

# АНАЛИИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS  
BELGRADE LAW REVIEW

- 315 Dragoljub POPOVIĆ  
INCONSISTENT ADJUDICATION – A VIOLATION OF THE RIGHT TO FAIR TRIAL  
UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS
- 341 Марко ПАВЛОВИЋ  
УСТАВСТВОРСТВО ПРЕ 100 ГОДИНА: ШТАМПА ПРЕМА ВИДОВДАНСКОМ УСТАВУ
- 363 Ђорђе НИКОЛИЋ  
ЗАКОНСКА ПРЕТПОСТАВКА КРИВИЦЕ У СРПСКОМ ОБЛИГАЦИОНОМ ПРАВУ
- 393 Ахмедин ЛЕКПЕК  
КРИПТОВАЛУТЕ У ИСЛАМСКОМ ФИНАНСИЈСКОМ СИСТЕМУ КРОЗ ПРИЗМУ ШЕРИЈАТСКОГ ПРАВА
- 415 Милана ПИСАРИЋ  
ЕНКРИПЦИЈА МОБИЛНОГ ТЕЛЕФОНА КАО ПРЕПРЕКА ОТКРИВАЊУ И ДОКАЗИВАЊУ  
КРИВИЧНИХ ДЕЛА – ОСВРТ НА УПОРЕДНА РЕШЕЊА

## **РЕДАКЦИЈА /**

### **ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК /**

Марија Караникић Мирић,  
Правни факултет Универзитета у Београду, Србија

### **ЗАМЕНИК ГЛАВНОГ И ОДГОВОРНОГ УРЕДНИКА /**

Борис Беговић,  
Правни факултет Универзитета у Београду, Србија

### **УРЕЂИВАЧКИ ОДБОР /**

### **ЧЛАНОВИ ИЗВРШНОГ ОДБОРА РЕДАКЦИЈЕ /**

Зоран Томић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Небојша Јовановић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Горан Илић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Бојан Милисављевић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Војислав Станимировић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија) и Данило Вуковић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија)

### **ЧЛАНОВИ САВЕТОДАВНОГ ОДБОРА РЕДАКЦИЈЕ /**

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)

### **СЕКРЕТАРИ /**

Никола Илић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија) и Новак Вујичић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија)

### **ТЕХНИЧКИ СЕКРЕТАР /**

Милена Митровић (Институт за међународну политику и привреду, Србија)

### **ИЗДАВАЧ /**

Правни факултет Универзитета у Београду

### **ЛЕКТОР И КОРЕКТОР /**

Ирена Поповић Григоров, Вук Тошић

### **ТЕХНИЧКИ УРЕДНИК /**

Јован Ђорђевић

### **ДИЗАЈН КОРИЦА /**

City Image

### **СЛОГ И ПРЕЛОМ /**

**ДОСИЈЕ**  
СТУДИО

### **ШТАМПА /**

Бирограф

### **ТИРАЖ /**

300

### **СЕКУНДАРНЕ ПУБЛИКАЦИЈЕ У КОЈИМА СЕ ИНДЕКСИРА ЧАСОПИС /**

Directory of Open Access Journals (DOAJ); EBSCO; HeinOnline Law Journal Library; SCIndexs (Српски цитатни индекс); Cobiss; ERIHPLUS

# АНАЛИИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS  
BELGRADE LAW REVIEW

- 315 Dragoljub POPOVIĆ  
INCONSISTENT ADJUDICATION – A VIOLATION OF THE RIGHT TO FAIR TRIAL  
UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS
- 341 Марко ПАВЛОВИЋ  
УСТАВОТВОРСТВО ПРЕ 100 ГОДИНА: ШТАМПА ПРЕМА ВИДОВДАНСКОМ УСТАВУ
- 363 Ђорђе НИКОЛИЋ  
ЗАКОНСКА ПРЕТПОСТАВКА КРИВИЦЕ У СРПСКОМ ОБЛИГАЦИОНОМ ПРАВУ
- 393 Ахмедин ЛЕКПЕК  
КРИПТОВАЛУТЕ У ИСЛАМСКОМ ФИНАНСИЈСКОМ СИСТЕМУ КРОЗ ПРИЗМУ ШЕРИЈАТСКОГ ПРАВА
- 415 Милана ПИСАРИЋ  
ЕНКРИПЦИЈА МОБИЛНОГ ТЕЛЕФОНА КАО ПРЕПРЕКА ОТКРИВАЊУ И ДОКАЗИВАЊУ  
КРИВИЧНИХ ДЕЛА – ОСВРТ НА УПОРЕДНА РЕШЕЊА

## САДРЖАЈ

### ЧЛАНЦИ

- 315 Dragoljub Popović**  
Inconsistent Adjudication – A Violation of the Right to Fair Trial Under the European Convention on Human Rights
- 341 Марко Павловић**  
Уставотворство пре 100 година: штампа према Видовданском уставу
- 363 Ђорђе Николић**  
Законска претпоставка кривице у српском облигационом праву
- 393 Ахмедин Лекпек**  
Криптовалуте у исламском финансијском систему кроз призму шеријатског права
- 415 Милана Писарић**  
Енкрипција мобилног телефона као препрека откривању и доказивању кривичних дела – осврт на упоредна решења

### ПРИКАЗИ

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

- 455 Reiman, Jeffrey, Paul Leighton. 2017. *The Rich Get Richer and the Poor Get Prison – Ideology, Class and Criminal Justice*. 11<sup>th</sup> edition. New York – London: Routledge, 285.  
(Мила Ђорђевић)
- 464 Вуковић, Игор. 2021. *Кривично право: Општи део*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 586.  
(Ивана Марковић)
- 471 Делић, Наташа. 2021. *Кривично право: Посебни део*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 464.  
(Ивана Радисављевић)

#### СЕЋАЊА

- 477 **Јовица Тркуља**, Момир Б. Милојевић (1933–2021)
- 483 **Андреја Катанчевић**, Стефан Андоновић (1991–2021)

#### VARIA

- 487 **Упутство за ауторе**

## **TABLE OF CONTENTS**

### ARTICLES

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

### BOOK REVIEWS

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

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

#### IN MEMORIAM

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

#### VARIA

- 487 **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”.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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

---

<sup>1</sup> ECtHR, case 30658/05, *Beian v. Romania*, 2007, pars. 39 and 36.

<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup>

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.<sup>5</sup> 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".<sup>6</sup> 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".<sup>7</sup> In other words, the Court was unable to

---

<sup>3</sup> Zielinski, pars. 10–22.

<sup>4</sup> Zielinski, pars. 23–38.

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

<sup>6</sup> Zielinski, pars. 57 and 58.

<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup>

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.<sup>9</sup> Moreover, in no less than eighteen other judgments given in identical cases, between November 2003

---

<sup>8</sup> *Beian*, pars. 6–22.

<sup>9</sup> *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.<sup>10</sup>

The applicant in *Beian* complained *inter alia* under the Article 6 of the Convention of “a breach of the principle of legal certainty”.<sup>11</sup> 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”.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> 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

---

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

<sup>11</sup> *Beian*, par. 27.

<sup>12</sup> *Beian*, pars. 33–38.

<sup>13</sup> *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.<sup>14</sup> Like in almost all other ex-communist states, this was a typical situation in many cases in Romania at the turn of the 21<sup>st</sup> 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.<sup>15</sup>

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”.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> 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

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

<sup>15</sup> *Tudor Tudor*, par. 22.

<sup>16</sup> *Tudor Tudor*, par. 30 for the first, and par. 31 for the second statement.

<sup>17</sup> *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”.<sup>18</sup> 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*.<sup>19</sup>

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.<sup>20</sup> 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*.<sup>21</sup>

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

---

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

<sup>19</sup> *Plechanow*, par. 107.

<sup>20</sup> 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).

<sup>21</sup> *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.<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup>

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.<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> 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

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

<sup>23</sup> *Iordan Iordanov*, par. 41.

<sup>24</sup> *Iordan Iordanov*, par. 47.

<sup>25</sup> *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.<sup>26</sup>

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".<sup>27</sup> 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".<sup>28</sup> 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).<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> 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

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

<sup>27</sup> *Vinčić*, par. 44.

<sup>28</sup> *Vinčić*, par. 54.

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

<sup>30</sup> *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.<sup>31</sup>

The applicants complained under Article 6 of the Convention about "the flagrantly inconsistent case-law of the District Court of Belgrade".<sup>32</sup> 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".<sup>33</sup> 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.

---

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

<sup>32</sup> *Rakić*, par. 31.

<sup>33</sup> *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.<sup>34</sup>

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.<sup>35</sup>

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, *Iordan Iordanov* 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.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> *Rakić*, pars. 43–44.

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

<sup>36</sup> 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”.<sup>37</sup> 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

---

<sup>37</sup> *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 Iordanov*. 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*.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> ECtHR, case 13279/05, *Nejdet Şahin and Perihan Şahin 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.<sup>39</sup>

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.<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> *Nejdet Sahin*, pars. 9–19.

<sup>40</sup> *Nejdet Sahin*, pars. 25–32.

<sup>41</sup> *Nejdet Sahin*, pars. 20–24.

<sup>42</sup> *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”.<sup>43</sup> 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.<sup>44</sup> 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.<sup>45</sup> 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”.

---

<sup>43</sup> *Nejdet Sahin*, par. 35.

<sup>44</sup> *Nejdet Sahin*, pars. 49–58.

<sup>45</sup> *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”.<sup>46</sup>

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”.<sup>47</sup>

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”.<sup>48</sup> 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?

---

<sup>46</sup> Nejdet Sahin, pars. 67 and 71.

<sup>47</sup> Nejdet Sahin, pars. 79–80.

<sup>48</sup> Nejdet Sahin, pars. 86–88.



### 4.3. Grand Chamber Minority Position

The minority of judges sitting in the Grand Chamber dissented.<sup>49</sup> 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.<sup>50</sup>

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”.<sup>51</sup> 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.<sup>52</sup>

### 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

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

<sup>50</sup> Nejdet Sahin, Joint Dissenting Opinion, pars. 3.

<sup>51</sup> Nejdet Sahin, Joint Dissenting Opinion, pars. 6 and 11.

<sup>52</sup> Nejdet Sahin, Joint Dissenting Opinion, pars. 12–18.

applied” (Harris *et al.* 2018, 433).<sup>53</sup> 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

---

<sup>53</sup> 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.<sup>54</sup> 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.<sup>55</sup> 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".<sup>56</sup>

Another follow-up case was *Çelebi and Others v. Turkey*, a chamber case against Turkey in 2016, which concerned the consequences of an earthquake.<sup>57</sup> 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.<sup>58</sup>

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.<sup>59</sup>

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

<sup>55</sup> *Stoilkovska*, par. 38.

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

<sup>57</sup> 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).

<sup>58</sup> *Çelebi*, par. 52.

<sup>59</sup> *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.<sup>60</sup> 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.<sup>61</sup>

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.<sup>62</sup> 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

---

<sup>60</sup> Lupeni Greek Catholic Parish, pars. 12–34.

<sup>61</sup> Lupeni Greek Catholic Parish, pars. 64 and 76.

<sup>62</sup> 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*.<sup>63</sup>

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.<sup>64</sup> 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

<sup>63</sup> *Lupeni Greek Catholic Parish*, pars. 117–118.

<sup>64</sup> *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.







**Др Марко ПАВЛОВИЋ\***

## **УСТАВОТВОРСТВО ПРЕ 100 ГОДИНА: ШТАМПА ПРЕМА ВИДОВДАНСКОМ УСТАВУ**

*У чланку који се објављује поводом 100 година од доношења Видовданског устава, аутор се бави једним од кључних института овог документа – слободом штампе. На основу дискусија у Уставном одбору и пленуму Уставотворне скупштине, аутор закључује да су одредбе Видовданског устава о штампи, настале аутократизацијом одређених одредби Устава Србије од 1903. У чланку се нарочито анализирају ограничења штампе уведена „прелазним наређењима“ Видовданског устава, путем заобилазне цензуре и инкриминације „верског или племенског раздора или мржње против државе“.*

**Кључне речи:** Видовдански устав. – Устав Србије од 1903. – Слобода штампе. – Цензура. – Аутократизација.

### **1. ВЛАДИН НАЦРТ УСТАВА**

Приликом договора око Прводецембарског акта, којим је 1918. проглашено државно уједињење Срба, Хрвата и Словенаца, неки чланови делегације Народног већа из Загреба тражили су да се одмах на целу територију новопроглашене државе прошире лична права и поли-

---

\* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Србија, mpavlovic@jura.kg.ac.rs.

тичке слободе из Устава Србије од 1903 (Gligoriјевић 1966, 108, 109). У складу са овим, прва југословенска Влада, образована под председништвом Стојана Протића, на својој првој седници 22. децембра 1918, донела је закључак „да се грађанска и уставна права Краљевине Србије протегну на читав државни териториј“ (Šišić 1920, 292). Овај Владин закључак, као своју идеју, унео је регент Александар у Проглас од 24. децембра 1918: „Моја ће влада имати дужност да одмах примени на цело Краљевство Срба, Хрвата и Словенаца, сва права и слободе које до сада, по Уставу Краљевине Србије, уживају грађани Србије...“<sup>1</sup>

Када се 1920. ушло у уставотворни процес, стварањем више уставних нацрта, Србијин Устав од 1903, нарочито у погледу слободе штампе и других политичких слобода, био је незаобилазан узор. У том смислу, први југословенски уставописац Јосип Смодлака забележио је: „За општу подлогу моме нацрту узео сам Српски Устав од године 1903, сматрајући за потребно и корисно да се наше ново државно уређење ослони на демократске традиције Србије која је до уједињења, од свих наших области једина, живела слободним народним и пуним државним животом“ (Смодлака 1920, 4).

Нацрт устава Владе Николе Пашића, који ће послужити као основа за израду Видовданског устава,<sup>2</sup> прочитан у пленуму Уставотворне скупштине 25. јануара 1921, а потом послат Уставном одбору, знатно је одступао од србијанског узора. У Владином нацрту устава, питању штампе је био посвећен један члан (14) који је гласио: „Штампа је слободна у границама закона. Не може се установити цензура сем за време рата и мобилизације, нити каква друга превентивна мера, која спречава излажење, продају и растурање списа и новина. Новинама и другим штампаним стварима може се забранити растурање и продавање, ако садрже увреду Владаоца или чланова Краљевског Дома, или увреду страних државних поглавара, или непосредно или посредно позивање грађана да силом мењају Устав или земаљске законе, или ако изазивају верски или племенски раздор и мржњу против државе. За клевете и увреде учињене штампом приватним лицима одговарају: писац, издавач и штампар.“ Пашићев уставописац се делимично угледао на Устав Србије од 1903, а делимично на Нацрт устава Стојана Протића, бившег министра за Конститутанту.

<sup>1</sup> Моме народу Србима, Хрватима и Словенцима, *Службене новине Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца*, 28. јануар 1919.

<sup>2</sup> Устав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца од 28. јуна 1921, одмах по његовом изгласавању, назвао је Видовданским уставом председник Уставотворне скупштине др Иван Рибар (*Стенографске белешке* LXII редовни састаanak – 28. јун 1921. године, 5).

Прву критику одредби о штампи из Владиног нацрта устава, дао је баш Стојан Протић, налазећи да му је Пашићев уставописац „поквиарио“ Нацрт: „Владин предлог има свега један члан о штампи и у њему има ово: 1, он оставља забрану полицијску као и наш Устав од 1888. године; 2, он додаје још два случаја у којима се новине могу забранити“ – случајеви изазивања верског или племенског раздора и мржња против државе. Владиным нацртом, такође, предвиђало се да се „и цензура може установити за време рата, али не казујући ближе ко то може учинити: законодавац или извршна власт“.<sup>3</sup> С. Протић је, између осталог, напомињао да „већ одавно у парламентарним и демократским земљама полицијских, претходних забрана нема“. Затим, подсећао је да је приликом доношења Устава од 1888, који је са незнатним изменама постао Устав од 1903, Народна радикална странка била принуђена да пристане на изузетак у погледу слободног растурања и продавања новина, „поглавито из разлога спољне политике, кад нам је над главом стајала Аустрија, и због ондашњег владоца“. За одредбе Владиног нацрта, које су значиле погоршање положаја штампе, Протић је, остајући стари радикал, кривио Демократску странку: „И овде смо, дакле, код штампе отишли у назад уместо напред. Види се да је дружба с овом нашим тобожњом демократијом врло несрећна: она води право и систематски у реакцију“ (Протић 1921, 21–24).

Одредбе Владиног нацрта о „слободи штампе“ за опозицију у Уставном одбору представљале су негацију слободе штампе. Републиканац Јован Ђоновић је изјавио да „ако би остало по пројекту Устава владе г. Пашића и ако би законодавац продужио да ради по овако конзервативним индикацијама“, штампа би била „сведена на ниво обичне политичке слушкиње режима и новца“. Према мишљењу комунистичког посланика Животе Милојковића, „реакционарство владиног уставног пројекта достиже своју кулминациону тачку у члану 14, који треба да прецизира принципе слободне штампе“. Поводом прве одредбе члана о штампи, Милојковић је цитирао радикала Настаса Петровића по коме је израз „штампа је слободна у границама закона“ раван изразу „човек је слободан у оковима“. Др Анте Дулибић, шибенски адвокат, члан Југословенског клуба, рекао је да ова одредба значи „исто колико

<sup>3</sup> Стојан Протић је још ставио примедбу да Владин нацрт „одређује, у другом ставу свом, да за клевете и увреде штампом учињене *приватним лицима* одговарају писац, издавач и штампар!“ (Протић 1921, 21, 22). Као разлог за забрану (узапћење) новина, по уставима од 1888. и 1903. био је „позив грађана да устају на оружје“. У Протићевом Нацрту, који је преузео Пашићев уставописац, стајала је ова формулација: „Непосредно или посредно позивање грађана да силом мењају устав или земаљске законе“ (Протић 1920, 8).

рећи штампа је слободна и штампа није слободна“. Наиме, ако се „може једним законом дирати у слободу штампе онда треба установити начело, принцип којим ћемо се водити при доношењу закона о ограничењу штампе“. Милојковић је закључивао да према Владином нацрту „у нашој земљи неће више постојати слобода штампе“. То је произлазило не само из прве одредбе о штампи, него и из других одредби којима се изричу разна ограничења, од забране растурања и продаје новина ако садрже увреду владаоца, до посредног позивања грађана да силом мењају устав. Под режимом за штампу из Владиног нацрта, „у нашој земљи не би више могао да излази ни један једини опозициони лист“.<sup>4</sup>

Против Владиних одредби о штампи опозиција је подигла праве мале трактате о значају који је штампа имала за људско друштво уопште, и за државу Србију. Ђоновић је износио да „политичких и грађанских слобода нема тамо где нема слободне штампе“. Тамо где нема слободе штампе, нема ни „културног напретка народног“. Јер, штампа је поред школе „била један од најмоћнијих фактора“ друштвеног напретка. Она је „популаризовала науку“, она је „социјализовала знање, да је из људског друштва протерала масу заблуда и невоља, да је разголити-ла читаве војске деликвената...“. Штампа је „једина школа коју перманентно учи највећи део широких маса једног цивилизованог друштва“. Штампа може „изузетно учинити штете, било појединцима било друштву у опште“, ипак због тога „јој не морамо метнути омчу на врат. Пут за лечење штампе није задављивање. Нека би она понекад и учинила штету, зато што по правилу доноси користи, треба јој оставити што већу слободу. Јер, само у слободи развија се и штампа, као и личност“. Милојковић је напомињао „да је принцип слободне штампе један од најважнијих принципа демократије. Тај принцип је истакнут још у XVII веку и то од стране највећих и најславнијих духова земаљских“. Од тих „духова земаљских“ поменути су Спиноза, Милтон и Робеспјер са изреком да „слобода штампе мора бити безусловна и безгранична, или иначе не постоји“.

Било је посланика који су велики значај штампе изводили из искуства Краљевине Србије. Социјалдемократа Недељко Дивац је тврдио да „ако ико има искуства у томе шта значи слобода исказивања мисли усмено и писмено, то имамо ми, који смо се родили и одрасли у Србији“.

<sup>4</sup> Милојковић је тврдио да се рестриктивном одредбом о штампи из Владиног нацрта „у првом реду, иде за тим да се угуши комунистичка штампа. Једновременно с том тежњом иде се с тим да се угуше све друге штампе“ (*Рад Уставног одбора*, XVII седница – 23. фебруар 1921, 61). Кратак и врло сажет извештај о дискусијама о штампи у Уставном одбору донела је *Политика* 24. фебруара 1921. године, у тексту под називом „За слободу штампе“.

По Дивцу, Србијанци су у погледу штампе у својој новијој историји имали два периода: период владавине краљева Милана и Александра до 1903, и период владавине краља Петра. За време владавине Милана и Александра „код нас су све врсте политичких слобода биле сужене и биле су забрањиване. И ми смо ушли у један период тзв. широких политичких слобода и грађанских права тек од преврата који се десио 1903. године“. У првом периоду се „стајало на гледишту да слободну мисао треба држати у ковчегу“. У другом периоду је „изражавању мисли усмено и писмено дата потпуна слобода“. Народу је тада „остављено да слободно дише и да пусти својим осећањима на вољу, да слободно испарава и респирира“.<sup>5</sup> Земљораднички првак Михаило Аврамовић смаatraо је „да нема земље која је у другој половини 19. века и од почетка 20. века више дискутовала у своме парламенту о штампи него што је то наша земља била, него што је била Краљевина Србија“. Једно време у Србији су „први истакнути политички људи излазили са паролом: ‘мој би идеал био кад у уставу не би било више речи од три речи: штампа је у Србији слободна’“.<sup>6</sup>

## 2. ЧЛАН 13 И ПРЕЛАЗНА НАРЕЂЕЊА ЧЛАНА 138

Већ после три опозициона говора у Уставном одбору, повучен је члан о штампи из Владиног нацрта. Демократа др Томислав Томљеновић „у име демократске и у име радикалске групе“ поднео је предлог два нова члана о штампи који представљају одраз посебних прилика, односно опасности у којима се налази држава у стварању. Као пример за углед узети су прописи о штампи држава у стварању на тлу централне Евро-

---

<sup>5</sup> „Не заборавите – говорио је још Дивац – „ту фазу одсуства слобода и немања слобода ... и ону фазу која је дала толико полета и нашем националном и нашем државном животу, а то је фаза грађанских права од 1903. год. Једна нам је дала Сливницу, а друга нам је донела готово потпуно национално уједињење и ослобођење. Допустите, господо, народу да може да дише: дајте могућности осећањима народним увек да изађу у јавност да се она не би пригушивала, јер народ или ће слободно дисати или ће се угушити ...“ (*Рад Уставног одбора, XVII седница – 23. фебруар 1921, 70*).

<sup>6</sup> Аврамовић је још наводио да је штампа у Краљевини Србији „била дигнута на један висок ниво. На штампи су почели да раде интелигентнији људи на место оних недоучених или полу-учених људи. Они недужи, који су се некада у нашој штампи показивали, они су под знацима слободе и под гаранцијама слободе ишчезли. А што су пак ишчезли, по моме уверењу има да се благодари једино том факту што је штампа била слободна“ (*Рад Уставног одбора, XVII седница – 23. фебруар 1921, 69–71*).

пе: „И Устав чешки, и Устав пољски, и Устав немачки гарантују слободу својим држављанима дотле, докле виде, да им неће бити битни државни интереси угрожени. Оцењујући прилике, које су око и у тим државама које се данас стварају, оне сужују права и слободе утолико, да се то, што би иначе у Уставу било гарантовано, препуштају редовном законодавству да се модерније, да се слободније, да се напредније донесе, кад престану те погубељи, које су у држави и око државе.“

Нови предлог демократско-радикалске уставотворне коалиције разликовао се „од предложеног по владином нацрту члана 14“ – будућег чл. 13 Устава, у два правца. На почетку члана испуштена је клаузула „у границама закона“ којом би се „слобода штампе ограничавала“. Затим, нека ограничења слободе штампе пренета су у прелазна наређења, с тим да трају онолико колико буду трајале посебне прилике у којима се држава у стварању налази и да се могу укинути законом „чим би прилике допустиле“. Брисање одреднице „у границама закона“ тешко је пало министру правде Марку Ђуричићу. Он је примећивао да „кад једна Немачка социјалистичка држава може да каже у Уставу о штампи, да је штампа слободна у границама закона, и то тамо се сматра да је добро, овде код нас, ... тражи се да у Устав уђу најситнији и најмањи детаљи, и да тако потпуно обезбеде штампу како они мисле...“

Нови демократско-радикалски предлог чланова о штампи гласио је: „Штампа је слободна. Не може се установити никаква превентивна мера која спречава излагање, продају и растурање списа и новина. Цензура се може установити само за време рата или мобилизације и то за ствари законом унапред предвиђене. Забрањује се растурање и продавање новина или штампаних списа, који садрже: увреду Владаоца или чланова Краљевског Дома, страних државних поглавара, Народне Скупштине, непосредно позивање грађана да силом мењају Устав или земаљске законе, или садрже тешку повреду јавног морала. ... Све кривице штампом учињене судиће редовни суд.“

Према Томљеновићевом објашњењу, ограничења према новој редакцији члана о штампи била су минимална: „Све ове тачке биле су и раније у Уставу, нарочито увреда величанства, односно чланова краљевског дома.“ Одредба о уставној инкриминацији увреде страних државних поглавара задржана је с обзиром на историјске поуке из Србије о томе да су „увреде чланова страних владалачких кућа доводиле до немилых међународних сукоба“. Новина „Томљеновићеве“ редакције било је и то „да се попут владаоца, односно страних државних поглавара, заштити и Народно Представништво, а имаде надаље и ту новоту: да се истим начином сузбију списи, који садрже тешку повреду јавног морала“ .



Насупрот поротног суђења за штампарске кривице,<sup>7</sup> Томљеновић је указао на исправност одредбе о професионалним судијама: „Све кривице што су штампом учињене тако су истанчане нарави, да се до правде до пуне правде може да дође једино онда, ако те кривице просуђују и расуђују суци, који су образовани и који су дорасли расуђивању таквих заплетених случајева.“<sup>8</sup>

У члану 138 прелазних наређења, у који су пренети неки елементи из Владиног нацрта о штампи, стајало је: „Може се забранити излагање, односно растурање новина и штампаних списа, који изазивају: мржњу противу државе као целине, верски или племенски раздор, а тако исто и кад посредно позивају грађане да силом мењају Устав или земаљске законе, само ако се из написа очевидно види, да се њиме иде на тако позивање грађана. ... Када престане нарочита потреба ови се прописи могу укинути законом.“

За разлику од минималних ограничења у члану 13, у прелазним наређењима нашла су се ограничења која су наводно била нужна због „еминентне погибели“ која прети свакој новој држави, односно држави у стварању. Предложеним прелазним наређењима у члану 138 могло се приговорити да она „теже скучавају слободу штампе“. Томљеновић их је, пак, оправдавао тиме да су донета с намером да престану „чим престану оне погибели, које још данас не даду да се наша држава потпуно среди. Ми смо имали један аномалан случај у повести, где је близу 70% државне територије и пучанства присаједињено старој слободној држави, а ви сви добро знате да су прилике како су се развијале задњих година овде, донеле толико погибели за нашу државу да ми још данас нисмо свесни, хоће ли те прилике ускоро да се калмирају, а камоли да престану; и сем тога ми смо сви свесни да наша држава од давних давнина није могла да уопште настане у овом пространству, зато што смо били на путу небројеним нашим душманима. А кад овај светски догађај, који је омогућио да настане наша Краљевина на целом том пространству, није могао да избрише оне душмане који су столећима спречавали настанак те државе, јер се њихови интереси у том пространству битно косе са интересима нашим, и докле год смо свесни, да готово сви наши сусједи са очитим непријатељством раде против

<sup>7</sup> У Протићевом нацрту стајало је: „Кривице штампом учињене суди поротни суд, састављен од грађана и једнога државног судије“ (*Нацрт Устава*, 8). За поротно суђење залагао се и Народни клуб: „Кривице, штампом учињене, суди поротни суд, састављен од грађана и једног судије“ (чл. 33 Нацрта Устава Народног клуба); *Рад Уставног одбора*, XVII седница – 23. фебруар 1921, 75.

<sup>8</sup> *Ibid.*, 63.

наше државе не само из вана него настоје и изнутра да донесу нереда и немира“, постојаће и потреба „да држава има једно средство, којим ће сузбијати те инвективе против сређивања прилика у нашој држави“.<sup>9</sup>

Насупрот тези о неопходности ограничења штампе због „душмана“, Недељко Дивац је изнео тезу, поткрепљену примером Краљевине Србије, да је слободна штампа најбоље средство борбе против душмана. Према Дивцу, Србија „није имала ни једне године а да није била у тим ненормалним околностима, и она је баш била онда најјача и најсигурнија кад се сматрало да је сва унутра разривена и да нема никакве способности. То је било време од 1903. године па на овамо, кад је народу остављена пуна слобода“. Временом се увидело да „та слободна штампа и та политичка права, која су уживали грађани Србије не само да нису ослабила нашу животну снагу, него су је баш појачала“.<sup>10</sup>

Комунистички посланик др Живко Јовановић, поводом новог демократско-радикалског предлога о штампи, примећивао је да постоји једна законитост код позивања на стране узор. Када је владајућим партијама потребно да бране неку реакционарну меру, оне се позивају на примере културнијих и напреднијих земаља у Европи. Кад год се опозиција позове на то „да у осталим земљама постоји нешто напредније“, њој се из владајућих кругова одговара „ми смо мали, ми не можемо да идемо тако хитајући за осталим земљама које су на већем степену културе и развијености“. Следствено, Јовановић је владајућој већини поручио: „Господо, у колико се нећемо угледати на напредније ствари, нећемо се угледати ни на реакционарне, или кад се већ угледамо на реакционарне угледајмо се и на напредније...“<sup>11</sup>

Др Сима Марковић, председник Комунистичког клуба, иначе доктор математике и један од најбољих говорника, у новој демократско-радикалској редакцији одредби о штампи видео је само један „политички трик“. Наиме, други став члана 14 Владиног нацрта устава изостављен је и пренет у прелазна наређења. Тиме се „у суштини ништа није изменило“. Поводом овог маневра са новом редакцијом чланова о штампи Марковић је дао специфичан предлог: „Да се унесе

<sup>9</sup> Рад Уставног одбора, XVII седница – 23. фебруар 1921, 64.

<sup>10</sup> Сличну мисао касније ће изнети проф. Михаило Илић. Пошто је дао анализу шестојануарског Закона (од 1929), као закона за „угушивање мисли“, он је указао на то да је пред Први светски рат слободном штампом у Србији била уздигнута морална снага „која је омогућавала народу победу над спољним непријатељем“ (Павловић 2000, 266).

<sup>11</sup> Рад Уставног одбора, XVII седница – 23. фебруар 1921, 65.

у Устав ‘слободна штампа не постоји’, – а да се у прелазном наређењу каже: ‘штампа је слободна’. Ми бисмо пристали на то. Јер су прелазна наређења много важнија ...”<sup>12</sup>

### 3. ПИТАЊЕ ЦЕНЗУРЕ

Одредба о законом регулисаној цензури за време рата и мобилизације унета је према примедбама опозиције. Јован Ђонових је износио да у Уставу треба нагласити да ће се цензура за време рата и мобилизације „вршити по законима“. Он је подсећао да је цензура „злоупотребљавана за време рата, и то највише стога што није било ниједног закона који би регулисао начин на који се она изводи“. Сима Марковић је сматрао да је потребно „да се у Уставу нагласи да цензура ни у ком случају, ни за време рата, ни за време мобилизације не сме бити политичка“. Било је „донекле разумљиво да се не допушта да се пише о размештању војске, о кретању војске, али ни у ком случају не може се допустити да и за време рата и за време мобилизације народ нема никаква права да говори о политици владиној, у тим најсудбоноснијим моментима који се тичу живота самога народа“. Марковић је указивао на то да су Србијанци имали „једно страшно искуство са том војном цензуром не само у току рата него и после рата. У току 1919. г. била је завладала једна тако дивља и варварска цензура која је непозната у историји света“. Марковић је наводио пример „радничких новина“ којима је цензура забрањивала употребу епитета црвени, али и помињање имена министра Прибићевића: „За време министровања господина Прибићевића ишло се толико далеко, да је г. Прибићевић прогласио себе за неприкосновеног, јер се о њему није могло у Радничким Новинама ништа да пише. Ми смо у Радничким Новинама често закачивали чак и Двор и Регента, али г. Прибићевића нисмо могли. Он је директно издао налог цензору да брише сваки напад против њега.“ Марковић је закључивао да ако се „извршној власти да право, да одређује обим цензуре“, онда ће се дешавати „да се уопште не може говорити о политици владе нити се могу нападати поједина конкретна акта каквога министра“.

Више посланика је тражило да се дефинише појам мобилизације. Ђонових је наводио да „треба правити разлику у појму мобилизације. Има мобилизација које не воде рату и које нису скопчане са ратом, а има их за којима иде рат. Зато је потребно тачно и јасно нагласити на

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, 67.

коју се врсту мобилизација мисли. Јер, ако је намерно употребљена реч мобилизација и ако се за њом не крије ратно стање, онда значи да је законодавац хтео да остави влади или једном режиму одрешене руке, да у једном моменту, кад му штампа постане опасна, да може метнути руке на њу“. Следствено, штампу „треба заштитити од политичких мобилизација. Потребно је, у овом случају, јасно означити да се мисли на општу мобилизацију, која је везана са ратом“.

Др Анте Дулибић је наводио могућност да се мобилизација нареди само у једном крају државе, па да се због делимичне мобилизације влади да „овлашћење да установи цензуру у целој држави. И онда би се могло догодити да би цензура остала као вечна државна институција, или би цензура увек претила као дамоклов мач над главом слободне штампе“.<sup>13</sup> Уставотворна већина није послушала опозицију да се у Устав унесе израз „општа мобилизација“, него је задржана реч мобилизација без ближег одређења.

Са питањем цензуре било је повезано питање типа одговорности за штампарске кривице. Србијански уставотворац је, поучен искуством колективне одговорности под Уставом од 1869,<sup>14</sup> Уставом од 1888, односно 1903. увео белгијски систем „каскадне и искључне“ одговорности: прво је одговарао писац, а ако он не би био познат, одговарао је уредник, па штампар, а ако ни овај не би био познат, одговарао је растурач. Видовдански уставотворац је одступио од свог србијанског узора. Видовданским уставом прописано је следеће: „За кривице штампом учињене одговарају: писац, уредник, штампар, издавач и растурач.“<sup>15</sup> Нарочитим законом о штампи одредиће се, кад ће и у којим

<sup>13</sup> Др Сима Марковић је такође напомињао да се „могу и парцијалне мобилизације врло често изводити па да се на рачун њих и поводом њих одмах и цензура изводи“ (*Пад Уставног одбора*, XVII седница – 23. фебруар 1921, 59, 60, 62, 66).

<sup>14</sup> Према Уставу из 1869, писац, уредник, издавач и штампар одговарали су „по општим прописима казненог законика“ о саучесништву. Уз то, „у пракси се узимало да је штампар више или мање увек саучесник, и то је донело собом цензуру штампара, која је била још тежа него цензура полиције. Необразован и преплашен, штампар је брисао и оне ствари које полиција не би избрисала“ (Јовановић 1990, 79, 80).

<sup>15</sup> Одредба о штампи Видовданског устава, којом се остављала могућност законског увођења колективне одговорности, изгледа да је настала угледањем на уставни Нацрт Стојана Протића, који је изричито предвидео колективну одговорност: „За написе у листу одговара писац или издавач, односно уредник, штампар или растуривач. На кривице штампом учињене примењују се прописи казненог законика о саучешћу“ (Протић 1920, 8). Остављајући по страни Протићеву грешку у употреби везника *или*, уместо *и*, Протићево

случајевима које од напред побројаних лица и на који начин одговарати за кривице штампом учињене. Све кривице штампом учињене судиће редовни судови“ (чл. 13 ст. 3). Опозиција у Уставотворној скупштини „јакo је критиковала ову одредбу. Она је тврдила да се њоме заводи колективна одговорност за кривице учињене путем штампе, тако да за сваку кривицу одговарају заједно и писац и уредник и штампар и издавач и растурач“.

Јован Ђонових је тврдио да увођењем колективне одговорности Влада „уништила је одредбу да новине и штампане ствари не подлежу превентивној цензури. Она је са колективном одговорношћу неминовно увела једну врсту цензуре. Држава је и до сада преко својих органа, забранама и судовима, посредно, вршила извесну цензуру штампе, а сада уместо те бирократске и посредне, уводи се нова, а то директна: цензура новца – капитала. Издавач ће контролисати писца, а штампар обојицу, пошто и он одговара за све врсте штампарских кривица. Тим начином добили смо двогубу и одвратну врсту цензуре“.<sup>16</sup>

Од примедби опозиције, Влада се бранила износећи да није мислила на установљење колективне одговорности и „да је законодавцу оставила да он реши да ли ће задржати белгијски систем или ће место њега завести одговорност по општим прописима казног законика“. Влада је у белгијском систему налазила ту ману што се одговорност усредсређује на једно лице, док се ослобађају други који би учествовали у штампарском кривичном делу. То је сматрала противним општим прописима казног законика (Јовановић 1924, 446). Ипак, отпор опозиције приликом доношења уставне одредбе о одговорности за штампарске кривице накнадно је уродио плодом. Законом о штампи од 1925, задржан је белгијски систем одговорности, али је постојала могућност да „услед непосредног постицања“ писац, уредник, издавач, штампар и растурач одговарају као саучесници (Павловић 2005, 716; Тановић 1927, 20; Алимпић 1927, 619).

---

опредељење за колективну одговорност писца, издавача, уредника, штампара и растурача, било је несумњиво. Сам Протић је навео да по његовом Нацрту „за кривице штампом учињене вреде прописи казног закона о саучешћу као и у енглеском праву“ (Протић 1921, 23).

<sup>16</sup> Рад Уставног одбора, XVII седница – 23. фебруар 1921, 60.

