

Процес либерализовања примене еутаназије у Белгији отворио је дилему и о допуштености захтева доживотно осуђених лица да, због неподношљивих душевних болова, на овај начин окончају свој живот. Премда још увек није забележено реализовање еутаназије осуђеника на доживотни затвор, један случај из 2015. године је изазвао значајну пажњу и полемику у јавности, јер је иницијално била одобрена еутаназија, али је неколико дана пре њеног извршења преиначена у примену медицинског третмана у новоотвореном психијатријском центру који би доживотно осуђеном лицу требало да ублажи душевне патње.²⁶

Истини за вољу, легализовање еутаназије се у овим државама није десило нагло. Законска решења у Холандији представљају кодификацију услова и процедура по којима се пар деценија уназад вршила еутаназија, без изричите правне допуштености, али уз толерантан став правосуђа које је уважавало смернице Холандског краљевског удружења лекара и деловање Холандског удружења за добровољну еутаназију. Илустрације ради, поменимо први од знаменитијих случајева еутаназије који су узбуркали јавно мњење и практично доприносили развијању друштвене свести у правцу оправдавања и легализовања права на достојанствену смрт у Холандији. Реч је о случају Постма²⁷ из 1973. године. Овај случај се односио на усмрћење на захтев, који је извршила докторка убризгавањем смртоносне дозе морфина својој мајци, иначе тешко, али не и смртно, оболелој, делимично парализаној, седамдесетогодишњакињи.²⁸ Премда није било спорно да је госпођа Постма у више наврата изјавила да жели достојанствено да умре, њена ћерка је осуђена условно на годину дана, с образложењем да болест није била у терминалној фази. Овакав судски епилог изазвао је организовање присталица активне еутаназије у Холандско удружење за добровољну еутаназију (NVVE) 1973. године. Константан пораст броја извршених еутаназија, који је током 90-их година XX века годишње досезао и до 20% од укупно умрлих лица у Холандији,²⁹ као и доминантан став у јавном мњењу да еутаназију треба декриминализовати, створило је погодно тле за законско уређивање ове материје 2002. године. Благонаклон став холандског правосуђа према еутаназији, огледа се у чињеници да је између 1981. и 1997. године

²⁶ Lizzie Dearden, "Belgian rapist and murderer Frank Van den Bleeken denied request to die in prison", *Independent*, 6 January 2015. <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/belgian-rapist-and-murderer-frank-van-den-bleeken-denied-request-to-die-in-prison-9961262.html>, 20.03.2017.

²⁷ Postma Case, *Regional Court of Leeuwarden*, 21 February 1973, *Nederlandse Jurisprudentie* 1973, 183.

²⁸ J. Griffiths, A. Bood, H. Weyers, 51-54.

²⁹ Више о томе: Вељко Турањанин, „Настанак и могућности развоја 'туризма смрти' у Западној Европи“, М. Мићовић (ур.), *Условно право*, Крагујевац 2013, 797.

кривично гоњено само 20 лекара, од којих је њих девет осуђено, и то на симболичне казне: шест на условну осуду, а три на новчану казну.³⁰

Поред законског декриминализовања еутаназије, у упоредном праву постоје примери институционализовања еутаназије посредством судске одлуке. Занимљив пример представља Колумбија која је на основу одлуке Уставног суда 1997. године легализовала активну еутаназију.³¹ Наиме, разматрајући захтев противника еутаназије који су тражили строжу кривичноправну реакцију државе у оваквим ситуацијама, јер су тадашња законска решења предвиђала казну од шест месеци до три године затвора, Суд је сасвим неочекивано одлучио да не постоји кривичноправна одговорност у случају лишења живота умирућег пацијента на његов захтев. Своју одлуку суд је темељио на уверењу да право на самоодлучивање, као и слободно изражена воља за окончањем живота, има претежнију снагу у односу на обавезу државе да тај живот штити. С обзиром на снажан утицај религије у јавној сфери, одлука Уставног суда није преточена у законска решења. Требало је да прође безмало две деценије да Министарство здравља априла 2015. године прецизније уреди поступак за спровођење еутаназије.³² Све до тада није постојала јасна процедура на основу које је неко лице могло да захтева еутаназију, па је било и случајева да су лекари одбијали да поступе по захтеву пацијента.

3. ЕУТАНАЗИЈА У ПРАКСИ САВЕТА ЕВРОПЕ И ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Имајући у виду веома различиту, па и дијаметрално опречну праксу у националним правним системима, постаје јасније зашто је изостао процес унификавања овог правног феномена на наднационалном нивоу. Парламентарна скупштина Савета Европе је 1999. године упутила препоруку државама чланицама да обезбеде, уколико пацијент не одлучи другачије, да особе које су смртно болесне или су на самрти примају адекватне лекове за ублажавање болова или негу са тим циљем, чак и ако такво лечење као пропратни ефекат доприноси скраћивању живота тог појединца.³³ Међутим, шест година касније, 2005. године, Парламентарна скупштина Савета Европе је одбила нацрт резолуције којом се државе позивају да легализују еутаназију.

³⁰ *Ibid.*, 801.

³¹ Видети: Constitutional Claim Decision C-239/97.

³² Mariana Parreiras Reis de Castro et al. "Euthanasia and assisted suicide in western countries: a systematic review", *The Revista Bioética*, Vol. 24, 2/2016, 357.

³³ Recommendation 1418 (1999) on the Protection of the Human Rights and Dignity of the Terminally Ill and Dying.

Доношењем *Прейоруке о начелима у погледу ђуномоћи и антиципативних наредби у случају неспособности*³⁴ 2009. године Савет Европе је учинио значајан корак у правцу легализовања еутаназије. Наиме, Препорука захтева од држава чланица да предвиде могућност да свако, у случају неспособности, може унапред да опуномоћи особу по сопственом избору која ће о одређеним питањима одлучивати уместо ње, као и могућност да та питања лично уреди антиципативним наредбама. Основна интенција при доношењу ове препоруке је да се прокламује начело аутономије воље појединца, у различитим областима живота (економским, финансијским, здравственим итд.), при чему та воља може да се односи и на начин окончања живота, будући да се антиципативном наредбом може изразити жеља како за пасивном, тако и за активном еутаназијом.

Први предмет у коме је Европски суд требало да одговори на питање да ли право на живот из члана 2 Европске конвенције обухвата и право на достојанствену смрт, био је *Pretty v. United Kingdom* из 2002. године. Представку је поднела четрдесеттворогодишња жена Дајан Прити (Dianne Pretty), оболела од дегенеративне неизлечиве болести мишићног ткива која је проузроковала потпуну паралисаност од врата наниже.³⁵ С обзиром на патње изазване обољењем, а у немогућности да сама изврши самоубиство, госпођа Прити је затражила јемство од државног тужиоца да њен супруг неће бити кривично гоњен уколико јој буде помогао да достојанствено оконча свој живот. Међутим, како њена намера није добила подршку, госпођа Прити се обратила Европском суду. Представка којом је покренут спор није се односила на повреду члана 2 који јамчи право на живот, већ на повреду члана 3 Конвенције који забрањује мучење, нечовечно или понижавајуће поступање. Наиме, неспремност државног тужиоца да пружи имунитет супругу за помоћ у самоубиству супруге, чиме се продужава неприкладна патња изазвана неизлечивом болешћу, за госпођу Прити је представљало понижавајуће поступање у смислу члана 3, јер држава има обавезу да преузме активности које би спречиле да лица у оквиру њене надлежности буду изложена нехуманом или понижавајућем поступању.

Представка је била заснована на тврдњи да право на живот прокламовано Конвенцијом обухвата и право на располагање животом, па тако и избор појединца да ли ће живети или не. Међутим, Суд је био изричит да право на живот зајемчено Конвенцијом не пружа могућност слободног располагања животом. Државни органи имају позитивну обавезу да у одређеним

³⁴ Recommendation CM/Rec(2009)11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity.

³⁵ Више о томе: Emily Wada, „A Pretty Picture: The Margin of Appreciation and the Right to Assisted Suicide”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 27, Iss.2/2005, 276-278.

околностима предузимају превентивне оперативне мере у циљу заштите појединца за чији живот постоји ризик. Своју одлуку Суд је утемељио на гледишту да се право на живот не може тумачити тако да обухвата негативне аспекте који би заправо представљали саму негацију живота. Ипак, у пресуди је такође изражен и став да легализовање еутаназије у некој држави не представља истовремено и повреду члана 2 Конвенције. Будући да се представка односила на повреду члана 3, Суд је закључио да се овај члан мора тумачити у складу са чланом 2 који не даје никакво право појединцу да од државе тражи да дозволи или помогне нечију смрт. Истовремено, Суд констатује да члан 3 не подразумева обавезу државе да дозволи радње усмерене на окончање живота, па чак и у оваквим ситуацијама неизлечивог обољења пропраћеног несносним патњама. Дакле, у поменутом случају Суд није утврдио повреду Конвенције.

У предмету *Lambert and Others v. France* из 2015. године Европски суд је недвосмислено потврдио усаглашеност праксе пасивне еутаназије са Конвенцијом.³⁶ Случај се односио на француског држављанина Винсан Ламбера (Vincent Lambert) који је након саобраћајне несреће из 2008. године остао тетраплегичар у стању потпуне зависности од других лица. Након пет година од несреће лекар је поставио питање оправданости даљег вештачког одржавања његовог живота. Међу породицом и консултованим лекарима није било једногласности, али је преовладао став да треба одустати од даље вештачке исхране пацијента. Уз преовлађујуће медицинско становиште били су супруга пацијента и шесторо браће и сестара. Након пацијентове смрти, део породице (родитељи, сестра и полубрат) подноси тужбу Државном савету, који је након спроведене независне истраге 24. јуна 2014. године потврдио оправданост ускраћивања даљег вештачког одржавања живота пацијента. Уследило је подношење представке Европском суду због повреде права на живот.

Поступајући по овој представи Европски суд је нагласио да не постоји консензус међу државама Савета Европе у погледу допуштености одустајања од вештачког одржавања живота. У сегменту дилема које су везане за крај живота, постоји широко поље слободне процене држава. Сагласно околностима случаја Европски суд је истакао да је примарна обавеза на националним органима да утврде да ли је одлука да се прекине се медицинским третманом пацијента у складу са националним прописима и Европском конвенцијом. Истовремено, постоји обавеза утврђивања пацијентове жеље сагласно националном праву. Европски суд је недвосмислено утврдио да су законски оквир, његова примена од стране Државног савета Француске, као и јасан и изразито захтеван и сложен поступак доношења одлука у овим деликатним питањима одлучивања о животу и смрти, усаглашени са захте-

³⁶ R.R. Kishore, "Vincent Lambert, Dignity in Dying and the European Court: A Critical Evaluation and the Global Reflections", *European Journal of Health Law*, Vol. 23, 2/2016, 141–157.

вима члана 2 Европске конвенције у погледу заштите права на живот. Осим тога, утврђено је да је надлежни лекар урадио много више од онога што су закон и медицинска етика налагали, при чему у образложењу његове одлуке, као и у спроведеном поступку, није било ниједне нерегуларности. Имајући у виду те чињенице, као и став пацијента, о коме је посведочила његова супруга, да је он јасно изражавао жељу да не буде вештачки одржаван у животу у случају дубоко зависног стања, Суд није утврдио повреду права на живот.

Скорашњи случај пред Европским судом, *Gard and Others v. the United Kingdom* из 2017. године, практично је потврдио постојећу праксу афирмисања доктрине слободне процене држава када је реч о еутаназији. Представку су поднели родитељи Чарлија Гарда (Charlie Gard), бебе рођене у августу 2016. године, којој је дијагностификован изузетно редак синдром трошења митохондријалне ДНК. Убрзано напредовање овог обољења, уз слабљење мишића и губитак моторике, имало је за последицу потпуно паралисање тела и немогућност самосталног дисања, те је Чарли апаратима вештачки одржаван у животу. Чарлијеви родитељи настојали су да своје наизглед безнадежно оболело дете подвргну једном новом експерименталном третману у САД. Но, без обзира на спремност лекара у САД да прихвати Чарлијево лечење, уз покретање хуманитарне акције за прикупљање неопходних финансијских средстава, медицинска установа у којој је лечен спречила је његов транспорт у иностранство и покренула поступак за искључење апарата који су га одржавали у животу.

Према становишту националног правосуђа Велике Британије, а имајући у виду његово непоправљиво здравствено стање, најбољи интерес детета подразумевао је искључење апарата и окончање живота. Таква одлука заснована је на уверењу да би Чарли трпео значајну штету уколико би се постојећа патња продужавала без било каквих објективних изгледа за побољшање здравственог стања, будући да се од експерименталне терапије у повоју није очекивао ефективни бољитак.

Да би предупредили извршење одлуке националног правосуђа, Чарлијеви родитељи су се обратили Европском суду са образложењем да је дошло до повреде члана 2 (право на живот), јер се Чарлију не допушта даље лечење, као и повреде члана 5 (право на слободу и безбедност) Европске конвенције зато што је незаконито лишен слободе, јер му се не допушта транспорт у САД. Осим тога, родитељи су се позивали и на повреду члана 6 (право на правично суђење) и члана 8 (право на поштовање приватног и породичног живота) Европске конвенције, зато што одлуке националног правосуђа представљају неправичан и несразмеран уплив у вршење родитељског права. Европски суд је одбацио представку позивајући се на доктрину слободне процене држава која је остављена у сфери доступности експерименталне медицине за лечење лица у терминалној фази болести и у случајевима који су прожети осетљивим моралним и етичким питањима. Одлука националног правосуђа била је из-

разито детаљна и прецизна, разматрана на три нивоа правосудног система Велике Британије, са уверљивим и недвосмисленим образложењем. Предност овог приступа је у томе што су национални правосудни органи имали непосредан контакт са медицинским експертима који су учествовали у Чарлијевом лечењу, са његовим родитељима, али и са независним вештаком који је именован да штити интересе детета, тако да су у најповољнијој позицији да донесу адекватну одлуку. Отуда, Европски суд је апострофирао да он није позван да у оваквим случајевима мења националне органе који су, на основу изразито обимне експертизе, закључили да Чарли не треба да буде подвргнут даљем лечењу, јер би његово вештачко одржавање у животу истовремено продужио његову бол и патњу. Наиме, експериментални третман лечења био је без изгледа на успех и није указивао на могућност остваривања било каквих бенефита, а наставио би да изазива значајну патњу.

Сагласно досадашњој јуриспруденцији Европског суда може се закључити да је због сложености овог феномена, у коме се преплићу бројна етичка, религиозна, медицинска и правна питања, и даље рано да институт еутаназије буде једнообразно уређен на наднационалном нивоу. Поред све своје комплексности, право на живот не обухвата и право на достојанствену смрт. Еутаназија спада у поље слободне процене држава. Према томе, државама Савета Европе остављено је на вољу да у складу са својом правном традицијом и сагласно националном разумевању етике, институционализују или не право на достојанствену смрт, као сегмент и наличје права на живот. Ипак, према пракси Европског суда, у случају легализовања еутаназије, неопходно је предвидети јасну и прецизну процедуру остваривања тог права, да би се у највећој могућој мери избегла арбитрарност и потенцијалне злоупотребе.

4. ПРАВО НА ДОСТОЈАНСТВЕНУ СМРТ У СРБИЈИ – СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ

У Србији је еутаназија инкриминисана, као привилеговано убиство,³⁷ које се готово не среће у пракси.³⁸ Право на достојанствену смрт нема много

³⁷ Кривични законик („Службени гласник РС“, бр. 85/05, 88/05 – испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 и 94/16) у члану 117 прописује дело „Лишење живота из самилости“, које чини онај ко лиши живота пунолетно лице из самилости због тешког здравственог стања у којем се то лице налази, на његов озбиљан и изричит захтев, а за које је предвиђена казна затвора у распону од шест месеци до пет година. Потпомогнуто самоубиство из самилости је такође инкриминисано, као лакши облик кривичног дела „Навођење на самоубиство и помагање у самоубиству“ (члан 119, став 2 КЗ), које врши онај ко другом помогне у извршењу самоубиства под условима из члана 117 Законика, а самоубиство буде извршено или покушано. За ово дело је предвиђена казна затвора од три месеца до три године.

³⁸ Зоран Павловић, Мирјана Живковић, „Легализација еутаназије и право на достојанствену смрт“, *Култура полица*, 28/2015, 231.

поклоника у стручној јавности,³⁹ а за еутаназију се везује веома снажна стигма. Јавна расправа поводом решења из Преднацрта Грађанског законика⁴⁰ којим се предвиђа озакоњење еутаназије показала је да међу лекарима у Србији преовлађују они са изразито негативним ставом према активној еутаназији, док је однос према пасивној еутаназији сасвим другачији.⁴¹ Пасивна еутаназија је допуштена у контексту права пацијента да одбије медицинску меру којом се спасава или одржава његов живот. Закон о правима пацијената⁴² предвиђа право пацијента на пристанак (члан 15), односно његово право да слободно одлучује о свему што се тиче његовог живота и здравља, осим у случајевима када то директно угрожава живот и здравље других лица. Према члану 17 став 1 Закона, пацијент способан за расуђивање има право да предложено медицинску меру одбије, чак и у случају кад се њоме спасава или одржава његов живот. Пацијент има право и на највиши ниво олакшавања патње и бола, сагласно општеприхваћеним стручним стандардима и етичким принципима, што подразумева терапију бола и хумано палијативно збрињавање (члан 28, став 1). Закон је изричит да ово право не подразумева еутаназију (члан 28, став 2), при чему треба имати у виду да само палијативно збрињавање (предвиђено као пацијентово право) може као узгредну последицу имати скраћење пацијентовог живота.⁴³ Кодекс професионалне етике Лекарске коморе Србије⁴⁴ такође заузима изразито негативан став према активној еутаназији, предвиђајући да „лекар одбацује и осуђује еутаназију и сматра је лажним хуманизмом“ (члан 62, став 1). Но, од оваквог става се на индиректан начин изузима пасивна еутаназија – док се намерно скраћивање живота сматра супротним медицинској етици, „лекар ће уважити“ жељу добро информисаног болесника од неизлечиве болести, јасно изражену при пуној свести, у погледу вештачког продужавања његовог живота (члан 62, став 2). Ако, пак, болесник није при свести, лекар ће поступити по свом најбољем знању и са-

³⁹ Јавна расправа о озакоњењу потпомогнуте смрти које предвиђа Преднацрт Грађанског законика поделила је лекаре из Етичког комитета Српског лекарског друштва, који су били за прихватање права на еутаназију, и представнике Лекарске коморе Србије, који су били против и однели превагу. Оливера Поповић, Лекари Србије против озакоњења еутаназије, *Политика*, 15.06.2016. <http://www.politika.rs/scc/clanak/357114/Lekari-Srbije-protiv-ozakonjenja-eutanazije>, 15.07.2017.

⁴⁰ Доступно на: http://www.propisi.com/assets/files/gradjanski_zakonik_RS-prednacrt.pdf, 15.07.2017.

⁴¹ Према неким анегдотским изворима, пасивна еутаназија се годинама примењује у медицинској пракси у Србији. Види: О. Поповић, 2016.

⁴² „Службени гласник РС“, бр. 45/13.

⁴³ Неки аутори указују да је палијативна седација терминалних болесника заправо „спороходна еутаназија“. Види: Andrew J. Billings, Susan D. Block, “Slow euthanasia”, *Journal of Palliative Care*, Vol. 12, 4/1996, 21-30; John Howland, “Questions about palliative sedation: an act of mercy or mercy killing?”, *Ethics and Medics*, Vol. 30, 8/2005, 1-2.

⁴⁴ „Службени гласник РС“, бр. 121/07.

вести, а у складу са ставом 1 овог члана (члан 62, став 3). Када је реч о односу према еутаназији, Кодекс суштински одражава став Светског медицинског удружења изражен у Декларацији о еутаназији⁴⁵ усвојеној у октобру 1987. године и изнова потврђеној у мају 2005. и априлу 2015. године, према коме је еутаназија, као чин намерног окончања пацијентовог живота неетична, чак и онда кад је извршена на захтев самог пацијента или његових блиских сродника. Нема, пак, сметњи да лекар, поштујући жељу пацијента, допусти одвијање природног процеса умирања у терминалној фази болести.

Преднацрт Грађанског законика Србије предвиђа право на достојанствену смрт (члан 92). Према предложеном решењу, „право на еутаназију, као право физичког лица на сагласни, добровољни и достојанствени прекид живота, може се изузетно остварити, ако се испуне прописани хумани, психо-социјални и медицински услови“. Услови и поступак за остваривање права на еутаназију прописали би се посебним законом. При томе, злоупотреба права на еутаназију, ради прибављања неосноване материјалне или друге користи, представљала би основ за кривичну одговорност.

Ипак, у Преднацрту Грађанског законика постоји и алтернативно решење које предвиђа брисање члана којим се легализује еутаназија. Комисија за израду Преднацрта Грађанског законика, свесна комплексности процеса легализовања еутаназије, је у пропратној напомени наговестила да ће изјашњење о алтернативном предлогу уследити након одржане јавне расправе.

Уколико се Грађанским закоником усвоји предложено решење које предвиђа право на достојанствену смрт, то би био само први и још увек недовољни корак за остваривање еутаназије у пракси. Наиме, све док се не би накнадно донетим законом уредили услови и процедура за спровођење еутаназије, тако конципирано решење би представљало голо законско право неоствариво у пракси (*nudum ius*). Према томе, без обзира на то колико контроверзе изазива решење понуђено Преднацртом Грађанског законика, његовим усвајањем само би номинално постојало право на достојанствену смрт, а доношење посебног закона којим би се омогућило остваривање еутаназије у пракси би могло бити одложено на неодређени временски период.

5. ИНСТИТУЦИОНАЛИЗОВАЊЕ ПРАВА НА ДОСТОЈАНСТВЕНУ СМРТ: У СУЧЕЉУ НЕПРИКОСНОВЕНОСТИ ЖИВОТА И ДОСТОЈАНСТВА У ЊЕГОВОМ СВРШЕТКУ

По истом резону по којем се (активна) еутаназија сматра „лажним хуманизмом“, разликовање активне и пасивне еутаназије се може, са становишта

⁴⁵ Декларација о еутаназији Светског медицинског удружења доступна је на: <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-on-euthanasia/>, 18.07.2017.

пацијентове добробити, сматрати лицемерним, јер оно није резултат настојања да се шанса пружи животу или начелно заштите пацијентова права, већ потребе да се лекар растерети моралне nelaгоде везене за табу убиства и стигму која је прилепљена за активну еутаназију. Између прекидања живота неизлечивог болесника на његов изричит захтев и неодржавања живота неизлечивом болеснику (са или без његовог захтева) разлика је претежно у лекаровој перцепцији властитог односа према једној од исконских забрана. У интересу пацијента који ће извесно умрети у догледном периоду могла би бити управо контрола над тренутком гашења властитог живота, уз избегавање непотребне психо-физичке патње и пролонгиране патње његових ближњих који учествују у палијативном збрињавању. Неки емпиријски налази указују на то да окончање пацијентовог живота еутаназијом, према његовој изричитој вољи, у тренутку који сам при пуној свести одабере, смањује ризик од трауматског туговања његових ближњих.⁴⁶ У светлу наведених околности, као и налаза да ни у богатијим државама палијативна нега, којом се ублажавају бол и други мучни симптоми терминалне болести, још увек није доступна ни многим пацијентима који умиру у болницама,⁴⁷ оправданост декриминализације потпомогнутог умирања на захтев умирућег добија аргумент више.

Премда „ризик од злоупотребе“ постоји, треба рећи да је он прилично истрошен, наизглед рационалан и на забринутости утемељен, али суштински некоректан аргумент који се потеже увек када постоје латентни психолошки отпори према промени. Опште је место да су злоупотребе увек могуће и одговор на тај ризик јесте установљење ефективних механизма спречавања. Разуме се да нарочито треба имати у виду ефекат „проклизавања“ који је забележен у неким земаљама које су озакониле еутаназију и потпомогнуто самоубиство од стране лекара. У Холандији је, примера ради, током последње три деценије примена еутаназије значајно либерализована у пракси. Испрва, еутаназији су били подложни само оболели од неизлечивих соматских болести у терминалној фази, а потом и оболели од хроничних болести или они који пате од менталних болести, да би се последњих година водиле дебате о томе да ли приступ еутаназији треба омогућити и особама које трпе тешку психичку патњу и старијима од 70 година који сматрају да су заокружили свој животни пут и који су уморни од живота.⁴⁸ Ако се право на еутаназију

⁴⁶ Nikkie B. Swarte *et al.* “Effects of euthanasia on the bereaved family and friends: a cross sectional study”, *British Medical Journal*, 2003, Vol. 327, 189-194.

⁴⁷ На пример, Аустралијски институт за здравље и социјалну заштиту је 2014. године изнео податак да у овој земљи око 40% пацијената који умиру у болници добија палијативну негу. Australian Institute of Health and Welfare, *Palliative care services in Australia 2014*. AIHW, Canberra, 2014, Cat. no. HWI 128.

⁴⁸ Jose Pereira, “Legalizing euthanasia or assisted suicide: the illusion of safeguards and controls”, *Current Oncology*, Vol. 18, 2/2011, e38–e45.

темељи на праву на самоопредељење и аутономију (праву на смрт), и уколико је она доступна свима који неподношљиво пате због безнадежног стања у којем се налазе, овај ефекат је неизбежан. Ако се, пак, утемељи на праву на достојанствен завршетак живота умирућег, као посебно право на достојанство у умирању пацијента чије је обољење иреверзибилно, а наступање смртног исхода предвидиво у одређеном периоду са високим степеном поузданости, онда је ефекат проклизавања могуће избећи, укључујући и етичке дилеме и практичне изазове који проистичу из контроверзне примене еутаназије према пацијентима који пате од душевних обољења и деменције.⁴⁹ Старост, умор од живота, психичка или социјална патња неприхватљиви су као основ права на потпомогнуто умирање – штавише, било би поразно да се право на еутаназију у врло рестриктивним условима преобрати у апологију смрти као једног од легитимних и економичних избора „корисника медицинских услуга“ суоченог са тешком болешћу или другим животним недаћама.

Аргумент лекара да их озакоњење активне еутаназије доводи у непријатну, чак ужасавајућу улогу да изигравају „мале богове“ заслужује посебну пажњу и реферира на потребу да се делотворно заштити право лекара да се позове на приговор савести, тј. да одбије да изврши или учествује у еутаназији уколико се то коси са његовим моралним уверењима. Међутим, треба имати у виду и то да се „изигравање богова“ у принципу не би могло ограничити на спровођење активне еутаназије, већ би укључило и прибегавање индиректној еутаназији, представљање појединих дијагностичких поступка као „обавезних“ процедура којима се каткад утиче на слободан избор пацијента, вршење фетотида због аномалија плода када не постоји ризик по живот и здравље мајке, али и став неких лекара да искључиво њиховој струци припада право да одређује оправданост и сврховитост примене појединих научних и технолошких достигнућа која налазе примену у медицини. С друге стране, поштовање права пацијента на самоопредељење и аутономију, односно права на смрт, чини нужним вртоглави преображај до јуче инкриминисаног и пар екселанс неетичног чина у „третман за окончање живота“,⁵⁰ и

⁴⁹ За разлику од Канаде и неких држава у САД-у где је потпомогнуто умирање ограничено на лица у терминалној фази соматске болести са предвидивим смртним исходом, у Холандији, Белгији и Луксембургу доступно је и особама које нису терминално оболеле, али које трпе „неподношљиву патњу“ услед неизлечиве болести, укључујући и психичка обољења и деменцију. Више о томе: Sigrid Dierickx *et al.* “Euthanasia for people with psychiatric disorders or dementia in Belgium: analysis of officially reported cases”, *BMC Psychiatry*, 17/2017, 203.

⁵⁰ Као што упућује Мајкл Колби, да би учешће лекара у потпомогнутом умирању било морално оправдано, потпомогнуто умирање мори бити медицинска процедура, што значи да мора бити врста медицинског третмана, премда он (као ни палијативна нега) у основи није куративан. Michael Cholbi, „No Last Resort: Pitting the Right to Die Against the Right to Medical Self-Determination”, *Journal of Ethics*, 19/2015, 153.

успоставља специфичну дужност лекара – дужност да прекидају живот. Однос између пацијента који одабере смрт и захтева лекареву интервенцију с циљем прекидања властитог живота, и лекара који најбољи интерес пацијента процењује другачије, престаје да бива терапеутски – лекар је принуђен да поступа не по властитој процени, већ по диктату и постаје извршилац пацијентових захтева. Штавише, ако потпомогнута смрт може бити оптирана као најбољи интерес пацијента, лекар се доводи у ситуацију да мора да оправдава одбијање да учини оно што је (супротно од његове процене) у најбољем пацијентовом интересу.⁵¹ Очекивање да врше или упућују пацијенте на еутаназију, многи лекари доживљавају као сасвим супротно улози лекара као оног који лечи, и опречно вредностима и мотивима због којих су уопште изабрали лекарски позив.⁵² Указујући на нужност ограничења у погледу пацијентовог права на аутономију, Џон Кеон наглашава да је право пацијента да од лекара захтева леталну инјекцију једнако неприхватљиво као и право да захтева да му се ампутира здрав уд: право пацијента на смрт је негативно, не позитивно право, и смртни исход може оптирати само одбијањем третмана.⁵³

Намеће се и питање колико је захтева за еутаназијом истински аутономно, нарочито у случајевима у којима су они удружени са суицидним идејама и клиничком депресијом.⁵⁴ Затим, дилеме могу изазвати и захтеви за еутаназијом особа које припадају рањивим социјалним групама, укључујући старе и изнемогле, који могу осећати стваран или имагинаран притисак да својом смрћу растерете своје ближње. Надаље, прихватање аргумената у прилог активне вољне еутаназије, по логици ствари повлачи и подржавање невољне еутаназије, јер, ако се смрт разуме као бенефит за пацијента који трпи неподношљиве патње и у стању је да је затражи, зашто такав „бенефит“ не би био омогућен и другим пацијентима који трпе неподношљиве патње, а нису у стању да затраже потпомогнуту смрт?⁵⁵ Најзад, премда је развој палијативне медицине омогућио солидну контролу бола те многи умирући пацијенти не морају своје последње дане проживљавати у неподношљивој патњи, палијативна нега није свемогућа и не може сваком умирућем пацијенту обезбедити безболну и мирну смрт.⁵⁶ Уз то, на уму треба имати и то да неподношљива

⁵¹ Sean Murphy, „Legalization of Assisted Suicide and Euthanasia: Foundational Issues and Implications”, *BYU Journal of Public Law*, 31/2016, 383.

⁵² *Ibid.*, 346.

⁵³ John Keown, “Voluntary Euthanasia and Physician assisted Suicide: Should the WMA Drop its Opposition?”, *World Medical Journal*, Vol.62, No.3/2016, 104.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Према речима једног канадског лекара из палијативне неге, „највећи број пацијената има ‘добру смрт’: симптоми су под контролом, пацијенти умиру спокојни и не у самоћи (...) Али упркос свом нашем знању и ресурсима, било је неких пацијената којима нисмо могли помоћи. Умирали су на ужасан начин: у јауцима, превијајући се од болова, борећи се за ваздух,

патња не подразумева само ужасну телесну бол, борбу за удисај и друге мучне физичке симптоме, већ и поновљено проживљавање „можда последњег дана“ уз посматрање пролонгиране патње ближњих.

Етичке дилеме и спорна питања правног регулисања и контроверзне праксе потпомогнутог умирања су неизбежна и разумљиво је зашто широм света дебате о овим питањима трају већ деценијама с несмањеним интензитетом. Однос према еутаназији и на индивидуалном и социјалном нивоу кључно зависи од вредносног система, али је и емоционално обојен. Кад је о еутаназији реч, није посве јасно чак ни то какве ставове према њој заузима стручна и општа јавност, будући да су резултати студија спроведених у Европи, Азији и Сједињеним Државама неконзистентни, чак контрадикторни.⁵⁷ Још је значајније то да је уочљиво да у многим земљама лекарска пракса не кореспондира доследно са правном регулативом у овој области, те да се претпоставља могућност да се недозвољена директна активна еутаназија супституише индиректном еутаназијом у оквиру ублажавања бола и других мучних симптома болести. Пажњу привлачи налаз неких студија да је употреба опијата са могућим ефектом скраћења живота пацијента, која је значајно порасла током последњих деценија, у негативној корелацији са лекарском применом лекова са леталним дејством.⁵⁸ Овај однос се може двојако тумачити: с једне стране, он може бити одраз растуће спремности лекара да ефективније третирају бол у терминалној фази болести, али, с друге, може указивати на евентуалну супституцијску примену различитих медицинских третмана умирућих пацијената, где неуромишићне блокаторе и друге медицинске препарате који се користе да непосредно произведу смрт при еутаназији супституише примена опијата и седатива који доприносе убрзању смртог исхода.⁵⁹

6. ЗАКЉУЧНИ ОСВРТ

Процес умирања саставни је део живота, означен опадањем и гашењем органских функција током краћег или дужег временског периода, праћеног мање или више тешким физичким и психичким симптомима. Развој медицине омогућио је поузданије прогнозе тока болести, као и то да се на процес

гушећи се, престрављени (...) Пустити да макар и неколико људи умире таквом страшном смрћу је неприхватљиво и нехумано. Потпомогнуто самоубиство и еутаназија морају постојати као опције“. Наведено према: David K. Wright *et al.* “Physicians and euthanasia: a Canadian print-media discourse analysis of physician perspectives”, *CMAJ Open*, Vol. 3, 2/2015, 136.

⁵⁷ Види: Martin Enke, Patric Meyer, Herta Flor, “From Memory to Attitude: The Neurocognitive Process beyond Euthanasia Acceptance”, *PLoS ONE*, Vol. 11, 4/2016, e0153910.

⁵⁸ Yi-Sheng Chao *et al.* “International changes in end-of-life practices over time: a systematic review”, *BMC Health Services Research*, 2016, 16: 539.

⁵⁹ *Ibid.*

умирања утиче, у смислу његовог успоравања или убрзавања. Пракса пасивне еутаназије, када лекари свесно препуштају да болест иде својим природним током, јер је реч о неизлечивој болести у терминалној фази, неминовна је и раширена појава. Слично би се могло рећи и за индиректну еутаназију, којој се може прибећи у контексту палијативне неге. Постојање наведених пракси наводи на потребу да реалност назовемо правим именом, без хипокризије. Пракса еутаназије несумњиво постоји, па је отуда боље да правом буде уређена и то што јасније и прецизније, да људски живот не би постао предмет злоупотреба, да би пацијенти имали једнак приступ третманима у завршници живота и да би се поставила јаснија правила лекарске одговорности.

Еутаназија, као убиство из милосрђа, да би оправдала сам назив мора бити везана искључиво за безнадежно болесна лица у завршној фази болести, када је смртни исход неминовност. Есктензивније постављање еутаназије и проширивање на разне друге категорије лица (која „неподношљиво пате“) је деформисање овог института, које би несумњиво имало шире негативне последице, како по различите рањиве категорије људи, тако и на друштво у целини.

Darko Z. Simović, Ph.D., Full Professor
Academy of Criminalistic and Police Studies
Belgrade
darko.simovic@kpa.edu.rs

Biljana J. Simeunović-Patić, Ph.D., Associate Professor
Academy of Criminalistic and Police Studies
Belgrade
biljana.sp@kpa.edu.rs

Euthanasia and Ethical Dilemmas – Human Dignity against Sanctity of Life

Abstract: *The paper analyses ethical dilemmas and conflicting issues tied to euthanasia and the institutionalization of the right to a dignified death, viewed through a prism of arguments in favour of and against euthanasia, solutions of comparative law and the practice of the European Council and The European Court of Human Rights in this field, as well as the existing practices of physicians with respect to the implementation of various modalities of euthanasia. At the national level, the topic is becoming of interest as the Preliminary Draft of the Civil Code, in essence foresees, that this right can be effectuated in exceptional cases whereby all humane, psycho-social and medical conditions are fulfilled; whilst in a public hearing regarding the proposed solution showed a lack of readiness of the expert public, primarily medical, for radical changes in this field. Taking into consideration that passive euthanasia, whereby an incurable disease is allowed to run its course is widespread in medical practice, and that palliative care cannot provide all dying patients with cumbrous symptoms a peaceful and dignified death, the question of the right to euthanasia should be approached without hypocrisy. Access to euthanasia should be enabled, but under strict conditions, exclusively to individuals that are in the conclusive stages of an incurable illness, where death within a foreseeable time period is inevitable. Conditions and procedures tied to euthanasia should be precisely defined, so as to avoid its misuse and to establish clear rules in terms of physician accountability.*

Keywords: *euthanasia, right to life, right to dignified death, assisted death, physician-assisted suicide.*

Датум пријема рада: 04.09.2017.

*Snežana M. Soković, Ph. D., Full Professor
University of Kragujevac
Faculty of Law Kragujevac
ssnezana@jura.kg.ac.rs*

*Veljko M. Turanjanin, Ph. D., Assistant Professor
University of Kragujevac
Faculty of Law Kragujevac
vturanjanin@jura.kg.ac.rs*

*Dragana S. Čvorović, Ph. D., Assistant Professor
Academy of Criminalistic and Police Studies
Belgrade
dragana.cvorovic@kpa.edu.rs*

COOPERATION BETWEEN POLICE AND PUBLIC PROSECUTOR – LAW AND PRACTICE IN SERBIA*

Abstract: *Considering conceptual changes in by now not-so-new Criminal Procedure Code, the authors analyze relations between the prosecutor and police from the angle of law provisions but also in their implementation in practice. The paper is divided in two main parts. After introductory remarks, the authors consider a number of theoretical issues related to fair trial in the context of balancing roles, competences and powers of various procedural subjects with focus on relations and cooperation between police and the public prosecutor. The second part of the paper includes presentation of the results arising from empirical research dedicated to implementation of the novelties in the Serbian Criminal Procedure Code related to cooperation between prosecutors and the police.*

Keywords: *police, prosecutor, cooperation, Criminal Procedure Code.*

* Research is the result of work on the project “Implementation of the New Serbian Code of Criminal Procedure”. The project is funded by the European Union, 2015.

