ibid.*, 67.

U toku 1919. g. bila je zavladao jedna tako divlja i varvarska cenzura koja je nepoznata u istoriji sveta“. Marković je navodio primer „radničkih novina“ kojima je cenzura zabranjivala upotrebu epiteta crveni, ali i pominjanje imena ministra Pribičevića: „Za vreme ministროvanja gospodina Pribičevića išlo se toliko daleko, da je g. Pribičević proglasio sebe za neprikosnovenog, jer se o njemu nije moglo u Radničkim Novinama ništa da piše. Mi smo u Radničkim Novinama često zakačivali čak i Dvor i Regenta, ali g. Pribičevića nismo mogli. On je direktno izdao nalog cenzoru da briše svaki napad protiv njega.“ Marković je zaključivao da ako se „izvršnoj vlasti da pravo, da određuje obim cenzure“, onda će se dešavati „da se uopšte ne može govoriti o politici vlade niti se mogu napadati pojedina konkretna akta kakvoga ministra“.

Više poslanika je tražilo da se definiše pojam mobilizacije. Đonović je navodio da „treba praviti razliku u pojmu mobilizacije. Ima mobilizacija koje ne vode ratu i koje nisu skopčane sa ratom, a ima ih za kojima ide rat. Zato je potrebno tačno i jasno naglasiti na koju se vrstu mobilizacija misli. Jer, ako je namerno upotrebljena reč mobilizacija i ako se za njom ne krije ratno stanje, onda znači da je zakonodavac hteo da ostavi vladi ili jednom režimu određene ruke, da u jednom momentu, kad mu štampa postane opasna, da može metnuti ruke na nju“. Sledstveno, štampu „treba zaštititi od političkih mobilizacija. Potrebno je, u ovom slučaju, jasno označiti da se misli na opštu mobilizaciju, koja je vezana sa ratom“.

Dr Ante Dulibić je navodio mogućnost da se mobilizacija naredi samo u jednom kraju države, pa da se zbog delimične mobilizacije vladi dā „ovlašćenje da ustanovi cenzuru u celoj državi. I onda bi se moglo dogoditi da bi cenzura ostala kao večna državna institucija, ili bi cenzura uvek pretela kao damoklov mač nad glavom slobodne štampe“.¹³ Ustavotvorna većina nije poslušala opoziciju da se u Ustav unese izraz „opšta mobilizacija“, nego je zadržana reč mobilizacija bez bližeg određenja.

Sa pitanjem cenzure bilo je povezano pitanje tipa odgovornosti za štamparske krivice. Srbijanski ustavotvorac je, poučen iskustvom kolektivne odgovornosti pod Ustavom od 1869,¹⁴ Ustavom od 1888, odnosno 1903. uveo belgijski sistem „kaskadne i isključne“ odgovornosti: prvo je odgovarao pi-

¹³ Dr Sima Marković je takođe napominjao da se „mogu i parcijalne mobilizacije vrlo često izvoditi pa da se na račun njih i povodom njih odmah i cenzura izvodi“ (*Rad Ustavnog odbora*, XVII sednica – 23. februar 1921, 59, 60, 62, 66).

¹⁴ Prema Ustavu iz 1869, pisac, urednik, izdavač i štampar odgovarali su „po opštim propisima kaznenog zakonika“ o saučesništvu. Uz to, „u praksi se uzimalo da je štampar više ili manje uvek saučesnik, i to je donelo sobom cenzuru štampara, koja je bila još teža nego cenzura policije. Neobrazovan i preplašen, štampar je brisao i one stvari koje policija ne bi izbrisala“ (Jovanović 1990, 79, 80).

sac, a ako on ne bi bio poznat, odgovarao je urednik, pa štampar, a ako ni ovaj ne bi bio poznat, odgovarao je rasturač. Vidovdanski ustavotvorac je odstupio od svog srbijanskog uzora. Vidovdanskim ustavom propisano je sledeće: „Za krivice štampom učinjene odgovaraju: pisac, urednik, štampar, izdavač i rasturač.¹⁵ Naročitim zakonom o štampi odrediće se, kad će i u kojim slučajevima koje od napred pobrojanih lica i na koji način odgovarati za krivice štampom učinjene. Sve krivice štampom učinjene sudiće redovni sudovi“ (čl. 13 st. 3). Opozicija u Ustavotvornoj skupštini „jako je kritikovala ovu odredbu. Ona je tvrdila da se njome zavodi kolektivna odgovornost za krivice učinjene putem štampe, tako da za svaku krivicu odgovaraju zajedno i pisac i urednik i štampar i izdavač i rasturač“.

Jovan Đonović je tvrdio da uvođenjem kolektivne odgovornosti Vlada „uništila je odredbu da novine i štampane stvari ne podležu preventivnoj cenzuri. Ona je sa kolektivnom odgovornošću neminovno uvela jednu vrstu cenzure. Država je i do sada preko svojih organa, zabranama i sudovima, posredno, vršila izvesnu cenzuru štampe, a sada umesto te birokratske i posredne, uvodi se nova, a to direktna: cenzura novca – kapitala. Izdavač će kontrolisati pisca, a štampar obojicu, pošto i on odgovara za sve vrste štamparskih krivica. Tim načinom dobili smo dvogubu i odvratnu vrstu cenzure“.¹⁶

Od primedbi opozicije, Vlada se branila iznoseći da nije mislila na ustanovljenje kolektivne odgovornosti i „da je zakonodavcu ostavila da on reši da li će zadržati belgijski sistem ili će mesto njega zvesti odgovornost po opštim propisima kaznenog zakonika“. Vlada je u belgijskom sistemu nalažila tu manu što se odgovornost usredsređuje na jedno lice, dok se oslobađaju drugi koji bi učestvovali u štamparskom krivičnom delu. To je smatrala protivnim opštim propisima kaznenog zakonika (Jovanović 1924, 446). Ipak, otpor opozicije prilikom donošenja ustavne odredbe o odgovornosti za štamparske krivice naknadno je urodio plodom. Zakonom o štampi od 1925, zadržan je belgijski sistem odgovornosti, ali je postojala mogućnost da

¹⁵ Odredba o štampi Vidovdanskog ustava, kojom se ostavljala mogućnost zakonskog uvođenja kolektivne odgovornosti, izgleda da je nastala ugledanjem na ustavni Nacrt Stojana Protića, koji je izričito predvideo kolektivnu odgovornost: „Za napise u listu odgovara pisac ili izdavač, odnosno urednik, štampar ili rasturivač. Na krivice štampom učinjene primenjuju se propisi kaznenog zakonika o saučešću“ (Protić 1920, 8). Ostavljajući po strani Protićevo grešku u upotrebi veznika *ili*, umesto *i*, Protićevo opredeljenje za kolektivnu odgovornost pisca, izdavača, urednika, štampara i rasturača, bilo je nesumnjivo. Sam Protić je naveo da po njegovom Nacrtu „za krivice štampom učinjene vrede propisi kaznenog zakona o saučešću kao i u engleskom pravu“ (Protić 1921, 23).

¹⁶ *Rad Ustavnog odbora*, XVII sednica – 23. februar 1921, 60.

„usled neposrednog posticanja“ pisac, urednik, izdavač, štampar i rasturač odgovaraju kao saučesnici (Pavlović 2005, 716; Tanović 1927, 20; Alimpić 1927, 619).

4. UVREDA NARODNE SKUPŠTINE I VERE

Protiv ustavne „inkriminacije“ uvrede Narodne skupštine izjasnio se dr Ivan Pavičić, poslanik Narodnog kluba (Hrvatske zajednice). On je pošao od toga da narodno predstavništvo nije uvek „pravi izraz narodne volje“, pa bi se moglo dogoditi da jedna nelegitimna skupština objavi rat, a da je štampa zbog toga ne sme kritikovati: „Ali mi znamo to, i ne smemo se tim zavaravati da Narodno Predstavništvo nije bilo uvek pravi izraz narodne volje. Prema tome, može se dogoditi, da Narodno Predstavništvo objavi jedan rat, koji ne odgovara pravoj želji narodnoj, a međutim da se zabrani da narod ne sme o tome pisati i da ne sme to kritikovati.“

Sakib Korkut, poslanik Jugoslovenske muslimanske organizacije, nije do-
vodio u pitanje posebnu zaštitu narodnog predstavništva od „uvreda štampe“ nego je iskoristio tu zaštitu da zatraži i posebnu ustavnu zaštitu vere: „... kad se traži zaštita stranih vladara i Narodnog Predstavništva, da se u isto vreme može istaći tu i zaštita vere u tome pravcu, da se ona ne može vređati“. On je napomenuo da ne traži „da se ne može povoljno ili nepovoljno pisati o jednoj veri, nego da se ona ne može vređati, da se takvo vređanje ima zabraniti. Nalazim – govorio je Korkut – da kod nas bar u Bosni, gde imamo tri vere, da je bar za nas apsolutno potrebna jedna takva odredba“. Na ovu Korkutovu primedbu odgovorio je ministar pravde Marko Đuričić: „Gospoda Muslimani izjavili su bojazan da se može u listovima unositi vređanje vera, pa su čak mislili da bi trebalo za takav jedan delikt kad se pojavi u štampi, da se izvrši zaplena lista.“ Prema ministrovom mišljenju, „to bi daleko išlo da se zbog toga jedan list zaplenjuje. Vređanje vera, naročito priznatih vera, gde spada i muslimanska vera i po Zakonu Kraljevine Srbije vazda je bilo ugroženo paragrafom 207. krivičnog zakona po kome se vređanje vera kažnjavalo zakonom do tri meseca dana. Svakako da će ova država koja sada ima mnogo državljana muslimanske vere obratiti pažnju na religiozne mere i zaštititi svaku veru od vređanja“.¹⁷

¹⁷ *Rad Ustavnog odbora*, XVII sednica – 23. februar 1921, 74, 77.

5. „VERSKI ILI PLEMENSKI RAZDOR I MRŽNJA PROTIV DRŽAVE“

Odredba o izazivanju verskog ili plemenskog razdora i mržnje protiv države bila je jedna od najkarakterističnijih odredbi koja je opominjala na to da Vidovdanski ustav sadrži elemenat koji od njega pravi autoritarni dokument državne stege i neslobode. Jovan Đonović je govorio: „Član 13 Ustava ogarantovao je, bar u izvesnoj meri slobodu štampe; s članom 138 prelaznih naređenja štampu je učinio neslobodnom, on je sasvim ugušio. Štampane stvari, prema članu 138 prelaznih naređenja, zabranjuju se: *ako izazivaju mržnju protiv države ili ako izazivaju razdor plemenski ili verski*. Gospodo moja, pored jedne ovakve odredbe o štampi, meni se čini, da se u ovoj zemlji teško šta može pisati! Ako bi neko pisao protiv ovakve državne organizacije, onda bi se vrlo lako moglo naći da to izaziva mržnju protiv države. Ako bi se utvrdila neka greška jedne konfesije ili se ona malo oštrije napala, u tom slučaju naći će se, da se raspiruju verske mržnje. Ako bi se, opet, u jednom listu, u jednom časopisu, u jednoj sociološkoj raspravi, utvrdilo nešto što ne konvenira jednom plemenu, mogla bi se u napisu pronaći težnja da se razvija plemenska mržnja, i publikacija može biti zabranjena.“¹⁸

Đonović je još, ironično, kazivao da pod režimom člana 138 štampa bi mogla „pisati o poljoprivredi, pa i to vrlo obazrivo. Jer ako bi na primer, hvalila ili preporučivala jednu pasminu konja ili stoke iz jedne pokrajine, upoređujući je sa pasminom druge pokrajine, moglo bi se rastumačiti kao da i to raspiruje plemensku ili pokrajinsku mržnju! Moglo bi se pisati o astronomiji, naravno vrlo obazrivo, jer ako bi se tvrdile izvesne istine, koje su protivrečne sa dogmama koje od mnogobrojnih vera u našoj državi, onda bi se moglo pronaći da raspiruje versku mržnju! Moglo bi se sasvim oprezno pisati o belom svetu, ali što manje dobro i što manje upoređujući sa našom zemljom, da se ne bi shvatilo, da se tim namerno potpiruje mržnja ili preziranje prema državi!“¹⁹

Za Mihaila Avramovića odredba o mržnji protiv države bila je neprihvatljiva sa stanovišta odnosa radničke partije i kapitalističke države. Njegova Zemljoradnička stranka je, po prirodi stvari, bila nezadovoljna kapitalističkim režimom, pa mora da ga kritikuje i traži „socijalno i ekonomski pravedniji poredak“. Zemljoradnička stranka mora da kritikuje „državnu upravu koja svesno podržava poredak u kome se kapitalu priznaje sve a radu ništa ili

¹⁸ „... A ko sve to ocenjuje? Ocenjuju političke ili, bolje reći, policijske vlasti! Pa da je i doneta ovakva odredba, ali da je bar ostavljeno sudu da on ocenjuje, moglo bi se reći da će štampa ipak biti koliko toliko zaštićena. Ne! Ona je ostavljena na milost policijskim vlastima“ (*Stenografske beleške*, LXI redovni sastanak – 27. jun 1921, 18).

¹⁹ *Rad Ustavnoj odbora*, XVII sednica – 23. februar 1921, 60.

radu mrvice daju, a kapitalu pripisuje se sve“. Ako bi kritika državne uprave jedne kapitalističke države bila zabranjena, „onda bi štampa bila dosta i vrlo skućena i onda bi sam taj poredak izgubio vrlo mnogo, ako ne bi dopustio da se o njemu kaće sve ono što se o njemu misli, ako ne bi dopustio jedan izvesni ventil za sigurnost svoju sopstvenu“. Reću, bez slobodne štampe kojom se omogućava kritika postojećeg režima, sam režim bi se lišio sigurnosnog ventila i sebe doveo u opasnost od eksplozije. Sve u svemu, „štampi treba dati što je moguće veće slobode, ali naporedo s tim treba omeđiti odgovornost štampe i omeđiti jasno i taćno, a da se opet ono prvo, sloboda ne uništi“. I Divac je govorio o mogućnosti eksplozije, odnosno prskanja u narodu kome se guši sloboda štampe: ako vlast bude pokušavala da narodu udari „gvozdeno kvrge njegovo će osećanje biti daleko jaće“ nego što je snaga vlasti da ga okuje, i na kraju krajeva bi došlo ono što vlast „baš ne treba da želi, a to je prskanje. Dajte jedan kanal, dobar kanal, kojim će se kretati život; dajte jedan dobar pravac“.²⁰

6. SUDSKO REŠENJE I NAKNADA ŠTETE

Na traćenje opozicije u Ustavnom odboru, u Ustav je uneta odredba o sudskom preispitivanju policijske odluke o zabrani rasturanja novina, odnosno o uzapćenju lista. Dr Sima Marković je stavio primedbu da se u Vladinom nacrtu „ništa ne govori o tome kad se zabrani jedan spis, kad se zabrane novine šta treba posle toga raditi“. Rešenje za tu situaciju nalazilo se u Ustavu Srbije od 1903, gde je stajalo „da je vlast policijska koja zabranjuje novine dućna u roku od 24 ćasa tu zabranu sprovesti sudu, koji ima da donese definitivnu izvršnu odluku“. Marković se pitao „zašto je izostavljena iz ovoga Ustava jedna tako važna odredba koja donekle garantuje slobodu štampe. Mi u Srbiji, specijalno u Beogradu imamo u tome pogledu prilićno utehe. Pored najreakcionarnijih vlasti, mi imamo relativno vrlo dobar sud. Ja mogu kazati da od svih mnogobrojnih zabrana koje je policijska vlast po svojoj pakosti, srditoj nemoći i iz instinkta klasne mrćnje prema nama vršila, gradski sud nije, ja mogu to iz iskustva reći, ni 5%, pa i to je mnogo tih policijskih zabrana osnaćivao. Dakle, mi u sudu, naroćito u ovom jednom prilićno liberalnom sudu, imali smo odista dosta zaštitе protiv razbojnićkih napada beogradske policije“. Odmah posle govora Sime Markovića, radikal Milorad Vujićić, sa već dobijenom saglasnošću od ministra za Konstituantu, predložio je da se Tomljenovićevoj redakciji ćlana o štampi doda stav iz Ustava od 1903. o

²⁰ *Ibid.*, 70, 72.

tome šta se u slučaju policijske zabrane radi: „Ali i u tim slučajevima, vlast je dužna za 24 časa po izvršenju zabrane sprovesti delo sudu, a ovaj je dužan takođe za 24 časa osnažiti ili poništiti zabranu.“²¹

Opozicija je još tražila da se za neosnovane policijske zabrane novina Ustavom garantuje naknada štete. Sima Marković je predlagao da „svu materijalnu štetu ima da podnese policijska vlast koja vrši zabrane mimo zakona i protiv zakona“. Sakib Korkut je navodio da pisac nema ništa od toga što bi dobio „razrešnicu, kad je on izgubio dve hiljade kruna za to, što je štampao jedan broj, a policija ga uzapti, i on taj broj ne može da proda, no jedino može s njime sir da zavija“. Kad policija više puta zabrani list, „a sud ga stalno razrešava“, u takvim slučajevima novinama treba „dati naknadu, jer se time od strane upravne vlasti ide sistematski na to da se ruiniра štampa“.²²

Naknadno, 18. maja, Ustavni odbor je usvojio dopunu odredbe o sudskom preispitivanju policijske zabrane i o naknadi štete. Ako sud u roku od 24 sata ne osnaži ili ne poništi zabranu, „smatra se da je zabrana dignuta. Redovni sudovi odlučuju o naknadi štete nezavisno od sudske odluke o poništenju zabrane“.²³ I pored značajnih izmena i dopuna odredbi o štampi, koje su po zahtevima opozicije unete u Vladin, odnosno Odborski nacrt, deo opozicije je ostao nezadovoljan. Tako, pretposlednjeg dana Ustavotvorne skupštine, Nedeljko Divac je govorio: „Gospodo moja, na osnovu čl. 138 može se suspendovati cela štampa. (Glasovi iz centra: A sudovi?) Neko od gospode iz vladine većine dobacuje mi: a sudovi? Ostavimo to pitanje o tome koliko oni mogu spasti štampu kad se policija protivu nje okomi. Mi svi znamo koliko će vredeti jednom listu, naročito jednom dnevnom listu, kad on bude čitav niz puta zabranjen od policije, dokle mu stigne sudsko rešenje o poništaju te zabrane. Taj treba da se materijalno sahrani i upropasti pa da sačeka da se pravda zadovolji.“²⁴

²¹ *Rad Ustavnog odbora*, XVII sednica – 23. februar 1921, 67; *Politika*, 24. februar 1921.

²² *Rad Ustavnog odbora*, XVII sednica – 23. februar 1921, 67, 73.

²³ *Rad Ustavnog odbora*, L sednica – 18. maj 1921, 63; Kancelparagraf i štampa, *Politika*, 19. maj 1921.

²⁴ Izveštaj Ustavnog odbora Ustavotvorne skupštine o Nacrtu ustava i tekst Ustava, kako je primljen u Ustavnom odboru, br. 144, 5. april 1921, 23; *Stenografske beleške*, LXI redovni sastanak – 27. jun 1921, 13, 14.

7. SLOBODA UDRUŽIVANJA, ZBORA I DOGOVORA

Uz pitanje slobode štampe išlo je i pitanje slobode udruživanja i okupljanja. U Vladinom nacrtu Ustava stajalo je: „Građani imaju pravo udruživanja, zbora i dogovora u granicama zakona.“ U ovih „nekoliko suvih reči“ opozicija je videla nameru ustavotvorca da materiju udruživanja i okupljanja prepusti zakonodavcu koji bi ova prava sasvim suzio, skućio do ukidanja; dok je štampa definisana kao slobodna, dotle se uz udruživanje nije pominjao „ni pridev ni imenica ‘slobodan i sloboda’“. Opozicija je tražila da se u novi Ustav unesu odredbe Ustava Srbije od 1903, i da se uz to politička prava udruživanja, zbora i dogovora još i prošire. Kao minimum garancija za pravo udruživanja, Sima Marković je tražio da se u Ustav unese odredba o tome da „ovo pravo ne može se podčiniti nikakvoj preventivnoj meri. To smo imali i u ranijem Ustavu, i ako bismo izostavili ovaj dodatak, onda pravo udruživanja u stvari neće ni postojati. Vrlo je važno i to što nam naročito iskustvo ne samo kod nas /u Srbiji/ nego osobito i u onim pokrajinama koje su ranije pripadale Austro-Ugarskoj Monarhiji izričito nalaže da ovaj stav treba neizostavno primiti“. Uz ovo, traženo je „da svako udruživanje ima karakter pravne ličnosti. Taj slučaj danas nije, naročito nije u krajevima koji su ranije pripadali Austro-Ugarskoj Monarhiji. Svako udruživanje literarno, umetničko pa i političko treba da ima karakter pravne ličnosti: da može sticati svoje imanje, da može imati svoj posed i imati pravo na zaštitu svojine“.

U pogledu prava zbora i dogovora, Sima Marković se pitao „zašto je izostavljen onaj minimum garancije“ koji je davao Ustav od 1903, u članu 24. U novi ustav trebalo je da se iz Ustava Srbije prenese odredba „da građani imaju pravo okupljati se mirno i bez oružja u zborove upravljajući se pri tome po zakonu. Ja ne znam – govorio je Sima Marković – šta je gospodu moglo pobuditi da menjaju ovaj član i ovu redakciju koja je bila vrlo dobra u našem ranijem Ustavu. Isto tako neophodno je potrebno – kao što je u našem ranijem Ustavu – da se i u ovome Ustavu naročito naglasi da za držanje zbora u zatvorenom prostoru nije potrebna nikakva prijava vlastima.“ Marković je u ime opozicije insistirao na tome da u novi Ustav uđe i to „da za zborove pod vedrim nebom treba učiniti prethodnu prijavu na 24 sata. To je u duhu zakonodavstva i prakse, koja je vladala ranije kod nas“.

Odredba o prijavi zbora 24 časa pre održavanja nalazila se u „Privremenom ustavu“ i Nacrtu ustava Zemljoradničkog kluba.²⁵ Uz odredbu o prijavi 24 sata ranije, opozicija je tražila da se predizborni zborovi „koje drže na-

²⁵ *Obzor*, 13. veljače 1919; *Predlog ustava Zemljoradničke stranke*, čl. 14.

rodni poslanici oslobode svakoga ograničenja. To je demokratska mera koju treba svakako usvojiti“. Sima Marković je navodio jednu naredbu ministra policije Draškovića kojom je komunističkim narodnim poslanicima zabranjeno da drže bilo kakve zborove, čime su oni bili „lišeni jedne dužnosti, a ne prava, da svojim biračima, kojima smo odgovorni podnosimo izveštaj o svo- me radu“. Zbog toga je trebalo da u ustav uđu garancije koje bi „onemogućile i sprečile“ zloupotrebe ministra policije.²⁶

Poslanici Vladine većine usvojili su dve Markovićeve primedbe, a dve odbacili. U konačnoj redakciji, član 14 o udruživanju i okupljanju glasio je: „Građani imaju pravo udruživanja, zbora i dogovora. Bliže odredbe o tome doneće zakon. Na zborove se ne može dolaziti pod oružjem. Zborovi pod vedrim nebom moraju se prijaviti nadležnoj vlasti najmanje 24 časa ranije. Građani imaju pravo udruživati se u ciljevima koji nisu po zakonu kažnjivi.“ U Vidovdanski ustav nisu unete odredbe Ustava od 1903. da „za držanje zbo- ra u zatvorenom prostoru nije potrebna prijava vlasti“ i da pravo udruživa- nja „ne može se potčiniti nikakvoj preventivnoj meri“.

8. ZAKLJUČAK: AUTOKRATIZACIJA SRBIJANSKIH TEKOVINA

Više poslanika ukazivalo je na to da su u Kraljevini Srbiji ostvareni viso- ki standardi političkih sloboda i da te standarde nikako ne treba napušta- ti, nego ih treba uneti u Ustav Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca. Nedeljko Divac je govorio: „Naš je narod srbijanski, mislim samo na srbijanski deo našega naroda – on je vaspitan u slobodi i u pravima, i jednim velikim delom može se objasniti to, što je on pokazao ovoliku sposobnost i ovoliku otpor- nost u ovom velikom svetskom ratu, time, što je preživio ako ne veliki, a ono bar skroman period pod tim političkim slobodama. Pa zašto bismo mi danas imali razloga, da se u tom pogledu vraćamo natrag, kad smo mi već imali jed- no dobro iskustvo, da te slobode ne samo ne štete nego i koriste narodu.“²⁷

²⁶ *Rad Ustavnog odbora*, XVIII sednica – 24. februar 1921, 79, 80. – Divac je odao priznanje Narodnoj radikalnoj stranci zahvaljujući čijoj borbi su ostvarene političke slobode: „Kod nas ti pobornici za udruživanje i sastajanje, za slobodu zbora i dogo- vora bili su radikali kojima može to služiti na čast, ali oni prošli radikali, koje je dao, stvorio Svetozar Marković.“ Na upadicu Ljube Jovanovića da su radikali borci za po- litičke slobode „i sada“, odgovorio je upadicom Sima Marković: „Sad ste se pretvorili u antipode.“ (*Rad Ustavnog odbora*, XVIII sednica – 24. februar 1921, 81).

²⁷ Divac je prekorevao Narodnu radikalnu stranku: „Radikali može biti neće imati toliko potrebe i nemaju potrebe danas, ne samo da se bore za proširenje političkih sloboda, nego verovatno čak imaju razloga, da te političke slobode suze. To je sa- svim i logično: radikalna stranka, nekada eminentno seljačka, danas se pretvorila

Slično Divcu, i Milosav Raičević, bivši crnogorski ministar i radikal, tražio je da se ustavotvorci drže ostvarenog nivoa političkih sloboda u Kraljevini Srbiji. Skrećući pažnju na to da su se u Ustavnom odboru okupili „ljudi sa raznim mentalitetima i sa raznim pogledima“, Raičević je iznio: „Kad govori jedan poslanik iz Hrvatske, on iznosi teškoće, koje su se njemu desile u tome kraju. Kad bih ja govorio o prilikama, ja bih onda iznio ono, što se dešavalo u Crnoj Gori. Ali svakako prilikom rešavanja ovih pitanja mi moramo poći sa gledišta svesti, do koje je došao narod u Srbiji. Mi ne možemo sad unositi u Ustav one stvari, koje su može biti bile teškoća u Srbiji pre 50 godina ili koje su bile teškoća u drugim pokrajinama.“²⁸

Nekoliko odredbi o štampi iz Ustava Srbije od 1903. nije preneto u Vidovdanski ustav. Bile su to ove odredbe: „Svaki Srbin ima pravo da u granicama zakona iskaže svoju misao: govorom, pismeno, štampom ili u slikama.²⁹ ... Za izdavanje novina nije potrebno prethodno odobrenje vlasti. Od pisca, urednika, izdavaoca ili štampara neće se tražiti nikakvo jemstvo (kaucija). ... Štampa ne može nikad biti podvrgnuta administrativnim opomenama.“ Skrećući pažnju da te odredbe nedostaju, Sima Marković je naglasio da su one postojale „u našem Ustavu“ i da ga „čudi“ što nije uneta odredba o tome da za izdavanje novina nije potrebno prethodno odobrenje vlasti. „Tako isto – govorio je Marković – treba naglasiti da se od urednika, pisca, izdavača ili štampara ne može tražiti jemstvo ili kaucija. Nekim ustavnim odredbama treba ograničiti zakonodavca“, da zakonodavac ne bi ograničavao slobodu štampe.³⁰

Slično Markoviću, Jovan Đonović i njegov „prijatelj g. Divac“ su predložili „drugu redakciju“ člana o štampi, „koja će mnogo više odgovarati potrebama i naroda i države a tako isto mnogo će bolje odgovarati i ovom novom demokratskom dobu“. U Đonović-Đivčevom članu o štampi nalazile su se sve odredbe o štampi iz Ustava Srbije od 1903: „Svaki građanin ima pravo da u granicama zakona iskaže svoju misao ...“

u jednu kapitalističku stranku, pretežno kapitalističku, pretežno buržoasku stranku sa svima njenim interesima, i zato ona sada ne želi da se ovde političke slobode proširuju. Ona, ako ne može da ih suzi danas, ona sasvim prirodno teži tome da ih zadrži u ovim granicama u kojima su one do sada postojale.“ Socijalistička stranka, odnosno radnički pokret pak traže šire političke slobode (*Rad Ustavnog odbora*, XVIII sednica – 24. februar 1921, 81).

²⁸ *Ibid.*, 87.

²⁹ Izgleda da je Vladin ustavopisac imao u vidu da je i karikatura slika, pa se izostavljanjem načelne odredbe o slobodi izražavanja oslobodio potrebe da pravi izuzetak u pogledu karikature. Jer, „objavljivanje karikatura Kralja i članova Njegovog Doma smatra se kao uvreda“ (Alimpić 1927, 620).

³⁰ *Rad Ustavnog odbora*, XVII sednica – 23. februar 1921, 66.

Institut slobode štampe, kao i instituti slobode udruživanja i okupljanja, u Vidovdanskom ustavu su izrađeni preuzimanjem odgovarajućih odredbi iz Ustava Kraljevine Srbije od 1903. U Vladinom ustavnom nacrtu, kao ustavotvornoj osnovi, odredbe iz Ustava Srbije od 1903. skraćivane su i dopunjavana se sa ciljem da se suze političke slobode, i to navodno u višem državnom interesu. Protiv ovakvog metoda izrade odredbi Vidovdanskog ustava – metoda autokratizacije – ustali su predstavnici gotovo svih opozicionih političkih grupa u Ustavnom odboru: komunisti, socijalisti, zemljoradnici, republikanci i predstavnik Jugoslovenskog kluba. Oni su hteli da budu brana autokratizaciji, ali u tome su imali samo delimičnog uspeha. Odredbe Vidovdanskog ustava o štampi i drugim političkim slobodama predstavljale su uglavnom autokratizovane odredbe Ustava Srbije od 1903.

LITERATURA I IZVORI

- [1] Alimpić, Dušan. 1927. *Polijski rečnik*, knjiga treća. Beograd: Izdavačka knjižarnica Gece Kona.
- [2] Gligorijević, Branislav. 3–4/1966. O pokušaju da se oktroiše tzv. Privremeni ustav Kraljevine SHS 1919. *Jugoslovenski istorijski časopis*: 105–118.
- [3] Jovanović, Slobodan. 1924. *Ustavno pravo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*. Beograd: Izdavačka knjižarnica Gece Kona.
- [4] Jovanović, Slobodan. 1990. *Vlada Milana Obrenovića*, deo I. Beograd: Beogradski izdavačko-grafički zavod – Jugoslavija publik – Srpska književna zadruga.
- [5] Pavlović, Marko. 2000. *Jugoslovenska država i pravo 1914–1941*. Kragujevac: N. Pavlović.
- [6] Pavlović, Marko. 2005. *Srpska pravna istorija*. Kragujevac: N. Pavlović.
- [7] *Obzor*. 1919. Ustav Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca. Četvrtak 13. veljače 1919.
- [8] *Politika*. 1921. 23, 24. februar, 19. maj, 27. jun 1921.
- [9] *Predlog ustava Zemljoradničke stranke, Nacrt ustava 1921: predlozi, dopune, mišljenja i primedbe na projekat Vidovdanskog ustava*. 1921. Beograd.
- [10] Protić, Stojan M. 1920. *Nacrt ustava / Definitivni tekst posle diskusije sa Komisijom / Sa dodatkom: Nacrt ustava izrađen od Ustavne komisije*. Beograd: Izdavačka knjižarnica Gece Kona.
- [11] Protić, Stojan M. 1921. *Vladin predlog Ustava / Jedna kritika*. Beograd: Pantić i drug.
- [12] *Službene novine Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca*. 1919. 28. januar 1919.
- [13] Smoldaka, Josip. 1920. *Nacrt Jugoslovenskog Ustava*. Zagreb – Beograd: Hrvatski štamparski zavod.
- [14] *Stenografske beleške Ustavotvorne skupštine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*. 1921. Beograd.
- [15] Šišić, Ferdo. 1920. *Dokumenti o postanku Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca 1914–1919*. Zagreb: Matica hrvatska.

- [16] *Rad Ustavnog odbora Ustavotvorne skupštine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*. 1921. Beograd.
- [17] Tanović, Jusuf. 1927. *Pravni položaj građana prema Vidovdanskom Ustavu*. Sarajevo.
- [18] Ustav za Kraljevinu Srbiju od 5. juna 1903. 1903. *Zbornik zakona i ure-daba 58*. Beograd: Izdanje i štampa Kraljevsko-srpske državne štampa-rije.

Marko PAVLOVIĆ, PhD

Professor, University of Kragujevac Faculty of Law, Serbia

CONSTITUTION MAKING 100 YEARS AGO: PRESS ACCORDING TO THE ST. VITUS DAY CONSTITUTION

Summary

In the article, published on the occasion of the 100th anniversary of the enactment of the St. Vitus Day Constitution, the author deals with one of the key institutes of this document – freedom of the press. Based on discussions in the Constitutional Committee and the plenum of the Constituent Assembly, he concludes that the provisions of the St. Vitus Day Constitution on the press were created by the autocratization of certain provisions of the Constitution of Serbia of 1903. The article especially analyzes the restrictions of the press introduced by the transitional orders of the St. Vitus Day Constitution, through circumventing censorship and incrimination of “religious or tribal discord or hatred against the state”.

Key words: *St. Vitus Day Constitution. – Constitution of Serbia of 1903. – Freedom of the press. – Censorship. – Autocratization.*

Article history:

Received: 23. 4. 2021.

Accepted: 8. 6. 2021.

Dr Đorđe NIKOLIĆ*

ZAKONSKA PRETPOSTAVKA KRIVICE U SRPSKOM OBLIGACIONOM PRAVU

Subjektivna neugovorna (deliktna) odgovornost za štetu uslovljena je štetom, uzročnom vezom i krivicom. Sve te uslove dokazuje oštećeni (sistem dokazane krivice) jer se odgovornost za štetu ne pretpostavlja. Ali, postoji i oboriva pretpostavka krivice, kojom se dokaz nepostojanja krivice prevladuje na štetnika (sistem pretpostavljene krivice).

Sistem dokazane krivice preovlađuje, dok je sistem pretpostavljene krivice prihvaćen u manjem broju zakonodavstava (ranije sovjetsko i aktuelno rusko pravo, a zatim i nekadašnje jugoslovensko i aktuelno pravo bivših jugoslovenskih republika). Jedino su redaktori srpskog Prednacrtu građanskog zakonika predložili vraćanje na sistem dokazane krivice.

U radu su najpre izloženi istorijski osvrt na primenu sistema dokazane krivice i zakonska rešenja iz jugoslovenskog prava pre i posle donošenja Zakona o obligacionim odnosima, da bi se, potom, kritički analizirali sistem dokazane i sistem pretpostavljene krivice. Na kraju rada je zaključno razmatranje u kojem se, uz sumiranje njihovih osobnosti, potenciraju prednosti sistema pretpostavljene krivice.

Ključne reči: *Šteta. – Neugovorna odgovornost. – Dokazana krivica. – Pretpostavljena krivica. – Teret dokazivanja.*

* Vanredni profesor u penziji, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Srbija, *djlnikolic1@mts.rs*.

1. UVODNE NAPOMENE

Subjektivna odgovornost za prouzrokovanu štetu nastaje samo ako se ispunje svi zakonom propisani uslovi. To su: šteta, uzročna veza između štete i štetnikovog ponašanja i krivica, s tim što odgovornost po osnovu krivice predstavlja „veliki napredak u istoriji civilizacije“ (Konstantinović 1966, 331). Uslovljavanjem odgovornosti štetnika za prouzrokovanu štetu tim uslovima obezbeđuje se sloboda pravnih subjekata u njihovim aktivnostima (Vuković 1956, 179).¹ Zato se odgovornost štetnika za štetu ne može pretpostaviti (Vuković 1956, 77)² jer bi takva pretpostavka ozbiljno narušavala tu slobodu. Ali, moguća je pretpostavka krivice, kojom se oštećeni oslobađa njenog dokazivanja, tako što se ono prevaljuje na štetnika. Ako je pretpostavka krivice oboriva (*praesumptio iuris tantum*), odgovornost je i dalje zasnovana na krivici jer takva pretpostavka ne menja suštinu osnova odgovornosti. Međutim, ukoliko se krivica neoborivo pretpostavlja (*praesumptio iuris et de iure*), ne može se dokazivati njeno nepostojanje, što je isto kao da se odgovornost ne zasniva na krivici.

U oblasti subjektivne neugovorne (deliktne) odgovornosti oštećeno lice, po pravilu, osim ostalih uslova, treba da dokaže i štetnikovu krivicu. Nasuprot tome, u ugovornoj (kontraktuelnoj) odgovornosti dužnikova krivica se, po pravilu, pretpostavlja, tako da on može da se oslobodi odgovornosti ako obori pretpostavku svoje krivice. To nije slučaj i sa jugoslovenskim i srpskim Zakonom o obligacionim odnosima jer se u njima ne pretpostavlja krivica dužnikova već njegova odgovornost. U tom smislu se izričito propisuje da se dužnik oslobađa odgovornosti za štetu ako dokaže da nije mogao da ispuni svoju obavezu, odnosno da je zakasnio sa ispunjenjem obaveze zbog okolnosti koje su nastale posle zaključenja ugovora, a koje nije mogao da spreči, otkloni ili izbegne.³

Pomenuta pravila su usvojena u svim velikim kodifikacijama građanskog prava. Međutim, u ruskim kodifikacijama građanskog prava, kao i u građanskom zakonodavstvu većine bivših istočnoevropskih socijalističkih zemalja, odstupilo se od tih pravila jer je pretpostavka krivice bila proširena i na ne-

¹ U tom smislu Mihajlo Vuković (1956, 179) tvrdi: „Kriterij dokazane krivnje je najšira garancija za prometnu slobodu pojedinaca.“

² Suprotno: Ljubica Milutinović (2010, 61) smatra da za štetnika postoji oboriva pretpostavka odgovornosti.

³ Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ* 29/78, 39/85, 45/89 – Odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ* 31/93 i *Službeni list SCG* 1/03 – Ustavna povelja, čl. 263.

ugovornu odgovornost. Sistem pretpostavljene krivice usvojen je i u aktuelnom Građanskom zakoniku Ruske Federacije iz 1994. godine (GZ RF)⁴ i u zakonima o obligacionim odnosima svih bivših jugoslovenskih republika.

Prof. Konstantinović se u svojoj Skici za Zakonik o obligacijama i ugovorima od 1969. godine (Skica prof. Konstantinovića), nije ugledao na rešenje iz ondašnjih kodifikacija socijalističkih zemalja već je za neugovornu odgovornost očigledno imao u vidu primenu sistema dokazane krivice, koji je proizlazio iz tradicionalnog procesnog načela da je oštećeni, kao tužilac, dužan da dokaže sve uslove štetnikove odgovornosti (Konstantinović, čl. 123 st. 1). Redaktori jugoslovenskog ZOO iz 1978. godine (jugoslovenski ZOO) odstupili su od predloga iz Skice prof. Konstantinovića jer su i za neugovornu odgovornost predvideli sistem pretpostavljene krivice.⁵ Međutim, oslanjajući se, pre svega, na rešenje iz Skice prof. Konstantinovića, Komisija za pripremu Građanskog zakonika Republike Srbije, u objavljenom Prednacrtu građanskog zakonika Republike Srbije, Opšti deo i obligacioni odnosi⁶ predložila je da se za neugovornu odgovornost ponovo uspostavi sistem dokazane krivice,⁷ iako je aktuelni sistem pretpostavljene krivice u sudskoj praksi normalno funkcionisao preko 40 godina, a u pravnoj teoriji se skoro i nije dovodio u pitanje.

Sve to pokazuje da postoji potreba da se proanaliziraju, uporede i oce-
ne svi argumenti u vezi sa primenom sistema dokazane ili pretpostavljene
krivice kod neugovorne odgovornosti. Cilj ovog rada je da se, posle istraži-
vanja zasnovanog na primeni dogmatskog, normativnog i aksiološkog, ali i
istorijskog i uporednog metoda, predloži rešenje koje bi budućoj kodifikaciji
građanskog prava Srbije bilo najprimerenije.

2. ISTORIJSKI OSVRT

Kao i pretpostavke potrebne za nastanak subjektivnih prava uopšte, tako i pretpostavke neophodne za nastanak prava na naknadu štete treba da budu dokazive. Subjektivna prava često se ostvaruju protiv volje drugih lica

⁴ *Гражданский кодекс Российской Федерации, Части I, II и III, Кодексы Российской Федерации, Москва 2002, čl. 1064 st. 2.*

⁵ Jugoslovenski ZOO, čl. 154 st. 1.

⁶ Čl. 286 st. 1 Prednacrt građanskog zakonika Republike Srbije, Opšti deo i obligacioni odnosi (Druga verzija – radni tekst) – Prednacrt GZ RS, *Branik* 3/2018, Beograd, maj–jun 2019.

⁷ Prednacrt GZ RS, čl. 286 st. 1.

i zato onaj koji se poziva na svoje pravo može da ga u takvom slučaju ostvari samo ako sudu pruži nesumnjive dokaze o postojanju činjenica iz kojih izvodi svoje pravo. Dokaz je, dakle, pratilac prava, a u odnosu na ostvarenje prava njegov nužan korelat (Jakšić 1962, 248). Prema tome, svako ko tvrdi da ima neko subjektivno građansko pravo mora, ukoliko je ono sporno, u postupku njegovog ostvarenja, to pravo i da dokaže. Prilikom utvrđivanja postojanja određenog prava, njegov imalac dokazuje sve pretpostavke koje su potrebne za njegov nastanak. To važi i za ostvarivanje prava na naknadu štete, s tim što preovlađuje pravilo da za neugovornu (deliktanu) odgovornost oštećeni dokazuje sve njene uslove, uključujući i štetnikovu krivicu (sistem dokazane krivice),⁸ dok se u slučaju ugovorne odgovornosti pretpostavlja dužnikova krivica za štetu prouzrokovanu povredom ugovorne odnosno prethodno preuzete ili nastale obaveze.⁹ Dužnik može da se oslobodi odgovornosti ako dokaže da nije kriv,¹⁰ to jest ako obori pretpostavku svoje krivice (sistem pretpostavljene krivice). Sve su to klasična pravila koja izražava maksima: „Krivica dužnika se pretpostavlja, krivicu štetnika treba dokazati“ (Krulj 1959, 308; 1966, 71). Ipak, po ugledu na jugoslovenski ZOO, u svim bivšim jugoslovenskim republikama pretpostavlja se dužnikova odgovornost za štetu jer se propisuje da se on oslobađa takve odgovornosti ako dokaže da nije mogao da ispuni svoju obavezu, odnosno da je zakasnio sa ispunjenjem, zbog okolnosti nastalih posle zaključenja ugovora koje nije mogao da spreči, otkloni ili izbegne.¹¹

⁸ Arandelović (1921), § 1295 st. 1 austrijskog Građanskog zakonika – austrijski GZ; Verona (1970), § 823 nemačkog Građanskog zakonika – nemački GZ; Toroman, Arandelović (1976), čl. 41 švajcarskog Zakonika o obligacijama – švajcarski ZO.

⁹ Arandelović (1921), § 1298 austrijskog GZ; Verona (1970), § 282 nemačkog GZ; Toroman, Arandelović (1976), čl. 97 švajcarskog ZO.