#### 4. УВРЕДА НАРОДНЕ СКУПШТИНЕ И ВЕРЕ

Против уставне „инкриминације“ увреде Народне скупштине изјаснио се др Иван Павичић, посланик Народног клуба (Хрватске заједнице). Он је пошао од тога да народно представништво није увек „прави израз народне воље“, па би се могло догодити да једна нелегитимна скупштина објави рат, а да је штампа због тога не сме критиковати: „Али ми знамо то, и не смемо се тим заваравати да Народно Представништво није било увек прави израз народне воље. Према томе, може се догодити, да Народно Представништво објави један рат, који не одговара правој жељи народној, а међутим да се забрани да народ не сме о томе писати и да не сме то критиковати.“

Сакиб Коркут, посланик Југословенске муслиманске организације, није доводио у питање посебну заштиту народног представништва од „увреда штампе“ него је искористио ту заштиту да затражи и посебну уставну заштиту вере: „... кад се тражи заштита страних владара и Народног Представништва, да се у исто време може истаћи ту и заштита вере у томе правцу, да се она не може вређати“. Он је напоменуо да не тражи „да се не може повољно или неповољно писати о једној вери, него да се она не може вређати, да се такво вређање има забранити. На-лазим – говорио је Коркут – да код нас бар у Босни, где имамо три вере, да је бар за нас апсолутно потребна једна таква одредба“. На ову Коркутову примедбу одговорио је министар правде Марко Ђуричић: „Господа Муслимани изјавили су бојазан да се може у листовима уносити вређање вера, па су чак мислили да би требало за такав један деликт кад се појави у штампи, да се изврши заплена листа.“ Према министровом мишљењу, „то би далеко ишло да се због тога један лист заплемује. Вређање вера, нарочито признатих вера, где спада и муслиманска вера и по Закону Краљевине Србије вазда је било угрожено параграфом 207. кривичног закона по коме се вређање вера кажњавало законом до три месеца дана. Свакако да ће ова држава која сада има много држављана муслиманске вере обратити пажњу на религиозне мере и заштитити сваку веру од вређања“.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Рад Уставног одбора, XVII седница – 23. фебруар 1921, 74, 77.

## 5. „ВЕРСКИ ИЛИ ПЛЕМЕНСКИ РАЗДОР И МРЖЊА ПРОТИВ ДРЖАВЕ“

Одредба о изазивању верског или племенског раздора и мржње против државе била је једна од најкарактеристичнијих одредби која је опомињала на то да Видовдански устав садржи елеменат који од њега прави ауторитарни документ државне стеге и неслободе. Јован Ђоновић је говорио: „Члан 13 Устава огарантовао је, бар у извесној мери слободу штампе; с чланом 138 прелазних наређења штампу је учинио неслободном, он је сасвим угушио. Штампане ствари, према члану 138 прелазних наређења, забрањују се: *ако изазивају мржњу против државе или ако изазивају раздор племенски или верски*. Госпо- до моја, поред једне овакве одредбе о штампи, мени се чини, да се у овој земљи тешко шта може писати! Ако би неко писао против овакве државне организације, онда би се врло лако могло наћи да то изазива мржњу против државе. Ако би се утврдила нека грешка једне конфесије или се она мало оштрије напала, у том случају наћи ће се, да се распирују верске мржње. Ако би се, опет, у једном листу, у једном ча- сопису, у једној социолошкој расправи, утврдило нешто што не конве- нира једном племену, могла би се у напису пронаћи тежња да се развија племенска мржња, и публикација може бити забрањена.“<sup>18</sup>

Ђоновић је још, иронично, казивао да под режимом члана 138 штам- па би могла „писати о пољопривреди, па и то врло обазриво. Јер ако би на пример, хвалила или препоручивала једну пасмину коња или стоке из једне покрајине, упоређујући је са пасмином друге покрајине, могло би се растумачити као да и то распирује племенску или покрајинску мржњу! Могло би се писати о астрономији, наравно врло обазриво, јер ако би се тврдиле извесне истине, које су противречне са догмама које од многобројних вера у нашој држави, онда би се могло пронаћи да распирује верску мржњу! Могло би се сасвим опрезно писати о бе- лом свету, али што мање добро и што мање упоређујући са нашом земљом, да се не би схватило, да се тим намерно потпирује мржња или презирање према држави!“<sup>19</sup>

<sup>18</sup> „... А ко све то оцењује? Оцењују политичке или, боље рећи, полицијске власти! Па да је и донета оваква одредба, али да је бар остављено суду да он оцењује, могло би се рећи да ће штампа ипак бити колико толико заштићена. Не! Она је остављена на милост полицијским властима“ (*Стенографске белешке*, LXI редовни састанак – 27. јун 1921, 18).

<sup>19</sup> *Рад Уставног одбора*, XVII седница – 23. фебруар 1921, 60.

За Михаила Аврамовића одредба о мржњи против државе била је неприхватљива са становишта односа радничке партије и капиталистичке државе. Његова Земљорадничка странка је, по природи ствари, била незадовољна капиталистичким режимом, па мора да га критикује и тражи „социјално и економски праведнији поредак“. Земљорадничка странка мора да критикује „државну управу која свесно подржава поредак у коме се капиталу признаје све а раду ништа или раду мрвице дају, а капиталу приписује се све“. Ако би критика државне управе једне капиталистичке државе била забрањена, „онда би штампа била доста и врло скучена и онда би сам тај поредак изгубио врло много, ако не би допустио да се о њему каже све оно што се о њему мисли, ако не би допустио један извесни вентил за сигурност своју сопствену“. Речју, без слободне штампе којом се омогућава критика постојећег режима, сам режим би се лишио сигурносног вентила и себе довео у опасност од експлозије. Све у свему, „штампи треба дати што је могуће веће слободе, али напореда с тим треба омеђити одговорност штампе и омеђити јасно и тачно, а да се опет оно прво, слобода не уништи“. И Дивац је говорио о могућности експлозије, односно прскања у народу коме се гуши слобода штампе: ако власт буде покушавала да народу удари „гвоздене кврге његово ће осећање бити далеко јаче“ него што је снага власти да га окује, и на крају крајева би дошло оно што власт „баш не треба да жели, а то је прскање. Дајте један канал, добар канал, којим ће се кретати живот; дајте један добар правац“.<sup>20</sup>

## 6. СУДСКО РЕШЕЊЕ И НАКНАДА ШТЕТЕ

На тражење опозиције у Уставном одбору, у Устав је унета одредба о судском преиспитивању полицијске одлуке о забрани растурања новина, односно о узапћењу листа. Др Сима Марковић је ставио примедбу да се у Владином нацрту „ништа не говори о томе кад се забрани један спис, кад се забране новине шта треба после тога радити“. Решење за ту ситуацију налазило се у Уставу Србије од 1903, где је стајало „да је власт полицијска која забрањује новине дужна у року од 24 часа ту забрану спровести суду, који има да донесе дефинитивну извршну одлуку“. Марковић се питао „зашто је изостављена из овога Устава једна тако важна одредба која донекле гарантује слободу штампе. Ми у Србији, специјално у Београду имамо у томе погледу прилично утехе. Поред најреакционарнијих власти, ми имамо релативно врло добар суд. Ја

<sup>20</sup> *Ibid.*, 70, 72.



могу казати да од свих многобројних забрана које је полицијска власт по својој пакости, срдитој немоћи и из инстинкта класне мржње према нама вршила, градски суд није, ја могу то из искуства рећи, ни 5%, па и то је много тих полицијских забрана оснаживао. Дакле, ми у суду, нарочито у овом једном прилично либералном суду, имали смо одиста доста заштите против разбојничких напада београдске полиције“. Одмах после говора Симе Марковића, радикал Милорад Вујичић, са већ добијеном сагласношћу од министра за Конституанту, предложио је да се Томљеновићевој редакцији члана о штампи дода став из Устава од 1903. о томе шта се у случају полицијске забране ради: „Али и у тим случајевима, власт је дужна за 24 часа по извршењу забране спровести дело суду, а овај је дужан такође за 24 часа оснажити или поништити забрану.“<sup>21</sup>

Опозиција је још тражила да се за неосноване полицијске забране новина Уставом гарантује накнада штете. Сима Марковић је предлагао да „сву материјалну штету има да поднесе полицијска власт која врши забране мимо закона и против закона“. Сакиб Коркут је наводио да писац нема ништа од тога што би добио „разрешницу, кад је он изгубио две хиљаде круна за то, што је штампао један број, а полиција га узапти, и он тај број не може да прода, но једино може с њиме сир да завија“. Кад полиција више пута забрани лист, „а суд га стално разрешава“, у таквим случајевима новинама треба „дати накнаду, јер се тиме од стране управне власти иде систематски на то да се руинира штампа“.<sup>22</sup>

Накнадно, 18. маја, Уставни одбор је усвојио допуну одредбе о судском преиспитивању полицијске забране и о накнади штете. Ако суд у року од 24 сата не оснажи или не поништи забрану, „сматра се да је забрана дигнута. Редовни судови одлучују о накнади штете независно од судске одлуке о поништењу забране“.<sup>23</sup> И поред значајних измена и допуна одредби о штампи, које су по захтевима опозиције унете у Владин, односно Одборски нацрт, део опозиције је остао незадовољан. Тако, претпоследњег дана Уставотворне скупштине, Недељко Дивац је говорио: „Господо моја, на основу чл. 138 може се суспендовати цела штампа. (Гласови из центра: А судови?) Неко од госпode из владине већине додајује ми: а судови? Оставимо то питање о томе колико они могу спасти штампу кад се полиција противу ње окоми. Ми сви знамо

<sup>21</sup> *Рад Уставног одбора*, XVII седница – 23. фебруар 1921, 67; *Политика*, 24. фебруар 1921.

<sup>22</sup> *Рад Уставног одбора*, XVII седница – 23. фебруар 1921, 67, 73.

<sup>23</sup> *Рад Уставног одбора*, L седница – 18. мај 1921, 63; Канцелпараграф и штампа, *Политика*, 19. мај 1921.

колико ће вредати једном листу, нарочито једном дневном листу, кад он буде читав низ пута забрањен од полиције, докле му стигне судско решење о поништају те забране. Тај треба да се материјално сахрани и упропасти па да сачека да се правда задовољи.”<sup>24</sup>

## 7. СЛОБОДА УДРУЖИВАЊА, ЗБОРА И ДОГОВОРА

Уз питање слободе штампе ишло је и питање слободе удруживања и окупљања. У Владином нацрту Устава стајало је: „Грађани имају право удруживања, збора и договора у границама закона.“ У ових „неколико сувих речи“ опозиција је видела намеру уставотворца да материју удруживања и окупљања препусти законодавцу који би ова права сасвим сузио, скучио до укидања; док је штампа дефинисана као слободна, дотле се уз удруживање није помињао „ни придев ни именица ‘слободан и слобода’“. Опозиција је тражила да се у нови Устав унесу одредбе Устава Србије од 1903, и да се уз то политичка права удруживања, збора и договора још и прошире. Као минимум гаранција за право удруживања, Сима Марковић је тражио да се у Устав унесе одредба о томе да „ово право не може се подчинити никаквој превентивној мери. То смо имали и у ранијем Уставу, и ако бисмо изоставили овај додаток, онда право удруживања у ствари неће ни постојати. Врло је важно и то што нам нарочито искуство не само код нас /у Србији/ него особито и у оним покрајинама које су раније припадале Аустро-Угарској Монархији изричито налаже да овај став треба неизоставно примити“. Уз ово, тражено је „да свако удруживање има карактер правне личности. Тај случај данас није, нарочито није у крајевима који су раније припадали Аустро-Угарској Монархији. Свако удруживање литерарно, уметничко па и политичко треба да има карактер правне личности: да може стицати своје имање, да може имати свој посед и имати право на заштиту својине“.

У погледу права збора и договора, Сима Марковић се питао „зашто је изостављен онај минимум гаранције“ који је давао Устав од 1903, у члану 24. У нови устав требало је да се из Устава Србије пренесе одредба „да грађани имају право окупљати се мирно и без оружја у зборовима управљајући се при томе по закону. Ја не знам – говорио је Сима Марковић – шта је госпуду могло побудити да мењају овај члан и ову

<sup>24</sup> Извештај Уставног одбора Уставотворне скупштине о Нацрту устава и текст Устава, како је примљен у Уставном одбору, бр. 144, 5. април 1921, 23; *Стенографске белешке*, LXI редовни састанак – 27. јун 1921, 13, 14.

редакцију која је била врло добра у нашем ранијем Уставу. Исто тако неопходно је потребно – као што је у нашем ранијем Уставу – да се и у овоме Уставу нарочито нагласи да за држање збора у затвореном простору није потребна никаква пријава властима.“ Марковић је у име опозиције инсистирао на томе да у нови Устав уђе и то „да за зборове под ведрим небом треба учинити претходну пријаву на 24 сата. То је у духу законодавства и праксе, која је владала раније код нас“.

Одредба о пријави збора 24 часа пре одржавања налазила се у „Привременом уставу“ и Нацрту устава Земљорадничког клуба.<sup>25</sup> Уз одредбу о пријави 24 сата раније, опозиција је тражила да се предизборни зборови „које држе народни посланици ослободе свакога ограничења. То је демократска мера коју треба свакако усвојити“. Сима Марковић је наводио једну наредбу министра полиције Драшковића којом је комунистичким народним посланицима забрањено да држе било какве зборове, чиме су они били „лишени једне дужности, а не права, да својим бирачима, којима смо одговорни подносимо извештај о своме раду“. Због тога је требало да у устав уђу гаранције које би „онемогућиле и спречиле“ злоупотребе министра полиције.<sup>26</sup>

Посланици Владине већине усвојили су две Марковићеве примедбе, а две одбацили. У коначној редакцији, члан 14 о удруживању и окупљању гласио је: „Грађани имају право удруживања, збора и договора. Ближе одредбе о томе донеће закон. На зборове се не може долазити под оружјем. Зборови под ведрим небом морају се пријавити надлежној власти најмање 24 часа раније. Грађани имају право удруживати се у циљевима који нису по закону кажњиви.“ У Видовдански устав нису унете одредбе Устава од 1903. да „за држање збора у затвореном простору није потребна пријава власти“ и да право удруживања „не може се потчинити никаквој превентивној мери“.

<sup>25</sup> *Obzor*, 13. вељае 1919; *Предлог устава Земљорадничке странке*, чл. 14.

<sup>26</sup> *Рад Уставног одбора*, XVIII седница – 24. фебруар 1921, 79, 80. – Дивац је одао признање Народној радикалној странци захваљујући чијој борби су остварене политичке слободе: „Код нас ти поборници за удруживање и састајање, за слободу збора и договора били су радикали којима може то служити на част, али они прошли радикали, које је дао, створио Светозар Марковић.“ На упаницу Љубе Јовановића да су радикали борци за политичке слободе „и сада“, одговорио је упадицом Сима Марковић: „Сад сте се претворили у антипде.“ (*Рад Уставног одбора*, XVIII седница – 24. фебруар 1921, 81).

## 8. ЗАКЉУЧАК: АУТОКРАТИЗАЦИЈА СРБИЈАНСКИХ ТЕКОВИНА

Више посланика указивало је на то да су у Краљевини Србији остварени високи стандарди политичких слобода и да те стандарде никако не треба напуштати, него их треба унети у Устав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца. Недељко Дивац је говорио: „Наш је народ србијански, мислим само на србијански део нашега народа – он је васпитан у слободи и у правима, и једним великим делом може се објаснити то, што је он показао оволику способност и оволику отпорност у овом великом светском рату, тиме, што је преживео ако не велики, а оно бар скроман период под тим политичким слободама. Па зашто бисмо ми данас имали разлога, да се у том погледу враћамо натраг, кад смо ми већ имали једно добро искуство, да те слободе не само не штете него и користе народу.“<sup>27</sup>

Слично Дивцу, и Милосав Раичевић, бивши црногорски министар и радикал, тражио је да се уставотворци држе оствареног нивоа политичких слобода у Краљевини Србији. Скрећући пажњу на то да су се у Уставном одбору окупили „људи са разним менталитетима и са разним погледима“, Раичевић је износио: „Кад говори један посланик из Хрватске, он износи тешкоће, које су се њему десиле у томе крају. Кад бих ја говорио о приликама, ја бих онда износио оно, што се дешавало у Црној Гори. Али свакако приликом решавања ових питања ми морамо поћи са гледишта свести, до које је дошао народ у Србији. Ми не можемо сад уносити у Устав оне ствари, које су може бити биле тешкоћа у Србији пре 50 година или које су биле тешкоћа у другим покрајинама.“<sup>28</sup>

Неколико одредби о штампи из Устава Србије од 1903. није пренето у Видовдански устав. Биле су то ове одредбе: „Сваки Србин има право да у границама закона искаже своју мисао: говором, писмено, штам-

---

<sup>27</sup> Дивац је прекоревао Народну радикалну странку: „Радикали може бити неће имати толико потребе и немају потребе данас, не само да се боре за проширење политичких слобода, него вероватно чак имају разлога, да те политичке слободе сузе. То је сасвим и логично: радикална странка, некада еминентно сељачка, данас се претворила у једну капиталистичку странку, претежно капиталистичку, претежно буржоаску странку са свима њеним интересима, и зато она сада не жели да се овде политичке слободе проширују. Она, ако не може да их сузи данас, она сасвим природно тежи томе да их задржи у овим границама у којима су оне до сада постојале.“ Социјалистичка странка, односно раднички покрет пак траже шире политичке слободе (*Рад Уставног одбора*, XVIII седница – 24. фебруар 1921, 81).

<sup>28</sup> *Ibid.*, 87.

пом или у сликама.<sup>29</sup> ... За издавање новина није потребно претходно одобрење власти. Од писца, уредника, издаваоца или штампара неће се тражити никакво јемство (кауција). ... Штампа не може никад бити подвргнута административним опоменама.“ Скрећући пажњу да те одредбе недостају, Сима Марковић је нагласио да су оне постојале „у нашем Уставу“ и да га „чуди“ што није унета одредба о томе да за издавање новина није потребно претходно одобрење власти. „Тако исто – говорио је Марковић – треба нагласити да се од уредника, писца, издавача или штампара не може тражити јемство или кауција. Неким уставним одредбама треба ограничити законодавца“, да законодавац не би ограничавао слободу штампе.<sup>30</sup>

Слично Марковићу, Јован Ђоновић и његов „пријатељ г. Дивац“ су предложили „другу редакцију“ члана о штампи, „која ће много више одговарати потребама и народа и државе а тако исто много ће боље одговарати и овом новом демократском добу“. У Ђоновић-Дивчевом члану о штампи налазиле су се све одредбе о штампи из Устава Србије од 1903: „Сваки грађанин има право да у границама закона исказе своју мисао ...“

Институт слободе штампе, као и институти слободе удруживања и окупљања, у Видовданском уставу су израђени преузимањем одговарајућих одредби из Устава Краљевине Србије од 1903. У Владином уставном нацрту, као уставотворној основи, одредбе из Устава Србије од 1903. скраћиване су и допуњаване са циљем да се сузе политичке слободе, и то наводно у вишем државном интересу. Против оваквог метода израде одредби Видовданског устава – метода аутократизације – устали су представници готово свих опозиционих политичких група у Уставном одбору: комунисти, социјалисти, земљорадници, републиканци и представник Југословенског клуба. Они су хтели да буду брана аутократизацији, али у томе су имали само делимичног успеха. Одредбе Видовданског устава о штампи и другим политичким слободама представљале су углавном аутократизоване одредбе Устава Србије од 1903.

<sup>29</sup> Изгледа да је Владин уставописац имао у виду да је и карикатура слика, па се изостављањем начелне одредбе о слободи изражавања ослободио потребе да прави изузетак у погледу карикатуре. Јер, „објављивање карикатура Краља и чланова Његовог Дома сматра се као увреда“ (Алипић 1927, 620).

<sup>30</sup> *Рад Уставног одбора*, XVII седница – 23. фебруар 1921, 66.

## ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- [1] Алимпић, Душан. 1927. *Полицијски речник*, књига трећа. Београд: Издавачка књижарница Геце Кона.
- [2] Gligoriјевић, Branislav. 3–4/1966. O pokušaju da se oktroiše tzv. Privremeni ustav Kraljevine SHS 1919. *Jugoslovenski istorijski časopis*: 105–118.
- [3] Јовановић, Слободан. 1924. *Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*. Београд: Издавачка књижарница Геце Кона.
- [4] Јовановић, Слободан. 1990. *Влада Милана Обреновића*, део I. Београд: Београдски издавачко-графички завод – Југославија публик – Српска књижевна задруга.
- [5] Павловић, Марко. 2000. *Југословенска држава и право 1914–1941*. Крагујевац: Н. Павловић.
- [6] Павловић, Марко. 2005. *Српска правна историја*. Крагујевац: Н. Павловић.
- [7] *Obzor*. 1919. Ustav Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca. Четвртак 13. вељаке 1919.
- [8] *Политика*. 1921. 23, 24. фебруар, 19. мај, 27. јун 1921.
- [9] *Предлог устава Земљорадничке странке, Нацрт устава 1921: предлози, допуне, мишљења и примедбе на пројекат Видовданског устава*. 1921. Београд.
- [10] Протић, Стојан М. 1920. *Нацрт устава / Дефинитивни текст после дискусије са Комисијом / Са додатком: Нацрт устава израђен од Уставне комисије*. Београд: Издавачка књижарница Геце Кона.
- [11] Протић, Стојан М. 1921. *Владин предлог Устава / Једна критика*. Београд: Пантић и друг.
- [12] *Службене новине Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца*. 1919. 28. јануар 1919.
- [13] Смодлака, Јосип. 1920. *Нацрт Југословенског Устава*. Загреб – Београд: Хрватски штампарски завод.
- [14] *Стенографске белешке Уставотворне скупштине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*. 1921. Београд.
- [15] Šišić, Ferdo. 1920. *Dokumenti o postanku Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca 1914–1919*. Zagreb: Matica hrvatska.

- [16] *Рад Уставног одбора Уставотворне скупштине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*. 1921. Београд.
- [17] Tanović, Jusuf. 1927. *Pravni položaj građana prema Vidovdanskom Ustavu*. Sarajevo.
- [18] Устав за Краљевину Србију од 5. јуна 1903. 1903. *Зборник закона и уредаба 58*. Београд: Издање и штампа Краљевско-српске државне штампарије.

## **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.





**Др Ђорђе НИКОЛИЋ\***

## **ЗАКОНСКА ПРЕТПОСТАВКА КРИВИЦЕ У СРПСКОМ ОБЛИГАЦИОНОМ ПРАВУ**

*Субјективна неуговорна (деликтна) одговорност за штету условљена је штетом, узрочном везом и кривицом. Све те услове доказује оштећени (систем доказане кривице) јер се одговорност за штету не претпоставља. Али, постоји и оборива претпоставка кривице, којом се доказ непостојања кривице преваљује на штетника (систем претпостављене кривице).*

*Систем доказане кривице преовлађује, док је систем претпостављене кривице прихваћен у мањем броју законодавстава (раније совјетско и актуелно руско право, а затим и некадашње југословенско и актуелно право бивших југословенских република). Једино су редактори српског Преднацрта грађанског законика предложили враћање на систем доказане кривице.*

*У раду су најпре изложени историјски осврт на примену система доказане кривице и законска решења из југословенског права пре и после доношења Закона о облигационим односима, да би се, потом, критички анализирали систем доказане и систем претпостављене кривице. На крају рада је закључно разматрање у којем се, уз сумирање њихових особености, потенцирају предности система претпостављене кривице.*

**Кључне речи:** *Штета. – Неуговорна одговорност. – Доказана кривица. – Претпостављена кривица. – Терет доказивања.*

---

\* Ванредни професор у пензији, Правни факултет Универзитета у Нишу, Србија, [djlnikolic1@mts.rs](mailto:djlnikolic1@mts.rs).

## 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Субјективна одговорност за проузроковану штету настаје само ако се испуне сви законом прописани услови. То су: штета, узрочна веза између штете и штетниковог понашања и кривица, с тим што одговорност по основу кривице представља „велики напредак у историји цивилизације“ (Константиновић 1966, 331). Условљавањем одговорности штетника за проузроковану штету тим условима обезбеђује се слобода правних субјеката у њиховим активностима (Вуковић 1956, 179).<sup>1</sup> Зато се одговорност штетника за штету не може претпоставити (Вуковић 1956, 77)<sup>2</sup> јер би таква претпоставка озбиљно нарушавала ту слободу. Али, могућа је претпоставка кривице, којом се оштећени ослобађа њеног доказивања, тако што се оно преваљује на штетника. Ако је претпоставка кривице оборива (*praesumptio iuris tantum*), одговорност је и даље заснована на кривици јер таква претпоставка не мења суштину основа одговорности. Међутим, уколико се кривица не-обориво претпоставља (*praesumptio iuris et de iure*), не може се доказивати њено непостојање, што је исто као да се одговорност не заснива на кривици.

У области субјективне неуговорне (деликтне) одговорности оштећено лице, по правилу, осим осталих услова, треба да докаже и штетникову кривицу. Насупрот томе, у уговорној (контрактуелној) одговорности дужникова кривица се, по правилу, претпоставља, тако да он може да се ослободи одговорности ако обори претпоставку своје кривице. То није случај и са југословенским и српским Законом о облигационим односима јер се у њима не претпоставља кривица дужникова већ његова одговорност. У том смислу се изричито прописује да се дужник ослобађа одговорности за штету ако докаже да није могао да испуни своју обавезу, односно да је закаснио са испуњењем обавезе због околности које су настале после закључења уговора, а које није могао да спречи, отклони или избегне.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> У том смислу Михајло Вуковић (1956, 179) тврди: „Критериј доказане кривње је најшира гаранција за прометну слободу појединаца.“

<sup>2</sup> Супротно: Љубица Милутиновић (2010, 61) сматра да за штетника постоји оборива претпоставка одговорности.

<sup>3</sup> Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ* 29/78, 39/85, 45/89 – Одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ* 31/93 и *Службени лист СЦГ* 1/03 – Уставна повеља, чл. 263.

Поменута правила су усвојена у свим великим кодификацијама грађанског права. Међутим, у руским кодификацијама грађанског права, као и у грађанском законодавству већине бивших источноевропских социјалистичких земаља, одступило се од тих правила јер је претпоставка кривице била проширена и на неуговорну одговорност. Систем претпостављене кривице усвојен је и у актуелном Грађанском законнику Руске Федерације из 1994. године (ГЗ РФ)<sup>4</sup> и у законима о облигационим односима свих бивших југословенских република.

Проф. Константиновић се у својој Скици за Законик о облигацијама и уговорима од 1969. године (Скица проф. Константиновића), није угледао на решење из ондашњих кодификација социјалистичких земаља већ је за неуговорну одговорност очигледно имао у виду примену система доказане кривице, који је произлазио из традиционалног процесног начела да је оштећени, као тужилац, дужан да докаже све услове штетникове одговорности (Константиновић, чл. 123 ст. 1). Редактори југословенског ЗОО из 1978. године (југословенски ЗОО) одступили су од предлога из Скице проф. Константиновића јер су и за неуговорну одговорност предвидели систем претпостављене кривице.<sup>5</sup> Међутим, ослањајући се, пре свега, на решење из Скице проф. Константиновића, Комисија за припрему Грађанског законика Републике Србије, у објављеном Преднацрту грађанског законика Републике Србије, Општи део и облигациони односи<sup>6</sup> предложила је да се за неуговорну одговорност поново успостави систем доказане кривице,<sup>7</sup> иако је актуелни систем претпостављене кривице у судској пракси нормално функционисао преко 40 година, а у правној теорији се скоро и није доводио у питање.

Све то показује да постоји потреба да се проанализирају, упореде и оцене сви аргументи у вези са применом система доказане или претпостављене кривице код неуговорне одговорности. Циљ овог рада је да се, после истраживања заснованог на примени догматског, нормативног и аксиолошког, али и историјског и упоредног метода, предложи решење које би будућој кодификацији грађанског права Србије било најприкладније.

<sup>4</sup> *Гражданский кодекс Российской Федерации*, Части I, II и III, Кодексы Российской Федерации, Москва 2002, чл. 1064 ст. 2.

<sup>5</sup> Југословенски ЗОО, чл. 154 ст. 1.

<sup>6</sup> Чл. 286 ст. 1 Преднацрт грађанског законика Републике Србије, Општи део и облигациони односи (Друга верзија – радни текст) – Преднацрт ГЗ РС, *Бранич* 3/2018, Београд, мај–јун 2019.

<sup>7</sup> Преднацрт ГЗ РС, чл. 286 ст. 1.

## 2. ИСТОРИЈСКИ ОСВРТ

Као и претпоставке потребне за настанак субјективних права уопште, тако и претпоставке неопходне за настанак права на накнаду штете треба да буду доказиве. Субјективна права често се остварују против воље других лица и зато онај који се позива на своје право може да га у таквом случају оствари само ако суду пружи несумњиве доказе о постојању чињеница из којих изводи своје право. Доказ је, дакле, пратилац права, а у односу на остварење права његов нужан корелат (Јакшић 1962, 248). Према томе, свако ко тврди да има неко субјективно грађанско право мора, уколико је оно спорно, у поступку његовог остварења, то право и да докаже. Приликом утврђивања постојања одређеног права, његов ималац доказује све претпоставке које су потребне за његов настанак. То важи и за остваривање права на накнаду штете, с тим што преовлађује правило да за неуговорну (деликтну) одговорност оштећени доказује све њене услове, укључујући и штетникову кривицу (систем доказане кривице),<sup>8</sup> док се у случају уговорне одговорности претпоставља дужникова кривица за штету проузроковану повредом уговорне односно претходно преузете или настале обавезе.<sup>9</sup> Дужник може да се ослободи одговорности ако докаже да није крив,<sup>10</sup> то јест ако обори претпоставку своје кривице (систем претпостављене кривице). Све су то класична правила која изражава максима: „Кривица дужника се претпоставља, кривицу штетника треба доказати“ (Круљ 1959, 308; 1966, 71). Ипак, по угледу на југословенски 300, у свим бившим југословенским републикама претпоставља се дужникова одговорност за штету јер се прописује да се он ослобађа

<sup>8</sup> Аранђеловић (1921), § 1295 ст. 1 аустријског Грађанског закона – аустријски ГЗ; Верона (1970), § 823 немачког Грађанског закона – немачки ГЗ; Тороман, Аранђеловић (1976), чл. 41 швајцарског Закона о облигацијама – швајцарски 30.

<sup>9</sup> Аранђеловић (1921), § 1298 аустријског ГЗ; Верона (1970), § 282 немачког ГЗ; Тороман, Аранђеловић (1976), чл. 97 швајцарског 30.

<sup>10</sup> У том смислу се у чл. 97 ст. 1 швајцарског 30 (Тороман, Аранђеловић, 1976) прописује: „Када поверилац не може да постигне извршење обавезе или то може да учини само делимично, дужник је обавезан да накнади штету која одатле произађе, осим ако не докаже да му се не може приписати никаква кривица за то.“

такве одговорности ако докаже да није могао да испуни своју обавезу, односно да је заkasнио са испуњењем, због околности насталих после закључења уговора које није могао да спречи, отклони или избегне.<sup>11</sup>

Подела грађанскоправне одговорности на неуговорну и уговорну заснована је на дуалистичкој теорији, док се њој супротстављена монистичка теорија (теорија јединства кривице) тој подели противи. Међутим, иако на први поглед оштро супротстављене, одавно је примећено да ниједна од поменутих теорија није потпуно тачна, а да је друга нетачна, да ни обе теорије нису тачне и да ни обе нису нетачне, односно да се не може дати једна њихова искључива оцена (Перић 1953, 118). У том смислу је неспорно да између неуговорне и уговорне одговорности, нарочито ако се посматрају на једном вишем степену апстракције, постоје значајни заједнички елементи (неизвршење обавезе, штета, накнада штете, кривица),<sup>12</sup> као што и, ако се посматрају конкретна законска решења, између њих постоје и многе разлике (Круљ 1959, 302; 1966, 64).

Једна од разлика између неуговорне и уговорне одговорности јесте и разлика у доказивању кривице. За ту разлику поједини аутори сматрају да је толико значајна да је довољна да оправда разлику између неуговорне и уговорне одговорности и када друге разлике не би уопште постојале (Перић 1953, 110). Али, један мањи број правних писаца покушавао је да релативизује и оспори ту разлику навођењем случајева уговорне одговорности у којима се дужникова кривица доказује, као и случајева неуговорне одговорности у којима се кривица штетника претпоставља. У том смислу се наводи да је још Планиол (Planiol) приметио да се претпоставка кривице дужника односи само на позитивне обавезе, у које спадају обавезе давања (*dare*) и чињења

<sup>11</sup> Југословенски 300, чл. 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 и 29/18, у члану 208 прописује да обавеза престаје „кад њено испуњење постане немогуће због околности због којих дужник не одговара“; македонски Закон за облигациони односи, Редакцијски пречиштени текстови, *Службен весник на Република Македонија*, у члану 252 прописује: „Дужник се ослобађа одговорности за штету ако докаже да није могао да испуни своју обавезу, односно да је задоцнио са испуњењем обавезе због изванредних околности насталих после закључења уговора, које није могао да спречи, отклони или избегне (виша сила).“

<sup>12</sup> Круљ (1959, 304) указује на суштинско јединство грађанске одговорности у погледу њеног основа и циљева, док Перовић (1968, 5) наводи да постоје елементи који представљају заједнички именитељ за обе одговорности.

(*facere*), које се повређују негативним држањем, али не и на негативне обавезе, у које спадају обавезе нечињења или пропуштања (*non facere*), које се повређују позитивним радњама дужника (Перић 1953, 110–111; Круљ 1959, 71–72; 1966, 71–72; Јакшић 1962, 249–250; Стојан Цигој 1966, 271–272).<sup>13</sup> Код негативних обавеза поверилац сноси терет доказивања дужникове кривице јер се не може захтевати од дужника да доказује да није крив за нешто негативно, што не постоји (Перић 1953, 110–111; Круљ 1966, 72). Према томе, уместо доказа да је дужник повредио негативну обавезу, што је једна негативна чињеница, поверилац треба да докаже да је дужник извршио оно што му је уговором било забрањено, односно једну позитивну чињеницу.<sup>14</sup> С друге стране, да би се још јаче оспорила разлика између неуговорне и уговорне одговорности у погледу доказивања кривице, Перић, позивајући се на Нибоајеа (Niboyet), указује и на неке случајеве у којима се штетникова кривица претпоставља и у случају неуговорне одговорности.<sup>15</sup>

У оспоравању критеријума за ту поделу грађанскоправне одговорности, поједини аутори су приметили да ни све позитивне дужникове обавезе не подлежу правилу о пребацивању терета доказивања на дужника. Као илустрација таквог става наводи се подела уговорних обавеза на обавезе резултата и обавезе средства јер се правило о пребацивању терета доказивања на дужника примењује само на позитивне обавезе које имају и карактер обавеза резултата, што би значило да оно не важи за позитивне обавезе средства (Перић 1953, 111; Круљ 1959, 309; 1966, 73). У том смислу је и Борис Визнер (1978, 649) при-

<sup>13</sup> Cigoj (1972, 276) сматра да је терет доказа обрнут, тј. да се кривица претпоставља када су штете проузроковане пропуштањем, као и да, када је реч о штетама проузрокованих пропуштањем, нема разлике између уговорних и неуговорних обавеза.

<sup>14</sup> Доследно свом ставу о јединству кривице План, по наводу Круља (1959, 308 фн. 30; 1966, 72 фн. 27), сматра да не постоји разлика између уговорне и неуговорне одговорности у погледу терета доказивања јер позитивних и негативних обавеза има и код једне и код друге, тако да се исто правило примењује како у области уговорне, тако и у области деликтне одговорности. Међутим, с обзиром да позитивне обавезе преовлађују у уговорној, а негативне у деликтној одговорности, Планиол је закључио да поверилац никада не мора да доказује кривицу дужника, а да оштећени мора увек да доказује кривицу штетника.

<sup>15</sup> Нибоаје се позива на одредбе француског ГЗ које се односе на одговорност за ствари (чл. 1384 ст. 1) и на одговорност послодавца за своје запослене, родитеља за своју децу, учитеља и занатлије за своје ђаке и ученике у привреди, али и на штету коју проузрокују животиње (чл. 1385) и грађевине (чл. 1386).

метио да није тачна тврдња да, прописивањем претпоставке кривице, онај досадашњи чисто класични критеријум субјективне одговорности по основи доказане кривње уопште не постоји.

Неспорна су, дакле, извесна одступања и од правила да се кривица дужника код уговорне одговорности претпоставља и од превила да се кривица штетника код неугворне одговорности доказује. То упућује на закључак да долази до извесног преклапања између уговорне и неугворне одговорности у том смислу што се правило које важи за уговорну примењује и на неугворну одговорност и обрнуто. Међутим, очигледно је да то преплитање не поништава разлику између уговорне и неугворне одговорности у сношењу терета доказивања јер су позитивне обавезе далеко бројније и значајније од негативних (Перић 1953, 111; Круљ 1959, 309), као што су, и у подели позитивних обавеза на обавезе резултата и обавезе средства, далеко чешће и значајније обавезе резултата (Круљ 1959, 309; 1966, 73). Исто важи и за правило да оштећени доказује штетникову кривицу, које се, као опште правило, примењује на одговорност за своје радње, док се претпоставка штетникове кривице, као изузетак, посебно прописује само у појединим случајевима и то, пре свега, оним где се одговара за радње другог (Перић 1953, 111). У том смислу је и став да разлика између уговорне и неугворне одговорности у терету доказивања кривице у већини правних система није изгубила значај јер су у области уговорних односа најчешће позитивне обавезе, међу којима преовлађују обавезе резултата, тако да и терет доказивања, по правилу, пада на дужника, док у области деликтне одговорности тај терет, осим и изузетним случајевима, по правилу, пада на оштећеника (Круљ 1959, 309; 1966, 73).

Иначе, разлика између система доказане и система претпостављене кривице није само процесне природе (Вуковић 1956, 178; Бркић 1966, 252), односно није само питање субјективног терета сношења доказивања. Сваки од тих система настао је као израз посебних друштвених прилика, владајућег става о слободи појединаца и њиховом односу према друштву, схватања правичности и морала и потребе за ублажавањем различитих друштвених антагонизама (Вуковић 1956, 178).

### 3. ЈУГОСЛОВЕНСКО ПРАВО У ПЕРИОДУ ПРЕ И ПОСЛЕ ДОНОШЕЊА ЗАКОНА О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

У југословенском праву је, пре доношења 300, преовлађивао став да у случају неуговорне одговорности (Благојевић 1939, 294–295; Перић 1953, 110; Константиновић 1959, 179; Круљ 1959, 308, 321; 1966, 71), односно штета проузрокованих позитивним радњама (Круљ 1959, 321; 1966, 91; Јакшић 1962, 249; Сigoј 1972, 276), оштећени треба да докаже све услове такве одговорности, укључујући и штетникову кривицу. Такав систем је био условљен решењима садржаним у грађанским законима који су примењивани на одређеним правним подручјима Краљевине Југославије<sup>16</sup> и правним правилима из тих законика која су, у југословенској држави створеној после Другог светског рата, примењивана на основу Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације.<sup>17</sup>

Ипак, треба имати у виду да одредба из § 801 српског ГЗ није следила одговарајућу одредбу из § 1295 ст. 1 аустријског ОГЗ којом је прописано: „У сумњи важи претпоставка да је штета постала без кривице другога.“<sup>18</sup> Напротив, у § 801 српског ГЗ најпре се понавља одредба из његовог § 31, којим се прописује: „ко другоме штету причини дужан је за то накнаду дати“, а потом се посебно додаје: „од наплате учињене штете само ко онда ослободити може, ако докаже, да штета није његовом кривицом, но се случајно догодила“. Овим последњим правилом у српском ГЗ је недвосмислено и на општи начин био установљен принцип претпостављене штетникове кривице. Управо због тога српски ГЗ није из аустријског ОГЗ преузео ни одредбу којом се у случају уговорне одговорности установљава принцип претпостављене дужникове кривице.<sup>19</sup> Чини се, дакле, да се Јован Хаџић, редактор српског ГЗ, свесно определио за општи принцип претпостављене кривице. Део српске правне теорије подржао је такво решење (Аранђеловић 1923,

<sup>16</sup> Аранђеловић (1921), § 1295, ст. 1.