1. PUBLIC PROSECUTOR AND THE POLICE IN THE REFORMED CRIMINAL PROCEDURE OF SERBIA

The current criminal procedure legislation of the Republic of Serbia is characterized by a number of peculiarities, and one of the key is the shift from the judicial to the prosecutorial concept of the investigation.¹ The public prosecutor has become one of the most powerful figures in the criminal procedure of the Republic of Serbia that is in line with modern comparative criminal procedure legislation² and international criminal law that is dominated by the prosecutorial concept of the investigation, which must also be taken into account when working on the reform process. The public prosecutor manifests his representative role in contemporary criminal procedural legislation, thus sublimating the criminal procedure of the Republic of Serbia, not only in conducting the investigation but also in the leadership role in the pre-investigative procedure, as well as in achieving the ideal of a fair trial as the key objective of the reform of the criminal procedural legislation of the Republic of Serbia³ and at the same time a critical tone of argumentation of the scientific and professional public regarding the legal text⁴ and its coherence.

Equality of arms as a derivative of the prohibition of discrimination and implicit of fairness⁵ implies the equal status of parties in criminal proceedings⁶,

¹ Stanko Bejatović, „Concept of Investigation and its Impact on the Efficiency of Treatment in Criminal Matters“, *Criminal Legislation, Organization of the Judiciary and Efficiency of Criminal Procedure* (ed. Stanko Bejatović), Belgrade 2008, 108 – 134; Vojislav Đurđić, „Initiation and Control of the Prosecutorial Investigation, *Prosecutorial Investigation* (eds. Stanko Bejatović, Ivan Jovanović), Belgrade 2014, 139-153. Snežana Brkić, „A Critical Review of the Organization of Investigation in the 2011 Criminal Procedure Code of Serbia“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2015, 559-575.

² Further reading: Stanko Bejatović, „Prosecutorial Investigation as a Characteristic of the Reforms of Criminal Procedural Legislation of the Countries in the Region“, *Prosecutorial Investigation* (eds. Stanko Bejatović, Ivan Jovanović), Belgrade 2014, 11-33; Miodrag Simović, „Prosecutorial Investigation Model in the Criminal Procedure Legislation of Bosnia and Herzegovina: Current Situation and Problems“, *Prosecutorial Investigation* (eds. Stanko Bejatović, Ivan Jovanović), Belgrade 2014, 43- 59; Aleksandar Jevšek, „Police Experiences in the Implementation of Investigation in Slovenia“, *Prosecutorial Investigation* (eds. Stanko Bejatović, Ivan Jovanović), Belgrade 2014, 133- 139.

³ Further reading: Milan Škulić, „New Code of Criminal Procedure – Expectations of Application“, *New Solutions in Criminal Law of Serbia and Its Practical Application* (ed. Stanko Bejatović), Belgrade 2013, 33- 69.

⁴ Further reading: Milan Škulić, „Misconceptions and Numerous Legal and Technical Errors of the New Code of Criminal Procedure – what further and how to reform the reform of the Serbian criminal proceedings“, *Criminal Law Reform*, Belgrade 2014, 23-66; Vojislav Đurđić, „Conceptual Assumptions in the New Criminal Proceedings of Serbia“, *Criminal Law Reform*, Belgrade 2014, 66-87.

⁵ Further reading: Dragana Čvorović, „Implicit of Rights to a Fair Trial and Casuistry of the European Court of Human Rights“, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja* 3/2016, 43- 55; Milica Kolaković-Bojović, „Completion of Criminal Proceedings within Reasonable Time“ Doctoral dissertation, Belgrade 2016, 233; Milica Kolaković-Bojović, The right to legal defense of the accused and the efficiency of the criminal proceedings, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, 131-148.

⁶ Herve Henrion, *L'egalite des armes et le proces penal allemand*, Nemesis Bruylant 2003, 135.

manifested by the facilitation of equal procedural means to opportune parties in the process of proving the facts. Namely, on the one hand, we have a public prosecutor who bears the burden of proof and who, in accordance with his function of the prosecution, wishes to prove, beyond reasonable doubt, the guilt of the defendant, that is, whose greatest satisfaction would be passing a conviction, as an interested and biased party in the judicial criminal proceedings while, on the other hand, the defendant has the function of defense, and pretensions towards acquittal. The legislator's intentions for the realization of equality of positions of the parties in the proceedings in the criminal procedural legislation of the Republic of Serbia remained only in the domain of criminal procedural theory which represents the views of modern procedural systems that cannot exist without a fair trial, which is based on the equality of arms. Unverified doctrinal explications and their standardization in the Criminal Procedure Code of the Republic of Serbia have caused the adverse effects than expected, and therefore, instead of efficiency as a key element of the reform of the national criminal procedural legislation, occurred inconsistencies, deviations from equity and inequality as the foundation of this maxim.⁷

The critical attitude towards the CPC and the implementation of the principle of equality of procedural parties in the criminal proceedings stems from the nonconformity of the provisions of the Criminal Procedure Code with the adversarial model of criminal procedure that is newly incorporated in our procedural legislation, and which, due to convergence of elements from two different criminal-procedural systems, deviates from the realization of the of equality, primarily with regard to the inquisitorial maximum which the prosecutorial investigation is based on, while the adversarial court procedure is regulated by the indictment principle. The incoherence of the organization of the prosecutorial investigation and the judicial part of the criminal proceedings in the adversarial model requires irreconcilable distinctions between the pretensions that the public prosecutor has in the investigation and those he manifests during the main trial. In the prosecutorial investigation, the public prosecutor, as a party equal to the defendant, should impartially investigate and collect evidence both to the detriment and benefit of defendant whereas at the main hearing he should represent the prosecution and prove, beyond reasonable doubt, that the defendant is guilty. The question arises as to whether we can speak of one person who can be completely impartial in one part of the criminal procedure, and then modify himself to be extremely interested in the outcome of the proceedings namely by a conviction. The confusing character of such a legal solution is found in the fact that the legislator has arranged

⁷ Further reading: Veljko Turanjanin, Mirko Voštinić, „On Some Difficulties in the Application of the New Criminal Procedure Code of Serbia“, *Accusation and Other Criminal Laws of State Reaction to Crime* (ed. Stanko Bejatović), Belgrade 2014, 466-485.

the prosecutorial investigation as if it was judicial, basing it on the investigative maxim, and only appointed the public prosecutor instead of the investigating judge, whereas the credibility of the non-judicial evidence carried out in the stages prior to the main trial was equated with the judicial, which by the court decision become the factual basis of the judgment (Article 406 CPC), which is in direct conflict with the principle of directness, contradiction and equality of parties as key determinants of justice.

Although the public prosecutor is the chief investigator, he may entrust the police with certain evidentiary actions in accordance with the provisions of the CPC (Article 299, Paragraph 4 of the CPC). The equivalence between referring the conduct and the possibility of filing a formal motion instead of the public prosecutor, when entrusting them with a particular action, does not exist, so if the public prosecutor refers the search of a flat to the police, the motion to the preliminary proceeding's judge will have to be submitted by the public prosecutor. The critical attitude of the expert and the wider public regarding the equalization of judicial with non-judicial evidence is also reflected on the police, considering from the perspective of undertaking evidentiary actions and the possibility using them in further course of the proceedings. Hence, further reforms of the criminal procedural legislation of the Republic of Serbia should aim at creating a coherent criminal procedure, which would in all its stages reflect an adversarial model with emphasis on an equal duel of parties, direct, contradictory presentation of evidence at the main trial and enabling equal procedural means.

The power of the public prosecutor in addition to conducting the investigation is manifested in a leading role in a pre-trial process that implies an initiative, and not just control, which often lacks both in domestic and foreign practice. Accordingly, it can be noted that the functional dependence of the police on the prosecution is only of a theoretical nature, since it *de facto* enjoys genuine autonomy during the preparatory phase of the previous proceedings.⁸ The correlation between the public prosecutor and the police in the pre-investigation proceedings is most active and, to a great extent, the efficiency of their conduct is in correlation with the efficiency of the criminal proceedings.⁹ Therefore, the importance of police action under the direction of the public prosecutor, in achieving the main goal of the reform of the criminal procedural legislation of the Republic of Serbia, which is the efficiency and the international standard of justice, is undisputed. In

⁸ Dragana Čvorović, „The public Prosecutor and the Police as Key Stakeholders Pre-Investigate the Investigative Stages of the New Criminal Procedure“, *Position and the role of the police in a democratic state*, Belgrade 2013, 116.

⁹ Further reading: Božidar Banović, Milomir Veselinović, „Special Evidence Actions and the new Criminal Procedure Code“, *Current Issues of Criminal Legislation – Normative and Practical Aspects* (ed. Stanko Bejatović), Belgrade 2012, 142-159.

the domain of detecting criminal offenses and their perpetrators, the Code explicitly regulates certain competences of the prosecutor which enable him to *de facto*, but not only *de jure*, leading role in criminal proceedings. Accordingly, the public prosecutor may order the police to take certain action to detect the crimes and to find the suspects, and the police are obliged to execute an order and to keep him informed about the actions taken. According to the CPC, the police are obliged to notify the public prosecutor about the performance of any operational measure and action immediately, or no later than 24 hours after performing (Article 286, Paragraph 4 of the CPC), whereas, in case of conducting an evidentiary action, the legislator foresees the time frame – “without delay” (Article 287, Paragraph 1 of the CPC)¹⁰. The correlation between the public prosecutor and the police in the pre-investigation proceedings is more extensively set in the provisions of the new Criminal Procedure Code compared to the previous pre-trial proceedings (CPC/2001), regarding the participation of the public prosecutor in activities that were previously predominantly related to the police and thus increased control of the public prosecutor over the work of the police in order to achieve a higher degree of efficiency of the criminal procedure, which in significant degree depends on the efficiency of the pre-trial procedure.¹¹

Realization of the efficiency of the criminal procedure as an international standard besides the manifestation of the public prosecutor as a key subject of realization, also standardizes the police without whose mutual cooperation it would be difficult to talk about the efficiency of the pre-investigative and investigative procedure, which must be based on the legal norm, with full respect for the generally accepted principles of their functioning. *A contrario*, the managerial role of the public prosecutor in the pre-investigative procedure and the main role during investigation, should not be merely a dead letter on paper, but a rule that is literally realized in practice. So, it is very important cooperation between public prosecutor and the police, which is analyzed in the main part of this paper.¹²

¹⁰ „The authority of the police to take precautionary measures in the pre-trial procedure should be understood as a derivative of the general authority of the police to take measures and actions in order to find the perpetrator of criminal acts and to secure cases and traces that can serve as evidence (Article 286, Paragraph 1 of the CPC), and accordingly, a 24-hour notice of the undertaken operational-tactical measures and actions could analogously be applied to the actions of evidence. Goran Ilić, „Preliminary Procedure“, *Handbook for the Application of the Criminal Procedure Code* (eds. Stanko Bejatović, Milan Škulić, Goran Ilić), Belgrade 2013, 227).

¹¹ The prosecution is no longer just a passive subject who is „awaiting“ a criminal report of the police, without great influence on its content, but a body that actively participates in its making and which prepares the basis for evidence and data for its submission. *Ibid.*, 211.

¹² As Navickienė points out, the process of cooperation between an investigator and a prosecutor could be represented as interrelated connections between the elements of the process of management. Žaneta Navickienė, “Cooperation between investigators and prosecutors in pre-trial investigation: investigators’ viewpoint”, *Social Sciences Studies* 6/2010, 342. About critical review

2. RESULTS OF THE RESEARCH

In order to objectively present the cooperation between the public prosecutors, there was a need to examine the attitudes of the members of both parties. We conducted the survey between public prosecutors and member of the police using the standardized questionnaire, for the period 2013-2015.¹³ The survey was conducted in the four lower and four higher courts. The four lower courts were: The First Lower Court in Belgrade, The Lower Court in Novi Sad, The Lower Court in Kragujevac and The Lower Court in Niš. The four higher courts were: The Higher Court in Belgrade, The Higher Court in Novi Sad, The Higher Court in Kragujevac and The Higher Court in Niš. In this paper, we analyzed attitudes of the police members. The results of the research of the public prosecutor's attitudes were presented in the separate paper.¹⁴ Therefore, the majority of questions are identical. The sample included 118 police members. In accordance with the conducted research, the basic characteristics of mutual cooperation between the public prosecutor and the police in preliminary investigation and pre-trial investigation in order to realize efficiency as an international standard are as follows.

First, police officers evaluated cooperation with the public prosecutor's office. As it could be seen from the table below, 22, 4% of the respondents consider this cooperation to be unsatisfying, 28, 4% satisfying, 45, 7% good and 3, 3% very good. Two police officers did not answer the question. If we compare these results with prosecutorial results, we note that prosecutors were more stringent in evaluating the cooperation, since 14, 3% of the respondents defined this cooperation as bad, 40, 3% as satisfactory and only 36, 4% as good and 9% as very good¹⁵. This is to a certain extent expected, since the prosecutor is a subject in criminal proceedings

of the new Law on Police see: Sreten Jugović, Darko Simović, "The Police Act of the Republic of Serbia – a Critical View", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2016, 71-85. About the criminalistic knowledge of the public prosecutor see in: Ištvan Feješ, "The Principle of Fair Trial and Criminalistics Knowledge of the Public Prosecutor", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2017, 45-74. On historic perspective of some aspects of the prosecutor and trial judge's role see: Veljko Turanjanin, Dragana Čvorović, "Sarajevi 1914: Trial Process against Young Bosnia – Illusion of the Fair Process", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2016, 183-199. Finally, when we talk about the police, see very interesting article: Dušan Marinković, Dušan Ristić, "Police and the Birth of Governmentality in the works of Michel Foucault", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2017, 41-60.

¹³ On the results of the survey about the main trial see: Snežana Soković, Dragana Čvorović, Veljko Turanjanin, „The Main Hearing pursuant to the New Serbian Criminal Procedure Code: Empirical Research“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 1/2017, 145-159.

¹⁴ Attitudes of the public prosecutors are analyzed in: Snežana Soković, Dragana Čvorović, Veljko Turanjanin, „Cooperation between the Public Prosecutor and the Police in Serbia“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2016, 843-860.

¹⁵ S. Soković, D. Čvorović, V. Turanjanin, 850.

that will always demand more than the police. Nevertheless, it can be noted that the percentage of respondents who consider this cooperation to be poor is higher in comparison with results in prosecutors' offices, while the percentage of respondents who consider this cooperation to be very good is lower. Given the number of respondents from the last category, this difference can be considered negligible.

Table 1. How would you rate cooperation with the prosecution?

	Percentage	Total answered
Unsatisfying	22, 4%	26
Satisfying	28, 4%	33
Good	45, 7%	53
Very good	3, 4%	4
<i>Answered the question</i>		116
<i>Did not answer the question</i>		2

The following two questions are related to coordination meetings between members of the police forces and public prosecutors about future cooperation, since the legislator has introduced a number of changes regarding this relationship by passing the new Criminal Procedure Code. Primarily, all respondents answered the first question, with 27, 1% of respondents saying that coordination meetings had been organized, while the majority (72, 9%) took the opposite opinion. These results are significantly different from those arising from the prosecutorial position, where 67, 5% of prosecutors claimed that such coordination meetings had been held. If we pay attention to the next question, where the results indicate that in 79, 4% of cases, held meetings were about general topics of cooperation, while 20, 6% dealt with specific topics, we can give a little more credit to the attitudes of prosecutors. The results of the surveys carried out in the prosecutors' offices also show that in most of the cases the meetings were focused on topics of general cooperation, and less on concrete problems.¹⁶ However, one should bear in mind that not every member of the police who was the subject of the research had to know about such meetings.

Table 2. Before the entry into force of the CPC, did you have any coordination meetings with the prosecution on your future cooperation (changed powers) under the new CPC?

	Percentage	Total answered
Yes	27, 1%	32
No	72, 9%	86
<i>Answered the question</i>		118
<i>Did not answer the question</i>		0

¹⁶ S. Soković, D. Čvorović, V. Turanjanin, 851-852.

Table 3. The meetings held were related to:

	Percentage	Total answered
Generally to the subject of cooperation	79, 4%	27
On specific topics	20, 6%	7
	<i>Answered the question</i>	34
	<i>Did not answer the question</i>	84

Undoubtedly, one of the key procedural and evidentiary actions is examination of a crime scene, and the first subject who find out about the crime is police.¹⁷ Therefore, one of the key issues in this field is the moment when the police inform the public prosecutor about the reported crime. The results are roughly equal when it comes to the first two offered responses. Thus, in 47, 3% of cases, the police inform the public prosecutor before going to the crime scene, and in 48, 2% of cases while on the spot. In only 4, 4% of cases, the public prosecutors are informed after the performed examination. Compared to the results of the public prosecutors' offices, the results are slightly different, since public prosecutors believe that in 86, 1% of cases they were informed before conducting the examination, in 13% during this evidentiary action and in 5% of cases afterwards.¹⁸ In the police sample, there are 4 respondents who did not answer the question.

Table 4. At what point in time do you inform the public prosecutor that you were notified/found out about the criminal offence and that it is necessary to perform crime scene examination?

	Percentage	Total answered
Before going to the crime scene	47, 3%	54
While you are on the crime scene	48, 2%	55
After the completion of the crime scene examination	4, 4%	5
	<i>Answered the question</i>	114
	<i>Did not answer the question</i>	4

One of the extremely useful actions, and therefore the issues in this research, is the meeting between the police officers and the public prosecutor, after submitting a criminal complaint, to discuss the strategy of the investigation. The CPC stipulates that the public prosecutor is the head of pre-investigative and investigative proceedings. He is not obliged to discuss the strategy with the police, but we consider it as potentially useful. However, this is rare in practice, as can be

¹⁷ Milan Škulić, Tatjana Bugarski, *Criminal Procedure Law*, Faculty of Law, Novi Sad 2015, 297. (Serbian)

¹⁸ S. Soković, D. Čvorović, V. Turanjanin, 853.

seen from both samples. In this sample, the results show that such meeting between these two subjects of the investigative procedure is held in only 22% of cases, while the opposite situation is as high as 78% of the cases. The results from the public prosecutor's offices are slightly more positive, where we have 33, 3% versus 66, 7% in favor of not holding the meeting.¹⁹ Of course, public prosecutors are not supposed to meet with the police regarding any criminal charges for any criminal offense. Public prosecutors are sufficiently burdened with the lack of staff and with too many obligations. If we connect this with the employment ban still in force in the public sector, then our claim is even more effective. However, such a form of cooperation should be sought whenever possible and especially when it comes to more complex crimes.

Table 5. After submitting the criminal complaint to the public prosecutor, do you meet with the public prosecutor to discuss the strategy of the investigation?

	Percentage	Total answered
Yes	22, 0%	26
No	78, 0%	92
	<i>Answered the question</i>	118
	<i>Did not answer the question</i>	0

The public prosecutor leads the pre-investigation proceedings. In exercising the authority, the public prosecutor undertakes necessary actions aimed at prosecuting the perpetrators of criminal offences. The public prosecutor may refer to the police the undertaking of certain actions aimed at detecting criminal offences and locating suspects. The police are required to execute the order of the public prosecutor and to inform him regularly about actions undertaken. Due to this obligation, the prosecutor has to provide adequate instructions to the police.²⁰

In the largest percentage of cases, the instructions received by the police are of general nature, that is, the orders to take all the necessary actions. In only 27, 1% of cases, public prosecutors have decisively determined the action that the police should take. However, such data are sharply different from those we received when analyzing the results in the prosecutors' offices, where prosecutors consider that in 90% of cases their instructions refer to precisely specified actions, and in only 10% of cases the instructions are of general nature.²¹ The question is whose answers are more reliable, and it is not easy to answer this question correctly.

¹⁹ *Ibid.*, 853.

²⁰ *Ibid.*, 853.

²¹ *Ibid.*, 854.

Table 6. What kind of instructions do you usually get from the public prosecutor?

	Percentage	Total answered
General (take any necessary actions)	72, 9%	86
Concrete (indicating the exact actions that should be taken)	27, 1%	32
	<i>Answered the question</i>	118
	<i>Did not answer the question</i>	0

An interesting question in the research is the issue of different versions of the police and the public prosecutor. Namely, it is not unthinkable that a member of police has his own theory of how a criminal offense has occurred, which differs from the theory of the public prosecutor. In such a case, the public prosecutor orders an investigation in accordance with his own understanding of the development of the criminal offense. However, 30, 5% of police officers in this case continue their investigation and gather evidence in accordance with their version of the criminal event. The majority of respondents, 45, 8% do not act in this way; while 23, 7% are of the opinion that such a situation has never happened to them. Since public prosecutors are not infallible, such conduct of police is correct, but only in case when they strictly follow the statutory rules.

Table 7. In case you have your own theory of how a crime happened that differs from that of public prosecutor, do you continue with your parallel investigation?

	Percentage	Total answered
Yes	30, 5%	36
No	45, 8%	54
Such a situation never happened to me	23, 7%	28
	<i>Answered the question</i>	118
	<i>Did not answer the question</i>	0

According to CPC, there are two subjects that police officers must inform regularly about their activities – the public prosecutor and then their direct superior. All of the respondents answered the question. The results have shown that 92, 4% of respondents regularly informs their supervisor of the investigation, while only 7, 6% do not. The law does not explicitly stipulate that members of the police are obliged to inform the superior about the investigation, but given the nature of the matter, this is the part of their obligation.

Table 8. Do you regularly report to your supervisor about the progress of the investigation?

	Percentage	Total answered
Yes	92, 4%	109
No	7, 6%	9
	<i>Answered the question</i>	118
	<i>Did not answer the question</i>	0

The issue related to the previous one is informing the superior about the instructions received from the public prosecutor. We have recently seen that these instructions are predominantly general in nature, but nevertheless, in 96, 5% of cases, police officers inform the superior about the instructions. It is not entirely clear why 4 respondents did not answer this question. Notifying the superior, as in the previous case, has more declarative character, but it certainly represents a positive step that superiors are always familiar with instructions and ongoing investigations.

Table 9. Do you regularly inform your supervisor about instructions received from the public prosecutor?

	Percentage	Total answered
Yes	96, 5%	110
No	3, 5%	4
	<i>Answered the question</i>	114
	<i>Did not answer the question</i>	4

Also in connection with previous questions is the supervisor's interest in the progress of the investigation and the instructions given to police officers by the competent public prosecutor. The largest number of respondents stated that the superiors are interested in the ongoing investigation. It is especially important to emphasize that in the observed sample there was no case in which the superior was not interested in investigation and/or for instructions.

Table 10. Has your supervisor ever asked about the progress of the investigation or the instructions you receive from public prosecutor?

	Percentage	Total answered
Never	0, 0%	0
Yes, sometimes in important cases	16, 9%	20
Yes, regularly	83, 1%	98
	<i>Answered the question</i>	118
	<i>Did not answer the question</i>	0

Bearing in mind the fact that a member of the police is subordinated both to his superior and the public prosecutor, an interesting question arises in regard to orders that came from those subjects, but which are contrary in their content. Only 7, 6% of respondents answered that they encountered such a situation, while 92, 4% did not get this kind of opposite order. This is a result that significantly differs if compared to the results from the prosecution, where 41.8% of prosecutors met with the described situation²². The question certainly falls into a group of delicate ones, so potential dishonesty in giving the answer to it is understandable in a certain percentage. We believe that this percentage is higher in the police, especially if we pay attention to the next question, in which it is clarified whose order a police officer followed. The answers are partial (50%), but attention should be paid to the fact that a large number of respondents who answered this question in relation to the previous one appeared. However, due to the extremely low number of respondents who answered this question, the results were relativized and should be taken with reserve.

Table 11. Have you ever received orders from your superiors that are contrary to the instructions you received from Public Prosecutor?

	Percentage	Total answered
Yes	7, 6%	9
No	92, 4%	109
	<i>Answered the question</i>	118
	<i>Did not answer the question</i>	0

Table 12. If so, whose order did you follow?

	Percentage	Total answered
Prosecutor's	50, 0%	7
Your own superior's	50, 0%	7
	<i>Answered the question</i>	14
	<i>Did not answer the question</i>	104

The Criminal Procedure Code prescribes a number of police competences in pre-investigative and investigative proceedings. One of the most important is certainly interrogation of the suspect. In the observed sample, only 4, 5% of police officers never questioned the suspect; in a slightly higher percentage (28%), the police were entrusted with questioning of the suspect once or more times, while the police often question the suspect in as many as 67, 8% of cases. As for prosecutors, the situation was somewhat different, where 22% of prosecutors stated that they never refer questioning the suspect to the police, 40, 3% once or more times, while 37, 7% of prosecutors often entrust the police with this evidentiary action²³.

²² *Ibid.*, 855.

²³ *Ibid.*, 857.

Table 13. Have you ever questioned a suspect acting on an order of the public prosecutor?

	Percentage	Total answered
Never	4, 2%	5
Yes, once or several times	28, 0%	33
Yes, often	67, 8%	80
	<i>Answered the question</i>	118
	<i>Did not answer the question</i>	0

According to the CPC, the prosecutor can entrust the witness and expert interrogation to the police. Nevertheless, it is not an easy decision, and in most cases, the prosecutor interrogates witnesses and the expert himself.

As follows from the following tables, opinion of the police officers on the issues of interrogation of the two criminal procedural entities is not unison, and partially oppose to the public prosecutors' allegations. Primarily, 17, 9% of police officers have never questioned the witness, and 21, 4% once or several times. The largest number, 60, 7% of them, undertakes this evidentiary action very often. However, 79, 5% of public prosecutors stated that they had never entrusted questioning the suspect to the police, 11, 5% once or several times, and only 9% often²⁴. We believe that in this case, more honesty is shown by members of the police compared to public prosecutors. Examination of the expert witness, however, shows an approximately similar situation in both the police and the prosecution. The highest percentage of police officers (88, 1%) has never questioned the experts, 11% of them once or several times, while only one police officer (0, 8%) stated that this is often the case. In the public prosecutor's offices, this distinction is even harsher, since no prosecutor stated that he often entrusted expert witness examination to the police, 1, 3% did this once or several times, and 98, 7% have never assigned this evidentiary act to the police.²⁵ Such attitude of public prosecutors on the question of expert witnesses is perceived as correct and we believe that public prosecutors need to continue in the same direction.

Table 14. Have you ever questioned a witness acting on an order of the public prosecutor?

	Percentage	Total answered
Never	17, 9%	21
Yes, once or several times	21, 4%	25
Yes, often	60, 7%	71
	<i>Answered the question</i>	117
	<i>Did not answer the question</i>	1

²⁴ *Ibid.*, 857.²⁵ *Ibid.*, 857.

Table 15. Have you ever examined an expert witness acting on an order of the public prosecutor?

	Percentage	Total answered
Never	88, 1%	104
Yes, once or several times	11 %	13
Yes, often	0, 8%	1
<i>Answered the question</i>		118
<i>Did not answer the question</i>		0

An investigation is initiated by an order issued by the competent public prosecutor. An order to conduct an investigation is issued before or immediately after the first evidentiary action undertaken by the public prosecutor or the police in the pre-investigation proceedings, but not later than 30 days after the public prosecutor was notified about the first evidentiary action undertaken by the police. The order to conduct an investigation must specify the following: the personal data of the suspect, if his identity is known, the description of the act on which the legal elements of a criminal offence are based, the legal qualification of the criminal offence and the circumstances from which the grounds for suspicion are derived. However, a special question arises: whether the public prosecutor is obliged to inform the police officers about the issuance of an order to conduct the investigation. Legally, he does not have such an obligation. However, for the purpose of better cooperation between these two subjects of the procedure, we believe that the public prosecutor should inform the police about this step. Research data is similar. Namely, 22% of police officers stated that public prosecutors inform them of issuance of this order, while 78% claim that public prosecutors do not do that. Also, 81, 6% of public prosecutors stated that they did not inform the police about the order for conducting the investigation, while only 18, 4% of public prosecutors²⁶ does so.

Table 16. Does the Public Prosecutor inform you about issuing an order to conduct an investigation?

	Percentage	Total answered
Yes	22, 0%	26
No	78, 0%	92
<i>Answered the question</i>		118
<i>Did not answer the question</i>		0

The last question in this research is expressing views of the respondents about the existing legal framework that regulates the relationship between the police

²⁶ *Ibid.*, 858.

and the public prosecutor's office. Expectedly, the largest percentage of respondents (60, 2%) believes that the existing regulation does not regulate this relationship satisfactorily, while 39, 8% have a positive attitude about it. A similar attitude is also present in public prosecutors' offices, where 65, 5% of respondents do not consider the existing legal framework satisfactory.²⁷ Of course, there is much more to be done and improved in this field.

Table 17. Does the existing legal framework adequately regulate the relationship between the public prosecutor and the police?

	Percentage	Total answered
Yes	39, 8%	47
No	60, 2%	71
	<i>Answered the question</i>	118
	<i>Did not answer the question</i>	0

CONCLUSION

The relationship between the police and the prosecutor's office and the role of the defense counsel in the reformed criminal procedure are topics that have been dealt with, more or less, for the past few years, more precisely, from the implementation of the prosecutorial investigation in the criminal legislation of the Republic of Serbia. However, there is almost no empirical research in this field. The results presented in this paper represent the final part of a larger survey conducted among police officers, public prosecutors and defense counsels, as well as monitoring of main hearings. In addition, the complete results of the relations between the police and the prosecutor's offices could not be summarized in one paper, and this paper represents a kind of upgrade of the paper published in the Collection of papers of the Faculty of Law in Novi Sad, entitled Cooperation between the Public Prosecutor and the Police in Serbia. As expected, perception of the cooperation between police and prosecutors differs, whereby members of the police strongly believe that they are doing everything in their power to make this cooperation better, but that it is still not at a satisfactory level, nor is it adequately regulated by the existing legal framework. In any case, even though the Criminal Procedure Code is far from the ideal legal text, its existing provisions and possibilities should be used in accordance with the basic objective of criminal procedural legislation.

²⁷ S. Soković, D. Čvorović, V. Turanjanin, 858.

Др Снежана М. Соковић, редовни професор
Универзитета у Крагујевцу
Правни факултет у Крагујевцу
ssnezana@jura.kg.ac.rs

Др Вељко М. Турањанин, доцент
Универзитета у Крагујевцу
Правни факултет у Крагујевцу
vturanjanin@jura.kg.ac.rs

Др Драгана С. Чворовић, доцент
Криминалистичко-полицијска академија
Београд
dragana.cvorovic@kpa.edu.rs

Однос полиције и тужилаштва: закон и пракса у Републици Србији

Сажетак: Законодавац је, сада не тако новим, Закоником о кривичном поступку предвидео више решења којима се мења положај процесних субјеката у односу на решења каква су била предвиђена с почетка овог века. Превасходно, главно обележје новог законског текста из ове области јесте драстично мењање положаја јавног тужиоца увођењем тужилачке испраће. Тиме је и положај полиције унеколико промењен, те је било неопходно сровести практично испраживање о односима ова два процесна субјекта за прве три године примене Законика о кривичном поступку. Стога, након теоријског уводног дела, главни део рада се односи на резултате испраживања сprovedеног међу припадницима полиције.

Кључне речи: полиција, тужилац, кооперација, Законик о кривичном поступку.

Датум пријема рада: 11.10.2017.

Др Драгунин С. Аврамовић, ванредни професор
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
d.avramovic@pf.uns.ac.rs

Илија Д. Јованов, асистент
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
i.jovanov@pf.uns.ac.rs

ОГРАНИЧЕЊА ПОКРЕТА ПРАВО И КЊИЖЕВНОСТ – ПРИМЕР СОФОКЛА*

Сажетак: Везе између права и књижевности постојају предмет нарочито научног интересовања и бављења седамдесетих година XX века и профилу се у посебан правац – Покрет право и књижевност. Научне дебате о његовим вредностима и ограничењима траје овај покрет скоро од самог настанка.

Главни носиоци и представници овог правца су углавном амерички теоретичари, пре свега Џејмс Бојд Вајт као родоначелник, а потом Ричард Вајсберџ, Робин Весли и други. С друге стране, један од најзначајнијих критичара овог покрета је амерички судија и професор чикашког правног факултета Ричард Познер. Мада је и сам оснивач једног од модерних правца истраживања у праву (школе Економске анализе права), Познер указује на ограничење домаће Покрета право и књижевност. Познеров главни аргумент јесте чињеница да се у књижевности право користи у метафоричком смислу, а да не представља главни предмет бављења. Аутори стоје на становишту да оно о чему говори Познер ипак има смисла, мада он у својој критици у извесној мери претерује.

* Овај рад је резултат реализовања пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“ који се финансира средствима Правног факултета Универзитета у Новом Саду. Основне идеје овог рада је представио први аутор у реферату под називом „The Limits of the Law and Literature Movement – An Example from *Antigone*“ на међународном научном скупу „Greek Drama, Law, and Politics“, који је одржан у Солуну и Комотинију у мају 2017. године, у организацији Правног факултета Аристотеловог универзитета у Солуну и Правног факултета Демокритовог универзитета Тракије.

Као шесет Познерових ставова о ограничењима овог покрећа и ограничене вредности књижевних текстова у праву (нарочито с обзиром на њихову нејоузданост) аутори анализирају једно од правно интересантних, а уједно и веома спорних места у Софокловим делима. Да ли у Софокловим драмама постоји помен природног права? Да ли се Антигона позива на природни закон и сујерисавља за позитивном праву? Да ли је то био један од првих јојавних облика филозофије природног права код Грка? Аристотел у Рејорици, као и један број савремених аутора, изражавају експлицитан став о Антигоном позивању на природно право. Међутим, у већем делу стране литературе, али и код нас (на пример, Михајло Бурећ), афирмише се ставовиште да у античком свету идеја природног права није била заступљена у чисто религијском облику, а најмање је то био случај приликом њеног раног јављања.

Анализа неколико места у Софокловим драмама која се у овом раду предузима представља само једну слицицу која указује на ограничења и нејоузданост Покрећа право и књижевност, као и на могућа ограничења која проистичу из некријичког ослонаца права на књижевни метод, манир и домеште. Због тога, аутори истичу да књижевни текстови не могу представљати чврст правни ослонац и јоуздан извор за правнике, мада могу бити од користи за шире интелектуално профилисање правника и боље контекстуално разумевање правних феномена.

Кључне речи: Покрећ право и књижевност; Софокле; Божанско право; Природно право; Ричард Познер.

1. О ПОКРЕТУ ПРАВО И КЊИЖЕВНОСТ

Последњих деценија савремена правна теорија је развила више интересантних, али уједно и веома контроверзних праваца, настојећи да повеже право са многим другим наукама (психологијом, психијатријом, економијом, политиком, итд). Један од најконтроверзнијих интердисциплинарних приступа је онај којим се покушава направити спона између права и књижевности, тзв. Покрет право и књижевност.

На први поглед право и књижевност делују као области које имају доста додирних тачака и које се прилично добро могу комбиновати и допуњавати. Осим тога, многи правници показују нарочит афинитет и интересовање за књижевност (неки чак и настоје да постану књижевници), док, с друге стране, књижевници често себе сматрају довољно правно компетентним да у своја дела уводе и решавају деликатне правне проблеме.¹ Један број књи-

¹ Зато Познер истиче: „Ако је право фасцинирало креативне писце и књижевнике (да не помињемо творце филмова), онда је тек књижевност фасцинирала, па и инспирисала,

жевника су истовремено били и правници, поменимо само Балзака, Толстоја, Кафку, или код нас Јована Стерију Поповића, Јована Јовановића Змаја, Лазу Костића, Бору Станковића, Милана Ракића, Јована Дучића, Бранислава Нушића.²

Ове две дисциплине су имале одвојен живот све до 1973. године када је Џејмс Бојд Вајт (*James Boyd White*) објавио књигу под називом *The Legal Imagination*, као једну врсту приручника за студенте права за предмет Правни језик. У њој је Вајт истраживао на који се начин правници, судије, па и законодавци изражавају и дошао до закључка да се начин изражавања мисли може унапређивати индивидуалним искуством, а пре свега добрим познавањем књижевности. Ова књига означава симболично рађање Покрета право и књижевност. Поређењем књижевних и правних текстова Вајт је почео да увиђа и подвлачи сличности између њих, али и да указује, додуше, индиректно, на ограничења правног језика, поредећи „правну литературу“ са другим облицима литературе.

Вајт је имао довољно ауторитета и предзнања да се бави овим питањима, с обзиром на његово образовање и каријеру. Наиме, он је прво 1961. године на Харварду дипломирао енглески језик и књижевност, а потом 1964. године и право на истом универзитету. Након тога је постао професор права, као и професор Енглеског језика и књижевности.³ Захваљујући његовом свестраном академском образовању и ангажовању, Вајт је постао један од „очева оснивача“ Покрета право и књижевност.