¹⁰ U tom smislu se u čl. 97 st. 1 švajcarskog ZO (Toroman, Arandelović, 1976) propisuje: „Kada poverilac ne može da postigne izvršenje obaveze ili to može da učini samo delimično, dužnik je obavezan da naknadi štetu koja odatle proizađe, osim ako ne dokaže da mu se ne može pripisati nikakva krivica za to.“

¹¹ Jugoslovenski ZOO, čl. 263; slovenački Obligacijski zakon (Uradno prečišćeno besedilo), *Uradni list Republike Slovenije* 97/2007, čl. 240; crnogorski Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. list CG* 47/2008, 4/2011 – dr. zakon i 22/2017, čl. 270; hrvatski Zakon o obveznim odnosima, *Narodne novine* 35/05, 41/08, 125/11, 78/15 i 29/18, u članu 208 propisuje da obaveza prestaje „kad njeno ispunjenje postane nemoguće zbog okolnosti zbog kojih dužnik ne odgovara“; makedonski Zakon za obligacioni odnosi, Redakcijski prečišćeni tekstovi, *Služben vesnik na Republika Makedonija*, u članu 252 propisuje: „Dužnik se oslobađa odgovornosti za štetu ako dokaže da nije mogao da ispuni svoju obavezu, odnosno da je zadocnio sa ispunjenjem obaveze zbog izvanrednih okolnosti nastalih posle zaključenja ugovora, koje nije mogao da spreči, otkloni ili izbegne (viša sila).“

Podela građanskopravne odgovornosti na neugovornu i ugovornu zasnovana je na dualističkoj teoriji, dok se njoj suprotstavljena monistička teorija (teorija jedinstva krivice) toj podeli protivi. Međutim, iako na prvi pogled oštro suprotstavljene, odavno je primećeno da nijedna od pomenutih teorija nije potpuno tačna, a da je druga netačna, da ni obe teorije nisu tačne i da ni obe nisu netačne, odnosno da se ne može dati jedna njihova isključiva ocena (Perić 1953, 118). U tom smislu je nesporno da između neugovorne i ugovorne odgovornosti, naročito ako se posmatraju na jednom višem stepenu apstrakcije, postoje značajni zajednički elementi (neizvršenje obaveze, šteta, naknada štete, krivica),¹² kao što i, ako se posmatraju konkretna zakonska rešenja, između njih postoje i mnoge razlike (Krulj 1959, 302; 1966, 64).

Jedna od razlika između neugovorne i ugovorne odgovornosti jeste i razlika u dokazivanju krivice. Za tu razliku pojedini autori smatraju da je toliko značajna da je dovoljna da opravda razliku između neugovorne i ugovorne odgovornosti i kada druge razlike ne bi uopšte postojale (Perić 1953, 110). Ali, jedan manji broj pravnih pisaca pokušavao je da relativizuje i ospori tu razliku navođenjem slučajeva ugovorne odgovornosti u kojima se dužnikova krivica dokazuje, kao i slučajeva neugovorne odgovornosti u kojima se krivica štetnika pretpostavlja. U tom smislu se navodi da je još Planiol (Planiol) primetio da se pretpostavka krivice dužnika odnosi samo na pozitivne obaveze, u koje spadaju obaveze davanja (*dare*) i činjenja (*facere*), koje se povređuju negativnim držanjem, ali ne i na negativne obaveze, u koje spadaju obaveze nečinjenja ili propuštanja (*non facere*), koje se povređuju pozitivnim radnjama dužnika (Perić 1953, 110–111; Krulj 1959, 71–72; 1966, 71–72; Jakšić 1962, 249–250; Stojan Cigoj 1966, 271–272).¹³ Kod negativnih obaveza poverilac snosi teret dokazivanja dužnikove krivice jer se ne može zahtevati od dužnika da dokazuje da nije kriv za nešto negativno, što ne postoji (Perić 1953, 110–111; Krulj 1966, 72). Prema tome, umesto dokaza da je dužnik povredio negativnu obavezu, što je jedna negativna činjenica, poverilac treba da dokaže da je dužnik izvršio ono što mu je ugovorom bilo zabranjeno, odnosno jednu pozitivnu činjenicu.¹⁴ S druge strane, da bi se još

¹² Krulj (1959, 304) ukazuje na suštinsko jedinstvo građanske odgovornosti u pogledu njenog osnova i ciljeva, dok Perović (1968, 5) navodi da postoje elementi koji predstavljaju zajednički imenitelj za obe odgovornosti.

¹³ Cigoj (1972, 276) smatra da je teret dokaza obrnut, tj. da se krivica pretpostavlja kada su štete prouzrokovane propuštanjem, kao i da, kada je reč o štetama prouzrokovanih propuštanjem, nema razlike između ugovornih i neugovornih obaveza.

¹⁴ Dosledno svom stavu o jedinstvu krivice Plan, po navodu Krulja (1959, 308 fn. 30; 1966, 72 fn. 27), smatra da ne postoji razlika između ugovorne i neugovorne odgovornosti u pogledu tereta dokazivanja jer pozitivnih i negativnih obaveza ima i kod jedne i kod druge, tako da se isto pravilo primenjuje kako u oblasti ugovorne, tako i u oblasti deliktne odgovornosti. Međutim, s obzirom da pozitivne obaveze

jače osporila razlika između neugovorne i ugovorne odgovornosti u pogledu dokazivanja krivice, Perić, pozivajući se na Niboajea (Niboyet), ukazuje i na neke slučajeve u kojima se štetnikova krivica pretpostavlja i u slučaju neugovorne odgovornosti.¹⁵

U osporavanju kriterijuma za tu podelu građanskopravne odgovornosti, pojedini autori su primetili da ni sve pozitivne dužnikove obaveze ne podležu pravilu o prebacivanju tereta dokazivanja na dužnika. Kao ilustracija takvog stava navodi se podela ugovornih obaveza na obaveze rezultata i obaveze sredstva jer se pravilo o prebacivanju tereta dokazivanja na dužnika primenjuje samo na pozitivne obaveze koje imaju i karakter obaveza rezultata, što bi značilo da ono ne važi za pozitivne obaveze sredstva (Perić 1953, 111; Krulj 1959, 309; 1966, 73). U tom smislu je i Boris Vizner (1978, 649) primetio da nije tačna tvrdnja da, propisivanjem pretpostavke krivice, onaj dosadašnji čisto klasični kriterijum subjektivne odgovornosti po osnovi dokazane krivnje uopšte ne postoji.

Nesporna su, dakle, izvesna odstupanja i od pravila da se krivica dužnika kod ugovorne odgovornosti pretpostavlja i od previla da se krivica štetnika kod neugovorne odgovornosti dokazuje. To upućuje na zaključak da dolazi do izvesnog preklapanja između ugovorne i neugovorne odgovornosti u tom smislu što se pravilo koje važi za ugovornu primenjuje i na neugovornu odgovornost i obrnuto. Međutim, očigledno je da to preplitanje ne poništava razliku između ugovorne i neugovorne odgovornosti u snošenju tereta dokazivanja jer su pozitivne obaveze daleko brojnije i značajnije od negativnih (Perić 1953, 111; Krulj 1959, 309), kao što su, i u podeli pozitivnih obaveza na obaveze rezultata i obaveze sredstva, daleko češće i značajnije obaveze rezultata (Krulj 1959, 309; 1966, 73). Isto važi i za pravilo da oštećeni dokazuje štetnikovu krivicu, koje se, kao opšte pravilo, primenjuje na odgovornost za svoje radnje, dok se pretpostavka štetnikove krivice, kao izuzetak, posebno propisuje samo u pojedinim slučajevima i to, pre svega, onim gde se odgovara za radnje drugog (Perić 1953, 111). U tom smislu je i stav da razlika između ugovorne i neugovorne odgovornosti u teretu dokazivanja krivice u većini pravnih sistema nije izgubila značaj jer su u oblasti ugovornih odnosa najčešće pozitivne obaveze, među kojima preovlađuju obaveze rezultata,

preovlađuju u ugovornoj, a negativne u deliktnoj odgovornosti, Planiol je zaključio da poverilac nikada ne mora da dokazuje krivicu dužnika, a da oštećeni mora uvek da dokazuje krivicu štetnika.

¹⁵ Niboaje se poziva na odredbe francuskog GZ koje se odnose na odgovornost za stvari (čl. 1384 st. 1) i na odgovornost poslodavca za svoje zaposlene, roditelja za svoju decu, učitelja i zanatlije za svoje đake i učenike u privredi, ali i na štetu koju prouzrokuju životinje (čl. 1385) i građevine (čl. 1386).

tako da i teret dokazivanja, po pravilu, pada na dužnika, dok u oblasti deliktne odgovornosti taj teret, osim i izuzetnim slučajevima, po pravilu, pada na oštećenika (Krulj 1959, 309; 1966, 73).

Inače, razlika između sistema dokazane i sistema pretpostavljene krivice nije samo procesne prirode (Vuković 1956, 178; Brkić 1966, 252), odnosno nije samo pitanje subjektivnog tereta snošenja dokazivanja. Svaki od tih sistema nastao je kao izraz posebnih društvenih prilika, vladajućeg stava o slobodi pojedinaca i njihovom odnosu prema društvu, shvatanja pravičnosti i morala i potrebe za ublažavanjem različitih društvenih antagonizama (Vuković 1956, 178).

3. JUGOSLOVENSKO PRAVO U PERIODU PRE I POSLE DONOŠENJA ZAKONA O OBLIGACIONIM ODNOSIMA

U jugoslovenskom pravu je, pre donošenja ZOO, preovlađivao stav da u slučaju neugovorne odgovornosti (Blagojević 1939, 294–295; Perić 1953, 110; Konstantinović 1959, 179; Krulj 1959, 308, 321; 1966, 71), odnosno šteta prouzrokovanih pozitivnim radnjama (Krulj 1959, 321; 1966, 91; Jakšić 1962, 249; Cigoj 1972, 276), oštećeni treba da dokaže sve uslove takve odgovornosti, uključujući i štetnikovu krivicu. Takav sistem je bio uslovljen rešenjima sadržanim u građanskim zakonicima koji su primenjivani na određenim pravnim područjima Kraljevine Jugoslavije¹⁶ i pravnim pravilima iz tih zakonika koja su, u jugoslovenskoj državi stvorenoj posle Drugog svet-skog rata, primenjivana na osnovu Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije.¹⁷

Ipak, treba imati u vidu da odredba iz § 801 srpskog GZ nije sledila odgovarajuću odredbu iz § 1295 st. 1 austrijskog OGZ kojom je propisano: „U sumnji važi pretpostavka da je šteta postala bez krivice drugoga.“¹⁸ Naprotiv, u § 801 srpskog GZ najpre se ponavlja odredba iz njegovog § 31, kojim se propisuje: „ko drugome štetu pričini dužan je za to naknadu dati“, a potom se posebno dodaje: „od naplate učinjene štete samo ko onda osloboditi može, ako dokaže, da šteta nije njegovom krivicom, no se slučajno dogodila“. Ovim poslednjim pravilom u srpskom GZ je nedvosmisleno i na opšti način bio

¹⁶ Arandžević (1921), § 1295, st. 1.

¹⁷ *Službeni list FNRJ* 86 od 25. oktobra 1946.

¹⁸ Ipak, oštećenikova pozicija u dokazivanju krivice olakšana je odredbom § 1297, po kojoj se pretpostavlja da je svaki razuman čovek sposoban da bude u tolikom stepenu marljiv i pažljiv koliko to ljudi običnih sposobnosti mogu da postignu.

ustanovljen princip pretpostavljene štetnikove krivice. Upravo zbog toga srpski GZ nije iz austrijskog OGZ preuzeo ni odredbu kojom se u slučaju ugovorne odgovornosti ustanovljava princip pretpostavljene dužnikove krivice.¹⁹ Čini se, dakle, da se Jovan Hadžić, redaktor srpskog GZ, svesno opredelio za opšti princip pretpostavljene krivice. Deo srpske pravne teorije podržao je takvo rešenje (Arandelović 1923, 23; Novaković 1941, 201 i 203),²⁰ navodeći da je za oštećenog često vrlo teško da dokaže štetnikovu krivicu, zbog čega bi i njegovo pravo na naknadu štete bilo neostvarljivo (Arandelović 1923, 23). Uz to se navodi i da nema opravdanja za različito postupanje prema dužniku, koje bi zavisilo od toga da li duguje prema pravilima neugovorne ili ugovorne odgovornosti.²¹ Zbog svega toga se ne može prihvatiti stav da su paragrafi 31, 800 i 801 rezultat neuspelog prevoda austrijskog OGZ (Ačanski 1983, 61) jer se njima zaista nedvosmisleno izražavalo opredeljenje redaktora srpskog GZ za opšti princip pretpostavljene krivice, koji se, iako nevešto sročćen, odnosio na sve slučajeve odgovornosti za štetu. Isto tako, ne može se prihvatiti ni stav da je praksa Kasacionog suda uvek potvrđivala zaključak o neuspehom prevodu jer je i prema navodu autora ta praksa bila podeljena (Ačanski 1980, 114–115).

U Predosnovi Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju (Predosnova) iz 1934. godine preuzeta su rešenja iz austrijskog OGZ, tako da su i u njoj bili usvojeni sistem dokazane krivice kod neugovorne²² i sistem pretpostavljene krivice kod ugovorne odgovornosti.²³ Slično rešenje predloženo je u Skici prof. Konstantinovića samo za neugovornu,²⁴ dok je ugovorna odgovornost značajno pooštrena.²⁵ Međutim, preokret se dogodio u završnoj fazi izrade jugoslovenskog ZOO jer je, ustanovljavanjem pretpostavke štetnikove

¹⁹ Arandelović (1921), § 1298: „Ko navodi da je u ispunjenju svoje ugovorne ili zakonske obaveze bio sprečen bez svoje krivice, taj treba to da dokaže.“

²⁰ Karanikić Mirić (2009, 946) smatra da je odredba iz § 801 srpskog GZ „nevešto sročćena“, ali ne spori da se njome uvodi opšta pretpostavka štetnikove krivice.

²¹ U tom smislu i Novaković (1941, 200) navodi: „To bi bila ćud bez pobuda, Zakonska besmislenost.“

²² Predosnova, § 1243: „U sumnji važi predmnjeva, da je šteta postala bez krivnje drugoga.“

²³ Predosnova, § 1245: „Ko navodi, da u ispunjenju svoje ugovorne ili zakonske obaveznosti bio sprečen bez svoje krivnje, taj treba to da dokaže.“

²⁴ Skica, čl. 123 st. 1: „Ko drugome prouzrokuje štetu svojom krivicom dužan je naknaditi je.“

²⁵ Skica, čl. 208: „Dužnik se oslobađa obaveze da naknadi štetu ako dokaže da je bio sprečen da ispuni svoju obavezu nekim slučajem više sile, ili kojim drugim stranim uzrokom za koji on ne odgovara.“

krivice, i neugovorna odgovornost pooštrena.²⁶ Ta pretpostavka je afirmisana i u sudskoj praksi i u pravnoj teoriji, a dovedena je u pitanje u objavljenom Prednactru GZ RS iz 2019. godine.²⁷

4. SISTEM DOKAZANE KRIVICE

U sistemu dokazane krivice, oštećeni snosi teret dokazivanja štetnikove krivice, ali i ostalih uslova (šteta i uzročna veza) koji su neophodni za nastanak prava na naknadu štete. U tom smislu se i propisuje da u sumnji važi pretpostavka da je šteta nastala bez krivice drugoga,²⁸ što znači da štetnik ne odgovara ako se njegova krivica ne dokaže. Prema tome, samo ukoliko oštećeni kao tužilac, uz ostale pretpostavke, dokaže i krivicu štetnikovu, sud će naložiti štetniku da nadoknadi štetu. Nasuprot oštećenom, štetnik u parnici nema šta da dokazuje, osim ako je propisano drugačije, ali može pravo oštećenog da osporava.

Takav sistem je, pre svega, u skladu sa svrhom i suštinom prava koje, kao sredstvo usmereno na očuvanje datog pravnog poretka, polazi od nepromenljivosti društvenih odnosa (Ačanski 1983, 60). U slučaju promene društvenih odnosa, strana koja tvrdi da je nastala promena, to jest obaveza za drugu stranu, mora to i da dokaže, osim ako je postojanje obaveze unapred utvrđeno, jer bi u tom slučaju obavezno lice moralo da dokazuje razloge njenog prestanka. Iz toga sledi da u slučaju neugovorne odgovornosti oštećeni mora da dokazuje skrivljeno ponašanje štetnika, dok u ugovornoj odgovornosti dužnik mora da dokazuje da nije kriv u odnosu na razlog neizvršenja već postojeće obaveze (Ačanski 1983, 60).

Veoma čvrst oslonac ima sistem dokazane krivice i u opšteprihvaćenom principu procesnog prava da teret dokazivanja leži na tužiocu,²⁹ odnosno da je na tužiocu da dokaže.³⁰ Tužilac je, dakle, taj koji dokazuje činjenični osnov svoje tužbe odgovarajućim dokaznim sredstvima, a na tuženom je da osporava navode i dokaze tužioca. To je, inače, smisao i suština klasičnog raspravnog načela. U tom smislu se i u Zakonu o parničnom postupku Republike Srbije propisuje subjektivni teret dokazivanja: „Stranka je dužna da iznese

²⁶ Jugoslovenski ZOO, čl. 154 st. 1.

²⁷ Prednactr GZ RS, čl. 295 st. 1.

²⁸ Arandelović (1921), §1296.

²⁹ *Actori incubit onus probandi*. (Sec. C. J. 4, 30, 10), Stojčević, Romac (1989, 50).

³⁰ *Actori incubit probatio*. (Sec. C. J. 4, 30, 109), Stojčević, Romac (1989, 50); Građanski (1964, 4).

činjenice i predloži dokaze na kojima zasniva svoj zahtev ili kojim osporava navode i dokaze protivnika, u skladu sa ovim članom.³¹ „Ako sud na osnovu izvedenih dokaza ne može sa sigurnošću da utvrdi neku činjenicu (čl. 8), o postojanju činjenice primeniće pravila o teretu dokazivanja“³² (objektivni teret dokazivanja). Prema tim pravilima, stranka koja tvrdi da ima neko pravo snosi teret dokazivanja činjenice koja je bitna za nastanak ili ostvarivanje prava, ako zakonom nije drugačije određeno, dok stranka koja osporava postojanje nekog prava snosi teret dokazivanja činjenice koja je sprečila nastanak ili ostvarivanje prava ili usled koje je pravo prestalo da postoji, ako zakonom nije drugačije određeno.³³

Sistem dokazane štetnikove krivice je i neposredan izraz ustanove samoopredeljenja pravnih subjekata, kojom se veoma prihvatljivo izražava njihov položaj, podjednako u cirkulaciji dobara i odgovornosti za štetu (Vuković 1971, 168; 1966, 5). U oblasti cirkulacije dobara ustanova samoopredeljenja se izražava u slobodi ugovaranja, dok se kod odgovornosti za štetu ona izražava u sistemu dokazane krivice, po kome niko ne može odgovarati za štetu dok je ne prizna ili dok mu se krivica ne dokaže (Vuković 1966, 5). U takvom sistemu se ne postavlja opšta dužnost nenanošenja štete drugome već je svako dužan da sam pazi na svoja dobra i na svoje ponašanje (Ačanski 1980, 32; 1983, 60). Ko tvrdi da je radnjom drugoga pretrpeo štetu, mora dokazati i njegovu krivicu (Ačanski 1980, 32; 1983, 60).

U prilog sistema dokazane krivice navodi se i to što čovek, po pravilu, ne čini svesno protivpravnu radnju i zato oštećeni treba da dokaže odstupanje od normalnog, to jest štetnikovu krivicu (Jakšić 1962, 249).

Sistemu dokazane krivice pogodovalo je i ranije jugoslovensko procesno pravo, koje se povoljno odražavalo na procesnu poziciju oštećenog. To se posebno odnosi na usvojenu kombinaciju istražnog i raspravnog načela, koja je sudu davala vodeću ulogu u prikupljanju i formiranju procesnog materijala. Prilikom dokazivanja, oštećeni nije bio prepušten samom sebi, budući da je i sud svoja nastojanja usmeravao u pravcu raščišćavanja i istinitog utvrđivanja činjenica koje su za odluku bile važne (Machiedo 1966, 46–47).

Istorijski posmatrano, sistem dokazane krivice afirmisao se i odgovarao kapitalističkim proizvodnim odnosima u doba najliberalnijeg kapitalizma, kada je princip samoodređenja, odnosno sloboda privređivanja bila skoro

³¹ Zakon o parničnom postupku – ZPP, *Službeni glasnik Republike Srbije* 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US, 55/2014, 87/2018 i 18/2020 – srpski ZPP, čl. 228.

³² ZPP, čl. 231 st. 1.

³³ ZPP, čl. 231 st. 2 i 3.

apsolutna i ograničena jedino ekonomskim zakonima tržišta (Ačanski 1980, 32; 1983, 60), čime se udovoljavalo i zahtevu ranoburžoaskog društva za najširoom slobodom individualnih aktivnosti. Upravo je taj sistem, svojim subjektivizmom, najmanje ograničavao slobodu individualnih aktivnosti, odnosno obezbeđivao je njene najšire granice (Vuković 1956, 179; Ačanski 1980, 32; 1983, 60).

Sistem dokazane krivice u oblasti neugovorne odgovornosti došao je do punog izražaja u svim buržoaskim kodifikacijama građanskog prava, s tim što se, u vidu izuzetka, u svim tim kodifikacijama, naročito u pojedinim slučajevima odgovornosti za drugog, predviđa i pretpostavljena krivica (Vuković 1956, 182). Uz to, oštrina sistema dokazane krivice je jednom odredbom austrijskog OGZ znatno ublažena.³⁴ U francuskom pravu je, jednom odlukom Kasacionog suda,³⁵ dato novo tumačenje alineje 1 člana 1384 francuskog GZ, kojim je, umesto pretpostavke krivice, ustanovljena pretpostavka odgovornosti onoga ko u svojoj vlasti ili pod svojim nadzorom ima neku stvar ili neko lice,³⁶ dok se u nemačkom pravu sudska praksa služila dokaznim olakšicama u vidu tzv. obrtanja tereta dokazivanja (*Beweishastumkehr*), tako da je štetnik stavljan u poziciju da u određenim slučajevima dokazuje da nije kriv.³⁷

Interesantan je i stav pojedinih autora koji su, zalažući se za zadržavanje sistema dokazane krivice, smatrali da su razlozi koji opravdavaju primenu sistema pretpostavljene krivice u deliktnoj odgovornosti velikim delom otpali (Makiedo 1966, 46). Kao razlog se navodi širenje objektivne odgovornosti, zbog kojeg je sistem pretpostavljene krivice gubio značaj jer se područje njegove primene sužavalo (Makiedo, 1966, 46).³⁸ Čini se, ipak, da to nije stvarni argument protiv sistema pretpostavljene krivice jer objektivna odgovornost ni u čemu nije menjala pravila subjektivne odgovornosti za štetu već ih je samo dopunjavala (Ačanski 1980, 35).

³⁴ Odredbom § 1298 propisano je da se pretpostavlja da je svaki razuman pojedinac u stanju da ispolji opreznost i pažljivost čoveka prosečnih sposobnosti (Arandelović 1921).

³⁵ Cour de Cassation, Chambre civile, 16.06.1896, *Teffaine*, Dalloz Periodique 1897, 1, 433 conclusions Sarrut, note Saleilles, navedeno prema: Karanikić Mirić (2009, 947 fn. 29).

³⁶ Karanikić Mirić (2009, 947 i tamo navedena literatura). U istoj napomeni se navodi da je nakon pomenute odluke Kasacionog suda u francuskom pravu prihvaćena objektivna odgovornost.

³⁷ Neke dokazne olakšice su 2013. godine ozakonjene u § 630h nemačkog GZ.

³⁸ I Karanikić Mirić (2009, 955-956) smatra da se sa pojavom odgovornosti koja se zasniva na principu *causae* isključuje potreba za odgovornošću koja bi bila zasnovana na pretpostavljenoj krivici.

U prilog sistema dokazane krivice navodi se i opredeljenje Evropske grupe za odštetno pravo u Principima evropskog odštetnog prava objavljenim 2005. godine (Karanikić Mirić 2009, 948). U Principima je predviđena mogućnost da se teret dokazivanja krivice, odnosno njenog nepostojanja, prebaci na štetnika ako njegova delatnost stvara povećanu opasnost štete.³⁹ U tom slučaju sud bi bio ovlašćen da pretpostavi štetnikovu krivicu (Karanikić Mirić 2009, 948). Takvo rešenje je, međutim, odavno prevaziđeno jer se u savremenom pravu, za štete prouzrokovane delatnostima koje stvaraju povećanu opasnost štete, u vidu izuzetka od opšteg pravila ili na opšti način, propisuje odgovornost koja postoji nezavisno od krivice.

S druge strane, sistemu dokazane krivice prigovara se da omogućuje da se latentna suprotnost između društva i pojedinaca, odnosno između društvenog i pojedinačnog interesa, razvija preko granica normale jer prekomerno podstiče čovekovo samoopredeljenje na teret društva (Vuković 1966, 5; 1971, 169). Time se remeti normalna suprotnost između društva i pojedinaca, što usporava i progres društva (Vuković 1966, 5; 1971, 169). Otuda je preteran stav da je taj argument, već sam po sebi, dovoljan da se sistem dokazane krivice eliminiše iz poretka (Vuković 1966, 5; 1971, 169).

Sistem dokazane krivice pogodan je za štetnike kada se brane od odgovornosti za štetu, a nepogodan je za oštećene koji traže da im se nadoknadi šteta jer celokupan teret dokazivanja štetnikove odgovornosti (Vuković 1971, 161), kao i svi slučajevi nedokazanih krivica, padaju na oštećenog (Ačanski 1983, 60). On favorizuje štetnike, posebno kapitaliste i preduzetnike, kojima se, na osnovu opšteprihvaćenog principa ranoburžoaskog prava da je dozvoljeno sve što nije zabranjeno, obezbeđuje najšira sloboda individualne aktivnosti (Ačanski 1983, 60).

Posebno se naglašava to što je dokaz štetnikove krivice često veoma težak (Arandelović 1923, 23; Vuković 1956, 181; Ačanski 1983, 65),⁴⁰ ponekad nepouzdan (Ačanski 1983, 65), a u izvesnim slučajevima i nemoguć (Perić 1953, 110; Vuković 1956, 179; Vuković 1966, 6; Dragoljub Stojanović 1966, 17), što utiče na sužavanje štetnikove odgovornosti (Brkić 1966, 252) jer odgovornosti izmiču svi nepoznati uzroci štete (Perić 1953, 110; Ačanski 1983,

³⁹ Principles of European Tort Law, Article 4:201(1). *The European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, Text and Commentary*. 2005. Wien: Springer, 90–91, navedeno prema: Karanikić Mirić (2009, 955–956).

⁴⁰ Imajući u vidu težak položaj oštećenog, Stojanović (1966, 17) zaključuje da „umesto da se oštećenom pomogne kada se nađe u situaciji da pretrpi štetu, njemu se nameće jedna vrlo teška obaveza, da dokaže da je njegov protivnik, koga u životu nikada nije video, čije sposobnosti ne poznaje, a još manje poznaje ponašanje, kao i druge okolnosti slučaja, postupao sa krivicom“.

60), odnosno sve štete za koje se krivica nije mogla dokazati (Vuković 1966, 6). U tom smislu se i zaključuje da u borbi protiv šteta nastaju praznine, koje se isključivom primenom sistema dokazane krivice ne mogu popuniti (Vuković 1966, 6; Jakšić 1962, 251).

Osim toga, tom sistemu se prigovara da predstavlja kočnicu za dalji napredak (Jakšić 1962, 251) i da utiče negativno na progres društva jer ne stimuliše usavršavanje proizvodnih sredstava (Vuković 1966, 7). Naime, u sistemu dokazane krivice, štetnici-poslodavci se boje samo krivice koja se može dokazati, a ne i same štete, tako da se prema kvalitetu proizvodnih sredstava mogu ophoditi i pasivno (Vuković 1966, 7).

Zbog svih tih slabosti, odavno je predloženo napuštanje sistema dokazane krivice, s tim što se ističe da takvo gledište podržava i legislativna praksa koja pokazuje odumiranje tog sistema. U tom smislu je još početkom 19. veka u austrijskom OGZ bio predviđen 21 slučaj odsupanja od sistema dokazane krivice (Vuković 1966, 8), a u pojedinim zemljama se od tog sistema odstupilo i u oblasti šteta koje potiču od opasnih stvari i pravnih lica. Sve to upućuje na zaključak da je sistem dokazane krivice pošao linijom odumiranja i da je njegova uloga u borbi protiv šteta dotrajala (Vuković 1966, 8).

5. SISTEM PRETPOSTAVLJENE KRIVICE

U sistemu pretpostavljene, kao i u sistemu dokazane krivice, zahtevaju se isti uslovi odgovornosti, s tim što se međusobno razlikuju samo u dokazivanju krivice. Naime, iako je krivica i dalje ostala jedan od uslova štetnikove odgovornosti, položaj oštećenog je znatno olakšan (Vuković 1956, 182)⁴¹ jer se štetnikova krivica pretpostavlja, tako da on snosi teret dokazivanja da za prouzrokovanu štetu ne snosi krivicu. U tom smislu odavno je bio iskazan stav da i u vanugovornim odnosima prednost treba dati pretpostavljenoj krivici (Jakaša 1977, 141).

Pretpostavka štetnikove krivice neposredno proizlazi iz opšte zabrane prouzrokovanja štete drugome (*neminem leadere*), koja se, po ugledu na jugoslovenski ZOO,⁴² reprodukuje i u Prednacrtnu GZ RS iz 2019. godine.⁴³ Iz te zabrane zaista proizlazi da je svako prouzrokovanje štete zabranjeno i

⁴¹ U tom smislu i Karanikić Mirić (2009, 942) konstatuje da oboriva zakonska pretpostavka štetnikove krivice ima za posledicu olakšanje materijalnopravnog i procesnopravnog položaja oštećenika.

⁴² Jugoslovenski ZOO, čl. 16.

⁴³ Prednacrt GZ RS iz 2019, čl. 13.

da povlači odgovornost, s tim što bi štetnik mogao da se oslobodi odgovornosti ako dokaže da je u konkretnom slučaju postupao sa odgovarajućom pažnjom. Međutim, uprkos tom principijelnom opredeljenju, redaktori Prednacrtu GZ RS iz 2019. godine opredelili su se, tek na samom kraju svog rada i bez ozbiljnije argumentacije, da napuste sistem pretpostavljene i vraćanje na sistem dokazane krivice.

Princip pretpostavljene krivice za neugovornu odgovornost predviđen je prvi put u GZ RSFSR od 1922. godine,⁴⁴ kao prve zemlje koja je započela izgradnju novih socijalističkih odnosa, čiju osnovu je predstavljala državna socijalistička svojina. Bio je predviđen i u mađarskom GZ,⁴⁵ OGZGSP SSSR,⁴⁶ odnosno GZ RSFSR iz 1964. godine,⁴⁷ kao i u građanskim zakonicima bivših istočnoevropskih socijalističkih zemalja.⁴⁸ Isti sistem je usvojen i u aktuelnom GZ RF⁴⁹ i u zakonima o obligacionim odnosima svih bivših jugoslovenskih republika.

Pretpostavku štetnikove krivice, koja je bila predviđena GZ RSFSR iz 1922. godine, ruska pravna teorija obrazlagala je razlozima pravičnosti prema oštećenome, kao i opštom tendencijom tadašnjeg rusko-sovjetskog prava da se iz njega eliminišu subjektivni elementi (Agankov *et al.* 1948, 423). Međutim, kada je u bivšim socijalističkim zemljama osnovna svojinska kategorija postala socijalistička (kolektivna) državna ili društvena svojina, u oblasti građanskopravne odgovornosti propisana je i opšta dužnost nenanošenja štete

⁴⁴ *Гражданский кодекс РСФСР* (1922), Москва (1956, 112), čl. 403: „Onaj koji povredi ličnost ili imovinu drugoga obavezan je nadoknaditi prouzrokovanu štetu. On se oslobađa ove odgovornosti ako dokaže da nije mogao sprečiti štetu, ili da je bio ovlašćen na pričinjavanje štete, ili da je šteta nastala kao posledica namere ili grube nepažnje samog oštećenog.“

⁴⁵ Đetvai, Singulinski (1961, 86), § 339 st. 1: „Lice koje drugom prouzrokuje štetu svojom protivpravnom radnjom dužno je da štetu naknadi. On se oslobađa odgovornosti ako dokaže da je u cilju otklanjanja štete preduzeo sve što se u datoj situaciji uopšte može očekivati.“

⁴⁶ Radišić (1963, 35), čl. 88 st. 1 i 2: „Štetu pričinjenu ličnosti ili imovini građanina, kao i štetu pričinjenu organizaciji, naknađuje u punom obimu lice koje je štetu prouzrokovalo. Štetnik se oslobađa odgovornosti za naknadu štete ukoliko dokaže da je šteta nastala bez njegove krivice.“

⁴⁷ Radišić (1965, 109), čl. 444 st. 1 i 2: „Štetu pričinjenu ličnosti ili imovini građana, kao i štetu pričinjenu organizaciji, naknađuje u punom obimu lice koje je štetu proizrokovalo. Štetnik se oslobađa odgovornosti za naknadu ukoliko dokaže da je šteta nastala bez njegove krivice.“

⁴⁸ Meloun (1965, 82), § 420 st. 1 i 2; Suprotno: Knih (1966, 88), čl. 415.

⁴⁹ *Гражданский кодекс Российской Федерации*, Части I, II и III, Кодекси Российской Федерации, Москва 2002, čl. 1064 st. 2: „Lice koje pričinji štetu oslobađa se obaveze naknade ako dokaže da šteta nije pričinjena njegovom krivicom. Zakonom se može predvideti naknada štete i u odsustvu štetnikove krivice.“

drugome,⁵⁰ pri čemu se, prema svemu sudeći, pre svega imala u vidu veoma izražena potreba za zaštitom socijalističke svojine, koja je prerasla u dominantan i najznačajniji svojinski oblik.⁵¹ S obzirom na to da je prouzrokovanje štete predstavljalo i povredu opšte dužnosti nenanošenja štete drugome, u građanskim zakonicima bivših istočnoevropskih socijalističkih zemalja bila je ustanovljena i pretpostavljena krivica kao opšti osnov odgovornosti.

Pojedini autori su u pretpostavci štetnikove krivice prepoznali težnju da se njome olakša položaj oštećenika, odnosno da se teret oslobađanja od odgovornosti prebaci na štetnika (Cigoj 1995, 316).⁵² Pretpostavkom štetnikove krivice njegova odgovornost za štetu se proširuje (Brkić 1966, 252), tako da je taj metod prebacivanja tereta dokazivanja sa oštećenog na štetnika, sa gledišta materijalnog prava, nesumnjivo značio napredak (Stojanović 1966, 17). U prilog pomenutom proširenju štetnikove odgovornosti navodi se da je sasvim opravdano i da ima duboke razloge jer je došlo vreme da se ceo problem obeštećenja rešava na prvom mestu iz aspekta zaštite interesa oštećenog, a ne štetnika (Loza 1966, 274). Opređeljujući se za sistem pretpostavljene krivice, Jakaša se pita zašto bi oštećeni, koji trpi štetu, morao da dokazuje da je štetnik za tu štetu kriv (Jakaša 1979, 60), a Blagojević zaključuje da ima više razloga da se od onoga koji je štetu prouzrokovao traži da dokaže da nije kriv nego da se od oštećenika traži da dokazuje štetnikovu krivicu (Blagojević 1966, 305).

Prednost sistema pretpostavljene krivice dolazi do izražaja i u ostvarivanju funkcija odgovornosti. Nesporno je da se primenom sistema pretpostavljene krivice pojačava zaštitna funkcija odgovornosti (Ačanski 1980, 4; 1983, 64), koja je njena najznačajnija, ali i osnovna (primarna) funkcija (Ačanski 1980, 4). Odštetna i kaznena funkcija, kao sekundarne, primenjuju se tek ukoliko zaštita ne dovede ili ne može da dovede do željenog rezultata (Ačanski 1980, 4).

⁵⁰ U Poljskoj i Mađarskoj je bila propisana uopštena dužnost svih građana da štite društvenu svojinu od štete koja bi na njoj mogla nastati (Knih 1966, 36), čl. 127 § 1; Đetvai, Sigulinski (1961, 43–44), § 175. U tom smislu i Radišić (1963, 4), čl. 6 st. 1. Zabranu prouzrokovanja štete sadržao je i čehoslovački GZ, u kojem je bilo propisano da je svako lice dužno da postupa tako da ne nastupi šteta na zdravlju i na imovini i ne dođe do neopravdane imovinske koristi na štetu društva ili pojedinca (Meloun 1965, 81), § 415.

⁵¹ U tom smislu Ačanski (1983, 61) navodi da se opšte pravilo o dužnosti nenanošenja štete drugome postavlja, pre svega, sa ciljem zaštite socijalističkog načina proizvodnje.

⁵² I Slobodan Perović (2011, 74) smatra da je pravilo o pretpostavljenoj krivici inspirisano, pre svega, „motivom što veće zaštite oštećenog i što većom težnjom za premeštanjem težišta te zaštite sa krivice na integralnu zaštitu“.

Na potrebu pooštavanja štetnikove odgovornosti uticao je i odavno izraženi stav pravne teorije da treba približiti subjektivnu i objektivnu odgovornost kako bi između njih bilo što manje praktičnih razlika (Jakšić 1952, 427). To njihovo približavanje bilo bi ostvareno ako bi se za ustanovljavanje krivice (onde gde je ona potrebna) primenjivao sistem pretpostavljene krivice (Jakšić 1952, 427). U tom smislu, iskazan je i stav da bi sistem odgovornosti po osnovu krivice bio i mnogo efikasniji ako bi se teret dokazivanja krivice prebacio sa oštećenog na štetnika (Carić 1966, 330). Pretpostavku svoje krivice štetnik bi mnogo lakše mogao da obara ako nije kriv nego što bi oštećeno lice moglo da dokazuje štetnikovu krivicu,⁵³ što bi svakako omogućavalo da se u mnogo većem obimu realizuje i princip pravičnosti (Carić 1966, 330).

Princip *actori incubit probatio*, kao i prigovor procesualne protivu-rečnosti,⁵⁴ pristalice sistema pretpostavljene krivice osporavaju stavom da pitanje snošenja tereta dokazivanja nije iz domena procesnog već iz domena materijalnog prava, tako da treba da bude uređeno u okviru materije o naknadi štete (Jakšić 1952, 427; Građanski 1964, 7; Milutinović 2010, 54 i 64). Prema tome, ako je obligacionopravnom normom, kao propisom materijal-nopravnog karaktera, propisano da se štetnikova krivica pretpostavlja, onda se ne primenjuje načelo *actori incubit probatio*. U tom smislu i u srpskom ZPP je propisano da stranka koja tvrdi da ima neko pravo snosi teret dokazivanja činjenice koja je bitna za njegov nastanak ili ostvarivanje, ako zakonom nije drukčije određeno.⁵⁵ Pošto jugoslovenski ZOO propisuje pretpostavku štetnikove krivice, tu činjenicu oštećeni ne dokazuje, ali štetnik može dokazivati da njegova krivica ne postoji (Ačanski 1980, 188).

Interesantan je i Vukovićev stav da sistem dokazane krivice prekomerno podstiče čovekovo samoopredeljenje na račun društva, što se može shvatiti i tako da sistem dokazane krivice favorizuje pojedinačne (privatne), a sistem pretpostavljene krivice javne (društvene) interese. To bi bio pogrešan zaključak jer se pravnim propisima prvenstveno štite javni (opšti) interesi, a putem njih posredno i privatni interesi. Tek prilikom primene, odnosno vršenja prava, može se javiti sukob između načina na koji se pravo ostvaruje i javnog interesa. To znači da ne bi bila tačna tvrdnja da je pretpostavka

⁵³ U starijoj pravnoj teoriji se kao glavni razlog koji govori u prilog usvajanja sistema pretpostavljene krivice navodi težina dokazivanja štetnikove krivice od oštećenog (Arandelović 1923, 23; Vuković 1956, 181; T. Ačanski 1983, 65).

⁵⁴ Marton (1963, 1) smatra da bi nametanje obaveze tuženome da dokazuje da nije kriv značilo isto kao i kad bi se kod petitorne tužbe dokazivanje svojine prebacilo na tuženoga (držaoca) i kad bi se u nedostatku tog dokaza svojina priznavala tužiocu.

⁵⁵ Srpski ZPP, čl. 231 st. 2.

krivice u javnom, a pretpostavka nevinosti u privatnom interesu. Ali, može se postaviti pitanje da li je u javnom interesu da se dokazuje ili da se pretpostavlja krivica za naknadu štete, odnosno da li je u javnom interesu da teret dokazivanja krivice bude na oštećenom ili na štetniku.

Glavni problem u vezi sa krivicom je obična nepažnja, kao donji prag odgovornosti za štetu (Orlić 2009, 197), na koju se i odnosi pretpostavka krivice, dok se gruba nepažnja i namera, ukoliko se posebno zahtevaju, moraju uvek dokazati. Pretpostavka obične nepažnje je, u stvari, činjenica za koju se ne zna da li je nastupila, ali se uzima da jeste zato što je to slučaj po redovnom toku stvari i u javnom je interesu da postoji pravna sigurnost u njenom pogledu.

Primena sistema dokazane ili sistema pretpostavljene krivice u praksi sudova ne izaziva suštinsku razliku. Neposredna posledica pretpostavljene krivice jeste da sud samoinicijativno ne razmatra da li je štetnik postupao sa potrebnom pažnjom. Međutim, ako se njegova krivica pretpostavlja, štetnik će je izvesno skoro uvek osporavati, tako da će oštećeni morati dodatno da je obrazlaže. S druge strane, ako se dokazuje krivica štetnika, oštećeni će već u tužbi morati da je obrazloži i potkrepi dokazima, a štetnik će se truditi da ospori njegove navode. Sve to upućuje na zaključak da će teret dokaza biti podeljen, to jest da će i štetnik i oštećeni iznositi argumente za i protiv postojanja krivice i da će sud krivicu najčešće morati da utvrđuje i obrazlaže kako je utvrdio svoju odluku. Pri tome, u opredeljenju u vezi sa snošenjem tereta dokazivanja, opšte je poznato da je mnogo lakše dokazati postojanje nego nepostojanje neke činjenice. To znači da bi oštećenom bilo mnogo lakše da dokaže da krivica postoji nego štetniku da ne postoji. Međutim, to nije slučaj sa običnom nepažnjom, koja se svodi na nepostojanje potrebne pažnje, jer je upravo štetniku mnogo lakše da dokaže postojanje potrebne pažnje nego oštećenom njeno nepostojanje. Upravo je to i odlučan argument za pretpostavku nepažnje štetnika, čim se dokažu šteta i uzročna veza. Sve to upućuje na zaključak da je argument da krivicu kao osnov odgovornosti ne treba pretpostavljati mnogo slabiji od argumenata koji opravdavaju pretpostavku krivice jer ona štetniku nameće srazmerno lakši teret dokazivanja pozitivne činjenice (potrebne pažnje) i ni u čemu ga ne ograničava u procesnoj odbrani.

Pretpostavka štetnikove krivice nije se, posle donošenja jugoslovenskog ZOO, skoro uopšte dovodila u pitanje. Naprotiv, ona je, podržana od pravne teorije, dobila verifikaciju i u sudskoj praksi (Perović 2011, 142). Jedino je Perović iskazao izvesne rezerve, postavljajući pitanje da li je pravilom o pretpostavljenoj krivici Zakon potpuno odgovorio zahtevu praktičnog života i da li su jednakom optikom posmatrani interesi i oštećenog i štetnika (Perović 2011, 142).

U vezi sa rezervama koje je iskazao Perović, kako onom koja se odnosi na zahteve praktičnog života, tako i onom koja se odnosi na jednako uvažavanje interesa i oštećenog i štetnika, neophodna je, najpre, jedna sveukupna analiza položaja oštećenog i štetnika u obligacionom odnosu koji nastaje prouzrokoivanjem štete drugome. Takva analiza nedvosmisleno pokazuje da se oštećeni, već samim prouzrokoivanjem štete, ni kriv ni dužan, dovodi u daleko nepovoljniji položaj (Ačanski 1980, 200; 1983, 67), koji se ilustruje čitavim nizom ozbiljnih poteškoća, nelagodnosti i izdataka koji ga pogađaju.⁵⁶ Uz to, u sistemu dokazane krivice oštećeni snosi i celokupan teret dokazivanja. S druge strane, položaj štetnikov, posebno u sistemu dokazane krivice, neuporedivo je povoljniji jer ne snosi nikakav teret dokazivanja, to jest nema šta da dokazuje, tako da nakon prouzrokoivanja štete može da bude i potpuno pasivan (Ačanski 1983, 69; 1980, 197).