<sup>17</sup> *Службени лист ФНРЈ* 86 од 25. октобра 1946.

<sup>18</sup> Ипак, оштећеникова позиција у доказивању кривице олакшана је одредбом § 1297, по којој се претпоставља да је сваки разуман човек способан да буде у толиком степену марљив и пажљив колико то људи обичних способности могу да постигну.

<sup>19</sup> Аранђеловић (1921), § 1298: „Ко наводи да је у испуњењу своје уговорне или законске обавезе био спречен без своје кривице, тај треба то да докаже.“



23; Новаковић 1941, 201 и 203),<sup>20</sup> наводећи да је за оштећеног често врло тешко да докаже штетникову кривицу, због чега би и његово право на накнаду штете било неостварљиво (Аранђеловић 1923, 23). Уз то се наводи и да нема оправдања за различито поступање према дужнику, које би зависило од тога да ли дугује према правилима неугговорне или уговорне одговорности.<sup>21</sup> Због свега тога се не може прихватити став да су параграфи 31, 800 и 801 резултат неуспелог превода аустријског ОГЗ (Ачански 1983, 61) јер се њима заиста недвосмислено изражавало опредељење редактора српског ГЗ за општи принцип претпостављене кривице, који се, иако невешто срочен, односио на све случајеве одговорности за штету. Исто тако, не може се прихватити ни став да је пракса Касационог суда увек потврђивала закључак о неуспелом преводу јер је и према наводу аутора та пракса била подељена (Ачански 1980, 114–115).

У Предоснови Грађанског законика за Краљевину Југославију (Предоснова) из 1934. године преузета су решења из аустријског ОГЗ, тако да су и у њој били усвојени систем доказане кривице код неугговорне<sup>22</sup> и систем претпостављене кривице код уговорне одговорности.<sup>23</sup> Слично решење предложено је у Скици проф. Константиновића само за неугговорну,<sup>24</sup> док је уговорна одговорност значајно пооштрена.<sup>25</sup> Међутим, преокрет се догодио у завршној фази израде југословенског 300 јер је, установљавањем претпоставке штетникове кривице, и неугговорна одговорност пооштрена.<sup>26</sup> Та претпоставка је афирмисана и у судској пракси и у правној теорији, а доведена је у питање у објављеном Преднацрту ГЗ РС из 2019. године.<sup>27</sup>

<sup>20</sup> Караникић Мирић (2009, 946) сматра да је одредба из § 801 српског ГЗ „невешто срочена“, али не спори да се њоме уводи општа претпоставка штетникове кривице.

<sup>21</sup> У том смислу и Новаковић (1941, 200) наводи: „То би била ђуд без побуда, Законска бесмисленост.“

<sup>22</sup> Предоснова, § 1243: „У сумњи важи предмњева, да је штета постала без кривње другога.“

<sup>23</sup> Предоснова, § 1245: „Ко наводи, да у испуњењу своје уговорне или законске обавезности био спречен без своје кривње, тај треба то да докаже.“

<sup>24</sup> Скица, чл. 123 ст. 1: „Ко другоме проузрокује штету својом кривицом дужан је накнадити је.“

<sup>25</sup> Скица, чл. 208: „Дужник се ослобађа обавезе да накнади штету ако докаже да је био спречен да испуни своју обавезу неким случајем више силе, или којим другим страним узроком за који он не одговара.“

<sup>26</sup> Југословенски 300, чл. 154 ст. 1.

<sup>27</sup> Преднацрт ГЗ РС, чл. 295 ст. 1.

#### 4. СИСТЕМ ДОКАЗАНЕ КРИВИЦЕ

У систему доказане кривице, оштећени сноси терет доказивања штетникове кривице, али и осталих услова (штета и узрочна веза) који су неопходни за настанак права на накнаду штете. У том смислу се и прописује да у сумњи важи претпоставка да је штета настала без кривице другог,<sup>28</sup> што значи да штетник не одговара ако се његова кривица не докаже. Према томе, само уколико оштећени као тужилац, уз остале претпоставке, докаже и кривицу штетникову, суд ће наложити штетнику да надокнади штету. Насупрот оштећеном, штетник у парници нема шта да доказује, осим ако је прописано другачије, али може право оштећеног да оспорава.

Такав систем је, пре свега, у складу са сврхом и суштином права које, као средство усмерено на очување датог правног поретка, полази од непроменљивости друштвених односа (Ачански 1983, 60). У случају промене друштвених односа, страна која тврди да је настала промена, то јест обавеза за другу страну, мора то и да докаже, осим ако је постојање обавезе унапред утврђено, јер би у том случају обавезно лице морало да доказује разлоге њеног престанка. Из тога следи да у случају неуговорне одговорности оштећени мора да доказује скривљено понашање штетника, док у уговорној одговорности дужник мора да доказује да није крив у односу на разлог неизвршења већ постојеће обавезе (Ачански 1983, 60).

Веома чврст ослонац има систем доказане кривице и у општеприхваћеном принципу процесног права да терет доказивања лежи на тужиоцу,<sup>29</sup> односно да је на тужиоцу да докаже.<sup>30</sup> Тужилац је, дакле, тај који доказује чињенични основ своје тужбе одговарајућим доказним средствима, а на туженом је да оспорава наводе и доказе тужиоца. То је, иначе, смисао и суштина класичног расправног начела. У том смислу се и у Закону о парничном поступку Републике Србије прописује субјективни терет доказивања: „Странка је дужна да изнесе чињенице и предложи доказе на којима заснива свој захтев или којим оспорава наводе и доказе противника, у складу са овим чланом.”<sup>31</sup> „Ако суд

<sup>28</sup> Аранђеловић (1921), §1296.

<sup>29</sup> *Actori incumbit onus probandi*. (Sec. C. J. 4, 30, 10), Stojčević, Romac (1989, 50).

<sup>30</sup> *Actori incumbit probatio*. (Sec. C. J. 4, 30, 109), Stojčević, Romac (1989, 50); Грађански (1964, 4).

<sup>31</sup> Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник Републике Србије* 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020 – српски ЗПП, чл. 228.

на основу изведених доказа не може са сигурношћу да утврди неку чињеницу (чл. 8), о постојању чињенице примениће правила о терету доказивања<sup>32</sup> (објективни терет доказивања). Према тим правилима, странка која тврди да има неко право сноси терет доказивања чињенице која је битна за настанак или остваривање права, ако законом није другачије одређено, док странка која оспорава постојање неког права сноси терет доказивања чињенице која је спречила настанак или остваривање права или услед које је право престало да постоји, ако законом није другачије одређено.<sup>33</sup>

Систем доказане штетникове кривице је и непосредан израз установе самоопредељења правних субјеката, којом се веома прихватљиво изражава њихов положај, подједнако у циркулацији добара и одговорности за штету (Вуковић 1971, 168; 1966, 5). У области циркулације добара установа самоопредељења се изражава у слободи уговарања, док се код одговорности за штету она изражава у систему доказане кривице, по коме нико не може одговарати за штету док је не призна или док му се кривица не докаже (Вуковић 1966, 5). У таквом систему се не поставља општа дужност ненаношења штете другоме већ је свако дужан да сам пази на своја добра и на своје понашање (Ачански 1980, 32; 1983, 60). Ко тврди да је радњом другогa претрпео штету, мора доказати и његову кривицу (Ачански 1980, 32; 1983, 60).

У прилог система доказане кривице наводи се и то што човек, по правилу, не чини свесно противправну радњу и зато оштећени треба да докаже одступање од нормалног, то јест штетникову кривицу (Јакшић 1962, 249).

Систему доказане кривице погодновало је и раније југословенско процесно право, које се повољно одражавало на процесну позицију оштећеног. То се посебно односи на усвојену комбинацију истражног и расправног начела, која је суду давала водећу улогу у прикупљању и формирању процесног материјала. Приликом доказивања, оштећени није био препуштен самом себи, будући да је и суд своја настојања усмеравао у правцу рашчишћавања и истинитог утврђивања чињеница које су за одлуку биле важне (Machiedo 1966, 46–47).

Историјски посматрано, систем доказане кривице афирмисао се и одговарао капиталистичким производним односима у доба најлибералнијег капитализма, када је принцип самоодређења, односно слобода привређивања била скоро апсолутна и ограничена једино

<sup>32</sup> ЗПП, чл. 231 ст. 1.

<sup>33</sup> ЗПП, чл. 231 ст. 2 и 3.

економским законима тржишта (Ачански 1980, 32; 1983, 60), чиме се удовољавало и захтеву ранобуржоаског друштва за најширом слободом индивидуалних активности. Управо је тај систем, својим субјективизмом, најмање ограничавао слободу индивидуалних активности, односно обезбеђивао је њене најшире границе (Вуковић 1956, 179; Ачански 1980, 32; 1983, 60).

Систем доказане кривице у области неуговорне одговорности дошао је до пуног изражаја у свим буржоаским кодификацијама грађанског права, с тим што се, у виду изузетка, у свим тим кодификацијама, нарочито у појединим случајевима одговорности за другог, предвиђа и претпостављена кривица (Вуковић 1956, 182). Уз то, оштрина система доказане кривице је једном одредбом аустријског ОГЗ знатно ублажена.<sup>34</sup> У француском праву је, једном одлуком Касационог суда,<sup>35</sup> дато ново тумачење алинеје 1 члана 1384 француског ГЗ, којим је, уместо претпоставке кривице, установљена претпоставка одговорности онога ко у својој власти или под својим надзором има неку ствар или неко лице,<sup>36</sup> док се у немачком праву судска пракса служила доказним олакшицама у виду тзв. обртања терета доказивања (*Beweishastumkehr*), тако да је штетник стављан у позицију да у одређеним случајевима доказује да није крив.<sup>37</sup>

Интересантан је и став појединих аутора који су, залажући се за задржавање система доказане кривице, сматрали да су разлози који оправдавају примену система претпостављене кривице у деликтној одговорности великим делом отпали (Макиедо 1966, 46). Као разлог се наводи ширење објективне одговорности, због којег је систем претпостављене кривице губио значај јер се подручје његове примене сужавало (Макиедо, 1966, 46).<sup>38</sup> Чини се, ипак, да то није стварни ар-

<sup>34</sup> Одредбом § 1298 прописано је да се претпоставља да је сваки разуман појединац у стању да испољи опрезност и пажљивост човека просечних способности (Аранђеловић 1921).

<sup>35</sup> Cour de Cassation, Chambre civile, 16.06.1896, *Teffaine*, Dalloz Periodique 1897, 1, 433 conclusions Sarrut, note Saleilles, наведено према: Караникић Мирић (2009, 947 фн. 29).

<sup>36</sup> Караникић Мирић (2009, 947 и тамо наведена литература). У истој напомени се наводи да је након поменуте одлуке Касационог суда у француском праву прихваћена објективна одговорност.

<sup>37</sup> Неке доказне олакшице су 2013. године озакоњене у § 630h немачког ГЗ.

<sup>38</sup> И Караникић Мирић (2009, 955–956) сматра да се са појавом одговорности која се заснива на принципу *causae* искључује потреба за одговорношћу која би била заснована на претпостављеној кривици.

гумент против система претпостављене кривице јер објективна одговорност ни у чему није мењала правила субјективне одговорности за штету већ их је само допуњавала (Ачански 1980, 35).

У прилог система доказане кривице наводи се и опредељење Европске групе за одштетно право у Принципима европског одштетног права објављеним 2005. године (Караникић Мирић 2009, 948). У Принципима је предвиђена могућност да се терет доказивања кривице, односно њеног непостојања, пребаци на штетника ако његова делатност ствара повећану опасност штете.<sup>39</sup> У том случају суд би био овлашћен да претпостави штетникову кривицу (Караникић Мирић 2009, 948). Такво решење је, међутим, одавно превазиђено јер се у савременом праву, за штете проузроковане делатностима које стварају повећану опасност штете, у виду изузетка од општег правила или на општи начин, прописује одговорност која постоји независно од кривице.

С друге стране, систему доказане кривице приговара се да омогућује да се латентна супротност између друштва и појединаца, односно између друштвеног и појединачног интереса, развија преко граница нормале јер прекомерно подстиче човеково самоопредељење на терет друштва (Вуковић 1966, 5; 1971, 169). Тиме се ремети нормална супротност између друштва и појединаца, што успорава и прогрес друштва (Вуковић 1966, 5; 1971, 169). Отуда је претеран став да је тај аргумент, већ сам по себи, довољан да се систем доказане кривице елиминише из поретка (Вуковић 1966, 5; 1971, 169).

Систем доказане кривице погодан је за штетнике када се бране од одговорности за штету, а непогодан је за оштећене који траже да им се надокнади штета јер целокупан терет доказивања штетникове одговорности (Вуковић 1971, 161), као и сви случајеви недоказаних кривица, падају на оштећеног (Ачански 1983, 60). Он фаворизује штетнике, посебно капиталисте и предузетнике, којима се, на основу општеприхваћеног принципа ранобуржоаског права да је дозвољено све што није забрањено, обезбеђује најшира слобода индивидуалне активности (Ачански 1983, 60).

---

<sup>39</sup> 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, наведено према: Караникић Мирић (2009, 955–956).

Посебно се наглашава то што је доказ штетникове кривице често веома тежак (Аранђеловић 1923, 23; Вуковић 1956, 181; Ачански 1983, 65),<sup>40</sup> понекад непоуздан (Ачански 1983, 65), а у извесним случајевима и немогућ (Перић 1953, 110; Вуковић 1956, 179; Вуковић 1966, 6; Драгољуб Стојановић 1966, 17), што утиче на сужавање штетникове одговорности (Бркић 1966, 252) јер одговорности измичу сви непознати узроци штете (Перић 1953, 110; Ачански 1983, 60), односно све штете за које се кривица није могла доказати (Вуковић 1966, 6). У том смислу се и закључује да у борби против штета настају празнине, које се искључивом применом система доказане кривице не могу попунити (Вуковић 1966, 6; Јакшић 1962, 251).

Осим тога, том систему се приговара да представља кочницу за даљи напредак (Јакшић 1962, 251) и да утиче негативно на прогрес друштва јер не стимулише усавршавање производних средстава (Вуковић 1966, 7). Наиме, у систему доказане кривице, штетници-послодавци се боје само кривице која се може доказати, а не и саме штете, тако да се према квалитету производних средстава могу опходити и пасивно (Вуковић 1966, 7).

Због свих тих слабости, одавно је предложено напуштање система доказане кривице, с тим што се истиче да такво гледиште подржава и легислативна пракса која показује одумирање тог система. У том смислу је још почетком 19. века у аустријском ОГЗ био предвиђен 21 случај одсупања од система доказане кривице (Вуковић 1966, 8), а у појединим земљама се од тог система одступило и у области штета које потичу од опасних ствари и правних лица. Све то упућује на закључак да је систем доказане кривице пошао линијом одумирања и да је његова улога у борби против штета дотрајала (Вуковић 1966, 8).

## 5. СИСТЕМ ПРЕТПОСТАВЉЕНЕ КРИВИЦЕ

У систему претпостављене, као и у систему доказане кривице, захтевају се исти услови одговорности, с тим што се међусобно разликују само у доказивању кривице. Наиме, иако је кривица и даље

---

<sup>40</sup> Имајући у виду тежак положај оштећеног, Стојановић (1966, 17) закључује да „уместо да се оштећеном помогне када се нађе у ситуацији да претрпи штету, њему се намеће једна врло тешка обавеза, да докаже да је његов противник, кога у животу никада није видео, чије способности не познаје, а још мање познаје понашање, као и друге околности случаја, поступао са кривицом“.

остала један од услова штетникове одговорности, положај оштећеног је знатно олакшан (Вуковић 1956, 182)<sup>41</sup> јер се штетникова кривица претпоставља, тако да он сноси терет доказивања да за проузроковану штету не сноси кривицу. У том смислу одавно је био исказан став да и у вануговорним односима предност треба дати претпостављеној кривици (Јакаша 1977, 141).

Претпоставка штетникове кривице непосредно произлази из опште забране проузроковања штете другоме (*neminem leadere*), која се, по угледу на југословенски ЗОО,<sup>42</sup> репродукује и у Преднацрту ГЗ РС из 2019. године.<sup>43</sup> Из те забране заиста произлази да је свако проузроковање штете забрањено и да повлачи одговорност, с тим што би штетник могао да се ослободи одговорности ако докаже да је у конкретном случају поступао са одговарајућом пажњом. Међутим, упркос том принципијелном опредељењу, редактори Преднацрта ГЗ РС из 2019. године определили су се, тек на самом крају свог рада и без озбиљније аргументације, да напусте систем претпостављене и враћање на систем доказане кривице.

Принцип претпостављене кривице за неуговорну одговорност предвиђен је први пут у ГЗ РСФСР од 1922. године,<sup>44</sup> као прве земље која је започела изградњу нових социјалистичких односа, чију основу је представљала државна социјалистичка својина. Био је предвиђен и у мађарском ГЗ,<sup>45</sup> ОГЗГСП СССР,<sup>46</sup> односно ГЗ РСФСР из 1964.

<sup>41</sup> У том смислу и Караникић Мирић (2009, 942) констатује да оборива законска претпоставка штетникове кривице има за последицу олакшање материјалноправног и процесноправног положаја оштећеника.

<sup>42</sup> Југословенски ЗОО, чл. 16.

<sup>43</sup> Преднацрт ГЗ РС из 2019, чл. 13.

<sup>44</sup> *Гражданский кодекс РСФСР* (1922), Москва (1956, 112), чл. 403: „Онај који повреди личност или имовину другога обавезан је надокнадити проузроковану штету. Он се ослобађа ове одговорности ако докаже да није могао спречити штету, или да је био овлашћен на причињавање штете, или да је штета настала као последица намере или грубе непажње самог оштећеног.“

<sup>45</sup> Бетваи, Сингулински (1961, 86), § 339 ст. 1: „Лице које другом проузрокује штету својом противправном радњом дужно је да штету накнади. Он се ослобађа одговорности ако докаже да је у циљу отклањања штете предузео све што се у датој ситуацији уопште може очекивати.“

<sup>46</sup> Радишић (1963, 35), чл. 88 ст. 1 и 2: „Штету причињену личности или имовини грађанина, као и штету причињену организацији, накнађује у пуном обиму лице које је штету проузроковало. Штетник се ослобађа одговорности за накнаду штете уколико докаже да је штета настала без његове кривице.“

године,<sup>47</sup> као и у грађанским законима бивших источноевропских социјалистичких земаља.<sup>48</sup> Исти систем је усвојен и у актуелном ГЗ РФ<sup>49</sup> и у законима о облигационим односима свих бивших југословенских република.

Претпоставку штетникове кривице, која је била предвиђена ГЗ РСФСР из 1922. године, руска правна теорија образлагала је разлозима правичности према оштећеноме, као и општом тенденцијом тадашњег руско-совјетског права да се из њега елиминишу субјективни елементи (Аганков *et al.* 1948, 423). Међутим, када је у бившим социјалистичким земаљама основна својинска категорија постала социјалистичка (коллективна) државна или друштвена својина, у области грађанскоправне одговорности прописана је и општа дужност ненаношења штете другоме,<sup>50</sup> при чему се, према свему судећи, пре свега имала у виду веома изражена потреба за заштитом социјалистичке својине, која је прерасла у доминантан и најзначајнији својински облик.<sup>51</sup> С обзиром на то да је проузроковање штете представљало и повреду опште дужности ненаношења штете другоме, у грађанским законима бивших источноевропских социјалистичких земаља била је установљена и претпостављена кривица као општи основ одговорности.

<sup>47</sup> Радишић (1965, 109), чл. 444 ст. 1 и 2: „Штету причињену личности или имовини грађана, као и штету причињену организацији, накнађује у пуном обиму лице које је штету произело. Штетник се ослобађа одговорности за накнаду уколико докаже да је штета настала без његове кривице.“

<sup>48</sup> Мелоун (1965, 82), § 420 ст. 1 и 2; Супротно: Кних (1966, 88), чл. 415.

<sup>49</sup> *Гражданский кодекс Российской Федерации*, Части I, II и III, Кодекси Российской Федерации, Москва 2002, чл. 1064 ст. 2: „Лице које причини штету ослобађа се обавезе накнаде ако докаже да штета није причињена његовом кривицом. Законом се може предвидети накнада штете и у одсуству штетникове кривице.“

<sup>50</sup> У Пољској и Мађарској је била прописана уопштена дужност свих грађана да штите друштвену својину од штете која би на њој могла настати (Кних 1966, 36), чл. 127 § 1; Бетваи, Сигулински (1961, 43–44), § 175. У том смислу и Радишић (1963, 4), чл. 6 ст. 1. Забрану проузроковања штете садржао је и чехословачки ГЗ, у којем је било прописано да је свако лице дужно да поступа тако да не наступи штета на здрављу и на имовини и не дође до неоправдане имовинске користи на штету друштва или појединца (Мелоун 1965, 81), § 415.

<sup>51</sup> У том смислу Ачански (1983, 61) наводи да се опште правило о дужности ненаношења штете другоме поставља, пре свега, са циљем заштите социјалистичког начина производње.



Поједини аутори су у претпоставци штетникове кривице препознали тежњу да се њоме олакша положај оштећеника, односно да се терет ослобађања од одговорности пребаци на штетника (Цигој 1995, 316).<sup>52</sup> Претпоставком штетникове кривице његова одговорност за штету се проширује (Бркић 1966, 252), тако да је тај метод пребацивања терета доказивања са оштећеног на штетника, са гледишта материјалног права, несумњиво значио напредак (Стојановић 1966, 17). У прилог поменутом проширењу штетникове одговорности наводи се да је сасвим оправдано и да има дубоке разлоге јер је дошло време да се цео проблем обештећења решава на првом месту из аспекта заштите интереса оштећеног, а не штетника (Лоза 1966, 274). Опредељујући се за систем претпостављене кривице, Јакаша се пита зашто би оштећени, који трпи штету, морао да доказује да је штетник за ту штету крив (Јакаша 1979, 60), а Благојевић закључује да има више разлога да се од онога који је штету проузроковао тражи да докаже да није крив него да се од оштећеника тражи да доказује штетникову кривицу (Благојевић 1966, 305).

Предност система претпостављене кривице долази до изражаја и у остваривању функција одговорности. Неспорно је да се применом система претпостављене кривице појачава заштитна функција одговорности (Ачански 1980, 4; 1983, 64), која је њена најзначајнија, али и основна (примарна) функција (Ачански 1980, 4). Одштетна и казнена функција, као секундарне, примењују се тек уколико заштита не доведе или не може да доведе до жељеног резултата (Ачански 1980, 4).

На потребу пооштравања штетникове одговорности утицао је и одавно изражени став правне теорије да треба приближити субјективну и објективну одговорност како би између њих било што мање практичних разлика (Јакшић 1952, 427). То њихово приближавање било би остварено ако би се за установљивање кривице (онде где је она потребна) примењивао систем претпостављене кривице (Јакшић 1952, 427). У том смислу, исказан је и став да би систем одговорности по основу кривице био и много ефикаснији ако би се терет доказивања кривице пребацио са оштећеног на штетника (Царић 1966, 330). Претпоставку своје кривице штетник би много лакше могао да обара ако није крив

---

<sup>52</sup> И Слободан Перовић (2011, 74) сматра да је правило о претпостављеној кривици инспирисано, пре свега, „мотивом што веће заштите оштећеног и што већом тежњом за премештањем тежишта те заштите са кривице на интегралну заштиту“.

него што би оштећено лице могло да доказује штетникову кривицу,<sup>53</sup> што би свакако омогућавало да се у много већем обиму реализује и принцип правичности (Царић 1966, 330).

Принцип *actori incumbit probatio*, као и приговор процесуалне противуречности,<sup>54</sup> присталице система претпостављене кривице оспоравају ставом да питање сношења терета доказивања није из домена процесног већ из домена материјалног права, тако да треба да буде уређено у оквиру материје о накнади штете (Јакшић 1952, 427; Грађански 1964, 7; Милутиновић 2010, 54 и 64). Према томе, ако је облигационоправном нормом, као прописом материјалноправног карактера, прописано да се штетникова кривица претпоставља, онда се не примењује начело *actori incumbit probatio*. У том смислу и у српском ЗПП је прописано да странка која тврди да има неко право сноси терет доказивања чињенице која је битна за његов настанак или остваривање, ако законом није друкчије одређено.<sup>55</sup> Пошто југословенски ЗОО прописује претпоставку штетникове кривице, ту чињеницу оштећени не доказује, али штетник може доказивати да његова кривица не постоји (Ачански 1980, 188).

Интересантан је и Вуковићев став да систем доказане кривице прекомерно подстиче човеково самоопредељење на рачун друштва, што се може схватити и тако да систем доказане кривице фаворизује појединачне (приватне), а систем претпостављене кривице јавне (друштвене) интересе. То би био погрешан закључак јер се правним прописима првенствено штите јавни (општи) интереси, а путем њих посредно и приватни интереси. Тек приликом примене, односно вршења права, може се јавити сукоб између начина на који се право остварује и јавног интереса. То значи да не би била тачна тврдња да је претпоставка кривице у јавном, а претпоставка невиности у приватном интересу. Али, може се поставити питање да ли је у јавном интересу да се доказује или да се претпоставља кривица за накнаду штете, односно да ли је у јавном интересу да терет доказивања кривице буде на оштећеном или на штетнику.

<sup>53</sup> У старијој правној теорији се као главни разлог који говори у прилог усвајања система претпостављене кривице наводи тежина доказивања штетникове кривице од оштећеног (Аранђеловић 1923, 23; Vuković 1956, 181; Т. Ачански 1983, 65).

<sup>54</sup> Marton (1963, 1) сматра да би наметање обавезе туженоме да доказује да није крив значило исто као и кад би се код петиторне тужбе доказивање својине пребацило на туженога (држаоца) и кад би се у недостатку тог доказа својина признавала тужиоцу.

<sup>55</sup> Српски ЗПП, чл. 231 ст. 2.

Главни проблем у вези са кривицом је обична непажња, као доњи праг одговорности за штету (Орлић 2009, 197), на коју се и односи претпоставка кривице, док се груба непажња и намера, уколико се посебно захтевају, морају увек доказати. Претпоставка обичне непажње је, у ствари, чињеница за коју се не зна да ли је наступила, али се узима да јесте зато што је то случај по редовном току ствари и у јавном је интересу да постоји правна сигурност у њеном погледу.

Примена система доказане или система претпостављене кривице у пракси судова не изазива суштинску разлику. Непосредна последица претпостављене кривице јесте да суд самоиницијативно не разматра да ли је штетник поступао са потребном пажњом. Међутим, ако се његова кривица претпоставља, штетник ће је извесно скоро увек оспоравати, тако да ће оштећени морати додатно да је образлаже. С друге стране, ако се доказује кривица штетника, оштећени ће већ у тужби морати да је образложи и поткрепи доказима, а штетник ће се трудити да оспори његове наводе. Све то упућује на закључак да ће терет доказа бити подељен, то јест да ће и штетник и оштећени износити аргументе за и против постојања кривице и да ће суд кривицу најчешће морати да утврђује и образлаже како је утврдио своју одлуку. При томе, у опредељењу у вези са сношењем терета доказивања, опште је познато да је много лакше доказати постојање него непостојање неке чињенице. То значи да би оштећеном било много лакше да докаже да кривица постоји него штетнику да не постоји. Међутим, то није случај са обичном непажњом, која се своди на непостојање потребне пажње, јер је управо штетнику много лакше да докаже постојање потребне пажње него оштећеном њено непостојање. Управо је то и одлучан аргумент за претпоставку непажње штетника, чим се докажу штета и узрочна веза. Све то упућује на закључак да је аргумент да кривицу као основ одговорности не треба претпостављати много слабији од аргумената који оправдавају претпоставку кривице јер она штетнику намеће сразмерно лакши терет доказивања позитивне чињенице (потребне пажње) и ни у чему га не ограничава у процесној одбрани.

Претпоставка штетникове кривице није се, после доношења југословенског ЗОО, скоро уопште доводила у питање. Напротив, она је, подржана од правне теорије, добила верификацију и у судској пракси (Перовић 2011, 142). Једино је Перовић исказао извесне резерве, постављајући питање да ли је правилном о претпостављеној кривици Закон потпуно одговорио захтеву практичног живота и да ли су једнаком оптиком посматрани интереси и оштећеног и штетника (Перовић 2011, 142).

У вези са резервама које је исказао Перовић, како оном која се односи на захтеве практичног живота, тако и оном која се односи на једнако уважавање интереса и оштећеног и штетника, неопходна је, најпре, једна свеукупна анализа положаја оштећеног и штетника у облигационом односу који настаје проузроковањем штете другоме. Таква анализа недвосмислено показује да се оштећени, већ самим проузроковањем штете, ни крив ни дужан, доводи у далеко неповољнији положај (Ачански 1980, 200; 1983, 67), који се илуструје читавим низом озбиљних потешкоћа, нелагодности и издатака који га погађају.<sup>56</sup> Уз то, у систему доказане кривице оштећени сноси и целокупан терет доказивања. С друге стране, положај штетников, посебно у систему доказане кривице, неупоредиво је повољнији јер не сноси никакав терет доказивања, то јест нема шта да доказује, тако да након проузроковања штете може да буде и потпуно пасиван (Ачански 1983, 69; 1980, 197).

Ако се у том контексту посматра систем претпостављене кривице, онда је очигледно да он потпуно одговара захтевима практичног живота јер уважава реалност, то јест веома неповољан положај у који се оштећени доводи штетниковом радњом. Посебно је, са становишта захтева практичног живота, значајно и то што су штетнику најбоље познате све околности и чињенице у вези с проузроковањем штете (Јакаша 1979, 60; Ачански 1980, 201–203; 1983, 69), тако да много лакше може да обори претпоставку своје кривице, односно да докаже да је поступао онако како је у датим околностима требало, што је, иначе, један позитиван доказ,<sup>57</sup> него што би оштећени могао да докаже кривицу штетникову, то јест да се није понашао онако како је у датим околностима требало, што би био један доста непоуздан негативан доказ.

<sup>56</sup> Ачански (1983, 67): „Штета погађа његову имовину и он се први са њом суочава, по правилу без његовог деловања и мимо његових свести и воље. Он је одмах дужан да уложи одређене напоре у правцу њеног смањења и отклањања, док се коначно не реши питање накнаде. Остваривање права на накнаду скопчано је, такође, са низом даљих напора и неугодности, почев од испитивања узрока штете и прикупљања доказа, преко одабирања довољног узрока и области одговорности одређеног лица из које он потиче, обавештења одговорног лица о штети и постављања захтева, па све до тужбе суду, уколико до спора дође. Сам судски поступак везан је даље за неугодности друге врсте, као што су предујмљивање трошкова, неизвесност дужине трајања и коначног исхода поступка, могућност његовог даљег одуговлачења улагањем правних лекова и тако даље. Неугодности могу да се наставе и након правноснажне одлуке, кроз евентуални поступак извршења, па до немогућности остваривања санкције услед инсолвентности одговорног лица. Поред тога често је на крају остварена накнада само симболична.“

<sup>57</sup> Круљ (1967, 118) сматра да се „негативан доказ уопште, па према томе и доказ непостојања кривице, увек своди на позитиван доказ“.

Систем претпостављене кривице више погодује и захтеву практичног живота да судске одлуке буду засноване на што потпуније утврђеном чињеничном стању (Ачански 1983, 69), како равномерном расподелом терета доказивања, тако и укључивањем у доказивање одлучних чињеница и оштећеног и штетника. Тиме се остварује и начело контрадикторности судског поступка (Ачански 1983, 69). Уз то, за разлику од система доказане кривице који фаворизује интересе штетника, систем претпостављене кривице, због равномерног распоређивања терета доказивања, обезбеђује да се једнаком оптиком посматрају интереси обе стране.

У Србији је двоје наших уважених професора оспорило актуелни систем претпостављене кривице. Орлић је, у закључку свог чланка, полазећи од апстрактног поимања појма кривице, закључио да је, на основу чињенице да је проузроковао штету другоме, непотребно да се у систем субјективне деликтне одговорности уноси општа претпоставка о штетниковој кривици јер она, у оквирима материјалног грађанског права, мења карактер одговорности, а на плану процесног права ремети примену основног начела да тужилац треба да докаже све што тврди (Орлић 2009, 198).

У прилог ставу о промени карактера одговорности Орлић наводи да просуђивање *in apstracto* објективизује кривицу и да увођење претпоставке о кривици објективизује одговорност (Орлић 2009, 198; Караникић Мирић 2009, 957). За просуђивање кривице *in apstracto* уопште није спорно да је скоро општеприхваћен начин одређивања кривице у савременом праву и тако одређеним појмом кривице заиста се она у извесном смислу објективизује (Орлић 2009, 198; Караникић Мирић 2009, 957), с тим што кривица и даље остаје једна од неопходних претпоставки штетникове одговорности. Међутим, став да се увођењем претпоставке кривице, то јест само другачијим распоредом терета доказа, објективизује и сама одговорност, веома је проблематичан јер би то значило да се и у систему доказане кривице, у којем се кривица, такође, просуђује *in apstracto*, одговорност објективизује. Речју, пошто се кривица у оба система просуђује *in apstracto*, било би сасвим логично да се одговорност објективизује и у систему доказане кривице. Чини се, ипак, да се претпоставком штетникове кривице не објективизује његова одговорност јер одговорност чији основ представља кривица може бити само субјективна. С друге стране, не стоји ни Орлићева примедба да се претпоставком кривице ремети примена основног начела да тужилац треба да докаже све што тврди јер се у вези са поменутиим процесним начелом изричито прописује да је оно диспозитивног карак-

тера, тако да се примењује само ако законом није друкчије одређено.<sup>58</sup> Пошто је у српском праву прописана претпоставка штетникове кривице, очигледно је да је наш законодавац стао на становиште да она има своје пуно друштвено и правно оправдање.

И Караникић Мирић, полазећи од става да су потешкоће у доказивању кривице биле главни разлог за увођење законске претпоставке кривице штетника, наводи да су оне, пре свега, везане за њен субјективни карактер (Караникић Мирић 2009, 954).<sup>59</sup> То је, међутим, начин одређивања кривице који је у савременом грађанском праву напуштен, тако да се чини да та примедба није више актуелна. Уз то, она приговара да се забринутост због потешкоћа у доказивању кривице не протеже и на потешкоће које се могу јавити када треба доказати да нема кривице (Караникић Мирић 2009, 954), при чему се губи из вида да су штетнику најбоље познате све околности и чињенице у вези са проузроковањем штете и да он много лакше може да обори претпоставку своје кривице, односно да докаже да је поступао онако како је требало, што је, иначе, један позитиван доказ, него што би оштећени могао да докаже кривицу штетникову, то јест да се није понашао онако како је требало, што би био један доста непоуздан негативан доказ. Осим тога, у систему доказане кривице штетник не само што може да остане потпуно пасиван већ може и да прикрива или уништава доказе о својој кривици да би избегао своју одговорност. Караникић Мирић се осврнула и на могуће неправде због примене претпоставке кривице, на које је указао Ачански, и извела закључак да се идеја о општој законској претпоставци кривице заснива на уверењу да је боље наметнути одговорност и оне које није крив него допустити да оштећеник остане без накнаде (Караникић Мирић 2009, 955). Тај закључак је, према свему судећи, претеран јер је број таквих случајева сигурно занемарљив. Штавише, нама се чини да, управо у систему доказане кривице, број случајева у којима оштећени не успева да докаже штетникову кривицу, иако је овај крив, вишеструко превазилази број случајева у којима је, у систему претпостављене кривице, оштећени остварио право на накнаду штете и од штетника који није био крив. Ни приговор да је тежина доказивања једини разлог за претпоставку кривице и да, као такав, не може да стоји самостално (Караникић Мирић 2009, 955) није прихватљив јер су у овом делу рада управо потенциране вишеструке предности система претпостављене кривице.

<sup>58</sup> Чл. 231 ст. 2 српског ЗПП.

<sup>59</sup> Имајући у виду управо такав појам кривице, Круљ сматра (1959, 310; 1966, 75) да би она значила „претпоставку постојања како субјективних (умишљај или нехат), тако и објективних елемената (позитиван акт или пропуштање), као и да је тешкоћа обарања такве претпоставке о кривици очигледна.

Ипак, у једном свом каснијем раду Караникић Мирић је значајно ублажила изложено опредељење за враћање на систем доказане кривице јер је, ипак, оценила да основне установе грађанског права не треба олако мењати (Караникић Мирић 2019, 281) и да они који се залажу за промену треба за то да изнесу веома озбиљне разлоге (Караникић Мирић 2019, 281–282). Уз то, она увиђа и да би радикална промена законске одредбе која се примењује већ четири деценије имала и неке негативне последице. Због тога је, ипак, ближа ставу да радикалним променама основних установа облигационог права не треба прибегавати ако постојеће правило, као што је то случај са правилом о претпостављеној кривици, у пракси није стварало проблеме (Караникић Мирић, 282).

## 6. ЗАКЉУЧНО РАЗМАТРАЊЕ

Систем доказане кривице класично је правило које се репродукује у скоро свим кодификацијама грађанског и облигационог права. Израз је најлибералнијих идеја и најшире схваћеног начела самоопредељења појединаца, својствених ранобуржоаском друштву. Као систем који фаворизујући штетнике ремети нормалну равнотежу између друштва и појединаца, задржао се као владајући, уз бројна одступања, све до данас.

За систем претпостављене кривице карактеристично је да представља новију тековину правничке културе. Предвиђа се обично у виду бројних изузетака, а у много мањој мери као опште правило. Има несумњиве предности у односу на систем доказане кривице, од којих се посебно истичу: обезбеђење ефикаснијег остваривања свих функција грађанскоправне одговорности, једнако вредновање интереса оштећеног и штетника, равномеран и правичан распоред терета доказивања, уважавање веома неповољног положаја у који се оштећени доводи штетниковом радњом и доношење судских одлука на основу што потпуније и тачније утврђеног чињеничног стања. Уз све то, њиме се штетнику намеће сразмерно лакши терет доказивања позитивне чињенице (потребне пажње) и ни у чему га не ограничава у процесној одбрани.

Треба напоменути, бар у закључним напоменама, да југословенско и облигационо право свих бивших југословенских република прописују из сличних разлога и претпоставку узрочности у одговорности за опасне ствари и опасне делатности, али се она уопште не оспорава.