Од тада, однос између права и књижевности постаје предмет посебног научног интересовања, нарочито правне теорије, и то интересовање траје до данас.⁴ Научна спорења око оправданости овог приступа прате овај правац већ од тренутка самог настанка. Нико не може оспорити чињеницу да постоје одређене везе између права и књижевности. Питање се може поставити поводом квалитета тих веза, њихове чврстине, као и степена међуутицаја између ове две области. Такође, тешко се може доводити у питање и чиње-

не само повремено, судије и правнике него и научнике који су тврдили да познавање књижевности може усавршити разумевање и примену права, као и обезбеђивати богато складиште цитата“, R. Posner, *Law and Literature*, Harvard University Press, Cambridge (USA) – London (UK), 2009, 5.

² Видети више: Б. Трајковић, С. Мирчов, „Српска библиографија: књиге 1868–1944. и српски књижевници–свршени правници“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2015, 194–208.

³ Вајт је данас професор емеритус. Право је предавао на Универзитету Колорадо, као и на чикашком Универзитету, док је Енглески језик и књижевност предавао на Универзитету Мичиген.

⁴ Видети нарочито: Д. Митровић, „Виљем Шекспир о држави и праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1– 2/1990, 95–118; А. Ваčić, М. Bašić, „Pokret pravo i literatura i cilj narativne jurisprudencije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 2/2015, 311–333.

ница да право, као и књижевност, има наративни карактер и функцију.⁵ Осим тога, не може се спорити да је општа култура веома значајна особина доброг правника, тако да познавање књижевности може бити од велике користи за продубљивање и проширивање индивидуалних спознаја правника, изграђивање вредносног система, нарочито у погледу бољег разумевања етике, политике и међуљудских односа у најширем смислу.

Међутим, такође је јасно да између права и књижевности постоје и значајне разлике. Због тога, правна теорија у каснијим фазама развитка Покрета право и књижевност, покушава да успостави разликовање између „права у књижевности“ (*law in literature*) и „права као књижевности“ (*law as literature*). Ово не много корисно и у основи вештачко разликовање такве две сфере је углавном значајно за прецизније одређење предмета расправе, као и у дидактичке сврхе.⁶ „Право у књижевности“ подразумева коришћење књижевних текстова у правне, чини се превасходно едукативне сврхе, кроз проучавање начина на који су правни проблеми представљени у књижевним делима. С друге стране, „право као књижевност“ се односи превасходно на питања употребе књижевних техника у праву, као што су деконструкција, семиотика, херменеутика, итд.⁷ Ово разликовање суштински не утиче на основне вредности, као ни на ограничења Покрета право и књижевност.

Најзначајнији представници Покрета право и књижевност су такође Ричард Вајсберг (*Richard Weisberg*),⁸ Робин Вест (*Robin West*),⁹ и многи други.¹⁰ Правни факултет Бенџамин Кардозо, на коме предаје и Вајсберг,

⁵ Видети више: Б. Кнежевић, *Наративна функција права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014.

⁶ Како Јан Вард истиче: „Рекао бих да има доста тога што се може рећи у корист 'ренесансе' Права и књижевности и, шта више, независно од њиховог политичког потенцијала, његова највећа и најзначајнија врлина лежи у образовном потенцијалу. Треба још једном подвући да две 'врсте' Права и књижевности – право у и право као књижевност – нису ни у ком погледу искључиви... Образовне амбиције права и књижевности, сугерише се, су и вероватне и корисне. Штавише, то је оно што професори права не би требало да оспоравају уколико заиста имају амбицију да образују правнике који треба да буду више него обични правници“, I. Ward, *Law and Literature: Possibilities and Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge (UK), 1995, 26–27.

⁷ Видети више: S. Levinson, „Law as Literature“, *Texas Law Review*, Vol. 60, 3/1982.

⁸ Видети: R. Weisberg, *Poethics and Other Strategies of Law and Literature*, Columbia University Press, New York, 1992.

⁹ Видети: R. West, *Narrative, Authority and Law*, The University of Michigan Press, Michigan, 1993.

¹⁰ На овом месту би вредело поменути и Марту Нусбаум (*Martha Nussbaum*) и њену књигу *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*, Џека Балкина (*Jack Balkin*) и његове радове о употреби деконструкције у праву, правној семиотици, али и праву и музици, а нарочито Роналда Дворкина (*Ronald Dworkin*). Дворкин се у једном свом веома утицајном чланку залаже за унапређење разумевања права поређењем правног тумачења са тумачењем

је, чини се, постао центар и расадник идеја овог покрета.¹¹ Наиме, на овом факултету је још 1988. године основан часопис *Право и књижевност* (*Law and Literature*), који издаје чувена издавачка кућа Ратлиџ (*Routledge*) као часопис Покрета право и књижевност. Уредник овог часописа је Питер Гудрич (*Peter Goodrich*), истакнути представник тог покрета са Правног факултета Кардозо.¹² Након тога су идеје ове школе почеле да се шире попут вируса широм света. Право и књижевност постаје посебан наставни предмет на многим факултетима, поменимо само њујоршки Правни факултет Бенџамин Кардозо на Универзитету Јешива, Правни факултет на Универзитету Корнел, Правни факултет на Универзитету у Калифорнији, Правни факултет на Универзитету у Торонту, Правни факултет на Квин Мери Универзитету у Лондону, Правни факултет на Универзитету у Лајдену, итд. Такође, 2008. године је основано Италијанско друштво за право и књижевност (*Italian Society for Law and Literature*) у оквиру Центра за истраживање историје, филозофије и социологије права при Правном факултету Универзитета у Болоњи са циљем успостављања контаката и размене идеја са научницима заинтересованим за ову област и то како на националном, тако и на међународном нивоу.

2. ПОЗНЕРОВА КРИТИКА ПОКРЕТА ПРАВО И КЊИЖЕВНОСТ

На другој страни, као жестоки критичар овог покрета чврсто стоји један од највећих савремених правника Ричард Познер (*Richard Posner*), амерички судија и професор права на Чикашком универзитету.¹³ Познер је на Јејлу дипломирао Енглески језик и књижевност 1959. године,¹⁴ а потом и право на Харварду. Постао је познат као један од оснивача школе Економске

у другим областима сазнања, а нарочито књижевности, R. Dworkin, „Law as Interpretation“, *Critical Inquiry*, Vol. 9, 1/1982, 179.

¹¹ То је и логично с обзиром на чињеницу да је чувени правник и судија Бенџамин Кардозо, по коме овај правни факултет и носи назив, био један од зачетника идеје о могућности повезивања права и књижевности, B. Cardozo, *Law and Literature*, Harcourt, Brace&Co., New York, 1931.

¹² Гудричево подручје бављења поред права и књижевности обухвата и право и филм.

¹³ Видети више: Д. Аврамовић, „Ричард Познер подвлачи црту – правни реализам као одговор на изазове данашњице“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2015, 1231–1245.

¹⁴ Познерова склоност према књижевности настаје још у најранијем детињству. Познерова мајка је била професор енглеског језика у средњој школи, тако да му је још као трогодишњем детету читала Хомера и Шекспира, R. Posner, *Reflections on Judging*, Harvard University Press, Cambridge (USA) – London (UK), 2013, 19.

анализе права,¹⁵ веома популарног модерног теоријског правца.¹⁶ Познерово посебно интересовање за Право и књижевност није само резултат његовог двојаког образовања и радозналости. Наиме, искорак ка праву и књижевности је углавном последица Познерове одбране идеја Економске анализе права од напада и критика које су уследиле управо од стране представника Покрета право и књижевност (нарочито од стране Робин Вест). Након расправе са критичарима током 1985. и 1986. године,¹⁷ Познер је 1988. године објавио књигу *Право и књижевност – њодреишо схваћена веза*.¹⁸ Та књига је представљала првенствено одбрану Познерове теорије, да би у каснијим издањима, којих до данас има три, Познер из одбране, прешао у напад, настојећи да створи један целовит, систематски, утемељен одговор.¹⁹ Познер је указао на велики број слабости са којима се сусреће Покрет право и књижевност. Он наглашава да су у питању две области које имају различите циљеве и истиче да су функције законодавства и књижевности толико различити, а циљеви те две различите врсте менталних производа толико дивергентни, да принципи и приступи развијени за једну од њих не могу имати успешну примену у другој.²⁰ С друге стране, Познер се слаже да је метод важан, али у приступу праву, користи се специфични правни метод који мора бити доследно и стручно употребљен.²¹ Познеров главни аргумент

¹⁵ Његово капитално дело у овој области је књига: R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little Brown and Company, Boston, 1973.

¹⁶ О овом правцу видети више: Г. Вукадиновић, Д. Аврамовић, *Увод у љраво*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2014, 185–187; Д. Митровић, „О научности неколико савремених мултидисциплинарих правних теорија“, *Анали Правног факултетиа у Београду*, 1/2009, 57–59; А. Јовановић, *Теоријске основе Економске анализе љрава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008.

¹⁷ Видети нарочито: R. West, „Authority, Autonomy and Choice: The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franc Kafka and Richard Posner“, *Harvard Law Review*, Vol. 99, 2/1985, 384–428; R. Posner, „The Ethical Significance of Free Choice: A Reply to Professor West“, *Harvard Law Review*, Vol. 99, 7/1986, 1431–1448; R. Posner, „Law and Literature: A Relation Reargued“, *Virginia Law Review*, Vol. 72, 8/1986, 1351–1392.

¹⁸ R. Posner, *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, Harvard University Press, Cambridge (USA) –London (UK), 1988.

¹⁹ Након првог издања књиге, уследила је још жешћа реакција и критика Познерових ставова. У критичком приказу књиге Вајт истиче како Познер занемарује оно што се дешава на нивоу језика, кроз који се право изражава, те да је заинтересован, попут економисте, само за понашање, а не и за језик и за оно шта други кажу. Право је за Вајта уметност језика и значења, J. B. White, „What Can a Lawyer Learn from Literature?, *Harvard Law Review*, Vol. 102, 8/1989, 2044–2045. Видети и критичке приказе: R. Weisberg, „Entering with a Vengeance: Posner on Law and Literature“, *Stanford Law Review*, Vol. 41, 6/1989, 1597–1626; R. West, „Law, Literature, and the Celebration of Authority“, *Northwestern University Law Review*, Vol. 83, 4/1989, 977–1011.

²⁰ R. Posner, „Law and Literature: A Relation Reargued“, *Virginia Law Review*, Vol. 72, 8/1986, 1374.

²¹ *Ibid.*

јесте чињеница да се право користи и узима у књижевности првенствено у метафоричком смислу, а не као главни предмет проучавања. Наглашавајући да су књижевна дела фикција, Познер подвлачи да је право које се помиње у књижевности само помоћно средство које користе писци како би створили илузију реалности. Због тога се право у књижевности појављује углавном случајно, па појашњава да када се судски процеси јављају као предмет књижевних дела, они по правилу не представљају коментарисање права или његову критику, већ су просто насушна потреба драматургије, па закључује: „Ретко се може очекивати да рад из области књижевности сагледа дубље слојеве права на оперативном нивоу“.²² На крају, Познер се пита која је онда корист од књижевности и због чега се треба бавити литературом, кад нам она не помаже да формирамо боља или истинитија виђења поводом питања религије, политике, економије или морала. Он ту нуди неколико одговора: стицање сурогат искуства; добијање обрасца за тумачење једног актуелног искуства (али не практичне лекције за живљење); изоштравање нечије писане или говорничке вештине; ширење нечијег емоционалног хоризонта; стицање самоспознаје; постизање задовољства; сусретање са ехо ефектом; предузимање терапије; уживање у уметности ради уметности.²³

Све у свему, Познер и његови следбеници су озбиљно уздрмали вредност Покрета право и књижевност, тако да се данас не може рећи која је школа мишљења по том питању однела превагу. Због тога ће се овде прибегнути једном појединачном тесту, на примеру чувеног спорног места из Софоклове *Антигоне*, али и из других његових драма.

3. ДА ЛИ ПОСТОЈИ ПРИРОДНО ПРАВО У СОФОКЛОВИМ ДРАМАМА?

Мада је Софокле писац великог броја драма у Атини током V века пре н.е. (сматра се да је написао око 130 дела), до нас је дошло само седам. То су: *Ајанти*, *Електира*, *Цар Едип*, *Антигона*, *Едип на Колону*, *Трахињанке* и *Филоклее*. Међу њима посебно место заузима *Антигона* из више разлога, између осталог и због тога што се често сматра да се у њој појављује појам и идеја природног права. Следи тестирање Познерових тврдњи о ограничењима Покрета право и књижевност на примерима из Софоклових трагедија, а нарочито на прослављеним, контроверзним стиховима из *Антигоне*.

Једно од вечних питања правне филозофије је и даље остало отворено. Да ли се Антигона позива на природно право и супротставља га позитивном праву када се обраћа Креонту речима:

²² R. Posner, *Law and Literature*, 548.

²³ *Ibid.*, 481–482.

„Та ваљда не даде ми Див ту наредбу,
ни Правда, сустанарка доњих богова,
што људма ове поставише законе.
Не сматрах тако јаком твоју наредбу
да божје, неписане, сталне законе
претећи може; ти си ипак смртни створ.
Од данас нису они, ни од јуче – не,
Но вечно важе, нико не зна од кад су.“²⁴

Да ли то значи да је Софокле увео у своју трагедију софистичку анти-тезу *nomos/physis*? Да ли је то један од првих појавних облика природно-правне филозофије код Грка поред софиста? Да ли је то само фигура без теоријског пуњења која је потребна писцу драме или је то доказ постојања концепта природног права у то време?

Аристотел је у својој *Реторици* изричит да се Антигона позива на природно право када каже да је праведно, али забрањено да сахрани Полиника. Аристотел разликује две врсте права, специјално и универзално, па објашњава: „Под посебним подразумевам законе које су поједини народи према себи и ради себе донели, а деле се на писане (позитивне) и неписане. Општим називам природне законе. И доиста постоји неко опште поимање праведног и неправедног у складу с природом што признају сви народи, па све да међу њима не постоји никакав додир, нити у погледу тога било какав споразум. Вероватно је такву врсту праведног имала на уму Антигона кад је оно изјавила да је било праведно да прекрши забрану и покопа брата Полиника, јер је то учинила према природном закону“.²⁵ Многи аутори, пратећи Аристотела, долазе до закључка да је у Антигони реч о природном праву (поменимо на пример чувеног историчара Виктора Еренберга).²⁶ Познати француски неотомиста Жак Маритен (*Jacques Maritain*) је прогласио Антигону за хероину природног права и изједначио неписано право и природно право: „Антигона, која је била свесна да се, кршећи људске законе и подлежући њима, ипак подвргава бољој наредби *неписаној и нејроменљивој љрава*, и тако постаје хероина природног права...“.²⁷ На следећем месту Маритен подвлачи: „Неписано право, или природно право, је управо то“.²⁸

²⁴ Софокле, *Антигона*, 450–460 (прев. Милош Ђурић), Српска књижевна задруга, Београд, 2009.

²⁵ Аристотел, *Реторика* 1, 13, 2 (прев. Марко Вишић), Светови, Нови Сад, 1997.

²⁶ Видети више: V. Ehrenberg, „Anfänge des griechischen Naturrechts“, *Archiv für Geschichte der Philosophie*, 35, 1923, 119–140, нав. према М. Ђурић, „Идеја природног права код грчких софиста“, *Из историје античке филозофије* (ур. Ј. Тркуља), Правни факултет универзитета у Београду и Службени гласник, Београд, 2009, 277.

²⁷ J. Maritain, *Man and the State*, The Catholic University of America Press, Washington, D.C., 1998, 85.

²⁸ *Ibid.*, 86.

С друге стране, има аутора који верују да идеја природног права није никада била заступљена у Грчкој у религијском облику (као право богова), а нарочито не у најранијем периоду природноправне мисли. Они тврде да позивање на божанске законе код Софокла није ништа друго до рефлексивна старог веровања о божанском пореклу позитивноправних норми и да представља идеју јединства религиозних и политичких елемената.²⁹ Тако Михаило Ђурић закључује да неписани закони на које се позива Антигона нису „никакви идеални закони установљени у име неког вишег етичког, односно природног начела, већ стварно постојећи закони, који су само, по примитивном обичају, освештани религијском посветом“.³⁰ Ти закони, према Ђурићевом исказу, не постоје у писаном облику, већ само у усменој традицији. Дакле, неписани закони (*agraphoi nomoi*) на које се Антигона позива нису према мишљењу Михаила Ђурића *ius naturae*.

Слично мишљење је изнео Тони Брнс (*Tony Burns*) у добро образложеном чланку који се бави управо овим питањем. Он у *Антигони* не види сукоб између природног права и позитивног права, већ између две врсте позитивног права – обичајног права и законског права.³¹ Овај аутор је имао у виду Софоклово политичка убеђења и закључио је да позивање на божанско право у *Антигони* није усмерено у правцу рушења постојећег друштвеног и политичког поретка, како то произлази из Аристотелове природноправне интерпретације, већ у правцу одбране поретка од критике радикалних софиста у Атини у V веку пре н.е. Такође, Брнс истиче да су управо Софоклови политички противници, егалитаријанци и демократе, укључили концепт природног права у политичку дебату, док је сам Софокле придавао више значаја практичној разборитости (*phronesis*) него апстрактном резонувању природноправне теорије.³²

У прилог овом схватању би се могла додати и чињеница да се Антигона ни на једном месту не позива на природне законе, већ искључиво на законе богова.³³ Исто мишљење је изнео Роберт Валас (*Robert Wallace*).³⁴ Наиме, он је након бриљантне анализе Софоклових драма у реферату под називом

²⁹ М. Ђурић, „Идеја природног права код грчких софиста“, 279–280.

³⁰ *Ibid.*, 280–281.

³¹ T. Burns, „Sophocles’ *Antigone* and the History of the Concept of Natural Law“, *Political Studies*, Vol. 50, 2002, 552.

³² *Ibid.*, 554. Брнс додатно појашњава погледе Софокла: „Његова прва помисао у погледу питања етике и политике је позивање на историју и на постојеће обичаје и традицију, пре него на наводне универзално важеће принципе природног права“, *ibid.*

³³ О Антигоином позивању на божански принцип видети и код: A. Lardinois, „*Antigone*“, *A Companion to Sophocles* (ed. K. Ordman), Wiley – Blackwell, Malden (USA) – Oxford (UK), 2012, 59, 63; E. Harris, „Sophocles and Athenian Law“, *A Companion to Sophocles*, 288–291.

³⁴ Роберт Валас, професор са универзитета Нортвестерн, је ово мишљење изнео на међународној конференцији која је одржана у мају 2017. године на Правном факултету Аристотеловог универзитета у Солуну.

„Sophocles on Democratic Laws and Democratic Tyrants“, истакао да разликовање *nomos/physis* није интересовало Софокла, који као традиционалиста, аристократа, дубоко религиозан човек, није волео „ужасне софисте“. Међутим, у сваком случају, ово место у Софокловој драми је утицало на Аристотела да заузме позитиван став у погледу разликовања *nomos/physis* у *Антииџони*, чиме је отворио вишевековну, али и вишемиленијумску расправу.

У нашој преводилачкој литератури Милош Ђурић је прилично неодређен поводом овог питања. Он истиче да се Креонтово наређење сукобљава са „законом заснованим на људској природи и с једном од основних религиозно-моралних норми, и зато као Одисеј у *Ајантију*, Антигона, сестра погинуле браће, устаје против силе која гази те норме, а на њима се и оснива друштвени поредак, отаџбина, *пџлс*, и без икаква страха од смрти испуни дужност према мртвом брату“.³⁵ У једном свом чланку чини се да овај аутор уноси још већу забуну: „Антигона се ослања на објективне етичко-религиозне норме, на *џисане законе божје* (подвукли аутори), а то су они исти закони о којима говори хор и у *Краљу Едију*:

’О да би ми било суђено да у речима и у светим делима чувам свету чистоту! За то су изложени узвишени закони, рођени у небеском етеру; њима је родитељ сам Олимп, а није их створила смртна природа људска, и никада их заиста неће заборав успавати. У њима је бог, он не стари“ (ст. 865–872)’.

Њих као древне законе спомиње Софокле и у *Едију Колонском*. То су, дакле, „*неџисани вечни љприродни закони* (подвукли аутори), стари као одисконска прасила, која је све изнедрила, стари као неодољиве праснаге, најстарија створења те прасиле, Див и Правда...“.³⁶ Свакако овде треба имати на уму чињеницу да је Милош Ђурић у првом реду био класични филолог, хелениста, а не правник, што је вероватно утицало на одсуство посебног интересовања и продубљивања овог филозофско-правног питања.

Важно је указати на чињеницу да ни у једној другој Софокловој драми нема изричитог позивања на природне законе, већ пре свега на божије/божанске, неписане законе.³⁷ У *Трахињанкама* и *Филокџеџу* нема места која

³⁵ М. Ђурић, *Истџорија хеленске еџике*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1987, 86.

³⁶ М. Ђурић, „Владарска наредба и неписани закон у Софокловој Антигони“, *Филозофски сџиси*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1997, 245.

³⁷ Посебну захвалност дугујемо проф. Валасу на несебичној помоћи (као и у омогућавању увида у његов реферат са научног скупа *Greek Drama, Law and Politics*) коју је пружио у трагању за спорним местима поводом постојања/непостојања чувене софистичке антитезе у другим Софокловим драмама.

би била интересантна са становишта разликовања *nomos/physis*. Међутим, у *Ајантју* и *Електири* ствари другачије стоје. У *Ајантју* Менелај пита Теукара да ли се икад он огрешио о божији закон, док Теукар одговара да јесте уколико не дозволи Ајантову сахрану (ст. 1130–1132). На једном другом месту Одисеј се обраћа Агамемнону и позива га:

„Чуј дакле! Тога, богова ти, човјека
Без гроба немој одврћ ’вако бездушно,
Нек моћ ти срца не занесе никако
Толиком мржњом, те би правду газио!
...
Јер не би њега него божје законе
Ти врјеђо. Није право врсна човјека,
Кад умре, ружит, макар на њ и мрзиш баш.“³⁸

Дакле, и у *Ајантју* је реч искључиво о божијим законима. До истог закључка се може доћи и анализом *Електире*. Међутим, колико преводиоци могу унети забуне поводом овог већ довољно осетљивог и спорног питања илуструје коментар једног стиха преводилаца *Електире* на енглески језик. У ст. 1095, због побожности, оданости Зевсу и вероватно божанским законима, хор обећава Електри награду. Међутим, у коментару овог места (ст. 1095) „the laws that grew strongest“ (*megist’ eblaste nomima*),³⁹ преводиоци *Peter Meineck* и *Paul Woodruff* истичу да глагол *grew* (расти) сугерише да је у питању природни раст, попут раста биљака. Због тога, како они закључују, многи аутори поистовећују те законе са онима из природе.⁴⁰

У сваком случају приликом разматрања питања (не)постојања разликовања *nomos/physis* у Софокловим драмама треба имати у виду и чињеницу да је Софокле био дубоко религиозан човек, због чега је сматрао да се људи не смеју отимати божијим наређењима.⁴¹ Како амерички професор

³⁸ Софокле, *Ајантј*, 1332–1335; 1342–1344 (прев. Коломан Рац, Никола Мајнарић), *Сабране ђрчке ѡрађеђије: Есхил, Софокло, Еуријид*, Космос, Београд, 1988.

³⁹ У нашем преводу: „по законима, што су понајсветији“, Софокле, *Електира*, 1095 (прев. Коломан Рац, Никола Мајнарић), *Сабране ђрчке ѡрађеђије: Есхил, Софокло, Еуријид*, Космос, Београд, 1988.

⁴⁰ Sophocles, *Electra*, 1095 (trans. P. Meineck and P. Woodruff), *Sophocles: Four Tragedies (Ajax, Women of Trachis, Electra, Philoctetes)*, Hackett Publishing Company, Indianapolis/Cambridge, 2007. Са оваквим преводом и тумачењем се заиста слаже и енглески професор грчког језика и књижевности: R. P. Winnington-Ingram, *Sophocles: An Interpretation*, Cambridge University Press, Cambridge (UK), 1980, 314. Наравно и овде треба имати у виду чињеницу да овај став износи филолог, а не правник.

⁴¹ „Поједини богови са својим именима и за њега су само експоненти стварних божанских моћи које свагда и свугде долазе до израза, и поштовање богова молитвом и жртвом,

Чарлс Сигал (*Charles Segal*) наглашава: „У Софокловим комадима ’све је пуно богова’, да цитирам Талесову познату изреку. Али, ти богови су удаљени, опасни и нестварно моћни, лако повредиви, али не и лако опростиви када се њихова величина повреди или када се њихова права наруше. Ти богови одржавају светски поредак и траже обожавање и поштовање од људи; али, њихови начини за одржавање тог поретка, које Софокле као и Есхил, назива *dike*, правда, нису ни предвидљиви ни нужно потпуно разумљиви смртницима“.⁴²

4. ОГРАНИЧЕНИ ДОМЕТИ ПОКРЕТА ПРАВО И КЊИЖЕВНОСТ

Ово је само једна мала, али поучна илустрација ограничења са којима се сусреће Покрет право и књижевност. Није лако протумачити чак ни писане *љравне* изворе из античке Грчке и око тога постоје бројна спорења у правној историји. Ситуација је још компликованија када размотримо античку драму која не може бити поуздан извор тачног и правилног разумевања права и правних норми чак ни у домену правне филозофије. Наравно, књижевност је веома важна за контекстуално тумачење, али за стручно тумачење права није довољно нити адекватно средство.

На крају би ваљало подсетити се Познерових речи: „И док правни процес може имати драматичну структуру, и док су неки чувени спорови произвели исцелитељску улогу која се може поредити са улогом коју Аристотел приписује трагедији, дух права није драматичан... Сличност између драме и судског процеса може бити вештачка, чинећи вероватним да би свако позајмљивање из првог у друго било метафорично“.⁴³ И заиста, право се у књижевности користи по правилу са другачијим, унапред постављеним, замишљеним естетским, етичким или другим циљем, а не са потребом да разреши реални спор односно актуелни сукоб интереса. Другачији су сврха и циљ права и књижевности. Фокус права је на реалним правним и друштвеним проблемима и веома ретко то разрешење има драмски карактер, како се то често представља у књижевности, а нарочито на филму. С друге стране, књижевност је заснована на фикцији, одликује је често и претеривање, при чему је ипак главни циљ естетски доживљај.

вера у њихова откривења у сновима и пророчанствима, послушност према њиховим наређењима, јесу основна обележја његове наивне, патријархалне побожности“, М. Ђурић, *Исјо-рија хеленске књижевности*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1996, 288.

⁴² С. Segal, *Sophocles' Tragic World: Divinity, Nature, Society*, Harvard University Press, Cambridge (USA) –London (UK), 1998, 5.

⁴³ R. Posner, *Law and Literature*, 34.

Анализа неколико места у Софокловим драмама представља само једну сличицу која указује на ограничења и непоузданост Покрета право и књижевност (пре свега као „law as literature“), па и на могуће опасности које проистичу из некритичког ослонаца права на књижевни метод, манир и спознаје. Суштинска разлика је прилично непремостива (што не значи негирање потребе за било каквим додиром те две области). Правни језик мора бити јасан, недвосмислен и прецизан, док је, с друге стране, по природи ствари, основна вредност књижевности вишезначност и богатство језика. Право мора бити егзактно, објективно и прецизно, њиме мора да доминира логика, док књижевно дело и језик много више одликују емотивност, асоцијативност, метафоричност и естетика. Због свега тога, књижевни текстови не могу представљати чврст ослонац и поуздан извор за правника чак ни на терену развијања језика и правничког писања, а нарочито не у смислу *fons iuris cognoscendi* (осим што може бити од користи за боље разумевање времена и околности, етике, психологије, итд.). Правни језик се обично критикује зато што је ружан, рогобатан и формалан (и такав ће остати), док функционални књижевни стил мора бити по својој природи битно другачији од административног и бирократског израза.

Но, књижевност свакако може бити од користи за шире интелектуално профилисање правника, сликовитије изражавање, боље контекстуално разумевање правних феномена, донекле и за изграђивање система вредности, итд. Само утолико и у тим ограниченим оквирима, пре свега онога што се обично назива „law in literature“, уз одређене мере опреза, Покрет право и књижевност може бити актуелан и делотворан у образовном смислу и чини се да једино ту треба тражити његове реалне домете.

*Dragutin S. Avramović, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
d.avramovic@pf.uns.ac.rs*

*Ilija D. Jovanov, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
i.jovanov@pf.uns.ac.rs*

The Limits of the Law and Literature Movement – an Example of Sophocles

Abstract: *Relationship between law and literature became topic of particular scientific and academic interest in legal philosophy during the last decades. Academic debates on Law and Literature Movement followed soon after its appearance. No one denies that there are significant ties between law and literature. The only question is about the quality of those ties, of their strength, of their authenticity, and particularly of the degree of perplexing and interinfluence of those two spheres.*

Legal theory often constructs quite artificial differentiation between the “law in literature” and “law as literature”. Such distinction can be explained and useful only to distinguish academic field and for didactic purposes. “Law in literature” comprehends use of literary texts in legal, mostly educational goals, while “law as literature” implies mostly use of literary techniques in law, such as deconstruction, semiotics, hermeneutics, etc.

The most important promoters of that theoretical stream are James White, Richard Weisberg, Robin West, etc. But on the other side firmly stands with his critical attitude one of the most prominent lawyer of our times, Richard Posner, an American judge and professor of law at the University of Chicago. He graduated literature from the Yale University and then law from the Harvard University, and became famous as one of the founders of the Economic Analysis of Law. He strongly points to limited range of the Law and Literature movement. In his words those are two different disciplines with different goals. Posner’s main argument is that law is used in literature in a metaphorical sense, and not as a main field of study.

A small, peculiar test of Posner’s view about the limitations of the Law and Literature Movement could be performed upon famous, controversial verses in Sophocles’ plays. One of the eternal issues of legal philosophy, and of many other

disciplines, is whether *Antigone* has referred to the natural “law” in contradiction to positive law when she stated that “They are not of yesterday or today, but everlasting, though where they came from, none of us can tell” (Sophocles, *Antigone* 457-458). Does it mean that Sophocles recognized, or even introduced, the sophistic antithesis *nomos/physis*? Was that one of the first forms of appearance of natural law philosophy among the Greeks beside sophists? Was it just a figure without a theoretical loading that the drama writer needed, or it is a proof of the existence of natural law concept in that time? Beside many contemporary scholars, Aristotle is explicit in his *Rhetoric* (Aristotle, *Rhetoric*, 1, 13, 2) that *Antigone* addresses to natural law when she says that it is just, but forbidden to bury Polynices.

Many other scholars, on the contrary, believe that natural law idea was never present in the form of divine law (law of Gods) in Greece, and that it was particularly the case in early times. They state that appeal to laws of Gods does not represent more than reflection of the old belief about earliest, customary positive legal norms and that it represents unity of religious and political elements. Unwritten laws quoted by Sophocles are not a kind of ideal laws constituted for the sake of certain high ethical foundation of natural law principle, but that the word is about real, existing, positive law. According to primitive custom, they are only vested in the religious veil, having been formulated not in the written form but through the oral tradition. Also, an extra argument for that view is that Sophocles does not mention in his plays natural law at all, but he only appeals to the laws of Gods.

A tiny analysis of Sophocles’ plays considering a single issue of natural law is just a small illustration of how the modern Law and Literature movement could be limited, timid and tricky (particularly in the sphere of “law as literature”). Substantial difference between law and literature is quite overwhelming (but it does not mean that there is no need for a closer touch between them). Legal language has to be clear, unambiguous and precise while, on the other hand, basic value of the literature by its very nature is indistinctness and richness of language. Law has to be exact, objective and precise with the dominant presence of logic, while a literary work and language is much more characterized by emotions, imagination, aesthetic, symbolic and metaphorical expression, etc. This is why literary texts cannot always be used as a solid and firm source for legal understanding (particularly as *fons iuris cognoscendi*), except for a better perception of the time and circumstances. Legal language is usually criticized as ugly, unattractive and formal (and it has to remain like this), while functional literary style has to be by its nature substantially far and different from administrative and bureaucratic expression.

However, literature could be of some use for a wider intellectual profiling of a lawyer, for a more charming expression, for a better contextual understand-

ding of legal phenomena, for improving value system of a lawyer, as a source of insight about human life, etc. In that sense only, and in a limited framework of the so called “law in literature”, Law and Literature Movement could be useful and actual in educational sense, but not much more than that. It seems that its authentic value could be achieved mostly on that ground.

Keywords: *Law and Literature Movement; Sophocles; Divine Law; Natural Law; Richard Posner.*

Датум пријема рада: 19.10.2017.

Др Свeтлана С. Станаревић, доцент
Универзитeт у Београду
Факултeт безбедности
svetlana_stanarevic@yahoo.com

МЕХАНИЗМИ ИЛИ НАЧИНИ РАЗВИЈАЊА И УНАПРЕЂЕЊА БЕЗБЕДНОСНЕ КУЛТУРЕ

Сажeтaк: У овом тeксту ћокушаћeмо да објаснимо и прeйоручимо начине на који се може развијати или унапредиити безбедносна култура. Наиме, овај концепт се у студијама безбедности најчeшће прeдставља као средство или аналитички оквир за разумевање процена, које се дешавају у безбедносној сфери током времена. Међутим, желимо да нагласимо важност размишљања и примене безбедносне културе као средстава за стварање процена, што може бити значајно у (садашњем) тренутку турбулентних дешавања широм света, који имају нарочите безбедносне импликације. Поред аналитичких могућности, концепт безбедносне културе има и нормативне и у том смислу је важно утврдити који све механизми ња и фактори могу допринети да се развија и унапреди. Ми смо се у овом раду определили да представимо улогу и значај система образовања, усвошавања и развијања стандарда, увођење механизма контроле и обавезивање и/или посвећености.

Изабрани механизми и/или фактори су важни јер испуњавају/задовољавају потребу за одређеним степеном знања и вештина, обезбеђују поштовање безбедносних мера, правила, процедура и очекивања, утичу на понашање којим се ствари утврђене вредности, а уз то показују дугорочну посвећеност како би се изградilo остворено и поверљиво окружење фокусирано и проактивно према смањењу ризика и претњи за добробит свих.

Кључне речи: безбедносна култура, образовање, контрола, обавезивање, стандарди.

1. УВОД

Чињеница је да су термин и концепт безбедносне културе релативно кратко у истраживачком пољу теоретичара студија безбедности, али се у

прихватљивој и значајној мери промишљају и анализирају код истраживача и теоретичара који долазе и из других научних дисциплина и са различитих меридијана. Према доступној и анализираној литератури уочено је да се користи и развија нешто више од три деценије.¹

Потреба и интерес савременог (цивилног) друштва за безбедношћу, која је, између осталог, условљена и омогућена социјалним променама и трендовима у јачању демократских институција, може се остварити стабилним утемељењем и развијањем безбедносне културе. Дистинкција између потребе и интереса за безбедношћу и потребе за културом односи се углавном на начин на који се долази до задовољења тих потреба, који је најчешће одређен утицајима из друштвеног окружења. Култура и цивилизација одређују начине задовољавања потреба које су важне за достојанствен и квалитетан живот, а безбедносна култура као концепт може се, дакле, сместити у оквир дисциплине која безбедносне појаве живота настоји да спозна у њиховом културном значењу. Дакле, да бисмо на адекватан начин разумели концепт безбедносне културе, неопходно је увести у разматрање, одговарајуће разумевање и употребу концепта културе, с једне стране и концепта безбедности, с друге стране. Подстицање размишљања о безбедности и пратећим појавама и феноменима, како би се правовремено одговорило на

¹ Појам „безбедносна култура“ први пут је поменут у Завршном извештају Међународне агенције за атомску енергију (IAEA, 1986) о нуклеарној катастрофи у Чернобиљу. Извештај број 75 INSAG-1, 1986. Термин „безбедносна култура“ још је потпуније објашњен у „Основним принципима безбедности нуклеарних електрана“, у оквиру серије упутстава No 75, INSAG-3, објављеним 1988. године. У међувремену је уочено, да се поред области нуклеарне безбедности, када је у питању његова практична димензија, концепт безбедносне културе највише везује за област заштите информација (у великим корпорацијама), процене ризика, у сфери глобалног управљања итд. Када је у питању домаћа литература, појам безбедносне културе је први пут дефинисан у *Лексикону безбедности*, где ју је Обрен Ђорђевић описао као део опште културе који обухвата „*скупи сазнања из области безбедности (основне вредности и тековине које су објекти напона и заштитне, методе и облици, као и носиоци угрожавања) која чине појединце, средине и друштво способнијим да распознају методе, облике и радње угрожавања, као и носиоце тих делатности, без обзира где се и како испољавају*“, Видети: Обрен Ђорђевић, *Лексикон безбедности*, Партизанска књига, Београд 1986). Након тога, Љубомир Стајић је покушао да преобликује и још јасније дефинише термин и представи га као „*скупи усвојених ставова, знања, вредности и правила из области безбедности, испољених као понашање и процес, о поједици, начинима и средствима заштите личних, друштвених и међународних вредности од свих извора, облика и носилаца угрожавања, без обзира на место или време њиховог испољавања*. Видети: Љубомир Стајић, *Основи безбедности*, Драганић, Београд, 2006. И код већине других дефиниција које су се у међувремену појавиле уочавају се кључни елементи безбедносне културе, као што су знање, ставови, понашање, вредности, норме, правила и тсл. Иако је ове елементе компликовано одредити према неком приоритету (да ли нам је важније знање о безбедности и опасностима које је могу нарушити и угрозити, неки ставови које имамо поводом тога, или је важније како се понашамо и како реагујемо у одређеној опасној ситуацији, којих оравила се придржавамо), они могу да варирају од једног стања до другог или од једног контекста до другог.