Ako se u tom kontekstu posmatra sistem pretpostavljene krivice, onda je očigledno da on potpuno odgovara zahtevima praktičnog života jer uvažava realnost, to jest veoma nepovoljan položaj u koji se oštećeni dovodi štetnikovom radnjom. Posebno je, sa stanovišta zahteva praktičnog života, značajno i to što su štetniku najbolje poznate sve okolnosti i činjenice u vezi s prouzrokoivanjem štete (Jakaša 1979, 60; Ačanski 1980, 201–203; 1983, 69), tako da mnogo lakše može da obori pretpostavku svoje krivice, odnosno da dokaže da je postupao onako kako je u datim okolnostima trebalo, što je, inače, jedan pozitivan dokaz,⁵⁷ nego što bi oštećeni mogao da dokaže krivicu štetnikovu, to jest da se nije ponašao onako kako je u datim okolnostima trebalo, što bi bio jedan dosta nepouzdan negativan dokaz. Sistem pretpostavljene krivice više pogoduje i zahtevu praktičnog života da sudske odluke budu zasnovane na što potpunije utvrđenom činjeničnom stanju (Ačanski 1983, 69), kako ravnomernom raspodelom tereta dokazivanja, tako i uključivanjem

⁵⁶ Ačanski (1983, 67): „šteta pogađa njegovu imovinu i on se prvi sa njom suočava, po pravilu bez njegovog delovanja i mimo njegovih svesti i volje. On je odmah dužan da uloži određene napore u pravcu njenog smanjenja i otklanjanja, dok se konačno ne reši pitanje naknade. Ostvarivanje prava na naknadu skopčano je, takođe, sa nizom daljih napora i neugodnosti, počev od ispitivanja uzroka štete i prikupljanja dokaza, preko odabiranja dovoljnog uzroka i oblasti odgovornosti određenog lica iz koje on potiče, obaveštenja odgovornog lica o šteti i postavljanja zahteva, pa sve do tužbe sudu, ukoliko do spora dođe. Sam sudski postupak vezan je dalje za neugodnosti druge vrste, kao što su predujmljivanje troškova, neizvesnost dužine trajanja i konačnog ishoda postupka, mogućnost njegovog daljeg odugovlačenja ulaganjem pravnih lekova i tako dalje. Neugodnosti mogu da se nastave i nakon pravnosnažne odluke, kroz eventualni postupak izvršenja, pa do nemogućnosti ostvarivanja sankcije usled insolventnosti odgovornog lica. Pored toga često je na kraju ostvarena naknada samo simbolična.“

⁵⁷ Krulj (1967, 118) smatra da se „negativan dokaz uopšte, pa prema tome i dokaz nepostojanja krivice, uvek svodi na pozitivan dokaz“.

u dokazivanje odlučnih činjenica i oštećenog i štetnika. Time se ostvaruje i načelo kontradiktornosti sudskog postupka (Ačanski 1983, 69). Uz to, za razliku od sistema dokazane krivice koji favorizuje interese štetnika, sistem pretpostavljene krivice, zbog ravnomernog raspoređivanja tereta dokazivanja, obezbeđuje da se jednakom optikom posmatraju interesi obe strane.

U Srbiji je dvoje naših uvažanih profesora osporilo aktuelni sistem pretpostavljene krivice. Orlić je, u zaključku svog članka, polazeći od apstraktnog poimanja pojma krivice, zaključio da je, na osnovu činjenice da je prouzrokovao štetu drugome, nepotrebno da se u sistem subjektivne deliktne odgovornosti unosi opšta pretpostavka o štetnikovoj krivici jer ona, u okvirima materijalnog građanskog prava, menja karakter odgovornosti, a na planu procesnog prava remeti primenu osnovnog načela da tužilac treba da dokaže sve što tvrdi (Orlić 2009, 198).

U prilog stavu o promeni karaktera odgovornosti Orlić navodi da prosuđivanje *in apstracto* objektivizuje krivicu i da uvođenje pretpostavke o krivici objektivizuje odgovornost (Orlić 2009, 198; Karanikić Mirić 2009, 957). Za prosuđivanje krivice *in apstracto* uopšte nije sporno da je skoro opšteprihvaćen način određivanja krivice u savremenom pravu i tako određenim pojmom krivice zaista se ona u izvesnom smislu objektivizuje (Orlić 2009, 198; Karanikić Mirić 2009, 957), s tim što krivica i dalje ostaje jedna od neophodnih pretpostavki štetnikove odgovornosti. Međutim, stav da se uvođenjem pretpostavke krivice, to jest samo drugačijim rasporedom tereta dokaza, objektivizuje i sama odgovornost, veoma je problematičan jer bi to značilo da se i u sistemu dokazane krivice, u kojem se krivica, takođe, prosuđuje *in apstracto*, odgovornost objektivizuje. Rečju, pošto se krivica u oba sistema prosuđuje *in apstracto*, bilo bi sasvim logično da se odgovornost objektivizuje i u sistemu dokazane krivice. Čini se, ipak, da se pretpostavkom štetnikove krivice ne objektivizuje njegova odgovornost jer odgovornost čiji osnov predstavlja krivica može biti samo subjektivna. S druge strane, ne stoji ni Orlićeva primedba da se pretpostavkom krivice remeti primena osnovnog načela da tužilac treba da dokaže sve što tvrdi jer se u vezi sa pomenutim procesnim načelom izričito propisuje da je ono dispozitivnog karaktera, tako da se primenjuje samo ako zakonom nije drukčije određeno.⁵⁸ Pošto je u srpskom pravu propisana pretpostavka štetnikove krivice, očigledno je da je naš zakonodavac stao na stanovište da ona ima svoje puno društveno i pravno opravdanje.

I Karanikić Mirić, polazeći od stava da su poteškoće u dokazivanju krivice bile glavni razlog za uvođenje zakonske pretpostavke krivice štetnika, navodi da su one, pre svega, vezane za njen subjektivni karakter (Karanikić Mirić

⁵⁸ Čl. 231 st. 2 srpskog ZPP.

2009, 954).⁵⁹ To je, međutim, način određivanja krivice koji je u savremenom građanskom pravu napušten, tako da se čini da ta primedba nije više aktuelna. Uz to, ona prigovara da se zabrinutost zbog poteškoća u dokazivanju krivice ne proteže i na poteškoće koje se mogu javiti kada treba dokazati da nema krivice (Karanikić Mirić 2009, 954), pri čemu se gubi iz vida da su štetniku najbolje poznate sve okolnosti i činjenice u vezi sa prouzrokovanjem štete i da on mnogo lakše može da obori pretpostavku svoje krivice, odnosno da dokaže da je postupao onako kako je trebalo, što je, inače, jedan pozitivan dokaz, nego što bi oštećeni mogao da dokaže krivicu štetnikovu, to jest da se nije ponašao onako kako je trebalo, što bi bio jedan dosta nepouzdan negativan dokaz. Osim toga, u sistemu dokazane krivice štetnik ne samo što može da ostane potpuno pasivan već može i da prikriva ili uništava dokaze o svojoj krivici da bi izbegao svoju odgovornost. Karanikić Mirić se osvrnula i na moguće nepravde zbog primene pretpostavke krivice, na koje je ukazao Ačanski, i izvela zaključak da se ideja o opštoj zakonskoj pretpostavci krivice zasniva na uverenju da je bolje nametnuti odgovornost i onome ko nije kriv nego dopustiti da oštećenik ostane bez naknade (Karanikić Mirić 2009, 955). Taj zaključak je, prema svemu sudeći, preteran jer je broj takvih slučajeva sigurno zanemarljiv. Štaviše, nama se čini da, upravo u sistemu dokazane krivice, broj slučajeva u kojima oštećeni ne uspeva da dokaže štetnikovu krivicu, iako je ovaj kriv, višestruko prevazilazi broj slučajeva u kojima je, u sistemu pretpostavljene krivice, oštećeni ostvario pravo na naknadu štete i od štetnika koji nije bio kriv. Ni prigovor da je težina dokazivanja jedini razlog za pretpostavku krivice i da, kao takav, ne može da stoji samostalno (Karanikić Mirić 2009, 955) nije prihvatljiv jer su u ovom delu rada upravo potencirane višestruke prednosti sistema pretpostavljene krivice.

Ipak, u jednom svom kasnijem radu Karanikić Mirić je značajno ublažila izloženo opredeljenje za vraćanje na sistem dokazane krivice jer je, ipak, ocenila da osnovne ustanove građanskog prava ne treba olako menjati (Karanikić Mirić 2019, 281) i da oni koji se zalažu za promenu treba za to da iznesu veoma ozbiljne razloge (Karanikić Mirić 2019, 281–282). Uz to, ona uviđa i da bi radikalna promena zakonske odredbe koja se primenjuje već četiri decenije imala i neke negativne posledice. Zbog toga je, ipak, bliža stavu da radikalnim promenama osnovnih ustanova obligacionog prava ne treba pribegavati ako postojeće pravilo, kao što je to slučaj sa pravilom o pretpostavljenoj krivici, u praksi nije stvaralo probleme (Karanikić Mirić, 282).

⁵⁹ Imajući u vidu upravo takav pojam krivice, Krulj smatra (1959, 310; 1966, 75) da bi ona značila „pretpostavku postojanja kako subjektivnih (umišljaj ili nehat), tako i objektivnih elemenata (pozitivan akt ili propuštanje), kao i da je teškoća obaranja takve pretpostavke o krivici očigledna.

6. ZAKLJUČNO RAZMATRANJE

Sistem dokazane krivice klasično je pravilo koje se reprodukuje u skoro svim kodifikacijama građanskog i obligacionog prava. Izraz je najliberalnijih ideja i najšire shvaćenog načela samoopredeljenja pojedinaca, svojstvenih ranoburžoaskom društvu. Kao sistem koji favorizujući štetnike remeti normalnu ravnotežu između društva i pojedinaca, zadržao se kao vladajući, uz brojna odstupanja, sve do danas.

Za sistem pretpostavljene krivice karakteristično je da predstavlja noviju tekovinu pravničke kulture. Predviđa se obično u vidu brojnih izuzetaka, a u mnogo manjoj meri kao opšte pravilo. Ima nesumnjive prednosti u odnosu na sistem dokazane krivice, od kojih se posebno ističu: obezbeđenje efikasnijeg ostvarivanja svih funkcija građanskopravne odgovornosti, jednako vrednovanje interesa oštećenog i štetnika, ravnomeran i pravičan raspored tereta dokazivanja, uvažavanje veoma nepovoljnog položaja u koji se oštećeni dovodi štetnikovom radnjom i donošenje sudskih odluka na osnovu što potpunije i tačnije utvrđenog činjeničnog stanja. Uz sve to, njime se štetniku nameće srazmerno lakši teret dokazivanja pozitivne činjenice (potrebne pažnje) i ni u čemu ga ne ograničava u procesnoj odbrani.

Treba napomenuti, bar u zaključnim napomenama, da jugoslovensko i obligaciono pravo svih bivših jugoslovenskih republika propisuju iz sličnih razloga i pretpostavku uzročnosti u odgovornosti za opasne stvari i opasne delatnosti, ali se ona uopšte ne osporava.

LITERATURA

- [1] Agankov, Bratus, Genkin Serebrovski-Škundrin. 1948. *Sovjetsko građansko pravo*, knjiga I, prevod, Beograd.
- [2] Arandelović, Dragoljub. 1921. *Prevod Austrijskog građanskog zakonika*. Beograd.
- [3] Arandelović, Dragoljub. 1923. *O odgovornosti za naknadu štete (Objašnjenje glave XXX Građanskog zakonika)*. Beograd.
- [4] Ačanski, Todor. 1980. *Pretpostavljena krivica kao osnov odgovornosti za štetu prema saveznom Zakonu o obligacionim odnosima*. Doktorska disertacija. Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.
- [5] Ačanski, Todor. 1–4/1983. *Pretpostavljena krivica kao opšti osnov odgovornosti za štetu*. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 31: 59–73.
- [6] Blagojević, Borislav T. 1939. *Posebni deo obligacionog prava – Ugovori, jednostrani pravni poslovi, građanskopravni delikti*. Beograd: IKP Geca Kon A.D.
- [7] Blagojević, Borislav T. 1966. Diskusija. 299–305. *Građanska odgovornost – Referati i diskusija sa Simpozijuma održanog 11. i 12. februara u Beogradu*. Redakcija: S. T. Arandelović. Beograd.
- [8] Brkić, Milan. 1966. Diskusija. 249–252. *Građanska odgovornost – Referati i diskusija sa Simpozijuma održanog 11. i 12. februara 1966. godine u Beogradu*. Redakcija S. T. Arandelović. Beograd.
- [9] Verona, Albert. 1970. *Nemački građanski zakonik – Opšti deo i obligaciono pravo*. Beograd.
- [10] Vizner, Boris. 1978. *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima. Knjiga I*, Zagreb.
- [11] Vuković, Mihajlo. 1956. *Obvezno pravo, Knjiga I, Uvod, odgovornost za štetu i ostale vanugovorne obveze*. Zagreb.
- [12] Vuković, Mihajlo. 5/1966. *Redukcija kriterija odgovornosti za štetu (Doprinos legislativnoj politici)*. *Pravni život* 15: 3–14.
- [13] Vuković, Mihajlo. 1971. *Odgovornost za štete*. Zagreb: Prosvjeta.
- [14] Građanski, Borislav. 1/1964. *Teret dokazivanja u parnici i naš Zakon o parničnom postupku*. *Glasnik advokatske komore u A. P. Vojvodini* 13: 1–12.
- [15] Гражданский кодекс РСФСР (1922). 1956. Москва. (Grazhdanskiy Kodeks RSFSR [1922]. 1956. Moskva).

- [16] Гражданский кодекс Российской Федерации. 2002. Части I, II и III, Кодекси Росийской Федерации, Москва. (Grazhdanskiy Kodeks Rossiyskoy Federatsii. 2002. Chasti I, II i III, Kodeksi Rossiyskoy Federatsii, Moskva)
- [17] Đetvai, Karolj, Ksenija Sigulinski. 1961. *Građanski zakonik Mađarske Narodne Republike*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- [18] Jakaša, Branko. 2-3/1977. Nekoliko pogleda na temelj imovinskopravne odgovornosti. *Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu* 109-143.
- [19] Jakaša, Branko. 6/1979. Nekoliko pitanja temelja vanugovorne odgovornosti u Zakonu o obveznim odnosima. *Naša zakonitost* 59-90.
- [20] Jakšić, Stevan. 4/1952. Osnovni principi naknade štete u našem pravu. *Arhiv za pravne i društvene nauke* 67: 420-433.
- [21] Jakšić, Stevan. 1962. *Obligaciono pravo. Opšti dio*. Sarajevo: IP Veselin Masleša.
- [22] Karanikić Mirić, Marija. 11/2009. Pretpostavka krivice – U građanskom pravu. *Pravni život* 57: 941-957.
- [23] Karanikić Mirić, Marija. 2019. Postjugoslovenski „život“ pravila o vanugovornoj odgovornosti u Srbiji. *Razvojne tendence v obligaciskem pravu – Ob 40-letnici Zakona o obligacijskih razmerjih*, ur. Damjan Možina. Ljubljana: Institut za primerjalno pravo.
- [24] Konstantinović, Mihailo. 1959. *Obligaciono pravo* (skripta). Beograd.
- [25] Konstantinović, Mihailo. 1966. Diskusija. 285-288. *Građanska odgovornost – Referati i diskusija sa Simpozijuma održanog 11. i 12. februara 1966. godine u Beogradu*. Redakcija: S. T. Arandelović. Beograd.
- [26] Konstantinović, Mihailo. 1969. *Obligacije i ugovori – Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*. Beograd: Pravni fakultet u Beogradu.
- [27] Krulj, Vrleta. 1967. *Promenjene okolnosti i ugovorna odgovornost (nemogućnost ispunjenja, viša sila, clausula rebus sic stantibus)*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- [28] Krulj, Vrleta. 2-3/1959. Vanugovorna (deliktna) i ugovorna odgovornost. *Arhiv za pravne i društvene nauke* 16: 301-321.
- [29] Krulj, Vrleta. 1966. Ugovorna i vanugovorna (deliktna) odgovornost. 59-92. *Građanska odgovornost – Referati i diskusija sa Simpozijuma održanog 11. i 12. februara u Beogradu*. Redakcija: S. T. Arandelović.
- [30] Loza, Bogdan. 1966. Diskusija. 272-275. *Građanska odgovornost – Referati i diskusija sa Simpozijuma održanog 11. i 12. februara u Beogradu*. Redakcija: S. T. Arandelović. Beograd.

- [31] Machiedo, Dimitar. 1966. Osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu. 31–57. *Građanska odgovornost – Referati i diskusija sa Simpozijuma održanog 11. i 12. februara 1966. godine u Beogradu*. Redakcija: S. T. Aranđelović, Beograd.
- [32] Marton, Geza. 1963. Versuch eines einheitlichen Systems der zivilrechtlichen Haftung. *Arhiv für die zivile stische Praxis*.
- [33] Meloun, Zdenko. 1965. *Prevod Građanskog zakonika Čehoslovačke Socijalističke Republike od 1964. godine*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- [34] Milutinović, Ljubica. 2010. Teret dokazivanja u parnicama za naknadu štete. *Obavezno osiguranje, naknada štete i obezbeđenje potraživanja*, ur. Z. Petrović. Beograd.
- [35] Novaković, Radivoje K. 1940. *Šteta i njena naknada po Marselu Planiolu i ostalim piscima*. Beograd.
- [36] Orlić, Miodrag V. 1–2/2009. Esej o krivici – u građanskom pravu. *Pravni život* 58: 179–198.
- [37] Perić, Boško K. 1–2/1953. O odnosu kontraktuelne i deliktne odgovornosti. *Arhiv za pravne i društvene nauke* 15: 108–119.
- [38] Perović, Slobodan. 4–5/1968. Naknada štete u svetlu ugovorne i deliktne odgovornosti. *Pravni život* 17: 3–16.
- [39] Perović, Slobodan. 2011. Predgovor. *Zakon o obligacionim odnosima sa Registrom pojmova*. Beograd: Službeni glasnik.
- [40] Radišić, Jakov. 1963. *Prevod Osnova građanskog zakonodavstva i građanskog sudskog postupka SSSR i saveznih republika*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- [41] Radišić, Jakov. 1965. *Prevod Građanskog zakonika RSFSR od 1964. godine*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- [42] Stojanović, Dragoljub. 1966. Osnov odgovornosti u građanskom pravu. 13–29. *Građanska odgovornost – Referati i diskusija sa Simpozijuma održanog 11. i 12. februara 1966. godine u Beogradu*. Redakcija: S. T. Aranđelović. Beograd.
- [43] Stojčević, Dragomir, Ante Romac (1989). *Dicta et regulae iuris – Latinska pravna pravila, izreke i definicije sa prevodom i objašnjenjima*. Beograd: Savremena administracija.
- [44] Carić, Slavko. 1966. Diskusija. 327–330. *Građanska odgovornost – Referati i diskusija sa Simpozijuma održanog 11. i 12. februara u Beogradu*. Redakcija: S. T. Aranđelović. Beograd.

- [45] Cigoj, Stojan. 1966. Diskusija. 268–272. *Građanska odgovornost – Referati i diskusija sa Simpozijuma održanog 11. i 12. februara 1966. godine u Beogradu*. Redakcija: S. T. Arandelović. Beograd.
- [46] Cigoj, Stojan. 1995. Član 154. Osnovi odgovornosti. 302–325. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, glavni redaktor Slobodan Perović. Beograd: Savremena administracija.
- [47] Cigoj, Stojan. 1972. *Odškodinsko pravo Jugoslavije*. Ljubljana: Časopisni zavod uradni list SR Slovenije.

Đorđe NIKOLIĆ, PhD

Associate Professor, University of Niš, Faculty of Law, Serbia

LEGAL PRESUMPTION OF FAULT IN THE SERBIAN LAW OF OBLIGATIONS

Summary

Subjective tort liability, or subjective non-contractual liability, presupposes damage, causation, and fault. All three conditions are to be proven by the injured party, because fault for damage is not presumed – the system of proven fault. Certain legal systems include a rebuttable presumption of fault, which transfers the burden of proof to the tortfeasor – the system of presumed fault. While the system of proven fault certainly prevails, the system of presumed fault is accepted in fewer legislations.

The paper gives a historical overview of the application of the system of proven fault as well as an exposition of the solutions in Yugoslav law before and after the adoption of the 1978 Law on Contracts and Torts, followed by a critical analysis of the systems of proven and presumed fault. After summing up their distinct features, in the conclusion the author emphasizes the advantages of the system where fault is presumed.

Key words: *Damage. – Non-contractual liability. – Proven fault. – Presumed fault. – Burden of proof.*

Article History:
Received: 13. 4. 2021.
Accepted: 7. 6. 2021.

UDK 28-747:336.7; 336.7:004

CERIF: S 123, S 141, S 180

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_21204A

Dr Ahmedin LEKPEK*

KRIPTOVALUTE U ISLAMSKOM FINANSIJSKOM SISTEMU KROZ PRIZMU ŠERIJATSKOG PRAVA

Kreiranjem kriptovaluta otpočela je nova era u evoluciji novca. U kriptovalutnom sistemu države nemaju primat nad monetarnim tokovima već se on nalazi u rukama učesnika u kriptovalutnom sistemu. Time je omogućena „demokratizacija“ novca, ali su otvorena i brojna pitanja koja je neophodno razrešiti kako bi se potpuno iskoristio potencijal kriptovaluta. Među njima se posebno ističu pitanja uključivanja kriptovaluta u monetarnu politiku, računovodstvenog i poreskog tretmana kriptovaluta i sprečavanja potencijalnih zloupotreba. Šerijatski stručnjaci se, pak, bave kriptovalutama sa aspekta njihove šerijatske valjanosti, u vezi sa čime postoje sledbenici doktrine o šerijatskoj neispravnosti kriptovaluta, s jedne strane, i sledbenici doktrine o šerijatskoj valjanosti kriptovaluta, s druge strane. U ovom radu ćemo analizirati tretman novca u islamskom učenju i praksi, koncepciju kriptovaluta, izazove njihove praktične primene i argumente koje u prilog svom stavu o šerijatskoj (ne)ispravnosti kriptovaluta iznose šerijatski stručnjaci.

Ključne reči: *Islamske finansije. – Šerijat. – Novac. – Kriptovalute. – Blok-
čejn.*

* Docent, Departman za ekonomske nauke, Državni univerzitet u Novom Pazaru, Srbija, alekpek@np.ac.rs.

1. UVOD

Tokom istorije ljudske civilizacije, konstantno je unapređivana sposobnost čoveka da generiše proizvodne viškove, koji su bili osnova za nastanak robne razmene, a potom i kreiranje društvenih institucija čije se funkcionisanje finansira zahvatanjem dela prihoda od privrede (videti Harari 2015). Efikasnost razmene roba i usluga uslovljena je postojanjem novca, kao opšteprihvaćenog sredstva plaćanja prilikom kupoprodaje roba i usluga (Mankiw 2021, 590). Novac se, uz brojeve i pismo, smatra osnovom za nastanak i razvoj prvih civilizacija (Ingham 2004, 3). Novcem se može smatrati svako sredstvo koje se zvanično koristi za plaćanje i obračun poslovnih transakcija (Davies 2002, 29). Iz toga se može zaključiti da novac služi kao sredstvo razmene i obračunska jedinica, ali i kao čuvar vrednosti (detaljnije Mankiw 2021, 590–591).

Prema kriterijumu unutrašnje vrednosti, postoje dve vrste novca: *robni novac*, koji poseduje vrednost nezavisno od načina njegove upotrebe, i *fiat novac*, koji ne poseduje unutrašnju vrednost i čija je upotreba nametnuta odlukom nadležnih vlasti (Mankiw 2021, 591–592). Smatra se da su rudimentarni oblici robnog novca nastali tri hiljade godina pre nove ere, dok je kovanje metalnog novca započeto u antičkoj Lidiji šest stotina godina pre nove ere (detaljnije videti Davies 2002). Robni novac se javljao u vidu raznolike imovine, poput „goveda, duvana, kože, krzna, maslinovog ulja, piva ili žestokih pića, robova ili žena, bakra, gvožđa, zlata, srebra, prstenja, dijamanta, vampumskih perli ili školjki, ogromnih stena i znamenitosti i cigareta“ (Samuelson, Scott 1966, 59). U drugoj polovini 17. veka nastaju prve centralne banke, *Riksbank* u Švedskoj i *Bank of England* u Velikoj Britaniji, kojima se prepušta upravljanje monetarnom politikom države (Bordo 2007, 1). One su najpre ponele ulogu garanta da je emitovani novac zasnovan na odabranim plemenitim metalima, da bi se u poslednjih nekoliko decenija ta garancija svela isključivo na obećanje monetarnih vlasti da emitovani novac zaista vredi i spremnosti građana da u to obećanje poveruju.¹ U savremenoj privredi *fiat* novac je potpuno istisnuo robni novac (Velde 1998, 2), čemu u prilog govori činjenica da je zlatni standard napušten još pre pet decenija.²

¹ Iako je rublja bila zvanična valuta u Sovjetskom Savezu, tokom osamdesetih godina 20. veka Moskovljani su aktivnije koristili cigarete kao sredstvo plaćanja (Mankiw 2021, 592).

² Sjedinjene Američke Države su se 1971. godine odrekle zlatnog standarda, postavši tako poslednja država koja je to učinila.

Tokom 2008. godine, u vreme rasplamsavanja globalne finansijske krize, započeta je nova era u evoluciji novca. Te godine je osoba pod pseudonimom *Satoši Nakamoto* (Satoshi Nakamoto) napisala članak (videti Nakamoto 2008) u kojem je elaborirana koncepcija kriptovalute *bitkoin* (*bitcoin*), koja je zasnovana na *blokčejn* (*blockchain*) sistemu. Time je započeta revolucija u monetarnim finansijama jer se postojećoj praksi centralizovanog upravljanja monetarnim tokovima suprotstavlja koncepcija decentralizovanog monetarnog sistema kojim upravljaju sami korisnici kriptovaluta. Početno oduševljenje tom koncepcijom postepeno su utišavala brojna pravna, tehnička, ekonomska, ali etička pitanja primene kriptovaluta. Jedan od aspekata kriptovaluta kojima se naučna javnost bavi jeste i njihova usklađenost sa religijskim principima. U ovom radu ćemo analizirati šerijatsku prihvatljivost kriptovaluta, predstavljajući islamsko gledište o novcu, dajući prikaz osnovnih karakteristika kriptovaluta i navodeći argumente koje u prilog svojih stavova iznose zastupnici doktrine o šerijatskoj neispravnosti kriptovaluta, s jedne strane, i zastupnici doktrine o šerijatskoj valjanosti kriptovaluta, s druge strane.

2. KONCEPCIJA NOVCA U ISLAMU

Između novca i religije je oduvek postojala izvesna povezanost, koju savremena nauka uglavnom posmatra sa aspekta ljudske psihologije (Davies 2002, 1). Velike religije su prepoznale društveni značaj novca, čemu u prilog govori pominjanje novca, čak i pojedinih valuta, u svetim knjigama. U Starom zavetu se o konkretnim valutama govori najpre u Knjizi o Jovu,³ gde se pominje valuta *kesit*, potom se u Knjizi o Ezri⁴ i Knjizi o Nehemiji⁵ prvi put pominje kovani novac pod nazivima *adarkonim*⁶ i *darkemonim*,⁷ dok se u Novom zavetu⁸ pominje kovani novac *Heroda (Iroda) Prvog* (Williamson 1894, 13, 14, 25, 43, 44).

³ Stari zavet, Knjiga o Jovu 33:19.

⁴ *Knjiga Jezdrina* u srpskom prevodu Svetog pisma.

⁵ *Knjiga Nemijina* u srpskom prevodu Svetog pisma.

⁶ U srpskom prevodu Svetog pisma navodi se kao *darik* (Knjiga Jezdrina 8:27).

⁷ U srpskom prevodu Svetog pisma navodi se kao *drahma* (Knjiga Nemijina 7:70).

⁸ Novi zavet, Matej 25:20.

U Kur'anu se, pak, pominju dve vrste kovanog novca, zlatni kovani novac pod nazivom *dinar* (Kur'an 3:75) i srebrni kovani novac pod nazivom *dirhem* (Kur'an 12:20). Iz činjenica da se kao novac u Kur'anu isključivo pominju zlatne i srebrne kovanice i da se *zekat* (zakat), kao porez čije je plaćanje obaveza svih punoletnih radno i materijalno sposobnih pripadnika islama, obračunava u zlatu i srebru, izrodio se stav pojedinih šerijatskih stručnjaka da su zlato i srebro jedini šerijatski valjani oblici novca (Haq, Ali 2018, 5–6). S druge strane, islamski učenjak *Ibn Tejmije* (Ibn Taymiyyah, 1263–1328) smatrao je da je „novac predmet koji je dogovorom njegovih korisnika određen kao sredstvo razmene, čak i ako je napravljen od parčeta drveta ili kamena“ (Virgana, Anwar 2018, 26). Taj stav preovladava u savremenom islamskom pravu, u kojem se razlikuju dve vrste novca: *Al-Thaman-ul-Khilqi'*, „prirodni novac“, odnosno robni novac, izgrađen isključivo od zlata ili srebra, kao materijala koji imaju unutrašnju vrednost, i *Al-Thaman-ul-Istilah*i, „veštački novac“, odnosno *fiat* novac, „čija je vrednost uspostavljena opštim dogovorom, običajem ili tradicijom“ (Zulkhibri 2019, 45).

Dakle, prvi uslov koji određeni predmet mora da ispuni da bi se smatrao novcem u skladu sa islamskim pravom jeste da je opšteprihvaćen kao sredstvo razmene, što može biti rezultat dogovora među njegovima korisnicima, ali i zakonskog nametanja (Yuneline 2019, 216). Sem toga, novac mora imati odlike imovine (*mal*),⁹ posedovati šerijatski priznatu vrednost (*taqawwum*)¹⁰ i sopstvenu monetarnu vrednost (*thamaniyyah*)¹¹ (Yuneline 2019, 210).

Među šerijatskim stručnjacima opšteprihvaćen je stav da se novac ne može smatrati oblikom roba, pa se samim tim ne može, poput roba, pozajmljivati i po tom osnovu ostvarivati prinos (Zulkhibri 2019, 43). Šerijatski je princip da „novac sam po sebi nema korisnost“ (Usmani 2003, 97) niti ima unutrašnju vrednost (Yuneline 2019, 209). „Vlasnik novca mora novac

⁹ Imovinom se može smatrati sve ono „nad čim se može uspostaviti vlasništvo, što se može posedovati, skladištiti i koristiti u slučaju potrebe“ (Habib, Adekunle 2019, 244). Odlukama institucija nadležnih za pitanja islamskog prava (*Islamic Fiqh Academy of the Organization of Islamic Cooperation*) i računovodstva i revizije u islamskim finansijskim institucijama (*Accounting and Auditing Organization of Islamic Financial Institutions*), nematerijalna aktiva je, takođe, dobila status imovine koja zadovoljava prethodno navedene kriterijume (Habib, Adekunle 2019, 248).

¹⁰ Samo predmetima čiju upotrebu Šerijat dozvoljava (*mutaqawwam*) može se slobodno trgovati, pa stoga oni poseduju šerijatski priznatu vrednost (*taqawwum*) (Habib, Adekunle 2019, 245).

¹¹ Taj standard zadovoljavaju predmeti koji mogu poslužiti kao opšteprihvaćeno merilo vrednosti i obračunska jedinica (Yuneline 2019, 210).

potrošiti ili uložiti napor i rad da bi izvukao korist iz novca“ (Yuneline 2019, 209). S druge strane, vrednost novca „zavisi od proizvodne aktivnosti¹² koja generiše višak vrednosti“¹³ (Yuneline 2019, 209).

Šerijat prepoznaje brojne društvene aranžmane u kojima je novac jedan od ključnih elemenata i čija realizacija može biti *obavezna*, poput: zekata (*zakat*) – verskog poreza koji plaćaju muslimani, džizije (*jizya*) – poreza koji plaćaju nemuslimani u muslimanskoj državi, harača (*kharaf*) – zemljišnog poreza,¹⁴ mehra (*mahar*) – venčanog dara koji muškarac daje ženi prilikom sklapanja braka, i dije (*diyyat*) – krvarine; *dozvoljena pod određenim uslovi-ma*: sarf (*sarf*) – razmena novca; i *zabranjena*: sarika (*sariqa*) – krađa (navedeno prema Abdullah 2020, 2). Sa privrednog aspekta, posebno je značajan *sarf*, odnosno razmena novca. Uglavnom se javlja u obliku kupoprodaje valuta (Windiaštuti, Athief 2019, 154). Šerijatski valjana realizacija *sarf* transakcija podrazumeva da budu ispunjeni sledeći uslovi: dnevna realizacija transakcije (Abubakar, Ogunbado, Saidi 2018, 17) i vlasništvo nad valutama u trenutku dogovaranja i realizacije razmene (Windiaštuti, Athief 2019, 154). Ti uslovi su nametnuti s ciljem da se u *sarf* transakciji izbegnu pojave kamate,¹⁵ usled odlaganja isporuke novca¹⁶ i razlike između dnevnog i terminskog kursa (Chapra, Khan 2000, 81; Windiaštuti, Athief 2019, 173), i valutne spekulacije¹⁷ jer je primarna svrha novca kupoprodaja dobara i usluga, a ne trgovina samim novcem (Abubakar, Ogunbado, Saidi 2018, 17).

¹² Šerijat dozvoljava da se u proizvodne i druge privredne aktivnosti ulaže i putem kupovine vlasničkih udela u preduzećima (detaljnije videti Usmani 2003, 181–184), pod uslovom da se ona bave *halal* privrednim delatnostima (detaljnije videti Ayub 2007, 199).

¹³ Citirani autor (Yuneline 2019) kao merilo uspešnosti poslovnih poduhvata upotrebljava nedovoljno precizan i određen izraz *višak vrednosti* (u originalu *surplus value*). U savremenoj ekonomskoj nauci isplativost ulaganja se prevashodno meri ostvarenim prinosima, čija visina treba da bude usklađena sa preuzetim rizikom i oportunitetnim troškovima ulaganja.

¹⁴ U Osmanskom carstvu je sve do 16. veka reč *harač* preferirana u odnosu na reč *džizja* (Inalcik 1965, 2:562, navedeno u Islahi 2009, 100).

¹⁵ Džon Mejnard Kejns (Keynes (1936) 2012, 222) definiše kamatu kao razliku između terminske i dnevne cene isporuke aktive, bez obzira na to da li je u pitanju novac ili roba. Šerijatski stručnjaci prihvataju tu definiciju za novac, ali ne i za robu (detaljnije Usmani 2003, 95–102).

¹⁶ Prema šerijatskim propisima, novac se može razmenjivati isključivo promptno i u jednakim vrednostima (detaljnije Ayub 2007, 52).

¹⁷ Pojedini autori (Chapra, Khan 2000) ukazuju na to da, osim spekulativnog, terminska razmena novca ima i izuzetan hedžing potencijal. Oni smatraju da se korišćenjem terminske razmene novca mogu postići dva bitna šerijatski propisana cilja: eliminisanje neprihvatljivo visokog rizika, koji je u terminologiji šerijatskog prava

3. KRATAK PRIKAZ KONCEPCIJE KRIPTOVALUTA

U Merijem-Vebsterovom rečniku (*Merriam-Webster dictionary*) navodi se da kriptovalute predstavljaju „bilo koji oblik valute koji postoji samo digitalno, koji nema centralno emisiono ili regulatorno telo već koristi decentralizovani sistem za evidentiranje transakcija i upravljanje izdavanjem novih jedinica i koji se oslanja na kriptografiju kako bi se sprečili falsifikovanje i prevarantske transakcije“. Za razliku od tradicionalnog monetarnog sistema, kojim upravljaju nacionalne ili nadnacionalne centralizovane monetarne vlasti, u kriptovalutnom sistemu stvari stoje drugačije (Farell 2015, 3). Kontrolori kriptovalutnog sistema, koji je zasnovan na *blokčejn* modelu, jesu sami učesnici u tom sistemu, koji se nazivaju „kopačima“ (*miners*). Oni daju vitalni doprinos funkcionisanju tog sistema ulaganjem sopstvenih resursa u vidu električne i računarske snage u rešavanje algoritama koje im sistem zadaje (Mekić, Purković, Lekpek 2018, 29). Takođe, oni verifikuju sve transakcije obavljene u kriptovalutnom sistemu u koji su uključeni, čime se štiti verodostojnost zapisa (*ledgers*) koji svedoče o realizaciji tih transakcija (Apte, Petrovsky 2016, 76). Motiv zbog kojeg se „kopači“ uključuju u kriptovalutni sistem jesu same kriptovalute do kojih dolaze u procesu „kopanja“, odnosno rešavanja zadatih algoritama (Farell 2015, 5). Postoje dva modela nagrađivanja „kopača“: prema energiji utrošenoj u procesu „kopanja“ i prema broju kriptonovčića koje „kopači“ poseduju (Davarpanah, Kaufman, Pubellier 2015, 38; Farell 2015, 6; Kokina, Mancha, Pachamanova 2017, 93).

Mnogi pojedinci koji pripadaju različitim društvenim kategorijama percipiraju kriptovalute kao atraktivnu alternativu tradicionalnim valutama (detaljnije Caginalp 2019, 1067). Očekuje se da će tržište kriptovaluta u periodu 2019–2026. dostići složenu godišnju stopu rasta¹⁸ od 30% (Facts and Factors 2021). Ti trendovi ukazuju na to da kriptovalutno tržište ima potencijal da postane izuzetno značajan i uticajan segment globalnih finansijskih tržišta. Toga su svesne i brojne države. Neke od njih su sebi dale isključivo regulatornu ulogu i svoju aktivnost na kriptovalutnom tržištu svele na zabranjivanje ili odobravanje upotrebe kriptovaluta na svojoj teritoriji (Inshyn, Mohilevskiy, Drozd 2018, 173). S druge strane, postoje države koje su odlučile da aktivnije učestvuju na kriptovalutnom tržištu, kreirajući sopstvene kriptovalute u doglednoj budućnosti, poput Švedske, Japana (Oh, Nguyen 2018, 51–52) i Rusije (Smith 2019, 146). Ipak, kreiranjem kriptovalutnih sistema

poznat pod nazivom *gharar* (*gharar*), i zaštita imetka (*hifz al-māl*), što su dovoljni razlozi da se preispita stav o šerijatskoj neusklađenosti terminske razmene novca (navedeno prema Chapra, Khan 2000, 81–83).

¹⁸ Računa se pomoću formule:
$$\left(\frac{\text{krajnja vrednost}}{\text{početna vrednost}} \right)^{\frac{1}{\text{broj godina}}} - 1.$$

u kojima bi centralnu regulatornu ulogu imala država bio bi prekršen jedan od ključnih principa funkcionisanja kriptovaluta, a to je decentralizovanost kriptovalutnog sistema. Shodno tome, države mogu da kreiraju i emituju digitalne verzije sopstvenih valuta, ali ne i kriptovalute.

Postoje brojna pitanja koja treba razrešiti da bi kriptovalute postale valjana alternativa tradicionalnim valutama. *Prvo*, treba sagledati mogućnosti uključivanja kriptovalutnog sistema u postojeći nacionalni ili nadnacionalni monetarni sistem, kako bi se, uz puno korišćenje potencijala kriptovaluta, vodila efikasna monetarna politika i ostvarila stabilnost finansijskog sistema (detaljnije videti Al-Naji, Chen, Diao 2017; Bordo, Levin 2017; Claeys, Demertzis, Efstathiou 2018; Corbet, McHugh, Meegan 2017; Iwamura *et al.* 2014; Nelson 2018; Nguyen *et al.* 2019; Oh, Nguyen 2018). *Drugo*, treba stvoriti mehanizme praćenja i sprečavanja nezakonitih transakcija, za čiju realizaciju kriptovalutni sistem pruža veoma pogodne uslove (detaljnije Caginalp 2019; DeVries 2016). *Treće*, još uvek nije razrešeno pitanje računovodstvenog tretmana (detaljnije Raiborn, Sivitanides 2015; Sokolenko *et al.* 2019) i poreskog tretmana kriptovaluta¹⁹ (detaljnije DeVries 2016; Farell 2015), što je jedan od ključnih preduslova njihovog nesmetanog korišćenja u svakodnevnom poslovanju.

4. ANALIZA ŠERIJATSKE USKLAĐENOSTI KRIPTOVALUTA

Kriptovalute su jedno od najznačajnijih savremenih ekonomskih pitanja sa kojima se šerijatski pravници i islamski finansijski stručnjaci susreću. S obzirom na rast njihovog značaja i zastupljenosti u finansijskim transakcijama na globalnom nivou, ignorisanje tog pitanja moglo bi imati negativne posledice po razvoj islamskog finansijskog sistema. U šerijatskoj finansijskoj doktrini izdvojila su se dva osnovna stava prema kriptovalutama: jedan prema kome su kriptovalute šerijatski neprihvatljive i drugi kojim se ne dovodi u pitanje šerijatska ispravnost kriptovaluta.

Zastupnici stava da su kriptovalute *haram*, odnosno šerijatski nedozvoljene, navode brojne argumente njemu u prilog. *Prvo*, kriptovalute ne emituju zakonom uspostavljene i regulisane institucije već su njihovi emitenti javnosti nepoznati (Abubakar, Ogunbado, Saidi 2018, 19). Izostanak centralne regulatorne institucije može učesnike u kriptovalutnom sistemu izložiti dejstvu *garara* zbog rizika da pojedine države zabrane upotrebu kriptoava-

¹⁹ Prema odluci Evropskog suda iz 2015. godine, na *bitcoin* transakcije se ne plaća porez na dodatu vrednost (DeVries 2016, 5, 7).

luta (Billah, Amadu 2019, 154) i činjenice da su kripto valutne transakcije intenzivnije opterećene rizikom nego regulisane tradicionalne transakcije (detaljnije Billah, Amadu 2019, 154–155). Pojavi *garara* doprinosi i izuzetno nestabilna vrednost kripto valuta (Abubakar, Ogunbado, Saidi 2018, 16).

Drugo, konzervativni šerijatski stručnjaci smatraju da je šerijatski valjan samo novac koji ima unutrašnju vrednost, što podrazumeva zasnovanost na zlatu ili srebru, što nije slučaj sa kripto valutama (navedeno prema Abubakar, Ogunbado, Saidi 2018, 19). Njihovo je mišljenje da je novac koji nema takvu osnovu dugoročno neodrživ (Meera 2018, 490). Šerijatska valjanost kripto valuta je problematična i zbog toga što one ne poseduju sopstvenu monetarnu vrednost (*thamaniyyah*), kao jednu od odlika šerijatski prihvatljivog novca, jer je „i dalje potrebna vrednost *fiat* valuta za određivanje vrednosti kripto valuta“ (Yuneline 2019, 218). Takođe, kripto valute još uvek nisu postale opšteprihvaćeno sredstvo plaćanja, što je jedna od ključnih karakteristika „dobrog novca“ (Habib, Adekunle 2019, 249).

Treće, proces „kopanja“, tokom kojeg se rešavaju algoritmi, sadrži šerijatski zabranjen element kockanja, tzv. *mejsir* (*maysir*). Rešavanje algoritama i ostvarivanje koristi u vidu dobijanja kripto valuta više su rezultat sreće nego uloženog napora i znanja učesnika u tom procesu (Billah, Amadu 2019, 155–156). Kupoprodaja kripto valuta je, takođe, spekulativna aktivnost (Abubakar, Ogunbado, Saidi 2018, 19), čiji je *mejsir* imanentni deo (Izhar, Gundogdu 2019, 110).

Četvrto, funkcionisanje kripto valutnog sistema je netransparentno u pogledu „prikupljanja, upravljanja i distribucije sredstava“ (Elasrag 2019, 13). Time je omogućeno obavljanje zakonom zabranjenih transakcija, poput kriminalnih aktivnosti, pranja novca i izbegavanja plaćanja poreza (Abu-Bakar 2018, 17; Abubakar, Ogunbado, Saidi 2018, 17, 19; Billah, Amadu 2019, 159).

Peto, novac prevashodno treba da služi kao sredstvo plaćanja, dok se kripto valute uglavnom koriste u spekulativne svrhe (Abu-Bakar 2018, 17; Abubakar, Ogunbado, Saidi 2018, 17, 19; El Amri, Mohammed 2019, 127).