## ЛИТЕРАТУРА

- [1] Аганков, Братус, Генкин Серебровски-Шкундрин. 1948. *Совјетско грађанско право*, књига I, превод, Београд.
- [2] Аранђеловић, Драгољуб. 1921. *Превод Аустријског грађанског законика*. Београд.
- [3] Аранђеловић, Драгољуб. 1923. *О одговорности за накнаду штете (Објашњење главе XXX Грађанског законика)*. Београд.
- [4] Ачански, Тодор. 1980. *Претпостављена кривица као основ одговорности за штету према савезном Закону о облигационим односима*. Докторска дисертација. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.
- [5] Ачански, Тодор. 1–4/1983. Претпостављена кривица као општи основ одговорности за штету. *Анали Правног факултета у Београду* 31: 59–73.
- [6] Благојевић, Борислав Т. 1939. *Посебни део облигационог права – Уговори, једностранни правни послови, грађанскоправни деликти*. Београд: ИКП Геца Кон А.Д.
- [7] Благојевић, Борислав Т. 1966. Дискусија. 299–305. *Грађанска одговорност – Реферати и дискусија са Симпозијума одржаног 11. и 12. фебруара у Београду*. Редакција: С. Т. Аранђеловић. Београд.
- [8] Бркић, Милан. 1966. Дискусија. 249–252. *Грађанска одговорност – Реферати и дискусија са Симпозијума одржаног 11. и 12. фебруара 1966. године у Београду*. Редакција С. Т. Аранђеловић. Београд.
- [9] Верона, Алберт. 1970. *Немачки грађански законик – Општи део и облигационо право*. Београд.
- [10] Визнер, Борис. 1978. *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима. Књига I*, Загреб.
- [11] Вуковић, Михајло. 1956. *Обвезно право, Књига I, Увод, одговорност за штету и остале вануговорне обвезе*. Загреб.
- [12] Вуковић, Михајло. 5/1966. Редукција критерија одговорности за штету (Допринос легислативној политици). *Правни живот* 15: 3–14.
- [13] Вуковић, Михајло. 1971. *Одговорност за штете*. Загреб: Просвјета.
- [14] Грађански, Борислав. 1/1964. Терет доказивања у парници и наш Закон о парничном поступку. *Гласник адвокатске коморе у А. П. Војводини* 13: 1–12.



- [15] Гражданский кодекс РСФСР (1922). 1956. Москва.
- [16] Гражданский кодекс Российской Федерации. 2002. Части I, II и III. Кодекси Российской Федерации. Москва.
- [17] Ђетваи, Кароль, Ксенија Сигулински. 1961. *Грађански законик Мађарске Народне Републике*. Београд: Институт за упоредно право.
- [18] Јакаша, Бранко. 2–3/1977. Неколико погледа на темељ имовинскоправне одговорности. *Зборник правног факултета у Загребу* 109–143.
- [19] Јакаша, Бранко. 6/1979. Неколико питања темеља вануговорне одговорности у Закону о обвезним односима. *Наша законитост* 59–90.
- [20] Јакшић, Стеван. 4/1952. Основни принципи накнаде штете у нашем праву. *Архив за правне и друштвене науке* 67: 420–433.
- [21] Јакшић, Стеван. 1962. *Облигационо право. Општи дио*. Сарајево: ИП Веселин Маслеша.
- [22] Караникић Мирић, Марија. 11/2009. Претпоставка кривице – У грађанском праву. *Правни живот* 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] Константиновић, Михаило. 1959. *Облигационо право* (скрипта). Београд.
- [25] Константиновић, Михаило. 1966. Дискусија. 285–288. *Грађанска одговорност – Реферати и дискусија са Симпозијума одржаног 11. и 12. фебруара 1966. године у Београду*. Редакција: С. Т. Аранђеловић. Београд.
- [26] Константиновић, Михаило. 1969. *Облигације и уговори – Скица за законик о облигацијама и уговорима*. Београд: Правни факултет у Београду.
- [27] Круљ, Врлета. 1967. *Промењене околности и уговорна одговорност (немогућност испуњења, виша сила, clausula rebus sic stantibus)*. Београд: Институт за упоредно право.
- [28] Круљ, Врлета. 2–3/1959. Вануговорна (деликтна) и уговорна одговорност. *Архив за правне и друштвене науке* 16: 301–321.

- [29] Круљ, Врлета. 1966. Уговорна и вануговорна (деликтна) одговорност. 59–92. *Грађанска одговорност – Реферати и дискусија са Симпозијума одржаног 11. и 12. фебруара у Београду*. Редакција: С. Т. Аранђеловић.
- [30] Лоза, Богдан. 1966. Дискусија. 272–275. *Грађанска одговорност – Реферати и дискусија са Симпозијума одржаног 11. и 12. фебруара у Београду*. Редакција: С. Т. Аранђеловић. Београд.
- [31] Machiedo, Dimitar. 1966. Osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu. 31–57. *Грађанска одговорност – Реферати и дискусија са Симпозијума одржаног 11. и 12. фебруара 1966. године у Београду*. Редакција: С. Т. Аранђеловић, Београд.
- [32] Marton, Geza. 1963. Versuch eines einheitlichen Systems der zivilrechtlichen Haftung. *Архив за правне и друштвене науке* 15: 108–119.
- [33] Мелоун, Зденко. 1965. *Превод Грађанског законика Чехословачке Социјалистичке Републике од 1964. године*. Београд: Институт за упоредно право.
- [34] Милутиновић, Љубица. 2010. Терет доказивања у парницама за накнаду штете. *Обавезно осигурање, накнада штете и обезбеђење потраживања*, ур. З. Петровић. Београд.
- [35] Новаковић, Радивоје К. 1940. *Штета и њена накнада по Марселу Планиолу и осталим писцима*. Београд.
- [36] Орлић, Миодраг В. 1–2/2009. Есеј о кривици – у грађанском праву. *Правни живот* 58: 179–198.
- [37] Перић, Бошко К. 1–2/1953. О односу контрактуелне и деликтне одговорности. *Архив за правне и друштвене науке* 15: 108–119.
- [38] Перовић, Слободан. 4–5/1968. Накнада штете у светлу уговорне и деликтне одговорности. *Правни живот* 17: 3–16.
- [39] Перовић, Слободан. 2011. Предговор. *Закон о облигационим односима са Регистром појмова*. Београд: Службени гласник.
- [40] Радишић, Јаков. 1963. *Превод Основа грађанског законодавства и грађанског судског поступка СССР и савезних република*. Београд: Институт за упоредно право.
- [41] Радишић, Јаков. 1965. *Превод Грађанског законика РСФСР од 1964. године*. Београд: Институт за упоредно право.

- [42] Стојановић, Драгољуб. 1966. Основ одговорности у грађанском праву. 13–29. *Грађанска одговорност – Реферати и дискусија са Симпозијума одржаног 11. и 12. фебруара 1966. године у Београду*. Редакција: С. Т. Аранђеловић. Београд.
- [43] Stojčević, Dragomir, Ante Romac (1989). *Dicta et regulae iuris – Latinska pravna pravila, izreke i definicije sa prevodom i objašnjenjima*. Beograd: Savremena administracija.
- [44] Царић, Славко. 1966. Дискусија. 327–330. *Грађанска одговорност – Реферати и дискусија са Симпозијума одржаног 11. и 12. фебруара у Београду*. Редакција: С. Т. Аранђеловић. Београд.
- [45] Цигој, Стојан. 1966. Дискусија. 268–272. *Грађанска одговорност – Реферати и дискусија са Симпозијума одржаног 11. и 12. фебруара 1966. године у Београду*. Редакција: С. Т. Аранђеловић. Београд.
- [46] Цигој, Стојан. 1995. Члан 154. Основи одговорности. 302–325. *Коментар Закона о облигационим односима*, главни редактор Слободан Перовић. Београд: Савремена администрација.
- [47] Cigoj, Stojan. 1972. *Odškodinsko pravo Jugoslavije*. Ljubljana: Časopisni zavod uradni list SR Slovenije.

**Ђорђе 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.





УДК 28-747:336.7; 336.7:004

CERIF: S 123, S 141, S 180

DOI: 10.51204/Anali\_PFB\_U\_21204A

**Др Ахмедин ЛЕКПЕК\***

## **КРИПТОВАЛУТЕ У ИСЛАМСКОМ ФИНАНСИЈСКОМ СИСТЕМУ КРОЗ ПРИЗМУ ШЕРИЈАТСКОГ ПРАВА**

*Креирањем криптовалута отпочела је нова ера у еволуцији новца. У криптовалутном систему државе немају примат над монетарним токовима већ се он налази у рукама учесника у криптовалутном систему. Тиме је омогућена „демократизација“ новца, али су отворена и бројна питања која је неопходно разрешити како би се потпуно искористио потенцијал криптовалута. Међу њима се посебно истичу питања укључивања криптовалута у монетарну политику, рачуноводственог и пореског третмана криптовалута и спречавања потенцијалних злоупотреба. Шеријатски стручњаци се, пак, баве криптовалутама са аспекта њихове шеријатске ваљаности, у вези са чиме постоје следбеници доктрине о шеријатској неисправности криптовалута, с једне стране, и следбеници доктрине о шеријатској ваљаности криптовалута, с друге стране. У овом раду ћемо анализирати третман новца у исламском учењу и пракси, концепцију криптовалута, изазове њихове практичне примене и аргументе које у прилог свом ставу о шеријатској (не)исправности криптовалута износе шеријатски стручњаци.*

**Кључне речи:** *Исламске финансије. – Шеријат. – Новац. – Криптовалуте. – Блокчејн.*

---

\* Доцент, Департман за економске науке, Државни универзитет у Новом Пазару, Србија, [alekpek@np.ac.rs](mailto:alekpek@np.ac.rs).

## 1. УВОД

Током историје људске цивилизације, константно је унапређивана способност човека да генерише производне вишкове, који су били основа за настанак робне размене, а потом и креирање друштвених институција чије се функционисање финансира захватањем дела прихода од привреде (видети Nagarī 2015). Ефикасност размене роба и услуга условљена је постојањем новца, као општеприхваћеног средства плаћања приликом купопродаје роба и услуга (Mankiw 2021, 590). Новац се, уз бројеве и писмо, сматра основом за настанак и развој првих цивилизација (Ingham 2004, 3). Новцем се може сматрати свако средство које се званично користи за плаћање и обрачун пословних трансакција (Davies 2002, 29). Из тога се може закључити да новац служи као средство размене и обрачунска јединица, али и као чувар вредности (детаљније Mankiw 2021, 590–591).

Према критеријуму унутрашње вредности, постоје две врсте новца: *робни новац*, који поседује вредност независно од начина његове употребе, и *fiat новац*, који не поседује унутрашњу вредност и чија је употреба наметнута одлуком надлежних власти (Mankiw 2021, 591–592). Сматра се да су рудиментарни облици робног новца настали три хиљаде година пре нове ере, док је ковање металног новца започето у античкој Лидији шест стотина година пре нове ере (детаљније видети Davies 2002). Робни новац се јављао у виду разнолике имовине, попут „говеда, дувана, коже, крзна, маслиновог уља, пива или жестоких пића, робова или жена, бакра, гвожђа, злата, сребра, прстења, дијаманата, вмпумских перли или шкољки, огромних стена и знаменитости и цигарета“ (Samuelson, Scott 1966, 59). У другој половини 17. века настају прве централне банке, *Riksbank* у Шведској и *Bank of England* у Великој Британији, којима се препушта управљање монетарном политиком државе (Bordo 2007, 1). Оне су најпре понеле улогу гаранта да је емитовани новац заснован на одабраним племенитим металима, да би се у последњих неколико деценија та гаранција свела искључиво на обећање монетарних власти да емитовани новац заиста вреди и спремности грађана да у то обећање поверују.<sup>1</sup> У савременој привре-

<sup>1</sup> Иако је рубља била званична валута у Совјетском Савезу, током осамдесетих година 20. века Московљани су активније користили цигарете као средство плаћања (Mankiw 2021, 592).



ди *fiat* новац је потпуно истиснуо робни новац (Velde 1998, 2), чему у прилог говори чињеница да је златни стандард напуштен још пре пет деценија.<sup>2</sup>

Током 2008. године, у време распламсавања глобалне финансијске кризе, започета је нова ера у еволуцији новца. Те године је особа под псеудонимом *Сатоши Накамото* (Satoshi Nakamoto) написала чланак (видети Nakamoto 2008) у којем је елаборирана концепција криптовалуте *биткоин* (*bitcoin*), која је заснована на *блокчејн* (*blockchain*) систему. Тиме је започета револуција у монетарним финансијама јер се постојећој пракси централизованог управљања монетарним токовима супротставља концепција децентрализованог монетарног система којим управљају сами корисници криптовалута. Почетно одушевљење том концепцијом постепено су утишавала бројна правна, техничка, економска, али етичка питања примене криптовалута. Један од аспеката криптовалута којима се научна јавност бави јесте и њихова усклађеност са религијским принципима. У овом раду ћемо анализирати шеријатску прихватљивост криптовалута, представљајући исламско гледиште о новцу, дајући приказ основних карактеристика криптовалута и наводећи аргументе које у прилог својих ставова износе заступници доктрине о шеријатској неисправности криптовалута, с једне стране, и заступници доктрине о шеријатској ваљаности криптовалута, с друге стране.

## 2. КОНЦЕПЦИЈА НОВЦА У ИСЛАМУ

Између новца и религије је одувек постојала извесна повезаност, коју савремена наука углавном посматра са аспекта људске психологије (Davies 2002, 1). Велике религије су препознале друштвени значај новца, чему у прилог говори помињање новца, чак и појединих валута, у светим књигама. У Старом завету се о конкретним валутама говори најпре у Књизи о Јову,<sup>3</sup> где се помиње валута *кесит*, потом се у Књизи

<sup>2</sup> Сједињене Америчке Државе су се 1971. године одрекле златног стандарда, поставши тако последња држава која је то учинила.

<sup>3</sup> Стари завет, Књига о Јову 33:19.

о Езри<sup>4</sup> и Књизи о Нехемији<sup>5</sup> први пут помиње ковани новац под називима *адарконим*<sup>6</sup> и *даркемоним*,<sup>7</sup> док се у Новом завету<sup>8</sup> помиње ковани новац *Херода (Ирода) Првог* (Williamson 1894, 13, 14, 25, 43, 44).

У Кур'ану се, пак, помињу две врсте кованог новца, златни ковани новац под називом *динар* (Кур'ан 3:75) и сребрни ковани новац под називом *дирхем* (Кур'ан 12:20). Из чињеница да се као новац у Кур'ану искључиво помињу златне и сребрне кованице и да се *зекат* (zakat), као порез чије је плаћање обавеза свих пунолетних радно и материјално способних припадника ислама, обрачунава у злату и сребру, изродио се став појединих шеријатских стручњака да су злато и сребро једини шеријатски ваљани облици новца (Наџ, Али 2018, 5–6). С друге стране, исламски учењак *Ибн Тејмије* (Ibn Taymiyyah, 1263–1328) сматрао је да је „новац предмет који је договором његових корисника одређен као средство размене, чак и ако је направљен од парчета дрвета или камена“ (Virgana, Anwar 2018, 26). Тај став преовладава у савременом исламском праву, у којем се разликују две врсте новца: *Al-Thaman-ul-Khilqi'*, „природни новац“, односно робни новац, изграђен искључиво од злата или сребра, као материјала који имају унутрашњу вредност, и *Al-Thaman-ul-Istilahi*, „вештачки новац“, односно *fiat* новац, „чија је вредност успостављена општим договором, обичајем или традицијом“ (Zulkhibri 2019, 45).

Дакле, први услов који одређени предмет мора да испуни да би се сматрао новцем у складу са исламским правом јесте да је опште-прихваћен као средство размене, што може бити резултат договора међу његовима корисницима, али и законског наметања (Yuneline 2019, 216). Сем тога, новац мора имати одлике имовине (*mal*),<sup>9</sup> поседовати шеријатски признату вредност (*taqawwum*)<sup>10</sup> и сопствену монетарну вредност (*thamaniyyah*)<sup>11</sup> (Yuneline 2019, 210).

<sup>4</sup> Књига Јездрина у српском преводу Светог писма.

<sup>5</sup> Књига Немијина у српском преводу Светог писма.

<sup>6</sup> У српском преводу Светог писма наводи се као *дарик* (Књига Јездрина 8:27).

<sup>7</sup> У српском преводу Светог писма наводи се као *драхма* (Књига Немијина 7:70).

<sup>8</sup> Нови завет, Матеј 25:20.

<sup>9</sup> Имовином се може сматрати све оно „над чим се може успоставити власништво, што се може поседовати, складиштити и користити у случају потребе“ (Habib, Adekunle 2019, 244). Одлукама институција надлежних за питања исламског права (*Islamic Fiqh Academy of the Organization of Islamic Cooperation*) и рачуноводства и ревизије у исламским финансијским институцијама

Међу шеријатским стручњацима општеприхваћен је став да се новац не може сматрати обликом роба, па се самим тим не може, попут роба, позајмљивати и по том основу остваривати принос (Zulkhibri 2019, 43). Шеријатски је принцип да „новац сам по себи нема корисност“ (Usmani 2003, 97) нити има унутрашњу вредност (Yuneline 2019, 209). „Власник новца мора новац потрошити или уложити напор и рад да би извукао корист из новца“ (Yuneline 2019, 209). С друге стране, вредност новца „зависи од производне активности<sup>12</sup> која генерише вишак вредности“<sup>13</sup> (Yuneline 2019, 209).

Шеријат препознаје бројне друштвене аранжмане у којима је новац један од кључних елемената и чија реализација може бити *обавезна*, попут: зеката (*zakat*) – верског пореза који плаћају муслимани, џизје (*jizya*) – пореза који плаћају немуслимани у муслиманској држави, харача (*kharaj*) – земљишног пореза,<sup>14</sup> мехра (*mahar*) – венчаног дара који мушкарац даје жени приликом склапања брака, и дије (*diyyat*) – крварине; *дозвољена под одређеним условима*: сарф (*sarf*) – размена новца; и *забрањена*: сарика (*sariqa*) – крађа (наведено према Abdullah 2020, 2). Са привредног аспекта, посебно је значајан *сарф*, односно размена новца. Углавном се јавља у облику купопродаје валута (Windiausti, Athief 2019, 154). Шеријатски ваљана реализација *сарф* трансакција подразумева да буду испуњени следећи услови: дневна реализација трансакције (Abubakar, Ogunbado, Saidi 2018, 17) и власништво над валутама у тренутку договарања и реализације размене (Windiausti, Athief

---

(*Accounting and Auditing Organization of Islamic Financial Institutions*), нематеријална актива је, такође, добила статус имовине која задовољава претходно наведене критеријуме (Habib, Adekunle 2019, 248).

<sup>10</sup> Само предметима чију употребу Шеријат дозвољава (*mutaqawwam*) може се слободно трговати, па стога они поседују шеријатски признату вредност (*taqawwum*) (Habib, Adekunle 2019, 245).

<sup>11</sup> Тај стандард задовољавају предмети који могу послужити као општеприхваћено мерило вредности и обрачунска јединица (Yuneline 2019, 210).

<sup>12</sup> Шеријат дозвољава да се у производне и друге привредне активности улаже и путем куповине власничких удела у предузећима (детаљније видети Usmani 2003, 181–184), под условом да се она баве *халал* привредним делатностима (детаљније видети Ayub 2007, 199).

<sup>13</sup> Цитирани аутор (Yuneline 2019) као мерило успешности пословних подухвата употребљава недовољно прецизан и одређен израз *вишак вредности* (у оригиналу *surplus value*). У савременој економској науци исплативост улагања се преваходно мери оствареним приносима, чија висина треба да буде усклађена са преузетим ризиком и опортунитетним трошковима улагања.

<sup>14</sup> У Османском царству је све до 16. века реч *харач* преферирана у односу на реч *џизја* (Inalcik 1965, 2:562, наведено у Islahi 2009, 100).

2019, 154). Ти услови су наметнути с циљем да се у *сарф* трансакцији избегну појаве камате,<sup>15</sup> услед одлагања испоруке новца<sup>16</sup> и разлике између дневног и терминског курса (Chapra, Khan 2000, 81; Windiastuti, Athief 2019, 173), и валутне спекулације<sup>17</sup> јер је примарна сврха новца купопродаја добара и услуга, а не трговина самим новцем (Abubakar, Ogunbado, Saidi 2018, 17).

### 3. КРАТАК ПРИКАЗ КОНЦЕПЦИЈЕ КРИПТОВАЛУТА

У Меријем-Вебстеровом речнику (*Merriam-Webster dictionary*) наводи се да криптовалуте представљају „било који облик валуте који постоји само дигитално, који нема централно емисионо или регулаторно тело већ користи децентрализовани систем за евидентирање трансакција и управљање издавањем нових јединица и који се ослања на криптографију како би се спречили фалсификовање и преварантске трансакције“. За разлику од традиционалног монетарног система, којим управљају националне или наднационалне централизоване монетарне власти, у криптовалутном систему ствари стоје другачије (Farell 2015, 3). Контролори криптовалутног система, који је заснован на *блокчејн* моделу, јесу сами учесници у том систему, који се називају „копачима“ (*miners*). Они дају витални допринос функционисању тог система улагањем сопствених ресурса у виду електричне и рачунарске снаге у решавање алгоритама које им систем задаје (Mekić, Purković, Lekpek 2018, 29). Такође, они верификују све трансакције обављене у криптовалутном систему у који су укључени, чиме се штити веродостојност записа (*ledgers*) који сведоче о реализацији тих трансакција (Apte, Petrovsky 2016, 76). Мотив због којег се „копачи“ укључују у крип-

<sup>15</sup> Џон Мејнард Кејнс (Keynes (1936) 2012, 222) дефинише камату као разлику између терминске и дневне цене испоруке активе, без обзира на то да ли је у питању новац или роба. Шеријатски стручњаци прихватају ту дефиницију за новац, али не и за робу (детаљније Usmani 2003, 95–102).

<sup>16</sup> Према шеријатским прописима, новац се може размењивати искључиво промтно и у једнаким вредностима (детаљније Ayub 2007, 52).

<sup>17</sup> Поједини аутори (Chapra, Khan 2000) указују на то да, осим спекулативног, терминска размена новца има и изузетан хеџинг потенцијал. Они сматрају да се коришћењем терминске размене новца могу постићи два битна шеријатски прописана циља: елиминисање неприхватљиво високог ризика, који је у терминологији шеријатског права познат под називом *gharar* (*gharar*), и заштита иметка (*hifz al-māl*), што су довољни разлози да се преиспита став о шеријатској неусклађености терминске размене новца (наведено према Chapra, Khan 2000, 81–83).

товалутни систем јесу саме криптовалуте до којих долазе у процесу „копања“, односно решавања задатих алгоритама (Farell 2015, 5), Постоје два модела награђивања „копача“: према енергији утрошеној у процесу „копања“ и према броју криптоновчића које „копачи“ поседују (Davaranah, Kaufman, Pubellier 2015, 38; Farell 2015, 6; Kokina, Mancha, Pachamanova 2017, 93).

Многи појединци који припадају различитим друштвеним категоријама перципирају криптовалуте као атрактивну алтернативу традиционалним валутама (детаљније Caginalp 2019, 1067). Очекује се да ће тржиште криптовалута у периоду 2019–2026. достићи сложену годишњу стопу раста<sup>18</sup> од 30% (Facts and Factors 2021). Ти трендови указују на то да криптовалутно тржиште има потенцијал да постане изузетно значајан и утицајан сегмент глобалних финансијских тржишта. Тога су свесне и бројне државе. Неке од њих су себи дале искључиво регулаторну улогу и своју активност на криптовалутном тржишту свеле на забрањивање или одобравање употребе криптовалута на својој територији (Inshyn, Mohilevskiy, Drozd 2018, 173). С друге стране, постоје државе које су одлучиле да активније учествују на криптовалутном тржишту, креирајући сопствене криптовалуте у догледној будућности, попут Шведске, Јапана (Oh, Nguyen 2018, 51–52) и Русије (Smith 2019, 146). Ипак, креирањем криптовалутних система у којима би централну регулаторну улогу имала држава био би прекршен један од кључних принципа функционисања криптовалута, а то је децентрализованост криптовалутног система. Сходно томе, државе могу да креирају и емитују дигиталне верзије сопствених валута, али не и криптовалуте.

Постоје бројна питања која треба разрешити да би криптовалуте постале ваљана алтернатива традиционалним валутама. *Прво*, треба сагледати могућности укључивања криптовалутног система у постојећи национални или наднационални монетарни систем, како би се, уз пуно коришћење потенцијала криптовалута, водила ефикасна монетарна политика и остварила стабилност финансијског система (детаљније видети 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). *Друго*, треба створити механизме праћења и спречавања незаконитих трансакција, за чију реализацију криптовалутни систем пружа веома погодне услове (детаљније Caginalp 2019; DeVries 2016). *Треће*, још увек није разрешено питање рачуноводственог третмана (детаљније Raiborn, Sivitanides

<sup>18</sup> Рачуна се помоћу формуле:  $\left( \frac{\text{крајња вредност}}{\text{почетна вредност}} \right)^{\frac{1}{\text{број година}}} - 1$ .

2015; Sokolenko *et al.* 2019) и пореског третмана криптовалута<sup>19</sup> (детаљније DeVries 2016; Farell 2015), што је један од кључних пред-услова њиховог несметаног коришћења у свакодневном пословању.

#### 4. АНАЛИЗА ШЕРИЈАТСКЕ УСКЛАЂЕНОСТИ КРИПТОВАЛУТА

Криптовалуте су једно од најзначајнијих савремених економских питања са којима се шеријатски правници и исламски финансијски стручњаци сусрећу. С обзиром на раст њиховог значаја и заступљености у финансијским трансакцијама на глобалном нивоу, игнорисање тог питања могло би имати негативне последице по развој исламског финансијског система. У шеријатској финансијској доктрини издвојила су се два основна става према криптовалутама: један према коме су криптовалуте шеријатски неприхватљиве и други којим се не доводи у питање шеријатска исправност криптовалута.

Заступници става да су криптовалуте *харам*, односно шеријатски недозвољене, наводе бројне аргументе њему у прилог. *Прво*, криптовалуте не емитују законом успостављене и регулисане институције већ су њихови емитенти јавности непознати (Abubakar, Ogunbado, Saidi 2018, 19). Изостанак централне регулаторне институције може учеснике у криптовалутном систему изложити дејству *гарара* због ризика да поједине државе забране употребу криптовалута (Billah, Amadu 2019, 154) и чињенице да су криптовалутне трансакције интензивније оптерећене ризиком него регулисане традиционалне трансакције (детаљније Billah, Amadu 2019, 154–155). Појави *гарара* доприноси и изузетно нестабилна вредност криптовалута (Abubakar, Ogunbado, Saidi 2018, 16).

*Друго*, конзервативни шеријатски стручњаци сматрају да је шеријатски ваљан само новац који има унутрашњу вредност, што подразумева заснованост на злату или сребру, што није случај са криптовалутама (наведено према Abubakar, Ogunbado, Saidi 2018, 19). Њихово је мишљење да је новац који нема такву основу дугорочно неодржив (Меера 2018, 490). Шеријатска ваљаност криптовалута је проблематична и због тога што оне не поседују сопствену монетарну вредност (*thamaniyyah*), као једну од одлика шеријатски прихватљивог новца, јер је „и даље потребна вредност *fiat* валута за одређивање вредности

<sup>19</sup> Према одлуци Европског суда из 2015. године, на *биткои*н трансакције се не плаћа порез на додатну вредност (DeVries 2016, 5, 7).

криптовалута“ (Yuneline 2019, 218). Такође, криптовалуте још увек нису постале општеприхваћено средство плаћања, што је једна од кључних карактеристика „доброг новца“ (Habib, Adekunle 2019, 249).

*Треће*, процес „копања“, током којег се решавају алгоритми, садржи шеријатски забрањен елемент коцкања, тзв. *мејсир* (*maysir*). Решавање алгоритама и остваривање користи у виду добијања криптовалута више су резултат среће него уложеног напора и знања учесника у том процесу (Billah, Amadu 2019, 155–156). Купопродаја криптовалута је, такође, спекулативна активност (Abubakar, Ogunbado, Saidi 2018, 19), чији је *мејсир* иманентни део (Izhar, Gundogdu 2019, 110).

*Четврто*, функционисање криптовалутног система је нетранспарентно у погледу „прикупљања, управљања и дистрибуције средстава“ (Elasrag 2019, 13). Тиме је омогућено обављање законом забрањених трансакција, попут криминалних активности, прања новца и избегавања плаћања пореза (Abu-Bakar 2018, 17; Abubakar, Ogunbado, Saidi 2018, 17, 19; Billah, Amadu 2019, 159).

*Пето*, новац превасходно треба да служи као средство плаћања, док се криптовалуте углавном користе у спекулативне сврхе (Abu-Bakar 2018, 17; Abubakar, Ogunbado, Saidi 2018, 17, 19; El Amri, Mohammed 2019, 127).

*Шесто*, криптовалутни систем даје теоретску могућност да један учесник или група повезаних учесника у систему преузму контролу над 51% машина укључених у систем (Mekić, Purković, Lekpek 2018, 31–32), чиме би преузели контролу и над процесом решавања алгоритама и верификације криптовалутних трансакција (детаљније Sayeed, Marco-Gisbert 2019). На тај начин би стекли монополски положај у систему и значајно ограничили могућности осталих учесника да користе бенефите које учешће у криптовалутном систему иначе нуди (Billah, Amadu 2019, 157).

*Седмо*, ограничен квантитет емитованих криптовалута и значајни ресурси неопходни за успешно „копање“ чине да криптовалутни систем буде доступан само привилегованој мањини (El Amri, Mohammed 2019, 128).

Ипак, то што се поједини шеријатски стручњаци противе принципима функционисања актуелног криптовалутног система не значи да они одбацују саму концепцију криптовалута. Штавише, они промовишу идеју шеријатски прихватљивих, односно *халал* (*halal*) криптовалута. Да би криптовалутни систем био *халал*, потребно је да ентитет који управља системом буде регистрован и правно третиран као предузеће (Billah 2019а, 8). У том ентитету треба да постоји регулаторно тело у

виду шеријатског одбора, које би контролисало шеријатску исправност трансакција реализованих у том систему (Billah 2019a, 7). Пословни аранжмани који се реализују у *халал* криптовалутном систему морају бити засновани на исламским пословним уговорима (детаљније Billah 2019b, 224). Оператор *халал* криптовалутног система има обавезу да део својих прихода издвоји за плаћање верског пореза (*zakat*) (Billah 2019a, 8). Да би се учесници у *халал* криптовалутном систему заштитили од дејства ризика, у систем је неопходно укључити исламски модел осигурања, познат као *текафул* (*takaful*) (Billah 2019a, 8). *Халал* криптовалуте морају бити засноване на шеријатски прихватљивој активи (Billah 2019b, 226).

Тај услов испуњава криптовалута *OneGram*, чији један новчић (*coin*) представља један грам злата (Ferdiansyah *et al.* 2019, 181). Ипак, вредност те криптовалуте не зависи само од тржишне вредности злата већ и од трансакционих трошкова куповине злата и економске вредности условљене тржишном тражњом (Ferdiansyah *et al.* 2019, 181–182). Провизије на *OneGram* трансакције се крећу од 1% до једног новчића и распоређују се на следећи начин: 70% се реинвестира у злато, 25% се улаже у функционисање и развој система и по 2,5% се исплаћује „копачима“ и даје у хуманитарне сврхе (*OneGram Whitepaper*).

Следбеници доктрине о шеријатској ваљаности криптовалута, пак, својим опонентима спочитавају непринципијелност. Они примећују да није било „интензивне расправе“ о томе да ли су *fiat* валуте *халал* већ су оне прихваћене као шеријатски исправне по аутоматизму, али се зато подробно анализира шеријатска исправност криптовалута (наведено према Kakkattil 2019, 58). Такође, наводе да многи аргументи који се износе у прилог шеријатске забране криптовалута могу бити основа и за шеријатску забрану *fiat* валута, али да њихови опоненти не доводе у питање шеријатску исправност *fiat* валута само због тога што се оне налазе под државном регулативом (наведено према Abubakar, Ogunbado, Saidi 2018, 19).

Они заступају став да шеријатска неисправност криптовалута није доказана (Abubakar, Ogunbado, Saidi 2018, 16) и то оправдавају следећим аргументима. *Прво*, непостојање централног регулатора не може засенити бројне предности које нуди *блокчејн* систем, на којем су засноване криптовалуте. *Блокчејн* систем омогућава учесницима у систему да верификују сваку трансакцију, што обезбеђује пуну *контролу* над трансакцијама; учесници у систему не могу накнадно мењати унете записе, што систем чини *сигурним и заштићеним од превара*; могућност



учесника да остварују увид у сваку реализовану трансакцију тај систем чини *транспарентним*; информације о реализованим трансакцијама су доступне у реалном времену, што систем чини *ажурним* (Elasrag 2019, 2).

Друго, криптовалутама се не може спочитати непостојање унутрашње вредности јер је њихова унутрашња вредност сам *блокчејн* систем на којем се оне заснивају<sup>20</sup> (Beik, Zaenal, Rizkiningsih 2019, 288–289; Kakkattil 2019, 58–59). Између криптовалута, посебно *биткоина* (Bitcoin), и злата постоје бројне сличности: „опште су препознатљиви и прихваћени, неповезани су са било којом владом и управом и тешко се производе“ (Kakkattil 2019, 59–60).

Треће, неприхватљива је и тврдња о заступљености *гарара* и *мејсира* у криптовалутним трансакцијама. Купопродаја криптовалута доноси корист свим учесницима у тој трансакцији, па самим тим у тој трансакцији нема елемената игре са нултим исходом, на којој је *мејсир* заснован (Adam 2019, 145). Захваљујући *блокчејн* систему не постоји проблем неизвесности реализације договорених криптовалутних трансакција, па самим тим ни проблем *гарара* (Elasrag 2019, 21). Непредвидљивост будућих кретања вредности криптовалута, пак, не може се сматрати обликом *гарара* (Adam 2019, 145). Истина, криптовалутама се може спекулисати, али то не значи да су оне *a priori* шеријатски неприхватљиве јер је чак и племенитим металима и законом признатим валутама, као шеријатски прихватљивим облицима активе, могуће спекулисати (интерпретирано према Abu-Bakar 2018, 18). Треба додати и да су поједине значајне државе, попут Немачке и САД, омогућиле коришћење криптовалута, конкретно *биткоина*, у свакодневним трансакцијама (Abubakar, Ogunbado, Saidi 2018, 18), чиме се отклања опасност забране коришћења криптовалута на територији под њиховом јурисдикцијом и са њом повезан *гарар*.

## 5. ДИСКУСИЈА

Конзервативни шеријатски стручњаци сматрају да су криптовалуте шеријатски неусклађене због тога што не постоји законом успостављен и регулисан емитент, због недостатка унутрашње вредности, израженог спекулативног потенцијала и могућности злоупотребе и због тога

<sup>20</sup> Став да се унутрашња вредност криптовалута заснива на *блокчејн* систему није општеприхваћен међу шеријатским стручњацима (наведено према Beik, Zaenal, Rizkiningsih 2019, 289).

што нису довољно прихваћене међу потенцијалним корисницима. С друге стране, преовладао је став о шеријатској ваљаности *fiat* валута. У наставку ћемо анализирати да ли су *fiat* валуте заиста неоптерећене недостацима који се стављају на терет криптовалутама.

*Прво*, *fiat* валуте немају унутрашњу вредност јер нису засноване на материјалној активи. Унутрашња вредност савремених валута условљена је ефикасношћу монетарног и привредног система у којима су креиране. Сходно томе, логично би било унутрашњу вредност криптовалута везати за ефикасност *блокчејн* система на којем почивају.

*Друго*, *fiat* новац, као и сви остали облици новца, поседује спекулативни потенцијал. Ни најснажније светске валуте нису имуне на спекулативне ударе, који могу уздрмати стабилност њихове вредности, али и система на којем почивају.<sup>21</sup> Истина је да се криптовалуте у овом тренутку превасходно користе у спекулативне сврхе, али се због тога не сме занемарити да се оне могу користити и на шеријатски прихватљив начин. Реално је очекивати да услед повећања корисничке базе и препознавања криптовалута као легалног средства плаћања и обрачунске јединице<sup>22</sup> оне нађу далеко активнију примену у свакодневним плаћањима.

*Треће*, *fiat* валуте се активно користе за реализацију нелегалних трансакција путем разрађених канала које је тешко контролисати. Криптовалутним системима се једино може замерити да нуде ефикасну алтернативу конвенционалним каналима за реализацију нелегалних трансакција.

*Четврто*, *fiat* валуте креирају и контролишу законом успостављене и регулисане институције. То ипак не гарантује да су власници *fiat* валута заштићени од дејства *гарара*. Неефикасне и неодговорне монетарне и привредне политике бројних држава изазвале су нестабилност њихових валута и створиле могућност да њихови власници претрпе значајне губитке. Такође, законска уређеност валута не значи по аутоматизму и њихову општу прихваћеност. Губитак поверења јавности у одређену валуту доводи до тога да се уместо ње као средство размене користе стабилне валуте или чак роба за којом постоји интензивна тражња.

<sup>21</sup> Случај спекулативног удара на британску фунту 1992. године (деталније Varoufakis 2016).

<sup>22</sup> На тај начин би се задовољио и *thamaniyyah* критеријум шеријатске ваљаности новца.

На основу тога се може закључити да *fiat* валуте не задовољавају бројне критеријуме шеријатске ваљаности. Међутим, за разлику од криптовалута, њима се признаје *халал* статус. Ригорознији приступ процени шеријатске ваљаности криптовалута највероватније је последица подозрења према криптовалутама као нечем новом, недовољно познатом и потенцијално веома ризичном. Као логичан, намеће се став да фокус ипак треба да буде на начину употребе новца, а не на његовој природи, јер се проблем шеријатске неусклађености управо ту и јавља.

## 6. ЗАКЉУЧАК

Ислам препознаје изузетан друштвени значај новца, који налази примену и у исламској верској пракси. Постоје бројне Шеријатом прописане обавезе чије је извршење непосредно повезано са новцем. Свесни тих чињеница, шеријатски стручњаци не доводе у питање битну улогу коју новац има у исламском друштву. Међутим, предмет спорења међу шеријатским стручњацима су критеријуми шеријатске ваљаности. Спор је настао појавом *fiat* новца, који је искључиво заступљен облик новца у савременом економском систему. Конзервативни шеријатски стручњаци сматрају да новац мора бити везан за злато или сребро, као активу која има унутрашњу вредност. Свој став оправдавају чињеницом да су златне и сребрне кованице једини облици новца који се помињу у Кур'ану. С друге стране, шеријатски стручњаци који имају флексибилнији став према новцу сматрају да су општа прихваћеност и законска регулисаност једини релевантни критеријуми које шеријатски прихватљив новац треба да испуни.