претње и рањивости, подразумева уважавање релација и интеракција које се дешавају између концепта културе и безбедности који као крајњи производ дају нови конструкт и концепт безбедносну културу.

Услед прегруписивања сложених категорија, организације садржаја и редеофинисања односа добијамо једну нову активност и концепт који одређују и правац којим ће се кретати појединачне компоненте (култура и безбедност). Укључујући обе компоненте дефинишемо начин на који се развијају одређене идеје о безбедносном поретку и структури, као и ономе што је уочено као опасност или претња по утврђене вредности, а самим тим и одређује пут који ће се трасирати како би се у потпуности одбранили од њих. Данас присуство и развијеност безбедносне културе значајно помаже да се осигура да безбедносни разлози буду узети у разматрање при доношењу стратешких одлука (на нивоу државе, друштва, заједнице или појединца), без обзира на то да ли су ове одлуке део државне спољне и безбедносне политике или политике неког другог ентитета или и неке друге политике, а не само безбедносне.

За нормално функционисање једног друштва, државе или било које друге заједнице неопходан и приоритетан услов свакако представља елементарна безбедност, али је, да би се он испунио, нужно, између осталог, развијати и унапређивати безбедносну свест свих чланова заједнице. Она подразумева постојање потребе да се заштите, обезбеде, осигурају или одбране одређене вредности, идентификују и распознају ризици и претње угрожавања, утврде снаге и моћи индивидуе, групе или шире заједнице која треба да буде заштићена, осигурана и обезбеђена, али и препознају интересе које треба остварити или за које се треба залагати.² Да би се реализовали активности и задаци који воде том циљу, али и циљевима сарадње међу државама, различитим друштвеним групама, поштовања права и слободе других, очувања мира и стабилности, неопходно је у континуитету радити на развијању свести о улози и значају безбедности у функционисању једне заједнице, једног друштва и њихових чланова.

Кључни фактор који ће указати на чињеницу да је безбедност важна јесте култура. То јест, култура ће одредити и означити интерес безбедности као један од приоритетних интереса који мобилише све ресурсе једног друштва, према којем и усмерава своје активности. Оног тренутка када најшира заједница прихвати свест о опасностима, облицима и носиоцима угрожавања и буде спремна да успешно одговори на њихово деловање, тада ће и њена безбедност бити значајно унапређена, а изабрани модел понашања постаће део ширег културног миљеа. Не заборавимо, немају сва друштва и заједнице исте проблеме и нису окружене истим опасностима, понекад су заједнички

² Светлана Станаревић, „Концепт безбедносне културе и претходне његове развоја“, докторска дисертација, Факултет безбедности Универзитета у Београду, Београд, 2012.

(тероризам, природне катастрофе³), али чињеница је и да не реагују све заједнице на истоветан начин и не придају исти значај свакој опасности или претњи којима су окружене. Тако и нуде различите одговоре на изазове и претње којима су окружени. Нека друштва и државе већи акценат дају образовању, неке развијању система контроле, неке унапређењу законске регулативе и стандардима, а неке бирају генерално одговорнији и посвећенији приступ према преузетим обавезама и у правном и у моралном смислу.

2. МЕХАНИЗМИ ЗА РАЗВИЈАЊЕ БЕЗБЕДНОСНЕ КУЛТУРЕ

Безбедносна култура као концепт помаже да се схвати суштина бројних безбедносних проблема, тако да се може сагледати и анализирати у контексту превенције друштвених конфликта, системских одговора на ризике и нових безбедносних инфраструктура. То је концепт који се постепено развија и, као што је већ наглашено, прожима све нивое безбедносне политике, од питања безбедности на појединачном нивоу до питања безбедности државе (посебно односа мира и рата). Међутим, како радити на томе да се развија, негује и унапређује безбедносна култура у једном друштву? Овде ћемо понудити неке од идеја о механизмима и начинима захваљујући којима се она може успешно развијати, што се и препознаје у многим друштвима и државама.

2.1. Приступ заснован на образовању

Развој и примена концепта безбедносне културе заснован на образовању подразумева пренос и неговање знања, способности и специјализованих вештина, формирање ставова, као и проширење хоризонта индивидуалности. Допринос образовања развоју друштва у односу је управне пропорционалности са развојем безбедносне културе. Јачање једне од ових компоненти доприноси јачању друге, и обратно. Осведочена узајамна двосмерна веза развоја образовања и сваке друге врсте позитивног развоја у бројним друштвеним подручјима, иако није апсолутна и дословна, одавно се не доводи у питање. Ширењем образовања, значајног и самог по себи, омогућен је настанак готово свих особености модерних друштава. Неке од њих су: општи пораст писмености, технолошки развој, побољшање социјалних и других услова живота, демократизација друштвених односа, могућности правичније вертикалне промоције непривилегованих слојева, професионализација за-

³ Љубомир Стајић, Безбедносна култура као фактор заштите животне средине, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 4/2014, стр. 69-84.

нимања и слично. Велике наде полагане у образовање углавном су се кроз историју показале оправданим.

Бројне улоге које систем образовања има у друштву истичу га као делатност која би могла у великој мери допринети развоју безбедносне културе друштва и појединца. Делујући као нека врста „пречице“ између знања и веровања претходних и садашњих генерација, оно помаже да се из целокупног наслеђа преузму истински доприноси култури који унапређују људска знања и безбедност. У том смислу би, поред садржаја који се изучавају, и процесна страна образовања требала да негује критичко мишљење, стимулише и нуди алтернативе, указује на замке манипулације и омогућава исказивање различитости. Све су то компоненте које амортизују конфликте у демократским друштвима и посредно унапређују безбедност.

Васпитање и образовање са постизањем примереног и задовољавајућег нивоа безбедносне културе треба да буде у функцији својеврсног развоја младих и одраслих учесника овог оспособљавања. Овај процес представља и својеврстан аспект социјализације личности (схваћене у ужем смислу као процес прилагођавања захтевима друштвене околине усвајањем начина понашања, правила и вредности које су у њој уобичајене), а спроводи се васпитањем, и то преко социјалних односа, контаката и додира интерперсоналног карактера, али и преко укупне организованости, целисходности и планске заснованости, ефикасности и врхунског квалитета образовања и оспособљавања.⁴

Развијање и учвршћивање универзалних људских вредности на којима образовање може инсистирати најчешће је хомогенизујућа снага сваког друштва, као и заједништва међу људима уопште. Уважавање своје културе, упознавање других и дијалог међу њима чине препреке искључивостима разних врста, које су се неретко испољавале и у виду ратова, па и терористичких дела. Приближавање корпуса суштинских заједничких вредности помаже међусобном разумевању и превладавању негативних стереотипа и предрасуда међу супротстављеним културама. Образовање је обично верна слика друштва у којем се развија, па се на основу стања у друштву може закључивати какво је образовање, али се, и обратно, на основу стања у образовању може судити у којем правцу се креће друштво у целини. Чини се да, на путу глобалног споразумевања међу културама, пред образовањем, и не само њим, стоји још много задатака пре него што будемо могли да се одрекнемо у потпуности тезе о сукобу цивилизација.⁵

⁴ Љубомир Стајић, Саша Мијалковић, Светлана Станаревић, Безбедносна култура, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2013, стр. 92.

⁵ Светлана Станаревић, Љубинка Катић, „Развој и примена концепта безбедносне културе у супротстављању тероризму“, у Зборнику: *Сујројсшављање савременом орђанизованом*

Као предуслов напретка, образовање је саставни део најширих и најзначајнијих друштвених преокупација у свим земљама света. Сматра се да оно представља значајан део „меке“ моћи националних држава и као такво је једно од најмоћнијих средстава за културно, етичко, професионално формирање личности у условима научно-технолошке револуције, демократизације друштвеног живота и тржишне привреде.⁶ Промене којима смо захваћени воде преиспитивању досадашњих политичких, државних, економских, образовних и културних идентитета. Сва дешавања крећу се у оквирима општег, планетарног преплитања идеја, догађаја, актера. Међузависност диктира развој економије, технологије, политике, медија и других чинилаца, и њен први плод је постепено потискивање националних суверенитета и заражање локалних идентитета пред инвазијом моћних транснационалних институција и процеса. Овај процес може да подразумева стварање нових културних блокова и синтеза, али и губитак, нестајање – у распону од декултурације до отвореног етноцида – бројних мањинских култура⁷

Сва савремена друштва су у мањој или већој мери изложена утицајима ових промена, посебно образовни и културни системи. Све чешће се у локалном миљеу репродукују социјалне установе, вредности и обрасци понашања глобалног друштва. Животни стилови, аспирације, доколица, потрошња, рад, информације и слична подручја носе дубоке трагове глобалне културне хомогенизације, оријентишу се и сагледају мерилима и трендовима глобалне културе. Као одговор овим утицајима свако друштво и/или држава морају изградити своју концепцију усвајања тековина „светског друштва“ (*world society*), односно интеграције у глобализоване социјалне и друге институције, али и бити свесни модела понашања, интелектуалних и материјалних ресурса који прате глобалне културне токове. Наравно, ова локална верзија глобалне културе сучељава се са локалним културним идентитетом, националним културама, чије преобликовање може имати тешке, патолошке последице и угрозити саму идеју културног диверзитета или плуралитета култура.

У дефинисању улоге образовања у даљем развоју безбедносне културе друштва и појединаца у односу на могуће претње (на пример, тероризам, елементарне непогоде и катастрофе, корупција), неопходно је полазити од потреба везаних за разумевање узрока појаве угрожавања, начина њеног испољавања и начина супротстављања. Поред тога, важно је указати и на чињеницу да подједнако треба дати значај свим нивоима образовања како би се омогућило да се шири друштвени слојеви оспособе и прихвате основ-

криминалу и тероризму (уредници Саша Мијалковић, Драгана Коларић, Дане Субошић), Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2011.

⁶ Светлана Станаревић, „Концепт безбедносне културе и његовог развоја“ докторска дисертација, Факултет безбедности Универзитета у Београду, Београд, 2012.

⁷ Antony D. King (ed), *Culture, Globalization and the World – System*, London, Macmillan, 1991.

не поставке концепта безбедносне културе (што заправо већ и постоји у многим европским земљама, САД, Руској Федерацији, Турској и многим другим). Истовремено, кроз посебне форме образовног процеса могу се јачати способности лидера државних институција, као и професионалних безбедносних структура да успешније анализирају стратешко окружење и динамику промена у њему, као и да препознају и реагују на претње. С тим у вези, важно је истаћи чињеницу да је безбедност постала веома значајна тема академског проучавања, да су међународне организације и академске институције подстакле утицај цивилног сектора на решавање питања безбедности, да се појављују студије које се баве парламентарним надзором над сектором безбедности, цивилно-војним односима и безбедносном културом.

Подручје студија безбедности у модерним друштвима већ у данашњем културном контексту захтева, поред традиционалног приступа безбедности и надградњу и свеобухватнији унакрсно дисциплинарни и мултидисциплинарни приступ. Мултидимензионално поимање безбедности многоструко шири дијапазон кадрова безбедности чије образовне потребе у том случају знатно превазилазе садржаје уже безбедносних дисциплина. Мора се водити рачуна и о њиховом будућем радном анагажовању, где се поред традиционалних послова безбедности у оквиру такозваног „тврдог језгра безбедности“, подразумева и дијалог са формама и организацијама цивилног друштва, медијима, међународним институцијама и установама, стручним и научним удружењима, локалним друштвеним окружењем, глобалним мрежама, академским и корпорацијским срединама, дакле, свима који на неки начин задовољавају потребе државних и недржавних објеката безбедности.⁸

Поред свега наведеног, још једном би нагласили, да би један од конкретних задатака формалних и неформалних образовних институција морао да буде усмерен и ка спољашњој друштвеној средини, много ширем контексту који се тиче неких недовољно развијених аспеката образовања, као што су, на пример, образовање за критичко коришћење масовних медија било које врсте или информатичких технологија. Позната преимућства ових релативно нових извора сазнања повезана су и са бројним ограничењима. Огромном утицају који имају традиционални медији или интернет, као средства својеврсног неформалног или информалног образовања, на формирање јавног дискурса о одређеним питањима, неопходно је придружити усклађену способност људи да разумеју начине њиховог функционисања. Неспорне предности ових све демократичнијих начина образовања често су праћене губитком темељитости, прецизности и поузданости, својствима која су неопходна у стицању знања.

⁸ Љубинка Катић, Жељко Бралић, Светлана Станаревић, „Образовне потребе и стратегије развоја студија безбедности“, Андрагошке студије, Институт за педагогију и андрагогију, Универзитет у Београду, Филозофски факултет, Београд, 2012, стр. 143-160.

Формалне образовне институције су добар пример за више учествовање у одабирању и истицању бројних још неискоришћених предности које пружају нови извори сазнања, али и указивати на аспекте у којима они могу чак и да буду штетни. Изложеност актуелним, „популарним“ и контраверзним темама, попут тероризма, при том је свакодневна, а карактер и проверљивост података који су у оптицају дискутабилни. Комплексност света тешко је сводива на поједностављене слике медијске продукције, али зналачки употребљени нови медији, истовремено омогућавају готово тренутни приступ неисцрпним изворима сазнања. Научити младе генерације, и остале, критичкој употреби поменутих извора оспособило би их за успешнији саморазвој и самообразовање, све чешћи пут којим се стичу знања. У подручју безбедности је та потреба можда израженија него другде, јер је разлика између знања и манипулације нејаснија, а потреба за доношењем одлуке у складу са сопственим циљевима израженија.

2.2. Приступ заснован на обавезивању/посвећености (*commitment*)

Договор, који се постигне у неком односу, да се обавља одређена делатност и у утврђеном тренутку у будућности, у извесним околностима, може се свести под значење израза обавезивање (*commitment*). Или, као што пише у *Cambridge Dictionary*: „... *сїремносїї да своје време и енерџију даїе нечему у шїта верујетїе, или обећање или чврстїа одлука да нешїто урадиїе*“⁹ Обавезивање често прати посвећеност и може укључити више момената. Прва и најосновнија је посвећеност скупу вредности, принципима или веровању. Ово опредељење подразумева постојање визије и сврхе зашто се нешто ради или не ради. Следећи моменат се односи на снажан осећај интегритета и самопоуздања, што подразумева и стално самоусавршавање, а такође одлучност и упорност у раду да се започетò заврши, да се заврши на најбољи могући начин. Важна је подршка и могућност да се поправи, односно побољша крајњи учинак, да се посвећеност постави на један виши ниво, спремност да се тражи и да се нађе бољи начин да се реши проблем.

Према најранијим истраживањима везаним за ову тему и аутору Келману, постоје различити мотивациони процеси у основи појединачних ставова који прате посвећеност.¹⁰ Стога Келман наводи поштовање, идентификацију и интернализацију. Поштовање се јавља када су ставови и понашања

⁹ *Cambridge Dictionary*, <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/commitment> 02.09.2017.

¹⁰ Kelman, H. C. „Interests, relationship, identities: Three central issues for individuals and groups in negotiating their social environment“, in: S. T. Fiske, A. E. Kazdin & D. L. Schacter (eds.), *Annual Review of Psychology* (vol. 57, pp. 1–26), Palo Alto, CA Annual Reviews, 2006.

усвојени у циљу добијања одређене награде или избегавања одређене казне. Идентификација наступа када људи усвоје одређене ставове и понашања у циљу да буду повезани са задовољавајућим, самоодређујућим односом са другом особом или групом. Интернализација се збива када људи усвоје ставове и понашања, који су наметнути у виду спољашњих норми и стандарда, при чему њихов садржај на почетку није подударан са њиховим вредносним системима, али то временом постане. Другим речима, спољашња морална норма постаје унутрашња.

На сличан начин можемо посматрати обавезу или посвећеност као конструкт који се налази у основи одржавања односа између држава на међународном плану. Занимљив је пример у оквиру међународног правног режима који се развијао након Првог, а нарочито након Другог светског рата, као најамбициознији напор у историји за усвајање нових међународних правних стандарда за људска права. Иако су се, под утицајем историјских околности, владе први пут сложиле, под окриљем ОУН, око нацрта споразума да се смање могућности таквих трагедија у будућности, закључак о развоју успешног правног режима био је преурањен. Све разгранатији систем уговора које је требало ратификовати примљен је са одређеном дозом резерви. Наиме, појавила се могућност потенцијалних ризика – да се обавеза која се преузима и посвећеност испуњењу ставки из уговора у будућим околностима тешко може реализовати.

У складу са тим, јавља се неколико групација влада које разнолико одговарају и приступају ратификацији тих споразума. Једну групу чине државе које искрено ратификују и вреднују садржај уговора, те самим тим очекују поштовање за учињено. Другу групу представљају државе које начелно прихвате садржај уговора али их касније ипак не ратификују (примери држава које нису ратификовале Споразум из Кјота или Конвенцију о правима детета). Последњу групу чине државе које ратификују уговор, размишљајући стратешки и рачунајући да ће трошкови бити минимални, а учиниле су то и да би избегле критику или да би се додвориле домаћој или међународној јавности.

Занимљиво је представити и начин на који се покушава са имплементацијом принципа и норме R2P (Responsibility to Protect – Одговорност за заштиту). Наиме, у завршном документу Светског самита УН (World Summit Outcome) 2005. године позван је Савет безбедности УН да решава свирепе злочине, али он није имао доследан одговор у периоду који је уследио, на ситуације које обухватају геноцид, ратне злочине, етничко чишћење и злочине против човечности.¹¹ Тако да 10 година после Самита, у Извештају

¹¹ Заправо, Резолуцијом 1674 (усвојена 28. априла 2006. године), Савет безбедности УН потврдио одредбе параграфа 138. и 139. Завршног документа Светског самита 2005.

Генералног секретара УН из 2015. године (Report of the Secretary General UN) – *Важна и трајна посвећеност: спровођење одговорности за заштиту*, можемо прочитати да се:

„Извештај закључује са шест кључних приоритета за одговорност за заштиту у наредној деценији, односно (1) сигнализирање политичке посвећености на националном, регионалном и глобалном нивоу како би се заштитило становништво од тешких/свирепих злочина; (2) подизање превенције као кључног аспекта одговорности за заштиту; (3) разјашњавање и ширење опција за правовремени и одлучујући одговор; (4) решавање ризика који се могу поновити; (5) јачање регионалних активности ради спречавања и одговора на свирепе злочине; и (6) јачање међународних мрежа посвећених спречавању геноцида и одговорности за заштиту.“¹²

На сличан начин се може разматрати још ранији покушај да се путем мировне дипломатије државе одрекну рата као средства националне политике, познат као Бријан-Келогов пакт потписан у Паризу 1928. године, уз учешће представника Белгије, Велике Британије, Италије, Јапана, Немачке, Пољске, Француске и Чехословачке. У првом члану Пакта стоји да државе потписнице: *...осуђују прибеђавање рату ради решења међународних спорова и да га се одричу као оруђа међународне политике у својим међународним односима.*¹³ Колико су поједине потписнице, заиста биле посвећене овом циљу говори то да је било потребно само једна деценија да започне Други светски рат, захваљујући управо њиховом ратним и освајачким дејствима.

Поштовање кредибилних обавеза је тежак проблем за државе у анархичном међународном систему. Међутим, поштујући вредности и институције, управо развијене демократске државе треба да буду пример како се побољшањем својих способности одржавају међународне и сваке друге обавезе и одговорности. Дакле, да буду пример државама са нестабилним политичким режимима, слабом економијама, са неизграђеним демократским институцијама, иако, на жалост, није искључено да управо и демократске државе прве поведу и иницирају ратне сукобе. Зато је важно, радити на свим пољима и у свим државама како би се већим поштовањем обавеза и већом одговорношћу и посвећеношћу развијала безбедносна култура с једне стране, а с друге стране, безбедносна култура као део институција, део културе, део друштва, део демократских структура, мора управо то и да наглашава.

године у вези са одговорношћу да заштити становништво од геноцида, ратних злочина, етничког чишћења и злочина против човечности, чиме се обавезује Савет безбедности на акцију заштите цивилног становништва у оружаном сукобу.

¹² A vital and enduring commitment: implementing the responsibility to protect, Report of the Secretary General UN, A/69/981–S/2015/500,

<http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/pdf/N1521764%202015%20SG%20Report%20R2P%20English.pdf> 08.09.2017.

¹³ Уговор о одрицању рата (Бријан-Келогов пакт) од 27. августа 1928.

2.3. Приступ заснован на контроли и/или присили

Како је Рут Бенедикт давно рекла, друштво је само изузетно и у извесним приликама регулативно, а закон није исто што и друштвени поредак. У једноставнијим хомогеним културама колективна навика или обичај могу да потпуно замене потребу за установљавањем било какве званичне законске власти. Амерички Индијанци су умели да кажу: „У *стјаро време* није било сукоба око *ловишћа* или *месћа* за риболов. Онда није било закона, *ије* је свако чинио оно *што* је *право*“.¹⁴ Тај начин изражавања, како истиче Бенедиктова, јасно показује како они у свом ранијем животу нису сматрали да су били потчињени неком друштвеном надзору који им је наметнут споља. Чак ни у нашој цивилизацији закон није ништа више до грубо друштвено оруђе, и то такво које је прилично често потребно обуздавати појединца у току његовог осиног живота. И како сматра Бенедиктова, никада га не треба изједначавати са друштвеним поретком.

У сваком друштву кроз густу мрежу власти и ауторитета (и институција) намећу се принуде, забране или обавезе. Да ли се и како оне испуњавају, проверава се одређеним успостављеним системом контроле али и присиле. Контрола се може објаснити као моћ да се утиче или усмери понашање људи или ток догађаја (*English Oxford Living Dictionaries*), али и као свесна људска делатност коју чини упоређивање постигнутих резултата са намераваним, односно очекиваним исходом, што се нарочито примењује у менаџменту и представља једну од његових функција.¹⁵ У другом случају, контрола се састоји од посматрања и оцењивања туђе делатности, и то према раније утврђеним мерилима, након чега, уколико постоје одступања, може доћи до одређене интервенције корективног карактера, како би се отклонио недостатак, мада исход контроле може бити и само репресиван.¹⁶

Када је реч о контроли, запажамо неколико сегмената које је важно раздвојити, који је ниво контроле, шта је предмет контроле и, на крају, начин контроле. Ниво контроле подразумева постојање целине и постојање појединих делова. Предмет контроле могу бити значењски елементи понашања, али их је тешко уједначити и униформисати, па се зато пажња пре указује економичности, ефикасности, унутрашњој организацији као показатељима снаге и успешности или неуспешности. Начин контроле подразумева непрекидну, сталну принуду, надзор над разним видовима активности, а не само над њеним резултатима. Уколико посматрамо контролу на једном ширем

¹⁴ Рут Бенедикт, *Обрасци културе*, Просвета, Београд, 1976, стр 270.

¹⁵ Robert J. Mockler, *Readings in Management Control*. New York: Appleton-Century-Crofts. 1970, pp. 14–17.

¹⁶ Љубомир Стајић, *Контрола полиције и служби безбедности*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2012, стр. 19.

плану, француски теоретичар Делез (Gilles Deleuze) је указао на *друштво контроле* и кроз своја размишљања о томе, заложио се за критичко испитивање опсесије ризиком, контролом и небезбедношћу, јер у његовом тумачењу друштва контроле долази се до крајности у којој се уз помоћ нових технологија и биополитике, као политичким инструментима, „modulate“ понашања тела, тржишта, територије, животне средине, борбене површине, биокриминала и тсл. Фокусирајући се на ове увиде које је дао Делеузе у свом есеју о друштву контроле (1990), Марк Лејси (Mark Lacy) је указао на нову синергију између дизајнера и доносиоца одлука, која омогућава интензивирање друштва контроле кроз производе „комуникативности“ (као што је иронично ‘Homeland Security Blanket’) и дизајнера безбедности.¹⁷ Ово размишљање морамо узети у обзир, када покушавамо да говоримо о контроли и надзору, као могућим механизмима за развијање безбедносне културе, који могу показати и своју крајње негативну природу, односно који се могу препознати и у концепту државе националног надзора, где влада располаже одређеним техникама контроле, које би морале бити усклађене са уставом и које подразумевају поштовање људских права.¹⁸

Контрола се може остварити наметањем одређених културних вредности, веровања и норми понашања некој циљној групи, са позиције ауторитета. Када већина у оквиру циљне групе прихвати те вредности и норме, и усвоји их као своја лична правила мишљења и понашања, онда и контрола њиховог понашања постаје једноставна. Можемо ли да претпоставимо да развијена безбедносна култура може бити снажнији механизам контроле понашања појединца, групе или заједнице у односу на формалне прописе или директан надзор од стране неког вишег ауторитета. Преко културе се покушава постићи не само контрола понашања, већ и мишљења и осећања чланова неке заједнице, што, морамо признати, није лако и не успева увек (мада је, на орвеловски начин посматрано, ипак могуће). У снажној култури контрола понашања долази изнутра (тада можемо говорити и о самоконтроли) и није потребна спољна контрола, која је увек скупа и неефикасна, а често и превише репресивна. Када чланови одређене друштвене групе или заједнице прихвате снажну културну вредност да не треба „поткрадати“ или на било који други начин угрожавати заједницу, онда можемо бити сигурни да они то неће учинити.

Да би се развила квалитетна безбедносна култура, значајан акценат се мора ставити на дугорочну посвећеност или обавезивање, као и на страте-

¹⁷ Mark Lacy, ‘Designer Security: Control Society and MoMA’s SAFE: Design Takes on Risk’, *Security Dialogue*, Vol. 39, Nos. 2-3, 2008, pp.333-57.

¹⁸ Драгутин, С. Аврамовић, Буђење силе – рађање државе националног надзора, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2016, стр. 877-890,

шко управљање, а не само на контролу. Безбедносна култура је знатно више од објеката и процедура, реч је о стварању отвореног поверљивог окружења које је фокусирано и проактивно према смањењу ризика за добробит свих. Она је такође ретроспективна, актуелна и пројективна – од пређашњих искустава, преко тренутних изазова и претњи до антиципације будућих опасности.

2.4. Приступ заснован на примени стандарда

Поверење је важно и потребно, у области безбедности посебно, али се не можемо увек ослонити на то. У области безбедности и развоја безбедносне културе установљени су стандарди као покушај да се одређени безбедносни поступци униформишу и успоставе као мерило њихове поузданости, ефикасности и доследности.

Стандарди, као што знамо, у великој мери имају повољан утицај на већину аспеката наших живота. Они обезбеђују жељене карактеристике производа и услуга, као што су квалитет, пожељно деловање на животну средину, безбедност, поузданост, ефикасност. Када се доносе одређени закони и прописи они се често односе и на одређене стандарде и морају обавезно бити усклађени са њима. Сваки стандард је резултат колективног рада, па тако, државне институције, истраживачке организације, одбори (произвођача и потрошача, или корисника услуга) и други субјекти заједно делују на изради стандарда, који еволуирају идући у сусрет захтевима друштва и технологије.¹⁹

Посебна категорија су стандарди у области безбедности, везани за рад одређених структура како на унутрашњем тако и на спољашњем плану (међународни стандарди). Стандарди су важни у свим областима живота и рада, али су посебно значајни у области безбедности, и то: безбедносним

¹⁹ Постоји више врста стандарда и у различитим областима. Можемо издвојити једну поделу која обухвата: 1. *сјандарде сјецификације* (стандард који дефинише детаљне услове, да буду задовољни корисници производа, материјала, процеса и услуга или система, као и процедуре за проверу усаглашености са овим захтевима), 2. *методолошке сјандарде* (стандард који даје комплетан извештај о начину на који се обавља делатност – и, где је то прикладно, опреме или алата потребних да се изврши – и закључци који се односе на степен прецизности који одговара наведеном циљу), 3. *водиче сјандарде* (стандард који даје широке и опште информације о предмету, уз основне информације где је то примерено), 4. *речник* (стандардни попис дефиниција и термина који се користе у одређеном сектору, области или дисциплини), 5. *кодове праксе* (стандарди који садрже препоруке за прихваћене добре праксе, као што следи, од стране надлежних и савесних практичара, а које обједињавају резултате практичног искуства и стечених знања ради лакшег приступа и коришћења информација), 6. *сјандарде класификације* (стандарди који садрже ознаке и описе различитих разреда производа и који идентификују и организују податке у хијерархијском редоследу). www.bsigroup.com/standards, 28.08.2017.

агенцијама, полицији, војсци, царини, и у другим секторима.²⁰ Заправо, први стандарди везани за област безбедности сачињени су у оквиру корпоративне безбедности и царине, нарочито након почетка ширења Европске уније. Наиме, многе земље ЕУ су своју обавезу контроле граница, у складу са Шенгенским споразумом, спољним земљама Уније и због тога су хтеле да стандардизацијом безбедносних поступака, метода и средстава одрже и повећају своју безбедност.

Међу значајније, када је систем одбране у питању, наводе се НАТО-стандарди. Они уређују односе између држава чланица, али и свих других држава партнера²¹ које учествују у евро-атлантским безбедносним интеграцијама. Примена НАТО-стандарда је и војни услов за учлањење неке државе у ову организацију. НАТО-стандарди представљају запис о договору између неколико држава чланица или свих, којим усвајају исту или сличну војну опрему, наоружање, муницију, системе снабдевања и складиштења, као и оперативне, логистичке и административне процедуре.²²

На нивоу ОУН такође се користе стандарди, а међу новије свакако спадају Минимални оперативни безбедносни стандарди (МОСС). Настали су као потреба да се успоставе стандардна поља на бази минимума критеријума за безбедносне аранжмане, како би се унапредила безбедност на терену, ублажили ризици и омогућило извођење операција. Водич за MOSS је објавио Савет безбедности УН и он описује мере које се могу применити у целини или делимично, у зависности од безбедносних потреба датог радног места.²³

²⁰ Једна од важних тема које обухватају стандарди, када су у питању ове институције, може бити и безбедносна провера будућих запослених за многе положаје у владиним безбедносним структурама, која, између осталог, подразумева проверу отисака прстију и полиграфско тестирање. У сваком случају, важно је да стандарде прате и законски и подзаконски акти. Запослени у безбедносним структурама морају да добро познају закон, те, поред осталог, када је дозвољена употреба силе, знати како да правилно користе различита средства силе, укључујући и ватрено оружје. Императив у безбедносним структурама гласи да само стручњаци са високим нивоом знања о различитим законима могу постати чланови тима. Постављањем коректних и правних стандарда смањује се вероватноћа да се учини било шта незаконито.

²¹ Република Србија и НАТО закључили су 1. октобра 2008. године Споразум о безбедности информација (енг. Security Agreement), а Народна скупштина Републике Србије га је ратификовала 5. јула 2011. године. Овим споразумом гарантује се минимум неопходних стандарда заштите података који се међусобно размењују. На овај начин је омогућена размена информација поверљиве садржине са НАТО и створени услови за активнију улогу Републике Србије у Партнерству за мир. Поред наведених, прихваћени су и стандарди везани са војну опрему, обуку и процедуре које спроводе чланице НАТО-а. Сајт Министарства спољних послова Републике Србије, приступила 10. септембра, 2017. (<http://www.mfa.gov.rs/sr/index.php/spoljna-politika/sbp/partnerstvo-za-mir?lang=lat>)

²² Видети званични сајт НАТО: (www.nsa.nato.int), 21.08.2017.

²³ The Report of the Independent Panel on Safety and Security of UN Personnel and Premises Worldwide, 2008.

<http://www.un.org/press/en/2008/sgsm11656.doc.htm>, 15.08.2017.

Он је дефинисао одговорност за менаџере у седишту агенције (УН) и на терену, те као такав подлеже одговорности. MOSS је добро прихваћен и разумљив, а током година је и оплемењен уз пораст стандарда безбедности, посебно као одговор на терористичке претње. Током рада на терену уочена је важност планова за медицинску евакуацију и пружање медицинске помоћи. Показало се да је неопходно развијати хитне медицинске тимове, здравствене установе у угроженим областима, а као приоритети које је потребно обухватити стандардима наводе се медицински захтеви за болничаре, прву помоћ и спецификацију захтева медикамената.

Можемо поменути и стандарде који се користе у оквиру ЕУ, а везани су такође за мировне операције, и то су (изворно на енглеском језику): *Generic Standards of Behaviour for ESDP Operations* (doc.8373/3/05). Принципи за имплементацију будућег развоја генеричких стандарда понашања (*Principles for the implementation and further development of the generic standards of behaviour*) – *Command, Documentation, Complaint procedures, Reporting mechanisms, Disciplinary measures, Training, Co-operation with international organisations and dialogue with partners, Lessons learned*.²⁴

Као неки од најважнијих стандарда за сваку организацију и институцију наводе се стандарди у области безбедности информација и информационих система, као што је стандард ISO 177799. Овим стандардима се дефинишу обим безбедносних функција и могућности, потребне политике за управљање информацијама и људским средствима, критеријуми за оцену безбедносних мера, регулисање безбедносних обавеза и потреба, контроле на свим нивима, технике за процену безбедности и процедуре за бављење безбедносним неуспесима, као и реаговање у кризним ситуацијама. Ако бисмо проширили поље безбедности које анализирамо, можемо говорити о стандардима у области безбедности хране, као што је HASSAP и многим другим.

3. ЗАКЉУЧАК

Безбедносна култура кроз своје нормативне могућности може да предвиђа начин на који се појединац, група или неки други ентитет понаша у складу са поштовањем безбедносних правила и очекивања. То, између осталог, подразумева могућност идентификовања опасности, ризика или претње којима су изложени и могућност да се ефикасно одговори на њих. То такође, подразумева јачање групне норме ради одржавања безбедносне праксе, тако

²⁴ Mainstreaming human rights and gender into European Security and Defence Policy – Compilation of relevant documents, European Communities, 2008: 51–52.

да сви учесници неког друштвеног односа подржавају једни друге у безбедном понашању које је важно за добробит свих. Да би то понашање било што исправније, неопходно је исказати спремност и способност прецизног запажања, анализе и процене постојећих ризика (засновано на увежбавању задатака и учењу из искуства), али исто тако и показати мотивисаност, при чему је та мотивација заснована на утврђеним безбедносним вредностима које су општеприхваћене и пожељне. Такође, потребно је радити на дефинисању и креирању механизма који ће на најбољи могући начин допринети да се безбедносна култура развија у свим доменима живота, који су данас више него икада изузетно комплексни и захтевају велико културно знање, али и безбедносно знање и низ других способности и вештина како би се адекватно и правовремено на њих одговорило.

Поштовање безбедносних мера, процедура и стандарда може бити условљено и принудом, пре свега због страха од дисциплинских мера или санкција које могу бити примењене. Наравно ту се уочавају два приступа – један заснован на контроли (који се често показује као мање ефикасан) и други који се заснива на обавезивању и подразумева продубљено поверење и ефикасно обавезивање међу актерима.

Како би избегли крајност у коју нас сваки од механизма може довести (видети пример контроле), не смемо заборавити да негујемо квалитативни елемент културе, а самим тим и безбедносне културе, који ће омогућити умереност и адекватни сензибилитет за сваку активност којом треба да се одговори на неку безбедносну претњу. Управо зато, јер представља једну од важних категорија савременог концепта безбедности, као и студија безбедности, безбедносна култура, захваљујући својим нормативним карактеристикама, може да се развија и унапређује кроз различите механизме који ће омогућити да се на прави начин одговори на сваки безбедносни изазов, ризик или претњу.

Svetlana S. Stanarević, Ph.D., Assistant Professor
University of Belgrade
Faculty of Security Studies
svetlana_stanarevic@yahoo.com

Mechanisms or Ways of Developing and Improving the Security Culture

Abstract: *In this text we will try to explain and recommend the ways in which security culture can be developed or promoted. Namely, within security studies this concept is most commonly represented as a means or analytical framework of understanding changes occurring in the security sphere over time. However, we would like to underscore the importance of viewing and applying security culture as an instrument of bringing about change, which could prove significant at a time (such as the present) when turbulent events are happening all over the world, carrying serious security implications. As well as analytical potential, the concept of security culture offers normative potential and in that regard it is important to determine all the mechanisms and factors that can contribute to its development and promotion. In this paper, we have chosen to present the role and significance of the national educational system, the establishment and development of standards, the introduction of a control mechanism and commitment.*

The elected mechanisms and/or factors are relevant as they satisfy the need for certain kinds of knowledge and skills, ensure that security measures, rules, procedures and expectations are followed and met, encourage behavior by which set values are upheld, and show long-term commitment to creating an open and trusting environment that is proactive and focused on reducing risks and threats to the well-being of all.

Keywords: *security culture, education, control, commitment, standards.*

Датум пријема рада: 27.09.2017.

Др Борица Н. Лечић, доцент
Академија за националну безбедност у Београду
borisalecic@gmail.com

СПОРАЗУМИ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА И ОКРИВЉЕНОГ

Сажетак: Процес хармонизације законодавства Србије са правним стандардима Европске уније довео је до имплементације бројних правних институција из уједног права у кривично процесно право наше земље. Један од таквих институција су и споразуми о консенсуалним начинима окончања кривичног поступка.

Споразуми странака у кривичном поступку изазивају значајну пажњу и полемичу научно стручних кругова у континенталном и англосаксонском правном систему јер право и правда имају за примарни циљ објективно и неписмено утврђивање материјалне истине како нико невин не би био осуђен као и да се учиниоцу кривичног дела изрекне одговарајућа кривична санкција.