Šesto, kripto valutni sistem daje teoretsku mogućnost da jedan učesnik ili grupa povezanih učesnika u sistemu preuzmu kontrolu nad 51% mašina uključenih u sistem (Mekić, Purković, Lekpek 2018, 31–32), čime bi preuzeli kontrolu i nad procesom rešavanja algoritama i verifikacije kripto valutnih transakcija (detaljnije Sayeed, Marco-Gisbert 2019). Na taj način bi stekli monopolski položaj u sistemu i značajno ograničili mogućnosti ostalih učesnika da koriste benefite koje učešće u kripto valutnom sistemu inače nudi (Billah, Amadu 2019, 157).

Sedmo, ograničen kvantitet emitovanih kriptovaluta i značajni resursi neophodni za uspešno „kopanje“ čine da kriptovalutni sistem bude dostupan samo privilegovanoj manjini (El Amri, Mohammed 2019, 128).

Ipak, to što se pojedini šerijatski stručnjaci protive principima funkcionisanja aktuelnog kriptovalutnog sistema ne znači da oni odbacuju samu koncepciju kriptovaluta. Štaviše, oni promovišu ideju šerijatski prihvatljivih, odnosno *halal* (*halal*) kriptovaluta. Da bi kriptovalutni sistem bio *halal*, potrebno je da entitet koji upravlja sistemom bude registrovan i pravno tretiran kao preduzeće (Billah 2019a, 8). U tom entitetu treba da postoji regulatorno telo u vidu šerijatskog odbora, koje bi kontrolisalo šerijatsku ispravnost transakcija realizovanih u tom sistemu (Billah 2019a, 7). Poslovni aranžmani koji se realizuju u *halal* kriptovalutnom sistemu moraju biti zasnovani na islamskim poslovnim ugovorima (detaljnije Billah 2019b, 224). Operator *halal* kriptovalutnog sistema ima obavezu da deo svojih prihoda izdvoji za plaćanje verskog poreza (*zakat*) (Billah 2019a, 8). Da bi se učesnici u *halal* kriptovalutnom sistemu zaštitili od dejstva rizika, u sistem je neophodno uključiti islamski model osiguranja, poznat kao *tekaful* (*takaful*) (Billah 2019a, 8). *Halal* kriptovalute moraju biti zasnovane na šerijatski prihvatljivoj aktivi (Billah 2019b, 226).

Taj uslov ispunjava kriptovaluta *OneGram*, čiji jedan novčić (*coin*) predstavlja jedan gram zlata (Ferdiansyah *et al.* 2019, 181). Ipak, vrednost te kriptovalute ne zavisi samo od tržišne vrednosti zlata već i od transakcijskih troškova kupovine zlata i ekonomske vrednosti uslovljene tržišnom tražnjom (Ferdiansyah *et al.* 2019, 181–182). Provizije na *OneGram* transakcije se kreću od 1% do jednog novčića i raspoređuju se na sledeći način: 70% se reinvestira u zlato, 25% se ulaže u funkcionisanje i razvoj sistema i po 2,5% se isplaćuje „kopačima“ i daje u humanitarne svrhe (*OneGram Whitepaper*).

Sledbenici doktrine o šerijatskoj valjanosti kriptovaluta, pak, svojim oponentima spočitavaju neprincipijelnost. Oni primećuju da nije bilo „intenzivne rasprave“ o tome da li su *fiat* valute *halal* već su one prihvaćene kao šerijatski ispravne po automatizmu, ali se zato posebno analizira šerijatska ispravnost kriptovaluta (navedeno prema Kakkattil 2019, 58). Takođe, navode da mnogi argumenti koji se iznose u prilog šerijatske zabrane kriptovaluta mogu biti osnova i za šerijatsku zabranu *fiat* valuta, ali da njihovi oponenti ne dovode u pitanje šerijatsku ispravnost *fiat* valuta samo zbog toga što se one nalaze pod državnom regulativom (navedeno prema Abubakar, Ogunbado, Saidi 2018, 19).

Oni zastupaju stav da šerijatska neispravnost kriptovaluta nije dokazana (Abubakar, Ogunbado, Saidi 2018, 16) i to opravdavaju sledećim argumentima. *Prvo*, nepostojanje centralnog regulatora ne može zaseniti brojne pred-

nosti koje nudi *blokčejn* sistem, na kojem su zasnovane kriptovalute. *Blokčejn* sistem omogućava učesnicima u sistemu da verifikuju svaku transakciju, što obezbeđuje punu *kontrolu* nad transakcijama; učesnici u sistemu ne mogu naknadno menjati unete zapise, što sistem čini *sigurnim i zaštićenim od prevara*; mogućnost učesnika da ostvaruju uvid u svaku realizovanu transakciju taj sistem čini *transparentnim*; informacije o realizovanim transakcijama su dostupne u realnom vremenu, što sistem čini *ažurnim* (Elasrag 2019, 2).

Drugo, kriptovalutama se ne može spočitati nepostojanje unutrašnje vrednosti jer je njihova unutrašnja vrednost sam *blokčejn* sistem na kojem se one zasnivaju²⁰ (Beik, Zaenal, Rizkiningsih 2019, 288–289; Kakkattil 2019, 58–59). Između kriptovaluta, posebno *bitkoina* (Bitcoin), i zlata postoje brojne sličnosti: „opšte su prepoznatljivi i prihvaćeni, nepovezani su sa bilo kojom vladom i upravom i teško se proizvode“ (Kakkattil 2019, 59–60).

Treće, neprihvatljiva je i tvrdnja o zastupljenosti *garara* i *mejsira* u kriptovalutnim transakcijama. Kupoprodaja kriptovaluta donosi korist svim učesnicima u toj transakciji, pa samim tim u toj transakciji nema elemenata igre sa nultim ishodom, na kojoj je *mejsir* zasnovan (Adam 2019, 145). Zahvaljujući *blokčejn* sistemu ne postoji problem neizvesnosti realizacije dogovorenih kriptovalutnih transakcija, pa samim tim ni problem *garara* (Elasrag 2019, 21). Nepredvidljivost budućih kretanja vrednosti kriptovaluta, pak, ne može se smatrati oblikom *garara* (Adam 2019, 145). Istina, kriptovalutama se može spekulirati, ali to ne znači da su one *a priori* šerijatski neprihvatljive jer je čak i plemenitim metalima i zakonom priznatim valutama, kao šerijatski prihvatljivim oblicima aktive, moguće spekulirati (interpretirano prema Abu-Bakar 2018, 18). Treba dodati i da su pojedine značajne države, poput Nemačke i SAD, omogućile korišćenje kriptovaluta, konkretno *bitkoina*, u svakodnevnom transakcijama (Abubakar, Ogunbado, Saidi 2018, 18), čime se otklanja opasnost zabrane korišćenja kriptovaluta na teritoriji pod njihovom jurisdikcijom i sa njom povezan *garar*.

5. DISKUSIJA

Konzervativni šerijatski stručnjaci smatraju da su kriptovalute šerijatski neusklađene zbog toga što ne postoji zakonom uspostavljen i regulisan emitent, zbog nedostatka unutrašnje vrednosti, izraženog spekulativnog po-

²⁰ Stav da se unutrašnja vrednost kriptovaluta zasniva na *blokčejn* sistemu nije opšteprihvaćen među šerijatskim stručnjacima (navedeno prema Beik, Zaenal, Rizkiningsih 2019, 289).

tencijala i mogućnosti zloupotrebe i zbog toga što nisu dovoljno prihvaćene među potencijalnim korisnicima. S druge strane, prevladao je stav o šerijatskoj valjanosti *fiat* valuta. U nastavku ćemo analizirati da li su *fiat* valute zaista neopterećene nedostacima koji se stavljaju na teret kriptovalutama.

Prvo, fiat valute nemaju unutrašnju vrednost jer nisu zasnovane na materijalnoj aktivi. Unutrašnja vrednost savremenih valuta uslovljena je efikasnošću monetarnog i privrednog sistema u kojima su kreirane. Shodno tome, logično bi bilo unutrašnju vrednost kriptovaluta vezati za efikasnost *blokčejn* sistema na kojem počivaju.

Drugo, fiat novac, kao i svi ostali oblici novca, poseduje spekulativni potencijal. Ni najsnažnije svetske valute nisu imune na spekulativne udare, koji mogu uzdrmati stabilnost njihove vrednosti, ali i sistema na kojem počivaju.²¹ Istina je da se kriptovalute u ovom trenutku prevashodno koriste u spekulativne svrhe, ali se zbog toga ne sme zanemariti da se one mogu koristiti i na šerijatski prihvatljiv način. Realno je očekivati da usled povećanja korisničke baze i prepoznavanja kriptovaluta kao legalnog sredstva plaćanja i obračunske jedinice²² one nađu daleko aktivniju primenu u svakodnevnim plaćanjima.

Treće, fiat valute se aktivno koriste za realizaciju nelegalnih transakcija putem razrađenih kanala koje je teško kontrolisati. Kriptovalutnim sistemima se jedino može zameriti da nude efikasnu alternativu konvencionalnim kanalima za realizaciju nelegalnih transakcija.

Četvrto, fiat valute kreiraju i kontrolišu zakonom uspostavljene i regulisane institucije. To ipak ne garantuje da su vlasnici *fiat* valuta zaštićeni od dejstva *garara*. Neefikasne i neodgovorne monetarne i privredne politike brojnih država izazvale su nestabilnost njihovih valuta i stvorile mogućnost da njihovi vlasnici pretrpe značajne gubitke. Takođe, zakonska uređenost valuta ne znači po automatizmu i njihovu opštu prihvaćenost. Gubitak poverenja javnosti u određenu valutu dovodi do toga da se umesto nje kao sredstvo razmene koriste stabilne valute ili čak roba za kojom postoji intenzivna tražnja.

Na osnovu toga se može zaključiti da *fiat* valute ne zadovoljavaju brojne kriterijume šerijatske valjanosti. Međutim, za razliku od kriptovaluta, njima se priznaje *halal* status. Rigorozniji pristup proceni šerijatske valjanosti kriptovaluta najverovatnije je posledica podozrenja prema kriptovalutama kao nečem novom, nedovoljno poznatom i potencijalno veoma rizičnom. Kao

²¹ Slučaj spekulativnog udara na britansku funtu 1992. godine (detaljnije Varoufakis 2016).

²² Na taj način bi se zadovoljio i *thamaniyyah* kriterijum šerijatske valjanosti novca.

logičan, nameće se stav da fokus ipak treba da bude na načinu upotrebe novca, a ne na njegovoj prirodi, jer se problem šerijatske neusklađenosti upravo tu i javlja.

6. ZAKLJUČAK

Islam prepoznaje izuzetan društveni značaj novca, koji nalazi primenu i u islamskoj verskoj praksi. Postoje brojne Šerijatom propisane obaveze čije je izvršenje neposredno povezano sa novcem. Svesni tih činjenica, šerijatski stručnjaci ne dovode u pitanje bitnu ulogu koju novac ima u islamskom društvu. Međutim, predmet sporenja među šerijatskim stručnjacima su kriterijumi šerijatske valjanosti. Spor je nastao pojavom *fiat* novca, koji je isključivo zastupljen oblik novca u savremenom ekonomskom sistemu. Konzervativni šerijatski stručnjaci smatraju da novac mora biti vezan za zlato ili srebro, kao aktivu koja ima unutrašnju vrednost. Svoj stav opravdavaju činjenicom da su zlatne i srebrne kovanice jedini oblici novca koji se pominju u Kur'anu. S druge strane, šerijatski stručnjaci koji imaju fleksibilniji stav prema novcu smatraju da su opšta prihvaćenost i zakonska regulisanost jedini relevantni kriterijumi koje šerijatski prihvatljiv novac treba da ispuni.

Pojava kriptovaluta je uzrokovala otvaranje pitanja njihove šerijatske prihvatljivosti, što je postala nova tačka sporenja među šerijatskim stručnjacima. Konzervativni šerijatski stručnjaci smatraju da su kriptovalute šerijatski neusklađene. Oni navode da kriptovalutne transakcije sadrže šerijatom zabranjene elemente *garar* (preterano visok rizik) i *mejsir* (spekulacija i kockanje); da nemaju potrebnu materijalnu osnovu jer nisu zasnovane na zlatu ili srebru; da netransparentnost kriptovalutnog sistema stvara uslove za nesmetano obavljanje nezakonitih aktivnosti; da se kriptovalute prevashodno koriste u spekulativne svrhe; da postoji opasnost da kriptovalutni sistem preuzmu imućni pojedinci ili organizovane grupe; da su barijere ulaska na kriptovalutno tržište za većinu ljudi previsoke. Oni su predložili koncepciju *halal* kriptovaluta, po kojoj bi kriptovalutnim sistemom upravljao registrovani operator, šerijatsku ispravnost transakcija bi proveravao šerijatski odbor, sigurnost sistema bi bila obezbeđena uključivanjem *tekaful* modela osiguranja u sistem, a kriptovalute bi bile zasnovane na zlatu ili srebru.

Njihovi oponenti, pak, tvrde: da *blokčejn* princip, na kojem funkcioniše kriptovalutni sistem, omogućava da se transakcije obavljaju transparentno, kontrolisano, sigurno, efikasno i ekonomično; da je unutrašnja vrednost kriptovaluta sam *blokčejn* sistem na kojem su one zasnovane; da je otklo-

njen rizik neizvršenja kripto valutnih transakcija a time i dejstvo *garara*; da spekulativni potencijal kripto valuta ne može biti dokaz njihove prirodne opterećenosti *mejsirom*.

Na kraju, analiza je pokazala da mnoge kriterijume šerijatske valjanosti novca, na osnovu kojih su konzervativni šerijatski stručnjaci procenjivali šerijatsku ispravnost kripto valuta, ne ispunjavaju ni *fiat* valute. Problem ipak ne treba tražiti u prirodi valuta već u načinu njihove upotrebe.

LITERATURA

- [1] Abdullah, Adam. 1/2020. The Islamic Monetary Standard: The Dinar and Dirham. *Uluslararası İslam Ekonomisi ve Finansı Araştırmaları Dergisi* 6: 1–29.
- [2] Abu-Bakar, Mufti Muhammad. 2018. Shariah Analysis of Bitcoin, Cryptocurrency and Blockchain. <https://blossomfinance.com/bitcoin-working-paper>, poslednji pristup 1. marta 2021.
- [3] Abubakar, Yusuf Sani, Ahmad Faosiy Ogunbado, Mpawenimana Abdallah Saidi. 4/2018. Bitcoin and its Legality from Shariah Point of View. *SEISENSE Journal of Management* 1: 13–21.
- [4] Adam, Faraz. 2019. Fatawa Analysis of Bitcoin. 133–147. *Halal Cryptocurrency Management*, ed. Mohd Ma'Sum Billah. Cham, Switzerland: Palgrave Macmillan.
- [5] Al-Naji, Nader, Josh Chen, Lawrence Diao. 2017. Basis: A Price-Stable Cryptocurrency with an Algorithmic Central Bank. https://www.basis.io/basis_whitepaper_en.pdf, poslednji pristup 1. marta 2021.
- [6] Apte, Shireesh, Nikolai Petrovsky. 3/2016. Will blockchain technology revolutionize excipient supply chain management? *Journal of Excipients and Food Chemicals* 7: 76–78.
- [7] Ayub, Muhammad. 2007. *Understanding Islamic Finance*. John Wiley and Sons Ltd.
- [8] Beik, Irfan Syauqi, Muhammad Hasbi Zaenal, Priyesta Rizkiningsih. 2019. Waqf Led Halal Cryptocurrency Model. 285–298. *Halal Cryptocurrency Management*, ed. Mohd Ma'Sum Billah. Cham, Switzerland: Palgrave Macmillan.
- [9] Bordo, Michael. 2007. A brief history of central banks. *Economic Commentary*. Federal Reserve Bank of Cleveland. <https://www.cleveland-fed.org/en/newsroom-and-events/publications/economic-commentary/>

- economic-commentary-archives/2007-economic-commentaries/ec-20071201-a-brief-history-of-central-banks.aspx*, poslednji pristup 7. juna 2021.
- [10] Bordo, Michael, Andrew T. Levin. 2017. Central bank digital currency and the future of monetary policy. Working Paper 23711. National Bureau of Economic Research.
- [11] Billah, Mohd Ma'Sum. 2019a. Cryptocurrency? Its Halal Alternative Model. 3–14. *Halal Cryptocurrency Management*, ed. Mohd Ma'Sum Billah. Cham, Switzerland: Palgrave Macmillan.
- [12] Billah, Mohd Ma'Sum. 2019b. Halal Cryptocurrency: Its Establishment and Operational Mechanisms. 221–234. *Halal Cryptocurrency Management*, ed. Mohd Ma'Sum Billah. Cham, Switzerland: Palgrave Macmillan.
- [13] Billah, Mohd Ma'Sum, Mohammed Fawzi Aminu Amadu. 2019. Shari'ah Code of Ethics in Cryptocurrency. 149–163. *Halal Cryptocurrency Management*, ed. Mohd Ma'Sum Billah. Cham, Switzerland: Palgrave Macmillan.
- [14] Caginalp, Carey. 4/2019. A dynamical systems approach to cryptocurrency stability. *AIMS Mathematics* 4: 1065–1077.
- [15] Chapra, M. Umer, Tariquillah Khan. 2000. *Regulations and Supervision of Islamic Banks*. Jeddah: Islamic Research and Training Institute, Islamic Development Bank.
- [16] Claeys, Grégory, Maria Demertzis, Konstantinos Efstathiou. 2018. Cryptocurrencies and Monetary Policy. *Policy Contribution* 10: 1–12.
- [17] Corbet, Shaen, Grace McHugh, Andrew Meegan. 4/2017. The influence of central bank monetary policy announcements on cryptocurrency return volatility. *Investment Management & Financial Innovations* 14: 60–72.
- [18] Davarpanah, Kourosh, Dan Kaufman, Ophelie Pubellier. 2015. NeuCoin: The First Secure, Cost-Efficient and Decentralized Cryptocurrency. <https://ssrn.com/abstract=2585589>, poslednji pristup 4. marta 2021.
- [19] Davies, Glyn. 2002. *A history of money*. University of Wales Press.
- [20] DeVries, Peter D. 2/2016. An Analysis of Cryptocurrency, Bitcoin, and the Future. *International Journal of Business Management and Commerce* 1: 1–9.
- [21] El Amri, Mohamed Cherif, Mustafa Omar Mohammed. 2019. The Analysis of Cryptocurrency Based on Maqasid al-Shari'ah. 119–131. *Halal Cryptocurrency Management*, ed. Mohd Ma'Sum Billah. Cham, Switzerland: Palgrave Macmillan.

- [22] Elasrag, Hussein. 2019. Blockchains for Islamic finance: Obstacles & Challenges. https://mpra.ub.uni-muenchen.de/92676/1/MPRA_paper_92676.pdf, poslednji pristup 2. marta 2021.
- [23] Facts and Factors. 2021. Cryptocurrency Market By Type (Bitcoin, Ethereum, Ripple, Litecoin, Dashcoin, Others), By Component (Hardware, Software), By Process (Transaction, Mining), and By End-Users Analysis (Banking, Real Estate, Stock Market & Virtual Currency, Others): Global Industry Outlook, Market Size, Business Intelligence, Consumer Preferences, Statistical Surveys, Comprehensive Analysis, Historical Developments, Current Trends, and Forecasts, 2020–2026. <https://www.fnfresearch.com/cryptocurrency-market-by-type-bitcoin-ethereum-ripple-litecoin-640>, poslednji pristup 20. maja 2021.
- [24] Farrell, Ryan. 2015. An Analysis of the Cryptocurrency Industry. *Wharton Research Scholars*, 130. http://repository.upenn.edu/wharton_research_scholars/130, poslednji pristup 4. marta 2021.
- [25] Ferdiansyah, Ferdiansyah, Siti Hajar Othman, Raja Zahilah Md Radzi, Deris Stiawan. 2/2019. A Study of Economic Value Estimation on Cryptocurrency Value back by Gold, Methods, Techniques, and Tools. *Journal of Information Systems and Informatics* 1: 178–192.
- [26] Habib, Farrukh, Salami Saheed Adekunle. 2019. Case Study of Bitcoin and Its Halal Dimension. 235–255. *Halal Cryptocurrency Management*, ed. Mohd Ma'Sum Billah. Cham, Switzerland: Palgrave Macmillan.
- [27] Haq, Hina Binte, Syed Taha Ali. 2018. Navigating the Cryptocurrency Landscape: An Islamic Perspective. *6th International Conference on Islam and Liberty*. Pakistan: Islamabad.
- [28] Harari, Yuval Noah. 2015. *Sapiens: A Brief History of Humankind*. HarperCollins.
- [29] Inalcik, Halil. 1965. Dariba – Ottoman Empire. *Encyclopaedia of Islam*, Leiden: E. J. Brill – London: Luzac and Co.
- [30] Ingham, Geoffrey. 2004. *The nature of money*. Polity Press Ltd.
- [31] Inshyn, Mykola, Leonid Mohilevskyi, Oleksii Drozd. 1/2018. The issue of cryptocurrency legal regulation in Ukraine and all over the world: a comparative analysis. *Baltic Journal of Economic Studies* 4: 169–174.
- [32] Islahi, Abdul Azim. 2009. *Muslim Economic Thinking and Institutions in the 10th AH/ 16th CE Century*. Jeddah, Saudi Arabia: Islamic Economics Research Centre, King Abdulaziz University.

- [33] Izhar, Hylmun, Ahmet Suayb Gundogdu. 2019. Characterizing Cryptocurrencies and Why It Matters. 107–116. *Halal Cryptocurrency Management*, ed. Mohd Ma'Sum Billah. Cham, Switzerland: Palgrave Macmillan.
- [34] Iwamura, Mitsuru, Yukinobu Kitamura, Tsutomu Matsumoto, Kenji Saito. 2014. Can We Stabilize the Price of a Cryptocurrency?: Understanding the Design of Bitcoin and Its Potential to Compete with Central Bank Money. <https://ssrn.com/abstract=2519367>, poslednji pristup 1. marta 2021.
- [35] Kakkattil, Shajahan K. 2019. Blockchain Technology in Managing Halal Cryptocurrency. 53–67. *Halal Cryptocurrency Management*, ed. Mohd Ma'Sum Billah. Cham, Switzerland: Palgrave Macmillan.
- [36] Keynes, John Maynard. (1936) 2012. *The General Theory of Employment, Interest and Money. The Collected Writings of John Maynard Keynes*. Volume 7. Cambridge University Press.
- [37] Kokina, Julia, Ruben Mancha, Dessislava Pachamanova. 2/2017. Blockchain: Emergent industry adoption and implications for accounting. *Journal of Emerging Technologies in Accounting* 14: 91–100.
- [38] *Kur'an*. 1992. Korkut, B. (prevod), Kompleks Hadimi-l-Haremejn-š-Šerifejni-l-Melik Fahd za štampanje Mushafi Šerifa u Medini Munevveri. Saudijska Arabija: Medina Munevvera.
- [39] Mankiw, N. Gregory. 2021. *Principles of economics*. Cengage Learning.
- [40] Mekić, Edis, Safet Purković, Ahmedin Lekpek. 2/2018. Cost benefit analysis of compromising ledger system based on blockchain technology. *BizInfo (Blace) Journal of Economics, Management and Informatics* 9: 27–38.
- [41] Meera, Ahmed Kameel Mydin. 4/2018. Cryptocurrencies from Islamic Perspectives: The Case of Bitcoin. *Bulletin of Monetary Economics and Banking* 20: 475–492.
- [42] Merriam-Webster. Definition of Cryptocurrency. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/cryptocurrency>, poslednji pristup 1. marta 2021.
- [43] Nakamoto, Satoshi. 2008. Bitcoin: A peer-to-peer electronic cash system. <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, poslednji pristup 1. marta 2021.
- [44] Nelson, Bill. 2018. Financial stability and monetary policy issues associated with digital currencies. *Journal of Economics and Business* 100: 76–78.

- [45] Nguyen, Thai Vu Hong, Binh Thanh Nguyen, Kien Son Nguyen, Huy Pham. 2019. Asymmetric monetary policy effects on cryptocurrency markets. *Research in International Business and Finance* 48: 335–339.
- [46] Oh, Jeong Hun, Kevin Nguyen. 1/2018. The Growing Role of Cryptocurrency: What Does It Mean for Central Banks and Governments? *International Telecommunications Policy Review* 25: 33–55.
- [47] OneGram. Read The OneGram Whitepaper. <https://onegram.org/white-paper>, poslednji pristup 4. marta 2021.
- [48] Raiborn, Cecily, Marcos Sivitanides. 2/2015. Accounting issues related to Bitcoins. *Journal of Corporate Accounting & Finance* 26: 25–34.
- [49] Samuelson, Paul Anthony, Anthony Scott. 1966. *Economics: An Introductory Analysis*. McGraw-Hill Company of Canada.
- [50] Sayeed, Sarwar, Hector Marco-Gisbert. 9/2019. Assessing blockchain consensus and security mechanisms against the 51% attack. *Applied Sciences* 9: 1788.
- [51] Smith, Nicholas Ross. 2/2019. Could Russia Utilize Cryptocurrencies in Its Foreign Policy Grand Strategizing. *Russia in Global Affairs* 17: 134–152.
- [52] Sokolenko, Liudmyla, Tetiana Ostapenko, Olga Kubetska, Oksana Portna, Thuy Tran. 2/2019. Cryptocurrency: Economic Essence and Features of Accounting. *Academy of Accounting and Financial Studies Journal* 23: 1–6.
- [53] *Sveto pismo ili Biblija*. 2010. Beograd: Metafizika.
- [54] Yuneline, Mirza Hedismarlina. 2/2019. Analysis of cryptocurrency's characteristics in four perspectives. *Journal of Asian Business and Economic Studies* 26: 206–219.
- [55] Usmani, Muhammad Taqi. 2003. *Uvod u islamske finansije*. Živinice: Selsebil.
- [56] Varoufakis, Yanis. 2016. *And the weak suffer what they must?: Europe's crisis and America's economic future*. Bold Type Books.
- [57] Velde, François R. 1998. Lessons from the History of Money. *Economic Perspectives* 22: 2–16.
- [58] Virgana, Parlindungan Harahap, Tezza Adriansyah Anwar. 2018. Conceptual Research: Sharia-Based Cryptocurrency. *3rd International Conference on Management Economics and Business of Universitas Mercu Buana (ICMEB)*: 21–27.

- [59] Windiastuti, Filka Catur, Fauzul Hanif Noor Athief. 2/2019. Inacoin Cryptocurrency Analysis: An Islamic Law Perspective. *Journal of Islamic Economic Laws* 2: 152–177.
- [60] Williamson, George Charles. 1894. *The Money of the Bible*. Religious Tract Society.
- [61] Zulkhibri, Muhamed. 2019. Halal Cryptocurrency and Financial Stability. 34–49. *Halal Cryptocurrency Management*, ed. Mohd Ma'Sum Billah. Cham, Switzerland: Palgrave Macmillan.

Ahmedin LEKPEK, PhD

Assistant Professor, State University of Novi Pazar, Department of Economics Sciences, Serbia

CRYPTOCURRENCIES IN THE ISLAMIC FINANCIAL SYSTEM VIEWED THROUGH THE PRISM OF SHARIAH LAW

Summary

The creation of cryptocurrencies marked the beginning of a new era in money evolution. In the cryptocurrency system, governments do not have primacy over monetary flows, but it is in the hands of participants in the cryptocurrency system, which enables the democratization of money. This also raised a number of issues that need to be resolved. Among them, the issues of incorporating cryptocurrencies into monetary policy, accounting, and tax treatment of cryptocurrencies, as well as preventing potential abuses, are especially prominent. On the other hand, Shariah experts deal with cryptocurrencies from the aspect of their Shariah compliance, and on that issue they are divided. This paper analyzes the treatment of money in Islamic teaching and practice, the concept of cryptocurrencies, and the challenges of their practical application, as well as the arguments presented by Shariah experts in support of their positions on the Shariah (non) compliance of cryptocurrencies.

Key words: *Islamic finance. – Shariah. – Money. – Cryptocurrencies. – Blockchain.*

Article history:
Received: 8. 3. 2021.
Accepted: 8. 6. 2021.

UDK 343.983.2:004.056.55

CERIF: S 149, S 160

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_21205A

Dr Milana PISARIĆ*

ENKRIPCIJA MOBILNOG TELEFONA KAO PREPREKA OTKRIVANJU I DOKAZIVANJU KRIVIČNIH DELA – OSVRT NA UPOREDNA REŠENJA

Računarski podaci sa dokaznim potencijalom nalaze se u sve većem broju izvora, među kojima su od posebnog značaja pametni mobilni telefoni. Kada nadležni organi, za potrebe otkrivanja i dokazivanja krivičnih dela, prikupljaju iz ovog uređaja podatke, potencijalne elektronske dokaze, susreću se sa više normativnih i praktičnih izazova, a jedan od otežavajućih faktora je enkripcija celog internog skladišta podataka. Neretko oni imaju odgovarajuće ovlašćenje za ostvarivanje pristupa sadržaju mobilnog telefona, ali im nedostaju tehničke mogućnosti da, bez posedovanja ključa za dekripciju, ostvare pristup i prikupе podatke u čitljivom obliku. Iako se funkcija enkripcije ne može i ne sme zanemariti u savremenom digitalnom okruženju, ona ima opstruktivno dejstvo na krivičnu istragu. Međutim, ovu prepreku nadležni organi mogu prevazići primenom drugih odgovarajućih mera i radnji. U radu autor analizira taktike i tehnike, odnosno mere i radnje za ostvarivanje pristupa sadržaju mobilnog telefona zaštićenog enkripcijom i razmatra pravne osnove za njihovu primenu.

Ključne reči: *Digitalna forenzika. – Elektronski dokazi. – Mobilni telefon. – Enkripcija.*

* Asistent s doktoratom, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Srbija, mpisaric@pf.uns.ac.rs.

1. UVODNA RAZMATRANJA

Usled razvoja tehnologije pametnih mobilnih telefona i njihove masovne upotrebe, korisnici stvaraju i ostavljaju za sobom veliki broj tragova svojih aktivnosti. Pored toga što je mobilni telefon sredstvo za ostvarivanje komunikacije, u memoriji uređaja pohranjuju su brojni računarski podaci, a pojedini se čuvaju i na serverima pružalaca usluge skladištenja podataka, odnosno „u oblaku“. U cilju zaštite računarskih podataka koriste se različiti mehanizmi, a jedan od njih je enkripcija. Iako je nesporno da se enkripcija koristi u legitimne svrhe, ona pogoduje i izvršiocima krivičnih dela.

Podaci koji su sadržani u mobilnom telefonu ili se prenose njegovim posredstvom su potencijalni (elektronski) dokazi i mogu da doprinesu otkrivanju i dokazivanju krivičnih dela. Da bi ih nadležni organi prikupili za potrebe krivičnog postupka, koriste zakonom određena ovlašćenja, pa vrše uviđaj ili pretresanje mobilnog telefona, naređuju veštačenje pohranjenog sadržaja ili sprovode tajni nadzor komunikacije. Međutim, ukoliko su uređaj ili sadržaj pohranjen u njemu ili podaci koji se prenose u računarskoj mreži zaštićeni enkripcijom, prisutne su nezanemarljive pravne i tehničke poteškoće. *Enkripcija otežava prikupljanje elektronskih dokaza* prilikom sprovođenja pojedinih dokaznih radnji, pa nadležni organi koriste *posebne softverske i hardverske alate* za ostvarivanje pristupa uređaju, ekstrakciju pohranjenog sadržaja, odnosno za nadzor elektronske komunikacije. U radu su obrađena pojedina pravna i tehnička pitanja u vezi sa prikupljanjem sadržaja pohranjenog u mobilnom telefonu u kom je primenjena enkripcija celog internog skladišta podataka.

2. ENKRIPCIJA KAO ZAŠTITINI MEHANIZAM

Enkripcija predstavlja matematički proces u kom algoritam koristi određeni ključ da bi šifrovao računarski podatak, odnosno preveo ga iz izvornog, čitljivog oblika (engl. *plain text*) u nečitljivi, nerazumljivi oblik (engl. *cipher text*). Proces suprotan enkripciji je dekripcija (Katz, Lindell 2015, 52). U ovim procesima kompleksni algoritam u računaru koristi ključ da „zamaskira“ i „odmaskira“ sadržaj.¹ U zavisnosti od ključa, enkripcija može biti simetrična ili asimetrična.²

¹ Algoritam i ključ se sastoje iz niza bitova (nula i jedinica), a dužina ključa određuje jačinu enkripcije – određuje koliko različitih „pokušaja“ je onome, ko ne poseduje ključ, potrebno da dekriptuje šifrovani tekst. Jačina ključa se ekspo-

Upotrebom enkripcije štite se računarski podaci koji su pohranjeni u uređaju za elektronsku obradu i skladištenje podataka (engl. *encryption at rest*) ili se prenose između takvih uređaja (engl. *encryption in transit*) (Gill, Israel, Parsons 2018, 4). Pohranjeni podaci se enkriptuju po principu simetrične enkripcije, na nivou pojedinačne datoteke, foldera ili particije u uređaju. Ukoliko je enkriptovan celi disk uređaja (engl. *full disk encryption*), neovlašćeno lice (lice koje ne poseduje ključ) ne može pristupiti pohranjenom sadržaju u čitljivom obliku (jer je i svaki pojedinačni računarski podatak pohranjen u uređaju enkriptovan, odnosno šifrovan i u potpunosti nečitljiv).

Počevši od 2010. proizvođači pametnih mobilnih telefona sve češće u drav za skladištenje podataka ugrađuju softverske proizvode za enkripciju celog internog skladišta podataka (Casey et al. 2011, 130). Do 2014. je takva enkripcija bila predviđena kao opcija, a od 2014. je u uređajima sa *iOS* i *Android* operativnim sistemom konfigurisana kao fabrička postavka, zasnovana na 128-bitnom ili jačem ključu (npr. 256-bitnom).³ Ovakvo opredeljenje IT kompanija predmet je snažne osude od strane država. Naime, ukoliko je primenjena enkripcija celog internog skladišta podataka u pametnom mobilnom telefonu, prilikom uviđaja, pretresanja ili veštačenja uređaja ne može se bez posedovanja ključa pristupiti pohranjenim podacima u izvornom obliku. Pojava da državni organi, i pored zakonskog ovlašćenja nemaju tehničke mogućnosti da ove radnje sprevedu, označava se terminom „Odlazak u mrak“ (engl. „*Going dark*“) (Pisarić 2020, 1093). Međutim, iako se ističe da enkripcija predstavlja ozbiljan izazov u otkrivanju i dokazivanju velikog broja krivičnih dela, podaci ne potvrđuju takvu tvrdnju.⁴ Osim toga, bez ključa je teško, ali ne i nemoguće pristupiti enkriptovanom uređaju, jer postoje načini da se ovaj zaštitini mehanizam prevaziđe, odnosno zaobiđe.

nencijalno povećava sa svakim dodatnim nizom bitova. Tako, ključ veličine jednog bita generiše dva moguća ključa (1 ili 0), dvobitni ključ generiše 2^2 moguća ključa (odnosno 1-1, 1-0, 0-1 ili 0-0) i tako dalje.

² Simetrična enkripcija (engl. *symmetric encryption*), odnosno kriptografija privatnog ključa (engl. *private-key cryptography*) je kriptografski proces u kom se jedan te isti ključ koristi i za enkripciju i za dekripciju. Asimetrična enkripcija (engl. *asymmetric encryption*), odnosno kriptografija javnog ključa (engl. *public-key cryptography*) je kriptografski proces u kom se koriste dva različita ključa (jedan za enkripciju a drugi za dekripciju) koji su u posebnoj matematičkoj korelaciji (Swire, Ahmad 2012, 425).

³ Za 128-bitni ključ postoji 2^{128} , odnosno 340,282,366,920,938,463,463,374,607,431,768,211,456 mogućih kombinacija, dok se kod 256-bitnog ključa taj broj podiže na kvadrat.

⁴ Primera radi, u izveštajima Okružnog javnog tužilaštva u Menhetnu navodi se da Tužilaštvo nije moglo zbog enkripcije da izvrši naredbu za pretresanje 111 mobilnih telefona u periodu septembar 2014 – oktobar 2015, odnosno 423 mobilna telefona tokom dve godine (u periodu septembar 2014 – oktobar 2016); za prvih deset

2.1. Lozinka i ključ

Procese enkripcije i dekripcije omogućava softver koji se zasniva na *sredstvu za verifikaciju i autentifikaciju pristupa: lozinci* (engl. *password, passphrase*), koja predstavlja niz alfanumeričkih ili simboličkih karaktera,⁵ obrascu (engl. *pattern*) ili određenoj biometrijskoj karakteristici korisnika (otisak prsta, retine oka i sl). Osnovna funkcija ovog sredstva je onemogućavanje pristupa sadržaju uređaja licu koje ne poznaje lozinku ili obrazac, odnosno ne poseduje/prikaže biometrijske karakteristike. Činjenica da je korisnik izabrao lozinku kao sredstvo za verifikaciju i autentifikaciju pristupa nije ujedno i znak da je uređaj enkriptovan – to je slučaj samo ukoliko je enkripcija predviđena kao fabrička postavka ili je korisnik izabrao da koristi enkripciju, a kriptografski sistem se zasniva na lozinci. Samo tada, osim onemogućavanja pristupa neovlašćenom licu, *lozinka ima ulogu i u procesu enkripcije/dekripcije* – dokle god je uređaj zaključan, istovremeno je enkriptovan, kao i sadržaj pohranjen u njemu, a kada korisnik unese lozinku i prijavi se u sistem, uređaj se otključava, disk uređaja se dekriptuje i može se pristupiti sadržaju u izvornom obliku.

Lozinka *nije isto što i ključ*, tj. ne koristi se direktno u procesu enkripcije/dekripcije (u suprotnom enkripcija ne bi imala jaku zaštitnu ulogu), nego se *ključ izvodi iz lozinke*, tako što se stvara najmanje jedan tajni ključ koji enkriptuje ključ koji enkriptuje uređaj. Drugim rečima, lozinka sama po sebi nije ključ za dekripciju, ali unošenjem lozinke dekriptuje se ključ za dekripciju čime se dekriptuje uređaj i pristupa disku uređaja. Bez poznavanja lozinke je nemoguće dekriptovati ključ, a bez ključa je nemoguće dekriptovati disk uređaja. Korisnik uređaja, po pravilu, ne zna, tj. ne poseduje ključ, ali mu je zato lozinka poznata.

Iako lozinka nije isto što i ključ i nije ta kojom se enkriptuje uređaj, preko nje se enkriptuje/dekriptuje ključ, pa se, po dobijanju lozinke, ona koristi za otključavanje mobilnog telefona, odnosno za dekripciju ključa. Kada je uređaj otključan, svi podaci pohranjeni u njemu, koji su pre toga bili u šifrovanom, dostupni su u čitljivom obliku (osim ukoliko su dodatno enkriptovani prime-

meseci u 2017. od 1200 naredbi za pretresanje mobilnih telefona 700 nije moglo da se izvrši zbog enkripcije; u periodu od maja do avgusta 2018. u forenzičkoj laboratoriji je od 589 uređaja više od pola, tj. 366 (62%) uređaja bilo zaštićeno enkripcijom, od čega skoro polovina uređaja (165) nije mogla da se dekriptuje. Takođe, tvrdi se da je udeo enkriptovanih ajfona u forenzičkoj laboratoriji porastao je sa 59.6% u 2014 na 82.2% u 2019, ali se ne navodi o kom broju uređaja se radi. Videti, Manhattan District Attorney's Office 2015, 9; Manhattan District Attorney's Office 2016, 8; Manhattan District Attorney's Office 2017, 5; Manhattan District Attorney's Office 2018, 2; Manhattan District Attorney's Office 2019, 4.

⁵ Alfanumerički su slova A-Z i a-z i brojevi 0–9, a simbolički karakteri su „+&?“ itd.

nom softvera za enkripciju ili skriveni posebnim tehnikama). Iz tog razloga *nadležni organi nastoje da dođu, ako ne do ključa, onda do lozinke*, primenom različitih taktika za ostvarivanje pristupa uređaju zaštićenom enkripcijom.

2.2. Ranjivosti u sistemu enkripcije

Ukoliko je kriptografski sistem (u hardveru i/ili softveru) pravilno konfigurisan, ključ se ne može izvesti bez lozinke. Međutim, ukoliko u sistemu postoje određene greške (bagovi), one su uzrok njegove *ranjivosti* koje se mogu *upotrebiti za prevazilaženje ili zaobilaženje zaštite* koju pruža enkripcija. Ove ranjivosti se eksploatišu upotrebom softvera ili niza komandi i akcija, lokalno na uređaju (engl. *hands-on*) ili sa daljine (engl. *drive-by*),⁶ a kako su karakteristične za određenu verziju uređaja i operativnog sistema, potrebno je da se zna koja je ranjivost specifična za datu kombinaciju hardvera i softvera, da bi se s uspehom mogla koristiti.

Državni organi nadležni za otkrivanje i dokazivanje krivičnih dela koriste ranjivosti kriptografskog sistema, jer njihova upotreba olakšava, odnosno omogućava pronalazak ključa/lozinke ili, pak, omogućava pristup uređaju i pohranjenom sadržaju bez upotrebe ključa/lozinke. Do potrebnih ranjivosti nadležni organi dolaze tako što ih sami pronalaze ili kupuju na tržištu, a na raspolaganju su im forenzički alati koji se zasnivaju na njihovoj eksploataciji. Ovo predstavlja praktičan izazov, jer zahteva posedovanje tehničke ekspertize za otkrivanje i upotrebu ranjivosti, odnosno značajne finansijske troškove za kupovinu ranjivosti ili forenzičkih alata koji se na njima zasnivaju. S tim u vezi, postavlja se pitanje da li je verovatnoća za uspeh dovoljno velika da bi se upotreba takvih ranjivosti mogla smatrati korisnom i opravdanom, i da li postoji odgovarajući pravni okvir. Odgovori na ova pitanja mogu se dati kada se sagledaju prednosti i nedostaci upotrebe ranjivosti, kao tehnike, u različitim taktikama za ostvarivanje pristupa mobilnom telefonu zaštićenom enkripcijom.

3. OSTVARIVANJE PRISTUPA MOBILNOM TELEFONU ZAŠTIĆENOM ENKRIPCIJOM

Za ostvarivanje pristupa mobilnom telefonu u kom je primenjena enkripcija celog internog skladišta podataka postoje dve taktičke strategije: 1) vrši se napad na enkripciju, uređaj se dekriptuje i pristupa se pohranjenom sadr-

⁶ Primera radi, tako što korisnik poseti malicioznu ili zaraženu veb stranicu ili otvori mejl sa malicioznim sadržajem (Bellovin et al. 2014, 23).

žaju (strategija *prevazilaženja* enkripcije), i 2) ne vrši se napad na enkripciju, nego se sadržaju pohranjenom u uređaju pristupa na drugi način (strategija *zaobilaženja* enkripcije) (slično, Orin, Schneier 2018, 996). U okviru ovih strategija koristi se više taktika, od kojih se neke zasnivaju na upotrebi ključa/lozinke a druge na upotrebi ranjivosti u kriptografskom sistemu. Taktike i tehnike za pristup enkriptovanom uređaju uglavnom proizlaze iz digitalne forenzike, a da bi rezultirale elektronskim dokazom, moraju se primeniti u okviru odgovarajućeg ovlašćenja nadležnih organa za preduzimanje pojedinih mera i radnji.

3.1. Prevazilaženje enkripcije

U strategiji prevazilaženja enkripcije radi ostvarivanja pristupa sadržaju pohranjenom u mobilnom telefonu, u kom je primenjena enkripcija celog internog skladišta podataka, nadležni organi nastoje da upotrebom ključa i/ili lozinke dekriptuju enkriptovani uređaj. Radi se o sledećim taktikama: a) pronalazak ključa/lozinke; b) pogađanje ključa/lozinke; v) upućivanje zahteva za predaju lozinke/ključa.

3.1.1. Pronalazak ključa/lozinke

Do ključa se može doći primenom *tehnika kriptanalize*,⁷ među kojima se ističe *napad sporednim kanalima* (engl. *side-channel attack*). Ove tehnike registruju, mere i analiziraju fizičke karakteristike uređaja,⁸ iskorišćavanjem ranjivosti u fizičkoj implementaciji kriptografskog sistema uređaja. Da bi se mogle primeniti, potrebno je postaviti senzor u neposrednoj blizini uređaja, koji o njemu prikuplja informacije (pa i ključ⁹).