Појава криптовалута је узроковала отварање питања њихове шеријатске прихватљивости, што је постала нова тачка спорења међу шеријатским стручњацима. Конзервативни шеријатски стручњаци сматрају да су криптовалуте шеријатски неусклађене. Они наводе да криптовалутне трансакције садрже шеријатом забрањене елементе *гарар* (пре-терано висок ризик) и *мејсир* (спекулација и коцкање); да немају потребну материјалну основу јер нису засноване на злату или сребру; да нетранспарентност криптовалутног система ствара услове за несметано обављање незаконитих активности; да се криптовалуте превасходно користе у спекулативне сврхе; да постоји опасност да криптовалутни систем преузму имућни појединци или организоване групе; да су баријере уласка на криптовалутно тржиште за већину људи превисоке. Они су предложили концепцију *халал* криптовалута, по којој би криптовалутним системом управљао регистровани оператор, шеријатску

исправност трансакција би проверавао шеријатски одбор, сигурност система би била обезбеђена укључивањем *текафул* модела осигурања у систем, а криптовалуте би биле засноване на злату или сребру.

Њихови опоненти, пак, тврде: да *блокчејн* принцип, на којем функционише криптовалутни систем, омогућава да се трансакције обављају транспарентно, контролисано, сигурно, ефикасно и економично; да је унутрашња вредност криптовалута сам *блокчејн* систем на којем су оне засноване; да је отклоњен ризик неизвршења криптовалутних трансакција а тиме и дејство *гарара*; да спекулативни потенцијал криптовалута не може бити доказ њихове природне оптерећености *мејсиром*.

На крају, анализа је показала да многе критеријуме шеријатске ваљаности новца, на основу којих су конзервативни шеријатски стручњаци процењивали шеријатску исправност криптовалута, не испуњавају ни *fiat* валуте. Проблем ипак не треба тражити у природи валута већ у начину њихове употребе.

## ЛИТЕРАТУРА

- [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>, последњи приступ 1. марта 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](https://www.basis.io/basis_whitepaper_en.pdf), последњи приступ 1. марта 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.clevelandfed.org/en/newsroom-and-events/publications/economic-commentary/economic-commentary-archives/2007-economic-commentaries/ec-20071201-a-brief-history-of-central-banks.aspx>, последњи приступ 7. јуна 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, Tariqullah Khan. 2000. *Regulations and Supervision of Islamic Banks*. Jeddah: Islamic Research and Training Institute, Islamic Development Bank.
- [16] Claey's, Grégo'ry, 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>, последњи приступ 4. марта 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://mp.ra.ub.uni-muenchen.de/92676/1/MPRA\\_paper\\_92676.pdf](https://mp.ra.ub.uni-muenchen.de/92676/1/MPRA_paper_92676.pdf), последњи приступ 2. марта 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>, последњи приступ 20. маја 2021.
- [24] Farrell, Ryan. 2015. An Analysis of the Cryptocurrency Industry. *Wharton Research Scholars*, 130. [http://repository.upenn.edu/wharton\\_research\\_scholars/130](http://repository.upenn.edu/wharton_research_scholars/130), последњи приступ 4. марта 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>, последњи приступ 1. марта 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>, последњи приступ 1. марта 2021.
- [43] Nakamoto, Satoshi. 2008. Bitcoin: A peer-to-peer electronic cash system. <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, последњи приступ 1. марта 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/whitepaper>, последњи приступ 4. марта 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] *Свето писмо или Библија*. 2010. Београд: Метафизика.
- [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] Zulhibri, 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.





**Др Милана ПИСАРИЋ\***

## **ЕНКРИПЦИЈА МОБИЛНОГ ТЕЛЕФОНА КАО ПРЕПРЕКА ОТКРИВАЊУ И ДОКАЗИВАЊУ КРИВИЧНИХ ДЕЛА – ОСВРТ НА УПОРЕДНА РЕШЕЊА**

*Рачунарски подаци са доказним потенцијалом налазе се у све већем броју извора, међу којима су од посебног значаја паметни мобилни телефони. Када надлежни органи, за потребе откривања и доказивања кривичних дела, прикупљају из овог уређаја податке, потенцијалне електронске доказе, сусрећу се са више нормативних и практичних изазова, а један од отежавајућих фактора је енкрипција целог интерног складишта података. Неретко они имају одговарајуће овлашћење за остваривање приступа садржају мобилног телефона, али им недостају техничке могућности да, без поседовања кључа за дешифрирање, остваре приступ и прикупе податке у читљивом облику. Иако се функција енкрипције не може и не сме занемарити у савременом дигиталном окружењу, она има опструктивно дејство на кривичну истрагу. Међутим, ову препреку надлежни органи могу превазићи применом других одговарајућих мера и радњи. У раду аутор анализира тактике и технике, односно мере и радње за остваривање приступа садржају мобилног телефона заштићеног енкрипцијом и разматра правне основе за њихову примену.*

**Кључне речи:** *Дигитална форензика. – Електронски докази. – Мобилни телефон. – Енкрипција.*

---

\* Асистент с докторатом, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Србија, mpisaric@pf.uns.ac.rs.

## 1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Услед развоја технологије паметних мобилних телефона и њихове масовне употребе, корисници стварају и остављају за собом велики број трагова својих активности. Поред тога што је мобилни телефон средство за остваривање комуникације, у меморији уређаја похрањују су бројни рачунарски подаци, а поједини се чувају и на серверима пружалаца услуге складиштења података, односно „у облаку“. У циљу заштите рачунарских података користе се различити механизми, а један од њих је енкрипција. Иако је неспорно да се енкрипција користи у легитимне сврхе, она погодује и извршиоцима кривичних дела.

Подаци који су садржани у мобилном телефону или се преносе његовим посредством су потенцијални (електронски) докази и могу да допринесу откривању и доказивању кривичних дела. Да би их надлежни органи прикупили за потребе кривичног поступка, користе законом одређена овлашћења, па врше увиђај или претресање мобилног телефона, наређују вештачење похрањеног садржаја или спроводе тајни надзор комуникације. Међутим, уколико су уређај или садржај похрањен у њему или подаци који се преносе у рачунарској мрежи заштићени енкрипцијом, присутне су незанемарљиве правне и техничке потешкоће. *Енкрипција отежава прикупљање електронских доказа* приликом спровођења појединих доказних радњи, па надлежни органи користе *посебне софтверске и хардверске алате* за остваривање приступа уређају, екстракцију похрањеног садржаја, односно за надзор електронске комуникације. У раду су обрађена поједина правна и техничка питања у вези са прикупљањем садржаја похрањеног у мобилном телефону у ком је примењена енкрипција целог интерног складишта података.

## 2. ЕНКРИПЦИЈА КАО ЗАШТИТИНИ МЕХАНИЗАМ

Енкрипција представља математички процес у ком алгоритам користи одређени кључ да би шифровао рачунарски податак, односно превео га из изворног, читљивог облика (енгл. *plain text*) у нечитљиви, неразумљиви облик (енгл. *cipher text*). Процес супротан енкрипцији је декрипција (Katz, Lindell 2015, 52). У овим процесима комплексни алго-

ритам у рачунару користи кључ да „замаскира“ и „одмаскира“ садржај.<sup>1</sup> У зависности од кључа, енкрипција може бити симетрична или асиметрична.<sup>2</sup>

Употребом енкрипције штите се рачунарски подаци који су похрањени у уређају за електронску обраду и складиштење података (енгл. *encryption at rest*) или се преносе између таквих уређаја (енгл. *encryption in transit*) (Gill, Israel, Parsons 2018, 4). Похрањени подаци се енкриптују по принципу симетричне енкрипције, на нивоу појединачне датотеке, фолдера или партиције у уређају. Уколико је енкриптован цели диск уређаја (енгл. *full disk encryption*), неовлашћено лице (лице које не поседује кључ) не може приступити похрањеном садржају у читљивом облику (јер је и сваки појединачни рачунарски податак похрањен у уређају енкриптован, односно шифрован и у потпуности нечитљив).

Почевши од 2010. произвођачи паметних мобилних телефона све чешће у драјв за складиштење података уграђују софтверске производе за енкрипцију целог интерног складишта података (Casey et al. 2011, 130). До 2014. је таква енкрипција била предвиђена као опција, а од 2014. је у уређајима са *iOS* и *Android* оперативним системом конфигурирана као фабричка поставка, заснована на 128-битном или јачем кључу (нпр. 256-битном).<sup>3</sup> Овакво опредељење ИТ компанија предмет је снажне осуде од стране држава. Наиме, уколико је примењена енкрипција целог интерног складишта података у паметном мобилном телефону, приликом увиђаја, претресања или вештачења уређаја не може се без поседовања кључа приступити похрањеним подацима у изворном облику. Појава да државни органи, и поред законског овлашћења немају техничке могућности да ове радње спреведу, означава се термином

<sup>1</sup> Алгоритам и кључ се састоје из низа битова (нула и јединица), а дужина кључа одређује јачину енкрипције – одређује колико различитих „покушаја“ је ономе, ко не поседује кључ, потребно да декриптује шифровани текст. Јачина кључа се експоненцијално повећава са сваким додатним низом битова. Тако, кључ величине једног бита генерише два могућа кључа (1 или 0), двобитни кључ генерише  $2^2$  могућа кључа (односно 1–1, 1–0, 0–1 или 0–0) и тако даље.

<sup>2</sup> Симетрична енкрипција (енгл. *symmetric encryption*), односно криптографија приватног кључа (енгл. *private-key cryptography*) је криптографски процес у ком се један те исти кључ користи и за енкрипцију и за декрипцију. Асиметрична енкрипција (енгл. *asymmetric encryption*), односно криптографија јавног кључа (енгл. *public-key cryptography*) је криптографски процес у ком се користе два различита кључа (један за енкрипцију а други за декрипцију) који су у посебној математичкој корелацији (Swire, Ahmad 2012, 425).

<sup>3</sup> За 128-битни кључ постоји  $2^{128}$ , односно 340,282,366,920,938,463,463,374,607,431,768,211,456 могућих комбинација, док се код 256-битног кључа тај број подиже на квадрат.

„Одлазак у мрак“ (енгл. *„Going dark“*) (Писарић 2020, 1093). Међутим, иако се истиче да енкрипција представља озбиљан изазов у откривању и доказивању великог броја кривичних дела, подаци не потврђују такву тврдњу.<sup>4</sup> Осим тога, без кључа је тешко, али не и немогуће приступити енкриптованом уређају, јер постоје начини *да се овај заштитини механизам превазиђе*, односно *заобиђе*.

## 2.1. Лозинка и кључ

Процесе енкрипције и декрипције омогућава софтвер који се заснива на *средству за верификацију и аутентификацију приступа: лозинци* (енгл. *password, passphrase*), која представља низ алфанумеричких или симболичких карактера,<sup>5</sup> обрасцу (енгл. *pattern*) или одређеној биометријској карактеристици корисника (отисак прста, ретине ока и сл). Основна функција овог средства је онемогућавање приступа садржају уређаја лицу које не познаје лозинку или образац, односно не поседује/прикаже биометријске карактеристике. Чињеница да је корисник изабрао лозинку као средство за верификацију и аутентификацију приступа није уједно и знак да је уређај енкриптован – то је случај само уколико је енкрипција предвиђена као фабричка поставка или је корисник изабрао да користи енкрипцију, а криптографски систем се заснива на лозинци. Само тада, осим онемогућавања приступа неовлашћеном лицу, *лозинка има улогу и у процесу енкрипције/декрипције* – докле год је уређај закључан, истовремено је енкриптован, као и садржај похрањен

<sup>4</sup> Примера ради, у извештајима Окружног јавног тужилаштва у Менхетну наводи се да Тужилаштво није могло због енкрипције да изврши наредбу за претресање 111 мобилних телефона у периоду септембар 2014 – октобар 2015, односно 423 мобилна телефона током две године (у периоду септембар 2014 – октобар 2016); за првих десет месеци у 2017. од 1200 наредби за претресање мобилних телефона 700 није могло да се изврши због енкрипције; у периоду од маја до августа 2018. у форензичкој лабораторији је од 589 уређаја више од пола, тј. 366 (62%) уређаја било заштићено енкрипцијом, од чега скоро половина уређаја (165) није могла да се декриптује. Такође, тврди се да је удео енкриптованих ајфона у форензичкој лабораторији порастао је са 59.6% у 2014 на 82.2% у 2019, али се не наводи о ком броју уређаја се ради. Видети, 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.

<sup>5</sup> Алфанумерички су слова А–Z и а–z и бројеви 0–9, а симболички карактери су „+&?“ итд.



у њему, а када корисник унесе лозинку и пријави се у систем, уређај се откључава, диск уређаја се декриптује и може се приступити садржају у изворном облику.

Лозинка *није исто што и кључ*, тј. не користи се директно у процесу енкрипције/декрипције (у супротном енкрипција не би имала јаку заштитну улогу), него се *кључ изводи из лозинке*, тако што се ствара најмање један тајни кључ који енкриптује кључ који енкриптује уређај. Другим речима, лозинка сама по себи није кључ за декрипцију, али уношењем лозинке декриптује се кључ за декрипцију чиме се декриптује уређај и приступа диску уређаја. Без познавања лозинке је немогуће декриптовати кључ, а без кључа је немогуће декриптовати диск уређаја. Корисник уређаја, по правилу, не зна, тј. не поседује кључ, али му је зато лозинка позната.

Иако лозинка није исто што и кључ и није та којом се енкриптује уређај, преко ње се енкриптује/декриптује кључ, па се, по добијању лозинке, она користи за откључавање мобилног телефона, односно за декрипцију кључа. Када је уређај откључан, сви подаци похрањени у њему, који су пре тога били у шифрованом, доступни су у читљивом облику (осим уколико су додатно енкриптовани применом софтвера за енкрипцију или скривени посебним техникама). Из тог разлога *надлежни органи настоје да дођу, ако не до кључа, онда до лозинке*, применом различитих тактика за остваривање приступа уређају заштићеном енкрипцијом.

## 2.2. Рањивости у систему енкрипције

Уколико је криптографски систем (у хардверу и/или софтверу) правилно конфигуриран, кључ се не може извести без лозинке. Међутим, уколико у систему постоје одређене грешке (багови), оне су узрок његове *рањивости* које се могу *употребити за превазилажење или заобилажење заштите* коју пружа енкрипција. Ове рањивости се експлоатишу употребом софтвера или низа команди и акција, локално на уређају (енгл. *hands-on*) или са даљине (енгл. *drive-by*),<sup>6</sup> а како су карактеристичне за одређену верзију уређаја и оперативног система, потребно је да се зна која је рањивост специфична за дату комбинацију хардвера и софтвера, да би се с успехом могла користити.

---

<sup>6</sup> Примера ради, тако што корисник посети малициозну или заражену веб страницу или отвори мејл са малициозним садржајем (Bellovin et al. 2014, 23).

Државни органи надлежни за откривање и доказивање кривичних дела користе рањивости криптографског система, јер њихова употреба олакшава, односно омогућава проналазак кључа/лозинке или, пак, омогућава приступ уређају и похрањеном садржају без употребе кључа/лозинке. До потребних рањивости надлежни органи долазе тако што их сами проналазе или купују на тржишту, а на располагању су им форензички алати који се заснивају на њиховој експлоатацији. Ово представља практичан изазов, јер захтева поседовање техничке експертизе за откривање и употребу рањивости, односно значајне финансијске трошкове за куповину рањивости или форензичких алата који се на њима заснивају. С тим у вези, поставља се питање да ли је вероватноћа за успех довољно велика да би се употреба таквих рањивости могла сматрати корисном и оправданом, и да ли постоји одговарајући правни оквир. Одговори на ова питања могу се дати када се сагледају предности и недостаци употребе рањивости, као технике, у различитим тактикама за остваривање приступа мобилном телефону заштићеном енкрипцијом.

### **3. ОСТВАРИВАЊЕ ПРИСТУПА МОБИЛНОМ ТЕЛЕФОНУ ЗАШТИЋЕНОМ ЕНКРИПЦИЈОМ**

За остваривање приступа мобилном телефону у ком је примењена енкрипција целог интерног складишта података постоје две тактичке стратегије: 1) врши се напад на енкрипцију, уређај се декриптује и приступа се похрањеном садржају (стратегија *превазилажења* енкрипције), и 2) не врши се напад на енкрипцију, него се садржају похрањеном у уређају приступа на други начин (стратегија *заобилажења* енкрипције) (слично, Orin, Schneier 2018, 996). У оквиру ових стратегија користи се више тактика, од којих се неке заснивају на употреби кључа/лозинке а друге на употреби рањивости у криптографском систему. Тактике и технике за приступ енкриптованом уређају углавном произлазе из дигиталне форензике, а да би резултирале електронским доказом, морају се применити у оквиру одговарајућег овлашћења надлежних органа за предузимање појединих мера и радњи.

### 3.1. Превазилажење енкрипције

У стратегији превазилажења енкрипције ради остваривања приступа садржају похрањеном у мобилном телефону, у ком је примењена енкрипција целог интерног складишта података, надлежни органи настоје да употребом кључа и/или лозинке декриптују енкриптовани уређај. Ради се о следећим тактикама: а) проналазак кључа/лозинке; б) погађање кључа/лозинке; в) упућивање захтева за предају лозинке/кључа.

#### 3.1.1. Проналазак кључа/лозинке

До кључа се може доћи применом *техника криптоанализе*,<sup>7</sup> међу којима се истиче *напад споредним каналима* (енгл. *side-channel attack*). Ове технике региструју, мере и анализирају физичке карактеристике уређаја,<sup>8</sup> искоришћавањем рањивости у физичкој имплементацији криптографског система уређаја. Да би се могле применити, потребно је поставити сензор у непосредној близини уређаја, који о њему прикупља информације (па и кључ<sup>9</sup>).

Аналогно проналаску кључа за отварање браве у физичком свету, надлежни органи током вршења увиђаја, претресања стана и других просторија или претресања лица могу пронаћи *лозинку*, која је записана (нпр. на папиру) или сачувана на други начин (нпр. у датотеци у неком другом уређају) и потом је употребити за остваривање приступа уређају. Поред тога, лозинка се може сазнати и применом одређених алата за тајни надзор над уређајем – тако што се остварује физички приступ уређају ради постављања хардверских алата, односно приступ уређају са даљине ради инсталирања софтверских алата.

---

<sup>7</sup> Под тим се подразумева употреба математичких правила за превазилажење криптографске заштите (National Institute of Standards and Technology 2006).

<sup>8</sup> Преко одговарајућих сензора могу се прикупити информације о покрету, звуцима, електромагнетним исијавањима уређаја док ради, потрошњи енергије, времену које је потребно уређају да изврши криптографски алгоритам и сл. (видети, Pfefferkorn 2017, 1395).

<sup>9</sup> До кључа се може доћи прикупљањем и анализом електромагнетних исијавања или звука које производе физичке компоненте криптографског система, односно звука који испушта процесор уређаја или анализом струјних токова између делова уређаја док се уређај енкриптује/декриптује (енгл. *key-recovery attack*). Видети, Bright 2014.

У првом случају се врши тајни, физички приступ уређају на који се потом постављају хардверске компоненте које бележе податке, но, како је њих потребно физички инсталирати на уређају и након тога презети, постоји ризик да их корисник уочи. У другом случају се врши својеврстан упад у уређај, тако што се *са даљине* (нпр. преко вируса или тројанца) у њему инсталира софтверски алат, *који пресеће и снима поједине податке* – између осталог, куцање лозинке на тастатури, које потом шаље на рачунар надлежних органа. Овакав принцип рада није делотворан у погледу енкрипције уређаја која се заснива на лозинци, јер се може применити тек након откључавања уређаја, односно уноса лозинке, па софтвер лозинку не може ни да региструје.<sup>10</sup>

### 3.1.2. Погађање кључа/лозинке

Уколико не постоји начин да се кључ/лозинка пронађу, надлежни органи врше „напад на силу“ (енгл. *brute force attack*), што представља систематично испробавање различитих комбинација кључа/лозинке до проналаска праве, аналогно испробавању комбинација за отварање сефа у физичком свету. Примена ове тактике не ствара неке посебне правне проблеме.

С обзиром на то да је у тренутним технолошким оквирима напад на силу усмерен на кључ изузетно тежак, готово немогућ задатак,<sup>11</sup> овакав приступ се усмерава на лозинку. Успешност проналаска лозинке зависи

<sup>10</sup> Међутим, уколико су испуњени услови предвиђени законом, могуће је са даљине вршити претресање рачунара, без обзира на примењену енкрипцију – но, тада се ради о стратегији заобилажења енкрипције.

<sup>11</sup> Уколико би свако од седам милијарди људи користио десет супер-рачунара од којих би сваки тестирао милијарду комбинација за 128-битни кључ у секунди, било би потребно 77.000.000.000.000.000.000.000 година да се „насилно“ пронађе одговарајући кључ за дешифрирање. Видети, Агора 2012. Применом неке од техника криптоанализе, које се заснивају на рањивостима у примени алгоритма за енкрипцију или самом алгоритму, могуће је смањити број покушаја који је потребан да се пронађе кључ приликом „напада на силу“. Примера ради, иако алгоритам наизглед насумично производи шифрован текст, могуће је уочити одређене обрасце за олакшано погађање кључа – користећи познате слабости у AES-256 алгоритму могуће је пронаћи прави кључ „испробавом“ свега  $2^{70}$  уместо  $2^{256}$  комбинација. Видети, Biryukov et al. 2009. Могућност евентуалног „разбијања“ алгоритма за енкрипцију (енг. *cracking*) зависи у великој мери и од будућег развоја квантних рачунара (енг. *quantum computers*). Видети, Gomes 2018, 42–47.

од јачине лозинке, која је одређена дужином низа<sup>12</sup> и врстом карактера у низу,<sup>13</sup> али и од техничке опремљености надлежних органа. Поједини форензички алати се заснивају на овом принципу – уређај се повезује са мобилним телефоном, и након што, понављањем покушаја са различитим комбинацијама лозинке, пронађе лозинку и оствари приступ телефону, екстахује систем датотека у потпуности.<sup>14</sup>

Иако сама по себи лозинка не пружа неку посебну заштиту, јер алгоритми за „погађање“ лозинке у модерним рачунарима могу у неколико секунди испробати милионе комбинација лозинке, проблем представљају додатне мере заштите уграђене у мобилне телефоне: онемогућено повезивање телефона са другим хардверским компонентама,<sup>15</sup> ограничен број погађања, временско одлагање нових покушаја након одређеног броја неуспелих покушаја или чак брисање целокупног садржаја уређаја.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> Примера ради, за лозинку од четири нумеричка карактера постоји 10.000 комбинација, које човек може да испроба за дан или два, а рачунар за неколико секунди.

<sup>13</sup> Односно, да ли се користе само нумерички или алфанумерички карактери. Бошњак и Брумен (Bošnjak, Brumen 2018, 315) указују на то да је просечна дужина низа карактера мања од осам и да се користе предвидиви обрасци у низовима, при чему корисници често користе веома просте лозинке, типа 1234 и слично. Видети, National Cyber Security Center 2019.

<sup>14</sup> Један од најефикаснијих форензичких алата је произвела америчка компанија Грејшифт (енг. *Grayshift*). Ради се о хардверском алату који се назива „сиви кључ“ (енгл. *GrayKey*).

<sup>15</sup> Примера ради, испробавање комбинација лозинке на ајфону могуће је само на телефону, али не и на неком другом уређају с којим би се повезао, јер се од 2012. у хардвер уграђује јединствени идентификатор (енгл. *Unique ID, UID*) који онемогућава да се без уноса лозинке садржај телефона прегледа или копира на други уређај. Након појаве *GrayKey* уређаја, Епл је 2018. у оперативни систем *iOS 11.4.1* уградио *default* безбедносну ставку – тзв. *USB restricting mode*, који онемогућава да се без уноса лозинке приступи закључаном ајфону који је повезан преко *USB* порта са рачунаром и другим *plug-in* уређајима (као што је *GrayKey*) (Apple, Inc. 2020).

<sup>16</sup> На пример, у оперативном систему ајфона је уграђена опција која успорава рад процесора након неуспелог уноса лозинке (Apple, Inc. 2020 b). Након четири неуспела покушаја мора се сачекати један минут до новог уноса низа карактера, а након даљих неуспеха временски период у ком није могуће погађање се повећава на пет минута за шести погрешни унос, на 15 минута за седми и осми погрешни унос, и на један сат за девети. Постоји и могућност да се ајфон конфигурише тако да се сви подаци у њему избришу након десетог неуспелог уноса.

### 3.1.3. Упућивање захтева за предају кључа/лозинке

Уместо проналаска или погађања кључа/лозинке, надлежни органи могу да их траже од онога ко их поседује или има сазнања о њима.

Захтев за *предају кључа* упућује се *произвођачу* од кога се тражи да омогући приступ енкриптованом уређају у конкретном случају (енгл. *exceptional access*). У овој ситуацији, након што дођу у посед мобилног телефона, сазнају његов јединствени идентификациони број и прибаве потребна одобрења (нпр. наредбу о претресању уређаја), надлежни органи се обраћају произвођачу уређаја, захтевајући од њега да: а) откључа уређај који му се пошаље, б) откључа уређај са даљине, или б) надлежним органима преда кључ.

У једном тренутку је пред произвођаче био постављен захтев да приликом производње у уређај инсталирају кључ, који би се чувао у депозиту код надлежних органа, а који би их користили по потреби, међутим, од тога се одустало (тзв. „први крипто рат“).<sup>17</sup> Произвођач би могао да употреби, односно преда кључ и тиме омогући декрипцију уређаја и приступ похрањеним подацима под условом да кључеве за енкрипцију/декрипцију уређаја чува у депозиту,<sup>18</sup> што за сада није случај (тзв. „други крипто рат“<sup>19</sup>).

---

<sup>17</sup> Током деведестих година 20. века покушало се са стварањем хибридног решења који би истовремено омогућило и развој информационе технологије и способност надзирања тог развоја од стране државе. План је био да се установи систем приступа државних органа кључу за декрипцију у изузетним околностима. Тада је осмишљен стандард депоноване енкрипције (енгл. *Escrowed Encryption Standard: EES*), односно систем депоновања кључа (енгл. *key escrow*). Наиме, био је креиран сет чипова (тзв. *Clipper Chip*) који би се уграђивао у уређаје – држава би кључеве за енкрипцију дистрибуирала ИТ компанијама, а копију кључа уграђеног у сваки појединачни уређај чувала би у депозиту. На тај начин би државни органи, по потреби, имали приступ кључевима за декриптовање енкриптованих података. Овај систем је напуштен услед јаког притиска група за заштиту грађанских права и академског концензуса да се на овај начин не обезбеђује тајност комуникација. Више о томе, видети Schneier 2015.

<sup>18</sup> Чак и уколико би произвођач чувао кључеве и примио од надлежних органа захтев за њихову предају, поставља се питање који би мрежни протокол био коришћен за слање кључа; на који начин би захтев био аутентификован, односно како би произвођач имао потврде о идентитету за све надлежене органе широм света; на који начин би се резултати односили само за конкретан уређај, тако да се спречи да надлежни органи не траже приступ уређају који није у њиховом поседу и слично. Осим тога, то би захтевало скупе и дуготрајне промене у хардверским и софтверским компонентама уређаја.

<sup>19</sup> Видети фн. 24.

*Захтев за предају лозинке* упућује се *кориснику* уређаја, од кога се тражи да: а) открије лозинку надлежним органима, или б) унесе лозинку и преда откључан телефон, или в) употреби своје биометријске карактеристике и преда откључан телефон. Уколико поступи по захтеву надлежног органа, ради се о *добровољној декрипцији*. Међутим, поставља се питање да ли се лице може принудити да декриптује уређај, односно да ли му се могу изрећи санкције у случају одбијања да поступи по захтеву (*принудна декрипција*), нарочито ако се ради о окривљеном, с обзиром на привилегију од самооптуживања.<sup>20</sup> Како сматра и Терзиан (Terzian 2015, 1139), принудна декрипција је дозвољена и потребна да би се остварила равнотежа између интереса кривичног поступка и приватности корисника, јер у супротном енкрипција право надлежних органа да приступе уређају трансформише у право окривљеног да уништи доказе против себе, чинећи их неприступачним и нечитљивим. У случају постојања изричите законске одредбе, поставило се питање да ли би се санкције могле изрећи према окривљеном који тврди да му лозинка није позната, да се не сећа и слично (видети Koops 2010, 435), но, да би се окривљени могао санкционисати, нужно је да се недвосмислено утврди да он зна лозинку и да не жели да је открије или употреби.

Одговор на ова питања зависи од тога шта се од окривљеног захтева. Поједина законодавства чак садрже изричите одредбе о принудној декрипцији, на основу којих се окривљени може санкционисати уколико одбије да поступи по захтеву да преда лозинку, односно да преда откључани телефон употребом лозинке или биометријских карактеристика.

Тако, у Белгији на основу члана 88<sup>quater</sup> Законика о кривичној истрази<sup>21</sup> истражни судија или полиција може *наредити лицу*, па и *осумњиченом*, за кога се претпоставља да има сазнања о рачунарском

<sup>20</sup> Привилегија од самооптуживања је међународнопризнати правни стандард и представља аспект права на правично суђење, који подразумева, према ставу Европског суда за људска права (ECHR), да се окривљени не може принудити да сам себе инкриминише и преда доказе који га оптужују јер има право да се брани ћутањем (ECHR, *Saunders v. United Kingdom*, 17 December 1996.) Ова привилегија се не односи на *принудно узимање* од окривљеног предмета и узорка који постоје *независно од његове воље*, као што су узорци крви, урина и слично. Међутим, привилегија је повређена и уколико се од окривљеног тражи да сам себе оптужи тако што ће *предати инкриминишуће доказе* (нпр. исправе, као у предмету ECHR, *Chambaz v. Switzerland*, 5 April 2012).

<sup>21</sup> Члан је унет следећом изменом: 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

систему који је предмет истраживања или о услугама које омогућавају заштиту или шифровање података који се чувају, обрађују или преносе у том систему, да *пружи информације* о раду овог система и о томе како му приступити, односно како приступити подацима који се у систему чувају, обрађују или преносе у разумљивом облику (ст. 1). У случају да лице, па и осумњичени, *одбије* да открије лозинку, може се санкционисати казном затвора од шест месеци до три године и/или новчаном казном од 26 до 20.000 евра. Уколико одбије да поступи по захтеву у тренутку, када је могло да се спречи извршење кривичног дела или се умање његове последице, може му се изрећи казна затвора од једне до пет година и/или новчана казна од 500 до 50.000 евра. Осим тога, од лица које поседује одговарајућа сазнања (изузев осумњиченог и лица наведених у чл. 156 Закона о кривичној истрази) може се тражити да покрене систем или, у зависности од случаја, да преда, односно учини доступним релевантне податке у разумљивом облику (ст. 2), а непоступање је санкционисано у ст. 3 Белгијски Уставни суд је оценио да став 1 овог члана није у супротности са привилегијом од самооптуживања, јер се од окривљеног тражи да пружи информацију (која постоје независно од његове воље) која омогућава приступ уређају – за разлику од ситуације када би се од њега тражило да преда откључани уређај и активно учествује у прикупљању доказа против себе (видети, Cour constitutionnelle, 20 février 2020, n° 28/2020, *Rev. dr. pén.*, 2020/11, p. 1051–1057).

Члан 434–15–2 француског Кривичног законика<sup>22</sup> предвиђа санкционисање сваког лица, па и осумњиченог, казном затвора од три године и новчаном казном од 270.000 евра, уколико *одбије* да поступи по судској наредби да *преда лозинку или је примени ради откључавања уређаја* који је коришћен за припрему, омогућавање или извршавање кривичног дела, односно казном од пет година затвора и новчаном казном од 450.000 евра у случају да је одбијање учињено у тренутку када је оно могло да спречи извршење кривичног дела или умањи његове последице. Решавајући питање уставности овог члана и усаглашеност са правом окривљеног да ћути и сам себе не инкриминише, француски Уставни савет је 2018. заузео став да сама по себи *одредба није у супротности са привилегијом од самооптуживања*, јер њен циљ није да се од окривљеног добије признање нити садржи претпоставку кривице, него једино омогућава декрипцију уређаја и разјашњавање чињеница,

<sup>22</sup> 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.



а ради се о који постоје *независно од воље окривљеног*. Међутим, није довољно је да се у истрази недвосмислено утврди да постоји криптографски систем који је коришћен за припрему, омогућавање или извршавање кривичног дела, него и да је окривљени тога свестан и да има способност да уређај дешифрује (видети, Le Conseil Constitutionnel, Décision n° 2018-696 QPC du 30 mars 2018, Journal officiel électronique authentifié n° 0076 du 31/03/2018).

У норвешки Законик о кривичном поступку је 2017. унет члан 199а који предвиђа да полиција може у току претресања уређаја за обраду података да нареди сваком лицу да преда информације потребне за остваривање приступа том уређају или *да уређај откључа преко система биометријске аутентификације*. Уколико лице одбије да поступи по таквом захтеву, полиција може по одобрењу јавног тужиоца да *изврши принудну аутентификацију*. Уколико то налажу разлози хитности, полиција може у овом смислу да примени силу на лицу места, о чему без одлагања обавештава јавног тужиоца (наведено према: Eurojust 2017, 9).

У теорији се могу наћи и другачији ставови. Тако привилегија од самооптуживања штити окривљеног само у погледу захтева да надлежним органима открије лозинку, али не и уколико се од њега тражи да надлежним органима преда откључан уређај након што унесе лозинку или да употреби своје биометријске карактеристике. Наиме, лозинка је сама по себи инкриминишућа, јер њено изношење може да доведе до евентуалног откривања инкриминишућих доказа, што би значило да се од окривљеног тражи да сведочи сам против себе у својој ствари, а што не би било у складу са принципом *nemo tenetur* (тако и Winkler 2013, 211). Без обзира на то која се аналогија користи (кључ и брава, комбинација у сефу и сл) несумњиво се ради о тајном кључу који је познат само окривљеном, а од њега се заправо тражи да против своје воље употреби садржај свог ума и открије нешто што не постоји независно од његове воље и знања, и тиме постане карика у ланцу која доводи до откривања доказа против самог себе и сопственог оптуживања (тако и Wareham 2017, 264).

Уколико, пак, надлежни органи јасно и недвосмислено утврде да уређај садржи инкриминишући садржај, и да је окривљеном лозинка позната, па од њега захтевају да је употреби, тј. унесе и преда откључан телефон, иако се од њега тражи да активно сарађује са надлежним органима, не би се могао позивати на привилегију од самооптуживања, јер се не тражи да против себе казује (да открије лозинку), него да дела на одређени начин (да унесе лозинку) (Kerr 2019, 769).

Што се тиче биометријске верификације и аутентификације, иако је ово корисницима представљено као револуционарни, најбезбеднији начин за заштиту приступа телефону, у правној реалности употреба класичне лозинке ужива већу правну заштиту. Како то Лемус (Lemus 2017, 554) уочава, отисак прста је физичка карактеристика која постоји независно од воље окривљеног и државни органи имају право да принуде окривљеног да противно својој вољи учествује у прикупљању потенцијално инкриминишућих доказа, као и приликом узимања других узорака (нпр. крви) – од окривљеног се не тражи да изнесе садржај свог ума, него да искаже ту карактеристику (стављањем прста на телефон ради откључавања). Слично образложење налази се и у иностраној судској пракси – примера ради: принудно стављање прста осумњиченог на мобилни телефон ради откључавања уређаја је дозвољено, па полиција примењује дозвољену и потребну принуду (Court of First Instance The Hague, case 09/818727–17, 12. 3. 2018, наведено према: Eurojust 2018, 12), и на тај начин се не крши *nemo tenetur* принцип, јер отисак прста постоји независно од воље осумњиченог (Court of North-Holland – criminal chamber, 14. 12. 2018, наведено према, Eurojust 2019, 8). Супротан став заузео је, примера ради, норвешки Врховни суд, одређујући да се члан 157 Законика о кривичном поступку, који уређује физички преглед и принудно узимање узорака од осумњиченог ради разјашњавања чињеница у решавању кривичне ствари, не може применити на принудно стављање прста осумњиченог у циљу откључавања и приступа његовом мобилном телефону (Supreme Court, case nr. 2016/908, 30. 8. 2016, наведено према: Eurojust 2016, 32).

### 3.2. Заобилажење енкрипције

У стратегији заобилажења енкрипције примењују се тактике које се не заснивају на употреби кључа/лозинке, него се приступ садржају, похрањеном у уређају који је заштићен енкрипцијом, остварује на други начин, док се механизми заштите које енкрипција пружа у потпуности игноришу. Ради се о следећим тактикама: а) остваривање приступа садржају уређаја искоришћавањем рањивости у систему енкрипције, б) остваривање приступа садржају уређаја у тренутку када је декриптован, и в) остваривање приступа копији садржаја.

### 3.2.1. Остваривање приступа саджају уређаја искоришћавањем рањивости у систему енкрипције

Сам по себи кључ је тешко „сломити“, али уколико у систему енкрипције постоје одређене рањивости, оне се могу употребити за остваривање приступа садржају похрањеном у енкриптованом уређају, чак и без поседовања кључа. До оваквих рањивости се долази на два начина: претходним, намерним уграђивањем у систем или проналаском и експлоатацијом постојећих рањивости.

У првом случају ради се о тзв. „уласку на задња врата“ (енгл. *backdoors*). Током деведесетих година 20. века поједине државе су без успеха покушале да произвођаче софтвера за енкрипцију и уређаја принуде да усвоје техничке услове који би омогућили „улазак на задња врата“, а слични захтеви постоје и данас – догађај са краја 2015.<sup>23</sup> је окидач за поновно покретање дебате око енкрипције која још увек траје у политичкој, научној и стручној јавности.<sup>24</sup> И поред тога што

---

<sup>23</sup> Након што је одузела мобилни телефон марке *iPhone 5C* децембра 2015, иако овлашћена наредбом за претресање, полиција није могла да приступи садржају енкриптованог мобилног телефона марке ајфон, јер није могла да „погоди“ лозинку за откључавање, без опасности да се ти садржаји бесповратно изгубе. Ово из разлога што је у оперативном систему уређаја била уграђена опција самобрисања (енгл. *auto-erase*), услед које су сви подаци могли да буду избрисани након одређеног броја неуспелих покушаја да се погоди лозинка за приступ, чим је онемогућено вршење „напада на силу“. Судском наредбом Епла је наложено да пружи техничку помоћ полицији отклањањем овакве заштите из оперативног система, чиме би се омогућио неограничен број погађања лозинке, без да се подаци избришу са телефона, на који начин би полиција добила могућност изузетног приступа садржају енкриптованог уређаја. Компанија је одбила да поступи по наредби, образложујући свој став потребом да се заштити сигурност свих корисника, јер би наводно било немогуће да се само за један уређај учини овакав изузетак, а да се не угрози безбедност оперативног система и тиме омогући неовлашћени приступ уређајима свих других корисника. Спор између Епла и ФБИ јер је компанија одбијала да дешифрује енкрипцијом заштићени ајфон није резултирао коначном судском одлуком, јер је полиција повукла свој захтев, након што је успела да откључа телефон.