Предмет анализе овог рада су споразуми јавног тужиоца и окривљеног који су настали кроз реформске процесе српског кривичног поступка. У том смислу, у првом делу рада представљен је споразум о признању кривичног дела, (раније кривице), у другом, споразум о сведочењу окривљеног, а у трећем, споразум о сведочењу осуђеног. Иако се ради споразумима са истим субјектом, неопходно је правити дисинкцију између споразума о признању кривичног дела, који обухвата договор о казни и оптужници, од друге две врсте споразума тужиоца о сведочењу окривљеног и осуђеног.¹

Ради се о процесним институцијама чији је циљ, код споразума о признању кривичног дела, да кривични поступак учини бржим и ефикаснијим, односно код споразума о сведочењу, да јавном тужиоцу олакша доказивање за најтежа кривична дела која су, по правилу, тешко доказива или је њихово доказивање повезано са несразмерним трошковима. "Цена" којом се поступке наведени циљ јесте побољшање положаја окривљеног, који се за своју кооперативност награђује блажом кривичном санкцијом.

¹ Richard.Lippke, Rewarding Cooperation: The moral Complexities of Procuring Accomplice Testimony, New Criminal Law Review, 2010. vol.13, no.1 pp. 91.

Кључне речи: споразуми јавног тужиоца и окривљеног, споразум о признању кривичног дела, споразум о сведочењу окривљеног, споразум о сведочењу осуђеног.

1. УВОД

Својеврсни облици споразумевања, односно договарања јавног тужиоца и окривљеног, који већ дуги низ година постоје у упоредним кривичним законодавствима, чији је циљ брже решавање предмета кривичног поступка, пре самог главног претреса, у нашем кривично процесном праву постоје већ извесно време. У такве институте спадају начело опортунитета кривичног гоњења, и, у одређеном смислу, рочиште за изрицање кривичне санкције пре главног претреса.

Међутим, 2009. године, изменама тадашњег Законика о кривичном поступку, у наше право по први пут је уведен споразум о признању кривице, као вид директног преговарања јавног тужиоца и окривљеног о кривичној санкцији, на који сагласност треба да да суд. Ради се о процесном институту који изворно потиче из англосаксонских кривичних процедура, пре свега из правног система САД, а данас су одређени облици таквог процесног механизма присутни и у многим другим, па и бројним континентално-европским кривичним процедурама.² Значајну улогу у увођењу овог института у наше законодавство имао је и Савет Европе, који је препоруком П(87)18 указао на потребу да се поједностави кривични поступак у континенталним кривичноправним системима, као и да окривљени који је признао кривично дело не треба дуго да буде у неизвесности у погледу кривичне санкције.³

Ефикасно откривање и доказивање кривичних дела из области организованог криминала захтева модернизацију кривично процесног система⁴ јер се традиционални тип кривичног поступка показао недовољно ефикасним у супротстављању савременим облицима криминала, па је пред државу постављен задатак да изнађе нове адекватне мере и поступке за откривање кривичних дела и њихових учинилаца.⁵ Из ових разлога, скоро све земље Европе су у „тријумфалном маршу консенсуалних процедура”, са одређеним

² Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2016, 332.

³ Александар Трешњев, „Дилеме у примени споразума о признању кривичног дела“, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 2/2011, Београд 2011, 243.

⁴ Зоран Стојановић, Драгана Коларић, *Кривичноправно реаговање на нове облике криминалитета*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 125.

⁵ Божидар Бановић, „Специјалне истражне радње и њихов допринос откривању и доказивању кривичних дела и извршилаца“, *Ревиија за криминологију и кривично право*, вол. 44, бр. 2/2006, Београд, 130.

модификацијама, инкорпорираше у свој систем кривично процесног права, споразуме о признању кривице.⁶

У том смислу, важећи Законик о кривичном поступку⁷ предвиђа три облика споразумевања јавног тужиоца и окривљеног: *споразум о признању кривичног дела* (чл. 313-319 ЗКП), *споразум о сведочењу окривљеног* (чл. 320-326 ЗКП) и *споразум о сведочењу осуђеног* (чл. 327-330 ЗКП). У првом случају ради се о незнатно измењеном споразуму о признању кривице, док се у друга два случаја ради о модификованим облицима некадашњег правног института сведок-сарадник, који је био нормиран као посебна доказна радња.

Као најважнији разлози за увођење наведених правних института у наш правни систем, а пре свега споразума о признању кривичног дела, наводи се да он знатно доприноси бржем и ефикаснијем кривичном поступку, да је у складу са начелом процесне економије, те да прави одговарајући баланс између давања користи окривљеном и заштите права оштећеног лица.⁸

У контексту ефикасности и рационалности ових споразума, у литератури се често наводи пример САД, где би, према неким проценама, смањење стопе признања кривице у САД, са 90% на 80%, одмах захтевало удвостручење судског особља и капацитета, док би смањење на 70%, утростручило те захтеве.⁹

На примеру САД-а, одакле овај правни институт води порекло, најбоље се виде позитивни ефекти примене овог правног института. У овој земљи, највећини кривичних предмета, по неким проценама и више од 90%, решава се управо споразумом о признању кривице, (*plea bargaining*) или „нагодбом” (*deal*), како се овај споразум жаргонски назива.¹⁰ Иако се у поменутој држави овај институт примењује већ више од 200 година, легитимитет му је по први пут признат тек 1970. године од стране Врховног суда САД у случају *Brady v. United States*, када је истакнуто да је реч о институту који је саставни део кривичнопроцесног система САД и који суштински доприноси ефикасности правосуђа.¹¹

Специфичност „преговора” између тужиоца, с једне стране и окривљеног и његовог браниоца с друге стране, који су иначе основа правног система САД-а, је да се они реализују у тајности, што је у супротности са начелом

⁶ Mar Jimeno-Bulnes, “American Criminal Procedure in a European Context”, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol.21, pp 452

⁷ Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

⁸ Милош Миловановић, „Споразум о признању кривице – *proetcontra*”, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2010, Београд, 417-420.

⁹ Снежана Бркић, *Рационализација кривичног поступка и уједињене процесне форме*, Правни факултет Нови Сад 2004, 214.

¹⁰ Вања Бајовић, *Споразум о признању кривице – уједно-правни приказ*, Правни факултет, Београд 2009, 11, 55.

¹¹ *Ibid.*, 56.

јавности кривичног поступка.¹² У овом поступку, тужилац ја за окривљеног једини и најзначајнији субјект, а не суд.¹³

У САД-у, споразум о сведочењу окривљеног, сматра се неправедним јер се он према законским решењима може закључити са сваким лицем, па чак и са организатором криминалне групе, што је с једне стране, уско посматрано, и логично, јер он располаже са највећим фондом података о кривичном делу и његовим извршиоцима. Поставља се питање правичности, односно, да ли је оправдано казнити блажом казном организатора криминалне групе у односу на друге извршиоце који су од њега мање криви. Ипак, у овој земљи, процентуално, највећи број споразума о признању кривице, управо се закључује са овом категоријом лица.

Осим тога, доктрина у САД, од почетка није била јединствена у ставу да ли је наведени институт „користан” или „штетан” за окривљеног,¹⁴ јер, имајући у виду да се разликује и да одступа од редовног поступка, у њему често долази до заобилажења и повреде појединих права окривљеног, затим одступа се од начела истине, начела поделе власти, (главни орган је тужилац а не суд), повреде начела једнакости грађана, лишења права која би окривљени имао на главном претресу и др.¹⁵

По узору на америчко право и други правни системи су преузели наведено решење, прилагођавајући га својој традицији. Тако је у Немачкој пракса преговора и неформалног договора ван суднице годинама била позната као “*absprache*” или “*verständigung*”, али је споразум о признању кривице формално уведен у немачко кривично законодавство тек у августу 2009. године.¹⁶ У немачком моделу, судија током поступка споразумевања, све време има проактивну улогу, он иницира преговоре, контролише закључени споразум и др.

У Италији постоји поступак „изрицања казне на захтев странака” који се назива “*patteggiamento*”, при чему се јавни тужилац и окривљени самостално договарају око казне и предлажу судији њено изрицање.¹⁷ Улога судије је другачија, обзиром да се он, према решењима италијанског зако-

¹² Ronald Bacigal, *Criminal Law and Procedure: an Overview*, Delmar, Cengage Learning, New York 2009, 283.

¹³ Wesley MacNeil Oliver, “Toward and Common Law of Plea Bargaining”, *Kentucky Law Journal*, vol. 102, 2013-2014, 283.

¹⁴ Oren Bar-Gill, Omri Ben-Shahar, *The Prisoners’ (Plea Bargain) Dilemma*, New York University Law and Economics Working Papers, 2007.

¹⁵ С. Бркић, „Договорено признање (plea bargaining) у англоамеричком праву”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, XXXVII, број 1-2/2003, 179-194.

¹⁶ Милан Шкулић, *Основне новине у кривичном процесном праву Србије – Измене и дојуне Закона о кривичном процесу и одредбе Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима*, Правни факултет у Београду, Београд 2009, 48.

¹⁷ В. Бајовић, (2009), 149.

нодавства, појављује тек после завршених преговора и закљученог споразума између тужиоца и окривљеног. Судија не смо да испитује законитост закљученог споразума и казну која је одмерена окривљеном, већ се упушта и у оцену степена његове кривице, доказа који га терете и који му иду у прилог, и тек на основу тих разматрања заузима став и доноси одлуку о постигнутом споразуму странака. У Француској је споразум о признању кривице – “*plaider coupable*”, уведен 2004. године и може се закључити само за лакша кривична дела за која је прописана новчана казна или казна затвора у трајању до пет година.¹⁸ Међутим, у Енглеској споразум о признању кривице је дозвољен, а чак је забрањено свако унапред дато обећање окривљеном да ће му се ако призна кривицу ублажити казна.¹⁹

Изван Европе, споразум о признању кривице по узору на амерички модел међу првима су увеле земље латинске Америке.²⁰

С друге стране, споразумио сведочењу (*testimony plea bargaining, cooperation agreement*) у америчком праву представљају само модалитет споразума о признању кривичног дела, којим се окривљени обавезује да призна кривицу и да сведочи против других окривљених у замену за блажу кривичну санкцију.²¹ Колевка наведеног института у Европи је била Италија која је, у периоду од 1969. до 1975. године, за време тзв. „оловних година”, као одговор на растуће појаве тероризма и терористичких група, изградила целокупан систем заснован на сарадњи припадника криминалних група ради откривања и доказивања других кривичних дела.²² У Француској је, још 1987. године, изменама и допунама Закона о јавном здрављу, омогућено појављивање пред судом окривљених који су пристали на сарадњу у кривичним поступцима везаним за наркотику, при чему су исти уживали одређене повластице уколико би открили идентитет припадника криминалне групе.²³

2. СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Споразум о признању кривичног дела представља нагодбу између јавног тужиоца, с једне стране, и окривљеног и његовог браниоца, с друге

¹⁸ Вељко Турањанин, „Споразум о признању кривичног дела“, *докторска дисертација*, Крагујевац 2016, 353.

¹⁹ В. Бајовић, (2009), 137.

²⁰ Peter J. Messitte – Judge, *Plea bargaining in various criminal justice systems*, Montevideo Uruguay, May 2010.

²¹ Б. Бановић, В. Турањанин, „Споразум о сведочењу осуђеног у кривичном процесном законодавству Републике Србије”, *Безбедност*, vol. 56, бр. 2, Београд 2014, 80.

²² Бранислав Суботин, „Споразуми јавног тужиоца и окривљеног у кривичном поступку“, *завршни рад*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2014, 43.

²³ *Ibid.*, 56.

стране, којом окривљени добровољно и у потпуности признаје извршење кривичног дела, а јавни тужилац се обавезује да учини окривљеном извесне уступке.²⁴ Ради се о договореној нагодби или сваком другом компромису који има мјеста у оним ситуацијама које онемогућавају брзо и једноставно окончање поступка.²⁵ Поред неспорних и доминантних позитивних процесних ефеката које пружа овај институт, као једна од потенцијално негативних консеквенци његовог „постојања” може се појавити ситуација да се погрешно окривљено, тј. „невино” лице суочи са избором између блаже казне, (коју би издејствовао споразумом), и сопственом подвргавању непријатном и неретко дуготрајном процесу доказивања невиности.²⁶

У том смислу, ЗКП прописује да се споразум о признању кривичног дела закључује између јавног тужиоца и окривљеног, а они то могу учинити од доношења наредбе о спровођењу истраге па до завршетка главног претреса (чл. 313 ЗКП-а). Језичким тумачењем синтагме „од доношења наредбе о спровођењу истраге” могло би се закључити да споразум о признању кривичног дела није могућ код кривичних дела за која се води скраћени поступак јер тамо уопште нема истраге, као и у ситуацији када се у општем кривичном поступку подноси непосредна оптужница, али наведено тумачење није у складу ни са интенцијом законодавца, ни у складу са *ratio legis*-ом наведеног института, који подразумева да се споразум о признању кривичног дела може закључити и у поменутим ситуацијама.²⁷ Поред наведеног, иако то није изричито предвиђено законом, сматрамо да би споразум о признању кривичног дела окривљени могао да закључи и са приватним тужиоцем односно оштећеним као тужиоцем.²⁸

У зависности у којој фази поступка је закључен, споразум се у писаном облику подноси или судији за претходни поступак (до потврђивања оптужнице) или председнику судског већа (након потврђивања исте). Ако је споразум закључен пре подизање оптужнице, онда се судији за претходни поступак уз споразум доставља и оптужница која чини његов саставни део, при чему за исту не важе одредбе о испитивању оптужнице (таква оптужница се неће испитивати).

²⁴ Иван Илић, „Споразум о признању кривичних дела у теорији, легислативи и пракси“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. LXIII/ 2012, Ниш 2012, 406.

²⁵ Миодраг Симовић, „Поједностављене форме поступања у кривичном процесном законодавству Босне и Херцеговине (законска рјешења и искуства у досадашњој примјени)“, у Зборнику: С. Бејатовић, *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања*, Београд, 2009, 207.

²⁶ „Вид.“, Avishalom Tor, „Fairness and the Willingness to Accept Plea Bargain Offers“, *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 7, 2010, Issue 1, 97-116.

²⁷ М. Шкулић, (2009), 337.

²⁸ М. Миловановић, 427-428.

Обзиром да се ради о споразуму којим се решавају значајна питања везана за правни положај окривљеног, законодавац је изричито прописао да приликом закључења наведеног споразума окривљени мора имати браниоца, што значи да се ради о случају обавезне стручне одбране. Обавезност стручне одбране значајно доприноси да квалитет признања окривљеног буде у складу са законским захтевима, обзиром да се окривљени споразумом одриче права на суђење и права на жалбу, а такође значајно смањује могућност признања кривице у заблуди.²⁹

Поред наведеног, узимајући у обзир права оштећеног, законодавац прописује да, уколико овлашћено лице није поставило имовинскоправни захтев, јавни тужилац ће га пре закључења споразума позвати да то учини.

Законодавац у чл. 314 ЗКП-а уређује формални садржај споразума о признању кривичног дела, при чему нормира да он обавезно мора да садржи: (1) опис кривичног дела које је предмет оптужбе, (2) признање окривљеног да је учинио описано кривично дело, (3) споразум о врсти, мери или распону казне или друге кривичне санкције³⁰, (4) споразум о трошковима кривичног поступка, о одузимању имовинске користи прибављене кривичним делом и о имовинскоправном захтеву (уколико је поднет), (5) изјаву о одрицању странака и браниоца од права на жалбу против одлуке којом је суд у потпуности прихватио споразум, осим када се пресуда не односи на споразум или се ради о случају постојања разлога због којих би кривични поступак требало обуставити и 6) потпис странака и браниоца.

Осим наведених елемената, споразум о признању кривичног дела факултативно може садржати: (1) изјаву јавног тужиоца о одустајању од кривичног гоњења за кривична дела која нису обухваћена споразумом о признању кривичног дела, (2) изјаву окривљеног о прихватању обавезе у случају одлагања кривичног гоњења од стране јавног тужиоца (начело опортунитета кривичног гоњења), под условом да природа обавезе омогућава да се започне са њеним извршењем пре подношења споразума суду и (3) споразум у погледу имовине проистекле из кривичног дела која ће бити одузета од окривљеног.

О споразуму о признању кривичног дела, у зависности у којој фази поступка и ком функционалном облику суда је поднет, одлучује судија за претходни поступак или председник већа. Одлука се доноси на рочишту на које се позивају јавни тужилац, окривљени и његов бранилац, а током одржавања истог јавност је искључена.

У погледу споразума о признању кривичног дела, суд може донети три могуће одлуке – да споразум решењем одбаци или одбије, односно да га пресудом прихвати.

²⁹ И. Илић, 417.

³⁰ „Вид“, Вања Бајовић, „Одмеравање казне и споразум о признању кривичног дела“, *Наука, безбедност, полиција*, vol. 20, бр. 2, Београд 2015, 187-189.

У том смислу, суд ће решењем одбацити споразум ако не исти не садржи све обавезне елементе предвиђене чл. 314 ст. 1 ЗКП-а *или* ако на рочиште на коме се одлучује о споразуму није дошао окривљени који је уредно позван, а који није оправдао изостанак.

С друге стране, суд ће решењем одбити споразум о признању кривичног дела ако утврди да постоје разлози због којих би кривични поступак у поступку испитивања оптужнице требало обуставити³¹ *или* да није испуњен један или више услова из чл. 317 ст. 1, ЗКП-а, а које је неопходно испунити да би суд прихватио споразум. По правноснажности наведеног решења, споразум и сви списи у вези са њим уништавају се у присуству судије који је донео решење и о томе се саставља записник, а поступак се враћа у фазу која је претходила закључењу споразума. Поред тога, судија који је учествовао у поступку одлучивању о споразуму, не може учествовати у даљем току поступка, што представља посебан разлог за обавезно изузеће судије, чији је *ratio legis*, избегавање да одлуку о предмету кривичног поступка доноси судија који је потенцијално већ стекао „предубеђење”.³²

Коначно, пресуду којом прихвата споразум о признању кривичног дела и којом окривљеног оглашава кривим, суд ће донети ако утврди да су кумулативно испуњена четири услова: (1) да је окривљени свесно и добровољно признао кривично дело, односно кривична дела која су предмет оптужбе, (2) да је окривљени свестан свих последица закљученог споразума, а посебно да се одриче права на суђење и да прихвата ограничење права на улагање жалбе против одлуке суда донесене на основу споразума (тзв. „лимитирана жалба”), (3) да постоје и други докази који нису у супротности са признањем окривљеног да је учинио кривично дело и (4) да је казна или друга кривична санкција, односно друга мера у погледу које су јавни тужилац и окривљени закључили споразум предложена у складу са кривичним или другим законом.

За разлику од ранијег законског решења, које је прописивало да суд може да одбије споразум о признању кривичног дела „ако предложена казна очигледно не одговара тежини кривичног дела које је окривљени признао” (чл. 282в, ст. 9 ЗКП-а из 2001. године), садашње решење за прихватање поменутог споразума захтева само да је „казна или друга кривична санкција односно мера у складу са кривичним или другим законом”. Везано за наведено, поставља се питање како би суд требало да поступи ако је предложено

³¹ У складу са чл. 338 ст.1 ЗКП-а, ванрасправно веће ће, испитујући оптужницу, одлучити решењем да нема места оптужби и да се кривични поступак обуставља ако установи да: 1) дело које је предмет оптужбе није кривично дело, а нема услова за примену мере безбедности; 2) је кривично гоњење застарело, или да је дело обухваћено амнестијом или помиловањем, или да постоје друге околности које трајно искључују кривично гоњење; 3) нема довољно доказа за оправдану сумњу да је окривљени учинио дело које је предмет оптужбе.

³² М. Шкулић, (2009), 341.

на санкција у складу са кривичним законом (нпр. у оквиру прописаног законског распона), али очигледно не одговара природи и тежини кривичног дела (нпр. санкција је близу посебног минимума, а последице дела су тешке).³³ Упркос замеркама које се у том смислу могу упутити „ригидности” наведене формулације, судови би у пракси требало да се држе ширег тумачења ове одредбе у смислу одбијања споразума у ситуацији када је предложена казна несразмерна природи и тежини дела, упркос томе што је у оквирима законског распона јер се једино на тај начин постиже адекватна контрола „тужилачки” одмерене казне.³⁴

У ранијем периоду постојале су дилеме и полемиисало се да ли треба дозволити преговарање о кривици без обзира на висину запрећене казне, односно, да ли се ради о лакшем или тежем кривичном делу, јер се сматрало да су поједностављене форме поступања, резервисане за решавање лакших кривичних дела због мањег степена друштвене опасности.³⁵

Поред елемената које и иначе садржи осуђујућа пресуда, пресуда којом се прихвата споразум о признању кривичног дела садржи и разлоге којима се суд руководио приликом прихватања споразума.

Одлука суда о споразуму о признању кривичног дела доставља се јавном тужиоцу, окривљеном и његовом браниоцу.

Систем редовних правних лекова у односу на одлуку о споразум о признању кривичног дела је двојако уређен. У том смислу, против решења којим се споразум одбацује или одбија жалба није дозвољена, док је против пресуде којом је споразум прихваћен дозвољена „лимитирана” жалба. Наведену жалбу могу изјавити јавни тужилац, окривљени и његов бранилац у року од 8 дана од дана достављања пресуде, али само због постојања разлога због којих би кривични поступак требало обуставити у поступку испитивања оптужнице (чл. 338 ст. 1 ЗКП-а) или ако се пресуда не односи на предмет споразума (чл. 314 ЗКП-а).

3. СПОРАЗУМ О СВЕДОЧЕЊУ ОКРИВЉЕНОГ

Споразум о сведочењу окривљеног је модификовани институт некадашњег сведока-сарадника, којим окривљени (односно како га позитивно право означава „окривљени-сарадник”) за кривично дело које спада у делокруг тужилаштва посебне надлежности (Тужилаштва за организовани криминал и Тужилаштва за ратне злочине) признаје да је учинио кривично дело које

³³ В. Бајовић, (2015), 189.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Момчило Грубач, „Рационализација кривичног поступка упрошћавањем процесних форми”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 1-3, 1984, 290.

му се ставља на терет, али се истовремено и обавезује да ће о том кривичном делу писмено изнети све што зна, односно да ће о њему сведочити. Наиме, ради се о лицу које има одговарајући „хибридни” процесни карактер, јер је у истом кривичном поступку и окривљени и сведок, али код кога преовлађује процесни статус окривљеног.³⁶ Његова улога, кроз статус сведока у кривичном поступку је веома значајна, а у појединим случајевима чак и пресудна, јер је „традиционална радња доказивања – испитивање сведока, у савременим кривичним поступцима, и даље, као лични доказ, доминантна у односу на материјалне доказе. Ово је посебно важно, јер је основни инструмент у борби против савремених облика криминалитета је благовремена и тачна информација.”³⁷

Из саме дефиниције споразума о сведочењу окривљеног, следи да се наведени споразум може закључити само за кривична дела која спадају у делокруг тужилаштва посебне надлежности односно за кривична дела организованог криминала и кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом.

Поред наведеног услова, сам законодавац у чл. 320 ст. 2 и 3 ЗКП-а, норма још три услова која су неопходна за закључивање наведеног споразума: (1) да је окривљениу потпуности признао да је учинио кривично дело, (2) да је значај његовог исказа за откривање, доказивање или спречавање кривичног дела које спада у делокруг тужилаштва посебне надлежности претежнији од последица кривичног дела које је учинио и (3) да се не ради о окривљеном за кога постоји основана сумња да је организатор организоване криминалне групе.

Субјекат који је овлашћен да процењује да ли је претежнији исказ осуђеног-сарадника или последице извршеног кривичног дела, а што је *questo-facti*, је превасходно тужилац, када одлучује о преговарању, а потом, уколико до њега дође, и успешно се заврши, суд, који одлучује о споразуму по слободном судијском уверењу.³⁸ Код услова под (3), законодавац свесно лимитира јавног тужоца у избору, како би се избегле ситуације у којима би се најодговорнијим лицима, која су организовала извршење најтежих кривичних дела, дала могућност да сведоче у поступцима против извршилаца на нижим нивоима организовања, чиме би се обесмислила природа овог института.³⁹

³⁶ Милан Шкулић, (2009), 343.

³⁷ Татјана Бугарски, „Процесне радње доказивања у кривичном поступку“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, Зборник сажетака са научне конференције, Нови Сад, 2016, 95, 96.

³⁸ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, 2010, 988.

³⁹ Горан П. Илић, Миодраг Мајић, Слободан Бељански, Александар Трешњев, *Коментар Законика о кривичном поступку*, осмо измењено и допуњено издање Београд 2015, 799.

Сама процедура закључења овог споразума слична је закључењу споразума о признању кривичног дела, што значи да јавни тужилац и окривљени споразум о сведочењу окривљеног могу закључити од доношења наредбе о спровођењу истраге па до завршетка главног претреса, а окривљени приликом закључења споразума мора имати браниоца (случај обавезне стручне одбране).

Особеност овог споразума у односу на споразум о признању кривичног дела огледа се у томе што јавни тужилац пре формалног закључења споразума (а након постигнутог усменог договора) позива окривљеног да у року који не може бити дужи од 30 дана, самостално и својеручно, што детаљније и потпуније, истинито опише све што зна о кривичном делу поводом којег се води поступак, као и о другим кривичним делима из делокруга тужилаштва посебне надлежности. Уколико је окривљени неписмен, јавни тужилац га позива да прелиминарни исказ диктира у апарат за снимање гласа.

У том смислу, уз споразум о сведочењу окривљеног у писаном облику странке суду прилажу и записник о исказу који је окривљени дао. У зависности у којој фази поступка је закључен, споразум и поменути записник се подносе или судији за претходни поступак (до потврђивања оптужнице) или председнику судског већа (након потврђивања исте).

У чл. 321 ЗКП-а законодавац је прописао садржај споразума о сведочењу окривљеног, односно његове обавезне и факултативне елементе. У том смислу, обавезни елементи овог споразума су: (1) опис кривичног дела које је предмет оптужбе, (2) изјава окривљеног да у потпуности признаје кривично дело, да ће дати исказ о свему што му је познато окривичном делу из делокруга тужилаштва посебне надлежности и да ништа неће прећутати, да је упозорен на дужност да говори истину и да не сме ништа да прећути, као и да давање лажног исказа представља кривично дело (чл. 95 ст. 1 ЗКП-а), да је упозорен на дужност полагања заклетве (чл. 96 ЗКП-а), као и на погодности у погледу кривичне санкције (чл. 321 ст.1 тач. 3 ЗКП-а), да се не може позивати на погодност ослобођења од дужности сведочења (чл. 94 ст. 1 ЗКП-а) и ослобођења од дужности одговарања на поједина питања (чл. 95 ст. 2 ЗКП-а), (3) споразум о врсти и мери или распону казне или друге санкције која ће бити изречена, о ослобођењу од казне или о обавези јавног тужиоца да одустане од кривичног гоњења окривљеног у случају давања исказа на главном претресу у складу са преузетим обавезама, (4) споразум о трошковима кривичног поступка, о одузимању имовинске користи прибављене кривичним делом и о имовинскоправном захтеву, уколико је поднет, (5) изјаву о одрицању странака и браниоца од права на жалбу против одлуке којом је суд у потпуности прихватио споразум и (6) потпис странака и браниоца. С друге стране, споразум о сведочењу окривљеног факултативно може садржати и споразум у погледу имовине проистекле из кривичног дела која ће бити одузета од окривљеног.

О споразуму о сведочењу окривљеног, у зависности у којој фази поступка и ком функционалном облику суда је поднет, одлучује судија за претходни поступак или председник већа. Одлука се доноси на рочишту на које се позивају јавни тужилац, окривљени и његов бранилац. За разлику од рочишта на којем се одлучује о споразуму о признању кривичног дела, законодавац не предвиђа да се током одржавања рочишта о споразуму о сведочењу окривљеног искључује јавност, што значи да она може бити искључена, али то није обавезно.

У погледу споразума о сведочењу окривљеног, суд може донети три решења – решење о одбацивању споразума, решење о одбијању споразума, односно решење о његовом прихватању.

С тим у вези, поступак одбацивања споразума о сведочењу окривљеног законодавац решава упућивањем на чл. 316 ЗКП-а (одбацивање споразума о признању кривичног дела), што значи да ће суд решењем одбацивати споразум о сведочењу окривљеног ако исти не садржи све обавезне елементе предвиђене чл. 321 ст. 1 ЗКП-а или ако на рочиште на коме се одлучује о споразуму није дошао окривљени који је уредно позван, а који није оправдао изостанак.

С друге стране, суд ће решењем одбити споразум о сведочењу окривљеног ако утврди да постоје разлози због којих би кривични поступак у фази оптужења требало обуставити (разлози из чл. 338 ст. 1 ЗКП-а) или да није испуњен један или више услова из чл. 323 ЗКП-а, а које је неопходно испунити да би суд прихватио споразум. По правноснажности наведеног решења, споразум и сви списи у вези са њим уништавају се у присуству судије који је донео решење и о томе се саставља записник, а поступак се враћа у фазу која је претходила закључењу споразума. Поред тога, судија који је учествовао у поступку одлучивању о споразуму, не може учествовати у даљем току поступка.

Решење којом прихвата споразум о сведочењу окривљеног, суд ће донети ако утврди да су кумулативно испуњена три услова: (1) да је окривљени свесно и добровољно пристао да сведочи под условима предвиђеним ЗКП-ом, (2) да је окривљени у потпуности свестан свих последица закљученог споразума, а посебно да се одриче права на улагање жалбе против одлуке суда донесене на основу споразума и (3) да је казна или друга санкција или мера, ослобођење од казне или одустанак јавног тужиоца од кривичног гоњења предложен у складу са одредбама ЗКП-а или кривичног закона.

Решење о прихватању споразума о сведочењу окривљеног у суштини представља „одложену одлуку” суда у поступку против окривљеног-сарадника, јер је њено дејство одложено до тренутка у којем је потврђено са је окривљени-сарадник испунио своју обавезу која се огледа у његовом исти-

нитом и потпуном сведочењу.⁴⁰ То значи да, након доношења решења којим се прихвата споразум о сведочењу окривљеног, за окривљеног-сарадника настаје обавеза да сведочи у кривичном поступку који се против њега води. Законодавац прописује да се окривљени-сарадник испитује након саслушања оптужених и након испитивања се удаљава из суднице.⁴¹ Поред наведеног, законодавац у чл. 325 ст. 1 ЗКП-а нарочито истиче обавезу окривљеног-сарадника да говори истину и да не прећути ништа што му је о предмету суђења познато.

Уколико окривљени-сарадник у потпуности испуни све обавезе које је на себе преузео споразумом тј. ако сведочи у кривичном поступку, решење о прихватању споразума о сведочењу окривљеног обавезује првостепени и суд правног лека приликом доношења одлуке о кривичној санкцији, о трошковима кривичног поступка, о одузимању имовинске користи прибављене кривичним делом, о имовинскоправном захтеву и о одузимању имовине проистекле из кривичног дела.

С друге стране, суд ће ставити ван снаге решење о прихватању споразума, те ће споразум и све списе везане за њега записнички уништити а предмет вратити у стање у којем је био пре подношења споразума уколико: (1) окривљени-сарадник не испуни обавезе из споразума (нпр. ако одбије да сведочи пред судом или да исказ другачији од оног који је дао приликом склапања споразума) или (2) јавни тужилац покрене истрагу против окривљеног-сарадника или сазна за ранију осуђиваност и поднесе предлог суду за стављање ван снаге споразума. Међутим, у друга два случаја, јавни тужилац не мора обавезно суду предложити да стави ван снаге решење о прихватању споразума, већ ће то учинити након процене значаја његовог сведочења, с једне стране, и оправданости даљег опстајања споразума на снази након сазнања за нова кривична дела или ранију осуђиваност окривљеног-сарадника, с друге стране.⁴²

4. СПОРАЗУМ О СВЕДОЧЕЊУ ОСУЂЕНОГ

За разлику од споразума о сведочењу окривљеног, који се закључује са окривљеним против кога је у току поступак за кривично дело из делокруга

⁴⁰ Г. П. Илић et al., 798.

⁴¹ Наведено решење се критикује у процесној литератури са образложењем да је грешка што законодавац није предвидео могућност да окривљени-сарадник остане у судници након давања исказа обзиром да је он у датом поступку и окривљени односно странка која има право на одређену доказну активност на главном претресу (Наведено према: М. Шкулић, (2009), 346.).

⁴² Г. П. Илић et al., 798.

тужилаштва посебне надлежности, законодавац нормира да се споразум о сведочењу осуђеног закључује са лицем које је правноснажно осуђено (осуђени-сарадник). Обзиром на наведено, то може бити правноснажно осуђени за било које дело, а не само за кривично дело из делокруга тужилаштва посебне надлежности (иако ће, по правилу, то бити случај). На тај начин је у великој мери проширен круг лица која могу добити статус осуђеног-сарадника, а самим тим и могућност јавног тужиоца да прибави неопходан доказни материјал за гоњење учинилаца кривичних дела.⁴³

Да би правноснажно осуђени стекао статус осуђеног-сарадника, сходно чл. 327 ст.1 и 2 ЗКП-а неопходно је да буду испуњена три услова: (1) да је значај његовог исказа за откривање, доказивање или спречавање кривичног дела које спада у делокруг тужилаштва посебне надлежности претежнији од последица кривичног дела за које је осуђен, (2) да се не ради о лицу које је осуђено као организатор организоване криминалне групе и (3) да се не ради о лицу које је правноснажно осуђено на казну затвора од четрдесет година.

Везано за искључење организатора организоване криминалне групе и лица правноснажно осуђеног на казну затвора од четрдесет година из круга лица која могу закључити споразум о сведочењу осуђеног у процесној литератури се јављају опречна мишљења. Тако, док поједини аутори истичу да је искључење организатора организоване криминалне групе из наведеног круга сасвим оправдано, други истичу да би се донекле могло приговорити оваквом решењу у ситуацији када је у питању лице које је организовало организовану криминалну групу за вршење, на пример, кривичних дела тешке крађе, а потребно је да сведочи против организоване криминалне групе која је вршила кривична дела тешког убиства.⁴⁴ Такође, код искључења лица осуђеног на најстрожу казну затвора истиче се да таква лица могу дати изузетно корисне податке и пружити употребљиве доказе против високо ранжираних извршилаца кривичних дела, у конкретном случају и дела тежих од оних за која су сама осуђена, при чему код њих не мора постојати однос опаснији извршилац-мање опасни извршилац који постоји између организатора и припадника организоване криминалне групе.⁴⁵

Поред наведеног, поставља се и питање да ли осуђени који је претходно са јавним тужиоцем склопио споразум о признању кривичног дела, на основу којег је правноснажно осуђен, може накнадно са јавним тужиоцем закључити и споразум о сведочењу-осуђеног за неко друго кривично дело. Иако се овде може поставити начелно питање да ли се исто лице може два пута „наградити”, односно два пута привилеговати, треба прихватити да је

⁴³ *Ibid.*, 799.

⁴⁴ Вељко Делибашић, „Споразум о сведочењу осуђеног“, *Наука, безбедносћ, полиција*, vol. 20, бр. 1, Београд 2015, 51.

⁴⁵ Г. П. Илић et al., 800.

то могуће јер, с једне стране, законик такву могућност изричито не забрањује, док с друге стране, основ по коме се окривљени „награђује” у ова два случаја није исти (у првом случају окривљени се одриче права на суђење чиме штеди финансијска средства државе, док у другом случају осуђени помаже тужилаштву дабрже и ефикасније реши неки конкретан предмет).⁴⁶

Споразум о сведочењу осуђеног закључују јавни тужилац и осуђени, који том приликом мора имати браниоца (случај обавезне стручне одбране). У пракси, иницијатива за закључивање овог споразума ће најчешће бити од осуђеног, мада није занемарљива ни могућност да јавни тужилац са зна да осуђено лице поседује одређене информације које могу бити од значаја за одређени кривични поступак који је у току.⁴⁷ Након закључења, споразум о сведочењу осуђеног се у писаном облику доставља суду пред којим се води кривични поступак за кривично дело из делокруга тужилаштва посебне надлежности, у којем окривљени треба да сведочи и то до завршетка главног претреса у поменутом поступку.

Законик о кривичном поступку прописује само обавезне елементе споразума о сведочењу осуђеног, тако да исти мора да садржи: (1) опис кривичног дела које је предмет оптужбе, (2) изјаву осуђеног да ће дати исказ о свему што му је познато о кривичном делу из делокруга тужилаштва посебне надлежности да ништа неће прећутати, да је упозорен на дужност да говори истину и да не сме ништа да прећути, као и да давање лажног исказа представља кривично дело (чл. 95 ст. 1 ЗКП-а), да је упозорен на дужност полагања заклетве (чл. 96 ЗКП-а), као и на погодности у погледу кривичне санкције (чл. 321 ст.1 тач. 3 ЗКП-а), да се не може позивати на погодност ослобођења од дужности сведочења (чл. 94 ст. 1 ЗКП-а) и ослобођења од дужности одговарања на поједина питања (чл. 95 ст. 2 ЗКП-а), (3) споразум о врсти и мери или распону умањења казне или друге санкције или о ослобођењу од казне осуђеног у случају давања исказа на главном претресу у складу са преузетим обавезама, (4) изјаву јавног тужиоца да ће у року од 30 дана од дана правноснажног окончања поступка осуђујућом пресудом у којем је осуђени дао исказ ускладу са преузетим обавезама поднети поступак за ублажавање казне осуђеном-сараднику у складу са чл. 557 ЗКП-а, (5) изјаву о одрицању странака и браниоца од права на жалбу против одлуке суда донесене на основу споразума о сведочењу, када је суд у потпуности прихватио споразум и (6) потпис странака и браниоца.