Analogno pronalasku ključa za otvaranje brave u fizičkom svetu, nadležni organi tokom vršenja uviđaja, pretresanja stana i drugih prostorija ili pretresanja lica mogu pronaći *lozinku*, koja je zapisana (npr. na papiru) ili sa-

⁷ Pod tim se podrazumeva upotreba matematičkih pravila za prevazilaženje kriptografske zaštite (National Institute of Standards and Technology 2006).

⁸ Preko odgovarajućih senzora mogu se prikupiti informacije o pokretu, zvucima, elektromagnetnim isijavanjima uređaja dok radi, potrošnji energije, vremenu koje je potrebno uređaju da izvrši kriptografski algoritam i sl. (videti, Pfefferkorn 2017, 1395).

⁹ Do ključa se može doći prikupljanjem i analizom elektromagnetnih isijavanja ili zvuka koje proizvode fizičke komponente kriptografskog sistema, odnosno zvuka koji ispušta procesor uređaja ili analizom strujnih tokova između delova uređaja dok se uređaj enkriptuje/dekriptuje (engl. *key-recovery attack*). Videti, Bright 2014.

čuvana na drugi način (npr. u datoteci u nekom drugom uređaju) i potom je upotrebiti za ostvarivanje pristupa uređaju. Pored toga, lozinka se može saznati i primenom određenih alata za tajni nadzor nad uređajem – tako što se ostvaruje fizički pristup uređaju radi postavljanja hardverskih alata, odnosno pristup uređaju sa daljine radi instaliranja softverskih alata.

U prvom slučaju se vrši tajni, fizički pristup uređaju na koji se potom postavljaju hardverske komponente koje beleže podatke, no, kako je njih potrebno fizički instalirati na uređaju i nakon toga preuzeti, postoji rizik da ih korisnik uoči. U drugom slučaju se vrši svojevrsan upad u uređaj, tako što se *sa daljine* (npr. preko virusa ili trojanca) u njemu instalira softverski alat, koji *presreće i snima pojedine podatke* – između ostalog, kucanje lozinke na tastaturi, koje potom šalje na računar nadležnih organa. Ovakav princip rada nije delotvoran u pogledu enkripcije uređaja koja se zasniva na lozinci, jer se može primeniti tek nakon otključavanja uređaja, odnosno unosa lozinke, pa softver lozinku ne može ni da registruje.¹⁰

3.1.2. Pogađanje ključa/lozinke

Ukoliko ne postoji način da se ključ/lozinka pronađu, nadležni organi vrše „*napad na silu*“ (engl. *brute force attack*), što predstavlja sistematično isprobavanje različitih kombinacija ključa/lozinke do pronalaska prave, analogno isprobavanju kombinacija za otvaranje sefa u fizičkom svetu. Primena ove taktike ne stvara neke posebne pravne probleme.

S obzirom na to da je u trenutnim tehnološkim okvirima napad na silu usmeren na *ključ* izuzetno težak, gotovo nemoguć zadatak,¹¹ ovakav pristup se usmerava na *lozinku*. Uspešnost pronalaska lozinke zavisi od jačine lozin-

¹⁰ Međutim, ukoliko su ispunjeni uslovi predviđeni zakonom, moguće je sa daljine vršiti pretresanje računara, bez obzira na primenjenu enkripciju – no, tada se radi o strategiji zaobilazjenja enkripcije.

¹¹ Ukoliko bi svako od sedam milijardi ljudi koristio deset super-računara od kojih bi svaki testirao milijardu kombinacija za 128-bitni ključ u sekundi, bilo bi potrebno 77.000.000.000.000.000.000.000 godina da se „nasilno“ pronađe odgovarajući ključ za dekrpciju. Videti, Arora 2012. Primenom neke od tehnika kriptanalize, koje se zasnivaju na ranjivostima u primeni algoritma za enkripciju ili samom algoritmu, moguće je smanjiti broj pokušaja koji je potreban da se pronađe ključ prilikom „napada na silu“. Primera radi, iako algoritam naizgled nasumično proizvodi šifrovan tekst, moguće je uočiti određene obrasce za olakšano pogađanje ključa – koristeći poznate slabosti u AES-256 algoritmu moguće je pronaći pravi ključ „isprobavanjem“ svega 2^{70} umesto 2^{256} kombinacija. Videti, Biryukov et al. 2009.

ke, koja je određena dužinom niza¹² i vrstom karaktera u nizu,¹³ ali i od tehničke opremljenosti nadležnih organa. Pojedini forenzički alati se zasnivaju na ovom principu – uređaj se povezuje sa mobilnim telefonom, i nakon što, ponavljanjem pokušaja sa različitim kombinacijama lozinke, pronade lozinku i ostvari pristup telefonu, ekstahuje sistem datoteka u potpunosti.¹⁴

Iako sama po sebi lozinka ne pruža neku posebnu zaštitu, jer algoritmi za „pogađanje“ lozinke u modernim računarima mogu u nekoliko sekundi isprobati milione kombinacija lozinke, problem predstavljaju dodatne mere zaštite ugrađene u mobilne telefone: onemogućeno povezivanje telefona sa drugim hardverskim komponentama,¹⁵ ograničen broj pogađanja, vremensko odlaganje novih pokušaja nakon određenog broja neuspelih pokušaja ili čak brisanje celokupnog sadržaja uređaja.¹⁶

Mogućnost eventualnog „razbijanja“ algoritama za enkripciju (eng. *cracking*) zavisi u velikoj meri i od budućeg razvoja kvantnih računara (engl. *quantum computers*). Videti, [Gomes](#) 2018, 42–47.

¹² Primera radi, za lozinku od četiri numerička karaktera postoji 10.000 kombinacija, koje čovek može da isproba za dan ili dva, a računar za nekoliko sekundi.

¹³ Odnosno, da li se koriste samo numerički ili alfanumerički karakteri. Bošnjak i Brumen (Bošnjak, Brumen 2018, 315) ukazuju na to da je prosečna dužina niza karaktera manja od osam i da se koriste predvidivi obrasci u nizovima, pri čemu korisnici često koriste veoma proste lozinke, tipa 1234 i slično. Videti, National Cyber Security Center 2019.

¹⁴ Jedan od najefikasnijih forenzičkih alata je proizvela američka kompanija Grejšift (eng. *Grayshift*). Radi se o hardverskom alatu koji se naziva „sivi ključ“ (eng. *GrayKey*).

¹⁵ Primera radi, isprobavanje kombinacija lozinke na ajfonu moguće je samo na telefonu, ali ne i na nekom drugom uređaju s kojim bi se povezao, jer se od 2012. u hardver ugrađuje jedinstveni identifikator (engl. *Unique ID,UID*) koji onemogućava da se bez unosa lozinke sadržaj telefona pregleda ili kopira na drugi uređaj. Nakon pojave *GrayKey* uređaja, Epl je 2018. u operativni sistem *iOS 11.4.1* ugradio *default* bezbednosnu stavku – tzv. *USB restricting mode*, koji onemogućava da se bez unosa lozinke pristupi zaključanom ajfonu koji je povezan preko *USB* porta sa računarom i drugim *plug-in* uređajima (kao što je *GrayKey*) (Apple, Inc. 2020).

¹⁶ Na primer, u operativnom sistemu ajfona je ugrađena opcija koja usporava rad procesora nakon neuspelog unosa lozinke (Apple, Inc. 2020 b). Nakon četiri neuspela pokušaja mora se sačekati jedan minut do novog unosa niza karaktera, a nakon daljih neuspeha vremenski period u kom nije moguće pogađanje se povećava na pet minuta za šesti pogrešni unos, na 15 minuta za sedmi i osmi pogrešni unos, i na jedan sat za deveti. Postoji i mogućnost da se ajfon konfigurise tako da se svi podaci u njemu izbrišu nakon desetog neuspelog unosa.

3.1.3. Upućivanje zahteva za predaju ključa/lozinke

Umesto pronalaska ili pogađanja ključa/lozinke, nadležni organi mogu da ih traže od onoga ko ih poseduje ili ima saznanja o njima.

Zahtev za predaju ključa upućuje se proizvođaču od koga se traži da omogući pristup enkriptovanom uređaju u konkretnom slučaju (engl. *exceptional access*). U ovoj situaciji, nakon što dođu u posed mobilnog telefona, saznaju njegov jedinstveni identifikacioni broj i pribave potrebna odobrenja (npr. naredbu o pretresanju uređaja), nadležni organi se obraćaju proizvođaču uređaja, zahtevajući od njega da: a) otključa uređaj koji mu se pošalje, b) otključa uređaj sa daljine, ili b) nadležnim organima preda ključ.

U jednom trenutku je pred proizvođače bio postavljen zahtev da prilikom proizvodnje u uređaj instaliraju ključ, koji bi se čuvao u depozitu kod nadležnih organa, a koji bi ih koristili po potrebi, međutim, od toga se odustalo (tzv. „prvi kripto rat“).¹⁷ Proizvođač bi mogao da upotrebi, odnosno preda ključ i time omogući dekripciju uređaja i pristup pohranjenim podacima pod uslovom da ključeve za enkripciju/dekripciju uređaja čuva u depozitu,¹⁸ što za sada nije slučaj (tzv. „drugi kripto rat“¹⁹).

Zahtev za predaju lozinke upućuje se korisniku uređaja, od koga se traži da: a) otkrije lozinku nadležnim organima, ili b) unese lozinku i preda otključan telefon, ili v) upotrebi svoje biometrijske karakteristike i preda otključan telefon. Ukoliko postupi po zahtevu nadležnog organa, radi se o *dobrovoljnoj*

¹⁷ Tokom devedestih godina 20. veka pokušalo se sa stvaranjem hibridnog rešenja koji bi istovremeno omogućilo i razvoj informacione tehnologije i sposobnost nadziranja tog razvoja od strane države. Plan je bio da se ustanovi sistem pristupa državnih organa ključu za dekripciju u izuzetnim okolnostima. Tada je osmišljen standard deponovane enkripcije (engl. *Escrowed Encryption Standard: EES*), odnosno sistem deponovanja ključa (engl. *key escrow*). Naime, bio je kreiran set čipova (tzv. *Clipper Chip*) koji bi se ugrađivao u uređaje – država bi ključeve za enkripciju distribuirala IT kompanijama, a kopiju ključa ugrađenog u svaki pojedinačni uređaj čuvala bi u depozitu. Na taj način bi državni organi, po potrebi, imali pristup ključevima za dekriptovanje enkriptovanih podataka. Ovaj sistem je napušten usled jakog pritiska grupa za zaštitu građanskih prava i akademskog konzenczusa da se na ovaj način ne obezbeđuje tajnost komunikacija. Više o tome, videti Schneier 2015.

¹⁸ Čak i ukoliko bi proizvođač čuvao ključeve i primio od nadležnih organa zahtev za njihovu predaju, postavlja se pitanje koji bi mrežni protokol bio korišćen za slanje ključa; na koji način bi zahtev bio autentifikovan, odnosno kako bi proizvođač imao potvrde o identitetu za sve nadležene organe širom sveta; na koji način bi se rezultati odnosili samo za konkretan uređaj, tako da se spreči da nadležni organi ne traže pristup uređaju koji nije u njihovom posedu i slično. Osim toga, to bi zahtevalo skupe i dugotrajne promene u hardverskim i softverskim komponentama uređaja.

¹⁹ Видети фн. 24.

dekripciji. Međutim, postavlja se pitanje da li se lice može prinuditi da dekriptuje uređaj, odnosno da li mu se mogu izreći sankcije u slučaju odbijanja da postupi po zahtevu (*prinudna dekripcija*), naročito ako se radi o okrivljenom, s obzirom na privilegiju od samooptuživanja.²⁰ Kako smatra i Terzian (Terzian 2015, 1139), prinudna dekripcija je dozvoljena i potrebna da bi se ostvarila ravnoteža između interesa krivičnog postupka i privatnosti korisnika, jer u suprotnom enkripcija pravo nadležnih organa da pristupe uređaju transformiše u pravo okrivljenog da uništi dokaze protiv sebe, čineći ih nepristupačnim i nečitljivim. U slučaju postojanja izričite zakonske odredbe, postavilo se pitanje da li bi se sankcije mogle izreći prema okrivljenom koji tvrdi da mu lozinka nije poznata, da se ne seća i slično (videti Koops 2010, 435), no, da bi se okrivljeni mogao sankcionisati, nužno je da se nedvosmisleno utvrdi da on zna lozinku i da ne želi da je otkrije ili upotrebi.

Odgovor na ova pitanja zavisi od toga šta se od okrivljenog zahteva. Pojedina zakonodavstva čak sadrže izričite odredbe o prinudnoj dekripciji, na osnovu kojih se okrivljeni može sankcionisati ukoliko odbije da postupi po zahtevu da preda lozinku, odnosno da preda otključani telefon upotrebom lozinke ili biometrijskih karakteristika.

Tako, u Belgiji na osnovu člana 88*quater* Zakonika o krivičnoj istrazi²¹ istražni sudija ili policija može *narediti licu*, pa i *osumnjičenom*, za koga se pretpostavlja da ima saznanja o računarskom sistemu koji je predmet istraživanja ili o uslugama koje omogućavaju zaštitu ili šifrovanje podataka koji se čuvaju, obrađuju ili prenose u tom sistemu, da *pruži informacije* o radu ovog sistema i o tome kako mu pristupiti, odnosno kako pristupiti podacima koji se u sistemu čuvaju, obrađuju ili prenose u razumljivom obliku (st. 1). U slučaju da lice, pa i osumnjičeni, *odbije* da otkrije lozinku, može se sankcionisati kaznom zatvora od šest meseci do tri godine i/ili novčanom kaznom od 26 do 20.000 evra. Ukoliko odbije da postupi po zahtevu u trenutku, kada je moglo da se spreči izvršenje krivičnog dela ili se umanje njegove posledice,

²⁰ Privilegija od samooptuživanja je međunarodno priznati pravni standard i predstavlja aspekt prava na pravično suđenje, koji podrazumeva, prema stavu Evropskog suda za ljudska prava (ECHR), da se okrivljeni ne može prinuditi da sam sebe inkriminiše i preda dokaze koji ga optužuju jer ima pravo da se brani ćutanjem (ECHR, *Saunders v. United Kingdom*, 17 December 1996.) Ova privilegija se *ne odnosi na prinudno uzimanje* od okrivljenog predmeta i uzoraka koji postoje *nezavisno od njegove volje*, kao što su uzorci krvi, urina i slično. Međutim, privilegija je povređena i ukoliko se od okrivljenog traži da sam sebe optuži tako što će *predati inkriminišuće dokaze* (npr. isprave, kao u predmetu ECHR, *Chambaz v. Switzerland*, 5 April 2012).

²¹ Član je unet sledećom izmenom: Loi du 25 decembre 2016 portant des modifications diverses au Code d’instruction criminelle et au Code pénal, en vue d’améliorer les méthodes particulières de recherche et certaines mesures d’enquête concernant Internet, les communications électroniques et les télécommunications et créant une banque de données des empreintes vocales, Moniteur Belge 17. 1. 2017

dice, može mu se izreći kazna zatvora od jedne do pet godina i/ili novčana kazna od 500 do 50.000 evra. Osim toga, od lica koje poseduje odgovarajuća saznanja (izuzev osumnjičenog i lica navedenih u čl. 156 Zakona o krivičnoj istrazi) može se tražiti da pokrene sistem ili, u zavisnosti od slučaja, da preda, odnosno učini dostupnim relevantne podatke u razumljivom obliku (st. 2), a nepostupanje je sankcionisano u st. 3 Belgijski Ustavni sud je ocenio da stav 1 ovog člana nije u suprotnosti sa privilegijom od samooptuživanja, jer se od okrivljenog traži da pruži informaciju (koja postoje nezavisno od njegove volje) koja omogućava pristup uređaju – za razliku od situacije kada bi se od njega tražilo da preda otključani uređaj i aktivno učestvuje u prikupljanju dokaza protiv sebe (videti, Cour constitutionnelle, 20 février 2020, n° 28/2020, *Rev. dr. pén.*, 2020/11, p. 1051–1057).

Član 434–15–2 francuskog Krivičnog zakonika²² predviđa sankcionisanje svakog lica, pa i osumnjičenog, kaznom zatvora od tri godine i novčanom kaznom od 270.000 evra, ukoliko odbije da postupi po sudskoj naredbi *da preda lozinku ili je primeni radi otključavanja uređaja* koji je korišćen za pripremu, omogućavanje ili izvršavanje krivičnog dela, odnosno kaznom od pet godina zatvora i novčanom kaznom od 450.000 evra u slučaju da je odbijanje učinjeno u trenutku kada je ono moglo da spreči izvršenje krivičnog dela ili umanjí njegove posledice. Rešavajući pitanje ustavnosti ovog člana i usaglašenost sa pravom okrivljenog da čuti i sam sebe ne inkriminiše, francuski Ustavni savet je 2018. zauzeo stav da sama po sebi *odredba nije u suprotnosti sa privilegijom od samooptuživanja*, jer njen cilj nije da se od okrivljenog dobije priznanje niti sadrži pretpostavku krivice, nego jedino omogućava dekrpciju uređaja i razjašnjavanje činjenica, a radi se o koji postoje *nezavisno od volje okrivljenog*. Međutim, nije dovoljno je da se u istrazi nedvosmisleno utvrdi da postoji kriptografski sistem koji je korišćen za pripremu, omogućavanje ili izvršavanje krivičnog dela, nego i da je okrivljeni toga svestan i da ima sposobnost da uređaj dekriptuje (videti, Le Conseil Constitutionnel, Décision n° 2018–696 QPC du 30 mars 2018, Journal officiel électronique authentifié n° 0076 du 31/03/2018).

U norveški Zakonik o krivičnom postupku je 2017. unet član 199a koji predviđa da policija može u toku pretresanja uređaja za obradu podataka da naredi svakom licu da preda informacije potrebne za ostvarivanje pristupa tom uređaju ili *da uređaj otključa preko sistema biometrijske autentifikacije*. Ukoliko lice odbije da postupi po takvom zahtevu, policija može po odobrenju javnog tužioca da *izvrši prinudnu autentifikaciju*. Ukoliko to nalažu ra-

²² Loi n° 2016–731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, Journal Officiel du 4 juin 2016.

zlozi hitnosti, policija može u ovom smislu da primeni silu na licu mesta, o čemu bez odlaganja obaveštava javnog tužioca (navedeno prema: Eurojust 2017, 9).

U teoriji se mogu naći i drugačiji stavovi. Tako privilegija od samooptuživanja štiti okrivljenog samo u pogledu zahteva da nadležnim organima otkrije lozinku, ali ne i ukoliko se od njega traži da nadležnim organima preda otključan uređaj nakon što unese lozinku ili da upotrebi svoje biometrijske karakteristike. Naime, lozinka je sama po sebi inkriminišuća, jer njeno iznošenje može da dovede do eventualnog otkrivanja inkriminišućih dokaza, što bi značilo da se od okrivljenog traži da svedoči sam protiv sebe u svojoj stvari, a što ne bi bilo u skladu sa principom *nemo tenetur* (tako i Winkler 2013, 211). Bez obzira na to koja se analogija koristi (ključ i brava, kombinacija u sefu i sl) nesumnjivo se radi o tajnom ključu koji je poznat samo okrivljenom, a od njega se zapravo traži da protiv svoje volje upotrebi sadržaj svog uma i otkrije nešto što ne postoji nezavisno od njegove volje i znanja, i time postane karika u lancu koja dovodi do otkrivanja dokaza protiv samog sebe i sopstvenog optuživanja (tako i Wareham 2017, 264).

Ukoliko, pak, nadležni organi jasno i nedvosmileno utvrde da uređaj sadrži inkriminišući sadržaj, i da je okrivljenom lozinka poznata, pa od njega zahtevaju da je upotrebi, tj. unese i preda otključan telefon, iako se od njega traži da aktivno saraduje sa nadležnim organima, ne bi se mogao pozivati na privilegiju od samooptuživanja, jer se ne traži da protiv sebe kazuje (da otkrije lozinku), nego da dela na određeni način (da unese lozinku) (Kerr 2019, 769).

Što se tiče biometrijske verifikacije i autentifikacije, iako je ovo korisnicima predstavljeno kao revolucionarni, najbezbedniji način za zaštitu pristupa telefonu, u pravnoj realnosti upotreba klasične lozinke uživa veću pravnu zaštitu. Kako to Lemus (Lemus 2017, 554) uočava, otisak prsta je fizička karakteristika koja postoji nezavisno od volje okrivljenog i državni organi imaju pravo da prinude okrivljenog da protivno svojoj volji učestvuje u prikupljanju potencijalno inkriminišućih dokaza, kao i prilikom uzimanja drugih uzoraka (npr. krvi) – od okrivljenog se ne traži da iznese sadržaj svog uma, nego da iskaže tu karakteristiku (stavljanjem prsta na telefon radi otključavanja). Slično obrazloženje nalazi se i u inostranoj sudskoj praksi – primera radi: prinudno stavljanje prsta osumnjičenog na mobilni telefon radi otključavanja uređaja je dozvoljeno, pa policija primenjuje dozvoljenu i potrebnu prinudu (Court of First Instance The Hague, case 09/818727–17, 12. 3. 2018, navedeno prema: Eurojust 2018, 12), i na taj način se ne krši *nemo tenetur* princip, jer otisak prsta postoji nezavisno od volje osumnjičenog (Court of North-Holland – criminal chamber, 14. 12. 2018, navedeno prema, Eurojust

2019, 8). Suprotan stav zauzeo je, primera radi, norveški Vrhovni sud, određujući da se član 157 Zakonika o krivičnom postupku, koji uređuje fizički pregled i prinudno uzimanje uzoraka od osumnjičenog radi razjašnjavanja činjenica u rešavanju krivične stvari, ne može primeniti na prinudno stavljanje prsta osumnjičenog u cilju otključavanja i pristupa njegovom mobilnom telefonu (Supreme Court, case nr. 2016/908, 30. 8. 2016, navedeno prema: Eurojust 2016, 32).

3.2. Zaobilaženje enkripcije

U strategiji zaobilaženja enkripcije primenjuju se taktike koje se ne zasnivaju na upotrebi ključa/lozinke, nego se pristup sadržaju, pohranjenom u uređaju koji je zaštićen enkripcijom, ostvaruje na drugi način, dok se mehanizmi zaštite koje enkripcija pruža u potpunosti ignorišu. Radi se o sledećim taktikama: a) ostvarivanje pristupa sadržaju uređaja iskorišćavanjem ranjivosti u sistemu enkripcije, b) ostvarivanje pristupa sadržaju uređaja u trenutku kada je dekriptovan, i v) ostvarivanje pristupa kopiji sadržaja.

3.2.1. Ostvarivanje pristupa sadržaju uređaja iskorišćavanjem ranjivosti u sistemu enkripcije

Sam po sebi ključ je teško „slomiti“, ali ukoliko u sistemu enkripcije postoje određene ranjivosti, one se mogu upotrebiti za ostvarivanje pristupa sadržaju pohranjenom u enkriptovanom uređaju, čak i bez posedovanja ključa. Do ovakvih ranjivosti se dolazi na dva načina: prethodnim, namernim ugrađivanjem u sistem ili pronalaskom i eksploatacijom postojećih ranjivosti.

U prvom slučaju radi se o tzv. „ulasku na zadnja vrata“ (engl. *backdoors*). Tokom devedesetih godina 20. veka pojedine države su bez uspeha pokušale da proizvođače softvera za enkripciju i uređaja prinude da usvoje tehničke uslove koji bi omogućili „ulazak na zadnja vrata“, a slični zahtevi postoje i danas – događaj sa kraja 2015.²³ je okidač za ponovno pokretanje debate

²³ Nakon što je oduzela mobilni telefon marke *iPhone 5C* decembra 2015, iako ovlašćena naredbom za pretresanje, policija nije mogla da pristupi sadržaju enkriptovanog mobilnog telefona marke *iPhone*, jer nije mogla da „pogodi“ lozinku za otključavanje, bez opasnosti da se ti sadržaji bespovratno izgube. Ovo iz razloga što je u operativnom sistemu uređaja bila ugrađena opcija samobrisanja (engl. *auto-erase*), usled koje su svi podaci mogli da budu izbrisani nakon određenog broja

oko enkripcije koja još uvek traje u političkoj, naučnoj i stručnoj javnosti.²⁴ I pored toga što su zahtevi nadležnih organa legitimni, u stručnoj javnosti (Abelson et al. 2015, 18–20) je prisutan koncenzus da je sa tehničke strane nemoguće enkripciju oslabiti samo malo, bez da se ostavi prostor za potencijale ranjivosti u celokupnom sistemu enkripcije.

neuspelih pokušaja da se pogodi lozinka za pristup, čim je onemogućeno vršenje „napada na silu“. Sudskom naredbom Eplu je naloženo da pruži tehničku pomoć policiji otklanjanjem ovakve zaštite iz operativnog sistema, čime bi se omogućio neograničen broj pogađanja lozinke, bez da se podaci izbrišu sa telefona, na koji način bi policija dobila mogućnost izuzetnog pristupa sadržaju enkriptovanog uređaja. Kompanija je odbila da postupi po naredbi, obrazlažući svoj stav potrebom da se zaštiti sigurnost svih korisnika, jer bi navodno bilo nemoguće da se samo za jedan uređaj učini ovakav izuzetak, a da se ne ugrozi bezbednost operativnog sistema i time omogućiti neovlašćeni pristup uređajima svih drugih korisnika. Spor između Epla i FBI jer je kompanija odbijala da dekriptuje enkripcijom zaštićeni ajfon nije rezultirao konačnom sudskom odlukom, jer je policija povukla svoj zahtev, nakon što je uspjela da otključa telefon.

²⁴ Ova debata se označava Drugim kripto ratom. Tako je na sastanku ministara Ujedinjenog Kraljevstva, SAD, Kanade, Australije i Novog Zelanda 2018. izneto je opredeljenje ovih država ka stvaranju pravnog okvira za obavezivanje IT kompanija da prilagode postojeće, odnosno usvoje nove tehničke uslove koji bi omogućili da nadležni državni organi mogu da ostvare pristup enkriptovanim uređajima. Videti, Five Country Ministerial, 2018. Inače, Australija je prva država koja je usvojila takav propis – Zakon o pomoći i pristupu iz 2018. (Telecommunications and Other Legislation Amendment (Assistance and Access) Act 2018, No. 148, 2018). Na osnovu ovog zakona nadležni državni organi u slučaju potrebe da se pristupi uređaju zaštićenom enkripcijom mogu da zahtevaju od kompanija (koji su proizvođači uređaja, kreatori softvera za enkripciju, pružaoci usluga elektronskih komunikacija, pristupa internetu, čuvanja podataka u oblaku) da pruže tehničku pomoć (engl. *technical assistance notice*), pa i da stvore mogućnost ulaska na zadnja vrata (engl. *technical capability notice*). Slično tome, u SAD je početkom 2020. u zakonodavnu proceduru pred američkim Senatom unet predlog zakona kojim bi se IT kompanija obavezale da ograniče upotrebu enkripcije (*The Eliminating Abusive and Rampant Neglect of Interactive Technologies Act: EARN IT Act*), međutim, propis još uvek nije usvojen.

Do skoro je na nivou EU bilo prisutno jasno i nedvosmisleno protivljenje ozakonjenju „ulaska na zadnja vrata“, međutim, sve se više govori o stvaranju odgovarajućeg pravnog instrumenta koji bi omogućio targetiran pristup podacima uprkos enkripciji (Pisarić 2020, 615). U rezoluciji iz novembra 2020 Savet EU ističe da se nadležni organi u velikoj meri u istrazi velikog broja akrovnih dela oslanjaju na preretanje komunikacija koje je tehnički neizvodljivo zbog enkripcije a da ne postoji odgovarajući supstitut za ovu radnju. Zbog toga se mora naći odgovarajući pravni instrument primenljiv u trenutnom tehničkom okruženju – drugim rečima da se IT obaveže da omogućiti targetiran pristup podacima uprkos enkripciji. Videti, Council of the European Union, 2020.

U drugom slučaju nadležni organi, uprkos enkripciji, ostvaruju pristup uređaju i *ekstrahuju sadržaj*, koristeći ranjivosti u postojećim sistemima, koje pronalaze sami ili ih kupuju na tržištu. Osim toga, nadležnim organima su na raspolaganju brojni alati koji se zasnivaju na otkrivenim a neprevaziđenim ranjivostima u softverskim i hardverskim komponentama mobilnih telefona, a koji omogućavaju ekstrakciju podataka iz uređaja zaštićenih enkripcijom.²⁵ Performanse ovih alata za se jasno vide iz godišnjih izveštaja Programa za testiranje alata za digitalnu forenziku američkog Nacionalnog instituta za standarde i tehnologiju – prema poslednjim izveštajima, i pored enkripcije i dodatnih mera zaštite, postoje alati koji ekstrahuju gotovo sve podatke iz zaključanih, enkriptovanih uređaja i instaliranih aplikacija (videti, National Institute of Standards and Technology 2019). Ovi podaci su značajni jer pokazuju da, uprkos tvrdnjama da enkripcija predstavlja nezanemarljivu prepreku za rad nadležnih oragana, forenzički alati koji funkcionišu po standardima digitalne forenzike ipak omogućavaju prikupljanje podataka iz enkriptovanog uređaja. Međutim, da bi njihova upotreba rezultirala elektronskim dokazima, moraju biti ispunjeni uslovi propisani za pretresanje i veštačenje mobilnog telefona i poštovana ograničenja utvrđena u naredbi za pretresanje, odnosno veštačenje (Pisarić 2019, 208).

3.2.2. Ostvarivanje pristupa sadržaju uređaja u trenutku kada je dekriptovan

Kako je ceo disk enkriptovan samo dok je uređaj zaključan, kroz ovu taktiku se nastoji da se uređaju pristupi u momentu kada ga enkripcija ne štiti, odnosno kada je otključan. Naime, kada korisnik unese sredstvo za autentifikaciju i verifikaciju, uređaj se otključava i dekriptuje, a lozinka se čuva u privremenoj (RAM) memoriji, dokle god je uređaj uključen i otključan. To znači da se preuzimanjem kontrole nad uređajem u tim okolnostima omogućava pristup pohranjenom sadržaju u izvornom obliku, pa i lozinci (koja se na taj način može saznati i naknadno koristiti). Ovakav pristup ostvaruje se kroz fizičku kontrolu nad uređajem ili sa daljine.

²⁵ Među tim alatima se ističu proizvodi izraelske firme Selebrit (eng. *Cellebrite*), prvenstveno *Universal Forensic Extraction Device: UFED Premium*.

U prvom slučaju, da bi se zaobišao zaštitini mehanizam, nadležni organi nastoje da, nakon prethodnog planiranja,²⁶ najpre ostvare *fizičku kontrolu nad uređajem* u momentu dok je otkučan,²⁷ a zatim na licu mesta sprovedu digitalnu istragu na „živom“ sistemu,²⁸ ukoliko su za to postoji odgovarajući pravni okvir (Pisarić 2019, 131).

U drugom slučaju ostvaruje se pristup uređaju sa daljine, odnosno sprovodi se *daljinsko pretresanje dekriptovanog uređaja u realnom vremenu*. Drugim rečima, nadležni organi preduzimaju svojevršno hakovanje, kako bi za potrebe krivičnog postupka ostvarili pristup podacima pohranjenim u uređaju zaštićenom enkripcijom. „Hakovanje“ se vrši primenom malicioznog softvera (malvera), koji se instalira u uređaj (ostvarivanjem tajnog, fizičkog pristupa uređaju) ili sa daljine, a uspešnost ove taktike zavisi od tehničkih mogućnosti nadležnih organa.²⁹

Kako se kroz daljinsko pretresanje uređaja ugrožava privatnost korisnika i bezbednost uređaja kompromitovanjem pouzdanosti i integriteta sistema enkripcije, primena ove taktike je opravdana samo pod uslovom da postoji odgovarajući pravni osnov za preduzimanje ove radnje, koja je neophodna za ostvarivanje legitimnog cilja, a da je ograničenje ljudskih prava potrebno i srazmerno ostvarenju tog cilja (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights 2018, 6). Drugim rečima, samo ako je pretresanje uređaja sa daljine izričito uređeno zakonom kao posebna dokazna radnja,

²⁶ Kejsi i saradnici (Casey et al. 2011, 134) tvrde da je za uspeh ove taktike neophodno prethodno plansko prikupljanje podataka o tehničkoj sofisticiranosti korisnika, mestu i vremenu upotrebe uređaja, fizičkim karakteristikama lokacije na kojoj će preuzeti kontrola nad uređajem, operativnom sistemu i hardverskoj konfiguraciji uređaja, eventualnim dodatnim merama zaštite u uređaju, vrsti enkripcije i sl. Ovi podaci su potrebni kako bi se stvorila strategija delovanja, tako da se poveća faktor iznenađenja i smanji mogućnost da se uređaj isključi ili ošteti.

²⁷ Primera radi, policija je nakon višegodišnje istrage nezakonitih aktivnosti na crnom tržištu darkneta, Put svile, došla do računara njegovog osnivača upravo primenom ove taktike. Iz prethodno prikupljenih podataka proizašlo je da on koristi računar u gradskoj biblioteci, pa su dva službena lica u civilu iscenirala distrakciju, a treći je oduzeo računar koji je bio otključan i dekriptovan. Na taj način je prevaziđen problem enkripcije celog diska, a osnivač Puta svile je osuđen na doživotnu kaznu zatvora. Videti, Mullin 2015.

²⁸ Standardno postupanje u slučaju sumnje na enkripciju celog diska je da se iz RAM memorije uređaja prikupljaju nepostojani podaci (engl. *volatile data*), među kojima su od naročite važnosti lozinka i drugi podaci potrebni za otvarivanje pristupa enkriptovanim sadržajima, pre nego što se uređaj prenese u forenzičku laboratoriju (Pisarić 2015, 243).

²⁹ Podaci o alatima koji se koriste u ovu svrhu nisu dostupni javnosti.

čija primena bi bila ograničena na naročito teška krivična dela, pod uslovom da ne postoje blaže mere za ostvarivanja cilja (Hennessey 2016), čime bi bili ispoštovani principi legaliteta, srazmernosti i supsidijarnosti.

Izričite zakonske odredbe o daljinskom pretresanju uređaja postoje u svega nekoliko država. Tako nemački Zakonik o krivičnom postupku³⁰ u članu 100b reguliše tajno pretresanje uređaja i prikupljanje pohranjenog sadržaja sa daljine. Radnja se može odrediti naredbom suda samo prema licu za koje postoji osnovana sumnja da je izvršio neko od naročito teških, taksativno nabrojanih krivičnih dela (odnosno da je pokušao izvršenje, ukoliko je pokušaj kažnjiv), pod uslovom da je utvrđivanje činjenica ili lociranje osumnjičenog znatno teže ili nemoguće sprovođenjem drugih radnji. Belgijski Zakonik o krivičnoj istrazi u članu 90ter predviđa da istražni sudija može narediti da se tajno, uz pomoć tehničkih sredstava, izvrši daljinsko pretresanje uređaja koje koristi lice osumnjičeno za neko od taksativno nabrojanih krivičnih dela, i to samo u izuzetnim slučajevima, ukoliko to zahtevaju interesi istrage a potrebne činjenice se ne mogu utvrditi na drugi način. Sudija u naredbi može odrediti i tajni ulazak u dom ili drugi prostor u kom se uređaj nalazi, primenu tehničkih sredstava u cilju zaobilaženja mera zaštite i instaliranje tehničkih sredstava za dekrpciju uređaja. Član 588 septies španskog Zakonika o krivičnom postupku³¹ predviđa da, ukoliko postoji sumnja da je lice izvršilo neko od krivičnih dela iz nabrojanih grupa teških krivičnih dela, sudija može narediti instaliranje softvera kojim se sprovodi daljinski elektronski nadzor uređaja, prvobitno na mesec dana, s mogućnošću produženja do tri meseca.

Pored odgovarajućeg pravnog okvira, nužno je da se alati koji omogućavaju daljinski pristup i pretresanje, razvijaju i testiraju u skladu sa standardizovanim pravilima, kako ne bi kompromitovali informacionu bezbednost, narušili integritet elektronskih dokaza, niti omogućili nesrazmerno i neselektivno prikupljanje podataka.

³⁰ Strafprozeßordnung In der Fassung der Bekanntmachung vom 7. 4. 1987 (BGBl. I S. 1074, ber. S. 1319) zuletzt geändert durch Gesetz vom 30. 3. 2021 (BGBl. I S. 448) m.W.v. 2. 4. 2021.

³¹ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, „BOE“ núm. 260, de 17/09/1882 – odredba je u Zakonik uneta 2015, kroz Capítulo IX del Título VIII del Libro II introducido por el apartado dieciocho del artículo único de la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica („B.O.E.“ 6 octubre).

3.2.3. Ostvarivanje pristupa kopiji sadržaja

Ukoliko su podaci sadržani u enkriptovanom telefonu istovremeno pohranjeni na serveru pružaoca usluge skladištenja podataka (odnosno kao bekap „u oblaku“) nadležni organi mogu da upute zahtev pružaocu usluge da te podatke preda. Naime, kao što se, umesto ostvarivanja uvida u mejlove pohranjene u enkriptovanom uređaju, traži od pružaoca usluga elektronskih komunikacija da preda kopiju mejlova, tako se, umesto pokušaja dekripcije mobilnog telefona, zahteva od pružaoca usluge skladištenja podataka „u oblaku“ da preda bekap kopiju sadržaja mobilnog telefona koja se čuva na njegovom serveru.

Nakon što se utvrdi da se korisnik mobilnog telefona opredelio za bekapovanje pohranjenog sadržaja i da takva kopija postoji „u oblaku“, ³² da bi se ova taktika mogla primeniti potrebno je da nadležni organi imaju odgovarajuće ovlašćenje da zahtevaju predaju kopije.³³ Pružalac usluge bi mogao da postupi po ovakvom zahtevu pod uslovom da takvi podaci postoje u konkretnom slučaju, a faktička mogućnost zavisi od toga da li su kopije sadržaja „u oblaku“ pohranjene u *plaintext* ili u šifrovanom obliku (u kom slučaju mogućnost pružaoca usluge da ih preda nadležnim organima u čitljivom obliku zavisi od vrste enkripcije koja je primenjena³⁴).

³² Korisnici ajfona imaju na raspolaganju mogućnost da sadržaj telefona pohrane kao bekap u „oblaku“ na ajklaud platformi (engl. *iCloud*), kojoj se pristupa preko posebnog naloga (@*icloud.com*, @*me.com* i @*mac.com*). U android telefonima se sa prvom prijavom na Gugl nalog (preko džimejl adrese) vrši bekapovanje podešavanja telefona i sinhronizovanje kontakata, obeleživača stranica, lozinki i dr, a nakon toga se automatski (dokle god korisnik ne isključi tu opciju) bekapuju određeni sadržaji na Guglovim serverima za skladištenje podataka „u oblaku“ (npr. fotografije se bekapuju u *Google Photos*, a poruke, datoteke i folderi u *Google Drive*). Korisnici mobilnog telefona mogu da izaberu da se bekap sadržaja u uređaju uopšte ne stvara i ne čuva ni na jednom serveru.

³³ Organ postupka može da zahteva ostvarivanje uvida u sadržaj pohranjen na ajklaud platformi ukoliko postoji sudska naredba, a potrebno je da se navede odgovarajući *Apple ID* ili adresa mejl naloga, a ukoliko su nepoznati, puno ime i broj telefona ili fizička adresa korisnika kako bi se identifikovao. Videti, Apple, Inc. 2020d. Za nadležne državne organe van SAD važe ista pravila, s tim da se zahtev upućuje u okviru mehanizma za pružanje međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima. Videti, Apple, Inc. 2020e. Od Gugla se u okviru odgovarajućih procedura može zahtevati da preda podatke bekapovane na njegovim serverima. Videti, Google 2021.

³⁴ Bekap na Guglovim serverima je zaštićen enkripcijom a ključ se izvodi iz korisnikove lozinke za Gugl nalog (za pojedine podatke se izvodi iz lozinke za mobilni telefon), pri čemu ni Gugl ne poseduje ključ, pa ne može predati nadležnim organima kopiju sadržaja koja se čuva „u oblaku“. Videti, Google 2020. Sadržaj u ajklaud platformi je enkriptovan lokalno na serveru, 128-bitnim *AES* algoritmom, ali Epl poseduje ključ za dekripciju, pa te podatke može predati nadležnim organima.

Adekvatnost kopije da bude zamena za sadržaj pohranjen u enkriptovanim mobilnom telefonu zavisi od toga koji sadržaj se bekapuje i koliko je vremena prošlo od poslednjeg bekapa. Iako bekap sadržaja mobilnog telefona obuhvata obilje podataka koji mogu biti od koristi za nadležne organe, ipak se, i to u najboljem slučaju, „u oblaku“ ne čuvaju svi podaci koji su inače pohranjeni u uređaju, pa je zbog toga „oblak“ samo alternativa a ne supstitut ostvarivanju pristupa enkriptovanom mobilnom telefonu.

4. ZAKLJUČAK

To što enkripcija celog internog skladišta podataka u mobilnom telefonu predstavlja prepreku u istrazi, naročito teških krivičnih dela, ne bi se smelo koristiti se kao argument protiv nje. Tvrdi se da se problem „odlaska u mrak“ može prevazići jedino obavezivanjem proizvođača uređaja, tvorca softvera i pružalaca usluga skladištenja podataka „u oblaku“ da oslabe enkripciju u uređajima, aplikacijama i uslugama, odnosno da zadrže tehničku sposobnost da postupe po zahtevu nadležnih organa za ostvarivanje pristupa dekriptovanim sadržajima, tj. da omoguće „ulazak na zadnja vrata“. Ovakav zahtev postavlja pred kompanije bezbednosne, ekonomske i tehničke izazove i neprihvatljiv je, jer ne postoji način da se enkripcija oslabi i zaobiđe za jednog korisnika/uređaj a da se ne ugrozi celokupan sistem enkripcije. Pored toga, zahtev nije ni opravdan – bez obzira na to što enkripcija predstavlja prepreku u istrazi, ona nije nepremostiva, jer postoje drugi načini da se pristupi podacima pohranjenim u enkriptovanom uređaju.

U okviru strategije prevazilaženja enkripcije, taktika pronalaska ključa/lozinke može dati uspeha čak i primenom klasičnih kriminalističkih taktika i tehnika, što zavisi od okolnosti konkretnog slučaja. Uspešnost taktike pogađanja ključa/lozinke je uslovljena tehničkim mogućnostima nadležnih organa, odnosno primenom forenzičkih alata koji se zasnivaju na „napadu na silu“ ili primenom tehnika kriptanalize. U pogledu upućivanja zahteva okrivljenom za predaju lozinke, njega štiti privilegija od samooptuživanja ukoliko se od njega traži da otkrije sadržaj svog uma i iskaže lozinku, ali ne i ukoliko se od njega zahteva da preda uređaj otključan nakon unosa lozinke ili biometrijske karakteristike jer one postoje nezavisno od njegove volje.

Ukoliko se, pak, podaci čuvaju na platformi treće strane (npr. *Amazon Web Services* ili *Google Cloud Platform*), Epl ključ ne poseduje. Pojedini podaci (npr. podaci o zdravlju, plaćanju, lozinke za *Wi-Fi* mrežu) zaštićeni su *end-to-end* enkripcijom, a ključ se izvodi iz lozinke koju samo korisnik zna, tako da ni Epl nema pristup ovim podacima u izvornom obliku. Videti, Apple, Inc. 2020c.

Iskorišćavanje postojećih ranjivosti u sistemu enkripcije se svodi na upotrebu odgovarajućih forenzičkih alata za ekstrakciju podataka i primenjuje se ukoliko su ispunjeni zakonski uslovi za pretresanje i veštačenje mobilnog telefona, uz poštovanje ograničenja utvrđenih u naredbi za pretresanje, odnosno naredbi za veštačenje, a uspeh u primeni taktike zavisi od tehničke opremljenosti nadležnih organa. Postoje standardizovni forenzički alati koji su podobni za ekstrakciju sadržaja iz enkriptovanih mobilnih telefona, što pokazuju rezultati o njihovom testiranju. Ostvarivanje pristupa uređaju sa daljine u momentu dok je dekriptovan predstavlja svojevrсно hakovanje, pa je nužno da je izričito predviđeno i uređeno zakonom kao posebna dokazna radnja, naročito uz poštovanje principa legaliteta, srazmernosti i supsidijarnosti. Uspešnost upućivanja zahteva pružaocu usluga skladištenja podataka „u oblaku“ da preda kopiju sadržaja mobilnog telefona zavisi od toga da li se i koji podaci skladište na njihovom serveru, da li su i kojom vrstom enkripcije zaštićeni na serveru, odnosno da li ih pružaoci usluge mogu nadležnim organima predati.