<sup>24</sup> Ова дебата се означава Другим крипто ратом. Тако је на састанку министара Уједињеног Краљевства, САД, Канаде, Аустралије и Новог Зеланда 2018. изнето је опредељење ових држава ка стварању правног оквира за обавезивање ИТ компанија да прилагоде постојеће, односно усвоје нове техничке услове који би омогућили да надлежни државни органи могу да остваре приступ енкриптованим уређајима. Видети, *Five Country Ministerial*, 2018. Иначе, Аустралија је прва држава која је усвојила такав пропис – Закон о помоћи и приступу из 2018. (*Telecommunications and Other Legislation Amendment (Assistance and Access) Act 2018, No. 148, 2018*). На основу овог закона надлежни државни органи у случају потребе да се приступи уређају

су захтеви надлежних органа легитимни, у стручној јавности (Abelson et al. 2015, 18–20) је присутан концензус да је са техничке стране немогуће енкрипцију ослабити само мало, без да се остави простор за потенцијале рањивости у целокупном систему енкрипције.

У другом случају надлежни органи, упркос енкрипцији, остварују приступ уређају и *екстрахују садржај*, користећи рањивости у постојећим системима, које проналазе сами или их купују на тржишту. Осим тога, надлежним органима су на располагању бројни алати који се заснивају на откривеним а непревазиђеним рањивостима у софтверским и хардверским компонентама мобилних телефона, а који омогућавају екстракцију података из уређаја заштићених енкрипцијом.<sup>25</sup> Перформансе ових алата за се јасно виде из годишњих извештаја Програма за тестирање алата за дигиталну форензику америчког Националног института за стандарде и технологију – према последњим извештајима, и поред енкрипције и додатних мера заштите, постоје алати који екстрахују готово све податке из закључаних, енкриптованих уређаја и инсталираних апликација (видети, National Institute of Standards and Technology 2019). Ови подаци су значајни јер показују да, упркос тврдњама да енкрипција представља незанемарљиву препреку за рад надлежних органа, форензички алати који функционишу по стандардима дигиталне форензике ипак омогућавају прикупљање података из енкриптованог уређаја. Међутим, да би њихова употреба

---

заштићеном енкрипцијом могу да захтевају од компанија (који су произвођачи уређаја, креатори софтвера за енкрипцију, пружаоци услуга електронских комуникација, приступа интернету, чувања података у облаку) да пруже техничку помоћ (енгл. *technical assistance notice*), па и да створе могућност уласка на задња врата (енгл. *technical capability notice*). Слично томе, у САД је почетком 2020. у законодавну процедуру пред америчким Сенатом унет предлог закона којим би се ИТ компанија обавезале да ограниче употребу енкрипције (*The Eliminating Abusive and Rampant Neglect of Interactive Technologies Act: EARN IT Act*), међутим, пропис још увек није усвојен.

До скоро је на нивоу ЕУ било присутно јасно и недвосмислено противљење озакоњењу „уласка на задња врата“, међутим, све се више говори о стварању одговарајућег правног инструмента који би омогућио таргетиран приступ подацима упркос енкрипцији (Pisarić 2020, 615). У резолуцији из новембра 2020 Савет ЕУ истиче да се надлежни органи у великој мери у истрази великог број акривилних дела ослањају на прететање комуникација које је технички неизводљиво због енкрипције а да не постоји одговарајући супститут за ову радњу. Због тога се мора наћи одговарајући правни инструмент примењив у тренутном техничком окружењу – другим речима да се ИТ обавезе да омогући таргетиран приступ подацима упркос енкрипцији. Видети, Council of the European Union, 2020.

<sup>25</sup> Међу тим алатима се истичу производи израелске фирме Селебрит (енг. *Cellebrite*), првенствено *Universal Forensic Extraction Device: UFED Premium*.

резултирала електронским доказима, морају бити испуњени услови прописани за претресање и вештачење мобилног телефона и поштована ограничења утврђена у наредби за претресање, односно вештачење (Писарић 2019, 208).

### 3.2.2. Остваривање приступа садржају уређаја у тренутку када је декриптован

Како је цео диск енкриптован само док је уређај закључан, кроз ову тактику се настоји да се уређају приступи у моменту када га енкрипција не штити, односно када је откључан. Наиме, када корисник унесе средство за аутентификацију и верификацију, уређај се откључава и декриптује, а лозинка се чува у привременој (RAM) меморији, докле год је уређај укључен и откључан. То значи да се преузимањем контроле над уређајем у тим околностима омогућава приступ похрањеном садржају у изворном облику, па и лозинци (која се на тај начин може сазнати и накнадно користити). Овакав приступ остварује се кроз физичку контролу над уређајем или са даљине.

У првом случају, да би се заобишао заштитини механизам, надлежни органи настоје да, након претходног планирања,<sup>26</sup> најпре остваре *физичку контролу над уређајем* у моменту док је откључан,<sup>27</sup> а затим на лицу места спроведу дигиталну истрагу на „живом“ систему,<sup>28</sup> уколико су за то постоји одговарајући правни оквир (Писарић 2019, 131).

<sup>26</sup> Кејси и сарадници (Casey et al. 2011, 134) тврде да је за успех ове тактике неопходно претходно планско прикупљање података о техничкој софистицираности корисника, месту и времену употребе уређаја, физичким карактеристикама локације на којој ће преузети контрола над уређајем, оперативном систему и хардверској конфигурацији уређаја, евентуалним додатним мерама заштите у уређају, врсти енкрипције и сл. Ови подаци су потешки како би се створила стратегија деловања, тако да се повећа фактор изненађења и смањи могућност да се уређај искључи или оштети.

<sup>27</sup> Примера ради, полиција је након вишегодишње истраге незаконитих активности на црном тржишту даркнета, Пут свиле, дошла до рачунара његовог оснивача управо применом ове тактике. Из претходно прикупљених података произашло је да он користи рачунар у градској библиотеци, па су два службена лица у цивилу исценирала дистракцију, а трећи је одузео рачунар који је био откључан и декриптован. На тај начин је превазиђен проблем енкрипције целог диска, а оснивач Пута свиле је осуђен на доживотну казну затвора. Видети, Mullin 2015.

<sup>28</sup> Стандардно поступање у случају сумње на енкрипцију целог диска је да се из RAM меморије уређаја прикупљају непостојани подаци (енгл. *volatile data*), међу којима су од нарочите важности лозинка и други подаци потребни за отварање приступа енкриптованим садржајима, пре него што се уређај пренесе у форензичку лабораторију (Pisarić 2015, 243).

У другом случају остварује се приступ уређају са даљине, односно спроводи се *даљинско претресање дешифрованог уређаја у реалном времену*. Другим речима, надлежни органи предузимају својеврсно хаковање, како би за потребе кривичног поступка остварили приступ подацима похрањеним у уређају заштићеном енкрипцијом. „Хаковање“ се врши применом малициозног софтвера (малвера), који се инсталира у уређај (остваривањем тајног, физичког приступа уређају) или са даљине, а успешност ове тактике зависи од техничких могућности надлежних органа.<sup>29</sup>

Како се кроз даљинско претресање уређаја угрожава приватност корисника и безбедност уређаја компромитовањем поузданости и интегритета система енкрипције, примена ове тактике је оправдана само под условом да постоји одговарајући правни основ за предузимање ове радње, која је неопходна за остваривање легитимног циља, а да је ограничење људских права потребно и сразмерно остварењу тог циља (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights 2018, 6). Другим речима, само ако је претресање уређаја са даљине изричито уређено законом као посебна доказна радња, чија примена би била ограничена на нарочито тешка кривична дела, под условом да не постоје блаже мере за остваривања циља (Hennessey 2016), чиме би били испоштовани принципи легалитета, сразмерности и супсидијарности.

Изричите законске одредбе о даљинском претресању уређаја постоје у свега неколико држава. Тако немачки Законик о кривичном поступку<sup>30</sup> у члану 100b регулише тајно претресање уређаја и прикупљање похрањеног садржаја са даљине. Радња се може одредити наредбом суда само према лицу за које постоји основана сумња да је извршио неко од нарочито тешких, таксативно набројаних кривичних дела (односно да је покушао извршење, уколико је покушај кажњив), под условом да је утврђивање чињеница или лоцирање осумњиченог знатно теже или немогуће спровођењем других радњи. Белгијски Законик о кривичној истрази у члану 90ter предвиђа да истражни судија може наредити да се тајно, уз помоћ техничких средстава, изврши даљинско претресање уређаја које користи лице осумњичено за неко од таксативно набројаних кривичних дела, и то само у изузетним случајевима, уколико то захтевају интереси истраге а потребне чињенице се не могу утврдити на други начин. Судија у наредби може одредити и тајни ула-

<sup>29</sup> Подаци о алатима који се користе у ову сврху нису доступни јавности.

<sup>30</sup> 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.

зак у дом или други простор у ком се уређај налази, примену техничких средстава у циљу заобилажења мера заштите и инсталирање техничких средстава за декрипцију уређаја. Члан 588 septies шпанског Законика о кривичном поступку<sup>31</sup> предвиђа да, уколико постоји сумња да је лице извршило неко од кривичних дела из набројаних група тешких кривичних дела, судија може наредити инсталирање софтвера којим се спроводи даљински електронски надзор уређаја, првобитно на месец дана, с могућношћу продужења до три месеца

Поред одговарајућег правног оквира, нужно је да се алати који омогућавају даљински приступ и претресање, развијају и тестирају у складу са стандардизованим правилима, како не би компромитовали информациону безбедност, нарушили интегритет електронских доказа, нити омогућили несразмерно и неселективно прикупљање података.

### 3.2.3. Остваривање приступа копији садржаја

Уколико су подаци садржани у енкриптованом телефону истовремено похрањени на серверу пружаоца услуге складиштења података (односно као бекап „у облаку“) надлежни органи могу да упуте захтев пружаоцу услуге да те податке преда. Наиме, као што се, уместо остваривања увида у мејлове похрањене у енкриптованом уређају, тражи од пружаоца услуга електронских комуникација да преда копију мејлова, тако се, уместо покушаја декрипције мобилног телефона, захтева од пружаоца услуге складиштења података „у облаку“ да преда бекап копију садржаја мобилног телефона која се чува на његовом серверу.

Након што се утврди да се корисник мобилног телефона определио за бекаповање похрањеног садржаја и да таква копија постоји „у облаку“, <sup>32</sup> да би се ова тактика могла применити потребно је да надлежни

<sup>31</sup> 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 – одредба је у Законик унета 2015, кроз 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).

<sup>32</sup> Корисници ајфона имају на располагању могућност да садржај телефона похране као бекап у „облаку“ на ајклауд платформи (енгл. *iCloud*), којој се приступа преко посебног налога (@*icloud.com*, @*me.com* и @*mac.com*). У андроид телефонима се са првом пријавом на Гугл налог (преко џимејл адресе) врши бекаповање подешавања телефона и синхронизовање контаката, обележива-

органи имају одговарајуће овлашћење да захтевају предају копије.<sup>33</sup> Пружалац услуге би могао да поступи по оваквом захтеву под условом да такви подаци постоје у конкретном случају, а фактичка могућност зависи од тога да ли су копије садржаја „у облаку“ похрањене у *plaintext* или у шифрованом облику (у ком случају могућност пружаоца услуге да их преда надлежним органима у читљивом облику зависи од врсте енкрипције која је примењена<sup>34</sup>).

Адекватност копије да буде замена за садржај похрањен у енкриптованом мобилном телефону зависи од тога који садржај се бекапује и колико је времена прошло од последњег бекапа. Иако бекап садржаја мобилног телефона обухвата обиље података који могу бити од користи за надлежне органе, ипак се, и то у најбољем случају, „у облаку“ не чувају сви подаци који су иначе похрањени у уређају, па је због тога „облак“ само алтернатива а не супститут остваривању приступа енкриптованом мобилном телефону.

---

ча страница, лозинки и др, а након тога се аутоматски (докле год корисник не искључи ту опцију) бекапују одређени садржаји на Гугловим серверима за складиштење података „у облаку“ (нпр. фотографије се бекапују у *Google Photos*, а поруке, датотеке и фолдери у *Google Drive*). Корисници мобилног телефона могу да изаберу да се бекап садржаја у уређају уопште не ствара и не чува ни на једном серверу.

<sup>33</sup> Орган поступка може да захтева остваривање увида у садржај похрањен на ајклауд платформи уколико постоји судска наредба, а потребно је да се наведе одговарајући *Apple ID* или адреса мејл налога, а уколико су непознати, пуно име и број телефона или физичка адреса корисника како би се идентификовао. Видети, Apple, Inc. 2020d. За надлежне државне органе ван САД важе иста правила, с тим да се захтев упућује у оквиру механизма за пружање међународне правне помоћи у кривичним стварима. Видети, Apple, Inc. 2020e. Од Гугла се у оквиру одговарајућих процедура може захтевати да преда податке бекаповане на његовим серверима. Видети, Google 2021.

<sup>34</sup> Бекап на Гугловим серверима је заштићен енкрипцијом а кључ се изводи из корисникове лозинке за Гугл налог (за поједине податке се изводи из лозинке за мобилни телефон), при чему ни Гугл не поседује кључ, па не може предати надлежним органима копију садржаја која се чува „у облаку“. Видети, Google 2020. Садржај у ајклауд платформи је енкриптован локално на серверу, 128-битним *AES* алгоритмом, али Епл поседује кључ за декрипцију, па те податке може предати надлежним органима. Уколико се, пак, подаци чувају на платформи треће стране (нпр. *Amazon Web Services* или *Google Cloud Platform*), Епл кључ не поседује. Поједини подаци (нпр. подаци о здрављу, плаћању, лозинке за *Wi-Fi* мрежу) заштићени су *end-to-end* енкрипцијом, а кључ се изводи из лозинке коју само корисник зна, тако да ни Епл нема приступ овим подацима у изворном облику. Видети, Apple, Inc. 2020c.



#### 4. ЗАКЉУЧАК

То што енкрипција целог интерног складишта података у мобилном телефону представља препреку у истрази, нарочито тешких кривичних дела, не би се смело користити се као аргумент против ње. Тврди се да се проблем „одласка у мрак“ може превазићи једино обавезивањем произвођача уређаја, твораца софтвера и пружалаца услуга складиштења података „у облаку“ да ослабе енкрипцију у уређајима, апликацијама и услугама, односно да задрже техничку способност да поступе по захтеву надлежних органа за остваривање приступа дешифрованим садржајима, тј. да омогуће „улазак на задња врата“. Овакав захтев поставља пред компаније безбедносне, економске и техничке изазове и неприхватљив је, јер не постоји начин да се енкрипција ослаби и заобиђе за једног корисника/уређаја а да се не угрози целокупан систем енкрипције. Поред тога, захтев није ни оправдан – без обзира на то што енкрипција представља препреку у истрази, она није непремостива, јер постоје други начини да се приступи подацима похрањеним у енкриптованом уређају.

У оквиру стратегије превазилажења енкрипције, тактика проналазачка кључа/лозинке може дати успеха чак и применом класичних криминалистичких тактика и техника, што зависи од околности конкретног случаја. Успешност тактике погађања кључа/лозинке је условљена техничким могућностима надлежних органа, односно применом форензичких алата који се заснивају на „нападу на силу“ или применом техника криптоанализе. У погледу упућивања захтева окривљеном за предају лозинке, њега штити привилегија од самооптуживања уколико се од њега тражи да открије садржај свог ума и искаже лозинку, али не и уколико се од њега захтева да преда уређај откључан након уноса лозинке или биометријске карактеристике јер оне постоје независно од његове воље. Искоришћавање постојећих рањивости у систему енкрипције се своди на употребу одговарајућих форензичких алата за екстракцију података и примењује се уколико су испуњени законски услови за претресање и вештачење мобилног телефона, уз поштовање ограничења утврђених у наредби за претресање, односно наредби за вештачење, а успех у примени тактике зависи од техничке опремљености надлежних органа. Постоје стандардизовани форензички алати који су подобни за екстракцију садржаја из енкриптованих мобилних телефона, што показују резултати о њиховом тестирању. Остваривање приступа уређају са даљине у моменту док је дешифрован представља својеврсно хаковање, па је нужно да је изричито предвиђено и уређено законом као посебна доказна радња, нарочито уз поштовање принципа легалитета, сразмерности и супсидијарности.

Успешност упућивања захтева пружаоцу услуга складиштења података „у облаку“ да преда копију садржаја мобилног телефона зависи од тога да ли се и који подаци складиште на њиховом серверу, да ли су и којом врстом енкрипције заштићени на серверу, односно да ли их пружаоци услуге могу надлежним органима предати.

Приказане тактике и технике нису идеално решење за превазилажење проблема енкрипције, ни у правном ни у техничком смислу. Неке од њих захтевају значајна финансијска средства и стручност, док су друге упитне са становишта безбедности информационих система, с једне стране, и заштите права корисника, а нарочито права окривљеног, с друге стране. Међутим, њихов значај се огледа у томе што показују да ипак постоје начини да се проблем енкрипције макар донекле превазиђе. Очигледно је да је, и поред и упркос енкрипцији, претресање и вештачење мобилног телефона могуће извршити, кроз употребу одговарајућих алата, уз помоћ којих се врши екстракција података из уређаја у складу са принципима дигиталне форензике, а све у постојећим правним оквирима, а да обавезивање компанија да ослабе енкрипцију или проширивање овлашћења надлежних органа није оправдано а тиме ни неопходно.

## ЛИТЕРАТУРА

- [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>, последњи приступ 14. јула 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/>, последњи приступ 16. јула 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] Писарић, Милана. 2019. *Електронски докази у кривичном поступку*. Нови Сад.
- [17] Писарић, Милана. 3/2020. Енкрипција као препрека откривању и доказивању кривичних дела. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 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](https://www.schneier.com/blog/archives/2015/06/history_of_the_.html), последњи приступ 14. јула 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 Selfincrimination 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.

## ОСТАЛИ ИЗВОРИ

- [1] Apple, Inc. 2020a. *Using USB accessories with iOS 11.4.1 and later*. April 15. <https://support.apple.com/en-us/HT208857>, последњи приступ 31. маја 2021.
- [2] Apple, Inc. 2020b. *Apple Platform Security*. <https://support.apple.com/guide/security/passcodes-sec20230a10d/web>, последњи приступ 31. маја 2021.
- [3] Apple, Inc. 2020c. *iCloud security overview*. <https://support.apple.com/en-us/HT202303#:~:text=Data%20security,end%2Dto%2Dend%20encryption>, последњи приступ 31. маја 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>, последњи приступ 31. маја 2021.
- [5] Apple, Inc. 2020e. *Legal Process Guidelines: U. S. Law Enforcement*. <https://www.apple.com/legal/privacy/law-enforcement-guidelines-us.pdf>, последњи приступ 31. маја 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/>, последњи приступ 31. маја 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>, последњи приступ 31. маја 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](https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/Publications/Reports/2019-12_CJM-5_EN.pdf), последњи приступ 31. маја 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](https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/Publications/Reports/2018-12_CJM-4_EN.pdf), последњи приступ 31. маја 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](https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/Publications/Reports/2017-12_CJM-3_EN.pdf), последњи приступ 31. маја 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](https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/Publications/Reports/2016-11_CJM-2_EN.pdf), последњи приступ 31. маја 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>, последњи приступ 31. маја 2021.
- [13] Google. 2021. *Transparency Report Help Center, Request for User Information*. <https://support.google.com/transparencyreport/answer/7381458?hl=en>, последњи приступ 31. маја 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>, последњи приступ 31. маја 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>, последњи приступ 31. маја 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>, последњи приступ 31. маја 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>, последњи приступ 31. маја 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>, последњи приступ 31. маја 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/>, последњи приступ 31. маја 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>, последњи приступ 31. маја 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>, последњи приступ 31. маја 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/testresultsnis\\_tmobiledeviceacquisitiontool-ufedinfieldkiosk\\_v7.5.0.875.pdf](https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/testresultsnis_tmobiledeviceacquisitiontool-ufedinfieldkiosk_v7.5.0.875.pdf), последњи приступ 31. маја 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>, последњи приступ 31. маја 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.







# /ПРИКАЗИ

Др Борис БЕГОВИЋ\*

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

Ово није прва књига о томе у чему то греши економска наука и на којој је то скретници донета погрешна одлука која је довела до пропасти те науке, ако је та делатност уопште наука. Такође, ово није ни прва књига о Чикашкој (економској) школи нити је нова теза да је управо та школа поспешила поменути наводну пропаст економске науке. Међутим, ово је прва књига у којој се Чикашкој школи приписује да је издала (иако се у наслову употребљава умеренији термин, напустила) класични либерализам. Занимљива, готово контраинтуитивна теза, имајући у виду да већина академског света из области друштвено-хуманистичких наука данас поистовећује Чикашку школу са економским либерализмом и са, за многе озлоглашеном, идеологијом неолиберализма.

У чему се огледа та издаја? Према мишљењу аутора – то постаје јасно већ на самом почетку књиге – све се у основи своди на две ствари: методологију и начин расправе. Пре свега, сматрају они, Чикашка школа је напустила начело класичног либерализма о пуној раздвојености позитивне, вредносно неутралне анализе, с једне стране, и нормативне анализе, с друге стране. Другим речима, нарушено је начело пуне раздвојености (непробојним зидом, *firewall*) економске науке и економске политике. Ту се већ назире први проблем анализе изнете у

---

\* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, [begovic@ius.bg.ac.rs](mailto:begovic@ius.bg.ac.rs).

овој књизи. Шта је то класични либерализам? Који то аутори спадају у ту школу? Да ли њих као школу дефинише заједничка методологија или, можда, идеологија, будући да либерализам подразумева скуп одређених вредносних начела, пожељних исхода? Аутори књиге се нису јасно одредили о том питању, али се може приметити да се њихова анализа односи на увиде великана класичне економске теорије, пре свих Адама Смита (*Adam Smith*) и Џона Стјуарта Мила (*John Stuart Mil*). То би, последично, значило да је у питању методолошка блискост, која је уочљива нарочито у наводном непробојном зиду који раздваја економску науку и економску политику. Међутим, онда из тог круга великана није оправдано искључити Дејвида Рикарда (*David Riccardo*), будући да је, како се с правом напомиње у литератури (Johnson 2020), управо он уклонио тај непробојни зид. Пре свега, тако што је своје препоруке за економску политику које се односе на слободну међународну трговину изградио на сопственим теоријским налазима о компаративним предностима земаља у међународној размени.

Следећи проблем анализе произлази из тога што аутори сматрају да је поменути раздвојеност пожељна и да је економска наука, односно, из другог угла посматрано, економска политика, кренула погрешним путем када је уклоњен тај непробојни зид (онакав какав је постојао у Миловом време) – када је економска политика постала нормативни део економске науке. Имплицитно, аутори заговарају, као начин оздрављења економске науке, враћање таквог непробојног зида у данашње доба. У том погледу се може јавити проблем због тога што се економска наука из доба класичне школе, закључно са Милом, и данашња економска наука методолошки знатно разликују, чак и више него ондашња и савремена привреда. За протеклих 150 година, од Миловог времена, много штошта се променило. За почетак, управо су се крајем XIX века догодила маргиналистичка револуција, коју је пратила одговарајућа смена страже: уместо класичне економске науке, на сцену је ступила неокласична, која је са класичном имала далеко мање методолошке везе него што то префикс „нео“ означава. Уз све модификације и допуне, основна неокласична парадигма и данас чини фундамент оног што се с правом назива матицом савремене економске науке. Управо та парадигма је омогућила да академски економисти данас боље објашњавају свет који их окружује, да далеко боље разумеју понашање привредних субјеката него што су то чинили економисти у XIX веку. Свиђало се то

неком или не, економска наука је (методолошки) напредовала.<sup>1</sup> Дакле, непробојни зид данас не мора да буде пожељан као што је био у XIX веку. Тим пре што аутори нису доказали да је непробојни зид у то време био супериорно решење са становишта економске политике. Штавише, најзначајнији пробој тог зида, Рикардово заговарање слободне међународне трговине, засновано на његовој теорији компаративних предности, био је један од највећих искорак тог времена у домену економске политике. Управо је тај искорак допринео преласку човечанства из ере стагнације у епоху одрживог привредног раста и привредног напретка до тада незабележеног у људској историји.

Проблемима анализе у овој књизи ту није крај. Следећи проблем се јавља у вези са увидом да је управо Чикашка школа напустила начело класичног либерализама о потпуној раздвојености позитивне, вредносно неутралне анализе, с једне стране, и нормативне анализе, с друге стране. То, једноставно, није тачно. Аутори у књизи износе обиље доказа да се то напуштање догодило далеко раније, практично уз успон неокласичне економске теорије, праћен њеном кодификацијом, повезаном са Маршаловим (*Alfred Marshall*) опусом, и уз успостављање економике благостања као дисциплине економске науке, што је Пигуово (*Alfred Cecil Pigou*) постигнуће. Управо је економика благостања, заснована на валрасијанској теорији опште равнотеже, послужила као научна основа за економску политику намењену максимизацији друштвеног благостања. Једноставно, пожељне су све оне мере економске политике којима се, на научној основи – не само на основу утисака, парцијалних сазнаја, резултата дебата и томе слично – максимизује друштвено благостање. Тиме је отворена пандорина кутија државне интервенције, будући да се од тада та интервенција могла научно оправдати – исто као и научни социјализам.

Та пандорина кутија је пуштена у пуни погон са академским и политичким успоном Кејнса (*John Maynard Keynes*) и настанком кејнсијанизма. Реч је о томе да је основна порука кејнсијанаца да слободно деловање тржишта не може да обезбеди економски успех, не може да се супротстави рецесији, већ је напротив ствара, и да је стога потребна широка

---

<sup>1</sup> Још средином прошлог века, један од великана Чикашке школе је записао: „Међутим, класична економска наука данас је постала нешто попут супститута класичних језика. Можемо, али не морамо да увећамо своју ерудицију, али обично закључујемо да мало шта можемо да научимо на методолошком плану од класичне економске науке“ (Stigler 1949, 25).

државна интервенција, углавном усмерена на управљање агрегатном тражњом, будући да се недостатак тражње сагледава као основни узрок стагнације.

Златно доба кејнсијанизма у деценијама после Другог светског рата у исто време је било, показују аутори, и кулминација разгранате државне интервенције, и то управо интервенције засноване на научним доказима, на налазима сада већ увелико математизоване економске науке и њене и даље доминантне неокласичне теорије. Оно што је кејнсијанизам био на макроекономском плану, захтевајући, на научној основи, фискални дефицит како би се обезбедила додатна агрегатна тражња, на микроекономском плану била је теоријска концепција несавршеног тржишта. Њени налази о различитим видовима те несавршености (екстерни ефекти, јавна добра, несавршена информисаност итд.) стварају научну, теоријску основу за државну интервенцију са циљем да се те несавршености коригују.

Но, да ли су ти помаци у економској науци били одлучујући за висок ниво и распрострањеност државне интервенције у САД, као првој земљи капитализма, у деценијама после Другог светског рата? Аутори у књизи пружају обиље информација о томе да они нису били одлучујући и јасно стављају до знања шта је пресудило. То је био успех државне интервенције у опоравку земље од Велике депресије (1929–1933), добра организација државних послова којом је добијен Други светски рат и репутација ефикасне државе у Хладном рату који, ако ништа друго, Америка није губила. Међутим, независно од тога шта је имало одлучујући утицај на распрострањеност државне интервенције, извесно је да су економика благостања и кејнсијанизам из угла економске науке то омогућили, односно да су пружили научно образложење за њу. Другим речима, ако је неко у том погледу издао либерализам у синтагми „класични либерализам“, онда су то били Пигу и Кејнс, а после њих Самјуелсон (*Paul Samuelson*) – дакле, нико из Чикашке школе.

Без обзира на то што сада постаје јасно да су аутори овом књигом промашили мету коју су сами нацртали, отварају се нова питања, односно израћају нови проблеми из њихових увида. Попут оног повезаног са синтагмом „класични либерализам“. Са методолошког становишта, јасно је да аутори имају у виду класичну економску теорију, односно политичку економију, како се она тада називала. То што су њени представници имали разумевање за идеологију либерализма, неки више, неки мање, нема утицаја на њихову економску методологију. Наравно, један од њих, Мил, свакако спада у најзначајније филозофе либерализма. Међутим, уколико се пређе на терен идеологије, односно политичке филозофије, израз класични либерализам у САД, где је књига писана

и објављена, има сасвим друго значење. Употребљава се, пре свега, као дистинкција, као израз којим се скреће пажња да није реч о либерализму који у савременој Америци представља синоним за политичку левицу. Понекад се, како не би било забуне о либерализму у класичном смислу речи, у САД говори о либертаријанизму, мада између либерализма XIX века и либертаријанизма свакако постоје значајне доктринарне разлике.

Следећи проблем произлази из налаза аутора књиге да отпор класичног либерализма према државној интервенцији, односно његово заступање идеја слободног тржишта, не произлази из његових научних налаза, увида економске науке, већ из здраворазумске скепсе према административним капацитетима тадашњих државних власти да управљају привредом. Тај налаз није образложен, односно у његов прилог није понуђен ниједан доказ. А осим тога је контраинтуитивно тврдити да је одбојност према државној интервенцији мислилаца који себе сматрају либералима, за које слобода, економска или политичка, сама по себи представља вредност, заснована искључиво на њиховој сумњи у делотворности те интервенције. Оно што је контраинтуитивно не мора неминовно бити нетачно, али треба веома пажљиво доказати да то није тако.

Наравно да није спорно да се Чикашка школа сврстава, на нормативном плану, у школу која високо вреднује слободно тржиште и његову способност да обезбеди ефикасну алокацију ресурса. Онда се, међутим, поставља питање у чему је то Чикашка школа напустила либерализам класичних либерала и њихово заступање идеје слободног тржишта. Из књиге произлази да је то начин на којих је Чикашка школа дошла до те своје нормативне позиције. За разлику од класичних либерала, Чикашка школа је до ње дошла на основу налаза економске науке.

Аутори, међутим, сами пишу да је Чикашка школа изазвала контрареволуцију у свету економских идеја. У том смислу, аутори нуде тезу да је Чикашка школа само реакција на револуцију која је омогућила доминацију идеје државне интервенције у послератном свету, пре свега у САД, и то на научним основама. Остаје нејасно због чега онда контрареволуција не би могла или не би требало да буде на истим (методолошким) основама.

Занимљиво је, међутим, питање да ли је или барем у којој мери чикашка контрареволуција заснована на научним основама. Аутори доста пажње посвећују идеолошкој опредељености водећих економиста чикашке школе, који су се успротивили јачању државне интервенције и, како су они сматрали, напредовању социјализма у свету. Окупљени

у друштво „Монт Пелерин“ (*Mont Pelerin*),<sup>2</sup> основано 1947. године под одлучујућим утицајем Фон Хајека (*Friedrich von Hayek*), они су се декларисали као идеолошки заговорници слободе – политичке, грађанске и економске слободе поставили су високо на лествици својих вредности. У том погледу нема разлике између њих и либерала XIX века. Научни радови најзначајнијих представника Чикашке школе нису представљали основу за њихово идеолошко опредељење. Научни допринос Фридмана (*Milton Friedman*) методологији економске науке и квантитативној теорији новца, на пример, није био одлучујући за његов негативан однос према државној интервенцији. Као што ни Стиглеров (*George Stigler*) научни допринос теорији цена и теорији олигопола или његов теоријски став о егзогености преференција, као ни његов методолошки став о обавези емпиријског тестирања теоријских хипотеза не представљају основу за његово опредељење у прилог слободе. Аутори књиге, једноставно, нису успели да покажу да постоји веза између теоријских и методолошких доприноса Чикашке школе и њеног начелног опредељења против државне интервенције.<sup>3</sup>

Следећи елемент који аутори књиге пребацују Чикашкој школи, следећа „издаја“ класичног либерализма, односи се на начин расправе. Док је, према мишљењу аутора, класични либерализам упућивао на расправу чија је сврха проналажење истине, можда више на расправу ради расправе – Миловим речима, „расправа зарад небеса“ – циљ расправе за Чикашку школу је само победа њихових идеја. Дакле, уместо кубертеновског „важно је учествовати“, Чикаго се определио за „важно је побеђивати“.

Можда је највећа вредност ове књиге то што њени аутори нуде обиље материјала из историје Универзитета у Чикагу и саме Чикашке школе, на основу којих се може закључити због чега је за ту школу било важно побеђивати. Укратко, због тога што су у односу на водеће америчке универзитете, оне обрасле бршљаном, Чикажани врло дуго били аутсајдери. Што су их универзитетске аристократе сматрале сиромашним рођацима из провинције, па се Чикаго срчано борио за своје место под сунцем. У књизи се јасно ставља до знања да је такав при-

<sup>2</sup> Погрешан, енглески изговор француског назива планине на обали Женевског језера на којој је одржан први састанак означава друштво, за разлику од географског појма.

<sup>3</sup> Тешко да је увид да је „Врховни циљ западног света [...] развој појединца: стварање највећег подручја за личне слободе појединца и с тим повезаног подручја личне одговорности“ (Stigler 1975, 285) производ било какве економске анализе. То је јасан идеолошки став.



ступ расправи Чикаго прихватио далеко пре него што се тај универзитет профилисао као седиште либералне економске школе, пре него што је настала Чикашка школа какву данас познајемо.

Међутим, тај начин расправе – важно је победити – независно од тога да ли се неком допада или не, у економску науку и расправу о економским политикама ушао је далеко пре него што је оформљена Чикашка школа. Свакако је тешко пронаћи зачетника таквог приступа, али је јасно да је Кејнс своје можда најпознатије дело (Keynes 1920) написао да би победио у области економске политике, да би његове препоруке у погледу немачких послератних репарација биле прихваћене, при чему је оне који се с њим нису слагали описивао бираним ружним речима. Није то била расправа зарад небеса него ради победе без остатка. И то не победе у академској, научној расправи, него победе у домену економске политике. У то доба град Чикаго није био познат по Чикашкој школи, она још увек није ни постојала, него по предводницима свеобухватног кршења управо успостављене прохибиције и бираним методама решавања њихових међусобних несугласица.

Можда су аутори у својој оцени чикашког приступа и начела „важно је победити“ у глави имали једног од водећих економиста Чикашке школе – Џорџа Стиглера.<sup>4</sup> Бриљантан, екстровеертан, заједљив, речит, жесток у расправи – Стиглер је за многе био и остао симбол Чикашке школе. Но, његове (жесточе) расправе су биле пре свега повезане са економском науком и неокласичном теоријом коју је непоколебљиво бранио. Таква је, на пример, расправа (Stigler 1968) о постојању тзв. Х-неефикасности (Leibenstein 1966), у којој се показало да Стиглер није у праву, будући да је (чикашка) економска теорија ту врсту неефикасности касније прихватила уз малу терминолошку измену – сада се назива производном неефикасношћу. Његове расправе су се у далеко мањој мери тицале економске политике. На пример, одлучујући ефекат на промену америчке антимонополске политике, то јест политике заштите конкуренције, имао је други Чикажанин – Роберт Борк (Bork 1978).<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Изабрани Стиглерови чланци сабрани су у зборнику који је објављен неколико година пре његове смрти (Leube, Gale Moor 1986).

<sup>5</sup> Чикашки приступ расправи о економским политикама првенствено је карактерисала заједљивост, пре него агресивност. Позната је анегдота о Фридману који је при посети некој од латиноамеричких земаља седамдесетих година прошлог века на путу са аеродрома ка граду угледао групу радника како копају користећи лопате и своје домаћине упитао због чега за земљане

Милова „расправа зарад небеса“ карактеристична је за филозофске расправе. Мил јесте био свестрани великан, али је ипак пре свега био филозоф. Економисти другачије приступају расправи и чини се да је та промена повезана са успоном неокласичне економске теорије, а само појачана са инсистирањем на емпиријском тестирању теоријских хипотеза. Независно од тога када је приступ „важно је победити“ превладао, а то је свакако било пре него што је оформљена Чикашка школа, питање на које аутори нису одговорили гласи: а због чега је то лоше? Да ли је такав приступ расправи заиста разлог пропасти економске науке? Ако јесте, због чега је то тако? Одговоре на та питање читалац не може да пронађе у књизи у чијем наслови се тврди да је нешто труло у држави економској. Читалац не сазнаје шта је то заиста труло, још мање како је иструлело.

Добро, било како било, шта је онда излаз, према ауторима књиге? Економску политику треба раздвојити од економске науке, као што је то (наводно) већ био случај у XIX веку. Дакле, за добру економску политику су потребни креативно размишљање и неоптерећеност налазима економске науке. Потом се у књизи нуди списак аутора који спадају у оне који су већ остварили тај идеал. Иако су на том списку два нобеловца, највећу пажњу читаоца ипак привлачи Родрик (*Dani Rodrik*). Он је вероватно најближи идеалу који се заговара у овој књизи. Реч је о креативном, бистром и духовитом аутору, богатог опуса. На први поглед, он је еклектичар који је спреман да размотри и прихвати сваку идеју о економској политици која у конкретним условима можда може да да добре резултате. Међутим, када почнете помно да пратите његове радове, неминовно се уочава једна једина конзистентност – антилиберализам. Све оно што има призив слободе, слободне трговине, слободног протока робе и капитала, слободног формирања курса валута, слободног усклађивања понуде и тражње, све то није добро. Потребна је контрола. Каква?

Родрик константно нуди бретонвудски модел, онај који је у светској привреди владао до краја шездесетих и почетка седамдесетих година прошлог века (Rodrik 2011). Укратко: златни стандард долара као резервне светске валуте, фиксни курсеви националних валута у односу на долар, високе царинске и нецаринске баријере и пуна контрола капиталних токова. Доказ пожељности модела: тада су САД и земље за-

---

радове не користе механизацију. На одговор домаћина да коришћењем лопата обезбеђују већу запосленост уследио је легендарно Фридманово реторичко питање: „А зашто им онда не дате кашике?“

падне Европе бележиле високе стопе привредног раста. Зашто се тај модел распао? Нема објашњења. Али се осећа благи додир носталгије: некад је било далеко боље.

Заиста, како су биле добре оне шездесете године прошлог века! Тада су Кинези током културне револуције масовно убијали једни друге, производећи једино храну довољну да преживе они који избегли стрељање, Индуси су масовно умирали од глади, источна Европа је била под совјетском чизмом, а латиноамерички народи под чизмама војних хунти, не производећи практично ништа. Да се можда нешто није променило од тог доба? Одговор је недвосмислен, и то уопште не залазећи у налазе економске науке који пружају довољно аргумената у прилог напуштања златног стандарда, успостављања флексибилног курса основних валута и слободне трговине. Да можда то што Америка више не расте оном стопом раста као некад, а и западна Европа нешто шепа у том погледу, није више него компензовано високим стопа раста земаља поменутих на почетку овог пасуса? Толико о Родриковом доприносу.

Међутим, аутори књиге, тешко уздрмани носталгијом, према свему судећи не желе повратак у Родрикове шездесете године прошлог века, они би да се свет врати право у XIX век. У доба свеprisутног биметалног, ако не златног стандарда, у време мале државе и њене интервенције, ниских пореза и јавне потрошње и скученог бирачког права, уз међусобна надметања (поштеног, све до Великог рата) метропола за све више колонија и, наравно, филозофских расправа о економској политици – зарад небеса. Баш је то било лепо време. Једини проблем је што је оно неповратно прошло, допадало се то неком или не.