У зависности у којој фази поступка и ком функционалном облику суда је поднет, о споразуму о сведочењу окривљеног одлучује судија за претходни поступак (до потврђивања оптужнице) или председник већа (након по-

⁴⁶ В. Делибашић, 50-51.

⁴⁷ Б. Бановић, В. Турањанин, 83.

тврђивања оптужнице). Одлука се доноси на рочишту на које се позивају јавни тужилац, окривљени и његов бранилац.

У том смислу, суд може донети решење о одбацивању, прихватању или одбијању споразума о сведочењу осуђеног, а разлози за доношење наведених одлука идентични су са разлозима који постоје приликом одлучивања о споразуму о сведочењу окривљеног, што је решено упућујућом нормом.

Погодности из споразума о сведочењу осуђеног за осуђеног-сарадника настају тек ако се кумулативно испуне два услова: (1) да осуђени-сарадник испуни обавезе из споразума о сведочењу и (2) да се поступак у којем је осуђени-сарадник дао исказ у складу са преузетим обавезама заврши правно-снажном осуђујућом пресудом, што следи из чл. 328 ст. 1 тач. 4 ЗКП-а. То значи, да је коначан исход читавог аранжмана за осуђеног-сарадника алеаторног карактера, чак иако је он испунио све предузете обавезе из споразума.⁴⁸

Уколикоосуђени-сарадник испуни обавезе из споразума (и уколико дође до правноснажне осуђујуће пресуде у поступку у коме је осуђени-сарадник сведочио), решење о прихватању споразума о сведочењу осуђеног обавезује суд приликом доношења одлуке о кривичној санкцији у поновљеном поступку, који је уређен чл. 557-561 ЗКП-а.

5. ЗАКЉУЧАК

Споразуми јавног тужеоца и окривљеног представљају релативно нове институте у процесном законодавству Републике Србије, чије је увођење имало за циљ знатно унапређење и убрзање кривичног поступка. У том смислу, законодавац се окренуо савременим тенденцијама у упоредном праву⁴⁹, нормирајући решење које је прилагођено нашој процесној традицији.

С тим у вези, споразум о признању кривичног дела знатно утиче на ефикасност правосудног система која је изражена кроз право на правично суђење, а такође знатно доприноси начелу процесне економије, омогућавајући знатно ниже трошкове поступка, пре свега за суд, чиме се растерећује правосудни буџет. На овај начин, законодавац је дао отворени приоритет начелу економичности кривичног поступка у односу на друга начела и принципе, као на пример, начело контрадикторности, јавности, праву окривљеног на образложену судску одлуку, што се може критички тумачити. С друге стране, споразуми о сведочењу окривљеног односно осуђеног имају за циљ да јавном тужеоцу знатно олакшају доказивање у поступцима за наро-

⁴⁸ Г. П. Илић et al., 800.

⁴⁹ „Вид.“, В. Бајовић, (2009).

чито тешка кривична дела у којима поступају тужилаштва посебне надлежности, а обзиром да се, по правилу, ради о кривичним делима чије је доказивање знатно отежано или повезано са несразмерним тешкоћама.”Цена” за ефикаснији поступак јесте повлашћени положај окривљеног који за своју кооперативност која се огледа у признању кривичног дела, односно, у сведочењу у поступку за нарочито тешко кривично дело, добија могућност да му буде изречена блажа кривична санкција.

Нормативно решење споразума јавног тужиоца и окривљеног у нашем праву, уз све наведене аргументе *proetcontra*, чини нам се, представља квалитативни корак напред у побољшању кривичне процедуре. Ипак, за детаљнију оцену поменутих споразума треба сачекати одговор судске праксе, која би требало да да одговоре на потенцијалне проблеме и отворена питања које ће се сигурно јавити у њиховој примени. С једна стране то су етичке дилеме, јер се код споразума о сведочењу, појављује реална могућност лажног сведочења, па се искази ових лица требају узимати са дозом велике резерве. С друге стране, давањем предности економичности поступка оправдано се поставља питање да ли се тиме свесно изиграва истина и правда, тиме што о њој, условно речено, одлучују они који је крше. Интенција је да у правној држави „право треба да уређује праксу а не пракса право”.⁵⁰ У том контексту, посебну пажњу требало би посветити и евентуалној појави феномена „полу приватизације” кривичних поступака, имајући у виду да споразуми окривљеног због свог консезуалног карактера и високог степена дискреције, носе у себи опасност да им странке у поступцима временом почну масовно „прибегавати”, што би неминовно довело до тупљења оштрице реакције државе у заштити јавног интереса.⁵¹

⁵⁰ Kessal-Wulf S., *Sporazum stranaka u nemačkoj kaznenom pravu*, Hrvatska akademija za nauku i umjetnost, Zagreb 2013, 10.

⁵¹ Sthepanos Bibas, “Incompetent plea bargaining and extrajudicial reforms”, *Harvard Law Review*, Vol. 126, No. 1 2012, pp. 150-174.

Boriša N. Lečić, Ph. D., Assistant Professor
Academy for National Security in Belgrade
borisalecic@gmail.com

Agreements between Public Prosecutor and Defendant

Abstract: *The process of alignment of the Serbian legislation with the legal standards of the European Union has led to implementation of a number of legal institutes from the comparative law into the criminal procedure law of our country. One such institute is the agreement on consensual ways of terminating criminal proceedings.*

The agreements of the parties in the criminal procedure draw considerable attention and cause disputes among scientific and professional circles both in continental and Anglo-Saxon legal system, since the primary objective of law and justice should be unbiased and impartial determination of factual truth so that no innocent person would be convicted and the appropriate criminal sanctions would be imposed upon the perpetrator of a criminal offence.

This paper analyses the agreements between a public prosecutor and a defendant, which emerged through the reform processes of the Serbian criminal proceedings. In this respect, the first part of this paper lays out the agreement on admission of committing a criminal act (formerly pleading guilty), the second presents the agreement on the testimony of the defendant, and the third – the agreement on the testimony of the convicted person. Although the agreements refer to the same subject, the distinction has to be made between the agreement on the admission of a criminal act, which includes the penal agreement and the indictment, and on the other hand the other two types of agreements on the testimony of the defendant and the convicted person.

These are process institutes. In the case of agreement on the admission of a criminal offense, they speed up criminal proceedings and make them more efficient. In the case of agreement on testimony, they facilitate argumentation on the part of a public prosecutor for the most serious crimes that are by definition difficult to prove or their proving is associated with huge difficulties. The bargaining means used is improving the position of the defendant whose cooperation is rewarded with a more lenient criminal sanction.

Keywords: *agreements between a public prosecutor and a defendant, the agreement on the admission of the criminal offense, the agreement on the testimony of a defendant, the agreement on the testimony of a convicted person.*

Датум пријема рада: 20.07.2017.

Др Иван Д. Милић, асистент
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
I.Milic@pf.uns.ac.rs

ДА ЛИ ЈЕ КРИВИЧНО ДЕЛО УВЕК НАЈТЕЖЕ КАЗНЕНО ДЕЛО?^{*} (II ДЕО)

Сажетак: Предмети пажње аутора су поједине одредбе Кривичног законика и Закона о прекршајима којима се уређују одређења материјалног права. Аутор предочава како одговорност за прекршај може бити створена од кривичне одговорности. На основу појединих одредаба два казненa закона (Кривичног законика и Закона о прекршајима) долази се до закључка да се учинилац прекршаја може створити казнији него учинилац кривичног дела. У раду се, пре свега, указује на: кривицу, покушај дела, нејодобан покушај, добровољни одустанац, подстирекавање, казнене поене, јавно објављивање пресуде и пресуданак мера безбедности на основу судске одлуке.

Кључне речи: кривично дело, прекршај, казнене поене, покушај, кривица.

1. КРИВИЦА

Законодавац је из актуелног Закона о прекршајима¹ изоставио кривицу из општег појма прекршаја. Међутим, из других одредаба Закона јасно произлази да је кривица неопходни елемент да би постојала одговорност физичког лица и предузетника. Да би постојала одговорност ових субјеката прекршаја потребно је да су они поступали са умишљајем или из нехата.

^{*} Рад представља наставак истраживања аутора у делу који се односи на кривичну и прекршајну одговорност. Први део истраживања објављен је 2016. године. Вид. Иван Милић, Да ли је кривично дело увек најтеже казнено дело? (I део), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2016, 937-955.

¹ Закон о прекршајима, *Сл. гласник РС*, бр. 65/2013, 13/2016 и 98/2016 – одлука УС. (у даљем тексту и ЗП).

Кривичним закоником² се прописује: (1) Кривица постоји ако је учинилац у време када је учинио кривично дело био урачунљив и поступао са умишљајем, а био је свестан или је био дужан и могао бити свестан да је његово дело забрањено. (2) Кривично дело је учињено са кривицом и ако је учинилац поступао из нехата, уколико закон то изричито предвиђа.³ Према решењу КЗ-а увек мора да постоји *умишљај* да би учинилац био одговоран за учињено кривично дело, док одговорност постоји и за нехат али само када је то законом изричито прописано.

С обзиром на комплексност овог института, ми ћемо се у погледу кривице задржати само на појединим питањима. Постоје кривична дела која могу да се учине само са умишљајем, нека само из нехата, али постоје и она која могу да се учине са умишљајем или из нехата. Ако се кривично дело може учинити са умишљајем или из нехата, онда се за *нехат* прописује блажа казна. То се, по правилу, чини тако што се у једном ставу прописује: „Ако је дело из *става* (...) овог члана учињено из *нехата*, учинилац ће се казнити (...)“.⁴ С друге стране, према Закону о прекршајима за постојање прекршајне одговорности довољан је *нехат* учиниоца ако прописом о прекршају није одређено да ће се казнити само ако је прекршај учињен са *умишљајем*.⁵ Ово решење је дијаметрално супротно од решења у Кривичном законiku. Нехат као блажи облик кривице довољан је да би постојала одговорност учиниоца за прекршај, а умишљај само онда када је то посебно прописано. Овакво решење знатно олакшава утврђивање кривице, па самим тим и *одговорности* учиниоца прекршаја. С обзиром на актуелни Закон о прекршајима јакo је *тежко* доказати да не постоји кривица учиниоца – тј. да не постоји нехат.⁶

² Кривични законик, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016. (у даљем тексту и КЗ).

³ Чл. 22 КЗ.

⁴ На пример: код кривичног дела „Несавесно *поштовање* *и* *сривљање* *и* *издавање лекова*“ из члана 255 *прописује се*: (1) Лице овлашћено за издавање лекова за употребу у медицини које изда други лек уместо прописаног или захтеваног лека, ако замена није дозвољена или које не направи лек у прописаној размери или количини или које очигледно несавесно поступа при издавању лекова и тиме проузрокује погоршање здравственог стања неког лица, казниће се затвором до три године. (2) Ако је дело из става 1. овог члана учињено из *нехата*, учинилац ће се казнити новчаном казном или затвором до једне године.

⁵ Вид. чл. 20 ст. 1 Закона о прекршајима.

⁶ Кад на страни окривљеног нема ни умишљаја ни нехата, нема ни кривице, а тиме ни прекршајне одговорности за прекршај. *Из образложења*: Побijаном пресудом окривљени је на основу члана 218. тачка 3. Закона о прекршајима ослобођен кривице да је учинио прекршај из члана 332. став 1. тачка 4. Закона о безбедности саобраћаја на путевима јер није доказано да је учинио прекршај за који је против њега поднет захтев за покретање прекршајног поступка. Према изведеним доказима у возилу којим је управљао окривљени налазио се уређај којим се може откривати или ометати рад уређаја за мерење брзине кретања возила или други уређај за откривање и документовање прекршаја. Тиме постоји битно обележје прекршаја из члана 332. став 1. тачка 4 Закона о безбедности саобраћаја на

Поједини прекршаји „*по здравом логички*“ могу да се учине само са умишљајем, неки само из нехата, а исто тако има и оних који могу да се учине како са умишљајем тако и из нехата. Међутим, ми смо за потребе овог рада прегледали неколико десетина закона, као и прописа ниже правне снаге, којима се прописују прекршаји, али ни на једном месту нисмо нашли да се за постојање прекршаја захтева *умишљај* као облик кривице. Долази се до решења да доносиоци прописа не *користе* могућност, која се дозвољава Законом о прекршајима, а која се огледа у томе да се за постојање прекршаја пропише умишљај као облик кривице. Мада, зашто би то радили, зашто би само *оштели* *поштом* утврђивања кривице? Оваквим решењем се долази и до једне парадоксалне ситуације – да прекршаји који могу да се учине само са умишљајем, *по поштом* се учинити и из нехата.

С обзиром на то да се прекршаји прописују великим бројем прописа, најчешће на начин што се у оквиру казnenих одредаба прописује да *ће се због прекршаја из одређеног члана учинилац казнић* *одређеном казном*, било би нужно да се у оквиру њих пропише и да *ће се* учинилац казнити само ако је прекршај учињен са *умишљајем*, уколико доносилац прописа има за циљ да кажњава само учиниоце умишљајних прекршаја.

Сада се поставља и друго питање, којом се казном кажњава учинилац *умишљајних*, а којом *нехатних* прекршаја? Логично би било да се за *нехатне* прекршаје прописује блажа казна у односу на *умишљајне*, као што је то случај у кривичном законодавству. Међутим, о томе се у Закону о прекршајима ништа не прописује. Тако се долази до решења да се истом прописаном казном кажњавају како учиниоци *умишљајних* прекршаја, тако и они учиниоци из *нехата*. Овакво решење је неприхватљиво. Једино што преостаје, јесте да се у *судском поштом* вреднује кривица приликом *индивидуализације* казне. Дакле, судија приликом индивидуализације казне учиниоцу прекршаја *мора* да вреднује *облик и степен кривице*. С друге стране, индивидуализација казне не постоји када се издаје *прекршајни налог*. У том случају истом новчаном казном у фиксном износу кажњава се учинилац прекршаја из *несвесног нехата*, као и учинилац који је учинио прекршаја са *директним умишљајем*.

путевима, који чини лице које поступи супротно одредби члана 29. став 1, ако се уређај налази у возилу. Међутим, да би постојао прекршај нужно је да постоји и кривица учиниоца (према члану 2. став 2. Закона о прекршајима којим је прописано да нема прекршаја уколико је искључена противправност или кривица иако постоје сва битна обележја прекршаја. Из утврђеног чињеничног стања произлази да окривљени није знао за постојање предметног уређаја, антирадара, у возилу којим је управљао; да није пристао да у саобраћају учествује са таквим возилом и није знао, нити је могао знати да се такав уређај налази у возилу и да *ће* возећи то возило учинити прекршај. (...). (Пресуда Прекршајног апелационог суда, Одељење у Новом Саду, III-308, Прж. број 19081/14 од 30. 9. 2014). Извор: електронска база података *Propisi online*, 4.5.2017.

2. ПОКУШАЈ ДЕЛА

Постоје ситуације када кривично дело остаје некомплетно, када учинилац оствари само један његов део, или пак предузме одређене радње које воде извршењу кривичног дела.⁷ Исто је тако могуће да прекршај остаје некомплетан. Да би постојао покушај, морају се остварити три нужна обилежја: мора постојати намера, мора се започети остварење казног дјела и дјело не смије бити довршено.⁸ Кривичним закоником се уређује покушај кривичног дела. 1) Ко са умишљајем започне извршење кривичног дела, али га не доврши, казниће се за покушај кривичног дела за које се по закону може изрећи казна затвора од пет година или тежа казна, а за покушај другог кривичног дела само кад закон изричито прописује кажњавање и за покушај. (2) Учинилац ће се за покушај казнити казном прописаном за кривично дело, или ублаженом казном.⁹

С друге стране, Законом о прекршајима се прописује: *За њокушај ѡпрекршаја учинилац ће се казнићи само ако је њо ѡсебно ѡройисано*.¹⁰ Прво, видимо да се не прецизира у чему се састоји покушај прекршаја. Друго, у Закону о прекршајима се не прописује којом казном се кажњава учинилац који *њокуша* да учини прекршај. Дакле, законодавац је требао да пропише да се учинилац у случају покушаја *може блаже* казнити. Суд приликом индивидуализације казне мора да цени покушај дела. Цениће покушај прекршаја као *олакшавајућу околност*, јер Законом није прописан основ за *ублажавање казне* у случају покушаја. Међутим, ако је реч о прекршају за који се издаје *прекршајни налог* онда се *њокушај* не може узети као олакшавајућа околност, већ ће се и за *њокушај* учинилац казнити истом новчаном казном у фиксном износу као и за *довршено дело*.

Као што није могућ покушај сваког кривичног дела, исто тако није могућ ни сваки покушај прекршаја. Као што се прописује Кривичним закоником, покушај је могућ само са *умишљајем*. Покушај из нехата се не може ни хипотетички замислити, а и када би то било могуће, то не би имало никакав кривичноправни значај.¹¹ С друге стране, Законом о прекршајима се ништа у погледу кривице не прописује.¹² Сада се долази до значаја *умишљаја* и *нехаја* код прекршаја, а то значи да није могуће да се учини покушај прекршаја са умишљајем када је реч о прекршају који може да се учини само из нехата.

⁷ Zoran Stojanović, *Krivično pravo – Opšti deo*, Beograd, 2009, 185.

⁸ Bruno Moslavac, *Iznimno (posebno) zakonsko propisivanje (normiranje) kažnjivosti pokušaja*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 53, 3/2016, 835.

⁹ Чл. 30 КЗ.

¹⁰ Чл. 16 ЗП.

¹¹ Stojanović, *op. cit.*, 193.

¹² О овоме вид. Игор Вуковић, *Прекршајно ѡправо*, Београд, 2015, 75-76.

Осим тога, важна је и подела на последичне и непоследичне прекршаје. Законом о прекршајима омогућава се да се другим прописима пропише кажњавање било којег прекршаја, без обзира на запрећену казну. Чини се да се приликом прописивања конкретних прекршаја није много водило рачуна о овом питању. На пример: Законом о јавном реду и миру¹³ прописује се ко вређањем другог или вршењем насиља над другим или претњом нарушава јавни ред и мир казниће се новчаном казном од 20.000 до 100.000 динара или казном затвора од 10 до 30 дана. Ко изазивањем туче или учествовањем у њој нарушава јавни ред и мир – казниће се новчаном казном од 50.000 до 150.000 динара или казном затвора од 30 до 60 дана. Ко прекршај из ст. 1. до 2. овог члана изврши у групи од три и више лица – казниће се казном затвора од 30 до 60 дана.¹⁴ За *покушај* дела из ст. 1, 2. и 3. овог члана, казниће се.

3. НЕПОДОБАН ПОКУШАЈ

У одређеним случајевима покушај кривичног дела је неподобан из различитих разлога. Кривичним закоником се прописује да се учинилац који покуша да изврши кривично дело *нејоодобним средством или према нејоодобном предмету* може се ослободити од казне.¹⁵ Кривично дело није било могуће довршити или с обзиром на неподобност средства, или с обзиром на неподобност предмета радње извршења кривичног дела.¹⁶ Могуће је да се *покуша прекршај* неподобним средством или према неподобном предмету, те да постоји постоји *нејоодобан покушај извршења прекршаја*. Међутим, Законом о прекршајима се не уређује институт неподобног покушаја.

4. ДОБРОВОЉНИ ОДУСТАНАК

Добровољни одустанак уређује се Кривичним закоником на следећи начин. (1) Извршилац који је покушао извршење кривичног дела али је добровољно одустао од даљег предузимања радње извршења или је спречио наступање последице, може се ослободити од казне. (2) Одредба става 1. овог члана неће се применити уколико учинилац кривично дело није довршио због околности које онемогућавају или знатно отежавају извршење кривичног дела, или због тога што је сматрао да такве околности постоје. (3) Ослободити се од казне може и саизвршилац, подстрекач или помагач који је добровољно спречио извршење кривичног дела. (4) Ако је у случају из ст. 1. и 3.

¹³ Закон о јавном реду и миру, *Службени гласник РС*, бр. 6/2016.

¹⁴ Чл. 9 Закона о јавном реду и миру.

¹⁵ Чл. 32 КЗ.

¹⁶ Stojanović, *op. cit.*, 194.

учинилац довршио неко друго самостално кривично дело које није обухваћено кривичним делом од чијег извршења је одустао, учинилац се не може ослободити од казне за то друго дело по истом основу.¹⁷ У литератури се наводи да је циљ постојања института добровољног одустајка од извршења кривичног дела да се учинилац стимулише да не доврши кривично дело на тај начин што му се ставља у изглед могућност ослобођења од казне у случају да добровољно не доврши започето кривично дело.¹⁸ Могуће је да извршилац покуша извршење *прекршаја*, али да добровољно одустане од даљег предузимања радње извршења или да спречи наступање последице. Међутим, Законом о прекршајима се *не уређује* институт добровољног одустајка.

5. ПОДСТРЕКАВАЊЕ

Подстрекавање као облик саучесништва уређује се у прекршајном законодавству. Законом о прекршајима покушано је да се по угледу на Кривични законик уреди и овај институт. Да бисмо указали на лоше законско решење у ЗП-у прво морамо да видимо како се овај облика саучесништва уређује Кривичним закоником. (1) Ко другог са умишљајем подстрекне да изврши кривично дело, казниће се казном прописаном за то кривично дело. (2) Ко другог са умишљајем подстрекава на извршење кривичног дела чији покушај је по закону кажњив, а дело не буде ни покушано, казниће се као за покушај кривичног дела.¹⁹ Осим тога, КЗ-ом се прописује и: (1) Ако је кривично дело остало у *покушају* подстрекач и помагач ће се казнити за покушај. (2) Ако је извршилац извршио *лакше кривично дело* од оног на које се подстрекавање или помагање односи, а које би било њиме обухваћено, подстрекач и помагач ће се казнити за кривично дело које је учињено. (3) Одредба става 2. овог члана *неће се применити* ако би се подстрекач строже казнио применом члана 34. став 2. овог законика.²⁰

Са друге стране, Законом о прекршајима се у вези са подстрекавањем прописује: Ко другог са умишљајем подстрекне да учини прекршај казниће се као да га је сам учинио.²¹ Осим овог члана ништа се више не прописује о овом институту. Законодавац је требао да у ЗП-у у потпуности уреди овај институт. Сада се поставља питање: које су последице ако је прекршај остао у *покушају*, ако је извршилац учинио *лакши прекршај од оног на које је подстрекаван*, као и друга питања која ће се нужно у пракси појавити?

¹⁷ Чл. 32 КЗ.

¹⁸ Stojanović, *op. cit.*, 196.

¹⁹ Чл. 34 КЗ.

²⁰ Чл. 37 КЗ.

²¹ Чл. 23 ЗП.

Законодавац није следио решење из Кривичног законика ни у погледу прописивања начина кажњавања. Јер се према ЗП-у подстрекач кажњава као да је *сам учинио дело*, док се по Кривичном законiku подстрекач кажњава *казном која је прописана* за то кривично дело.²² Овде се сада намеће и питање *правне природе саучесничтва*. Изгледа да се законодавац одлучио за *принципалну* теорију у Закону о прекршајима.

Надаље, Кривичним закоником се у члану 36 прописује: основи који искључују кривицу извршиоца (чл. 23, 28. и 29. овог законика) не искључују кривично дело саизвршиоца, подстрекача, или помагача код којег кривица постоји. Лични односи, својства и околности услед којих закон дозвољава ослобођење од казне, или које утичу на одмеравање казне, могу се узети у обзир само оном извршиоцу, саизвршиоцу, подстрекачу или помагачу код којег такви односи, својства и околности постоје. Лични односи, својства и околности који представљају битно обележје кривичног дела не морају постојати код подстрекача или помагача. Подстрекачу или помагачу који нема такво лично својство, казна се може ублажити.²³ Овакве одредбе не садржи Закон о прекршајима, што ће се *негајивно одразити* у пракси.

6. КАЗНЕНИ ПОЕНИ

Законом о прекршајима, као врста прекршајне санкције прописују се *и казнени поени*. Реч је о посебној прекршајној санкцији,²⁴ која се може изрећи само појединим учиниоцима прекршаја. За прекршаје *прописив безбедности саобраћаја на путевима* законом се могу прописати казнени поени у распону од 1 до 25. Санкција из става 1. овог члана изриче се *уз казну или ојмену* под условима предвиђеним овим законом ако другим законом није другачије прописано. Уз санкцију из става 1. овог члана учиниоцу могу бити изречене *дојунске обавезе у циљу едукације возача или праћења његовог понашања у саобраћају*.²⁵ Врсте допунских обавеза и услови за њихово изрицање прописују се посебним законом. Казнени поени могу се изрећи возачу који у време извршења прекршаја поседује возачку дозволу издату у Републици Србији или возачу коме је правноснажном одлуком забрањено управљање моторним возилом.²⁶ Према Закону о безбедности саобраћаја на

²² О овом вид. Емир Ћоровић, *Прекршајно право (према Закону о прекршајима из 2013. године)* – ауторизована издања – Нови Пазар, 2015, 51-52.

²³ Вид. чл. 36 ст. 2, 3, 4 КЗ.

²⁴ Према ранијем важећем Закону казнени поени су били *врста казни*. Вид. чл. 28 Закона о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 101/2005, 116/2008, 111/2009.

²⁵ Интересанто је да се Законом о прекршајима не прописује које су *последике* када се учиниоцу прекршаја изрекну укупно 25 казнених поена.

²⁶ Чл. 48 Закона о прекршајима.

путевима,²⁷ територијално надлежна организациона јединица Министарства унутрашњих послова која возача води у евиденцији *одузеће возачку дозволу* возачу који возилом не управља савесно и на прописан начин. Сматра се да возач *не управља возилом савесно и на прописан начин ако има 18 или више казних поена*.²⁸ Према ЗоБС-у изрицање казних поена за поједине прекршаје је *обавезно*. Казнени поени се *не могу* изрећи учиниоцима кривичних дела, јер кривично законодавство Републике Србије не предвиђа ову врсту санкције. Дакле, за *блажа казнена дела* могу се изрећи казнени поени, али не и за *најтежа казнена дела* – кривична дела.

7. ЈАВНО ОБЈАВЉИВАЊЕ ПРЕСУДЕ

Кривичним законом се као врста мере безбедности прописује и *Јавно објављивање пресуде*, а такође се Законом о прекршајима као врста заштитне мере прописује истоимена мера. У погледу изрицања ове мера чини се да је Закон о прекршајима строжи. У једном делу, у односу на уређење ове мере нема разлике између ова два закона. То се односи, пре свега, на одредбе о року за објављивању пресуде и на могућност прописивања *обавезног изрицања заштитне мере*. С друге стране, постоје и одређење разлике у погледу ове мере, и то оне које иду у прилог томе да је *строжа* она мера која је прописана Законом о прекршајима. Те разлике се тичу, пре свега, услова под којим се мера може изрећи. Према Кривичном закону: при осуди за кривично дело *учињено њим средстава јавног информисања, или за кривично дело које је њроузроковало опасност за животи или здравље људи* а објављивање пресуде би допринело да се отклони или умањи та опасност, *суд може* одлучити да се о трошку осуђеног истим путем или на други одговарајући начин објави судска пресуда у целини или у изводу.²⁹ Према Закону о прекршајима: заштитну меру објављивања пресуде *суд ће*

²⁷ Закон о безбедности саобраћаја на путевима, *Службени гласник РС*, бр. 41/2009, 53/2010, 101/2011, 32/2013 (Одлука Уставног суда), 55/2014, 96/2015, 9/2016 (Одлука Уставног суда). (у даљем тексту и ЗоБС).

²⁸ Вид. чл. 197 ЗоБС-а. У вези са казним поенима вид. Правилник о унапређењу знања из безбедности саобраћаја за возаче којима је одузета возачка дозвола, *Службени гласник РС*, број 59/2011. Правилник је донет на основу члана 3. Закона о јавним агенцијама, чл. 9. и 199. Закона о безбедности саобраћаја на путевима (“Службени гласник Републике Србије”, бр. 41/09 и 53/10), а уз сагласност Министарства унутрашњих послова и Министарства за инфраструктуру и енергетику у својству министарства надлежног за послове саобраћаја. О неусклађености Закона о прекршајима и Закона о безбедности саобраћаја на путевима у погледу броја казних поена вид. Иван Милић, О неким лошим решењима у Закону о прекршајима, Зборник радова „Национално и међународно право – актуелна питања и теме“, Косовска Митровица, том II, 2017, 140-141.

²⁹ Чл. 89 ст. 1 КЗ.

*изрећи ако смайра да би било корисно да се јавносно ујозна са пресудом, а нарочито ако би објављивање пресуде допринело да се отклони ојасносћ њо живој или здравље људи или да се зашћиши сиђурносћ ѡромета роба и услуђа или ѡривреда.*³⁰

8. ПРЕСТАНАК МЕРА БЕЗБЕДНОСТИ, АЛИ НЕ И ЗАШТИТНИХ МЕРА, НА ОСНОВУ СУДСКЕ ОДЛУКЕ

Кривичним законом се прописује укупно једанаест мера безбедности које се изричу у кривичном поступку. Осим мере обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи све остале мере се изричу на одређено време, које се утврђује у судској одлуци. Међутим, Кривичним законом се омогућава да две мере безбедности могу да престану и *ѡре њиховођ исћека*. Суд може одлучити да *ѡресћану* мере безбедности забране вршења позива, делатности или дужности и забране управљања моторним возилом, ако су протекле три године од дана њиховог примењивања. *При оцени* да ли ће одредити престанак мере безбедности из става 1. овог члана суд ће *узетћи у обзир* понашање осуђеног после осуде, да ли је накнадио штету проузроковану кривичним делом, да ли је вратио имовинску корист стечену извршењем кривичног дела и друге околности које указују на оправданост престанка тих мера.³¹ Овакво законско решење више него погодује *осуђеном лицу* у кривичном поступку, јер се дозвољава смањење трајања мере, које је претходно утврђено правноснажном судском одлуком. Иначе, ове мере могу да трају веома дуго, и то: 1. забрана вршења позива, делатности или дужности – од једне до десет година; 2. забрана управљања моторним возилом – од од три месеца до пет година. Законом о прекршајима се прописују заштитне мере, које су пандани мерама безбедности, али се *не ѡредвиђа* могућност њиховог ранијег престанка. Дакле, ове две мере безбедности могу раније престати судском одлуком, али заштитне мере које су прописане Законом о прекршајима *не могу*.

9. ЈОШ НЕКОЛИКО ПОЈЕДИНОСТИ

У овом делу рада указаћемо на неколико одредаба из Кривичног закона и Закона о прекршајима, са циљем да предочимо да се Законом о прекршајима прописује *сиђроже одредбе* у односу на Кривични законик.

³⁰ Чл. 64 ст. 1 ЗП.

³¹ Чл. 90 КЗ.

А) Према Кривичном закону: у пресуди се одређује рок плаћања новчане казне који не може бити краћи од *йейнаесїї* дана *ниїи* дужи од *їїри* месеца. У оправданим случајевима суд може дозволити да осуђени плати новчану казну у ратама, с тим да рок исплате не може бити дужи од *једне їодине*.³² Према Закону о прекршајима: у пресуди и прекршајном налогу се одређује рок плаћања новчане казне, који не може бити дужи од 15 дана од дана правноснажности пресуде, а уколико је жалба изјављена, од дана достављања другостепене пресуде, односно осам дана од дана уручења прекршајног налога. Суд може решењем дозволити да се у оправданим случајевима новчана казна исплати у *ратїама*, при чему одређује начин и рок плаћања, који не може бити дужи од *їесїї* месеци, *їод условом да су їлаїени їроїїкови їосїїуїка*.³³ Видимо да се Законом о прекршајима прописује *країи рокови*, а да би се омогућила исплата у ратама морају се претходно платити *судски їроїїкови*.

Б) Према Кривичном закону: уколико учинилац испуњава све своје обавезе везане за рад у јавном интересу, суд му може дужину изреченог рада у јавном интересу умањити за једну четвртину.³⁴ Законом о прекршајима се не прописује оваква погодност за учиниоца прекршаја.

В) Према Кривичном закону: протеривање странца из земље и забрана присуствовања одређеним спортским приредбама може се изрећи ако је учиниоцу изречена казна или условна осуда.³⁵ Према Закону о прекршајима, све заштитне мере се могу изрећи уз казну, *ойомену* или васпитну меру.³⁶

³² Чл. 51 КЗ.

³³ Чл. 45 ЗП.

³⁴ Вид. чл. 52 КЗ.

³⁵ Чл. 80 КЗ.

³⁶ Вид. чл. 53 ЗП.

*Ivan D. Milić, Ph. D., Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
I.Milic@pf.uns.ac.rs*

Is a Criminal Offense always the Hardest Criminal Act? (Part II)

Abstract: *The subject of the attention of the author are individual provisions of the Criminal Law and the Law on Misdemeanors, which regulate certain issues of substantive law. The author suggests that responsibility for misdemeanors may be stricter than criminal responsibility. On the basis of certain provisions of two criminal laws (Criminal Law and the Law on Misdemeanors), it is concluded that the perpetrator of the misdemeanor can be punished more severely than the perpetrator of the criminal offense. The paper deals, primarily, with: guilt, attempted criminal offense, unsuccessful attempt, voluntary retreat, incitement, penalty points, public announcement of the judgment and termination of security measures based on a court decision.*

Keywords: *criminal offense, misdemeanor, penalty points , attempt, guilt.*

Датум пријема рада: 09.08.2017.

*Marija R. Vuković, Ph. D., Professional Studies Professor
Novi Sad School of Business
vlahmari@uns.ac.rs*

ECONOMIC, POLITICAL AND INSTITUTIONAL DETERMINANTS OF FISCAL DEFICIT

Abstract: *This paper seeks basic economic and political causes of instability and rising fiscal deficit. Economic factors that may cause the appearance and increase in the fiscal deficit are: growth of current public spending, launching public investments, tax cuts and weakening financial discipline. The government's policy that is a result of its coalition agreement, everywhere in the world, is the primary factor that causes the formation and growth of the fiscal deficit. The aim is to show that the politically unstable countries with weak institutions are often vulnerable to fiscal shocks, which, in turn, lead to the greater instability in the fiscal deficit.*

Keywords: *tax cuts; fiscal illusion; intergenerational redistribution of the burden of public debt; spatial separation of interests; budgetary institutions.*

1. INTRODUCTION

Lawyers and economists in general recognize that the high and volatile fiscal deficits are harmful to the well-being of the national economy. The reasons for disrupting the balance of the national economy are as follows: first, the fiscal deficit leads to an inefficient allocation of resources and creates problems to the private sector generating the crowding-out effect of investments; second, by increasing the share of debt to gross domestic product (GDP) the fiscal deficit has a negative impact on long-term fiscal sustainability of the country and affects the living standards of future generations; third, the fiscal deficit increases the level of monetary fluctuations and causes instability of the economy, especially when the central bank is not independent enough.

The problem of the fiscal deficit requires an economic analysis which should explain the existence of big differences between the fiscal deficit and public debt

in the group of relatively homogeneous economies. The task of economics is to detect the causes of the increase in the fiscal deficit and help in finding a solution that would have this problem repaired.

The level of fiscal deficit and public debt significantly vary among the EU countries although specific economic characteristics of these countries are relatively similar. They refer to the form of government (all these countries are developed industrial democracies) and the extent of economic development (measured by the level of income per capita which is very high). Therefore, specific economic conditions of the countries are not enough to explain the large differences in the ratio of debt to gross domestic product (GDP) in them. Therefore, this diversity requires an analysis of the political and institutional factors as the key to understanding the fiscal deficit and fiscal policy itself. Political institutional factors refer to the Law on electoral system, coalition structure of the government, Law on the Budget, Law on the Central Bank, level of fiscal decentralization, etc. These factors vary from country to country.

In this paper, we aim to prove the hypothesis that political and institutional variables more significantly determine the rise in the fiscal deficit than economic variables.

The research starts with the description of the specification of the model, comprising all the key-institutional political factors affecting the fiscal deficit. These factors include variables that measure political conditions, institutions and level of economic stabilization of the country. The models describing the determination by the fiscal deficit will be tested using the methods of Ricardian, neo-classical or institutional economy.

2. THE ECONOMIC DETERMINANTS OF FISCAL DEFICIT

Taxation basically results in distortion of economic activity. If the increase of public spending was financed by taxes, the tax rate should be high. High tax rates can cause significant economic distortions¹ which increase more than in proportion to the amount of increase in tax revenues. The level of distortions created by taxes is proportional to the square of the tax rate, which means that higher tax rates create greater distortions.² Instead of increasing or decreasing the tax rate in order to remain within budgetary constraints, it is better (in terms of

¹ High tax rates can be discouraging on people who reduce their productivity or are engaged in illegal activities which are not taxed (tax evasion).

² G. Krstić, F. Schneider, M. Arandarenko, M. Arsić, B. Radulović, S. Randelović, I. Janković, „Siva ekonomija u Srbiji – novi nalazi i preporuke za reforme“, Fond za razvoj ekonomske nauke, Beograd 2013, 113.

reducing distortions) to maintain a constant tax rate over time by tax smoothing.³ If there is the negative effect of taxes, distortionary taxation causes excess tax burden, while it is difficult to collect revenue due to the presence of resistance to taxation. Fiscal balance is distorted, because of changes in the tax system, which also changes the size of the tax burden imposed in different years. An optimal tax policy should be to reduce the level of tax burden caused by the present and future taxes within the intertemporal budget constraint.⁴

If public spending is unchanged, the tax cuts must sooner or later be compensated by increase in taxes in the future. A decrease in current tax rates reduces the current tax burden, but this increases the tax burden in the future. The longer the government delays tax increase, the higher increase will be. In this way, the deficit can change the size of the overall tax burden of the tax system.⁵

Government borrowing to finance deficit creates instability in the financial markets. The growth of public debt produced by rising interest rates in the financial market causes a decrease in the volume of investment, or a reduction in the level of economic activity of the country. From the point of view of macroeconomic balance, there is the question of who will bear the burden of deficits and public debt. One possible answer is: (a) the debt burden borne by future generations; (B) the debt burden borne by present and future generations.