Prikazane taktike i tehnike nisu idealno rešenje za prevazilaženje problema enkripcije, ni u pravnom ni u tehničkom smislu. Neke od njih zahtevaju značajna finansijska sredstva i stručnost, dok su druge upitne sa stanovišta bezbednosti informacionih sistema, s jedne strane, i zaštite prava korisnika, a naročito prava okrivljenog, s druge strane. Međutim, njihov značaj se ogleda u tome što pokazuju da ipak postoje načini da se problem enkripcije makar donekle prevaziđe. Očigledno je da je, i pored i uprkos enkripciji, pretresanje i veštačenje mobilnog telefona moguće izvršiti, kroz upotrebu odgovarajućih alata, uz pomoć kojih se vrši ekstrakcija podataka iz uređaja u skladu sa principima digitalne forenzike, a sve u postojećim pravnim okvirima, a da obavezivanje kompanija da oslabe enkripciju ili proširivanje ovlašćenja nadležnih organa nije opravdano a time ni neophodno.

LITERATURA

- [1] Abelson, Harold, Ross Anderson, Steven M. Bellovin, Josh Benaloh, Matt Blaze, Whitfield Diffie, John Gilmore, Matthew Green, Susan Landau, Peter G. Neumann, Ronald L. Rivest, Jeffrey I. Schiller, Bruce Schneier, Michael Specter, Daniel J. Weitzner. 2015. *Keys Under Doormats: Mandating insecurity by requiring government access to all data and communications*. Cambridge.
- [2] Arora, Mohit. 2012. How Secure Is AES Against Brute Force Attacks? *EE Times*. July 5. <http://www.eetimes.com/document.asp>, poslednji pristup 14. jula 2020.
- [3] Bellovin, Steven, Matt Blaze, Sandy Clark, Susan Landau. 1/2014, Lawful Hacking: Using Existing Vulnerabilities for Wiretapping on the Internet. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 12: 1–64.
- [4] Biryukov, Alex, Orr Dunkelman, Nathan Keller, Dmitry Khovratovich, Adi Shamir. 2009. Key Recovery Attacks of Practical Complexity on AES Variants with up to 10 Rounds. 299–319. u *Advances in Cryptology – EUROCRYPT 2010*, ed. Henri Gilbert. Berlin, Heidelberg: Springer.
- [5] Bošnjak, Leon, Boštjan Brumen. 1/2018. Rejecting the Death of Passwords: Advice for the Future. *Computer Science and Information Systems* 16: 313–332.
- [6] Casey, Eoghan, Geoff Fellows, Matthew Geiger, Gerasimos Stellatos. 2/2011. The growing impact of full disk encryption on digital forensics. *Digital Investigation* 8: 129–134.
- [7] Gill, Lex, Tamir Israel, Christopher Parsons. 2018. *Citizen Lab and the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: Shining a Light on the Encryption Debate: a Canadian Field Guide*. Toronto.
- [8] Gomes, Lee. 4/2018. Quantum computing: Both here and not here. *IEEE Spectrum*: 42–47.
- [9] Hennessey, Susan. 2016. Lawful hacking and the case for a strategic approach to Going Dark. *Brookings*. October 7. <https://www.brookings.edu/research/lawful-hacking-and-the-case-for-a-strategic-approach-to-going-dark/>, poslednji pristup 16. jula 2020.
- [10] Jonathan, Katz, Yehuda Lindell. 2015. *Introduction to modern cryptography*, 2nd Edition. London.

- [11] Kerr, Orin, Bruce Schneier. 4/2018. Encryption Workarounds. *Georgetown Law Journal* 106: 989–1019.
- [12] Kerr, Orin. 4/2019. Compelled Decryption and the Privilege Against Self-Incrimination. *Texas Law Review* 97: 767–799.
- [13] Koops, Bert-Jaaps. 2010. Commanding decryption and the privilege against self-incrimination. 431–445. *New trends in criminal investigation and evidence: Volume II*, eds. C. M. Breur, M. M. Kommer, J. F. Nijboer, J. M. Reijntjes. Antwerpen-Groningen-Oxford: Intersentia.
- [14] Lemus, Efren. 2/2017. When Fingerprints Are Key: Reinstating Privacy to the Privilege Against Self-Incrimination in Light of Fingerprint Encryption in Smartphones. *SMU Law Review* 70: 533–561.
- [15] Pisarić, Milana. 2015. Challenges of Recovering and Analyzing Volatile Data. *Thematic Conference Proceedings of International Significance Archibald Reiss Days* 3: 241–245.
- [16] Pisarić, Milana. 2019. *Elektronski dokazi u krivičnom postupku*. Novi Sad.
- [17] Pisarić, Milana. 3/2020. Enkripcija kao prepreka otkrivanju i dokazivanju krivičnih dela. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 54: 1079–1100.
- [18] Pisarić, Milana. 2020. Encryption as a challenge for European law enforcement agencies. *Thematic Conference Proceedings of International Significance Archibald Reiss Days* 10: 611–619.
- [19] Pfefferkorn, Riana. 5/2017. Everything Radiates: Does the Fourth Amendment Regulate Side-Channel Cryptanalysis?. *Connecticut Law Review* 49: 1393–1452.
- [20] Schneier, Bruce. 2015. History of the First Crypto War. *Schneier Blog*. https://www.schneier.com/blog/archives/2015/06/history_of_the_.html, poslednji pristup 14. jula 2020.
- [21] Swire, Peter, Kenesa Ahmad. 1/2012. Encryption and Globalization. *Columbia Science and Technology Law Review* 13: 416–481.
- [22] Terzian, Dan. 4/2015. Forced Decryption as Equilibrium— why it’s Constitutional and how Riley Matters. *Northwestern University Law Review* 109: 1131–1140.
- [23] Wareham, Jason. 3/2017. Cracking the Code: The Enigma of the Self-incrimination Clause and Compulsory Decryption of Encrypted Media. *Georgetown Law Technology Review* 1: 247–268.

- [24] Winkler, Andrew. 2/2013. Password Protection and Self-Incrimination: Applying the Fifth Amendment Privilege in the Technological Era. *Rutgers Computers and Technology Law Journal* 39: 194–215.

OSTALI IZVORI

- [1] Apple, Inc. 2020a. *Using USB accessories with iOS 11.4.1 and later*. April 15. <https://support.apple.com/en-us/HT208857>, poslednji pristup 31. maja 2021.
- [2] Apple, Inc. 2020b. *Apple Platform Security*. <https://support.apple.com/guide/security/passcodes-sec20230a10d/web>, poslednji pristup 31. maja 2021.
- [3] Apple, Inc. 2020c. *iCloud security overview*. <https://support.apple.com/en-us/HT202303#:~:text=Data%20security,end%2Dto%2Dend%20encryption>, poslednji pristup 31. maja 2021.
- [4] Apple, Inc. 2020d. *Legal Process Guidelines Government & Law Enforcement outside the United States*. <https://www.apple.com/legal/privacy/law-enforcement-guidelines-outside-us.pdf>, poslednji pristup 31. maja 2021.
- [5] Apple, Inc. 2020e. *Legal Process Guidelines: U. S. Law Enforcement*. <https://www.apple.com/legal/privacy/law-enforcement-guidelines-us.pdf>, poslednji pristup 31. maja 2021.
- [6] Bright, Peter. 2014. Stealing Encryption Keys Through the Power of Touch. *Ars Technica*. August 21. <http://arstechnica.com/security/2014/08/stealing-encryption-keys-through-the-power-of-touch/>, poslednji pristup 31. maja 2021.
- [7] Council of the European Union. 2020. *Resolution on Encryption – Security through encryption and security despite encryption*. 24 November 2020. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13084-2020-REV-1/en/pdf>, poslednji pristup 31. maja 2021.
- [8] Eurojust. 2019. *Cybercrime Judicial Monitor – Issue 5*. https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/Publications/Reports/2019-12_CJM-5_EN.pdf, poslednji pristup 31. maja 2021.
- [9] Eurojust. 2018. *Cybercrime Judicial Monitor – Issue 4*. https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/Publications/Reports/2018-12_CJM-4_EN.pdf, poslednji pristup 31. maja 2021.

- [10] Eurojust. 2017. *Cybercrime Judicial Monitor – Issue 3*. https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/Publications/Reports/2017-12_CJM-3_EN.pdf, poslednji pristup 31. maja 2021.
- [11] Eurojust. 2016. *Cybercrime Judicial Monitor – Issue 2*. https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/Publications/Reports/2016-11_CJM-2_EN.pdf, poslednji pristup 31. maja 2021.
- [12] Five Country Ministerial. 2018. *Statement of Principles on Access to Evidence and Encryption*. <https://www.homeaffairs.gov.au/about-us/our-portfolios/national-security/security-coordination/five-country-ministerial-2018>, poslednji pristup 31. maja 2021.
- [13] Google. 2021. *Transparency Report Help Center, Request for User Information*. <https://support.google.com/transparencyreport/answer/7381458?hl=en>, poslednji pristup 31. maja 2021.
- [14] Manhattan District Attorney's Office. 2015. *Report on Smartphone encryption and Public safety*. New York. <https://www.manhattanda.org/wp-content/themes/dany/files/11.18.15%20Report%20on%20Smartphone%20Encryption%20and%20Public%20Safety.pdf>, poslednji pristup 31. maja 2021.
- [15] Manhattan District Attorney's Office. 2016. *Report on Smartphone encryption and Public safety, An update to the November 2015 Report*. New York. <https://www.manhattanda.org/wp-content/themes/dany/files/Report%20on%20Smartphone%20Encryption%20and%20Public%20Safety:%20An%20Update.pdf>, poslednji pristup 31. maja 2021.
- [16] Manhattan District Attorney's Office. 2017. *Third Report on Smartphone encryption and Public safety*. New York. <https://www.manhattanda.org/wp-content/themes/dany/files/2017%20Report%20of%20the%20Manhattan%20District%20Attorney%27s%20Office%20on%20Smartphone%20Encryption.pdf>, poslednji pristup 31. maja 2021.
- [17] Manhattan District Attorney's Office. 2018. *Report on Smartphone encryption and Public safety, An update to the November 2017 Report*. New York. <https://www.manhattanda.org/wp-content/uploads/2018/11/2018-Report-of-the-Manhattan-District-Attorney27s-Office-on-Smartphone-En....pdf>, poslednji pristup 31. maja 2021.
- [18] Manhattan District Attorney's Office. 2019. *Report on Smartphone encryption and Public safety, An update to the November 2018 Report*. New York. <https://www.manhattanda.org/wp-content/uploads/2019/10/2019-Report-on-Smartphone-Encryption-and-Public-Safety.pdf>, poslednji pristup 31. maja 2021.

- [19] Mullin, Joe. 2015. Sunk: How Ross Ulbricht ended up in prison for life. *Ars Technica*. May 29. <https://arstechnica.com/tech-policy/2015/05/sunk-how-ross-ulbricht-ended-up-in-prison-for-life/>, poslednji pristup 31. maja 2021.
- [20] National Cyber Security Center. 2019. *Most hacked passwords revealed as UK cyber survey exposes gaps in online security*. April 21. <https://www.ncsc.gov.uk/news/most-hacked-passwords-revealed-as-uk-cyber-survey-exposes-gaps-in-online-security>, poslednji pristup 31. maja 2021.
- [21] National Institute of Standards and Technology. 2006. *Glossary of Key Information Security Terms*. April 25. <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GOVPUB-C13-b1ff2496095efdbb0a71d72f6b607595/pdf/GOVPUB-C13-b1ff2496095efdbb0a71d72f6b607595.pdf>, poslednji pristup 31. maja 2021.
- [22] National Institute of Standards and Technology. 2019. *Test Result for Mobile Device Acquisition Tool: UFED InField Kiosk v7.5.0.875*. September 27. https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/testresultsnistmobiledeviceacquisitiontool-ufedinfieldkiosk_v7.5.0.875.pdf, poslednji pristup 31. maja 2021.
- [23] Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. 2018. *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights: The Right to Privacy in the Digital Age*, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/239/58/PDF/G1823958.pdf?OpenElement>, poslednji pristup 31. maja 2021.

Milana PISARIĆ, PhD

Assistant Lecturer, University of Novi Sad Faculty of Law, Serbia

MOBILE PHONE ENCRYPTION AS AN OBSTACLE IN CRIMINAL INVESTIGATION – REVIEW OF COMPARATIVE SOLUTIONS

Summary

In detecting criminal offences, the police increasingly rely on electronic evidence. Due to ubiquitous digitization, data in electronic form with probative potential is found in an increasing number of sources. When the competent authorities need to collect potential electronic evidence from mobile phones, they face several normative and practical challenges. One of the important aggravating factors is the full-disk encryption of the device. Although functions of encryption cannot and must not be neglected in the modern digital environment, it has an obstructive role in criminal investigation. The competent authorities often have the appropriate authority to access the contents of a mobile phone, but they lack the technical ability to gain such access and collect data. After explaining the basic principles of encryption of mobile phones, the author analyzes the possible approaches for gaining access to a device protected by encryption, and indicates the possible legal basis for their application.

Key words: *Digital investigation. – Electronic evidence. – Mobile phones. – Encryption.*

Article History:
Received: 21. 7. 2020.
Accepted: 8. 6. 2021.

/PRIKAZI

Dr Boris BEGOVIĆ*

Colander, David, Craig Freedman. 2019. *Where Economics Went Wrong: Chicago's Abandonment of Classical Liberalism*. Princeton & Oxford: Princeton University Press, 267.

Ovo nije prva knjiga o tome u čemu to greši ekonomska nauka i na kojoj je to skretnici doneta pogrešna odluka koja je dovela do propasti te nauke, ako je ta delatnost uopšte nauka. Takođe, ovo nije ni prva knjiga o Čikaškoj (ekonomske) školi niti je nova teza da je upravo ta škola pospešila pomenutu navodnu propast ekonomske nauke. Međutim, ovo je prva knjiga u kojoj se Čikaškoj školi pripisuje da je izdala (iako se u naslovu upotrebljava umereniji termin, napustila) klasični liberalizam. Zanimljiva, gotovo kontraintuitivna teza, imajući u vidu da većina akademskog sveta iz oblasti društveno-humanističkih nauka danas poistovećuje Čikašku školu sa ekonomskim liberalizmom i sa, za mnoge ozloglašenom, ideologijom neoliberalizma.

U čemu se ogleda ta izdaja? Prema mišljenju autora – to postaje jasno već na samom početku knjige – sve se u osnovi svodi na dve stvari: metodologiju i način rasprave. Pre svega, smatraju oni, Čikaška škola je napustila načelo klasičnog liberalizma o punoj razdvojenosti pozitivne, vrednosno neutralne analize, s jedne strane, i normativne analize, s druge strane. Drugim rečima, narušeno je načelo pune razdvojenosti (neprobojnim zidom, *firewall*) ekonomske nauke i ekonomske politike. Tu se već nazire prvi problem analize iznete u ovoj knjizi. Šta je to klasični liberalizam? Koji to autori spadaju u tu školu? Da li njih kao školu definiše zajednička metodologija ili, možda, ideologija, budući da liberalizam podrazumeva skup određenih vrednosnih

* Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, begovic@ius.bg.ac.rs.

načela, poželjnih ishoda? Autori knjige se nisu jasno odredili o tom pitanju, ali se može primetiti da se njihova analiza odnosi na uvide velikana klasične ekonomske teorije, pre svih Adama Smita (*Adam Smith*) i Džona Stjuarta Mila (*John Stuart Mil*). To bi, posledično, značilo da je u pitanju metodološka bliskost, koja je uočljiva naročito u navodnom neprobojnom zidu koji razdvaja ekonomsku nauku i ekonomsku politiku. Međutim, onda iz tog kruga velikana nije opravdano isključiti Dejvida Rikarda (*David Riccardo*), budući da je, kako se s pravom napominje u literaturi (Johnson 2020), upravo on uklonio taj neprobojni zid. Pre svega, tako što je svoje preporuke za ekonomsku politiku koje se odnose na slobodnu međunarodnu trgovinu izgradio na sopstvenim teorijskim nalazima o komparativnim prednostima zemalja u međunarodnoj razmeni.

Sledeći problem analize proizlazi iz toga što autori smatraju da je pomenuta razdvojenost poželjna i da je ekonomska nauka, odnosno, iz drugog ugla posmatrano, ekonomska politika, krenula pogrešnim putem kada je uklonjen taj neprobojni zid (onakav kakav je postojao u Milovo vreme) – kada je ekonomska politika postala normativni deo ekonomske nauke. Implicitno, autori zagovaraju, kao način ozdravljenja ekonomske nauke, vraćanje takvog neprobojnog zida u današnje doba. U tom pogledu se može javiti problem zbog toga što se ekonomska nauka iz doba klasične škole, zaključno sa Milom, i današnja ekonomska nauka metodološki znatno razlikuju, čak i više nego ondašnja i savremena privreda. Za proteklih 150 godina, od Milovog vremena, mnogo štošta se promenilo. Za početak, upravo su se krajem XIX veka dogodila marginalistička revolucija, koju je pratila odgovarajuća smena straže: umesto klasične ekonomske nauke, na scenu je stupila neoklasična, koja je sa klasičnom imala daleko manje metodološke veze nego što to prefiks „neo“ označava. Uz sve modifikacije i dopune, osnovna neoklasična paradigma i danas čini fundament onog što se s pravom naziva maticom savremene ekonomske nauke. Upravo ta paradigma je omogućila da akademski ekonomisti danas bolje objašnjavaju svet koji ih okružuje, da daleko bolje razumeju ponašanje privrednih subjekata nego što su to činili ekonomisti u XIX veku. Sviđalo se to nekom ili ne, ekonomska nauka je (metodološki) napredovala.¹ Dakle, neprobojni zid danas ne mora da bude poželjan kao što je bio u XIX veku. Tim pre što autori nisu dokazali da je neprobojni zid u to vreme bio superiorno rešenje sa stanovišta ekonomske politike. Štaviše, najznačajniji proboj tog zida, Rikardovo zagovaranje slobodne međunarodne

¹ Još sredinom prošlog veka, jedan od velikana Čikaške škole je zapisao: „Međutim, klasična ekonomska nauka danas je postala nešto poput supstituta klasičnih jezika. Možemo, ali ne moramo da uvećamo svoju erudiciju, ali obično zaključujemo da malo šta možemo da naučimo na metodološkom planu od klasične ekonomske nauke“ (Stigler 1949, 25).

trgovine, zasnovano na njegovoj teoriji komparativnih prednosti, bio je jedan od najvećih iskoraka tog vremena u domenu ekonomske politike. Upravo je taj iskorak doprineo prelasku čovečanstva iz ere stagnacije u epohu održivog privrednog rasta i privrednog napretka do tada nezabeleženog u ljudskoj istoriji.

Problemima analize u ovoj knjizi tu nije kraj. Sledeći problem se javlja u vezi sa uvidom da je upravo Čikaška škola napustila načelo klasičnog liberalizama o potpunosti razdvojenosti pozitivne, vrednosno neutralne analize, s jedne strane, i normativne analize, s druge strane. To, jednostavno, nije tačno. Autori u knjizi iznose obilje dokaza da se to napuštanje dogodilo daleko ranije, praktično uz uspon neoklasične ekonomske teorije, praćen njenom kodifikacijom, povezanom sa Maršalovim (*Alfred Marshall*) opusom, i uz uspostavljanje ekonomike blagostanja kao discipline ekonomske nauke, što je Piguovo (*Alfred Cecil Pigou*) postignuće. Upravo je ekonomika blagostanja, zasnovana na valrasijanskoj teoriji opšte ravnoteže, poslužila kao naučna osnova za ekonomsku politiku namenjenu maksimizaciji društvenog blagostanja. Jednostavno, poželjne su sve one mere ekonomske politike kojima se, na naučnoj osnovi – ne samo na osnovu utisaka, parcijalnih saznanja, rezultata debata i tome slično – maksimizuje društveno blagostanje. Time je otvorena pandorina kutija državne intervencije, budući da se od tada ta intervencija mogla naučno opravdati – isto kao i naučni socijalizam.

Ta pandorina kutija je puštena u puni pogon sa akademskim i političkim usponom Kejnsova (*John Maynard Keynes*) i nastankom kejnsovanizma. Reč je o tome da je osnovna poruka kejnsovanaca da slobodno delovanje tržišta ne može da obezbedi ekonomski uspeh, ne može da se suprotstavi recesiji, već je naprotiv stvar, i da je stoga potrebna široka državna intervencija, uglavnom usmerena na upravljanje agregatnom tražnjom, budući da se nedostatak tražnje sagledava kao osnovni uzrok stagnacije.

Zlatno doba kejnsovanizma u decenijama posle Drugog svetskog rata u isto vreme je bilo, pokazuju autori, i kulminacija razgranate državne intervencije, i to upravo intervencije zasnovane na naučnim dokazima, na nalazima sada već uveliko matematizovane ekonomske nauke i njene i dalje dominantne neoklasične teorije. Ono što je kejnsovanizam bio na makroekonomskom planu, zahtevajući, na naučnoj osnovi, fiskalni deficit kako bi se obezbedila dodatna agregatna tražnja, na mikroekonomskom planu bila je teorijska koncepcija nesavršenog tržišta. Njeni nalazi o različitim vidovima te nesavršenosti (eksterni efekti, javna dobra, nesavršena informisanost itd.) stvaraju naučnu, teorijsku osnovu za državnu intervenciju sa ciljem da se te nesavršenosti koriguju.

No, da li su ti pomaci u ekonomskoj nauci bili odlučujući za visok nivo i rasprostranjenost državne intervencije u SAD, kao prvoj zemlji kapitalizama, u decenijama posle Drugog svetskog rata? Autori u knjizi pružaju obilje in-

formacija o tome da oni nisu bili odlučujući i jasno stavljaju do znanja šta je presudilo. To je bio uspeh državne intervencije u oporavku zemlje od Velike depresije (1929–1933), dobra organizacija državnih poslova kojom je dobiten Drugi svetski rat i reputacija efikasne države u Hladnom ratu koji, ako ništa drugo, Amerika nije gubila. Međutim, nezavisno od toga šta je imalo odlučujući uticaj na rasprostranjenost državne intervencije, izvesno je da su ekonomika blagostanja i kejnizam iz ugla ekonomske nauke to omogućili, odnosno da su pružili naučno obrazloženje za nju. Drugim rečima, ako je neko u tom pogledu izdao liberalizam u sintagmi „klasični liberalizam“, onda su to bili Pigu i Kejn, a posle njih Samjuelson (*Paul Samuelson*) – dakle, niko iz Čikaške škole.

Bez obzira na to što sada postaje jasno da su autori ovom knjigom prošli metu koju su sami nacrtali, otvaraju se nova pitanja, odnosno izražavaju novi problemi iz njihovih uvida. Poput onog povezanog sa sintagmom „klasični liberalizam“. Sa metodološkog stanovišta, jasno je da autori imaju u vidu klasičnu ekonomsku teoriju, odnosno političku ekonomiju, kako se ona tada nazivala. To što su njeni predstavnici imali razumevanje za ideologiju liberalizma, neki više, neki manje, nema uticaja na njihovu ekonomsku metodologiju. Naravno, jedan od njih, Mil, svakako spada u najznačajnije filozofe liberalizma. Međutim, ukoliko se pređe na teren ideologije, odnosno političke filozofije, izraz klasični liberalizam u SAD, gde je knjiga pisana i objavljena, ima sasvim drugo značenje. Upotrebljava se, pre svega, kao distinkcija, kao izraz kojim se skreće pažnja da nije reč o liberalizmu koji u savremenoj Americi predstavlja sinonim za političku levicu. Ponekad se, kako ne bi bilo zabune o liberalizmu u klasičnom smislu reči, u SAD govori o libertarijanizmu, mada između liberalizma XIX veka i libertarijanizma svakako postoje značajne doktrinarne razlike.

Sledeći problem proizlazi iz nalaza autora knjige da otpor klasičnog liberalizma prema državnoj intervenciji, odnosno njegovo zastupanje ideja slobodnog tržišta, ne proizlazi iz njegovih naučnih nalaza, uvida ekonomske nauke, već iz zdravorazumske skepse prema administrativnim kapacitetima tadašnjih državnih vlasti da upravljaju privredom. Taj nalaz nije obrazložen, odnosno u njegov prilog nije ponuđen nijedan dokaz. A osim toga je kontraintuitivno tvrditi da je odbojnost prema državnoj intervenciji mislilaca koji sebe smatraju liberalima, za koje sloboda, ekonomska ili politička, sama po sebi predstavlja vrednost, zasnovana isključivo na njihovoj sumnji u delotvornosti te intervencije. Ono što je kontraintuitivno ne mora neminovno biti netačno, ali treba veoma pažljivo dokazati da to nije tako.

Naravno da nije sporno da se Čikaška škola svrstava, na normativnom planu, u školu koja visoko vrednuje slobodno tržište i njegovu sposobnost da obezbedi efikasnu alokaciju resursa. Onda se, međutim, postavlja pitanje u

čemu je to Čikaška škola napustila liberalizam klasičnih liberala i njihovo zastupanje ideje slobodnog tržišta. Iz knjige proizlazi da je to način na kojih je Čikaška škola došla do te svoje normativne pozicije. Za razliku od klasičnih liberala, Čikaška škola je do nje došla na osnovu nalaza ekonomske nauke.

Autori, međutim, sami pišu da je Čikaška škola izazvala kontrarevoluciju u svetu ekonomskih ideja. U tom smislu, autori nude tezu da je Čikaška škola samo reakcija na revoluciju koja je omogućila dominaciju ideje državne intervencije u posleratnom svetu, pre svega u SAD, i to na naučnim osnovama. Ostaje nejasno zbog čega onda kontrarevolucija ne bi mogla ili ne bi trebalo da bude na istim (metodološkim) osnovama.

Zanimljivo je, međutim, pitanje da li je ili barem u kojoj meru čikaška kontrarevolucija zasnovana na naučnim osnovama. Autori dosta pažnje posvećuju ideološkoj opredeljenosti vodećih ekonomista čikaške škole, koji su se usprotivili jačanju državne intervencije i, kako su oni smatrali, napredovanju socijalizma u svetu. Okupljeni u društvo „Mont Pelerin“ (*Mont Pelerin*),² osnovano 1947. godine pod odlučujućim uticajem Fon Hajeka (*Friedrich von Hayek*), oni su se deklarirali kao ideološki zagovornici slobode – političke, građanske i ekonomske slobode postavili su visoko na lestvici svojih vrednosti. U tom pogledu nema razlike između njih i liberala XIX veka. Naučni radovi najznačajnijih predstavnika Čikaške škole nisu predstavljali osnovu za njihovo ideološko opredeljenje. Naučni doprinos Fridmana (*Milton Friedman*) metodologiji ekonomske nauke i kvantitativnoj teoriji novca, na primer, nije bio odlučujući za njegov negativan odnos prema državnoj intervenciji. Kao što ni Stiglerov (*George Stigler*) naučni doprinos teoriji cena i teoriji oligopola ili njegov teorijski stav o egzogenosti preferencija, kao ni njegov metodološki stav o obavezi empirijskog testiranja teorijskih hipoteza ne predstavljaju osnovu za njegovo opredeljenje u prilog slobode. Autori knjige, jednostavno, nisu uspeali da pokažu da postoji veza između teorijskih i metodoloških doprinosa Čikaške škole i njenog načelnog opredeljenja protiv državne intervencije.³

Sledeći element koji autori knjige prebacuju Čikaškoj školi, sledeća „izdaja“ klasičnog liberalizma, odnosi se na način rasprave. Dok je, prema mišljenju autora, klasični liberalizam upućivao na raspravu čija je svrha pronalaženje istine, možda više na raspravu radi rasprave – Milovim rečima, „rasprava

² Pogrešan, engleski izgovor francuskog naziva planine na obali Ženevskog jezera na kojoj je održan prvi sastanak označava društvo, za razliku od geografskog pojma.

³ Teško da je uvid da je „Vrhovni cilj zapadnog sveta [...] razvoj pojedinca: stvaranje najvećeg područja za lične slobode pojedinca i s tim povezanog područja lične odgovornosti“ (Stigler 1975, 285) proizvod bilo kakve ekonomske analize. To je jasan ideološki stav.

zarad nebesa“ – cilj rasprave za Čikašku školu je samo pobjeda njihovih ideja. Dakle, umesto kubertenovskog „važno je učestvovati“, Čikago se opredelio za „važno je pobeđivati“.

Možda je najveća vrednost ove knjige to što njeni autori nude obilje materijala iz istorije Univerziteta u Čikagu i same Čikaške škole, na osnovu kojih se može zaključiti zbog čega je za tu školu bilo važno pobeđivati. Ukratko, zbog toga što su u odnosu na vodeće američke univerzitete, one obrasle bršljanom, Čikažani vrlo dugo bili autsajderi. Što su ih univerzitetske aristokrate smatrale siromašnim rođacima iz provincije, pa se Čikago srčano borio za svoje mesto pod suncem. U knjizi se jasno stavlja do znanja da je takav pristup raspravi Čikago prihvatio daleko pre nego što se taj univerzitet profilisao kao sedište liberalne ekonomske škole, pre nego što je nastala Čikaška škola kakvu danas poznajemo.

Međutim, taj način rasprave – važno je pobediti – nezavisno od toga da li se nekom dopada ili ne, u ekonomsku nauku i raspravu o ekonomskim politikama ušao je daleko pre nego što je oformljena Čikaška škola. Svakako je teško pronaći začetnika takvog pristupa, ali je jasno da je Kejns svoje možda najpoznatije delo (Keynes 1920) napisao da bi pobedio u oblasti ekonomske politike, da bi njegove preporuke u pogledu nemačkih posleratnih reparacija bile prihvaćene, pri čemu je one koji se s njim nisu slagali opisivao biranim ružnim rečima. Nije to bila rasprava zarad nebesa nego radi pobjede bez ostatka. I to ne pobjede u akademskoj, naučnoj raspravi, nego pobjede u domenu ekonomske politike. U to doba grad Čikago nije bio poznat po Čikaškoj školi, ona još uvek nije ni postojala, nego po predvodnicima sveobuhvatnog kršenja upravo uspostavljene prohibicije i biranim metodima rešavanja njihovih međusobnih nesuglasica.

Možda su autori u svojoj oceni čikaškog pristupa i načela „važno je pobediti“ u glavi imali jednog od vodećih ekonomista Čikaške škole – Džordža Stiglera.⁴ Briljantan, ekstrovertan, zajedljiv, rečit, žestok u raspravi – Stigler je za mnoge bio i ostao simbol Čikaške škole. No, njegove (žestoke) rasprave su bile pre svega povezane sa ekonomskom naukom i neoklasičnom teorijom koju je nepokolebljivo branio. Takva je, na primer, rasprava (Stigler 1968) o postojanju tzv. X-inefikasnosti (Leibenstein 1966), u kojoj se pokazalo da Stigler nije u pravu, budući da je (čikaška) ekonomska teorija tu vrstu neefikasnosti kasnije prihvatila uz malu terminološku izmenu – sada se naziva proizvodnom neefikasnošću. Njegove rasprave su se u daleko manjoj meri ti-

⁴ Izabrani Stiglerovi članci sabrani su u zborniku koji je objavljen nekoliko godina pre njegove smrti (Leube, Gale Moor 1986).

cale ekonomske politike. Na primer, odlučujući efekat na promenu američke antimonopolske politike, to jest politike zaštite konkurencije, imao je drugi Čikažanin – Robert Bork (Bork 1978).⁵

Milova „rasprava zarad nebesa“ karakteristična je za filozofske rasprave. Mil jeste bio svestrani velikan, ali je ipak pre svega bio filozof. Ekonomisti drugačije pristupaju raspravi i čini se da je ta promena povezana sa usponom neoklasične ekonomske teorije, a samo pojačana sa insistiranjem na empirijskom testiranju teorijskih hipoteza. Nezavisno od toga kada je pristup „važno je pobediti“ prevladao, a to je svakako bilo pre nego što je oformljena Čikaška škola, pitanje na koje autori nisu odgovorili glasi: a zbog čega je to loše? Da li je takav pristup raspravi zaista razlog propasti ekonomske nauke? Ako jeste, zbog čega je to tako? Odgovore na ta pitanje čitalac ne može da pronađe u knjizi u čijem naslovi se tvrdi da je nešto trulo u državi ekonomskoj. Čitalac ne saznaje šta je to zaista trulo, još manje kako je istrulelo.

Dobro, bilo kako bilo, šta je onda izlaz, prema autorima knjige? Ekonomsku politiku treba razdvojiti od ekonomske nauke, kao što je to (navodno) već bio slučaj u XIX veku. Dakle, za dobru ekonomsku politiku su potrebni kreativno razmišljanje i neopterećenost nalazima ekonomske nauke. Potom se u knjizi nudi spisak autora koji spadaju u one koji su već ostvarili taj ideal. Iako su na tom spisku dva nobelovca, najveću pažnju čitaoca ipak privlači Rodrik (*Dani Rodrik*). On je verovatno najbliži idealu koji se zagovara u ovoj knjizi. Reč je o kreativnom, bistrom i duhovitom autoru, bogatog opusa. Na prvi pogled, on je eklektičar koji je spreman da razmotri i prihvati svaku ideju o ekonomskoj politici koja u konkretnim uslovima možda može da da dobre rezultate. Međutim, kada počnete pomno da pratite njegove radove, neminovno se uočava jedna jedina konzistentnost – antiliberalizam. Sve ono što ima prizvuk slobode, slobodne trgovine, slobodnog protoka robe i kapitala, slobodnog formiranja kursa valuta, slobodnog usklađivanja ponude i tražnje, sve to nije dobro. Potrebna je kontrola. Kakva?

Rodrik konstantno nudi bretonvudski model, onaj koji je u svetskoj privredi vladao do kraja šezdesetih i početka sedamdesetih godina prošlog veka (Rodrik 2011). Ukratko: zlatni standard dolara kao rezervne svetske

⁵ Čikaški pristup raspravi o ekonomskim politikama prvenstveno je karakterisala zajedljivost, pre nego agresivnost. Poznata je anegdota o Fridmanu koji je pri poseti nekoj od latinoameričkih zemalja sedamdesetih godina prošlog veka na putu sa aerodroma ka gradu ugledao grupu radnika kako kopaju koristeći lopate i svoje domaćine upitao zbog čega za zemljane radove ne koriste mehanizaciju. Na odgovor domaćina da korišćenjem lopata obezbeđuju veću zaposlenost usledio je legendarno Fridmanovo retoričko pitanje: „A zašto im onda ne date kašike?“

valute, fiksni kursjevi nacionalnih valuta u odnosu na dolar, visoke carinske i necarinske barijere i puna kontrola kapitalnih tokova. Dokaz poželjnosti modela: tada su SAD i zemlje zapadne Evrope beležile visoke stope privrednog rasta. Zašto se taj model raspao? Nema objašnjenja. Ali se oseća blagi dodir nostalgije: nekad je bilo daleko bolje.

Zaista, kako su bile dobre one šezdesete godine prošlog veka! Tada su Kinezi tokom kulturne revolucije masovno ubijali jedni druge, proizvođači jedino hranu dovoljnu da prežive oni koji izbegli streljanje, Indusi su masovno umirali od gladi, istočna Evropa je bila pod sovjetskom čizmom, a latinoamerički narodi pod čizmama vojnih hunti, ne proizvođači praktično ništa. Da se možda nešto nije promenilo od tog doba? Odgovor je nedvosmislen, i to uopšte ne zalazeći u nalaze ekonomske nauke koji pružaju dovoljno argumenata u prilog napuštanja zlatnog standarda, uspostavljanja fleksibilnog kursa osnovnih valuta i slobodne trgovine. Da možda to što Amerika više ne raste onom stopom rasta kao nekad, a i zapadna Evropa nešto šepa u tom pogledu, nije više nego kompenzovano visokim stopa rasta zemalja pomenutih na početku ovog pasusa? Toliko o Rodrikovom doprinosu.

Međutim, autori knjige, teško uzdrmani nostalgijom, prema svemu sudeći ne žele povratak u Rodrikove šezdesete godine prošlog veka, oni bi da se sveti vrati pravo u XIX vek. U doba sveprisutnog bimetalnog, ako ne zlatnog standarda, u vreme male države i njene intervencije, niskih poreza i javne potrošnje i skućenog biračkog prava, uz međusobna nadmetanja (poštenog, sve do Velikog rata) metropola za sve više kolonija i, naravno, filozofskih rasprava o ekonomskoj politici – zarad nebesa. Baš je to bilo lepo vreme. Jedini problem je što je ono nepovratno prošlo, dopadalo se to nekom ili ne.

Ova knjige čitaoca može da podseti na „Ponoć u Parizu“. Sjajan film Vudija Alena u kome glavni junak, zgađen materijalističkom, za neke neoliberalnom današnjicom, na talasu nostalgije za pariskim dvadesetim godinama prošlog veka, na magičan način odlazi u to doba, sa Hemingvejem, Dalijem, Fildžeraldom, Bunjuelom, Pikasom, Matisom i sličnima po bistroima, samo da bi tamo susreo nekog iz tog vremena ko želi da se vrati u još ranije doba. Nostalgija nema granice. No, to je samo lep film i tako nešto može da se desi samo na filmu. A kada pročitate knjigu iz ekonomskih doktrina u kojoj se ozbiljno predlaže povratak u stari dobri XIX vek, bude vam žao što Vudi Alen nije pisao ništa iz te oblasti. Bar bi bilo zabavnije.

LITERATURA

- [1] Bork, Robert. 1978. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: Basic Books Inc.
- [2] Johson, Marianne. 3/2020. Where Economics Went Wrong: A Review Essay. *Journal of Economic Literature* 58: 749–776.
- [3] Keynes, John Maynard. 1920. *The Economic Consequences of Peace*. London: Freeland Press, 2017.
- [4] Leibenstein, Harvey. 3/1966. Allocative Efficiency vs. X-Efficiency. *American Economic Review* 56: 392–415.
- [5] Leube, Kurt R., Thomas Gale Morre (eds.). 1986. *The Essence of Sigler*. Stanford: Hoover Institution Press.
- [6] Rodrik, Dani. 2011. *The Globalization Paradox: Why Global Markets, States, and Democracy Can't Coexist*. Oxford: Oxford University Press.
- [7] Stigler, George J. 1949. The Classical Economists: An Alternative View. 25–36. *Five Lectures on Economic Problems*, London: Longmans & Green.
- [8] Stigler, George J. 2/1975. The Goals of Economic Policy. *Journal of Law and Economics* 18: 283–292.
- [9] Stigler, George J. 1/1976. The Xistence od X-Efficiency. *American Economic Review* 66: 213–216.

Mila ĐORĐEVIĆ, master*

Reiman, Jeffrey, Paul Leighton. 2017. *The Rich Get Richer and the Poor Get Prison – Ideology, Class and Criminal Justice*. 11th edition. New York – London: Routledge, 285.

Dok pojam Pirova pobjeda oslikava pobjedu izvojevanu uz tolike gubitke da se može smatrati porazom, autori ove knjige osmislili su izraz Pirov poraz kako bi opisali poraz krivičnog sistema SAD koji donosi tolike koristi pojedincima da se izjednačava sa pobjedom. U ovoj knjizi je izneta empirijski utemeljena tvrdnja da je američki krivičnog sistema napravedan i da ne tretira sve građane jednako već služi interesima bogatih i moćnih elita tako što svoje represivne snage usmerava ka siromašnima, istovremeno ignorišući ili benevolentno postupajući prema bogatima. U medijima, sudovima i zatvorima građanima se kontinuirano prikazuje jedna ista slika – krivična dela čine siromašni i protiv njih se treba boriti! Na taj način se emituje poruka da stvarna opasnost za većinu Amerikanaca dolazi od ljudi koji se na ekonomskoj lestvici nalaze ispod njih, a ne od onih iznad. Autori pokazuju da takav pogled na sistem krivičnog pravosuđa pokazuje sve defektnosti opšte-prihvaćene ideje da je sistem zaista usmeren na zaštitu života, tela i imovine svojih građana. Ta osnovna tvrdnja je podeljena, razrađena, objašnjena i potkrepljena brojnim dokazima u četiri poglavlja.

U prvom poglavlju „Kontrola kriminala u Americi: ništa ne uspeva kao poraz“ autori empirijski pokazuju kako je borba protiv kriminala u Americi vrlo neuspešna i dokazuju ispravnost svoje prve hipoteze: krivičnog sistema bi mogao da smanji visoku stopu kriminala, ali on to zapravo ne želi. On to ne želi jer je slika o kriminalu koja trenutno postoji slika o siromašnima kao najvećoj pretnji dominantnom društvenom poretku. U poslednjih 25 godina zabeleženi su ogroman porast broja Amerikanaca koji su na odsluže-

* Saradnica u nastavi, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, miladjevic@gmail.com.

nju zatvorske kazne i znatan pad stope kriminala. Ipak, autori pokazuju da je samo mali deo tog smanjenja rezultat politike krivičnog sistema. Sjedinjene Američke Države sa država sa najvećim brojem zatvorenih ljudi po glavi stanovnika, jedina država sa većim brojem silovanih muškaraca nego žena (zbog ogromnog broja tih krivičnih dela učinjenih u zatvorima), a jedna savezna država kao što je Kalifornija ima veći budžet za zatvore nego za visoko obrazovanje. Trend „masovnog zatvaranja“, koji se naziva i „hiperzatvaranje“, „kuga zatvora“ i „bindžovanje zatvora“ omogućio je u periodu od 1980. do 2000. godine izgradnju većeg broja zatvora nego što je ikada izgrađeno u celoj dotadašnjoj istoriji SAD. Koliko je taj proces poprimio maha, govori i podatak da svaki deseti čovek u Americi može da očekuje da završi jednom u svom životu u zatvoru, a šanse su mnogo veće ako je ta osoba crnac: svaka treća crna osoba u SAD završi u zatvoru! Takva politika jeste doprinela snižavanju stope kriminala, ali je taj doprinos u najboljem slučaju bio skroman, praćen ogromnim finansijskim troškovima, povećanjem rasne nejednakosti, opštim nezadovoljstvom koje je nekoliko puta eskaliralo širim društvenim protestima i doprineo brojnim drugim društvenim problemima.

Osim tih tvrdnji, opravdano se postavlja pitanje zašto masovno zatvaranje nije delotvorno? Lišiti slobode neko lice znači onemogućiti ga da i dalje čini krivična dela u zajednici, te porast broja zatvorenika donekle zaista i smanjuje broj krivičnih dela. Ipak, ta strategija ima određena ograničenja i sporedne efekte. Pre svega, kriminolozi su utvrdili da mali broj učinilaca krivičnih dela učini disproporcionalno mnogo dela, tako da njihova identifikacija i zatvaranje zaista doprinose javnoj sigurnosti. Masovna zatvaranja povećavaju šanse za zatvaranje lica čija dela nisu toliko ozbiljna, tako da takav način sankcionisanja u maloj meri doprinosi javnoj bezbednosti. Drugo, kako pojedinci stare, šanse da će činiti krivična dela opadaju. Zbog toga produžavanje trajanja kazni za krivična dela ne doprinosi povećanju javne bezbednosti, ako su kazne već dovoljno duge da zatvorenike drže u zatvoru dok ne ostare. Treće, autori objašnjavaju da zatvori funkcionišu kao „škole kriminala“ jer zatvorsko okruženje smanjuje ličnu odgovornost, slabi šanse za rehabilitaciju i može biti psihološki destruktivno. Bivši zatvorenici imaju manje šanse da se zaposle zbog svog krivičnog dosijea, a može im se smanjiti i želja da poštuju pravo. Četvrto, zatvori ne samo da imaju tendenciju da proizvode još kriminala već i loše utiču na porodice prestupnika i na čitave zajednice. Na primer, deca zatvorenika beleže lošije rezultate u školama i imaju veće šanse da postanu delinkventi. Peto, preovlađujuća struktura zatvorenika pokazuje da veliki udeo zatvorenika služi kaznu zatvora za krivična dela koja su u vezi sa opojnim supstancama, što je posledica uvođenja novih i pooštavanja postojećih kazni zatvora za tu vrstu krivičnih dela. Istraživanja pokazuju da se dileri koji su na odsluženju kazne lako zamenjuju i da njihovo zatvaranje ne

doprinosi u velikoj meri smanjenju kriminala. Ipak, njihovo zatvaranje ima nuspojave jer osuđeni dileri, kada jednom napuste zatvor, ostaju sa krivičnim dosijeom sa kojim ne mogu da se zaposle legalno gotovo nigde.