Ова књиге читаоца може да подсети на „Поноћ у Паризу“. Сјајан филм Вудија Алена у коме главни јунак, згађен материјалистичком, за неке неолибералном данашњицом, на таласу носталгије за париским двадесетим годинама прошлог века, на магичан начин одлази у то доба, са Хемингвејем, Далијем, Фицџералдом, Буњелом, Пикасом, Матисом и сличнима по бистроима, само да би тамо сусрео неког из тог времена ко жели да се врати у још раније доба. Носталгија нема границе. Но, то је само леп филм и тако нешто може да се деси само на филму. А када прочитате књигу из економских доктрина у којој се озбиљно предлаже повратак у стари добри XIX век, буде вам жао што Вуди Ален није писао ништа из те области. Бар би било забавније.

## ЛИТЕРАТУРА

- [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.

**Мила ЂОРЂЕВИЋ, мастер\***

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

Док појам Пирова победа осликава победу извојевану уз толике губитке да се може сматрати поразом, аутори ове књиге осмислили су израз Пиров пораз како би описали пораз кривичноправног система САД који доноси толике користи појединцима да се изједначава са победом. У овој књизи је изнета емпиријски утемељена тврдња да је амерички кривичноправни систем направедан и да не третира све грађане једнако већ служи интересима богатих и моћних елита тако што своје репресивне снаге усмерава ка сиромашнима, истовремено игноришући или бенеvolentно поступајући према богатима. У медијима, судовима и затворима грађанима се континуирано приказује једна иста слика – кривична дела чине сиромашни и против њих се треба борити! На тај начин се емитује порука да стварна опасност за већину Американаца долази од људи који се на економској лествици налазе испод њих, а не од оних изнад. Аутори показују да такав поглед на систем кривичног правосуђа показује све дефектности општеприхваћене идеје да је систем заиста усмерен на заштиту живота, тела и имовине својих грађана. Та основна тврдња је подељена, разрађена, објашњена и поткрепљена бројним доказима у четири поглавља.

У првом поглављу „Контрола криминала у Америци: ништа не успева као пораз“ аутори емпиријски показују како је борба против криминала у Америци врло неуспешна и доказују исправност своје прве хипотезе: кривичноправни систем би могао да смањи високу стопу криминала, али он то заправо не жели. Он то не жели јер је слика о

---

\* Сарадница у настави, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, [miladjevic@gmail.com](mailto:miladjevic@gmail.com).

криминалу која тренутно постоји слика о сиромашнима као највећој претњи доминантном друштвеном поретку. У последњих 25 година забележени су огроман пораст броја Американаца који су на одслужењу затворске казне и знатан пад стопе криминала. Ипак, аутори показују да је само мали део тог смањења резултат политике кривичног система. Сједињене Америчке Државе су држава са највећим бројем затворених људи по глави становника, једина држава са већим бројем силованих мушкараца него жена (због огромног броја тих кривичних дела учињених у затворима), а једна савезна држава као што је Калифорнија има већи буџет за затворе него за високо образовање. Тренд „масовног затварања“, који се назива и „хиперзатварање“, „куга затвора“ и „бинцовање затвора“ омогућио је у периоду од 1980. до 2000. године изградњу већег броја затвора него што је икада изграђено у целој дотадашњој историји САД. Колико је тај процес попримио маха, говори и податак да сваки десети човек у Америци може да очекује да заврши једном у свом животу у затвору, а шансе су много веће ако је та особа црнац: свака трећа црна особа у САД заврши у затвору! Таква политика јесте допринела снижавању стопе криминала, али је тај допринос у најбољем случају био скроман, праћен огромним финансијским трошковима, повећањем расне неједнакости, општим незадовољством које је неколико пута ескалирало ширим друштвеним протестима и допринео бројним другим друштвеним проблемима.

Осим тих тврдњи, оправдано се поставља питање зашто масовно затварање није делотворно? Лишити слободе неко лице значи онемогућити га да и даље чини кривична дела у заједници, те пораст броја затвореника донекле заиста и смањује број кривичних дела. Ипак, та стратегија има одређена ограничења и споредне ефекте. Пре свега, криминолози су утврдили да мали број учинилаца кривичних дела учини диспропорционално много дела, тако да њихова идентификација и затварање заиста доприносе јавној сигурности. Масовна затварања повећавају шансе за затварање лица чија дела нису толико озбиљна, тако да такав начин санкционисања у малој мери доприноси јавној безбедности. Друго, како појединци старе, шансе да ће чинити кривична дела опадају. Због тога продужавање трајања казни за кривична дела не доприноси повећању јавне безбедности, ако су казне већ довољно дуге да затворенике држе у затвору док не остаре. Треће, аутори објашњавају да затвори функционишу као „школе криминала“ јер затворско окружење смањује личну одговорност, слаби шансе за рехабилитацију и може бити психолошки деструктивно. Бивши затвореници имају мање шансе да се запосле због свог кривичног досијеа, а може им се смањити и жеља да поштују право. Четврто, затвори не само да имају тенденцију да производе још криминала већ и лоше ути-

чу на породице преступника и на читаве заједнице. На пример, деца затвореника бележе лошије резултате у школама и имају веће шансе да постану делинквенти. Пето, преовлађујућа структура затвореника показује да велики удео затвореника служи казну затвора за кривична дела која су у вези са опојним супстанцама, што је последица увођења нових и поштравања постојећих казни затвора за ту врсту кривичних дела. Истраживања показују да се дилери који су на одслужењу казне лако замењују и да њихово затварање не доприноси у великој мери смањењу криминала. Ипак, њихово затварање има нуспојаве јер осуђени дилери, када једном напусте затвор, остају са кривичним досијеом са којим не могу да се запосле легално готово нигде.

Након детаљне анализе постојећих мера и њихове (не)делотворности, аутори приказују изговоре којима се систем служи да би успео да оправда своје неуспехе на пољу смањења криминала. Први изговор гласи: преблагі смо! Анализом правних прописа, аутори показују да казне затвора у Америци нису благе (чак напротив!) нити је опус кривичних дела мали. Други изговор гласи: трошкови модерног живота доприносе порасту криминала. Овај изговор се тиче живота у градовима и сугерише да је криминал нуспојава густе насељености. Аутори наводе супротан пример Јапана који је веома густо насељен, а има изразито ниску стопу криминала. Ову тврдњу не подржавају ни истраживања о криминалитету у америчким градовима. Последњи изговор: кривите децу! – значи да су млади једноставно склони криминалу јер је период одвајања од родитеља тежак и много младих се у том процесу не снађе легално. У томе има истине јер су 44% (решених, пријављених или процесуираних) убистава учиниле особе млађе од 25 година. Ипак, пораст криминала у САД већи је од пораста броја младих људи у укупној популацији, те се целокупна висока стопа криминала не може објаснити тиме.

Још једна проблематична ствар у вези са политикама које су склоне отварању великог броја затвора и запошљавању великог броја полицајаца јесте у чињеници да се тиме решавају последице, а не узроци. То аутори користе као аргумент да САД суштински не желе да реше питање криминала јер да желе, много више пажње и подршке би усмериле решавању до сада познатих извора криминала. Аутори инсистирају на појму „извори криминала“ (енг. *sources of crime*), а не „узроци криминала“ (енг. *causes of crime*) јер су путеви ка злочину мање директни и сложенији су од једноставног односа узрок-последица. До сада је доказано да су сиромаштво, незапосленост и недостатак основних животних потрепштина извори уличног криминала. Знамо

да они доводе до отуђења од друштвених институција и да смањују вероватноћу за живот у складу са правним прописима. У наставку, аутори анализирају најзначајније изворе криминала у САД.

1. Сиромаштво и друштвена неједнакост. Да би се разумео феномен криминалитета, морају се разумети лични избори криминалаца. Истраживања показују да се много њих окреће криминалу јер су то видели у комшилуку или месту где су одрастали које је најчешће био претежно сиромашно. То не значи да богати не краду, њих само не покреће потреба већ похлепа. У основи оба кршења закона налази се проблем неједнакости у друштву.
2. Затвор. О томе је већ било речи у претходним пасусима, што само показује да су затвори контрапродуктивни у борби против криминала.
3. Оружје. Често се може чути да оружје не убија људе већ да људи убијају људе. Али оружје знатно олакшава убијање. У Америци има више оружја него људи, а број оружја по глави становника је четири пута већи него у Канади, Новом Зеланду, Немачкој, Француској, Шведској... Резултат такве статистике је да је смртност приликом пљачки у САД око 20 пута већа него у другим развијеним земљама. Занимљиво је да Италија и Аустралија имају стопу крађа упоредиву са оном у САД, али је, због ефикасне контроле оружја, стопа смртности у тим случајевима много мања.
4. Забрана употреба дрога. САД имају највећу стопу смртности у свету изазване злоупотребом психоактивних супстанци. Иако су САД од америчког председника Никсона објавиле рат наркотицима, они су и даље јефтини и свеприсутни. Постоје многобројни докази да су покушаји да се проблем трговине наркотицима реши гори од саме зависности. Већина људи психоактивне супстанце повезује са криминалом јер зависници често краду да би подржали своје навике. Међутим, то нису једини начини на које опојне дроге доводе до настанка криминала. Њихова цена на улицама повезана је са њиховом незаконитошћу јер сви у ланцу дистрибуције морају да профитирају довољно да надокнаде ризик бављења тим послом. Велики део насиља у вези са трговином психоактивним супстанцама такође је повезан са чињеницом да су оне нелегалне а њихова трговина у рукама банди и организованог криминала, па се њихови спорови не решавају по правилима слободног тржишта или правним механизмима. САД су се упутиле у рат против нарко-



тика који их је коштао милијарде долара, при чему су затворени милиони људи, а све то је донело малу промену у њиховој злоупотреби.

Аутори дају један предлог за решење – ефикасније је декриминализовати наркотику, опорезивати њихову производњу и продају и добијени новац преусмерити на лечење болести зависности. То су основне идеје чији је циљ смањење штете коју наркотици наносе друштву и које произилазе из премисе да је употреба наркотику неизбежна и неискорењива у друштву. Аутори сматрају да психолози, социјални радници и лекари могу учинити много више на смањењу негативних последица употребе и злоупотребе дрога него кривичноправни систем и у ту сврху наводе примере других држава у којима је употреба наркотику декриминализована, али то није довело да повећања броја њених корисника. На самом крају првог поглавља аутори наводе шта би заиста могло да помогне у смањењу криминала на улицама осим декриминализације опојних супстанци: спречавање насиља у породици, развијање интелектуалог и социјалног потенцијала деце, подршка адолесцентима, рад са људима који су изашли из затвора...

У другом делу књиге „Кривично дело под било којим другим именом...“<sup>1</sup> аутори показују да кривичноправни систем има задатак да дела која су опасна по друштво препозна као таква и да их онда процесуира, али да се у САД као опасна дела представљају само нека, док се нека друга, подједнако опасна, толеришу. Кривично право је слика (одраз) опасности на улицама, али да ли је тако у америчкој пракси и да ли је тренутни одраз реалан? Аутори не само да нуде негативан одговор на то питање већ тврде и да систем селективно бира која ће дела препознати као опасна и уврстити их у кривични законик. Грађани Америке су изгубили много више новца од пореских превара, недозвољених смањивања плата и слично него од уличних џепароша, иако грађани блаже гледају на злочине из прве категорије. Статистика је показала да ће у року од 40 минута један Американац бити убијен, а четворо погинути због небезбедности на радном месту. Зашто се једно толерише, а друго не? Једно се назива убиством, а друго незгодом. Аутори закључују да је наша свест о криминалу креирана – систем одређује кога ћемо назвати криминалцем и шта ћемо назвати злочином, ставља акценат на штетна дела сиромашних, док штетна дела богатих остају некажњена ради заштите богатих, а на штету сиромашних.

---

<sup>1</sup> Алузија на драму „Ромео и Јулија“ Вилијама Шекспира у којој Ромео изговара: „Ружа би дивно мирисала и да је другим именом зовемо.“

Уколико се вратимо на метафору кривичног права као огледала, аутори то називају лажним огледалом, као одраз огледала на карневалу који деформише објекат пред собом, стварајући слику да су у овом садашњем систему највеће претње по грађане сиромашни. Аутори не тврде да убиства и крађе нису опасна и штетна кривична дела већ да једнаку или већу опасност по наше здравље и тело могу да имају неки акти који се не дефинишу као криминални. Због тога аутори заступају тезу да је конституисање кривичноправног система „креативан посао“ јер систем сам бира шта је опасно и шта ће се назвати кривичним делом. У том одлучивању, реална опасност догађаја није једини разлог због којег неко дело називамо кривичним. Медији играју велику улогу у стварању те деформисане слике – на пример, убиства су тема половине свих програма о криминалу, док количина извршених убистава заузима мали проценат у односу на укупну количину извршених кривичних дела. На тај начин се, осим типичног учиниоца кривичног дела (мушкарца, млад, из урбане средине, црнац и сиромашан), у јавност пласира идеја о типичном кривичном делу. Још важније, усредсређивањем на кривично дело убиства склања се фокус са осталих кривичних дела која типично чине добростојећи – као што су пореске утаје, еколошка кривична дела, криминал белих оковратника и сл.

Када грађани промишљају о кривичним делима, они обично претпостављају однос „један на један“, односно интеракцију у којој једна особа жели да повреди другу. И такво размишање иде у прилог слици о сиромашнима као типичним учиниоцима кривичних дела и помаже у одржавању погрешне представе о богатима као учиниоцима кривичних дела. Када помислимо на власника фабрике који је уштедео на сигурносним системима и тиме узроковао смрт одређеног броја својих радника, не падне нам на памет да је он криминалац, иако су његовом одлуком људи погинули. Али ко је опаснији по друштво? Да ли је особа која убије другог у тучи у бару већа претња по друштво од пословног руководиоца који одбије да се одрекне дела своје добити како би своју фирму учинио сигурнијим местом за рад? Пошто директор својим радницима директно не жели зло и пошто је само индиректно одговоран за њихову смрт док тежи легитимним економским циљевима, његова дела се не доживљавају као „злочини“ у лаичком, свакодневном смислу. Међутим, по било којим мерилима смртности и патње коју могу да изазову, ова друга ситуација је далеко тежа и представља много већу опасност по живот и тело других лица.

У том погављу се анализирају штетна друштвена понашања богатих која систем не процесуира. Називи потпоглавља лаконски казују на које праксе богатих аутори мисле: „посао може бити опасан по твоје

здравље“ и „здравствена заштита може бити опасна по твоје здравље“. Статистички подаци показују да је у Америци 2014. године било 7.000 убистава, а чак 50.000 повреда са смртним исходом на раду (аутори књиге и то називају убиствима). Сваког дана у Америци погине на послу 12 људи, а повреди се око 3,3 милиона. Та штетна пракса опстаје, с једне стране, зато што су казне мале за оне који крше прописе о безбедности на раду и због тога што радници не пријављују повреде настале на раду, из страха да ће изгубити посао.

У другом делу другог поглавља „Здравствена заштита може бити опасна по твоје здравље“ наводи се да су три највећа узрока смрти у Америци срчани удар, канцер и неадекватно лечење. Према истраживањима, 16 хиљада Американаца умре од непотребних операција. Та бројка је добијена поређењем броја лекара који су плаћани месечно и оних лекара који су плаћани по операцији. Истраживања показују и да 20% лекова који се препишу нису заиста неопходни за лечење. Такође, једнако опасне су и цигарете, лоша исхрана, загађење, па и сиромаштво. Истраживања показују да су различите стопе смртности по класама. После приказа тих података, постаје јаснија тврдња аутора да кривичноправни систем Америке своје грађане не штити од највећих претњи по њихов живот и тело и не процесуира опасна дела богатих.

У трећем делу књиге „...и сиромашни одлазе у затвор“ аутори показују да је кривичноправни систем класно оријентисан и да тенденциозно ради на томе да повећа вероватноћу да заврше у затвору они са дна друштвене лествице. То функционише на два начина. Прво, када исто или слично кривично дело изврши богати и сиромашан учинилац, веће су шансе да сиромашан буде ухапшен и осуђен и да му буде досуђена дужа казна него припаднику средње и више класе. Осим класе, постоји и расна димензија дискриминације, при чему се ове две по правилу укрштају: црни преступници који убију црнце имају двоструко веће шансе да добију смртну казну него када је белац и починилац и жртва. Статистика је још погубнија када црни преступник убије белца: он има четири пута већу шансу да добије смртну казну него црнац који је убио црнца. Друго, између кривичних дела које карактеристично чине сиромашни људи (тзв. улични злочини) и оних типичних за богате (криминал белих оковратника и корпоративни криминал), систем много оштрије третира прве. Чак и када кривична дела која су починили добростојећи однесу далеко више друштвеног буџета или узрокују много више смрти и повреда. Како би поткрепили своје тврдње, аутори упоређују казне за уличне злочине са казнама и третманом који су имали они одговорни за смрт и разарање на радним местима: сканда-

ли у вези са штедњом са краја прошлог века, финансијске преваре у компанији „Енрон“ и у другим великим корпорацијама, финансијска криза 2008. године и сл.

Последње, четврто поглавље представља рекапитулацију претходних и подсећа на троструки неуспех кривичноправног система САД: (1) неуспех да се успоставе политике које ће заиста ефикасно смањити високу стопу криминала, (2) неуспех да се као кривична дела уврсте и процесуирају она која чешће врше богати и (3) да се елиминише пристрасност према сиромашнима за она дела која се већ сматрају кривичним делима. Упорност троструког неуспеха објашњена је позивањем на појам „историјске инерције“, то јест на чињеницу да се тренутни облик политике кривичног правосуђа појавио знатно раније. Када се појавио, одговарао је стварним претњама по живот, тело и имовину и, упркос својим неуспесима током времена, истрајао је јер његови неуспеси углавном штете сиромашнима а погодују богатима. Тако и тренутна политика кривичног правосуђа не ствара подстицаје за промену система за оне који имају моћ да то ураде. Неуспели систем кривичног правосуђа њима користи јер емитује поруку да претња по америчко благостање долази од оних који се налазе најниже на економској лествици, а не одозго. Такође, то ствара слику да сиромаштво не настаје из друштвених узрока већ из моралне изопачености сиромашних. Такође, аутори тврде да постоји имплицитна идеолошка порука било ког кривичноправног система који се фокусира на индивидуалну кривицу да је сам друштвени систем праведан. Аутори тај начин гледања на политику кривичног правосуђа називају теоријом Пировог пораза: неуспех кривичноправног система доноси такве користи онима који су на моћним положајима да за њих он заправо представља победу. Џефри Рајман (*Jeffrey Reiman*) и Пол Лејтон (*Paul Leighton*) надовезују се на марксистичку мисао да су закони оружје богатих за контролу радничке класе. Сличну идеју је имао и Мишел Фуко (*Michel Foucault*) који је тврдио да неуспех кривичног система доноси одређене користи друштву.

Велика предност ове књиге је начин на који је написана – врло питко, лако за праћење и пријемчиво широј читалачкој публици. Такав стил писања и одговара намери аутора да се на једнак начин обрати студентима, научној заједници и сваком грађанину и покаже да много тога што се дешава у кривичноправном систему Сједињених Америчких Држава крши њихов осећај елементарне правичности. Иако врло перспективно дефинисан, циљ књиге да докажу да друштвени систем не функционише на начин на који се представља да функционише и да скицирају читаву теоријску перспективу из које би се разумело

зашто кривичноправни систем не успева да буде онакав каквим се представља, аутори су у великој мери успели да испуне. Чињеница да је свако наредно издање допуњавано свежим примерима из праксе и новим истраживањима с једне стране показује искрену намеру аутора да својим истраживањем едукују грађане, али указује и на један крајње песимистичан заључак, с друге стране, да се ситуација у земљи од првог издања није много побољшала. Коначно, можда највећа похвала и оно што је допринело великој популарности овог дела (књига је први пут објављена 1979. године, након чега је доживела још 11 издања) јесте потенцијална примењивост изнетих тврди. Иако се ова књига односи само на друштвено стање у САД, њени закључци могу да буду смерница за слична истраживања у другим државама и(ли) полазна тачка за промишљање о кривичноправном систему у другим земљама.

Том емпиријски богатом делу недостаје чвршће теоријско утемељење изнетих резултата. Просто је штета што аутори Џефри Рајман, који је професор емеритус на Америчком факултету у Вашингтону и бави се филозофијом кривичног права, и Пол Лејтон, професор на Катедри за социологију, антропологију и криминологију на Источном универзитету Мичиген, нису искористили оно што им пружају њихове вокације. Иако ће многи рећи да емпиријски подаци говоре довољно сами за себе, а ова књига обилује примерима и искуствено изведеним тврдњама, нека додатна објашњења добијених налаза повећала би квалитет овог дела и њихову ширу научну примењивост. Такође, ради што веће разумљивости текста, неки делови се непотребно понављају. Ипак, књига представља својеврстан колаж тренутног стања кривичног права у Америци састављеног од многобројних мањих истраживања. Тај колаж показује тужну слику америчке стварности уместо „америчког сна“. Систем је врло селективан на штету сиромашних, врло неправедан према њима, а свако настојање да се систем „обрачуна са криминалом у Америци“ само погоршава њихов положај, док истовремено погодује богатима.

**Др Ивана МАРКОВИЋ\***

**Вуковић, Игор. 2021. *Кривично право: Општи део*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 586.**

Уџбеник *Кривично право: Општи део* аутора др Игора Вуковића, редовног професора Правног факултета Универзитета у Београду, изашао је из штампе фебруара 2021. године.

Реч је о делу које на XXVII + 586 страна обухвата материју писану начелно за студенте основних академских студија, али садржи и делове који су предвиђени за изучавање на мастер и докторским академским студијама. Сегменти намењени постдипломцима штампани су ситним словима (у тзв. петиту, укључујући текст у подбелешкама). Спајањем материје сва три нивоа студија, уз њихово истовремено визуелно издавање, аутор је применио методолошки иновативан приступ. Прагматично олакшава студентима касније обнављање градива основних студија; студентима на другој години уз прве кораке на путу кривичног права омогућава увид у оно што следи, док оним посебно заинтересованима пружа продубљене одговоре на нека питања.

Још један новитет код нас, јесу, осим ознаке страна, означавања пасуса ради лакшег проналажења и каснијег цитирања релевантног места, што је иначе устаљена пракса у немачким уџбеницима и коментарима закона. Осим предговора и регистра појмова, књига садржи списак коришћених скраћеница и списак скраћено цитиране опште литературе. Само последња поменута листа садржи преко 100 одредница, при чему се подједнако користе и домаћи и страни извори. То одражава наум, истакнут у предговору, да се објасне „основна догматска кретања у домаћој и страниј (континенталној и англо-америчкој) кривичноправној доктрини“. С тим у вези, запажа се да се аутор трудио

---

\* Доцент, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, [ivana.markovic@ius.bg.ac.rs](mailto:ivana.markovic@ius.bg.ac.rs).

да избегне туђице, тј. давао је предност изразима на српском језику тамо где су постојали као опција. Обрадом многобројне иностране литературе, с друге стране, проширио је нашој доктрини приступ страном правној мисли.

Уџбеник је подељен у 10 поглавља, с тим што је општем појму кривичног дела, његовим елементима и са њима повезаним институтима – заправо централним питањима кривичног права, посвећена највећа пажња.

Прво поглавље („Основи кривичног права“) уводи у материју кривичног права, осврћима на његов појам и задатак, место у правном систему, изворе, развој у Србији, те у међународним и европским оквирима. Као најзначајније начело препознато је начело законитости из чл. 1 Кривичног законика<sup>1</sup> у засебном поднаслову, на које се надовезује одељак о тумачењу кривичноправних норми. Поглавље се заокружује питањима важења кривичног законодавства Србије, које чини „тројство“ његовог просторног, временског и персоналног важења.

У другом поглављу („Општи појам кривичног дела“) постављају се временске и просторне координате кривичног дела, да би у наредном делу уџбеника били подробно анализирани његови елементи. Тако је први чинилац, радња, обрађена у трећем поглављу („Кривичноправна радња“). При томе Вуковић, иако поборник става да је тростепени општи појам кривичног дела довољан јер није могао да се уобличи „иоле прихватљив појам кривичноправне радње“, чији се практични значај иначе „своди на вршење разграничавајуће функције“, због озакоњења апсолутне силе као нарочитог формалног основа искључења кривичног дела према чл. 21 ст. 1 КЗ (стр. 58), поштујући то индиректно потврђено четворостепено одређење општег појма кривичног дела у КЗ, у даљем излагању наводи када се може сматрати да је искључена кривичноправна радња. Аутор, између осталог, инсистира на изостанку управљивости понашања (стр. 61).

По свом значају, један од главних и догматски најзахтевнијих делова јесте четврто поглавље („Предвиђеност дела у закону – обележја законског описа“). У њему се објашњавају обележја бића кривичног дела, услови инкриминације (кажњивости), да би се потом врло детаљно и научно свеобухватно обрадила два питања, која неспорно спадају међу најтежа у материји кривичног права: узрочност и објективно

---

<sup>1</sup> Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС* 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

урачунавање, као и кривична дела нечињења. Говорећи о теорији еквиваленције, аутор разликује и примерима приближава хипотетичку, претекнуту, кумулативну и алтернативну каузалност. Осврће се детаљно и на остале проблеме из праксе (типичне варијације у каузалном ланцу), које идентификује као коректив урачунавања. Код кривичних дела нечињења, гарантне позиције разврстава на заштитне и надзорне, са даљим рашчлањивањима унутар сваке од њих (стр. 107 – 114).

„Основи искључења противправности – основи оправдања“ тема су петог поглавља. Новоуведени израз – основи оправдања, који искључују трећи елемент општег појма кривичног дела, треба посматрати у вези са још једним новим појмом, основима извињења, који искључују кривицу као четврти елемент. Изрази потичу из немачке доктрине, у којој се говори о *Rechtfertigungsgründe* (основи оправдања), односно *Entschuldigungsgründe* (основи извињења), и посебно долазе до изражаја у расправи о крајњој нужди, која према тамошњем праву може да се појави у оба облика, тј. као основ искључења противправности, али и као основ искључења кривице (сходно тзв. диференцирајућем учењу, спрам теорије јединства која важи у нашем праву, стр. 152). Терминолошким упаривањем као што је ово (основи оправдања – основи извињења) подржава се њихова препознатљивост, а уједно и поспешује снажање у не сасвим једноставној систематици кривичног права. Пето поглавље започиње општим разматрањима о основима оправдања, да би се у наставку обрадила два института која се често јављају у пракси и теорији – нужна одбрана и крајња нужда. Трећи законски основ, дело малог значаја, сумарно је приказан, у складу са његовим умањеним значајем због доминантног (процесног) начела опортунитета кривичног гоњења. Ближе је осматрен пристанак повређеног, који се, премда није законски основ, теоријски и практично препознаје на многим местима општег и посебног дела кривичног права. Искључење противправности заокружено је другим важнијим основима оправдања, чија је систематизација обогаћена основима које доктрина није уопште или их је спорадично разматрала, а скоро никада у контексту противправности као трећег елемента кривичног дела (пре свега, хапшење при извршењу кривичног дела, дозвољена самопомоћ, административно одобрење, основи оправдања према међународном праву)

У поглављу шестом, „Кривица и основи извињења“, следи објашњење кривичноправног и материјалног појма кривице те основне напомене о умишљају и нехату, пре него што у наставку буду подробно анализирани. На основу већинског схватања кривице као психолошко-нормативне категорије, аутор се пита шта уопште представља предмет прекора



који се упућује. Он овај материјални појам кривице види у питању слобде воље, односно у могућности другачијег поступања у конкретној ситуацији (стр. 199, 200). Исправно примећује да се недораслост сматра (имплицитним) основом извињења, с обзиром на то да је према чл. 2 Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица<sup>2</sup> искључена кривична одговорност лица које у време извршења противправног дела није навршило 14 година. То даље значи да у нашем праву постоје четири (не три) основа искључења кривице: недораслост, неурачунљивост, неотклоњива стварна заблуда и неотклоњива правна заблуда. Аутор такође наглашава да елементи кривице имају различиту садржину, да су формално равноправни и да се испитују одвојено, што је супротно схватањима у делу домаће судске праксе, значи да неурачунљивост не искључује могућност умишљајног поступања (стр. 197). Говорећи о свесном и несвесном нехату и захтеву дужне пажње, Вуковић инсистира на стандарду брижљивости, односно на томе „како би у датим околностима поступио просечан разуман и пажљив човек у социјалној улози учиниоца“ (стр. 225). Иначе, колико су комплексна питања прилагођена и учињена приступачним студентима, показује сажето „превођење“ Франкове формуле на памтљиве, хипотетичке учиниоцеве узвике – „Како год!“ (тада евентуални умишљај) и „Ма неће ваљда!“ (тада свесни нехат) – као реакције на помисао да ће наступити штетан исход (стр. 215). Неурачунљивост, стварна заблуда и правна заблуда као традиционални основи искључења кривице објашњени су у наставку. Поглавље се завршава сразмерно краћим лекцијама о кривичноправном значају силе и претње, одговорности за тежу последицу, одговорности за кривична дела учињена путем средстава јавног информисања и кривичној одговорности правних лица.

Поглавље седмо („Стадијуми кривичног дела“) посвећено је једном од ужих поља интересовања аутора, с обзиром на то да је реч о области у којој је докторирао и у којој је својевремено доказао зашто се наизглед истражено и уврежено може (и треба) посматрати на другачији начин. Због тога је у поглављу извршено рашчлањивање и продубљивање материје у односу на досадашња излагања у нашој теорији. Наиме, читаоцима су најпре објашњени неправдо радње и последице кривичног дела (такође новоуведени појмови), а потом теорије о покушају, као и његова структура, при чему се истиче несамосталност бића покушаја, „док се његова обележја увек изводе из бића конкретног довршеног деликта. Другим речима, не постоји некакав покушај по себи; увек се ради

---

<sup>2</sup> Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, *Службени гласник РС* 85/2005.

о покушају убиства, крађе, силовања, итд.“ (стр. 287). Аутор истиче да интелектуалну страну умишљаја чини и представа о току дела – учиниочев план (стр. 290). Лекцију о припремању кривичног дела прати приказ класичних учења о разграничењу припремања и покушаја. Почетку покушаја посвећено је много пажње, утолико што је анализа извршена у односу на седам констелација (свршени покушај непосредног извршиоца – несвршени покушај непосредног извршиоца – покушај посредног извршиоца – покушај саизвршиоца – покушај кривичног дела нечињења – покушај квалификованог облика кривичног дела – покушај дела слободног у узроку), чиме је још једном сублимирано доктринарно умеће у неколико лекција. Следи излагање о неподобном покушају и о кажњавању за покушај. Надовезује се део о материјалном довршењу кривичног дела, који се завршава добровољним одустанком као последњом, дужом потцелином.

„Стицај кривичних дела“ тема је наредног поглавља. Да би се могло говорити о стицају, треба одговорити на претходно питање под којим претпоставкама постоји (само) једно кривично дело, посебно када је оно сачињено од више телесних аката (правно и природно јединство дела), а тиме управо започиње осми део. Након разјашњења појма и врста стицаја, говори се о привидном идеалном стицају у његова четири вида. Када се говори о консумпцији и њој својственом односу доминантног и потиснутог дела, истичу се и објашњавају случајеви некажњивог пратећег дела, некажњивог претходног дела и некажњивог накнадног дела (стр. 351–354). Поглавље се окончава лекцијом о продуженом кривичном делу, где се јединственом умишљају, као варијабилном елементу, супротставља тзв. продужени умишљај, за који није нужно да је учинилац већ приликом прве радње планом у основним цртама обухватио и касније акте; довољно је да се нова одлука о понављању дела накнадно надовеже на постојећу (стр. 360).

Богато девето поглавље посвећено је саучесништву у кривичном делу. Након дефиниције појма и врсте саучесништва у ширем смислу, дати су критеријуми за разграничење извршилаштва и саучесништва. Непосредно извршилаштво је такође ближе осмотрено, да би уследила дискусија о саизвршилаштву. Посредно извршилаштво, наредна потцелина, детаљно је осветљено. Упркос доктринарно нејасних обриса, узрокованих недостатком законске дефиниције и неповерљивим приступом нашег права, оно је опстало; пре свега као вид попуњавања правних празнина (стр. 382). Објашњавајући детаљно (не)могуће ситуације посредног извршилаштва, Вуковић га оивичава и тиме заправо догматски показује његову могућу примену. Након лекције о

основу кажњавања за саучесништво, следе излагања о подстрекавању, помагању, организатору криминалне групе, нужном саучесништву и границама одговорности и кажњивости саучесника.

Последње поглавље посвећено је посве хетерогеној целини кривичних санкција. Уводна излагања о њиховом систему и општој сврси, систему казни и сврси кажњавања праћена су ближим одређењем појединих санкција. Држећи се законског редоследа, аутор пажњу посвећује најпре, 2019. године уведеној, казни доживотног затвора, замени за казну затвора у трајању од 30 до 40 година. Следе излагања о казни затвора, условном отпусту, новчаној казни, раду у јавном интересу и одузимању возачке дозволе. Редовно и ванредно одмеравање казне тема су наредних одељака („Одмеравање казне“, „Поврат“, „Ублажавање казне“, „Ослобођење од казне“, „Одмеравање казне за стицај кривичних дела“ и „Одмеравање казне осуђеном лицу“). Након мера упозорења (условне осуде и судске опомене), говори се о појму, систему и сврси мера безбедности, да би у наставку свака од једанаест мера била појединачно обрађена. Одузимање имовинске користи прибављене кривичним делом и одузимање имовине проистекле из кривичног дела две су засебне лекције у наставку. Правне последице осуде, рехабилитација, казнена евиденција, застарелост, амнестија и помиловање заокружују тематику, док се поглавље завршава лекцијом о кривичним санкцијама према малолетницима.

Књига *Кривично право: Општи део* Игора Вуковића несумњиво представља значајан искорак у најмање два смисла. Најпре дидактички, уџбеник одликују прегледност и јасноћа, чита се неуобичајено брзо, а разуме лако. Целине логично прате једна другу и редослед из КЗ. Премда је реч о материји која се, по правилу, може потпуно разумети тек на самом крају, када се мозаик кривичног права сложи, чини се као да то правило овде не важи. Лекције су писане разумљивим језиком, надовезујући се на претходно стечено знање, илустроване су мноштвом упечатљивих примера и поткрепљене богатом судском праксом, тако да се недоумице, ако се и појаве, одагнају већ у самој лекцији. На постављена питања дати су одговори.

Научно посматрано, нису само „објашњена основна догматска кретања“, како стоји у предговору, већ је учињено много више од тога. Најважнија питања су за почетак свеобухватно објашњена, а где је било неопходно, и (ре)систематизована, али и анализирана, продубљена, потврђена или оповргнута, а дати су и предлози *de lege ferenda*. Извесно ће *Кривично право: Општи део* врло брзо постати стандардно дело кривичног права код нас, али и шире. Не зато што се ради о уџбенику кривичног права највећег правног факултета у региону, већ зато што

концепцијски и садржински, својим свеобухватним приступом и показаним квалитетом, он управо превазилази оквири уџбеника (и многих научних монографија), а при томе ипак остаје чврсто на земљи језичке разумљивости и логичке кохерентности. Напоследку, можемо бити задовољни што се ламент немачких професора да се тамо „све објављује, а скоро ништа не чита“,<sup>3</sup> барем у овом другом делу, не односи на ситуацију код нас. Наиме, чини се да се у домену казненог права у последње време ретко која публикација тако ишчекивала као нови уџбеник кривичног права, а исто тако се чини да је *Кривично право: Општи део* аутора Игора Вуковића увелико превазишло та очекивања.

## ЛИТЕРАТУРА

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

---

<sup>3</sup> Rotsch 2020, 472.

**Ивана РАДИСАВЉЕВИЋ\***

**Делић, Наташа. 2021. *Кривично право: Посебни део*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 464.**

У априлу 2021. године у издању Правног факултета објављен је уџбеник *Кривично право: Посебни део* др Наташе Делић, редовног професора Правног факултета Универзитета у Београду, чиме је њено вишегодишње проучавање те области заокружено и преточено у дело монографског карактера.<sup>1</sup> У укупно 23 поглавља ауторка анализира 113 кривичних дела која, према њеним речима, „због своје природе имају већи теоријски и практични значај“, односно у вези с којима постоје спорна питања или представљају новије инкриминације (стр. 13).

Садржај монографије је усклађен са структуром посебног дела Кривичног законика – називи поглавља у уџбенику одговарају називима законских глава у којима су кривична дела систематизована према групном заштитном објекту. На почетку сваког поглавља издвојене су заједничке карактеристике кривичних дела систематизованих у предметној глави, при чему је, када су аналитички захтеви то налагали, ауторка представила и одређена нормативна решења из других правних области.

И анализу кривичних дела одликује уједначен методолошки приступ који, као црвена нит, повезује излагање у складну целину. Другим речима, Делић обрађује елементе објективног и субјективног бића основног, тежих, лакших, односно посебних облика кривичног дела, а кроз призму учења општег дела кривичног права – детаљно разматра

---

\* Асистент, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, *ivana.radisavljevic@ius.bg.ac.rs*.

<sup>1</sup> У писању је учествовала и доцент др Ивана Марковић, која је обрадила кривична дела из чл. 117, 260, 269 и 275 Кривичног законика – КЗ, *Службени гласник РС*, 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

радњу извршења, последицу (уколико је реч о материјалном делу), односно друга обележја која чине законски опис предметног дела, одређује ком типу припадају и њихов међусобни однос. У одређеном броју инкриминација сагледала је и примену појединих института општег дела (нужна одбрана, стварна заблуда, покушај, стицај – продужење кривично дело, стварно кајање).

Највећи искорак у обради посебног дела кривичног права чине приказ и анализа опсежне судске праксе, будући да је уобичајено да се одлуке из области материјалног кривичног права објављују у билтенима судова или у засебним збиркама. Употпунивши теоријско излагање са готово 2.000 одлука, превасходно домаћих, али у одређеној мери и иностраних судова, као и Европског суда за људска права, ауторка је читаоцу пружила прилику да се упозна не само са доктринарним тумачењима већ и са ставовима, али и недоумицама које „муче“ оне који норму свакодневно примењују.

Осим кривичних дела која се традиционално обрађују у уџбеницима посебног дела, своје место су нашле и одређене, за уџбеничку материју неспецифичне инкриминације. Тако, у деветом и десетом поглављу, у којима су обрађена кривична дела против имовине и кривична дела против привреде, Делић анализира и грађење без грађевинске дозволе (чл. 219а КЗ), прикључење објекта који је изграђен без грађевинске дозволе (чл. 219б КЗ), затим тзв. стечајна кривична дела (чл. 232 и 232а КЗ) и фалсификовање знакова за вредност (чл. 244 КЗ). Значајну новину представља подробнија обрада кривичних дела против интелектуалне својине (осмо поглавље), што је оправдано имајући у виду њихову актуелност. То је област за чије је разумевање и правилну примену неопходан мултидисциплинарни приступ (што тим кривичним делима даје делимично бланкетни карактер). У истом смислу, можемо рећи да је избор кривичних дела изложених у двадесет другој глави неспецифичан – уобичајено излагање о геноциду и ратним злочинима изостаје, док у први план ауторка ставља дело расне и друге дискриминације (чији се бројни облици детаљно разграничавају), трговину људима и тероризам и њему сродна кривична дела (где се износи интересантно гледиште тумачења намере код кривичног дела из чл. 391б КЗ).