The economic determinants of fiscal deficit are an interpretation of the model tax reduction (tax smoothing), whose creator is Barro (1979).⁶ This model analyzes the government's efforts to minimize the distortions during the tax collection. The model is based on the theory of Ricardian equivalence. According to the theory of Ricardian equivalence, in the case of the limited budget, borrowing does not change the consumption of any generation; financing through taxation or borrowing are essentially identical. Deficit and debt do not have impact on the economic activity so the fiscal policy is irrelevant. After Ricardian equivalence, the higher deficit is compensated by the increase in private savings in the same

³ Tax smoothing means that the state will have high deficits when government spending is very high and small surpluses in the rest period. See more: Olivier Blanchard, *Makroekonomija*, Mate, Zagreb 2005, 567.

⁴ Intertemporal budget means interim spending of items from the budget. The state can spend its budgetary revenues immediately, or to keep it for the future.

⁵ The reason for the reduction of taxes can be a reduction in the overall tax burden which can be explained by the already mentioned square rule. According to this rule, the size of the tax burden grows as the square of the tax rate. If the tax rate is lower at present than in the future, the surplus can reduce the total surplus of the tax burden. Decrease in future tax rates is possible if the surplus reduces the tax burden in the future to a greater extent. Of course, the lost revenue must be offset by higher tax rates in the present, or to the square rule, increasing the burden is less than the fall of the tax burden in the future. See more: Neil Bruce, *Public Finance and American Economy*, Addison Wesley, New York 2001, 506.

⁶ Robert Barro, "On the Determination of the Public Debt", *Journal of Political Economy*, Vol.87/1979, Issue 5, Part 1, 940-971.

amount.⁷ The model of “tax smoothing” implies closed economy without capital where one political party advocates consumption and other savings. The government is defined as a “benevolent social planner”. According to this model, the government should fund a certain amount of public spending in each period through the income tax, which is discretionary in character (it affects the labour supply). It is advisable that the government keep the tax rate at a constant level. In other words, during economic recession the deficit should be compensated by the surplus due to the economic expansion.⁸ The tax rate is determined by intertemporal budget constraint, which means that the present value of public spending (which is exogenous) must be equal to the present value of the tax. Therefore, the fiscal deficit and surplus are used as a buffer. The deficit occurs when the public spending is high, while a temporary surplus occurs when the public spending is low.⁹

The principle of equalization tax is quite clear: the fiscal deficit and the surpluses are used optimally to minimize the adverse effects of taxation, with some movement of public spending. The significant expansion of the model refers to the cyclical fluctuations of tax revenues due to the business cycle. The model of tax smoothing means that tax rates should be constant over the business cycle; therefore, it is necessary to replace deficits during the recession surpluses during expansions.

The basic analysis of the model “tax smoothing” can be extended in three ways.¹⁰

First, the government can maintain a constant level of tax rates, and increased public spending financed by borrowing. Expected disorders are smaller if the public debt at a low level occurs when there is a positive shock in public spending; the disorders are bigger when there is a negative shock in public spending. With the high level of borrowing, the government can keep the tax rate at a constant level. The strong implication is obviously incorrect. The government may issue the bonds (nominal debt) and then to follow a policy to the amount of high inflation, in response to a positive shock public consumption, and low inflation in response to a negative shock. In this way, the desire to reduce distortion justifies the issuance of the nominal debt.

Second, the analysis can be extended to the accumulation of capital. In the phase of borrowing, the government increased its financial potential, which represents a new foundation for growth of production, employment, investment and

⁷ This view is called Ricardo-Bar's theorem. In practice, the Ricardian equivalence does not exist. Larger deficits impact on economic activity by increasing aggregate demand and GDP in the short term. In the long run, the accumulation of debt reduces the accumulation of capital that reduces GDP.

⁸ Robert Barro, Charles Redlick, „Macroeconomic Effects from Government Purchases and Taxes“, NBER Working Paper 15369/2009; Robert E. Lukas, Nancy L. Stokey, “Optimal Fiscal and Monetary Policy in Economy without Capital”, *Journal of Monetary Economics* 12/1983, 55-93.

⁹ Alberto Alesina, Roberto Perotti, „The Political Economy of Budget Deficits“, NBER Working Paper 4637/1994, <http://www.nber.org/papers/w4637.pdf>, 22 January, 2017; Alberto Alesina, Roberto Perotti, „Budget Deficits and Budget Institutions“, NBER Working Paper, 8021/1999, <http://www.nber.org/chapters/c8021>, 05 February, 2012.

¹⁰ David Romer, *Advanced Macroeconomics*, McGraw-Hill, New York 2012, 602-605.

national income. Public debt then receives all the features of “additional” national accumulation. At the stage when there is the maturity date for interest, there is an outflow of national income, which is seen as a loss for the national economy (export growth, limiting domestic consumption, boosting foreign exchange reserves).¹¹ The optimal solution is that the government, if possible, creates a tax policy without taxing the capital. Taxes on capital and income taxes have distortionary effect on the free choice of the individual, because they reduce the overall attractiveness of work. However, the taxation of capital disturbs the intertemporal choice of individuals.

Third, the model of tax smoothing regards public spending as the exogenic variable. The reduction in public spending increases household resources, and thus increases their private consumption. This proves that taxes are distorting and that there is a deviation from the Ricardian equivalence. In the case of endogenous public spending, tax cuts increased expectations of future tax liabilities for an amount less than today’s reduction so that private consumption is growing. This role of the expectations indicates the possibility that there are situations in which an increase in taxes or cuts in public spending increases the aggregate demand for goods and services. As an illustration, it is assumed that for some reason a small increase in taxes means that there will be a lot of cuts in public spending in the future and, in this context, large tax benefits. Households will react to tax increases by the overvaluation of their existential resources, and as a result, they can increase their personal consumption. Similarly, a small reduction in current public spending may signal future large reductions, and therefore cause an increase in personal spending by the amount larger than the amount of the reduced public spending.

In addition to numerous advantages in explaining economic effects of tax cuts, Barro’s hypothesis is disputed by some unrealistic assumptions. First of all, the connection between the current deficit and future taxes is not reasonably foreseeable. People are bound by their decisions for the short term and are not realistic in terms of long term, and intergenerational relationship is not as prominent as the model assumes.

3. POLITICAL AND INSTITUTIONAL DETERMINANTS OF FISCAL DEFICIT

The four different models are used for the analysis of the political and institutional determinants of fiscal deficit and public debt¹²: (1) the model of opportunistic politicians and naive voters (model of fiscal illusion); (2) the model of intergenerational distribution; (3) the model of the spatial distribution of interest; and (4) the model of budget institutions and procedures as a determinant of the fiscal deficit.

¹¹ Jadranka Đurović-Todorović, Marina Đorđević, *Javne finansije*, Ekonomski fakultet, Niš 2010, 349-340.

¹² Alberto Alesina, Roberto Perotti, “Budget Deficits and Budget Institutions”, NBER Working Paper 8021/1999, <http://www.nber.org/chapters/c8021>, 05 February, 2012.

3.1. Model of fiscal illusion

Theories of fiscal choice based on political reasons indicate manipulation of public spending because it is used as a tool by politicians in order to win the next elections. Naive voters evaluate public spending and assess their costs in terms of tax burden, especially if these costs were deferred. In other words, voters support parties that use deficit to finance high public expenditure, while they do not support the parties with strict fiscal rules. In this way, voters indirectly encourage fiscal irresponsibility. In addition, deficit financing of public spending generate asymmetric stabilization, where politicians are willing to increase the fiscal deficit to fight the recession, but are not ready to achieve a surplus in times of economic expansion.

One part of the relevant research refers to the use of opportunistic deficit in the pre-election period. This study investigates the behavior of fiscal deficits and public expenditure before the political elections. The main conclusions are not supported by the unconditional pre-election fiscal expansion. *Persson and Tabellini*¹³ do not notice a pre-election change in public spending or surplus in a large sample of developed and less developed countries. However, pre-election increase in public spending and the fiscal deficit were observed for certain groups of countries. *Shi and Svensson* in their research prove election deterioration of fiscal balances and an increase in public spending in developing countries. They noted that the negative effect of the election period on the deficit is lower among better informed voters.¹⁴ *Brender and Drazen* suggest that these findings reflect the experience of transition countries in the first few years after the transition to a democratic regime.

The empirical evidence confirms the basic predictions of the model based on the promised manipulation of fiscal policy. First, the degree of transparency of the budget can be measured through the accumulation of the debt. Second, the increase in the fiscal deficit and public spending because of the elections is characteristic of the countries where voters are less successful in monitoring fiscal results.¹⁵

The empirical research explained why perfectly rational voters would support the opportunists in the current poll. The structure and level of public spending depends on how competent official politicians and voters have only imperfect information about the level of expertise of the politicians. In that way voters form

¹³ Torsten Persson, Guido Tabellini, "The size and scope of government: Comparative politics with rational politicians", *European Economic Review* 43/1999, 699-735.

¹⁴ Shi and Svensson prove that the high level of corruption of politicians is causing sharp increases in deficits in election years. See more: Min Shi, Jakob Svensson, "Political budget cycles: Do they differ across countries and why?" *Journal of Public Economics*, Vol. 90/2006, Issues 8-9, 1367-1389.

¹⁵ Marcela Eslava, "The Political Economy of Fiscal Deficits: A Survey", *Journal of Economic Surveys*, Vol.25/2011, No.4, 645-673.

an opinion about the competence of politicians according to their previous fiscal choices. It can be concluded that a competent politician is the one who in the previous term provided the programme of more public spending. This encourages politicians to increase the deficit in order to finance higher public spending. An additional argument for rational manipulation of fiscal deficit is that voters know the details of the budget. If they are familiar with the cost of all projects undertaken by the government, they will perfectly know what competences the current officials have. Rogoff¹⁶ assumed that voters are familiar with a part of the expenditures of the government ("visible" expenditures). Shi and Svensson¹⁷ show that the fiscal deficits can arise if voters know all public spending programmes, but they are not informed about fiscal balance. In any of these scenarios, the accumulation of debt, which results from the opportunistic behaviour of politicians, show how the budget was transparent: less transparency leads to higher opportunistic deficits.¹⁸ Alt and Lase¹⁹ constructed an index of fiscal transparency for every country. They study whether the index of transparency is connected with the fiscal discipline in these countries. Their findings suggest that a greater degree of budget transparency leads to a reduction in the deficit and public debt levels.

3.2. Model of intergenerational distribution

By increasing public debt the government shifts the tax burden from the old to the young or from the current to future generations. Intertemporal nature of fiscal decisions creates a link between generations. According to the Ricardian equivalence proposition, the choice of methods for financing public expenditure (taxation or borrowing) is irrelevant, because the distribution of the tax burden between generations does not affect the size of the debt (changes in public debt compensate for changes in private saving).

In models where the Ricardian equality is not true, the public debt can generate intergenerational redistribution, if the present generation lives on the debt at the expense of future generations. Thus, in principle, a selfish generation can vote for policies that shift the burden of taxation in the future.

¹⁶ Kenneth Rogoff, "Equilibrium Political Budget Cycles", *American Economic Review*, Vol. 80/1990, No.1, 21-36.

¹⁷ Min Shi, Jakob Svensson, "Political budget cycles: Do they differ across countries and why?", *Journal of Public Economics*, Vol. 90/2006, Issues 8-9, 1367-1389.

¹⁸ Although models of Rogoff, Shi and Svensson explained opportunistic deficits only during election time, this class of models can explain the accumulation of opportunistic debt after the election period. In the model of Alt and Lassen, for example, the manipulation is not dependent on the electoral cycle. Whether fiscal manipulation is present all the time or not, the choice depends on the specific context, especially on how far back voter view when deciding who to vote for. See more: James Alt, David Lassen, "Political and Judicial Checks on Corruption: Evidence from American State Governments", *Economics & Politics*, Vol.20/2008, No1, 33-61.

¹⁹ *Ibid.*

Efficiency is not the only criterion used to estimate the distribution of the burden between generations. Many people claim that the results should be assessed from the point of fairness. There are two key principles of capital used in the evaluation of the transfer of the tax burden on future generations: the principle of utility and the principle of capacity to pay.

The principle of utility is quite clear, and its implications are as follows: increasing public debt is unjustified for future generations if they do not get the benefit of current public spending comparable to the increased tax burden to bear. However, if government bonds are used to finance public investment rather than current spending, the conclusion is quite different. If future generations inherit a larger stock of public capital (e.g. the network of national roads) which brings them benefits, it is reasonable that they should bear part of the tax burden.

When assessing the fairness of fiscal policy, then the principle of capacity to pay is used. In accordance with the principle of vertical equity, the government should distribute the tax burden according to ability to pay. If future generations will have a greater ability to pay than the current generation, it is fair to shift a greater burden on them, regardless of whether they would benefit from public spending. Vertical equity explains why some people believe that public debt is not a problem until it grows faster than the economy. Higher economic growth means that the economy has more affluent citizens with greater ability to pay the taxes required to service the growing public debt. Switching the tax burden from the present generation, which is richer and more numerous, to the future generations is not fair. In the evaluation of economic policy, it is important to understand both efficiency and distributive consequences of alternatives. Improving efficiency is often strongly opposed by special interest groups that would suffer losses if improvements are adopted. These groups are interested in protecting their income from political actions at the cost of reducing production and prosperity of the economy as a whole. The current policies and institutions reflect a conflict between a group of individuals who want to protect and increase revenues from their actions and individuals who advocate the effective use of resources for the benefit of the whole community.²⁰

Cukierman and Meltzer²¹ propose an interesting political model of intergenerational redistribution. Their key idea can be summarized briefly as follows. It is assumed that in the current generation, there are “rich” and “poor” parents. The “rich” are individuals who plan to leave some capital for their descendants. They are indifferent to the politics of public debt, as it can compensate any change in current taxes and deficits by adjusting their savings. “The poor” are individuals

²⁰ David Hyman, *Public Finance A Contemporary Application of Theory to Policy*, South-Western Cengage Learning 2011, 56-58.

²¹ Alex Cukierman, Allan Meltzer, “A Political Theory of Government Debt and Deficits in a Neo-Ricardian Framework”, *American Economic Review*, Vol. 79/1989, Issue 4, 713-732.

who want to leave a negative budget to future generations. Since they cannot borrow it from our descendants, “the poor” want to increase the fiscal deficit. As a result, they indirectly borrow from future generations. Thus, one group (“rich”) is indifferent to any policy of debt, while the second group (“poor”) favours public debt. Due to the fact that the social choice comes from the rule of the majority, it means that the government will choose the option of borrowing. Why should future generations (today’s generation’s children) be given public debt? *Alesina et al*²² responding to the latter criticism, argue that the intergenerational redistribution is correlated with intragenerational redistribution. The selection involves redistribution from the holder of the debt to the taxpayer, that is, from the “old” to “young” and from “rich” (who have taken the debt) to the “poor” (who will return).

3.3. Model of the spatial distribution of interest

The economic analysis of law studied how legislation leads to inefficient fiscal decisions.²³ Time lag of the legislative power is the direct cause of the current unsatisfactory results in the field of harmonizing national budgetary policies, public debt management policy and unsatisfactory implementation of legal restrictions on the fiscal deficit and public debt in national and European monetary law.²⁴

Proponents of the spatial separation of interests assess the benefits of public projects in their districts in relation to financing costs. In practice it is possible that jurisdiction, which means responsibility for a project of public interest, belongs to one level of government, to be funded by another, and delivered by a third level of authority. This is a territorial division of powers, i.e. the allocation of fiscal sovereignty on the public expenditure.

The spatial distribution of expenditures for public spending is also called fiscal decentralization and is the basis for fiscal federalism. The theory does not emphasize any public expenditure allocated to the sub-central government, but it is left to the government to determine them in accordance with the size of their sub-units, constitution, political relations, the development of individual branches and regions, and a number of other factors. There is often a compromise between the political and economic components of federalism. Thus, the public asset that is from the standpoint of economic criteria a national public asset will be transferred to the local authority. There can be asymmetric decentralization where, in

²² Alberto Alesina, Dorian Carloni, Giampaolo Lecce, „The Electoral Consequences of Large Fiscal Adjustments“, NBER Working Paper 17655/2011, <http://www.nber.org/papers/w17655>, 19 June, 2012.

²³ Bary R. Weingast, Kenneth A. Shepsle Christopher Johnsen, “The Political Economy of Benefits and Costs: A Neoclassical Approach to Distributive Politics”, *Journal of Political Economy*, Vol. 89/1981, no. 4, 642-664.

²⁴ Marko Dimitrijević, „Uloga evropskog revizornog suda u očuvanju fiskalnog okvira evrozone“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2016/3, 911.

order to calm down political tensions, certain responsibilities are assigned to certain regions in the country. This is a case in Spain where Catalonia and the Basque have a wider authority than other regions, or in the Federation of Bosnia and Herzegovina, where local communities whose majority population is nationally different from the majority population of the canton have bigger authority²⁵.

Fiscal imbalance is a situation where lower levels of authority do not have sufficient resources to cover the allocated expenditures with their own revenues. Funds allocated to certain units to adjust fiscal imbalances are called intra-budget transfers. When determining transfers, a number of factors that affect the scope and type of transfers and the method of transfer should be considered.²⁶ Also, depending on the characteristics, it is necessary to define the type of transfers that can be conditional and non-conditional, proportional and disproportionate, exclusive and shared²⁷.

Transfer and subsidies programmes may be selected on a territorial basis. These are cases where the redistribution of income and geographical redistribution have become very interconnected. For example, disability pensions were used as a transfer system from northern to southern Italy. In Serbia, subsidies represent the price paid by the state to investors for the bad business environment, and thus indirectly do unequal spatial distribution of income.

The problems of spatial distribution of expenditures (fiscal decentralization) make up only one part of the current fiscal problems of modern economies. It is difficult to imagine that significant fiscal adjustment programmes are sustainable without affecting transfers and social welfare programmes. The models of spatial distribution of interest are not adequate to explain the repercussions of the mentioned impact. However, the models can explain that the geographical distribution of costs, benefits, and decision-making powers can make a significant difference in the central government budget. For example, let us suppose that public spending decisions are made locally, and are funded by transfers from the central government. In this case, local governments do not consider the effects of spending decisions on the central budget. However, local government initiatives on spending will differ if they are responsible for both taxation decisions and spending decisions, which is the topic of fiscal responsibility of local authorities²⁸.

The arrangements of fiscal federalism and fiscal decentralization can be well-designed and well implemented, but it is possible that public goods are not

²⁵ Ljiljana Jović, *Fiskalni federalizam*, Bijeljina 2012, 224.

²⁶ Snežana Stojanović, *Fiskalni federalizam*, Institut za uporedno pravo-Centar za anti-ratnu akciju, Beograd 2005, 130; Ljiljana Jović, *Fiskalni federalizam*, Bijeljina 2012, 190.

²⁷ Council of Europe, A handbook on finance at Local and Regional Level, http://www.mju.gov.si/fleadmin/mju.gov.si/pageuploads/JAVNA_UPRAVA/svlsrcp.gov.si/pageuploads/lok-sam-2015/splosno-ls-ls/pokrajine/HandbookFinance.pdf, 18 June, 2017.

²⁸ Alberto Alesina, Roberto Perotti, „The Political Economy of Budget Deficits”, NBER Working Paper 4637/1994, <http://www.nber.org/papers/w4637.pdf>, 22 January, 2017.

produced in an efficient manner and in that way there is unnecessary waste of resources. Fiscal decentralization can provide different budgetary outcomes, depending on the characteristics of domestic fiscal frameworks, including the elements such as fiscal rules applied by regional and local authorities or their alternative sources of funding.

3.4. Models focused on the importance of budget institutions

The economic analysis of law specifically explores the importance of institutional reforms in the implementation of fiscal policy. If the fiscal deficit is caused by a primary factor, namely political-institutional variables, in order to improve fiscal policy there should be intervention at the institutional level. In this case, institutional reforms are related to the **method of budgeting and changes in the electoral laws**.

Budgeting is a process that consists of a series of related and interdependent phases: budget formulation, adoption, execution and supervision. The government submit the proposal of the budget to the legislative body to discuss and approve it. The budget adoption process may be quite complicated, especially with coalition governments. The most favoured reform of the budget process refers to the adoption of the Law on the balanced budget. This law would limit the discretionary policy of any government – the possibility for tax reduction and increase in public spending would be restricted. Until the appearance of J.M. Keynes, the policy of the balanced budget was absolutely inviolable. Tax smoothing theory considered the policy of the balanced budget optimal. However, models of budgetary institutions claim that this theory is not entirely accurate to describe the actual fiscal policy. As the economic cycles last more than a year, the law on the balanced budget delays the macro-economic stabilization. The model of delayed stabilization is essentially a model of coalition conflicts²⁹. The basic idea of the model is that every coalition party decided to delay the reforms and thus try to get a better offer. By delaying the reforms, the coalition party expects an increase in personal interests and then the total economic situation would deteriorate. The final result can be delayed stabilization although there are reforms from which everyone can benefit³⁰.

²⁹ Alberto Alesina, Allan Drazen, „Why Are Stabilization Delayed“, *American Economic Review* 81/1991, 1170-1188; Chang-Tai Hsieh, „Bargaining over Reform“, *European Economic Review* 44/2000, 1659-1676.

³⁰ Hyperinflations are the clearest example. Given the enormous disruptions hyperinflations create, there is little doubt that there are policies that would make most people considerably better off. Yet reform is often delayed as interest groups struggle over how to divide the burden of the reform. In the hyperinflations after World War I, the struggles were largely over whether higher taxes should be levied on capital or labor. In modern hyperinflations, the struggles are typically over whether the budget deficit will be closed by tax increases or by reduction government spending. See: David Romer, *Advanced Macroeconomics*, McGraw-Hill, New York 2012, 617-618.

The second stage in which the “coalition conflicts” may take place and jeopardize fiscal responsibility is in the regulatory approval of the budget. There are procedures which limit the deficit. They are related to (i) limiting the acceptance of changes and (ii) the imposition of the procedure to first vote on the size of the total consumption, and then to discuss its structure. In the context of the budget procedure, it is very important to control the implementation of the formed and adopted budget. For example, one of the key reasons that contributed to the recovery of public finances of Serbia at the beginning of the 20th century lies in the parliamentary oversight of the budget items of income and expense.³¹

When the fiscal deficit occurs, it is partly financed from the accumulation of the external debt and partly from a form of taxation. Stabilization means policy change which will stabilize the debt to GDP ratio and taxation through less distortive “regular” forms of taxation. Let us assume that two groups must decide how to share the fiscal burden of stabilization. The longer they delay it, the larger are the costs from two reasons. First, during pre-stabilization fiscal distortions the public debt will accumulate so higher taxes will be needed to cover it after stabilization. Second, for both groups is better to reach an agreement about how to share the fiscal burden of the stabilization. However, these cases of delaying occur from two reasons: (i) proposed stabilization is “unfair” – one group will take larger fiscal burden, and (ii) both groups are not informed about alternatives, i.e. each group does not know the price of delaying for the other group. *Hillman* points out the incentive for keeping the reputation of the formed coalition although inefficiency of the reaction of the coalition government grows with the number of coalition partners³².

This research links the accumulation of the public debt with the fragmentation of the government and observes it as political cohesion. Less cohesion means more difficulties to reach an agreement on the fair distribution of the costs of fiscal adaptation. Therefore, it delays the growth of the debt. The models of coalition conflicts explain why the countries prolong fiscal adaptation. However, these models do not explain the cause of the original shock that deteriorates the fiscal balance because different institutions give different answers to the mutual shock. Weak coalition governments usually have delayed fiscal adaptations and have accumulated debts. *Rubini* and *Sachs* constructed the political indicator that assumes the increase in the public debt with the increase in government fragmentation³³. Therefore, a larger number of political parties generate a higher level of public debt.

³¹ Goran Milošević, Mirko Kulić, “Razvoj poreskog sistema Srbije do drugog svetskog rata”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2016/ 1, 55–69.

³² Arye Hillman, *Public Finance and Public Policy – Responsibilities and Limitations of Government*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, 433.

³³ Nouriel Roubini, Jeffrey Sachs, „Political and Economic Determinants of Budget Deficits in the Industrial Democracies“, *European Economic Review* 33/1989, 903-933.

Grili et al. show the fiscal deficit in the correlation with the survival of the government.³⁴ Their conclusion is that governments that last longer have smaller deficit. These findings are in accordance with the previous one because coalition governments usually last shorter than majority governments. In addition, there are almost no institutional supervisions that, according to *Henisz*³⁵, may improve the economic result. It was confirmed by *Leachman et al.*³⁶ that the fiscal performance is weaker when the supervision of fiscal budgetary institutions is weaker.

Some studies analyze the influence of budgetary institutions on the debt accumulation. *Group of authors*³⁷ construct an index of budgetary institutions, which summarizes several budget categories: budgetary procedures, budgetary policies and budget control, the comprehensiveness of the budget and its transparency. If the index of budgetary institutions is higher, the country is more fiscally responsible. The results show that the indices of budgetary institutions are significant variables that could explain the differences in the level of public debt among countries. For example, these aggregate indices can hide many institutional differences. For example, France and Germany have high indices of budgetary institutions but different institutional solutions. France has the unique electoral system. The government is elected through parliamentary majority and is responsible to the parliament although the real responsibility is to the President who is not responsible to the parliament. The fact that the President got votes from more than half of the voters this person is given tremendous power. This leads to the quality of budgetary system and institutions in France. In Germany, the electoral system is the combination of the majority and proportional system (“personalized proportional system”) which is compatible with fiscal responsibility. However, the transparency of the budget and consistence in its implementation generate the high index of budgetary institutions in Germany. The United States have a number of different solutions related to their budget. In addition to the various procedures for the formation of the budget, some states have “hard” rules of budgetary balance; others have “loose” rules of budgetary balance, whereas a few states even have no rules. In other words, there may be a lot of institutional rules even in the

³⁴ Vittorio Grilli, Donato Masciandaro, Guido Tabellini, „Political and Monetary Institutions and Public Financial Policies in the Industrial Countries“, *Economic Policy* 13/1991, 341-392.

³⁵ Witold Henisz, “Political Institutions and Policy Volatility”, *Economics and Politics*, Vol. 16/2004, Issue 1, 1-27.

³⁶ Lori Leachman, Guillermo Rosas, Peter Lange, Alan Bester, “The political economy of budget deficits”, *Economics & Politics*, Vol.19/2007, Issue 3, 369-420.

³⁷ Era Dabla-Norris, Richard Allen, Luis-Felipe Zanna, Tej Prakash, Eteri Kvintradze, Victor Lledo, Irene, Yackovlev, Sophia Gollwitzer, “Budget Institutions and Fiscal Performance in Low-Income Countries”, International Monetary Fund Working Paper 80/2010,

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1583338&rec=1&srcabs=1365111&alg=7&pos=3, 9 September, 2017.

country with the unique aggregate index.³⁸ There are also differences in the methodology of budgeting. It is often assumed that the top-down budget process results in less total budget than in the case of the bottom-up budget process. More recent empirical studies dispute this theoretical assumption.³⁹

The nature of coalition and the government structure depend on the **electoral system**. The advantage of the proportional electoral system is that it secures the internal distribution of political authority and balance of political interests, and the disadvantage is that there are less powerful parties and this leads to coalition governments. The advantage of the majority system is that it positions political responsibility because it leads to the forming of the government of majority parties. The disadvantage is the possibility of dominance of local interests at the central level and populism, which causes the increase in deficit and public debt.⁴⁰ How to make a choice between these trade-offs?

Economic and legal theory partly gives answers to this question. The advantages and disadvantages of the majority and proportional systems are not mutually comparable. In addition, it depends on the environment whether the majority system will show its advantages or disadvantages. The problem of bad politicians is not solved only by moving from one electoral system to another. The introduction of the personalized proportional election system forces the political parties to reform and offer the best (and most honest) individuals to the citizens. In addition, the reform of laws relating to parties, corruption and the rule of law is needed.

3. CONCLUSION

High levels of fiscal deficit and public debt are the main economic problem in both developed countries and developing countries. In order to treat the consequences of these problems, the causes that generate them must first be removed. At the same time, economic policy implemented through the tax reduction is quite clear: fixal deficit and suficit are optimally used to minimize the adverse effects of taxation, with certain fluctuation of public expenditure. However, if the fiscal deficit is caused by the primary factor (political-institutional variables) in order

³⁸ James Poterba, Jürgen Von Hagen, (Eds.), *Fiscal Institutions and Fiscal Performance*, University of Chicago Press, Chicago 1992, 81–102.

³⁹ Karl-Martin Ehrhardt, Row Gardner, Jürgen Von Hagen, Claudia Keser, “Budget-processes: Theory and experimental evidence”, *Games and Economic Behavior*, Vol. 59/2007, Issue 2, 279-295; European Commission, “Fiscal relations across government levels in times of crisis – making compatible fiscal decentralisation and budgetary discipline”, Economic Paper 501/2012, http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/economic_paper/2013/pdf/ecp501_en.pdf, 20 September 2013.

⁴⁰ Torsten Persson, Guido Tabellini, “The size and scope of government: Comparative politics with rational politicians”, *European Economic Review* 43/1999, 699-735.

to improve the implementation of fiscal policy, there must be an intervention at the institutional level. One can think of two types of institutional reforms, such as the method of forming the budget and changes in the electoral laws.

An analysis of the determinants of the fiscal deficit has confirmed the given hypotheses. The key message of this study is that budgetary institutions affect fiscal policy. Institutional differences certainly contribute to a high fiscal deficit in some countries, which are homogeneous groups in the economic sense. The impact of economic shocks on different budget institutions may have the consequence that they will insufficiently implement fiscal responsibility, which will have a particularly negative impact on the success of fiscal consolidation. Fiscal responsibility and the quality of budgetary institutions differ in the context of the circumstances in which the advantages and disadvantages of different electoral systems are prominent. For this reason, the solution to the problem is not visible in transferring from one electoral system to another. The solution is a bit more complicated, and it means the adaptation of the laws on parties, corruption and the rule of law.

Др Марија Р. Вуковић, професор економских наука
Висока пословна школа економских наука Нови Сад
vlahmari@uns.ac.rs

Економске и политичко-институционалне детерминанте фискалног дефицита

Сажетак: У овом раду истражује се за основним економским и политичким узроцима нестабилности и пораста фискалног дефицита. Економски фактори који могу узроковати појаву и повећање фискалног дефицита су: раст текуће потрошње, покретање јавних инвестиција, смањење пореза и слабљење финансијске дисциплине. Коалициона влада, свуда у свету, представља примарни фактор који узрокује формирање и пораст фискалног дефицита. Циљ рада је показати да су политички нестабилне земље, са slabим буџетским институцијама, осетљиве на фискалне шокове који, доводе до пораста фискалног дефицита.

Кључне речи: смањење пореза; фискална илузија; међугенерациска прерасподела терета јавног дуга; просјорна подела интереса; буџетске институције.

Датум пријема рада: 24.04.2017.

*Др Жељко Д. Мирков, виши јужилачки сарадник
Основно јавно јужилаштво у Кикинди
zeljko.mirkov@yahoo.com*

СУОЧЕЊЕ ОКРИВЉЕНОГ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ – ПРИКАЗ СЛУЧАЈЕВА ИЗ ПРАКСЕ ПОЈЕДИНИХ СУДОВА

Сажетак: Суочење је сложен инстинктивни кривичнопроцесног права којег чине нормативни, криминалистички и психолошки аспекти. Ради његовог бољег сагледавања, смањимо да је нужно указати на његове практичне аспекте о којима се до сада није писало. У раду је приказан избор случајева са којима се аутор сусретао током свог рада у правосудју. Циљ рада је да на основу записника са главног претреса и образложења судских пресуда покаже на који начин је суд сироводио суочења, какве су биле изјаве суочених лица, као и на који начин је суд ценио ове исказе појединачно и у међусобној вези, али и у светлу других доказа. Посебно је приказано на који начин је суд описивао реакције суочених и какве закључке је из тога изводио.

Кључне речи: окривљени, суочење, оцена исказа, практични аспекти.

1. УВОД

Већина права познају могућност суочења сведока са окривљеним (али и саокривљених међусобно) у случају противречности њихових исказа. Оно се огледа у непосредној расправи између два лица која су дала исказе, о неслагањима у погледу важних чињеница и околности да би се утврдила истина.¹

Прикупљајући и анализирајући стручну литературу током писања рада о нормативним, криминалистичким и психолошким аспектима суочења окривљеног, аутор је дошао до закључка да је неоправдано занемарен практични аспект ове процесне радње. Неспорно је да је за разумевање природе

¹ Бркић Снежана, „Мере заштите сведока путем спречавања физичког сусрета окривљеног и сведока“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2005, 60.

одређеног правног института незаобилазно проучавање његових теоријских аспеката. Међутим, сматрамо да се потпуна слика о суштини и оправданости неког правног института стиче тек онда када се укаже и на његову практичну примену.

У литератури смо једини практични приказ тока суочења заснованог на једном фиктивном случају пронашли код Водинелића², док остали аутори овај институт обрађују углавном мање детаљно, најчешће кроз његов нормативни аспект у оквиру саслушања окривљеног³ или пак у делу који је у вези са провером веродостојности исказа окривљеног.⁴ Стога је аутор кроз приказе неких случајева из судске праксе са којима се сусретао у свом раду, покушао да дочара практични аспект извођења ове процесне радње о којем се није писало. Кроз изводе са записника са главног претреса, на практичним примерима је приказано на који начин је суд одређивао суочење, како је текла дискусија између суочених лица и на које околности, те како је суд ценио исказе суочених лица. Из образложења пресуда је приказано како је суд ценио држање и рекације суочених и на који начин је утврдио који исказ има обележје истинитости.

У основној ситуацији у којој долази до суочења, општа је претпоставка да једно од суочених лица говори истину, а друго не, јер намерно жели да обмане орган поступка дајући лажне изјаве.⁵

2. ПРИКАЗ СЛУЧАЈА – КРИВИЧНО ДЕЛО КРАЂА У ПОКУШАЈУ ИЗ ЧЛ. 203 СТ. 2 У ВЕЗИ СА СТ. 1 КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА⁶

Окривљени Б. С. и К. Д. су оглашени кривима да су дана 14.12.2010. године, око 01,00 час, у Кикинди, покушали да одузму другом туђу покретну ствар у намери да њеним присвајањем прибаве себи и другом противправну имовинску корист, тако што су заједно са млдб. П. Д. дошли до куће оштећеног која се налази у Улици бр. , где су ушли у неограђено двориште

² Вид. Vladimir Vodinelić, *Kriminalistika*, Beograd 1996, str. 238.

³ Тако на пример: Dragoljub Dimitrijević, *Krivično procesno pravo*, Beograd 1972, str. 209-201; Vojislav Đurđić, *Krivični postupak Srbije*, Niš 2006, str. 86; Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2014, стр. 200; Станко Бејатовић, *Кривично процесно право*, Београд 2014, стр. 303.

⁴ Тако на пример: Tihomir Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Beograd 1971, str. 283-284; Момчило Грубач, *Кривично процесно право*, Београд 2004, стр. 266-267; Снежана Бркић, *Кривично процесно право I*, Нови Сад 2014, стр. 321-322.

⁵ Csaba Fenyvesi, „The confrontation from criminal-psychological aspect“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2010, 220.

⁶ Сл. гласник РС, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 и 94/16. У даљем тексту: КЗ.

куће, пришли кући и покушали да физичком снагом демонтирају и одузму 7м бакарног олука, укупне вредности 30.000,00 динара, али су напустили лице места, јер су уочили патролу полиције, чиме су учинили кривично дело крађа у покушају из чл. 203 ст. 2 у вези са ст. 1 КЗ.⁷

Окривљени Б. С. је на главном претресу изјавио да остаје при својој одбрани из претходног поступка, којом приликом је у потпуности признао извршење кривичног дела, истовремено теретећи окривљеног К. Д. Том приликом је окривљени Б. С. изјавио да је у претходном поступку рекао истину, а није оспорио ни вредност предмета кривичног дела. Међутим, приликом суочења са окривљеним К. Д., који није саслушан током претходног поступка и који је на главном претресу негирао извршење кривичног дела, окривљени Б. С. је изненада променио одбрану и рекао да К. Д. ипак критичном приликом није био са њим и малолетним саизвршиоцем. При томе, окривљени Б. С. је потврдио да је његов потпис на записнику истражног судије, где је изјавио да признаје своје учешће у извршењу кривичног дела, али и учешће окривљеног К. Д. Навео је да је разлог признања то што су га полицајци тукли у просторијама полицијске станице, не наводећи који су то полицајци.

Ток суочења констатован на записнику са главног претреса је изгледао овако:

„Суд доноси:

Р Е Ш Е Њ Е

Одређује се и врши доказивање суочењем између окривљеног Б. С. и окривљеног К. Д.

Окренути лицем у лице један према другом, окривљени Б. С. изјављује: Ти ниси био са нама када смо млдб. П. Д. и ја извршили ово кривично дело.