Nakon detaljne analize postojećih mera i njihove (ne)delotvornosti, autori prikazuju izgovore kojima se sistem služi da bi uspeo da opravda svoje neuspehe na polju smanjenja kriminala. Prvi izgovor glasi: preblagi smo! Analizom pravnih propisa, autori pokazuju da kazne zatvora u Americi nisu blage (čak naprotiv!) niti je opus krivičnih dela mali. Drugi izgovor glasi: troškovi modernog života doprinose porastu kriminala. Ovaj izgovor se tiče života u gradovima i sugeriše da je kriminal nuspojava guste naseljenosti. Autori navode suprotan primer Japana koji je veoma gusto naseljen, a ima izrazito nisku stopu kriminala. Ovu tvrdnju ne podržavaju ni istraživanja o kriminalitetu u američkim gradovima. Poslednji izgovor: krivite decu! – znači da su mladi jednostavno skloni kriminalu jer je period odvajanja od roditelja težak i mnogo mladih se u tom procesu ne snađe legalno. U tome ima istine jer su 44% (rešenih, prijavljenih ili procesuiranih) ubistava učinile osobe mlađe od 25 godina. Ipak, porast kriminala u SAD veći je od porasta broja mladih ljudi u ukupnoj populaciji, te se celokupna visoka stopa kriminala ne može objasniti time.

Još jedna problematična stvar u vezi sa politikama koje su sklone otvaranju velikog broja zatvora i zapošljavanju velikog broja policajaca jeste u činjenici da se time rešavaju posledice, a ne uzroci. To autori koriste kao argument da SAD suštinski ne žele da reše pitanje kriminala jer da žele, mnogo više pažnje i podrške bi usmerile rešavanju do sada poznatih izvora kriminala. Autori insistiraju na pojmu „izvori kriminala“ (eng. *sources of crime*), a ne „uzroci kriminala“ (eng. *causes of crime*) jer su putevi ka zločinu manje direktni i složeniji su od jednostavnog odnosa uzrok-posledica. Do sada je dokazano da su siromaštvo, nezaposlenost i nedostatak osnovnih životnih potreština izvori uličnog kriminala. Znamo da oni dovode do otuđenja od društvenih institucija i da smanjuju verovatnoću za život u skladu sa pravnim propisima. U nastavku, autori analiziraju najznačajnije izvore kriminala u SAD.

1. Siromaštvo i društvena nejednakost. Da bi se razumeo fenomen kriminaliteta, moraju se razumeti lični izbori kriminalaca. Istraživanja pokazuju da se mnogo njih okreće kriminalu jer su to videli u komšiluku ili mestu gde su odrastali koje je najčešće bio pretežno siromašno. To ne znači da bogati ne krađu, njih samo ne pokreće potreba već pohlepa. U osnovi oba kršenja zakona nalazi se problem nejednakosti u društvu.
2. Zatvor. O tome je već bilo reči u prethodnim pasusima, što samo pokazuje da su zatvori kontraproduktivni u borbi protiv kriminala.

3. Oružje. Često se može čuti da oružje ne ubija ljude već da ljudi ubijaju ljude. Ali oružje znatno olakšava ubijanje. U Americi ima više oružja nego ljudi, a broj oružja po glavi stanovnika je četiri puta veći nego u Kanadi, Novom Zelandu, Nemačkoj, Francuskoj, Švedskoj... Rezultat takve statistike je da je smrtnost prilikom pljački u SAD oko 20 puta veća nego u drugim razvijenim zemljama. Zanimljivo je da Italija i Australija imaju stopu krađa uporedivu sa onom u SAD, ali je, zbog efikasne kontrole oružja, stopa smrtnosti u tim slučajevima mnogo manja.
4. Zabrana upotreba droga. SAD imaju najveću stopu smrtnosti u svetu izazvane zloupotrebom psihoaktivnih supstanci. Iako su SAD od američkog predsednika Niksona objavile rat narkoticima, oni su i dalje jeftini i sveprisutni. Postoje mnogobrojni dokazi da su pokušaji da se problem trgovine narkoticima reši gori od same zavisnosti. Većina ljudi psihoaktivne supstance povezuje sa kriminalom jer zavisnici često krađu da bi podržali svoje navike. Međutim, to nisu jedini načini na koje opojne droge dovode do nastanka kriminala. Njihova cena na ulicama povezana je sa njihovom nezakonitošću jer svi u lancu distribucije moraju da profitiraju dovoljno da nadoknade rizik bavljenja tim poslom. Veliki deo nasilja u vezi sa trgovinom psihoaktivnim supstancama takođe je povezan sa činjenicom da su one nelegalne a njihova trgovina u rukama bandi i organizovanog kriminala, pa se njihovi sporovi ne rešavaju po pravilima slobodnog tržišta ili pravnim mehanizmima. SAD su se uputile u rat protiv narkotika koji ih je koštao milijarde dolara, pri čemu su zatvoreni milioni ljudi, a sve to je donelo malu promenu u njihovoj zloupotrebi.

Autori daju jedan predlog za rešenje – efikasnije je dekriminalizovati narkotike, oporezivati njihovu proizvodnju i prodaju i dobijeni novac preusmeriti na lečenje bolesti zavisnosti. To su osnovne ideje čiji je cilj smanjenje štete koju narkotici nanose društvu i koje proizilaze iz premise da je upotreba narkotika neizbežna i neiskorenjiva u društvu. Autori smatraju da psiholozi, socijalni radnici i lekari mogu učiniti mnogo više na smanjenju negativnih posledica upotrebe i zloupotrebe droga nego krivičnopravni sistem i u tu svrhu navode primere drugih država u kojima je upotreba narkotika dekriminalizovana, ali to nije dovelo da povećanja broja njenih korisnika. Na samom kraju prvog poglavlja autori navode šta bi zaista moglo da pomogne u smanjenju kriminala na ulicama osim dekriminalizacije opojnih supstanci: sprečavanje nasilja u porodici, razvijanje intelektualog i socijalnog potencijala dece, podrška adolescentima, rad sa ljudima koji su izašli iz zatvora...

U drugom delu knjige „Krivično delo pod bilo kojim drugim imenom...“¹ autori pokazuju da krivičnopравни sistem ima zadatak da dela koja su opasna po društvo prepozna kao takva i da ih onda procesuiru, ali da se u SAD kao opasna dela predstavljaju samo neka, dok se neka druga, podjednako opasna, tolerišu. Krivično pravo je slika (odraz) opasnosti na ulicama, ali da li je tako u američkoj praksi i da li je trenutni odraz realan? Autori ne samo da nude negativan odgovor na to pitanje već tvrde i da sistem selektivno bira koja će dela prepoznati kao opasna i uvrstiti ih u krivični zakonik. Građani Amerike su izgubili mnogo više novca od poreskih prevara, nedozvoljenih smanjivanja plata i slično nego od uličnih džeparoša, iako građani blaže gledaju na zločine iz prve kategorije. Statistika je pokazala da će u roku od 40 minuta jedan Amerikanac biti ubijen, a četvoro poginuti zbog nebezbednosti na radnom mestu. Zašto se jedno toleriše, a drugo ne? Jedno se naziva ubistvom, a drugo nezgodom. Autori zaključuju da je naša svest o kriminalu kreirana – sistem određuje koga ćemo nazvati kriminalcem i šta ćemo nazvati zločinom, stavlja akcenat na štetna dela siromašnih, dok štetna dela bogatih ostaju nekažnjena radi zaštite bogatih, a na štetu siromašnih.

Ukoliko se vratimo na metaforu krivičnog prava kao ogledala, autori to nazivaju lažnim ogledalom, kao odraz ogledala na karnevalu koji deformiše objekat pred sobom, stvarajući sliku da su u ovom sadašnjem sistemu najveće pretnje po građane siromašni. Autori ne tvrde da ubistva i krađe nisu opasna i štetna krivična dela već da jednaku ili veću opasnost po naše zdravlje i telo mogu da imaju neki akti koji se ne definišu kao kriminalni. Zbog toga autori zastupaju tezu da je konstituisanje krivičnopravnog sistema „kreativan posao“ jer sistem sam bira šta je opasno i šta će se nazvati krivičnim delom. U tom odlučivanju, realna opasnost događaja nije jedini razlog zbog kojeg neko delo nazivamo krivičnim. Mediji igraju veliku ulogu u stvaranju te deformisane slike – na primer, ubistva su tema polovine svih programa o kriminalu, dok količina izvršenih ubistava zauzima mali procenat u odnosu na ukupnu količinu izvršenih krivičnih dela. Na taj način se, osim tipičnog učinioca krivičnog dela (muškarac, mlad, iz urbane sredine, crnac i siromašan), u javnost plasira ideja o tipičnom krivičnom delu. Još važnije, usredsređivanjem na krivično delo ubistva sklanja se fokus sa ostalih krivičnih dela koja tipično čine dobrostojeći – kao što su poreske utaje, ekološka krivična dela, kriminal belih okovratnika i sl.

Kada građani promišljaju o krivičnim delima, oni obično pretpostavljaju odnos „jedan na jedan“, odnosno interakciju u kojoj jedna osoba želi da povredi drugu. I takvo razmišljanje ide u prilog slici o siromašnima kao tipičnim

¹ Aluzija na dramu „Romeo i Julija“ Viliijama Šekspira u kojoj Romeo izgovara: „Ruža bi divno mirisala i da je drugim imenom zovemo.“

učiniocima krivičnih dela i pomaže u održavanju pogrešne predstave o bogatima kao učiniocima krivičnih dela. Kada pomislimo na vlasnika fabrike koji je uštedeo na sigurnosnim sistemima i time uzrokovao smrt određenog broja svojih radnika, ne padne nam na pamet da je on kriminalac, iako su njegovom odlukom ljudi poginuli. Ali ko je opasniji po društvo? Da li je osoba koja ubije drugog u tuči u baru veća pretnja po društvo od poslovnog rukovodioca koji odbije da se odrekne dela svoje dobiti kako bi svoju firmu učinio sigurnijim mestom za rad? Pošto direktor svojim radnicima direktno ne želi zlo i pošto je samo indirektno odgovoran za njihovu smrt dok teži legitimnim ekonomskim ciljevima, njegova dela se ne doživljavaju kao „zločini“ u laičkom, svakodnevnom smislu. Međutim, po bilo kojim merilima smrtnosti i patnje koju mogu da izazovu, ova druga situacija je daleko teža i predstavlja mnogo veću opasnost po život i telo drugih lica.

U tom pogavlju se analiziraju štetna društvena ponašanja bogatih koja sistem ne procesuiru. Nazivi potpoglavlja lakonski kazuju na koje prakse bogatih autori misle: „posao može biti opasan po tvoje zdravlje“ i „zdravstvena zaštita može biti opasna po tvoje zdravlje“. Statistički podaci pokazuju da je u Americi 2014. godine bilo 7.000 ubistava, a čak 50.000 povreda sa smrtnim ishodom na radu (autori knjige i to nazivaju ubistvima). Svakog dana u Americi pogine na poslu 12 ljudi, a povredi se oko 3,3 miliona. Ta štetna praksa opstaje, s jedne strane, zato što su kazne male za one koji krše propise o bezbednosti na radu i zbog toga što radnici ne prijavljuju povrede nastale na radu, iz straha da će izgubiti posao.

U drugom delu drugog poglavlja „Zdravstvena zaštita može biti opasna po tvoje zdravlje“ navodi se da su tri najveća uzroka smrti u Americi srčani udar, kancer i neadekvatno lečenje. Prema istraživanjima, 16 hiljada Amerikanaca umre od nepotrebnih operacija. Ta brojka je dobijena poređenjem broja lekara koji su plaćani mesečno i onih lekara koji su plaćani po operaciji. Istraživanja pokazuju i da 20% lekova koji se prepisu nisu zaista neophodni za lečenje. Takođe, jednako opasne su i cigarete, loša ishrana, zagađenje, pa i siromaštvo. Istraživanja pokazuju da su različite stope smrtnosti po klasama. Posle prikaza tih podataka, postaje jasnija tvrdnja autora da krivičnopravni sistem Amerike svoje građane ne štiti od najvećih pretnji po njihov život i telo i ne procesuiru opasna dela bogatih.

U trećem delu knjige „...i siromašni odlaze u zatvor“ autori pokazuju da je krivičnopravni sistem klasno orijentisan i da tendenciozno radi na tome da poveća verovatnoću da završe u zatvoru oni sa dna društvene lestvice. To funkcioniše na dva načina. Prvo, kada isto ili slično krivično delo izvrši bogati i siromašan učinilac, veće su šanse da siromašan bude uhapšen i osuđen i da mu bude dosuđena duža kazna nego pripadniku srednje i više klase. Osim klase, postoji i rasna dimenzija diskriminacije, pri čemu se ove dve po

pravilu ukrštaju: crni prestupnici koji ubiju crnce imaju dvostruko veće šanse da dobiju smrtnu kaznu nego kada je belac i počinitelj i žrtva. Statistika je još pogubnija kada crni prestupnik ubije belca: on ima četiri puta veću šansu da dobije smrtnu kaznu nego crnac koji je ubio crnca. Drugo, između krivičnih dela koje karakteristično čine siromašni ljudi (tzv. ulični zločini) i onih tipičnih za bogate (kriminal belih okovratnika i korporativni kriminal), sistem mnogo oštrije tretira prve. Čak i kada krivična dela koja su počinili dobrostojeći odnesu daleko više društvenog budžeta ili uzrokuju mnogo više smrti i povreda. Kako bi potkrepili svoje tvrdnje, autori upoređuju kazne za ulične zločine sa kaznama i tretmanom koji su imali oni odgovorni za smrt i razaranja na radnim mestima: skandali u vezi sa štednjom sa kraja prošlog veka, finansijske prevare u kompaniji „Enron“ i u drugim velikim korporacijama, finansijska kriza 2008. godine i sl.

Poslednje, četvrto poglavlje predstavlja rekapitulaciju prethodnih i podseća na trostruki neuspeh krivičnog sistema SAD: (1) neuspeh da se uspostave politike koje će zaista efikasno smanjiti visoku stopu kriminala, (2) neuspeh da se kao krivična dela uvrste i procesuiraju ona koja češće vrše bogati i (3) da se eliminiše pristrasnost prema siromašnima za ona dela koja se već smatraju krivičnim delima. Upornost trostrukog neuspeha objašnjena je pozivanjem na pojam „istorijske inercije“, to jest na činjenicu da se trenutni oblik politike krivičnog pravosuđa pojavio znatno ranije. Kada se pojavio, odgovarao je stvarnim pretnjama po život, telo i imovinu i, uprkos svojim neuspesima tokom vremena, istrajao je jer njegovi neuspesi uglavnom štete siromašnima a pogoduju bogatima. Tako i trenutna politika krivičnog pravosuđa ne stvara podsticaje za promenu sistema za one koji imaju moć da to urade. Neuspeli sistem krivičnog pravosuđa njima koristi jer emituje poruku da pretnja po američko blagostanje dolazi od onih koji se nalaze najniže na ekonomskoj lestvici, a ne odozgo. Takođe, to stvara sliku da siromaštvo ne nastaje iz društvenih uzroka već iz moralne izopačenosti siromašnih. Takođe, autori tvrde da postoji implicitna ideološka poruka bilo kog krivičnog sistema koji se fokusira na individualnu krivicu da je sam društveni sistem pravedan. Autori taj način gledanja na politiku krivičnog pravosuđa nazivaju teorijom Pirovog poraza: neuspeh krivičnog sistema donosi takve koristi onima koji su na moćnim položajima da za njih on zapravo predstavlja pobjedu. Džefri Rajman (*Jeffrey Reiman*) i Pol Lejton (*Paul Leighton*) nadovezuju se na marksističku misao da su zakoni oružje bogatih za kontrolu radničke klase. Sličnu ideju je imao i Mišel Fuko (*Michel Foucault*) koji je tvrdio da neuspeh krivičnog sistema donosi određene koristi društvu.

Velika prednost ove knjige je način na koji je napisana – vrlo pitko, lako za praćenje i prijemu široj čitalačkoj publici. Takav stil pisanja i odgovara nameri autora da se na jednak način obrati studentima, naučnoj zajednici

i svakom građaninu i pokaže da mnogo toga što se dešava u krivičnopravnom sistemu Sjedinjenih Američkih Država krši njihov osećaj elementarne pravičnosti. Iako vrlo perspektivno definisan, cilj knjige da dokažu da društveni sistem ne funkcioniše na način na koji se predstavlja da funkcioniše i da skiciraju čitavu teorijsku perspektivu iz koje bi se razumelo zašto krivičnopravni sistem ne uspeva da bude onakav kakvim se predstavlja, autori su u velikoj meri uspeli da ispune. Činjenica da je svako naredno izdanje dopunjavano svežim primerima iz prakse i novim istraživanjima s jedne strane pokazuje iskrenu nameru autora da svojim istraživanjem edukuju građane, ali ukazuje i na jedan krajnje pesimističan zaljučak, s druge strane, da se situacija u zemlji od prvog izdanja nije mnogo poboljšala. Konačno, možda najveća pohvala i ono što je doprinelo velikoj popularnosti ovog dela (knjiga je prvi put objavljena 1979. godine, nakon čega je doživela još 11 izdanja) jeste potencijalna primenjivost iznetih tvrdi. Iako se ova knjiga odnosi samo na društveno stanje u SAD, njeni zaključci mogu da budu smernica za slična istraživanja u drugim državama i(li) polazna tačka za promišljanje o krivičnopravnom sistemu u drugim zemljama.

Tom empirijski bogatom delu nedostaje čvršće teorijsko utemeljenje iznetih rezultata. Prosto je šteta što autori Džefri Rajman, koji je profesor emeritus na Američkom fakultetu u Vašingtonu i bavi se filozofijom krivičnog prava, i Pol Lejton, profesor na Katedri za sociologiju, antropologiju i kriminologiju na Istočnom univerzitetu Mičigen, nisu iskoristili ono što im pružaju njihove vokacije. Iako će mnogi reći da empirijski podaci govore dovoljno sami za sebe, a ova knjiga obiluje primerima i iskustveno izvedenim tvrdnjama, neka dodatna objašnjenja dobijenih nalaza povećala bi kvalitet ovog dela i njihovu širu naučnu primenjivost. Takođe, radi što veće razumljivosti teksta, neki delovi se nepotrebno ponavljaju. Ipak, knjiga predstavlja svojevrsan kolaž trenutnog stanja krivičnog prava u Americi sastavljenog od mnogobrojnih manjih istraživanja. Taj kolaž pokazuje tužnu sliku američke stvarnosti umesto „američkog sna“. Sistem je vrlo selektivan na štetu siromašnih, vrlo nepravedan prema njima, a svako nastojanje da se sistem „obračuna sa kriminalom u Americi“ samo pogoršava njihov položaj, dok istovremeno pogoduje bogatima.

Dr Ivana MARKOVIĆ*

Vuković, Igor. 2021. *Krivično pravo: Opšti deo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 586.

Udžbenik *Krivično pravo: Opšti deo* autora dr Igora Vukovića, redovnog profesora Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, izašao je iz štampe februara 2021. godine.

Reč je o delu koje na XXVII + 586 strana obuhvata materiju pisanu načelno za studente osnovnih akademskih studija, ali sadrži i delove koji su predviđeni za izučavanje na master i doktorskim akademskim studijama. Segmenti namenjeni postdiplomcima štampani su sitnim slovima (u tzv. petitu, uključujući tekst u podbeleškama). Spajanjem materije sva tri nivoa studija, uz njihovo istovremeno vizuelno izdvajanje, autor je primenio metodološki inovativan pristup. Pragmatično olakšava studentima kasnije obnavljanje gradiva osnovnih studija; studentima na drugoj godini uz prve korake na putu krivičnog prava omogućava uvid u ono što sledi, dok onim posebno zainteresovanima pruža produbljene odgovore na neka pitanja.

Još jedan novitet kod nas, jesu, osim oznake strana, označavanja pasusa radi lakšeg pronalaženja i kasnijeg citiranja relevantnog mesta, što je inače ustaljena praksa u nemačkim udžbenicima i komentarima zakona. Osim predgovora i registra pojmova, knjiga sadrži spisak korišćenih skraćenica i spisak skraćeno citirane opšte literature. Samo poslednja pomenuta lista sadrži preko 100 odrednica, pri čemu se podjednako koriste i domaći i strani izvori. To odražava naum, istaknut u predgovoru, da se objasne „osnovna dogmatska kretanja u domaćoj i stranoj (kontinentalnoj i anglo-američkoj) krivičnopravnoj doktrini“. S tim u vezi, zapaža se da se autor trudio da izbegne tuđice, tj. davao je prednost izrazima na srpskom jeziku tamo gde su postojali kao opcija. Obradom mnogobrojne inostrane literature, s druge strane, proširio je našoj doktrini pristup stranoj pravnoj misli.

* Docent, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, ivana.markovic@ius.bg.ac.rs.

Udžbenik je podeljen u 10 poglavlja, s tim što je opštem pojmu krivičnog dela, njegovim elementima i sa njima povezanim institutima – zapravo centralnim pitanjima krivičnog prava, posvećena najveća pažnja.

Prvo poglavlje („Osnovi krivičnog prava“) uvodi u materiju krivičnog prava, osvrta na njegov pojam i zadatak, mesto u pravnom sistemu, izvore, razvoj u Srbiji, te u međunarodnim i evropskim okvirima. Kao najznačajnije načelo prepoznato je načelo zakonitosti iz čl. 1 Krivičnog zakonika² u zasebnom podnaslovu, na koje se nadovezuje odeljak o tumačenju krivičnopravnih normi. Poglavlje se zaokružuje pitanjima važenja krivičnog zakonodavstva Srbije, koje čini „trojstvo“ njegovog prostornog, vremenskog i personalnog važenja.

U drugom poglavlju („Opšti pojam krivičnog dela“) postavljaju se vremenske i prostorne koordinate krivičnog dela, da bi u narednom delu udžbenika bili detaljno analizirani njegovi elementi. Tako je prvi činilac, radnja, obrađena u trećem poglavlju („Krivičnopravna radnja“). Pri tome Vuković, iako pobornik stava da je trostepeni opšti pojam krivičnog dela dovoljan jer nije mogao da se uobliči „iole prihvatljiv pojam krivičnopravne radnje“, čiji se praktični značaj inače „svodi na vršenje razgraničavajuće funkcije“, zbog ozakonjenja apsolutne sile kao naročitog formalnog osnova isključenja krivičnog dela prema čl. 21 st. 1 KZ (str. 58), poštujući to indirektno potvrđeno četvorostepeno određenje opšteg pojma krivičnog dela u KZ, u daljem izlaganju navodi kada se može smatrati da je isključena krivičnopravna radnja. Autor, između ostalog, insistira na izostanku upravljivosti ponašanja (str. 61).

Po svom značaju, jedan od glavnih i dogmatski najzahtevnijih delova jeste četvrto poglavlje („Predviđenost dela u zakonu – obeležja zakonskog opisa“). U njemu se objašnjavaju obeležja bića krivičnog dela, uslovi inkriminacije (kažnjivosti), da bi se potom vrlo detaljno i naučno sveobuhvatno obradila dva pitanja, koja nesporno spadaju među najteža u materiji krivičnog prava: uzročnost i objektivno uračunavanje, kao i krivična dela nečinjenja. Govoreći o teoriji ekvivalencije, autor razlikuje i primerima približava hipotetičku, preteknutu, kumulativnu i alternativnu kauzalnost. Osvrće se detaljno i na ostale probleme iz prakse (tipične varijacije u kauzalnom lancu), koje identifikuje kao korektiv uračunavanja. Kod krivičnih dela nečinjenja, garantne pozicije razvrstava na zaštitne i nadzorne, sa daljim raščlanjivanjima unutar svake od njih (str. 107 – 114).

„Osnovi isključenja protivpravnosti – osnovi opravdanja“ tema su petog poglavlja. Novouvedeni izraz – osnovi opravdanja, koji isključuju treći element opšteg pojma krivičnog dela, treba posmatrati u vezi sa još jednim no-

² Krivični zakonik – KZ, *Službeni glasnik RS* 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

vim pojmom, osnovima izvinjenja, koji isključuju krivicu kao četvrti element. Izrazi potiču iz nemačke doktrine, u kojoj se govori o *Rechtfertigungsgründe* (osnovi opravdanja), odnosno *Entschuldigungsgründe* (osnovi izvinjenja), i posebno dolaze do izražaja u raspravi o krajnjoj nuždi, koja prema tamošnjem pravu može da se pojavi u oba oblika, tj. kao osnov isključenja protivpravnosti, ali i kao osnov isključenja krivice (shodno tzv. diferencirajućem učenju, spram teorije jedinstva koja važi u našem pravu, str. 152). Terminološkim uparivanjem kao što je ovo (osnovi opravdanja – osnovi izvinjenja) podržava se njihova prepoznatljivost, a ujedno i pospešuje snalaženje u ne sasvim jednostavnoj sistematici krivičnog prava. Peto poglavlje započinje opštim razmatranjima o osnovima opravdanja, da bi se u nastavku obradila dva instituta koja se često javljaju u praksi i teoriji – nužna odbrana i krajnja nužda. Treći zakonski osnov, delo malog značaja, sumarno je prikazan, u skladu sa njegovim umanjenim značajem zbog dominantnog (procesnog) načela oportuniteta krivičnog gonjenja. Bliže je osmotren pristanak povređenog, koji se, premda nije zakonski osnov, teorijski i praktično prepoznaje na mnogim mestima opšteg i posebnog dela krivičnog prava. Isključenje protivpravnosti zaokruženo je drugim važnijim osnovima opravdanja, čija je sistematizacija obogaćena osnovima koje doktrina nije uopšte ili ih je sporadično razmatrala, a skoro nikada u kontekstu protivpravnosti kao trećeg elementa krivičnog dela (pre svega, hapšenje pri izvršenju krivičnog dela, dozvoljena samopomoć, administrativno odobrenje, osnovi opravdanja prema međunarodnom pravu)

U poglavlju šestom, „Krivica i osnovi izvinjenja“, sledi objašnjenje krivičnopravnog i materijalnog pojma krivice te osnovne napomene o umišljaju i nehatu, pre nego što u nastavku budu detaljno analizirani. Na osnovu većinskog shvatanja krivice kao psihološko-normativne kategorije, autor se pita šta uopšte predstavlja predmet prekora koji se upućuje. On ovaj materijalni pojam krivice vidi u pitanju slobode volje, odnosno u mogućnosti drugačijeg postupanja u konkretnoj situaciji (str. 199, 200). Ispravno primećuje da se nedoraslost smatra (implicitnim) osnovom izvinjenja, s obzirom na to da je prema čl. 2 Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica³ isključena krivična odgovornost lica koje u vreme izvršenja protivpravnog dela nije navršilo 14 godina. To dalje znači da u našem pravu postoje četiri (ne tri) osnova isključenja krivice: nedoraslost, neuračunljivost, neotklonjiva stvarna zabluda i neotklonjiva pravna zabluda. Autor takođe naglašava da elementi krivice imaju različitu sadržinu, da su formalno ravnopravni i da se ispituju odvojeno, što je suprotno shvatanji-

³ Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, *Službeni glasnik RS* 85/2005.

ma u delu domaće sudske prakse, znači da neuračunljivost ne isključuje mogućnost umišljajnog postupanja (str. 197). Govoreći o svesnom i nesvesnom nehatu i zahtevu dužne pažnje, Vuković insistira na standardu brižljivosti, odnosno na tome „kako bi u datim okolnostima postupio prosečan razuman i pažljiv čovek u socijalnoj ulozi učinioca“ (str. 225). Inače, koliko su kompleksna pitanja prilagođena i učinjena pristupačnim studentima, pokazuje sažeto „prevođenje“ Frankove formule na pamtljive, hipotetičke učiniočeve uzvike – „Kako god!“ (tada eventualni umišljaj) i „Ma neće valjda!“ (tada svesni nehat) – kao reakcije na pomisao da će nastupiti štetan ishod (str. 215). Neuračunljivost, stvarna zabluda i pravna zabluda kao tradicionalni osnovi isključenja krivice objašnjeni su u nastavku. Poglavlje se završava srazmerno kraćim lekcijama o krivičnopravnom značaju sile i pretnje, odgovornosti za težu posledicu, odgovornosti za krivična dela učinjena putem sredstava javnog informisanja i krivičnoj odgovornosti pravnih lica.

Poglavlje sedmo („Stadijumi krivičnog dela“) posvećeno je jednom od užih polja interesovanja autora, s obzirom na to da je reč o oblasti u kojoj je doktorirao i u kojoj je svojevremeno dokazao zašto se naizgled istraženo i uvreženo može (i treba) posmatrati na drugačiji način. Zbog toga je u poglavlju izvršeno raščlanjivanje i produbljivanje materije u odnosu na dosadašnja izlaganja u našoj teoriji. Naime, čitaocima su najpre objašnjeni nepravo radnje i posledice krivičnog dela (takođe novouvedeni pojmovi), a potom teorije o pokušaju, kao i njegova struktura, pri čemu se ističe nesamostalnost bića pokušaja, „dok se njegova obeležja uvek izvode iz bića konkretnog dovršenog delikta. Drugim rečima, ne postoji nekakav pokušaj po sebi; uvek se radi o pokušaju ubistva, krađe, silovanja, itd.“ (str. 287). Autor ističe da intelektualnu stranu umišljaja čini i predstava o toku dela – učiniočev plan (str. 290). Lekciju o pripremanju krivičnog dela prati prikaz klasičnih učenja o razgraničenju pripremanja i pokušaja. Početku pokušaja posvećeno je mnogo pažnje, utoliko što je analiza izvršena u odnosu na sedam konstelacija (svršeni pokušaj neposrednog izvršioca – nesvršeni pokušaj neposrednog izvršioca – pokušaj posrednog izvršioca – pokušaj saizvršioca – pokušaj krivičnog dela nečinjenja – pokušaj kvalifikovanog oblika krivičnog dela – pokušaj dela slobodnog u uzroku), čime je još jednom sublimirano doktrinarno umeće u nekoliko lekcija. Sledi izlaganje o nepodobnom pokušaju i o kažnjavanju za pokušaj. Nadovezuje se deo o materijalnom dovršenju krivičnog dela, koji se završava dobrovoljnim odustankom kao poslednjom, dužom potcelinom.

„Sticaj krivičnih dela“ tema je narednog poglavlja. Da bi se moglo govoriti o sticaju, treba odgovoriti na prethodno pitanje pod kojim pretpostavkama postoji (samo) jedno krivično delo, posebno kada je ono sačinjeno od više telesnih akata (pravno i prirodno jedinstvo dela), a time upravo započinje osmi deo. Nakon razjašnjenja pojma i vrsta sticaja, govori se o prividnom

idealnom sticaju u njegova četiri vida. Kada se govori o konsumpciji i njoj svojstvenom odnosu dominantnog i potisnutog dela, ističu se i objašnjavaju slučajevi nekažnjivog pratećeg dela, nekažnjivog prethodnog dela i nekažnjivog naknadnog dela (str. 351–354). Poglavlje se okončava lekcijom o produženom krivičnom delu, gde se jedinstvenom umišljaju, kao varijabilnom elementu, suprotstavlja tzv. produženi umišljaj, za koji nije nužno da je učinilac već prilikom prve radnje planom u osnovnim crtama obuhvatio i kasnije akte; dovoljno je da se nova odluka o ponavljanju dela naknadno nadoveže na postojeću (str. 360).

Bogato deveto poglavlje posvećeno je saučesništvu u krivičnom delu. Nakon definicije pojma i vrste saučesništva u širem smislu, dati su kriterijumi za razgraničenje izvršilaštva i saučesništva. Neposredno izvršilaštvo je takođe bliže osmotreno, da bi usledila diskusija o saizvršilaštvu. Posredno izvršilaštvo, naredna potcelina, detaljno je osvetljeno. Uprkos doktrinarno nejasnih obrisa, uzrokovanih nedostatkom zakonske definicije i nepoverljivim pristupom našeg prava, ono je opstalo; pre svega kao vid popunjavanja pravnih praznina (str. 382). Objasnjavajući detaljno (ne)moguće situacije posrednog izvršilaštva, Vuković ga oivičava i time zapravo dogmatski pokazuje njegovu moguću primenu. Nakon lekcije o osnovu kažnjavanja za saučesništvo, slede izlaganja o podstrekavanju, pomaganju, organizatoru kriminalne grupe, nužnom saučesništvu i granicama odgovornosti i kažnjivosti saučesnika.

Poslednje poglavlje posvećeno je posve heterogenoj celini krivičnih sankcija. Uvodna izlaganja o njihovom sistemu i opštoj svrsi, sistemu kazni i svrsi kažnjavanja praćena su bližim određenjem pojedinih sankcija. Držeći se zakonskog redosleda, autor pažnju posvećuje najpre, 2019. godine uvedenoj, kazni doživotnog zatvora, zameni za kaznu zatvora u trajanju od 30 do 40 godina. Slede izlaganja o kazni zatvora, uslovnom otpustu, novčanoj kazni, radu u javnom interesu i oduzimanju vozačke dozvole. Redovno i vanredno odmeravanje kazne tema su narednih odeljaka („Odmeravanje kazne“, „Povrat“, „Ublažavanje kazne“, „Oslobođenje od kazne“, „Odmeravanje kazne za sticaj krivičnih dela“ i „Odmeravanje kazne osuđenom licu“). Nakon mera upozorenja (uslovne osude i sudske opomene), govori se o pojmu, sistemu i svrsi mera bezbednosti, da bi u nastavku svaka od jedanaest mera bila pojedinačno obrađena. Oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim delom i oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela dve su zasebne lekcije u nastavku. Pravne posledice osude, rehabilitacija, kaznena evidencija, zastarelost, amnestija i pomilovanje zaokružuju tematiku, dok se poglavlje završava lekcijom o krivičnim sankcijama prema maloletnicima.

Knjiga *Krivično pravo: Opšti deo* Igora Vukovića nesumnjivo predstavlja značajan iskorak u najmanje dva smisla. Najpre didaktički, udžbenik odlikuju preglednost i jasnoća, čita se neuobičajeno brzo, a razume lako. Celine

logično prate jedna drugu i redosled iz KZ. Premda je reč o materiji koja se, po pravilu, može potpuno razumeti tek na samom kraju, kada se mozaik krivičnog prava složi, čini se kao da to pravilo ovde ne važi. Lekcije su pisane razumljivim jezikom, nadovezujući se na prethodno stečeno znanje, ilustrovane su mnoštvom upečatljivih primera i potkrepljene bogatom sudskom praksom, tako da se nedoumice, ako se i pojave, odagnaju već u samoj lekciji. Na postavljena pitanja dati su odgovori.

Naučno posmatrano, nisu samo „objašnjena osnovna dogmatska kretanja“, kako stoji u predgovoru, već je učinjeno mnogo više od toga. Najvažnija pitanja su za početak sveobuhvatno objašnjena, a gde je bilo neophodno, i (re) sistematizovana, ali i analizirana, produbljena, potvrđena ili opovrgnuta, a dati su i predlozi *de lege ferenda*. Izvesno će *Krivično pravo: Opšti deo* vrlo brzo postati standardno delo krivičnog prava kod nas, ali i šire. Ne zato što se radi o udžbeniku krivičnog prava najvećeg pravnog fakulteta u regionu, već zato što konceptijski i sadržinski, svojim sveobuhvatnim pristupom i pokazanim kvalitetom, on upravo prevazilazi okvire udžbenika (i mnogih naučnih monografija), a pri tome ipak ostaje čvrsto na zemlji jezičke razumljivosti i logičke koherentnosti. Naposletku, možemo biti zadovoljni što se lament nemačkih profesora da se tamo „sve objavljuje, a skoro ništa ne čita“,⁴ barem u ovom drugom delu, ne odnosi na situaciju kod nas. Naime, čini se da se u domenu kaznenog prava u poslednje vreme retko koja publikacija tako iščekivala kao novi udžbenik krivičnog prava, a isto tako se čini da je *Krivično pravo: Opšti deo* autora Igora Vukovića uveliko prevazišlo ta očekivanja.

LITERATURA

- [1] Rotsch, Thomas. 10/2020. Vom schwierigen Zustand des deutschen Strafrechts. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 15: 471–478.

⁴ Rotsch 2020, 472.

Ivana RADISAVLJEVIĆ*

Delić, Nataša. 2021. *Krivično pravo: Posebni deo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 464.

U aprilu 2021. godine u izdanju Pravnog fakulteta objavljen je udžbenik *Krivično pravo: Posebni deo* dr Nataše Delić, redovnog profesora Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, čime je njeno višegodišnje proučavanje te oblasti zaokruženo i pretočeno u delo monografskog karaktera.¹ U ukupno 23 poglavlja autorka analizira 113 krivičnih dela koja, prema njenim rečima, „zbog svoje prirode imaju veći teorijski i praktični značaj“, odnosno u vezi s kojima postoje sporna pitanja ili predstavljaju novije inkriminacije (str. 13).

Sadržaj monografije je usklađen sa strukturom posebnog dela Krivičnog zakonika – nazivi poglavlja u udžbeniku odgovaraju nazivima zakonskih glava u kojima su krivična dela sistematizovana prema grupnom zaštitnom objektu. Na početku svakog poglavlja izdvojene su zajedničke karakteristike krivičnih dela sistematizovanih u predmetnoj glavi, pri čemu je, kada su analitički zahtevi to nalagali, autorka predstavila i određena normativna rešenja iz drugih pravnih oblasti.

I analizu krivičnih dela odlikuje ujednačen metodološki pristup koji, kao crvena nit, povezuje izlaganje u skladnu celinu. Drugim rečima, Delić obrađuje elemente objektivnog i subjektivnog bića osnovnog, težih, lakših, odnosno posebnih oblika krivičnog dela, a kroz prizmu učenja opšteg dela krivičnog prava – detaljno razmatra radnju izvršenja, posledicu (ukoliko je reč o materijalnom delu), odnosno druga obeležja koja čine zakonski opis

* Asistent, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, ivana.radisavljevic@ius.bg.ac.rs.

¹ U pisanju je učestvovala i docent dr Ivana Marković, koja je obradila krivična dela iz čl. 117, 260, 269 i 275 Krivičnog zakonika – KZ, *Službeni glasnik RS*, 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

predmetnog dela, određuje kom tipu pripadaju i njihov međusobni odnos. U određenom broju inkriminacija sagledala je i primenu pojedinih instituta opšteg dela (nužna odbrana, stvarna zabluda, pokušaj, sticaj –produženo krivično delo, stvarno kajanje).

Najveći iskorak u obradi posebnog dela krivičnog prava čine prikaz i analiza opsežne sudske prakse, budući da je uobičajeno da se odluke iz oblasti materijalnog krivičnog prava objavljuju u biltenima sudova ili u zasebnim zbirkama. Upotpunivši teorijsko izlaganje sa gotovo 2.000 odluka, prevashodno domaćih, ali u određenoj meri i inostranih sudova, kao i Evropskog suda za ljudska prava, autorka je čitaocu pružila priliku da se upozna ne samo sa doktrinarnim tumačenjima već i sa stavovima, ali i nedoumicama koje „muče“ one koji normu svakodnevno primenjuju.

Osim krivičnih dela koja se tradicionalno obrađuju u udžbenicima posebnog dela, svoje mesto su našle i određene, za udžbeničku materiju nespecifične inkriminacije. Tako, u devetom i desetom poglavlju, u kojima su obrađena krivična dela protiv imovine i krivična dela protiv privrede, Delić analizira i građenje bez građevinske dozvole (čl. 219a KZ), priključenje objekta koji je izgrađen bez građevinske dozvole (čl. 219b KZ), zatim tzv. stečajna krivična dela (čl. 232 i 232a KZ) i falsifikovanje znakova za vrednost (čl. 244 KZ). Značajnu novinu predstavlja podrobnija obrada krivičnih dela protiv intelektualne svojine (osmo poglavlje), što je opravdano imajući u vidu njihovu aktuelnost. To je oblast za čije je razumevanje i pravilnu primenu neophodan multidisciplinarni pristup (što tim krivičnim delima daje delimično blanketni karakter). U istom smislu, možemo reći da je izbor krivičnih dela izloženih u dvadeset drugoj glavi nespecifičan – uobičajeno izlaganje o genocidu i ratnim zločinima izostaje, dok u prvi plan autorka stavlja delo rasne i druge diskriminacije (čiji se brojni oblici detaljno razgraničavaju), trgovinu ljudima i terorizam i njemu srodna krivična dela (gde se iznosi interesantno gledište tumačenja namere kod krivičnog dela iz čl. 391b KZ).

Obrada pojedinih krivičnih dela pokazuje nam da čak i pitanja kojima je posvećena bogata literatura mogu biti iznova problematizovana na originalan način. Tako, u vezi sa krivičnim delom nasilja u porodici Delić daje odgovor na pitanje da li je za postojanje dela nužan pluralitet radnji izvršenja ili je dovoljno da radnja bude preduzeta samo jedanput, smatrajući da će u onim situacijama kada aktivnost predstavlja samo segment celovite radnje biti potrebno da radnja izvršenja bude preduzeta više puta. Isto vredi i za krivična dela protiv zdravlja ljudi (u vezi sa čime iznosi stav da je osnovano smatrati da, iako nije izričito predviđena, namera čini subjektivno biće krivičnog dela iz čl. 246a st. 1 KZ) i protiv bezbednosti javnog saobraćaja (autorka predlaže da se kriterijum bezobzirnosti, koji sudska praksa koristi

za razgraničenje umišljajnog i nehatnog oblika krivičnog dela ugrožavanja javnog saobraćaja, zameni kriterijumom grube bezobzirnosti, koja ukazuje i na „eventualnom umišljaju imanentan intenzitet socijalno-etičkog prekora“ [str. 316]).

Autorka se ne libi da kritikuje zakonska rešenja ni da o pojedinim pitanjima iznese mišljenje koje je suprotno uvreženim doktrinarnim stavovima. Tako, kritikuje se stav teorije i sudske prakse koje pojmove svireposti i podluklosti u krivičnom delu teškog ubistva posmatraju kroz prizmu umišljaja, odnosno svesti i volje učinioca da postupa na svirep i podlukao način. Kako savremena krivičnopravna shvatanja počivaju na psihološko-normativnoj teoriji krivice i učenju o dvostrukoj funkciji umišljaja i nehata, to, iako većinsko, shvatanje autorka smatra neodrživim. Osim toga, nasuprot preovlađujućem doktrinarnom gledištu, Delić smatra da okolnost da je ubistvo izvršeno radi izvršenja ili prikriivanja drugog krivičnog dela treba razumeti kao nameru, a ne kao pobudu. Krivično delo polnog uznemiravanja autorka smatra primerom „loše oblikovane norme i preširoko postavljenih granica krivičnopravne zaštite“ (str. 103), budući da su delatnosti propisane kao radnja izvršenja pojmovno neprecizne, kontradiktorne i isprepletane sa radnjama drugih krivičnih dela. Sličan zaključak je izveden i za krivično delo iz čl. 185b KZ, budući da je usled nomotehnički loše redakcije u praksi neprimenljivo.

Ne izostaju ni predlozi budućih izmena. Razmatrajući oblike teškog ubistva u kojima kvalifikatornu okolnost predstavlja svojstvo pasivnog subjekta, autorka se zalaže za uvođenje šire formulacije koja bi krivičnopravnu zaštitu pružala i maloletnicima, starijim licima i onima koja imaju teže telesne nedostatke ili psihičke smetnje, a ne samo deci i bremenitim ženama.

Posebni deo krivičnog prava predstavlja heterogenu disciplinu čije sistematsko proučavanje zbog velikog broja inkriminacija sa raznorodnim zaštitnim objektima i često vlastitom „unutrašnjom logikom“ nije nimalo lak zadatak. Međutim, dosadašnje bavljenje tom materijom doprinelo je da analizi odabranih krivičnih dela Delić pristupi kritički, uz sagledavanje izabranih inkriminacija u kontekstu celokupnog posebnog dela, kao i stavova koje u vezi s tim zauzima sudska praksa. Ona uspeva da uoči i ukaže na preklapanja zakonskih opisa, njihovo nomotehnički loše (ili barem neuobičajeno) uobličjenje, i da predloži odgovarajuće izmene radi njihovog prevazilaženja.