Обрада појединих кривичних дела показује нам да чак и питања којима је посвећена богата литература могу бити изнова проблематизована на оригиналан начин. Тако, у вези са кривичним делом насиља у породици Делић даје одговор на питање да ли је за постојање дела нужен плуралитет радњи извршења или је довољно да радња буде предузета само једанпут, сматрајући да ће у оним ситуацијама када активност представља само сегмент целовите радње бити потребно да

радња извршења буде предузета више пута. Исто вреди и за кривична дела против здравља људи (у вези са чиме износи став да је основано сматрати да, иако није изричито предвиђена, намера чини субјективно биће кривичног дела из чл. 246а ст. 1 КЗ) и против безбедности јавног саобраћаја (ауторка предлаже да се критеријум безобзирности, који судска пракса користи за разграничење умишљајног и нехатног облика кривичног дела угрожавања јавног саобраћаја, замени критеријумом грубе безобзирности, која указује и на „евентуалном умишљају иманентан интензитет социјално-етичког прекора“ [стр. 316]).

Ауторка се не либи да критикује законска решења ни да о појединим питањима изнесе мишљење које је супротно увреженим доктринарним ставовима. Тако, критикује се став теорије и судске праксе које појмове свирепости и подмуклости у кривичном делу тешког убиства посматрају кроз призму умишљаја, односно свести и воље учиниоца да поступа на свиреп и подмукао начин. Како савремена кривичноправна схватања почивају на психолошко-нормативној теорији кривице и учењу о двострукој функцији умишљаја и нехата, то, иако већинско, схватање ауторка сматра неодрживим. Осим тога, насупрот преовлађујућем доктринарном гледишту, Делић сматра да околност да је убиство извршено ради извршења или прикривања другог кривичног дела треба разумети као намеру, а не као побуду. Кривично дело полног узнемиравања ауторка сматра примером „лоше обликоване норме и прешироко постављених граница кривичноправне заштите“ (стр. 103), будући да су делатности прописане као радња извршења појмовно непрецизне, контрадикторне и испреплетане са радњама других кривичних дела. Сличан закључак је изведен и за кривично дело из чл. 185б КЗ, будући да је услед номотехнички лоше редакције у пракси неприменљиво.

Не изостају ни предлози будућих измена. Разматрајући облике тешког убиства у којима квалификаторну околност представља својство пасивног субјекта, ауторка се залаже за увођење шире формулације која би кривичноправну заштиту пружала и малолетницима, старијим лицима и онима која имају теже телесне недостатке или психичке сметње, а не само деци и бременитим женама.

Посебни део кривичног права представља хетерогену дисциплину чије систематско проучавање због великог броја инкриминација са разнородним заштитним објектима и често властитом „унутрашњом логиком“ није нимало лак задатак. Међутим, досадашње бављење том материјом допринело је да анализи одабраних кривичних дела Делић приступи критички, уз сагледавање изабраних инкриминација у контексту целокупног посебног дела, као и ставова које у вези с тим за-

узима судска пракса. Она успева да уочи и укаже на преклапања законских описа, њихово номотехнички лоше (или барем неуобичајено) уобличење, и да предложи одговарајуће измене ради њиховог превазилажења.

Начин на који је Делић обрадила материју посебног дела кривичног дела одликује одмереност, а преовлађујућа сажетост у обради одређених правних института прераста у опширнији осврт, но и тада само до границе која га чини оправданим. Реченице које исписује ауторка карактерише добар стил, оне су јасне, упечатљиве и читаоцу одзвањају у уху. То је сасвим разумљиво јер је, као што и сама ауторка написа, реч о уџбенику који је превасходно намењен студентима. Уверени смо да ће, с обзиром на изложене квалитете монографије *Кривично право: Посебни део*, ова књига Наташе Делић привући и знатно шири круг читалаца, а нарочито оне који се у свом послу сусрећу са изазовима и дилемама у вези с применом кривичног права.







# /СЕЋАЊА

Др Јовица ТРКУЉА\*

## **МОМИР Б. МИЛОЈЕВИЋ (1933–2021) ЧУВАР БАШТИНЕ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ**

Недавно, уочи Божића, преминуо је Момир Б. Милојевић, професор и доследни чувар светлих традиција Правног факултета у Београду, стручњак за међународно право, свештеник права и правде, искрени патриота, писац драгоцених књига и студија. Његова смрт представља тежак губитак не само за нас, његове колеге и пријатеље, него и за целу српску правну струку.

\*

Момир Б. Милојевић је рођен 22. априла 1933. године у Београду, у угледној грађанској породици. Његов отац Бранислав био је судија, а његов стриц Предраг познати новинар и публициста. Отац је градио каријеру од судског приправника до афирмисаног судије и адвоката. Будући да је често добијао премештаје, од Књажевца и Смедерева до Пирота и Краљева, Момир је основну школу учио у местима службовања свог оца. Гимназију је завршио 1952. године у Краљеву као један од најбољих ученика у генерацији.

---

\* Редовни професор у пензији, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, [trkulja@ius.bg.ac.rs](mailto:trkulja@ius.bg.ac.rs).

На Правни факултет Универзитета у Београду уписао се школске 1952/53. године, а дипломирао је 1956. са одличним успехом. Током студија написао је више прилога који су награђени на конкурсима за студентске радове. Један је од оснивача и првих чланова Клуба Уједињених нација на Правном факултету и Универзитету.

После одслужења војног рока (1957/58) био је стипендиста Савета за просвету Србије за постдипломске студије на београдском Правном факултету, на којем је 1965. године са одликом одбранио докторску дисертацију „Положај појединца и његов активни субјективитет у међународном праву“.

Као стипендиста француске владе, боравио је на усавршавању у Паризу (1966–1968) ради проучавања улоге међународних организација у интеграцији Европе. Након тога је у више наврата био на студијским боравцима у Француској и Холандији, што је пресудно утицало на његово интелектуално формирање.

Од 1960. године проф. Милојевић је био запослен на Правном факултету Универзитета у Београду, прошавши пут од асистента до редовног професора, звања у које је изабран 1989. Предавао је Међународно јавно право, Међународне организације и Међународне односе. На постдипломским студијама држао је продубљене курсеве из Међународног јавног права и Међународних односа те специјалне курсеве: Чланство у Уједињеним нацијама, Решавање спорова у међународним организацијама, Коегзистенција, Европска безбедност и сарадња, Надлежност држава и међународно право, Положај радника миграната и Међународна заштита људских права.

Био је члан, секретар и председник више комисија и других тела Правног факултета, као и в.д. шефа Катедре за међународно право и међународне односе. Одржао је бројна предавања и учествовао на више од 90 научних и стручних скупова у земљи и иностранству. Деловао је и као потпредседник и саизвестилац Поткомитета за развој људских права у светлости Хелсиншке декларације (1976–1982), члан Комисије за људска права Светског удружења за међународно право (1975–1982), Комитета за примену људских права (1982–1992), Југословенске лиге за мир, Југословенског удружења за међународно право. Деценијама је био редовни сарадник и консултант Савезног секретаријата за иностране послове.

\*

Проф. Милојевић је сазревао укорак са развојем међународног права на београдском Правном факултету. Био је и до данас остао драгоцен сведок и учесник тих процеса. Његово знање беше широко и поуздано, колико и живо и подстицајно. Његова реч је била одмерена и промишљена. Објавио је пет монографских студија и преко 250 научних и стручних радова, приказа и бележака из области: (1) људских права (*Положај појединца и његов активни субјективитет у међународном праву*, 1987) (2) међународних односа и међународног права (*Les droits de l'homme en période d'exception*, 1986), (3) међународних организација, (4) међународног хуманитарног права (*Повреде Женевских и Хашких конвенција у Србији*, 1988), (5) међународног кривичног права (*Међународне санкције*, 1994), (6) опште теорије државе и права и (7) међународног и уставног права и политичког система (*Устав, правни поредак и међународне обавезе Југославије*, 1989).

Ти радови су настали као резултат сериозних ауторових истраживања која су вршена са становишта унутрашњег, упоредног и међународног права. Њих одликују концепцијска конзистентност у приступу, велика акрибија, поузданост и темељитост расуђивања, савесност, продубљеност и оригиналност. Посебно их красе јасан и прецизан језик, дотеран, помало архаичан стил и анализа утемељена на развијеним методолошким и теоријским основама упоредног права. За њега је и у усменом и у писменом изражавању било важније много рећи, а не много говорити. У научном раду био је пример научног поштења и честитости.

Сарађујући са проф. Милојевићем на неким од бројних стручних скупова, његове колеге и најближи сарадници често су се могли уверити у то да иза мирноће и скромности његовог наступа опстају непоколебљив морални став, принципијелност и надмоћна егзегетска прецизност врхунског правника, као и конзистентна теоријска рефлексија.

Проф. Милојевић је био изузетно педантан, марљив и вредан прегалац, који је инспирисао млађе нараштаје. Деценијама је био ненаметљиво свеприсутан у правном животу Србије, као један од наших највећих стручњака за међународно право, међународне организације, људска права, али и за нашу правну баштину.

Много је држао до српске правне баштине и историје Правног факултета Универзитета у Београду, увек настојећи да истакне улогу оних на чијим раменима стојимо, а да прећути сопствени допринос. Био је и остао веома скрупулозан и одан својим учитељима. Располагао је ретким сазнањима о преломним догађајима и истакнутим наставницима Правног факултета у Београду.

Учествовао је у оснивању и раду институција које су се бавиле оживљавањем заборављене српске правне баштине: пројекат „Извори српског права у САНУ“, часописа *Архив за правне и друштвене науке*, библиотеке „Политика и друштво“, едиције „Научно наслеђе Правног факултета у Београду“, збирке „Трагови“, Фондације „Миодраг Јовичић“ и других редакција.

У свом научном и педагошком раду увек се држао истраживачких метода и принципа које су код нас утемељили корифеји међународног права београдског Правног факултета, попут Миловановића, Веснића, Перића, Слободана Јовановића, Бартоша, Радојковића. По узору на те великане, проф. Милојевић је обављао просветитељску мисију међу правницима у Србији.

\*

Момир Милојевић је био један од најревноснијих наставника Правног факултета Универзитета у Београду. Он је уопште био врло радин човек. У нашој правној струци, по свој прилици, нико није био толико дуго и истрајно запослен колико он. Био је не само професор Правног факултета него и истраживач, летописац и својеврсна жива енциклопедија те установе и правне струке, а поврх свега тога неуморно је одржавао контакте са нашим правним институцијама и истакнутим правницима. Његова вредноћа је исказивана и кад је отишао у пензију те ушао у позне године. Његов радни век трајао је пуних шест деценија. Рад је за њега био благодет, једини лек против празнине у животу. Говорио је: „Кад немам шта да радим, ја радим“ и често цитирао Цицерона: „Рад крепи младост, весели старост, краси срећу, а несрећи пружа утеху!“

Којег би се год посла латио, Милојевић би га вршио савесно – чак, могло би се рећи, и сувише савесно. Он је од себе и својих сарадника захтевао професионализам, одговорност, истрајност и доследност. Сматрао је да свака одговорност почиње одговорношћу према самом себи. Зато се тешко опредељивао, па није лако преузимао на себе одговорност, али, кад би се једном одлучио, био је непоколебљив. Ништа га није могло омести ни померити у његовим ставовима и убеђењима.

У сложеним стручним питањима заступао је сасвим јасан и одређен став. Није ни најмање личио на оне „неопредељене“, опортунисте, каријеристе који су зарад промоција, привилегија и синекура били спремни да жртвују своју аутономну критичку позицију, моралне принципе и професионална начела. Напротив, професор је по цену маргинализације и скромног живота на ивици оскудице успевао да

остане веран себи и својој самосталности, да одоли свим искушењима и да не окаља своју интелектуалну честитост. Захваљујући томе проф. Милојевић је био човек ретке усправности, принципијелности и доследности.

Због својих изузетних принципа, строгих моралних начела, живео је крајње скромно, а последње две деценије у материјалној оскудици. Упркос великим заслугама, његова скромност је учинила да је остао скрајнут и непознат. Био је од оних „скромних људи који су код нас ретки: за њих сви имају неко мало тужно, мало подсмешљиво поштовање“ (Иво Андрић). Довољно је поменути да због својих ригористичких етичких начела није прихватио понуђени наставнички кабинет, те је радни век на Факултету провео без сопственог радног стола и кабинета. Одбијао је да прими ауторске хонораре за рукописе које је објавио или превео са француског језика уколико би посумњао у професионализам и моралност наручилаца посла. Када је испунио услов за одлазак у старосну пензију, због сукоба са тадашњом управом Факултета, одбио је да потпише решење о пензионисању и до краја живота је живео без редовних принадажности.

Ишао је кроз живот уздигнуте главе, трудећи се да ниједним својим жестом, ниједном речју ни јавним наступом не укаља свој морални лик. Више је личио на хришћанске мученике и српске просветитеље XIX века него на модерног грађанина који се спокојно предаје и прилагођава тековинама техничко-индустријске цивилизације.

Током своје академске и научне каријере остао је доследан начелима слободе, истине и правде. Те вредности је годинама уверљиво преносио својим студентима и научном подмлатку, дајући им пример како да као грађани и правници делују у складу са начелима људских права и демократске правне државе. Његова узорна и стваралачка универзитетска каријера редак је пример посвећености позиву, струци и институцији у којој је радио.

Био је изузетно поуздан и одан колега и пријатељ. Према пријатељству се односио као према биљци коју треба често заливати. Сматрао је да се прави пријатељ показује у невољи. Држао се мудре поруке Катона Старијег: *Nec quisquam melior medicus quam fidus amicus* (Нема бољег лекара од верног пријатеља). Нема међу његовим пријатељима позлеђеног којег он није тешио и храбрио, болесног којег он у болести није обилазио и бодрио, покојника који је одлазио са овога света којем он није одао пошту. Објавио је више десетина некролога и сећања на своје преминуле пријатеље и сараднике.

Од тренутка када је примљен за асистента Правног факултета у Београду 1960. његов живот и рад био је уткан у рад те установе, тако да је немогуће говорити о Правном факултету а да се не помене проф. Милојевић. Факултет је био велика љубав и друга кућа Момира Милојевића. Будући да се није женио и да није засновао породицу, доживљавао је факултет као своју другу кућу, а студенте и млађе колеге као сопствену породицу. На факултету је провео 42 године активне службе.

У дугој повести Правног факултета није забележен случај да је неки наставник после одласка у пензију две деценије редовно наставио да долази на Факултет, да свакодневно ради у библиотеци, прати главне факултетске манифестације, присуствује одбранама магистарских и докторских теза, дружи се с колегама у Наставничком клубу. Правни факултет је за њега био својеврсни храм и стожерна институција српске правничке културе, коју је одвајао од многих недостојних људи какви су незапажено пролазили његовим амфитеатрима и семинарима. Живео је с Правним факултетом. Све остало у његовом животу налазило се у другом плану. Божја милошта му је подарила здравље и луцидност до дубоке старости. После дружења са неколико блиских колега, отишао је са Факултета непосредно пре Нове 2021. године. Десетак дана касније, уочи Божића, у свом стану испустио је своју племениту душу.

Изданак грађанског Београда који нестаје, потомак честите породице Милојевића, ученик српских и француских правних корифеја, професор је ишао кроз живот као антички филозоф, са просветитељском луком у руци. На свом часном животном путу носио је као једини пртљаг своје духовно богатство, своје књиге и бескрајну љубав за свој народ и свој Правни факултет. Његова лична честитост обезоружавала је противнике, а његова урођена виталност, истрајност и оптимизам помагали су нам и у најтежим тренуцима. Био је човек ретких квалитета којег је свако само по добру помињао и помиње.

Од нашег професора се опраштамо с тугом, али и поносни што смо га познавали и од њега много научили. Нека му је вечна слава и хвала!

У Београду, 10. јануара 2021.



**Др Андреја КАТАНЧЕВИЋ\***

## **СТЕФАН АНДОНОВИЋ (1991–2021)**

Чудна је и сурова игра живота и смрти. Почеци су несвесни, крајеви нежељени, растанци ненадани. Преузимам горку дужност да напишем некролог. Некролог пишем млађем од себе.

Од 14. маја ове године Стефан Андоновић нас чека на бољем месту. Био је доктор правних наука, шампион Србије у пливању и мој пријатељ. Због последњег ћу бити више личан него професионалан. Мисли се тешко артикулишу. Осећања је немогуће вербализовати. Од Стефана се опраштам кључним речима.

Успех. Стефан Андоновић је био „кадетски, јуниорски и апсолутни државни првак на 200 метара“ у пливању делфин стилем. Био је лиценцирани судија Пливачког савеза Србије. Био је научни сарадник Института за упоредно право. Први је у својој генерацији докторирао 2019. године на Правном факултету Универзитета у Београду, одбранивши дисертацију на тему *Заштита података у електронској јавној управи у Републици Србији: правни аспекти*. Прошле године је постао асистент са докторатом Правног факултета Универзитета у Крагујевцу. Објавио је уџбеник *Основи права заштите података о личности*.

Страст. Ретко ко се предавао својим интересовањима као Стефан Андоновић. Ни са ким нисам дуже разговарао о начину израде научног рада. Срећом сматрам то што смо заједно били у Хајделбергу. Тамо је прикупљао литературу на Макс Планк институту за упоредно јавно право и међународно право. То је реткост међу студентима мастер

---

\* Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, [katancevic@ius.bg.ac.rs](mailto:katancevic@ius.bg.ac.rs).

студија. Част ми је била што ме је подучавао пливању. Дилетанту је стрпљиво и предано говорио о техници. Сад ми се чини да је кроз науку пливао, а пливање студирао.

Радост. Стефан Андоновић је сијао осмехом. Искреним, а упорним. Непосредним, а пристојним. Ненаметљивим, а заразним. Требало му је труда да осмех скине са лица. Није дуго трајало док га не врати. О озбиљном је причао кроз шалу. Шале су му биле озбиљне. Хумор му је био увек интелигентан, никад заједљив. У његовом друштву је било лепо, спонтано и сигурно. Био је лек за тугу и за страх.

Самодисциплина. Челична. Са његовом сатницом није било компромиса. Није било кашњења, одлагања, „извињавања“. На његовим стазама није било пауза. Опраштао их је другима. Себи их није дозвољавао. Верујем да сви који су му били блиски осећају горчину због тога. Нисмо успели да му отмемо још мало његовог кратког времена.

Доброта. Није било невоље у којој није помагао. Није било туђег проблема без његове пажње. Није пропуштао прилику да учини добро. Био је увек тамо где је другоме било потребно. За мало времена, оставио је велики траг у нашим животима.

Оригиналност. Није говорио ако није имао шта. Није писао ако није било ново. Хипотезе су му биле јединствене. Аргументи су му били бритки. Постављао их је и бранио као у игри. Није написао све што је смислио.

Ширина. Стефан је био најбољи пливач и најмлађи доктор наука. То није ометало његову детаљну обавештеност о политици и уметности. Остављало је времена и места за књиге и театар. Није давало објашњења кад и како.

Понос. Стефан је несебично делио успех. Ко га је упознао сматрао га је својим, баш као и све његове победе. Генерације су васпитаване флоскулом да треба да буду такви да се њима неко поноси. Стефану је то успело. Са лакоћом. Поносе се сви који су га познавали. Бескрајно.

Саучешће. Иза Стефана су остали девојка, мајка, отац, сестра, родбина, пријатељи... Ужасава величина губитка. Поражава немоћ да се празнина учини лакшом. Иако тако не умањујемо трагедију, делимо је.

Био је шампион пливања. Био је шампион науке. Био је шампион пријатељства.

До поновног сусрета са њим,

Хвала му!





## **УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ**

*Анали Правног факултета у Београду* објављују текстове на српском и енглеском језику.

Аутори задржавају ауторско право на своме делу. Међутим, услов за објављивање у *Аналима Правног факултета у Београду* јесте да аутори издавачу дозволе да објави дело, да гарантују право да ће *Анали* бити наведени као изворни издавач у случају поновног објављивања и да неискључиво уступе овлашћење на умножавање те овлашћење да се текст учини доступним јавности и да се дистрибуира у свим облицима и медијима. Објављени текстови се дистрибуирају под условима лиценце „Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY)“.

Предајом текста, аутор изјављује да текст није ни објављен ни прихваћен за објављивање те да неће бити предат за објављивање било ком другом медију. Аутор такође изјављује да је носилац ауторског права, да је обавештен о правима трећих лица и да је испунио захтеве који произлазе из тих права.

Пријем свих текстова биће потврђен електронском поштом. Редакција ће размотрити подобност свих радова да буду подвргнути поступку рецензирања. Подобни текстови шаљу се на двоструку анонимну рецензију.

Информације о уредничкој политици *Анала Правног факултета у Београду* видети на: [ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/about/editorialPolicies#open%20AccessPolicy](https://ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/about/editorialPolicies#open%20AccessPolicy).

Ако желите да предате свој рад *Аналима Правног факултета у Београду*, молимо вас да пратите следећа упутства.

Ако предајете рад на енглеском језику, молимо вас да пратите посебно упутство које је доступно на: [ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/analif/information/authors](https://ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/analif/information/authors).

Рукопис треба да буде уређен на следећи начин:

1. насловна страна,
2. апстракт и кључне речи,
3. рукопис и списак литературе,
4. додаци, табеле и слике.

## 1. НАСЛОВНА СТРАНА

**Насловна страна рукописа треба да садржи следеће податке:**

- наслов текста,
- име, презиме, годину рођења и афилијацију свих аутора,
- пуну адресу за кореспонденцију и адресу електронске поште.

Ако је текст коауторски, молимо вас да доставите тражене податке за сваког аутора.

## 2. АПСТРАКТ И КЉУЧНЕ РЕЧИ

Тексту претходи апстракт који је строго ограничен на 150 речи. Апстракт не сме да садржи неодређене скраћенице или референце.

Молимо вас да наведете пет кључних речи које су прикладне за индексирање.

Радови на српском језику треба да садрже апстракт и кључне речи и на српском и на енглеском језику. У том случају, апстракт и кључне речи на енглеском језику треба да се налазе иза списка литературе.

## 3. РУКОПИС И СПИСАК ЛИТЕРАТУРЕ

Због анонимног рецензирања, имена аутора и њихове институционалне припадности не треба наводити на страницама рукописа.

Текстови морају да буду написани у следећем формату:

- величина странице: A4,
- маргине: 2,5 cm,
- фонт: Times New Roman,
- размак између редова у главном тексту: 1,5,
- размак између редова у фуснотама: Easy,
- величина слова у главном тексту: 12 pt,
- величина слова у фуснотама: 10 pt,
- нумерација страница: арапски број у доњем десном углу странице.

Друге ауторе треба наводити по имену и презимену када се први пут помињу (Петар Петровић), а затим само по презимену (Петровић). Не треба наводити „професор“, „др“, „г.“ нити било какве титуле.

Све слике и табеле морају да буду поменуте у тексту, према редоследу по којем се појављују.

Све акрониме треба објаснити приликом првог коришћења, а затим се наводе великим словима.

Европска унија – ЕУ,

The United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL

Бројеви од један до девет пишу се словима, већи бројеви пишу се цифрама. Датуми се пишу на следећи начин: 1. јануар 2012; 2011–2012; тридесетих година 20. века.

Фусноте се користе за објашњења, а не за навођење литературе. Просто навођење мора да буде у главном тексту, са изузетком закона и судских одлука.

## **Поднасловe треба писати на следећи начин:**

### **1. ВЕЛИКА СЛОВА**

#### **1.1. Прво слово велико**

##### **1.1.1. Прво слово велико курзив**

## **Цитирање**

Сви цитати, у тексту и фуснотама, треба да буду написани у следећем формату: (аутор/година/број стране или више страна).

Домаћа имена која се помињу у реченици не треба понављати у заградама:

- Према Милошевићу (2014, 224–234)...
- Римски правници су познавали различите класификације ствари (Милошевић 2014, 224–234)

Страна имена која се помињу у реченици треба да буду транскрибована, а у заградама их треба поновити и оставити у оригиналу. У списку литературе страна имена се не транскрибују:

- Према Коциолу (Koziol 1997, 73–87)...
- О томе је опсежно писао Коциол (Koziol 1997, 73–87).
- Koziol, Helmut. 1997. *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I: Allgemeiner Teil. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Домаћа дела се цитирају писмом којим су штампана. У списку литературе дело штампано латиницом наводи се само латиницом, а дело штампано ћирилицом наводи се ћирилицом и латиницом, при чему се латинична референца ставља у заграде:

- Према Милошевићу (2014, 347–352)...
- Милошевић, Мирослав. 2014. *Римско право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Досије студио. (Milošević, Miroslav. 2014. *Rimsko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Dosije studio.)
- Вукадиновић (Vukadinović 2015, 27) истиче да јемац испуњава туђу, а гарант своју обавезу.
- У литератури се наводи (Vukadinović 2015, 27)...
- Vukadinović, Radovan. 5–6/2015. O pravnom regulisanju posla bankarske garancije u novom Građanskom zakoniku. *Pravni život* 64: 17–36.

Пожељно је да у цитатима у тексту буде наведен податак о броју стране на којој се налази део дела које се цитира.

Исто тако и / Исто / Као и Константиновић (1969, 125–127);

Према Бартош (1959, 89 фн. 100) – *тамо где је фуснота 100 на 89. страни*;

Као што је предложио Бартош (1959, 88 и фн. 98) – *тамо где фуснота 98 није на 88. страни*.

Пре броја стране не треба стављати ознаку „стр.“, „р.“, „ф.“ или слично.



Изузетно, тамо где је то прикладно, аутори могу да користе цитате у тексту без навођења броја стране дела која се цитира. У том случају аутори могу, али не морају да користе неку од назнака као што су: *видети, посебно видети, видети на пример и др.*

(видети, на пример, Бартош 1959; Симовић 1972)

(видети посебно Бакић 1959)

(Станковић, Орлић 2014)

## Један аутор

**Цитат у тексту (Т):** Као и Илај (Ely 1980, број стране), тврдимо да...

**Навођење у списку литературе (Л):** Ely, John Hart. 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Т: Исто као и Аврамовић (2008, број стране), тврдимо да...

Л: Аврамовић, Сима. 2008. *Rhetorike techne – вештина беседништва и јавни наступ*. Београд: Службени гласник – Правни факултет Универзитета у Београду. (Avramović, Sima. 2008. *Rhetorike techne – veština besedništva i javni nastup*. Beograd: Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Т: Васиљевић (2007, број стране),

Л: Васиљевић, Мирко. 2007. *Корпоративно управљање: правни аспекти*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Vasiljević, Mirko. 2007. *Korporativno upravljanje: pravni aspekti*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

## Два аутора

Т: Као што је указано (Daniels, Martin 1995, број стране),

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

Т: Као што је показано (Станковић, Орлић 2014, број стране),

Л: Станковић, Обрен, Миодраг Орлић. 2014. *Стварно право*. Београд: Номос. (Stanković, Obren, Miodrag Orlić. 2014. *Stvarno pravo*. Beograd: Nomos.)

## Три аутора

**Т:** Као што су предложили Сесил, Линд и Бермант (Cecil, Lind, Bermant 1987, број стране),

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

## Више од три аутора

**Т:** Према истраживању које је спровео Тарнер са сарадницима (Turner *et al.* 2002, број стране),

**Л:** 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.

**Т:** Поједини аутори сматрају (Варади *et al.* 2012, број стране)...

**Л:** Варади, Тибор, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић. 2012. *Међународно приватно право*. 14. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Varadi, Tibor, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, Vladimir Pavić. 2012. *Međunarodno privatno pravo*. 14. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

## Институција као аутор

**Т:** (U.S. Department of Justice 1992, број стране)

**Л:** 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.

**Т:** (Завод за интелектуалну својину Републике Србије 2015, број стране)

**Л:** Завод за интелектуалну својину Републике Србије. 2015. *95 година заштите интелектуалне својине у Србији*. Београд: Colorgraphx. (Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2015. *95 godina zaštite intelektualne svojine u Srbiji*. Beograd: Colorgraphx.)

## Дело без аутора

*T:* (*Journal of the Assembly* 1822, број стране)

*Л:* *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.

## Цитирање више дела истог аутора

Клермонт и Ајзенберг сматрају (Clermont, Eisenberg 1992, број стране; 1998, број стране)...

Баста истиче (2001, број стране; 2003, број стране)...

## Цитирање више дела истог аутора из исте године

*T:* (White 1991a, page)

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

## Истовремено цитирање више аутора и дела

(Grogger 1991, број стране; Witte 1980, број стране; Levitt 1997, број стране)

(Поповић 2017, број стране; Лабус 2014, број стране; Васиљевић 2013, број стране)

## Поглавље у књизи

*T:* Холмс (Holmes 1988, број стране) тврди...

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

## Поглавље у делу које је издато у више томова

*T:* Шварц и Сајкс (Schwartz, Sykes 1998, број стране) тврде супротно.

*Л:* 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.

## Књига са више издања

**T:** Користећи Гринов метод (Greene 1997), направили смо модел који...

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

**T:** (Поповић 2018, број стране),

**Р:** Поповић, Дејан. 2018. *Пореско право*. 16. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Popović, Dejan. 2018. *Poresko pravo*. 16. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Навођење броја издања није обавезно.

## Поновно издање – репринт

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

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

## Чланак

У списку литературе наводе се: презиме и име аутора, број и година објављивања свеске, назив чланка, назив часописа, година излажења часописа, странице. При навођењу иностраних часописа који не нуме-ришу свеске тај податак се изоставља.

**T:** Тај модел користио је Левин са сарадницима (Levine *et al.* 1999, број стране)

**Л:** 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:** На то је указао Васиљевић (2018, број стране)

**Л:** Васиљевић, Мирко. 2/2018. Арбитражни уговор и интер-компанијскоправни спорови. *Анали Правног факултета у Београду* 66: 7–46. (Vasiljević, Mirko. 2/2018. Arbitražni ugovor i interkompanijiskopravni sporovi. *Analī Pravnog fakulteta u Beogradu* 66: 7–46.)

**T:** Орлић истиче утицај упоредног права на садржину Скице (Orlić 2010, 815–819).

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

### Цитирање целог броја часописа

Т: Томе је посвећена једна свеска часописа *Texas Law Review* (1994).

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

Т: Осигурање од грађанске одговорности подробно је анализирано у часопису *Анали Правног факултета у Београду* (1982).

Л: *Анали Правног факултета у Београду*. 6/1982. *Саветовање: Нека актуелна питања осигурања од грађанске одговорности*, 30: 939–1288. (*Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 6/1982. *Savetovanje: Neka aktuelna pitanja osiguranja od građanske odgovornosti*, 30: 939–1288.)

### Коментари

Т: Смит (Smith 1983, број стране) тврди...

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

Т: Према Шмаленбаху (Schmalenbach 2018, број стране), јасно је да...

Л: 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.

Т: Перовић (Perović 1980, број стране) тврди да...

Л: 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.

### Чланак у часопису или дневним новинама без аутора

Т: објављено у *Политици* (2019)

Л: *Политика*. 2019. Србија снажно посвећена европском путу. Март 2019. (*Politika*. 2019. Srbija snažno posvećena evropskom putu. Mart 2019)

*T:* Као што је објављено у часопису *Newsweek* (2000)...

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

### **Чланак у часопису или дневним новинама са аутором (ауторима)**

*T:* У *Времену* је објављено (Švarn, Georgijev 2018) да...

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

*T:* (Mathews, DeBaise 2000)

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

### **Необјављени рукопис**

*T:* (Аврамовић, Тодоровић 2017)

*Л:* Аврамовић, Павле, Ненад Тодоровић. 2017. Стицање без основа у римском праву. Необјављен рукопис. Универзитет у Нишу, Правни факултет, август. (Avramović, Pavle, Nenad Todorović. 2017. Sticanje bez osnova u rimskom pravu. Neobjavljen rukopis. Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet, avgust.)

*T:* (Daughety, Reinganum 2002)

*Л:* 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.

### **Радни документ**

*T:* (Стојановић, Савић 2017)

*Л:* Стојановић, Огњен, Мартин Савић. 2017. Правна природа уговора о кредиту. Радни документ. Институт за право и финансије, Београд. (Stojanović, Ognjen, Martin Savić. 2017. Pravna priroda ugovora o kreditu. Radni dokument. Institut za pravo i finansije, Beograd.)

*T:* (Eisenberg, Wells 2002)

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

### **Нумерисани радни документ**

*Т:* (Томић, Павловић 2018)

*Л:* Томић, Јанко, Саша Павловић. 2018. Упоредноправна анализа прописа у области радног права. Радни документ бр. 7676. Институт за упоредно право, Београд. (Tomić, Janko, Saša Pavlović. 2018. Uporednopravna analiza propisa u oblasti radnog prava. Radni dokument br. 7676. Institut za uporedno pravo, Beograd.)

*Т:* (Glaeser, Sacerdote 2000)

*Л:* 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.

### **Лична кореспонденција/комуникација**

*Т:* Као што тврди Дамњановић (2017),

*Л:* Дамњановић, Вићентије. 2017. Писмо аутору, 15. јануар. (Damjanović, Vićentije. 2017. Pismo autoru, 15. januar.)

*Т:* (Welch 1998)

*Л:* Welch, Thomas. 1998. Letter to author, 15 January.

### **Стабилни интернет протокол (URL)**

*Т:* Према Заводу за интелектуалну својину Републике Србије (2018),

*Л:* Завод за интелектуалну својину Републике Србије. 2018. Годишњи извештај о раду за 2017. годину. <http://www.zis.gov.rs/o-zavodu/godisnji-izvestaji.50.html>, последњи приступ 28. марта 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.)

*Т:* According to the Intellectual Property Office (2018)

*Л:* 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.

## У штампи

*Т:* (Богдановић 2019, број стране)

*Л:* Богдановић, Лука. 2019. Економске последице уговарања клаузуле најповлашћеније нације у билатералним инвестиционим споразумима. *Номос*, том 11, у штампи. (Bogdanović, Luka. 2019. Ekonomske posledice ugovaranja klauzule najpovlašćenije nacije u bilateralnim investicionim sporazumima. *Nomos*, том 11, у štampi.)

*Т:* (Spier 2003, број стране)

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

## Прихваћено за објављивање

*Т:* У једном истраживању (Petrović, прихваћено за објављивање) посебно се истиче значај права мањинских акционара за функционисање акционарског друштва.

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

*Т:* Једна студија (Joyce, прихваћено за објављивање) односи се на Колумбијски дистрикт.

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

## Судска пракса

**Ф(усноте):** Врховни суд Србије, Рев. 1354/06, 6. 9. 2006, Paragraf Lex; Врховни суд Србије, Рев. 2331/96, 3. 7. 1996, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 4/96, 27; CJEU, case C-20/12, Giersch and Others, ECLI:EU:C:2013:411, пара. 16; Opinion of AG Mengozzi to CJEU, case C-20/12, Giersch and Others, ECLI:EU:C:2013:411, пара. 16.

*Т:* За референце у тексту користити скраћенице (BCC Рев. 1354/06; CJEU C-20/12, или Giersch and Others; Opinion of AG Mengozzi) конзистентно у целом чланку.

*Л:* Не треба наводити судску праксу у списку коришћене литературе.



## Закони и други прописи

Ф: Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС* 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014, чл. 2, ст. 1, тач. 3; Regulation (EU) No. 1052/2013 establishing the European Border Surveillance System (Eurosur), 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).

Т: За референце у тексту користити скраћенице (ЗКП или ЗКП РС; Regulation No. 1052/2013; Directive 2013/32) конзистентно у целом чланку.

Л: Не треба наводити прописе у списку коришћене литературе.

## 4. ПРИЛОЗИ, ТАБЕЛЕ И СЛИКЕ

Фусноте у прилозима нумеришу се без прекида као наставак на оне у остатку текста.

Нумерација једначина, табела и слика у прилозима почиње са 1 (једначина А1, табела А1, слика А1 итд., за прилог А; једначина Б1, табела Б1, слика Б1 итд., за прилог Б).

На страни може бити само једна табела. Табела може заузимати више од једне стране.

**Табеле** имају кратке наслове. Додатна објашњења се наводе у напоменама на дну табеле.

Треба идентификовати све количине, јединице мере и скраћенице за све уносе у табели.

Извори се наводе у целини на дну табеле, без унакрсних референци на фусноте или изворе на другим местима у чланку.

**Слике** се прилажу у фајловима одвојено од текста и треба да буду јасно обележене.

Не треба користити сенчење или боју на графичким приказима. Ако је потребно визуелно истаћи поједине разлике, молимо вас да користите шрафирање и унакрсно шрафирање или друго средство означавања.

Не треба користити оквир за текст испод или око слике.

Молимо вас да користите фонт Times New Roman ако постоји било какво слово или текст на слици. Величина фонта мора бити најмање 7.

Графици не садрже било какву боју.

Наслови слика су наведени и на засебној страници са двоструким проредом под називом – Легенда коришћених слика.

Слике не могу бити веће од 10 cm x 18 cm. Да би се избегло да слика буде значајно смањена, објашњења појединих делова слике треба да буду постављена у оквиру слике или испод ње.



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

Факултетски научни часопис *Анали Правног факултета у Београду* излази од 1953. године (ISSN: 0003-2565) као потомак часописа *Архив за правне и друштвене науке* који је излазио од 1906. године.

Главни уредници *Архива за правне и друштвене науке* били су: Коста Кумануди и Драгољуб Аранђеловић (1906–1911), Коста Кумануди (1911–1912), Чедомиљ Митровић (1920–1933), Михаило Илић (1933–1940), Ђорђе Тасић (1940–1941) и Јован Ђорђевић (1945).

Главни уредници *Анала Правног факултета у Београду* били су: Михајло Константиновић (1953–1960), Милан Бартош (1960–1966), Војислав Бакић (1966–1978), Војислав Симовић (1978–1982), Обрен Станковић (1982–1985), Дејан Поповић (1996), Миодраг Орлић (1997–2004), Данило Баста (2004–2006), Сима Аврамовић (2006–2012), Миролjub Лабус (2013–2015) и Мирко Васиљевић (2016–2018).

У часопису се објављују научни чланци, критичке анализе, коментари судских одлука, прилози из међународног научног живота и прикази књига. Часопис излази и у електронском облику (eISSN: 2406-2693).

Радови објављени у часопису подлежу анонимној рецензији двоје рецензента, које одређује редакција.

Ставови изражени у часопису представљају мишљење аутора и не одражавају нужно гледишта редакције. За те ставове редакција не одговара.

Часопис излази тромесечно.

---

ISSN 0003-2565



БУЛЕВАР КРАЉА АЛЕКСАНДРА 67  
11000 БЕОГРАД  
СРБИЈА  
011 30 27 600  
[anali@jus.bg.ac.rs](mailto:anali@jus.bg.ac.rs)  
[anali.rs](http://anali.rs)