Način na koji je Delić obradila materiju posebnog dela krivičnog dela odlikuje odmerenost, a preovlađujuća sažetost u obradi određenih pravnih instituta prerasta u opširniji osvrt, no i tada samo do granice koja ga čini opravdanim. Rečenice koje ispisuje autorka karakteriše dobar stil, one su jasne, upečatljive i čitaocu odzvanjaju u uhu. To je sasvim razumljivo jer je, kao

što i sama autorka napisa, reč o udžbeniku koji je prevashodno namenjen studentima. Uvereni smo da će, s obzirom na izložene kvalitete monografije *Krivično pravo: Posebni deo*, ova knjiga Nataše Delić privući i znatno širi krug čitalaca, a naročito one koji se u svom poslu susreću sa izazovima i dilemama u vezi s primenom krivičnog prava.

/SEĆANJA

Dr Jovica TRKULJA*

MOMIR B. MILOJEVIĆ (1933–2021)
ČUVAR BAŠTINE PRAVNOG FAKULTETA U BEOGRADU

Nedavno, uoči Božića, preminuo je Momir B. Milojević, profesor i dosledni čuvar svetlih tradicija Pravnog fakulteta u Beogradu, stručnjak za međunarodno pravo, sveštenik prava i pravde, iskreni patriota, pisac dragocenih knjiga i studija. Njegova smrt predstavlja težak gubitak ne samo za nas, njegove kolege i prijatelje, nego i za celu srpsku pravnu struku.

*

Momir B. Milojević je rođen 22. aprila 1933. godine u Beogradu, u uglednoj građanskoj porodici. Njegov otac Branislav bio je sudija, a njegov stric Predrag poznati novinar i publicista. Otac je gradio karijeru od sudskog pripravnika do afirmisanog sudije i advokata. Budući da je često dobijao premeštaje, od Knjaževca i Smedereva do Pirota i Kraljeva, Momir je osnovnu školu učio u mestima službovanja svog oca. Gimnaziju je završio 1952. godine u Kraljevu kao jedan od najboljih učenika u generaciji.

* Redovni profesor u penziji, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, trkulja@ius.bg.ac.rs.

Na Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu upisao se školske 1952/53. godine, a diplomirao je 1956. sa odličnim uspehom. Tokom studija napisao je više priloga koji su nagrađeni na konkursima za studentske radove. Jedan je od osnivača i prvih članova Kluba Ujedinjenih nacija na Pravnom fakultetu i Univerzitetu.

Posle odsluženja vojnog roka (1957/58) bio je stipendista Saveta za prosvetu Srbije za postdiplomske studije na beogradskom Pravnom fakultetu, na kojem je 1965. godine sa odlikom odbranio doktorsku disertaciju „Položaj pojedinca i njegov aktivni subjektivitet u međunarodnom pravu“.

Kao stipendista francuske vlade, boravio je na usavršavanju u Parizu (1966–1968) radi proučavanja uloge međunarodnih organizacija u integraciji Evrope. Nakon toga je u više navrata bio na studijskim boravcima u Francuskoj i Holandiji, što je presudno uticalo na njegovo intelektualno formiranje.

Od 1960. godine prof. Milojević je bio zaposlen na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, prošavši put od asistenta do redovnog profesora, zvanja u koje je izabran 1989. Predavao je Međunarodno javno pravo, Međunarodne organizacije i Međunarodne odnose. Na postdiplomskim studijama držao je produbljene kurseve iz Međunarodnog javnog prava i Međunarodnih odnosa te specijalne kurseve: Članstvo u Ujedinjenim nacijama, Rešavanje sporova u međunarodnim organizacijama, Koegzistencija, Evropska bezbednost i saradnja, Nadležnost država i međunarodno pravo, Položaj radnika migranata i Međunarodna zaštita ljudskih prava.

Bio je član, sekretar i predsednik više komisija i drugih tela Pravnog fakulteta, kao i v.d. šefa Katedre za međunarodno pravo i međunarodne odnose. Održao je brojna predavanja i učestvovao na više od 90 naučnih i stručnih skupova u zemlji i inostranstvu. Delovao je i kao potpredsednik i saizvestilac Potkomiteta za razvoj ljudskih prava u svetlosti Helsinške deklaracije (1976–1982), član Komisije za ljudska prava Svetskog udruženja za međunarodno pravo (1975–1982), Komiteta za primenu ljudskih prava (1982–1992), Jugoslovenske lige za mir, Jugoslovenskog udruženja za međunarodno pravo. Decenijama je bio redovni saradnik i konsultant Saveznog sekretarijata za inostrane poslove.

*

Prof. Milojević je sazrevao ukorak sa razvojem međunarodnog prava na beogradskom Pravnom fakultetu. Bio je i do danas ostao dragocen svedok i učesnik tih procesa. Njegovo znanje beše široko i pouzdano, koliko i živo i podsticajno. Njegova reč je bila odmerena i promišljena. Objavio je pet monografskih studija i preko 250 naučnih i stručnih radova, prikaza i beležaka

iz oblasti: (1) ljudskih prava (*Položaj pojedinca i njegov aktivni subjektivitet u međunarodnom pravu*, 1987) (2) međunarodnih odnosa i međunarodnog prava (*Les droits de l'homme en période d'exception*, 1986), (3) međunarodnih organizacija, (4) međunarodnog humanitarnog prava (*Povrede Ženevskih i Haških konvencija u Srbiji*, 1988), (5) međunarodnog krivičnog prava (*Međunarodne sankcije*, 1994), (6) opšte teorije države i prava i (7) međunarodnog i ustavnog prava i političkog sistema (*Ustav, pravni poredak i međunarodne obaveze Jugoslavije*, 1989).

Ti radovi su nastali kao rezultat serioznih autorovih istraživanja koja su vršena sa stanovišta unutrašnjeg, uporednog i međunarodnog prava. Njih odlikuju konceptijska konzistentnost u pristupu, velika akribija, pouzdanost i temeljitost rasuđivanja, savesnost, produbljenost i originalnost. Posebno ih krase jasan i precizan jezik, doteran, pomalo arhaičan stil i analiza utemeljena na razvijenim metodološkim i teorijskim osnovama uporednog prava. Za njega je i u usmenom i u pismenom izražavanju bilo važnije mnogo reći, a ne mnogo govoriti. U naučnom radu bio je primer naučnog poštenja i čestitosti.

Sarađujući sa prof. Milojevićem na nekim od brojnih stručnih skupova, njegove kolege i najbliži saradnici često su se mogli uveriti u to da iza mirnoće i skromnosti njegovog nastupa opstaju nepokolebljiv moralni stav, principijelnost i nadmoćna egzegetska preciznost vrhunskog pravника, kao i konzistentna teorijska refleksija.

Prof. Milojević je bio izuzetno pedantan, marljiv i vredan pregalac, koji je inspirisao mlađe naraštaje. Decenijama je bio nenametljivo sveprisutan u pravnom životu Srbije, kao jedan od naših najvećih stručnjaka za međunarodno pravo, međunarodne organizacije, ljudska prava, ali i za našu pravnu baštinu.

Mnogo je držao do srpske pravne baštine i istorije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, uvek nastojeći da istakne ulogu onih na čijim ramenima stojimo, a da prećuti sopstveni doprinos. Bio je i ostao veoma skrupulozan i odan svojim učiteljima. Raspolagao je retkim saznanjima o prelomnim događajima i istaknutim nastavnicima Pravnog fakulteta u Beogradu.

Učestvovao je u osnivanju i radu institucija koje su se bavile oživljavanjem zaboravljene srpske pravne baštine: projekat „Izvori srpskog prava u SANU“, časopisa *Arhiv za pravne i društvene nauke*, biblioteke „Politika i društvo“, edicije „Naučno nasleđe Pravnog fakulteta u Beogradu“, zbirke „Tragovi“, Fondacije „Miodrag Jovičić“ i drugih redakcija.

U svom naučnom i pedagoškom radu uvek se držao istraživačkih metoda i principa koje su kod nas utemeljili korifeji međunarodnog prava beogradskog Pravnog fakulteta, poput Milovanovića, Vesnića, Perića, Slobodana Jovanovića, Bartoša, Radojkovića. Po uzoru na te velikane, prof. Milojević je obavljao prosvetiteljsku misiju među pravnicima u Srbiji.

*

Momir Milojević je bio jedan od najrevnosnijih nastavnika Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. On je uopšte bio vrlo radin čovek. U našoj pravnoj struci, po svoj prilici, niko nije bio toliko dugo i istrajno zaposlen koliko on. Bio je ne samo profesor Pravnog fakulteta nego i istraživač, letopisac i svojevrsna živa enciklopedija te ustanove i pravne struke, a povrh svega toga neumorno je održavao kontakte sa našim pravnim institucijama i istaknutim pravicima. Njegova vrednoća je iskazivana i kad je otišao u penziju te ušao u pozne godine. Njegov radni vek trajao je punih šest decenija. Rad je za njega bio blagodet, jedini lek protiv praznine u životu. Govrio je: „Kad nemam šta da radim, ja radim“ i često citirao Cicerona: „Rad krepí mladost, veseli starost, krasí sreću, a nesreći pruža utehu!“

Kojeg bi se god posla latío, Milojević bi ga vršio savesno – čak, moglo bi se reći, i suviše savesno. On je od sebe i svojih saradnika zahtevao profesionalizam, odgovornost, istajnost i doslednost. Smatrao je da svaka odgovornost počinje odgovornošću prema samom sebi. Zato se teško opredeljivao, pa nije lako preuzimao na sebe odgovornost, ali, kad bi se jednom odlučio, bio je nepokolebljiv. Ništa ga nije moglo omesti ni pomeriti u njegovim stavovima i ubeđenjima.

U složenim stručnim pitanjima zastupao je sasvim jasan i određen stav. Nije ni najmanje ličio na one „neopredeljene“, oportuniste, karijeriste koji su zarad promocija, privilegija i sinekura bili spremni da žrtvuju svoju autonomnu kritičku poziciju, moralne principe i profesionalna načela. Naprotiv, profesor je po cenu marginalizacije i skromnog života na ivici oskudice uspevao da ostane veran sebi i svojoj samostalnosti, da odoli svim iskušenjima i da ne okalja svoju intelektualnu čestitost. Zahvaljujući tome prof. Milojević je bio čovek retke uspravnosti, principijelnosti i doslednosti.

Zbog svojih izuzetnih principa, strogih moralnih načela, živeo je krajnje skromno, a poslednje dve decenije u materijalnoj oskudici. Uprkos velikim zaslugama, njegova skromnost je učinila da je ostao skrajnut i nepoznat. Bio je od onih „skromnih ljudi koji su kod nas retki: za njih svi imaju neko malo tužno, malo podsmešljivo poštovanje“ (Ivo Andrić). Dovoljno je pomenuti da zbog svojih rigorističkih etičkih načela nije prihvatio ponuđeni nastavnički kabinet, te je radni vek na Fakultetu proveo bez sopstvenog radnog stola i kabineta. Odbijao je da primi autorske honorare za rukopise koje je objavio ili preveo sa francuskog jezika ukoliko bi posumnjao u profesionalizam i moralnost naručilaca posla. Kada je ispunio uslov za odlazak u starosnu penziju, zbog sukoba sa tadašnjom upravom Fakulteta, odbio je da potpiše rešenje o penzionisanju i do kraja života je živeo bez redovnih prinadležnosti.

Išao je kroz život uzdignute glave, trudeći se da nijednim svojim gestom, nijednom rečju ni javnim nastupom ne ukalja svoj moralni lik. Više je ličio na hrišćanske mučenike i srpske prosvetitelje XIX veka nego na modernog građanina koji se spokojno predaje i prilagođava tekovinama tehničko-industrijske civilizacije.

Tokom svoje akademske i naučne karijere ostao je dosledan načelima slobode, istine i pravde. Te vrednosti je godinama uverljivo prenosio svojim studentima i naučnom podmlatku, dajući im primer kako da kao građani i pravnici deluju u skladu sa načelima ljudskih prava i demokratske pravne države. Njegova uzorna i stvaralačka univerzitetska karijera redak je primer posvećenosti pozivu, struci i instituciji u kojoj je radio.

Bio je izuzetno pouzdan i odan kolega i prijatelj. Prema prijateljstvu se odnosio kao prema biljci koju treba često zalivati. Smatrao je da se pravi prijatelj pokazuje u nevolji. Držao se mudre poruke Katona Starijeg: *Nec quisquam melior medicus quam fidus amicus* (Nema boljeg lekara od vernog prijatelja). Nema među njegovim prijateljima pozleđenog kojeg on nije tešio i hrabrio, bolesnog kojeg on u bolesti nije obilazio i bodrio, pokojnika koji je odlazio sa ovoga sveta kojem on nije odao poštu. Objavio je više desetina nekrologa i sećanja na svoje preminule prijatelje i saradnike.

Od trenutka kada je primljen za asistenta Pravnog fakulteta u Beogradu 1960. njegov život i rad bio je utkan u rad te ustanove, tako da je nemoguće govoriti o Pravnom fakultetu a da se ne pomene prof. Milojević. Fakultet je bio velika ljubav i druga kuća Momira Milojevića. Budući da se nije ženio i da nije zasnovao porodicu, doživljavao je fakultet kao svoju drugu kuću, a studente i mlade kolege kao sopstvenu porodicu. Na fakultetu je proveo 42 godine aktivne službe.

U dugoj povesti Pravnog fakulteta nije zabeležen slučaj da je neki nastavnik posle odlaska u penziju dve decenije redovno nastavio da dolazi na Fakultet, da svakodnevno radi u biblioteci, prati glavne fakultetske manifestacije, prisustvuje odbranama magistarskih i doktorskih teza, druži se s kolegama u Nastavničkom klubu. Pravni fakultet je za njega bio svojevrtni hram i stožerna institucija srpske pravničke kulture, koju je odvajao od mnogih nedostojnih ljudi kakvi su nezapaženo prolazili njegovim amfiteatrima i seminarima. Živeo je s Pravnim fakultetom. Sve ostalo u njegovom životu nalazilo se u drugom planu. Božja milošta mu je podarila zdravlje i lucidnost do duboke starosti. Posle druženja sa nekoliko bliskih kolega, otišao je sa Fakulteta neposredno pre Nove 2021. godine. Desetak dana kasnije, uoči Božića, u svom stanu ispustio je svoju plemenitu dušu.

Izdanak građanskog Beograda koji nestaje, potomak čestite porodice Milojevića, učenik srpskih i francuskih pravnih korifeja, profesor je išao kroz život kao antički filozof, sa prosvetiteljskom lučom u ruci. Na svom časnom

životnom putu nosio je kao jedini prtljag svoje duhovno bogatstvo, svoje knjige i beskrajnu ljubav za svoj narod i svoj Pravni fakultet. Njegova lična čestitost obezoružavala je protivnike, a njegova urođena vitalnost, istrajnost i optimizam pomagali su nam i u najtežim trenucima. Bio je čovek retkih kvaliteta kojeg je svako samo po dobru pominjao i pominje.

Od našeg profesora se opraštamo s tugom, ali i ponosni što smo ga poznavali i od njega mnogo naučili. Neka mu je večna slava i hvala!

U Beogradu, 10. januara 2021.

Dr Andreja KATANČEVIĆ*

STEFAN ANDONOVIC (1991–2021)

Čudna je i surova igra života i smrti. Počeci su nesvesni, krajevi neželjeni, rastanci nenadani. Preuzimam gorku dužnost da napišem nekrolog. Nekrolog pišem mlađem od sebe.

Od 14. maja ove godine Stefan Andonović nas čeka na boljem mestu. Bio je doktor pravnih nauka, šampion Srbije u plivanju i moj prijatelj. Zbog poslednjeg ću biti više ličan nego profesionalan. Misli se teško artikulišu. Osećanja je nemoguće verbalizovati. Od Stefana se opraštam ključnim rečima.

Uspeh. Stefan Andonović je bio „kadetski, juniorski i apsolutni državni prvak na 200 metara“ u plivanju delfin stilom. Bio je licencirani sudija Plivačkog saveza Srbije. Bio je naučni saradnik Instituta za uporedno pravo. Prvi je u svojoj generaciji doktorirao 2019. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, odbranivši disertaciju na temu *Zaštita podataka u elektronskoj javnoj upravi u Republici Srbiji: pravni aspekti*. Prošle godine je postao asistent sa doktoratom Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu. Objavio je udžbenik *Osnovi prava zaštite podataka o ličnosti*.

Strast. Retko ko se predavao svojim interesovanjima kao Stefan Andonović. Ni sa kim nisam duže razgovarao o načinu izrade naučnog rada. Srećom smatram to što smo zajedno bili u Hajdelbergu. Tamo je prikupljao literaturu na Maks Plank institutu za uporedno javno pravo i međunarodno pravo. To je retkost među studentima master studija. Čast mi je bila što me je podučavao plivanju. Diletantu je strpljivo i predano govorio o tehnici. Sad mi se čini da je kroz nauku plivao, a plivanje studirao.

* Vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, katancevic@ius.bg.ac.rs.

Radost. Stefan Andonović je sijao osmehom. Iskrenim, a upornim. Neposrednim, a pristojnim. Nenametljivim, a zaraznim. Trebalo mu je truda da osmeh skinе sa lica. Nije dugo trajalo dok ga ne vrati. O ozbiljnom je pričao kroz šalu. Šale su mu bile ozbiljne. Humor mu je bio uvek inteligentan, nikad zajedljiv. U njegovom društvu je bilo lepo, spontano i sigurno. Bio je lek za tugu i za strah.

Samodisciplina. Čelična. Sa njegovom satnicom nije bilo kompromisa. Nije bilo kašnjenja, odlaganja, „izvinjavanja“. Na njegovim stazama nije bilo pauza. Opraštao ih je drugima. Sebi ih nije dozvoljavao. Verujem da svi koji su mu bili bliski osećaju gorčinu zbog toga. Nismo uspeli da mu otmemo još malo njegovog kratkog vremena.

Dobrota. Nije bilo nevolje u kojoj nije pomagao. Nije bilo tuđeg problema bez njegove pažnje. Nije propuštao priliku da učini dobro. Bio je uvek tamo gde je drugome bilo potrebno. Za malo vremena, ostavio je veliki trag u našim životima.

Originalnost. Nije govorio ako nije imao šta. Nije pisao ako nije bilo novo. Hipoteze su mu bile jedinstvene. Argumenti su mu bili britki. Postavljao ih je i branio kao u igri. Nije napisao sve što je smislio.

Širina. Stefan je bio najbolji plivač i najmlađi doktor nauka. To nije ometalo njegovu detaljnu obaveštenost o politici i umetnosti. Ostavljalo je vremena i mesta za knjige i teatar. Nije davalo objašnjenja kad i kako.

Ponos. Stefan je nesebično delio uspeh. Ko ga je upoznao smatrao ga je svojim, baš kao i sve njegove pobede. Generacije su vaspitavane floskulom da treba da budu takvi da se njima neko ponosi. Stefanu je to uspelo. Sa lakoćom. Ponose se svi koji su ga poznavali. Beskrajno.

Saučešće. Iza Stefana su ostali devojka, majka, otac, sestra, rodbina, prijatelji... Užasava veličina gubitka. Poražava nemoć da se praznina učini lakšom. Iako tako ne umanjujemo tragediju, delimo je.

Bio je šampion plivanja. Bio je šampion nauke. Bio je šampion prijateljstva.

Do ponovnog susreta sa njim,

Hvala mu!

UPUTSTVO ZA AUTORE

Anali Pravnog fakulteta u Beogradu objavljuju tekstove na srpskom i engleskom jeziku.

Autori zadržavaju autorsko pravo na svome delu. Međutim, uslov za objavljivanje u *Analima Pravnog fakulteta u Beogradu* jeste da autori izdavaču dozvole da objavi delo, da garantuju pravo da će *Anali* biti navedeni kao izvorni izdavač u slučaju ponovnog objavljivanja i da neisključivo ustupe ovlašćenje na umnožavanje te ovlašćenje da se tekst učini dostupnim javnosti i da se distribuiraju u svim oblicima i medijima. Objavljeni tekstovi se distribuiraju pod uslovima licence „Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY)“.

Predajom teksta, autor izjavljuje da tekst nije ni objavljen ni prihvaćen za objavljivanje te da neće biti predat za objavljivanje bilo kom drugom mediju. Autor takođe izjavljuje da je nosilac autorskog prava, da je obavešten o pravima trećih lica i da je ispunio zahteve koji proizlaze iz tih prava.

Prijem svih tekstova biće potvrđen elektronskom poštom. Redakcija će razmotriti podobnost svih radova da budu podvrgnuti postupku recenziranja. Podobni tekstovi šalju se na dvostruku anonimnu recenziju.

Informacije o uredničkoj politici *Anala Pravnog fakulteta u Beogradu* videti na: ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/about/editorialPolicies#open%20AccessPolicy.

Ako želite da predate svoj rad *Analima Pravnog fakulteta u Beogradu*, molimo vas da pratite sledeća uputstva.

Ako predajete rad na engleskom jeziku, molimo vas da pratite posebno uputstvo koje je dostupno na: ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/information/authors.

Rukopis treba da bude uređen na sledeći način:

1. naslovna strana,
2. apstrakt i ključne reči,
3. rukopis i spisak literature,
4. dodaci, tabele i slike.

1. NASLOVNA STRANA

Naslovna strana rukopisa treba da sadrži sledeće podatke:

- naslov teksta,
- ime, prezime, godinu rođenja i afilijaciju svih autora,
- punu adresu za korespondenciju i adresu elektronske pošte.

Ako je tekst koautorski, molimo vas da dostavite tražene podatke za svakog autora.

2. APSTRAKT I KLJUČNE REČI

Tekstu prethodi apstrakt koji je strogo ograničen na 150 reči. Apstrakt ne sme da sadrži neodređene skraćenice ili reference.

Molimo vas da navedete pet ključnih reči koje su prikladne za indeksiranje.

Radovi na srpskom jeziku treba da sadrže apstrakt i ključne reči i na srpskom i na engleskom jeziku. U tom slučaju, apstrakt i ključne reči na engleskom jeziku treba da se nalaze iza spiska literature.

3. RUKOPIS I SPISAK LITERATURE

Zbog anonimnog recenziranja, imena autora i njihove institucionalne pripadnosti ne treba navoditi na stranicama rukopisa.

Tekstovi moraju da budu napisani u sledećem formatu:

- veličina stranice: A4,
- margine: 2,5 cm,
- font: Times New Roman,
- razmak između redova u glavnom tekstu: 1,5,
- razmak između redova u fusnotama: Easy,
- veličina slova u glavnom tekstu: 12 pt,
- veličina slova u fusnotama: 10 pt,
- numeracija stranica: arapski broj u donjem desnom uglu stranice.

Druge autore treba navoditi po imenu i prezimenu kada se prvi put pominju (Petar Petrović), a zatim samo po prezimenu (Petrović). Ne treba navoditi „profesor“, „dr“, „g.“ niti bilo kakve titule.

Sve slike i tabele moraju da budu pomenute u tekstu, prema redosledu po kojem se pojavljuju.

Sve akronime treba objasniti prilikom prvog korišćenja, a zatim se navode velikim slovima.

Evropska unija – EU,

The United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL

Brojevi od jedan do devet pišu se slovima, veći brojevi pišu se ciframa. Datumi se pišu na sledeći način: 1. januar 2012; 2011–2012; tridesetih godina 20. veka.

Fusnote se koriste za objašnjenja, a ne za navođenje literature. Prosto navođenje mora da bude u glavnom tekstu, sa izuzetkom zakona i sudskih odluka.

Podnaslove treba pisati na sledeći način:

1. VELIKA SLOVA

1.1. Prvo slovo veliko

1.1.1. Prvo slovo veliko kurziv

Citiranje

Svi citati, u tekstu i fusnotama, treba da budu napisani u sledećem formatu: (autor/godina/broj strane ili više strana).

Domaća imena koja se pominju u rečenici ne treba ponavljati u zagradama:

- Prema Miloševiću (2014, 224–234)...
- Rimski pravници su poznavali različite klasifikacije stvari (Milošević 2014, 224–234)

Strana imena koja se pominju u rečenici treba da budu transkribovana, a u zagradama ih treba ponoviti i ostaviti u originalu. U spisku literature strana imena se ne transkribuju:

- Prema Kociolu (Koziol 1997, 73–87)...
- O tome je opsežno pisao Kociol (Koziol 1997, 73–87).
- Koziol, Helmut. 1997. *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I: Allgemeiner Teil. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Domaća dela se citiraju pismom kojim su štampana. U spisku literature delo štampano latinicom navodi se samo latinicom, a delo štampano ćirilicom navodi se ćirilicom i latinicom, pri čemu se latinična referenca stavlja u zagrade:

- Prema Miloševiću (2014, 347–352)...
- Milošević, Miroslav. 2014. *Rimsko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Dosije studio. (Milošević, Miroslav. 2014. *Rimsko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Dosije studio.)
- Vukadinović (Vukadinović 2015, 27) ističe da jemac ispunjava tuđu, a garant svoju obavezu.
- U literaturi se navodi (Vukadinović 2015, 27)...
- Vukadinović, Radovan. 5–6/2015. O pravnom regulisanju posla bankarske garancije u novom Građanskom zakoniku. *Pravni život* 64: 17–36.

Poželjno je da u citatima u tekstu bude naveden podatak o broju strane na kojoj se nalazi deo dela koje se citira.

Isto tako i / Isto / Kao i Konstantinović (1969, 125–127);

Prema Bartoš (1959, 89 fn. 100) – *tamo gde je fusnota 100 na 89. strani*;

Kao što je predložio Bartoš (1959, 88 i fn. 98) – *tamo gde fusnota 98 nije na 88. strani*.

Pre broja strane ne treba stavljati oznaku „str.“, „p.“, „f.“ ili slično.

Izuzetno, tamo gde je to prikladno, autori mogu da koriste citate u tekstu bez navođenja broja strane dela koja se citira. U tom slučaju autori mogu, ali ne moraju da koriste neku od naznaka kao što su: *videti, posebno videti, videti na primer i dr.*

(videti, na primer, Bartoš 1959; Simović 1972)

(videti posebno Bakić 1959)

(Stanković, Orlić 2014)

Jedan autor

Citat u tekstu (T): Kao i Ilaj (Ely 1980, broj strane), tvrdimo da...

Navođenje u spisku literature (L): Ely, John Hart. 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

T: Isto kao i Avramović (2008, broj strane), tvrdimo da...

L: Avramović, Sima. 2008. *Rhetorike techne – veština besedništva i javni nastup*. Beograd: Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. (Avramović, Sima. 2008. *Rhetorike techne – veština besedništva i javni nastup*. Beograd: Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

T: Vasiljević (2007, broj strane),

L: Vasiljević, Mirko. 2007. *Korporativno upravljanje: pravni aspekti*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. (Vasiljević, Mirko. 2007. *Korporativno upravljanje: pravni aspekti*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Dva autora

T: Kao što je ukazano (Daniels, Martin 1995, broj strane),

L: Daniels, Stephen, Joanne Martin. 1995. *Civil Injuries and the Politics of Reform*. Evanston, Ill.: Northwestern University Press.

T: Kao što je pokazano (Stanković, Orlić 2014, broj strane),

L: Stanković, Obren, Miodrag Orlić. 2014. *Stvarno pravo*. Beograd: Nomos. (Stanković, Obren, Miodrag Orlić. 2014. *Stvarno pravo*. Beograd: Nomos.)

Tri autora

T: Kao što su predložili Sesil, Lind i Bermant (Cecil, Lind, Bermant 1987, broj strane),

L: Cecil, Joe S., E. Allan Lind, Gordon Bermant. 1987. *Jury Service in Lengthy Civil Trials*. Washington, D.C.: Federal Judicial Center.

Više od tri autora

T: Prema istraživanju koje je sproveo Turner sa saradnicima (Turner *et al.* 2002, broj strane),

L: Turner, Charles F., Susan M. Rogers, Heather G. Miller, William C. Miller, James N. Gribble, James R. Chromy, Peter A. Leone, Phillip C. Cooley, Thomas C. Quinn, Jonathan M. Zenilman. 2002. Untreated Gonococcal and Chlamydial Infection in a Probability Sample of Adults. *Journal of the American Medical Association* 287: 726–733.

T: Pojedini autori smatraju (Varadi *et al.* 2012, broj strane)...

L: Varadi, Tibor, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, Vladimir Pavić. 2012. *Međunarodno privatno pravo*. 14. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. (Varadi, Tibor, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, Vladimir Pavić. 2012. *Međunarodno privatno pravo*. 14. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Institucija kao autor

T: (U.S. Department of Justice 1992, broj strane)

L: U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics. 1992. *Civil Justice Survey of State Courts*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.

T: (Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije 2015, broj strane)

L: Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2015. *95 godina zaštite intelektualne svojine u Srbiji*. Beograd: Colorgraphx. (Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2015. *95 godina zaštite intelektualne svojine u Srbiji*. Beograd: Colorgraphx.)

Delo bez autora

T: (*Journal of the Assembly* 1822, broj strane)

L: *Journal of the Assembly of the State of New York at Their Forty-Fifth Session, Begun and Held at the Capitol, in the City of Albany, the First Day of January, 1822.* 1822. Albany: Cantine & Leake.

Citiranje više dela istog autora

Klermont i Ajzenberg smatraju (Clermont, Eisenberg 1992, broj strane; 1998, broj strane)...

Basta ističe (2001, broj strane; 2003, broj strane)...

Citiranje više dela istog autora iz iste godine

T: (White 1991a, page)

L: White, James A. 1991a. Shareholder-Rights Movement Sways a Number of Big Companies. *Wall Street Journal*. April 4.

Istovremeno citiranje više autora i dela

(Grogger 1991, broj strane; Witte 1980, broj strane; Levitt 1997, broj strane)

(Popović 2017, broj strane; Labus 2014, broj strane; Vasiljević 2013, broj strane)

Poglavlje u knjizi

T: Holms (Holmes 1988, broj strane) tvrdi...

L: Holmes, Stephen. 1988. Precommitment and the Paradox of Democracy. 195–240. *Constitutionalism and Democracy*, ed. John Elster, Rune Slagstad. Cambridge: Cambridge University Press.

Poglavlje u delu koje je izdato u više tomova

T: Švarc i Sajks (Schwartz, Sykes 1998, broj strane) tvrde suprotno.

L: Schwartz, Warren F., Alan O. Sykes. 1998. Most-Favoured-Nation Obligations in International Trade. 660–664, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. II, ed. Peter Newman. London: MacMillan.

Knjiga sa više izdanja

T: Koristeći Grinov metod (Greene 1997), napravili smo model koji...

L: Greene, William H. 1997. *Econometric Analysis*. 3. ed. Upper Saddle River, N.J.: Prentice Hall.

T: (Popović 2018, broj strane),

R: Popović, Dejan. 2018. *Poresko pravo*. 16. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. (Popović, Dejan. 2018. *Poresko pravo*. 16. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Navođenje broja izdanja nije obavezno.

Ponovno izdanje – reprint

T: (Angell, Ames [1832] 1972, 24)

L: Angell, Joseph Kinniaut, Samuel Ames. [1832] 1972. *A Treatise on the Law of Private Corporations Aggregate*. Reprint, New York: Arno Press.

Članak

U spisku literature navode se: prezime i ime autora, broj i godina objavljivanja sveske, naziv članka, naziv časopisa, godina izlaženja časopisa, stranice. Pri navođenju inostranih časopisa koji ne numerišu sveske taj podatak se izostavlja.

T: Taj model koristio je Levin sa saradnicima (Levine *et al.* 1999, broj strane)

L: Levine, Phillip B., Douglas Staiger, Thomas J. Kane, David J. Zimmerman. 1999. *Roe v. Wade and American Fertility*. *American Journal of Public Health* 89: 199–203.

T: Na to je ukazao Vasiljević (2018, broj strane)

L: Vasiljević, Mirko. 2/2018. Arbitražni ugovor i interkompanijskoppravni sporovi. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 66: 7–46. (Vasiljević, Mirko. 2/2018. Arbitražni ugovor i interkompanijskoppravni sporovi. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 66: 7–46.)

T: Orlić ističe uticaj uporednog prava na sadržinu Skice (Orlić 2010, 815–819).

L: Orlić, Miodrag. 10/2010. Subjektivna deliktna odgovornost u srpskom pravu. *Pravni život* 59: 809–840.

Citiranje celog broja časopisa

T: Tome je posvećena jedna sveska časopisa *Texas Law Review* (1994).

L: *Texas Law Review*. 1993–1994. *Symposium: Law of Bad Faith in Contracts and Insurance*, special edition 72: 1203–1702.

T: Osiguranje od građanske odgovornosti posebno je analizirano u časopisu *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* (1982).

L: *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 6/1982. *Savetovanje: Neka aktuelna pitanja osiguranja od građanske odgovornosti*, 30: 939–1288. (*Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 6/1982. *Savetovanje: Neka aktuelna pitanja osiguranja od građanske odgovornosti*, 30: 939–1288.)

Komentari

T: Smit (Smith 1983, broj strane) tvrdi...

L: Smith, John. 1983. Article 175. Unjust Enrichment. 195–240. *Commentary to the Law on Obligations*, ed. Jane Foster. Cambridge: Cambridge University Press.

T: Prema Šmalenbahy (Schmalenbach 2018, broj strane), jasno je da...

L: Schmalenbach, Kirsten. 2018. Article 2. Use of Terms. 29–55. *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, eds. Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach. Berlin: Springer-Verlag GmbH Germany.

T: Perović (Perović 1980, broj strane) tvrdi da...

L: Perović, Slobodan. 1980. Član 45. Predugovor. 221–224. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, ur. Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović. Gornji Milanovac: Kulturni centar – Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.

Članak u časopisu ili dnevnim novinama bez autora

T: objavljeno u *Politici* (2019)

L: *Politika*. 2019. Srbija snažno posvećena evropskom putu. Mart 2019. (*Politika*. 2019. Srbija snažno posvećena evropskom putu. Mart 2019)

T: Kao što je objavljeno u časopisu *Newsweek* (2000)...

L: *Newsweek*. 2000. MP3.com Gets Ripped. 18 September.

Članak u časopisu ili dnevnim novinama sa autorom (autorima)

T: U *Vremenu* je objavljeno (Švarn, Georgijev 2018) da...

L: Švarn, Filip, Slobodan Georgijev. 2018. Razgraničenje je model u skladu sa politikom etničkog čišćenja. *Vreme*. Avgust 2018.

T: (Mathews, DeBaise 2000)

L: Mathews, Anna Wilde, Colleen DeBaise. 2000. MP3.com Deal Ends Lawsuit on Copyrights. *Wall Street Journal*. 11 November.

Neobjavljeni rukopis

T: (Avramović, Todorović 2017)

L: Avramović, Pavle, Nenad Todorović. 2017. Sticanje bez osnova u rimskom pravu. Neobjavljen rukopis. Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet, avgust. (Avramović, Pavle, Nenad Todorović. 2017. Sticanje bez osnova u rimskom pravu. Neobjavljen rukopis. Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet, avgust.)

T: (Daughety, Reinganum 2002)

L: Daughety, Andrew F, Jennifer F. Reinganum. 2002. Exploiting Future Settlements: A Signaling Model of Most-Favored-Nation Clauses in Settlement Bargaining. Unpublished manuscript. Vanderbilt University, Department of Economics, August.

Radni dokument

T: (Stojanović, Savić 2017)

L: Stojanović, Ognjen, Martin Savić. 2017. Pravna priroda ugovora o kreditu. Radni dokument. Institut za pravo i finansije, Beograd. (Stojanović, Ognjen, Martin Savić. 2017. Pravna priroda ugovora o kreditu. Radni dokument. Institut za pravo i finansije, Beograd.)

T: (Eisenberg, Wells 2002)

L: Eisenberg, Theodore, Martin T. Wells. 2002. Trial Outcomes and Demographics: Is There a Bronx Effect? Working paper. Cornell University Law School, Ithaca, NY.

Numerisani radni dokument

T: (Tomić, Pavlović 2018)

L: Tomić, Janko, Saša Pavlović. 2018. Uporednopravna analiza propisa u oblasti radnog prava. Radni dokument br. 7676. Institut za uporedno pravo, Beograd. (Tomić, Janko, Saša Pavlović. 2018. Uporednopravna analiza propisa u oblasti radnog prava. Radni dokument br. 7676. Institut za uporedno pravo, Beograd.)

T: (Glaeser, Sacerdote 2000)

L: Glaeser, Edward L., Bruce Sacerdote. 2000. The Determinants of Punishment: Deterrence, Incapacitation and Vengeance. Working Paper No. 7676. National Bureau of Economic Research, Cambridge, Mass.

Lična korespondencija/komunikacija

T: Kao što tvrdi Damnjanović (2017),

L: Damnjanović, Vićentije. 2017. Pismo autoru, 15. januar. (Damnjanović, Vićentije. 2017. Pismo autoru, 15. januar.)

T: (Welch 1998)

L: Welch, Thomas. 1998. Letter to author, 15 January.

Stabilni internet protokol (URL)

T: Prema Zavodu za intelektualnu svojinu Republike Srbije (2018),

L: Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2018. Godišnji izveštaj o radu za 2017. godinu. <http://www.zis.gov.rs/o-zavodu/godisnji-izvestaji.50.html>, poslednji pristup 28. marta 2018. (Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2018. Godišnji izveštaj o radu za 2017. godinu. <http://www.zis.gov.rs/o-zavodu/godisnji-izvestaji.50.html>, poslednji pristup 28. marta 2018.)

T: According to the Intellectual Property Office (2018)

L: R.S. Intellectual Property Office. 2018. Annual Report for 2017. <http://www.zis.gov.rs/about-us/annual-report.106.html>, last visited 28 February, 2019.

U štampi

T: (Bogdanović 2019, broj strane)

L: Bogdanović, Luka. 2019. Ekonomske posledice ugovaranja klauzule najpovlašćenije nacije u bilateralnim investicionim sporazumima. *Nomos*, tom 11, u štampi. (Bogdanović, Luka. 2019. Ekonomske posledice ugovaranja klauzule najpovlašćenije nacije u bilateralnim investicionim sporazumima. *Nomos*, tom 11, u štampi.)

T: (Spier 2003, broj strane)

L: Spier, Kathryn E. 2003. The Use of Most-Favored-Nations Clauses in Settlement of Litigation. *RAND Journal of Economics*, vol. 34, in press.

Prihvaćeno za objavljivanje

T: U jednom istraživanju (Petrović, prihvaćeno za objavljivanje) posebno se ističe značaj prava manjinskih akcionara za funkcionisanje akcionarskog društva.

L: Petrović, Marko. Prihvaćeno za objavljivanje. Prava manjinskih akcionara u kontekstu funkcionisanja skupštine akcionarskog društva. *Pravni život*.

T: Jedna studija (Joyce, prihvaćeno za objavljivanje) odnosi se na Kolumbijski distrikt.

L: Joyce, Ted. Forthcoming. Did Legalized Abortion Lower Crime? *Journal of Human Resources*.

Sudska praksa

F(usnote): Vrhovni sud Srbije, Rev. 1354/06, 6. 9. 2006, Paragraf Lex; Vrhovni sud Srbije, Rev. 2331/96, 3. 7. 1996, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije* 4/96, 27; CJEU, case C-20/12, Giersch and Others, ECLI:EU:C:2013:411, para. 16; Opinion of AG Mengozzi to CJEU, case C-20/12, Giersch and Others, ECLI:EU:C:2013:411, para. 16.

T: Za reference u tekstu koristiti skraćenice (VSS Rev. 1354/06; CJEU C-20/12, ili Giersch and Others; Opinion of AG Mengozzi) konzistentno u celom članku.

L: Ne treba navoditi sudsku praksu u spisku korišćene literature.

Zakoni i drugi propisi

F: Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS* 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014, čl. 2, st. 1, tač. 3; Regulation (EU) No. 1052/2013 establishing the European Border Surveillance System (Eurosir), OJ L 295 of 6/11/2013, Art. 2 (3); Directive 2013/32/EU on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast), OJ L 180 of 29/6/2013, 60, Art. 6 (3).

T: Za reference u tekstu koristiti skraćenice (ZKP ili ZKP RS; Regulation No. 1052/2013; Directive 2013/32) konzistentno u celom članku.

L: Ne treba navoditi propise u spisku korišćene literature.

4. PRILOZI, TABELE I SLIKE

Fusnote u prilogima numerišu se bez prekida kao nastavak na one u ostatku teksta.

Numeracija jednačina, tabela i slika u prilogima počinje sa 1 (jednačina A1, tabela A1, slika A1 itd., za prilog A; jednačina B1, tabela B1, slika B1 itd., za prilog B).

Na strani može biti samo jedna tabela. Tabela može zauzimati više od jedne strane.

Tabele imaju kratke naslove. Dodatna objašnjenja se navode u napomenama na dnu tabele.

Treba identifikovati sve količine, jedinice mere i skraćenice za sve unose u tabeli.

Izvori se navode u celini na dnu tabele, bez unakrsnih referenci na fusnote ili izvore na drugim mestima u članku.

Slike se prilažu u fajlovima odvojeno od teksta i treba da budu jasno obeležene.

Ne treba koristiti senčenje ili boju na grafičkim prikazima. Ako je potrebno vizuelno istaći pojedine razlike, molimo vas da koristite šrafiranje i unakrsno šrafiranje ili drugo sredstvo označavanja.

Ne treba koristiti okvir za tekst ispod ili oko slike.

Molimo vas da koristite font Times New Roman ako postoji bilo kakvo slovo ili tekst na slici. Veličina fonta mora biti najmanje 7.

Grafici ne sadrže bilo kakvu boju.

Naslovi slika su navedeni i na zasebnoj stranici sa dvostrukim proredom pod nazivom – Legenda korišćenih slika.

Slike ne mogu biti veće od 10 cm x 18 cm. Da bi se izbeglo da slika bude značajno smanjena, objašnjenja pojedinih delova slike treba da budu postavljena u okviru slike ili ispod nje.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34(497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис за правне и друштвене науке = The Annals of the Faculty of Law in Belgrade : Belgrade law review / главни и одговорни уредник Марија Караникић Мирић. – [Српско изд.]. – Год. 1, бр. 1 (1953)–. – Београд : Правни факултет Универзитета у Београду, 1953– (Београд : Бирограф). – 24 cm

Тромесечно. – Преузео је: Annals of the Faculty of Law in Belgrade.
– Друго издање на другом медијуму: Анали Правног факултета у Београду (Online) = ISSN 2406-2693.

ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду

COBISS.SR-ID 6016514

Fakultetski naučni časopis *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* izlazi od 1953. godine (ISSN: 0003-2565) kao potomak časopisa *Arhiv za pravne i društvene nauke* koji je izlazio od 1906. godine.

Glavni urednici *Arhiva za pravne i društvene nauke* bili su: Kosta Kumanudi i Dragoljub Arandelović (1906–1911), Kosta Kumanudi (1911–1912), Čedomilj Mitrović (1920–1933), Mihailo Ilić (1933–1940), Đorđe Tasić (1940–1941) i Jovan Đorđević (1945).

Glavni urednici *Anala Pravnog fakulteta u Beogradu* bili su: Mihajlo Konstantinović (1953–1960), Milan Bartoš (1960–1966), Vojislav Bakić (1966–1978), Vojislav Simović (1978–1982), Obren Stanković (1982–1985), Dejan Popović (1996), Miodrag Orlić (1997–2004), Danilo Basta (2004–2006), Sima Avramović (2006–2012), Miroljub Labus (2013–2015) i Mirko Vasiljević (2016–2018).

U časopisu se objavljuju naučni članci, kritičke analize, komentari sudskih odluka, prilozi iz međunarodnog naučnog života i prikazi knjiga. Časopis izlazi i u elektronskom obliku (eISSN: 2406-2693).

Radovi objavljeni u časopisu podležu anonimnoj recenziji dvoje recenzenata, koje određuje redakcija.

Stavovi izraženi u časopisu predstavljaju mišljenje autora i ne odražavaju nužno gledišta redakcije. Za te stavove redakcija ne odgovara.

Časopis izlazi tromesečno.

ISSN 0003-2566



BULEVAR KRALJA ALEKSANDRA 67
11000 BEOGRAD
SRBIJA
011 30 27 600
anali@jus.bg.ac.rs
anali.rs