Окривљени К. Д. изјављује:

Нисам извршио кривично дело.

На питање судије, окривљени Б. С. изјављује:

То је мој потпис који се налази на записнику који ми предочавате.

Констатује се да се окривљеном Б. С. предочава записник истражног судије Основног суда Кикинда о саслушању окривљеног 1 Ки. 161/11 од 19.9.2011. године:

Исказ код истражног судије сам дао због тога што су ме полицајци тукли у полицији. Зато сам морао да признам. Не знам који су то полицајци.

На питање судије, окривљени Б. С. изјављује:

Кад сам давао исказ у претходном поступку, није ме тукла истражни судија да бих признао.

⁷ Пресуда Основног суда у Кикинди бр. 1 К 203/12 од дана 13. августа 2012. године.

На питање заменика ОЈТ, окривљени Б. С. изјављује:

Током ноћи су ме тукли у полицији, а сутрадан сам дао исказ код истражног судије.

Не могу да се сетим колико је прошло времена између предметног догађаја и мог саслушања у полицији.

Даљих питања нема.

Примедби нема.“

Наведеном пресудом, обојица окривљених су осуђени на затворске казне. Измену одбране окривљеног Б. С. суд није прихватио, јер је очигледно да је овај окривљени хтео да помогне окривљеном К. Д., који се бранио да није заједно са њим и млдб. П. Д. учествовао у извршењу кривичног дела. Суд је у образложењу пресуде констатовао да је објашњење измене одбране потпуно неприхватљиво, јер Б. С. није дао ниједан ваљан аргумент, који би, по резону просечног човека, могао да оправда измену. Он није дао имена полицајаца који су га наводно тукли, тако да би суд њиховим испитивањем могао да провери његову тврдњу, а чак и да је то истина, код истражног судије га нико није тукао, што није ни спорно, па према томе, својим вољом је дао исказ код истражног судије и признао дело, са свим детаљима, који очигледно нису могли бити познати било коме, осим онима који су учествовали у његовом извршењу. Признање окривљеног Б. С. потврђено је и исказом малолетног саизвршиоца, који је изјавио да је тачно да су Б. С. и К. Д. дана 14.12.2010. године, у ноћним часовима, покушали да изврше демонтажу и одношење бакарних олука са једне куће у Кикинди, а да је он тада био са њима, међутим, нису успели да скину олуке, јер је наишла полиција.

Жалбу на пресуду нису уложили ни окривљени, ни тужилаштво.

3. ПРИКАЗ СЛУЧАЈА – КРИВИЧНО ДЕЛО КРАЂА У ПРОДУЖЕЊУ ИЗ ЧЛ. 203 СТ. 1 У ВЕЗИ СА ЧЛ. 61 КЗ

Окривљени Г. З. и К. И. су осуђени да су у временском периоду од 31.12.2011. године, па до 31.1.2012. године, у Кикинди, заједно, у намери да себи прибаве противправну имовинску корист, у више наврата одузели 585 м бакарног проводника од 50 m², 5 m бакарног проводника ПП 001 x 70 m² и 147 комада металних плочица (прикључака за уземљење), све укупне вредности 348.620,00 динара, власништво оштећеног ДОО, које предмете су однели и присвојили, чиме су учинили кривично дело крађа у продужењу из чл. 203 ст. 1 у вези са чл. 61 КЗ.⁸

⁸ Пресуда Основног суда у Кикинди бр. 1 К 318/12 од дана 12. септембра 2012. године.

На главном претресу је испитана сведокиња М. Ј. К., која је током претходног поступка изјавила да су две мушке особе у њено двориште донеле на продају металне плочице. У свом исказу на главном претресу је навела: „Ја у свему остајем при исказу који сам дала код истражног судије. Рекла сам истину приликом сведочења. Ја сам у свом исказу дала физички опис два мушкарца од којих сам откупила металне плочице, а затим сам их, као што сам то рекла у претходном поступку и препознала међу бројним фотографијама мушких особа. Та два лица која сам препознала препознајем и сада у судници, на оптуженичкој клупи.“ У записнику је констатовано да је сведокиња показала на окривљене, при чему је навела та два лица не познаје лично, да са њима није ни у каквим конфликтним односима, нити у завади, те да их познаје само тако што су они раније доносили гвожђе и сличне предмете на отпад који је у власништву њеног мужа.

Окривљени Г. З. је изјавио да је он сам продао металне плочице, проводнике и мало бакра на отпаду где ради сведокиња, те да са њим није био К. И., други окривљени. На ову изјаву окривљеног, сведокиња је изјавила: „То није истина. Обојица су донели ове предмете на продају.“

На питање окривљеног К. И., сведокиња је изјавила:

„Обојица, дакле и Ви и Г. сте дошли у моје двориште и донели на продају различите предмете и ја сам измерила тежину предмета на ваги, која се налази у мом дворишту, у њиховом присуству, предмете сам оставила у дворишту, а Г. сам исплатила новац на руке. Не сећам се колико сам му платила. Понављам, обојица окривљених су заједнички дошли у моје двориште и донели предмете на продају, а новац сам дала само Г.“

Након тога, окривљени К. И. је ставио примедбу на исказ сведокиње, говорећи да сведокиња не говори истину.

Суд је одредио суочење, чији је ток изгледао овако:

„Суд доноси:

Р Е Ш Е Њ Е

Одређује се и врши доказивање суочењем између окривљеног Г. З. и сведокиње М. Ј. К.

Окренути лицем у лице један према другом, окривљени Г. З. изјављује:

Тачно је да сам ти ја продао предмете за које се теретим у овом кривичном поступку, међутим, продао сам их теби сам, без К.

Сведокиња изјављује:

Ти и К. сте заједно дошли код мене и понудили на продају те предмете, а теби сам новац дала. Обојица сте дошли, и ти и К.

Констатује се да након суочења свако остаје при свом исказу.

Суд доноси:

РЕШЕЊЕ

Одређује се и врши доказивање суочењем између окривљеног К. И. и сведокиње М. Ј. К.

Окренути лицем у лице један према другом, окривљени К. И. изјављује:

Није тачно да сам ја заједно са Г. теби продао предмете из оптужног предлога. Немам везе са овим кривичним делом.

Сведокиња изјављује:

То није истина. Тврдим да си ти заједно са Г. дошао у моје двориште са предметима из оптужног предлога. Обојица сте дошли и понудили на продају, једино што новац нисам исплатила теби, већ Г.

Констатује се да након суочења свако остаје при свом исказу.“

У образложењу наведене пресуде, суд је ценио спроведено суочење између окривљених и сведокиње. Спорна околност у вези са којом је одређено суочење је чињеница да ли је окривљени Г. З. сам продао сведокињи предмете кривичног дела или је то учинио са окривљеним К. И. Суд је у потпуности прихватио исказ сведокиње, јер је она, не само током сведочења, већ и током суочења, на суд оставила несумњив утисак да говори истину. У образложењу пресуде је констатовано да је сведокињи било *неугодно* током суочења због *некоректног понашања* окривљеног К. И.. Међутим, сведокиња је *чврсто у очи* гледала обојицу окривљених и *без икаквог колебања*, *јасно и недвосмислено* тврдила да су обојица окривљених њој понудили на продају предмете за које се испоставило да потичу од извршења кривичног дела. Даље, суд наводи да окривљени нису истакли ниједан аргумент који би довео у сумњу непристрасност сведокиње, нити је суд нашао било какав траг оваквој сумњи. Сведокиња није имала разлога да неосновано терети окривљене, а суду је остало нејасно зашто је окривљени Г. З. штитио окривљеног К. И. Без обзира на тај мотив, суд закључује да сведокиња није имала разлога да штити било кога, нити да било кога неосновано терети.

У жалби на пресуду бранилац окривљених је оспоравао закључке првостепеног суда који су резултат оцене исказа сведокиње М. Ј. К. Међутим, другостепени суд је жалбу одбио као неосновану, наставши да је првостепени суд детаљно ценио исказ сведокиње и довео га у везу са осталим доказима, као и да је на главном претресу спроведено суочење, те да је суд детаљно ценио резултате ове процесне радње, на основу чега је закључио да је и окривљени К. И. учествовао у извршењу предметног кривичног дела.⁹

⁹ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду бр. Кж 1 4354/12 од дана 27. децембра 2012. године.

4. ПРИКАЗ СЛУЧАЈА – ТЕШКА КРАЂА У ПОКУШАЈУ ИЗ ЧЛ. 204 СТ. 1 ТАЧ. 1 У ВЕЗИ СА ЧЛ. 30 КЗ

Окривљени Г. Б. је оглашен кривим да је у току ноћи између 27. и 28. 11. 2008. године око 01,30 часова у Кикинди, у намери да одузимањем туђих покретних ствари и њиховим присвајањем себи прибави противправну имовинску корист, дошао до киоска оштећеног предузећа ДОО, у Улици , у близини раскрснице са Улицом , носећи са собом ранац и комбинована клешта – комбинирке, те пришао киоску и клештима пресекао катанац на брави киоска са заштитних решетака на излогу киоска, после чега је отворио заштитне решетке и руком разбио стакло на излогу киоска, а у одузимању предмета из киоска је спречен наиласком патроле полиције у саставу С. М. и М. М., чиме је учинио кривично дело тешка крађа у покушају из чл. 204 ст. 1 тач. 1 у вези чл. 30 КЗ.¹⁰

Окривљени је у присуству браниоца у просторијама полицијске управе у својој одбрани детаљно признао извршење кривичног дела. Међутим, на главном претресу окривљени је променио исказ и навео да је у полицији признао његово извршење због дуготрајног испитивања. Окривљени је у просторијама полицијске управе био саслушан у присуству браниоца П. М., а записник је диктирао Г. С., полицијски службеник. Окривљени је навео да му је инспектор који га је испитивао постављао сугестивна питања, а он је само одговарао са „да.“ Суд је у образложењу пресуде нашао да је признање окривљеног дато у просторијама ПУ Кикинда потпуно, непротивуречно, јасно, изричито, одређено, недвосмислено, веродостојно, а и не противуречи другим доказима. Суд је овакво признање окривљеног прихватио и на њему засновао своју пресуду, а његову веродостојност ценио, упоређујући га са осталим доказима изведеним у току поступка. Кроз ово признање окривљени је детаљно описао ток догађаја, као начин и околности под којима је кривично дело извршио, наводећи низ детаља који могу бити познати само извршиоцу.

Одбрану окривљеног у претходном поступку и на главном претресу, у којој наводи да није извршио кривично дело, а да је признање у полицији дао услед својеврсне врсте принуде кроз дуготрајно испитивање, суд није прихватио, јер је за суд било очигледно да је оваква одбрана усмерена ка избегавању кривице. Суд је одредио и спровео радњу доказивања суочењем између окривљеног и полицијских службеника који су га саслушавали у просторијама ПУ Кикинда, а том приликом су полицијски службеници тврдили да је окривљени дао исказ какав је и унет у записник, у присуству браниоца по службеној дужности, без икакве присиле. Суд је у потпуности прихватио исказе ових сведока, јер су њихови искази *сагласни* и *појављени*

¹⁰ Пресуда Основног суда у Кикинди бр. 1 К 243/10 од дана 26. јануара 2011. године.

материјалним доказима. Суд образлаже да утисак који су ови сведоци оставили приликом суочења представља утисак *искрености* и *категоричности*, тако да код суда нису оставили ни траг сумње да су говорили истину или да су на било који начин приморали окривљеног да призна. Њихов исказ је потврђен и исказом сведока П. М., адвоката која је била постављена као бранилац по службеној дужности окривљеног приликом његовог саслушања у својству осумњиченог у ПУ Кикинда. Сведокиња је потврдила да је окривљени дао исказ у њеном присуству и то исказ какав је забележен у записнику о његовом саслушању, који су водили и сачинили поменути сведоци. Сведокиња је потврдила да током тог саслушања, од почетка до краја, којем је она непрекидно присуствовала, није примењена никаква физичка или психичка присила према окривљеном. У погледу дужине трајања саслушања, сведокиња није могла да се изјасни тачно у минут, а суд налази да је то сасвим разумљиво, с обзиром на то да су од догађаја прошле више од две године. У погледу трајања саслушања, сведокиња се изјаснила општно, сећајући се да је добила позив у време када је радила у канцеларији, дакле у поподневним часовима, а вратила се у канцеларију за време трајања свог радног времена у канцеларији, па је дужину трајања испитивања означила као стандардну. Исказ ове сведокиње окривљени није ни оспорио, а садржина овог исказа је поткрепљена и записником о саслушању осумњиченог, где је констатовано да је саслушање започето у 17,00 часова, а окончано у 17,25 часова, а овај записник је окривљени и потписао.

Окривљени је уложио жалбу на пресуду првостепеног суда због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања и погрешне примене кривичног закона, која је одбијена као неоснована.¹¹ У овој пресуди стоји да је првостепени суд за своје тврдње дао одговарајуће разлоге и да је пресуду засновао на чињеницама и доказима који су изведени на главном претресу.

5. ПРИКАЗ СЛУЧАЈА – РАЗБОЈНИШТВО ИЗ ЧЛ. 206 СТ. 4 У ВЕЗИ СА СТ. 1 КЗ

Окривљени К. И. је оглашен кривим да је дана 1.7.2009. године, око 22,00 часа, у атару Иђоша, употребом силе против оштећеног М. С., одузео туђу покретну ствар, у намери да њеним присвајањем прибави себи малу противправну имовинску корист, тако што је дошао до пашњака зв. „Греда“, где је оштећени чувао овце, те након краћег разговора са оштећеним, истом задао 4 ударца песницом десне руке у пределу главе, наневши му лаке теле-

¹¹ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду бр. Кж 1 931/11 од дана 10. априла 2012. године.

сне повреде у виду нагњечења и нагњечно – раздерне ране на глави и лицу, прелом костију носа без померања уломака и прелом две зубне крунице, а када је оштећени од задобијених удараца пао на земљу, пришао истом и подлактицом десне руке га стезао око врата, све док оштећени није почео да губи ваздух, потом се удаљио на 2 до 3м од оштећеног и затражио му новац, због чега је оштећени извадио новчаник из џепа панталона, отворио га и оштећеном дао 2 новчанице од по 1.000,00 динара и новчаницу од 50 еура, противвредности 4.600,00 динара, све укупно 6.600,00 динара, чиме је учинио кривично дело разбојништво из чл. 206 ст. 4 у вези ст. 1 КЗ.¹²

У својој одбрани, окривљени је признао да је оштећеном нанео лаке телесне повреде, као што је то описано у оптужном предлогу, међутим, није признао да је оштећеног присилио да му да новац. Овај део одбране окривљеног суд није прихватио, будући да је супротан изведеним доказима. Пре свега, суд је нашао да је овај део одбране окривљеног супротан исказу оштећеног, који категорично тврди да га је окривљени истукао, а затим од њега тражио новац. У том смислу је интересантна одбрана окривљеног. Наиме, окривљени није спорио да му је оштећени дао једну новчаницу од 50 еура и 2 новчанице од по 1.000,00 динара, али наводи да му је овај новац оштећени добровољно позајмио и то петнаестак минута након што га је овај истукао. Код окривљеног је затечено 2.000,00 динара, што му је уз потврду и одузето, а за који новац он сам каже да потиче од оштећеног. Овај део одбране о наводној позајмици од оштећеног суд цени као сасвим *нелогичан*, *„ћровидан“* и *очигледно усмерен ка избегавању кривице*. Суд констатује да је *„неуверљиво и противно здравој памети да му је оштећени добровољно дао новац, након што га је окривљени претходно изударао.“*

Ради провере исказа оштећеног, суд је одредио и спровео доказивање суочењем између окривљеног и оштећеног, током којег је оштећени тврдио да га је окривљени најпре истукао, а затим од њега тражио и узео новац, који му је оштећени дао из страха да га не убије. Окривљени је остао при својој одбрани да је истукао оштећеног, али да му није тражио новац. Суд сматра да је окривљени током суочења оставио *неуверљив* и *блед* утисак, јер је *избегавао да погледа* оштећеног у лице и очигледно је било да не говори истину. Насупрот њему, оштећени је деловао *каћгорично, уверљиво* и *одлучно*, а приликом давања изјаве је гледао окривљеног *дирекћно у очи*, што је код суда створило утисак да говори истину. Исказ оштећеног, лекарски извештај за оштећеног, службена белешка о криминалистичко-техничком прегледу лица места, налаз и мишљење вештака судске медицине, као и приложена фотодокументација су за суд представљали једну складну и логичну целину, која искључује сваку другу могућност, осим да је окривљени учинио кривично дело о којем је реч.

¹² Пресуда Основног суда у Кикинди бр. 1 К 348/10 од дана 22. марта 2010. године.

Окривљени је првостепеном пресудом осуђен на казну затвора у трајању од три месеца, али је по жалби Основног јавног тужилаштва у Кикинди због одлуке о кривичној санкцији преиначена првостепена пресуда и окривљеном је изречена казна затвора у трајању од једне године.¹³

6. ПРИКАЗ СЛУЧАЈА – ПРЕВАРА У ПРОДУЖЕЊУ ИЗ ЧЛ. 208 СТ. 4 У ВЕЗИ СА СТ. 1 У ВЕЗИ СА ЧЛ. 61 КЗ

Окривљена Ш. Р. је оглашена кривом што је у временском периоду од септембра месеца 2009. до јуна месеца 2011. године у Кикинди, у намери да себи прибави противправну имовинску корист, лажним приказивањем чињеница да преко својих познанстава може, уз одређену новчану накнаду, да оштећеним лицима исходује остваривање права на инвалидску пензију, повезивање пензијског стажа, остваривање новчане накнаде за туђу помоћ и негу, укњижбу стана или да омогући запослења, као и приликом тражења новчаних позајмица од оштећених лица, лажно приказала чињеницу да ће позајмљени новац вратити у кратком року, па је тако у 29 наврата довела у заблуду оштећене и навела их да јој, на штету своје имовине, предају новац у износу од 113.000,00 динара и 58.470 евра, у противвредности 5.980.663,50 динара, у укупном износу од 6.093.663,50 динара, у ком износу је себи и прибавила противправну имовинску корист, чиме је учинила кривично дело превара у продужењу из чл. 208 ст. 4 у вези са ст. 1 у вези са чл. 61 КЗ.¹⁴

С обзиром на разлике у погледу важних чињеница између одбране окривљене, која је негирала извршење кривичног дела и исказа оштећених лица, суд је спровео суочење, а ради провере истинитости њихових исказа. Ова суочења, при којима су оштећени на суд „*оставили јасан утисак о томе да говоре истину*“, док је окривљена „*остала бледа и неуверљива*“, додатно су поткрепила уверење суда да исказима оштећених треба поклонити веру, јер говоре истину. Суд је на основу личног опажања извео закључак о томе да се не може веровати окривљеној, већ да треба веровати оштећенима. Приликом образлагања држања оштећених током суочења, суд је констатовао да су поједини оштећени били „*поштрешени*“, „*револтирани*“ или „*видно узбуђени*“, да су деловали „*уверљиво*“ или „*искрено*“, „*кашегорични и чврсти у ставу који су износили*“, да су своје тврдње износили „*сигурним гласом док су окривљену гледали у очи*.“ Са друге стране, просто негирање окривљене је на суд остављало утисак „*неуверљивости и необудљивости*.“

¹³ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду бр. Кж 1 3427/10 од дана 21. јуна 2010. године.

¹⁴ Пресуда Основног суда у Кикинди бр. 1 К 447/11 од дана 19. априла 2012. године.

У образложењу пресуде суд наводи да је суочењем окривљене са оштећенима – радњом на којој је инсистирала одбрана, посебно *цементирано* уверење суда да је окривљена у време предузимања радње поступала са умишљајем, са изграђеном свешћу и вољом да наведе оштећене да јој дају новац, а да је то чинила њиховим довођењем, или чак и одржавањем у заблуди, у намери да себи прибави противправну имовинску корист. Цитирамо део образложења пресуде о утисцима које је суочење оставило на судеће веће: „Током суочења, судеће веће је директно и непосредно осетило снагу *уверљивости, истинитости и праведног гнева, озорчења и неверице*, које су испољили оштећени и сведоци, када су од оштећене чули речи да она од њих новац није узела. Њихова реаговања, иако различита и индивидуална, јачег или слабијег интензитета, што је варијало од подрхтавања па до клетви окривљеној, је у живот преточило речи које је до тада судеће веће само читало на папиру, након што су они саслушани у претходном поступку, када их суд није лично видео и није доживео. Непосредан утисак њиховог преживљавања, како ојађености што су имовину оштетили, а никако нису могли новац да поврате, као и њихово преживљавање хладнокрвно изговорених истоветних речи окривљене током суочења, код су суда цементирали уверење, да је све било управо онако, како су то оштећени и сведоци описали, а не онако како се брани окривљена.“ Суд је дошао до закључка да су оштећени говорили истину јер се ради о лицима различите старосне структуре, различитих занимања, различитих адреса, различитог пола, са различитим местима запослења, при чему сви понављају и причају причу која је готово потпуно иста, зависно од тога да ли је од њих тражен новац за позајмицу, да ли им је обећавано запослење или исходавање инвалидске пензије. Окривљена је на суђењу показала упорност у порицању кривичног дела, што је посебно дошло до изражаја током суочења, где је хладнокрвно и без трунке кајања тврдила да није узела новац. Са друге стране, оштећени су били страшно потрешени понашањем окривљене, показали су изузетно *висок степен емоционалности, неверице*, па чак и *зржености*, а њихове емоције су се преливале од готово физичке неверице, до проклињања окривљене и читаве њене породице.

Другостепени суд је одбио жалбу браниоца окривљене изјављену по више основа, док је делимично уважио жалбу Основног јавног тужилаштва у Кикинди у погледу кривичне санкције.¹⁶ Другостепени суд је навео да је у образложењу побијане пресуде ваљано дата оцена исказа свих саслушаних

новац никад није узела, а оштећени је њој у очи рекао: „Како те није срамота? Како можеш то да кажеш? Ја сам ти дао новац! Толико си ми поверење уливала у главу, да ти је било потребно не знам колико, ја бих ти помогао. Свака ти част!“

¹⁶ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду бр. Кж 1 1925/12 од дана 30. јула 2012. године.

сведока који су јасно указали како је дошло до спорних давања новца и који износи новца су предавани окривљеној, те да остали докази заједно са исказима оштећених дају логичну целину.

7. ПРИКАЗ СЛУЧАЈА – ТЕШКА ТЕЛЕСНА ПОВРЕДА
ИЗ ЧЛ. 121 СТ. 1 КЗ, ТЕШКА ТЕЛЕСНА ПОВРЕДА ИЗ
ЧЛ. 121 СТ. 2 КЗ И УЧЕСТВОВАЊЕ У ТУЧИ ИЗ ЧЛ. 123 КЗ

Окривљени Ч. С је оглашен кривим да је у току ноћи између 20. и 21.2.2012. године, у Новом Кнежевцу, у угоститељском објекту, тешко телесно повредио оштећеног Б. Н., тако што је стакленом пивском флашом ударио оштећеног у пределу десне стране лица, којом приликом је оштећени задобио тешку телесну повреду, чиме је учинио кривично дело тешка телесна повреда из чл. 121 ст. 1 КЗ. Окривљени С. Д. је оглашен кривим да је истом приликом, али испред угоститељског објекта, разбијеном стакленом пивском флашом – оштрим ивицама исте, замахнуо и постранично ударио оштећеног у пределу десног ока, наневши му том приликом тешку телесну повреду, услед које му је трајно и у знатној мери оштећен важан орган, чиме је учинио кривично дело тешка телесна повреда из чл. 121 ст. 2 КЗ. Окривљени П. С. и П. Д. су оглашени кривима да су истом приликом учествовали у тучи у којој је оштећени задобио тешку телесну повреду, тако што су испред угоститељског објекта, више пута ногама ударили оштећеног у пределу десне стране тела, чиме су учинили кривично дело учествовање у тучи из чл. 123 КЗ.

Суд је у потпуности прихватио исказе оштећеног из претходног поступка и са главног претреса, наводећи да је оштећени и његово сведочење оставило потресан утисак на суд.¹⁷

Током суочења, окривљени П. С. је изјавио да је тачан исказ оштећеног у делу да је он разбио две пивске флаше о шанк, како је то описао оштећени, али да те флаше није употребио на оштећеном. Суд је нашао да је исказ оштећеног на овог окривљеног деловао тако да *није могао да га зледа*, а да окривљени није био до краја искрен и није признао своје учешће у догађају испред локала.

Током суочења са окривљеним С. Д., оштећени је био изричит да га је управо он ударио флашом у десно око испред угоститељског објекта, што је окривљени негирао. Суд наводи да је окривљени оставио „*блед утисак*“

¹⁷ У пресуди стоји да је оштећени млад човек који је претрпео изузетно тешке повреде, а ипак је дошао на суд и издржао дуготрајно испитивање, покушавајући да се сети свих детаља, иако је сећање на тако стравично искуство за њега представљало додатно психичко оптерећење, при чему се оштећени трудио да буде правичан и да исказује само оно чега се заиста сећао и у шта је био сигуран.

на суд, јер оштећеног *није зледао у очи* и за суд је то било очигледно да не говори истину.

Окривљени Ч. С. је током суочења негирао да је оштећеном задао ударац флашом унутар локала, при чему *није зледао у очи оштећеног*, док је оштећени тврдио супротно, при чему је *зледао у очи окривљеног*. Овакво држање окривљеног је на суд оставило утисак неуверљивости.

Окривљени П. Д. је током суочења изјавио да је тачно све што је рекао оштећени, чиме је теретио друге окривљене, али је негирао да је он ударао оштећеног. Утисак суда у погледу оштећеног је био као и у случају осталих суочења. Утисак који је окривљени оставио је такав да је „*суд гоштова физички био свеснијан насипојања окривљеног да каже истину, да искаже своје жаљење и кајање, али да истовремено покуша да умањи своју улогу, што је више могуће.*“

Суд је констатовао да је исказ оштећеног потврђен и исказом другог сведока, криминалистичко-техничком документацијом, обимном медицинском документацијом и налазом и исказом вештака судске медицине, па је суд окривљене огласио кривима.

Након уложених жалби тужилаштва и одбране, првостепена пресуда је потврђена.¹⁸ У овој пресуди је суд навео да је дубоко убеђење другостепеног суда да је првостепени суд са потпуном извесношћу утврдио све одлучне чињенице, при чему наводи да је у прилог томе ишло *и сироведено суочење*. Другостепени суд наводи да је оштећени, суочен са окривљенима, *чврсто остао код свој исказа*, ни у једном тренутку не доводећи у питање своју искреност и објективност, о чему првостепени суд говори у разлозима побијане пресуде, па је другостепени суд у потпуности прихватио утисак првостепеног суда и са њим став о апсолутној прихватљивости исказа оштећеног о начину на који се критични догађај збио.

8. ЗАКЉУЧАК

Сматрамо да на основу изнетих примера проистиче да правилно спроведено суочење и добро образложени утисци суда у погледу држања суочених лица могу бити значајно средство за разобличавање одбране окривљеног која садржи лажан исказ. Наведени примери су показали да је суд приликом оцене исказа суочених лица узимао у обзир не само садржину исказа, већ је поклањао пажњу њиховом понашању, па је довођењем у везу ове околности ценио којем исказу ће поклонити веру. Иако ни у једном од наведених

¹⁸ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду бр. КЖ. 1 2083/12 од дана 25. јуна 2012. године.

случајева окривљени након суочења нису одустајали од првобитних исказа, не може се рећи да сврха суочења није остварена. Нема сумње да највише прижељкивани ефекат суочења наступа када једно лице услед тврдњи другог коригује свој исказ и отклони првобитно неслагање, али је питање колико у пракси има таквих случајева. Показало се да суочење има позитиван ефекат на утврђивање чињеничног стања и када окривљени остане код своје првобитне изјаве, јер примена овог института може указати на мањкавости одбране окривљеног и довести до тога да се она покаже као нелогична, неуверљива и исконструисана у правцу избегавања кривичне одговорности.

*Željko D. Mirkov, Ph. D., Higher Prosecutorial Assistant
Basic Public Prosecutor's Office in Kikinda
zeljko.mirkov@yahoo.com*

Practical Aspects of the Confrontation of the Defendant in Criminal Proceedings

Abstract: *Confrontation is complex institute of criminal procedure law, which consists of the normative, criminalistic and psychological aspects. In order to gain complete understanding about it, we considered it necessary to point to its practical aspects which, hasn't been written about so far. This paper presents a selection of cases encountered by the author during his professional engagement in the judiciary. The aim of the paper is to demonstrate, based on the transcripts of the main hearing and the rationale behind court judgements, the manner in which the court conducted the confrontations, what the statements of confronted persons sounded like, as well as the manner in which the court evaluated these statements individually and in mutual relationship, but also in light of other evidence. What is specifically shown is the manner in which the court has described the reactions of confronted parties and the conclusions it has derived from that.*

Keywords: *defendant, confrontation, testimony evaluation, practical aspects.*

Датум пријема рада: 07.09.2017.

Милан М. Милутић, асистент
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Milutin@pf.uns.ac.rs

PIGNORIS CAPIO У ТОКУ РИМСКЕ ИСТОРИЈЕ: *PIGNORIS CAPIO* ПРЕМА ГАЈЕВИМ ИНСТИТУЦИЈАМА

Сажетак: *Pignoris capio* је постојао од најстаријих времена римске историје до њеног краја. За његов првобитни облик, који се састојао од поверљивости чина узимања у залогу дужникових ствари док не плаћа дуг и изговарања одређених свечаних речи, најзначајнији извор су нам Гајеве Институције. Гај је сврстао *pignoris capio* међу легисакције. Међутим, око њихове класификације постоје спорови која смо размотрили, доводећи ипак до одговора који иде у прилог Гајевој тврдњи. Гај нам саопштава да је *pignoris capio* употребљаван некад на основу обичаја, а некад на основу закона. У вези са применом *pignoris-a capio* на основу обичаја, покушали смо да дамо одговор на питање да ли је *pignoris capio* настао и пре увођења легисакција. Када је реч о *aes-u militare*, одговор је одричан, јер примена *pignoris-a capio* за њега није отпочела пре 406. г.п.н.е, а трајала је док је плаћу војницима исплаћивао *tribunus aerarius*, пролив кога се *pignoris capio* једино и могао употребити и пресила кад је најпосле преузео квестор. Насупрот томе, код *aes-a hordiarium-a*, одговор је вероватно потврдан, а *pignoris capio* се за његово обезбеђење употребљавао пролив удова и пресила изласком *aes-a hordiarium-a* из употребе (вероватно 342. г.п.н.е). Када је реч о *aes-u equestre*, ако је право *pignoris-a capio* за обезбеђење његове најлакше уопште постојало, одговор је ипак потврдан, али се ово право изгубило када се, умесно коња, на име снабдевања вишеза коњем, новац давао из државне касе. Док су право на *aes militare* имали сви војници, право на *aes equestre* и *aes hordiarium* имали су само *equites equo publico*. У вези са применом *pignoris-a capio* на основу закона, анализирали смо ипак њихове временске одреднице њеног трајања, врсту закона којим је могла да буде прописана, права поверилаца и дужника у вези са заложеност стварију и услове под којима је могла да постоји.

Кључне речи: *pignoris capio*, zaloга, *pignus*, реална еџекуција, обезбеђење иоштраживања

1. УВОД

Pignoris capio се у изворима римског права спомиње као институт који је постојао од најстаријих времена до краја римске историје. Имајући у виду да је реч о периоду дужем од хиљаду година током којег је дошло до знатних промена у римском друштву, овај институт је имао различиту примену и правила регулисања. У овом раду ћемо настојати да откријемо значење и улогу *pignoris*-а *capio* у првобитном облику, у облику који потиче из архаичног периода, из времена владавине краљева (VIII – V век пре нове ере). С обзиром на то да је реч о најстаријем периоду из ког немамо непосредне изворе сазнања, најзначајнији извор су нам Гајеве Институције настале у II веку нове ере. Не само захваљујући Гајевом интересовању за историју права, које је настојао својим ученицима да пренесе путем свог уџбеника, већ и допуњујући његова сазнања подацима из других извора, можемо реконструисати овај институт у првобитном облику као врсту легисакција. Међутим, као што ћемо видети, с обзиром на околност да наши извори сазнања о овом периоду потичу из каснијих времена, нека питања можемо решити на основу посматрања укупних друштвених услова посматраног периода, док ће друга остати отворена.

2. LEGIS ACTIO PER PIGNORIS CAPIONEM

У свом Уџбенику (*Gaius, Inst. IV, 10 – 11*), Гај разврстава тужбе на оне које су засноване на закону (*legis actiones*) и оне настале на посебан начин, под којима подразумева тужбе уведене преторовим едиктом. Прве су епитет *законских* стекле, како Гај наводи, било зато што су установљене законом, било стога што су прилагођене речима закона, чије би погрешно коришћење повлачило губитак парнице.¹ Реч је, дакле, о строгим и формалистичким тужбама заснованим на закону, које су биле карактеристичне за старо *ius civile*. Управо по њима, назив је стекао легисакциони поступак.²

Легисакције су могле да буду декларативне, уколико су за циљ имале утврђивање постојања односно непостојања одређеног права, и егзекуторне,

¹ О различитим тумачењима појма легисакција, вид. Abraham Arthur Schiller (Шилер), *Roman Law: Mechanisms of Development*, New York 1978, 213 и даље.

² Марија Игњатовић, „Еволутивни развој грађанског судског поступка у римском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 66/2014, 244.

уколико су за сврху имале извршење права које постоји од раније.³ Гај у својим Институцијама наводи пет *legis actiones*: *sacramentum*, *iudicis postulatio*, *condictio*, *manus iniectio* и *pignoris capio*.⁴ Прве три су се односиле на решавање спора, а последње две на извршење, односно обезбеђење. Дакле, видимо да је Гај сврстао *pignoris capio* међу легисакције, и то у извршне поступке, заједно са *manus iniectio*.

Међутим, за разлику од *manus iniectio*, *legis actio per pignoris capionem* није представљала извршење на личности, већ на имовини дужника, односно обезбеђење повериоачевог потраживања. Још једна разлика у односу на *manus iniectio* огледала се у томе што *pignoris capio* није захтевао претходно постојање пресуде.⁵ Напротив, састојао се од повериоачевог чина узимања у залог једне или више дужникових ствари док не плати дуг уз изговарање одређених свечаних речи (*certa sollemnia verba*).⁶

Гај о *legis actio per pignoris capionem* излаже следеће:

Gaius, Inst. IV, 26. Per pignoris capionem lege agebatur de quibusdam rebus moribus, de quibusdam rebus lege. 27. Introducta est moribus rei militaris. nam [et] propter stipendium licebat militi ab eo, qui aes tribuebat, nisi daret, pignus capere; dicebatur autem ea pecunia, quae stipendii nomine dabatur, aes militare. item propter eam pecuniam licebat pignus capere, ex qua equus emendus erat; quae pecunia dicebatur aes equestre. item propter eam pecuniam, ex qua hordeum equis erat conparandum; quae pecunia dicebatur aes hordiarium. 28: Lege autem introducta est pignoris capio uelut lege XII tabularum aduersus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet; item aduersus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium, impenderet; item lege censoria data est pignoris capio publicanis uectigalium publicorum populi Romani aduersus eos, qui aliqua lege uectigalia deberent. 29: Ex omnibus autem istis causis certis uerbis pignus capiebatur, et ob id plerisque placebat hanc quoque actionem legis actionem esse; quibusdam autem placebat legis actionem non esse, primum quod pignoris capio extra ius peragebatur, id est non apud praetorem, plerumque etiam absen-

³ М. Игњатовић, 244.

⁴ *Gaius, Inst. IV, 12: Lege autem agebatur modis quinque: sacramento, per iudicis postulationem, per conductionem, per manus iniunctionem, per pignoris capionem.*

⁵ Ante Romac (Ромач), *Rimsko pravo*, Zagreb 1981, 407; „Lègis actio per pignoris capionem“, *Dizionario Giuridico, Enciclopedia di base del Diritto*, <http://www.simone.it/newdiz/newdiz.php?id=1639&action=view&dizionario=3, 2. I 2017>.

⁶ „Lègis actio per pignoris capionem“, *Dizionario Giuridico, Enciclopedia di base del Diritto*, <http://www.simone.it/newdiz/newdiz.php?id=1639&action=view&dizionario=3, 2. I 2017>. Овај изузетак од персоналне егзекуције уведен је вероватно због тога што се није радило о сиротињи као дужницима, која често и нема шта друго да понуди као гаранцију осим своје слободе и радне снаге, већ о сразмерно имућнијим грађанима. (Обрад Станојевић, *Римско право*, Београд 2001, 164.).

te aduersario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti quis posset quam apud praetorem praesente aduersario; praeterea quod nefasto quoque die, id est, quo non licebat lege agere, pignus capi poterat. (26. Поступак *per pignoris capionem* (узимањем залогa) употребљаван је у неким случајевима на основу обичаја, а у неким на основу закона. 27. На основу обичаја уведена је ова тужба за војничке ствари. Војнику је било дозвољено да на име плате узме неку ствар у залогу од онога који је дужан тај новац па није дао. Овај новац који се даје на име војничке плате зове се војнички новац (*aes militare*). Такође, дозвољен је поступак узимања залогa за новац којим је требало купити коња, који се новац зове коњички (*aes equestre*). Исто тако и за новац који је био намењен куповини јечма и који се звао јечмени новац (*aes hordiarium*). 28. Законом је введен поступак *pignoris capio*, примера ради, Законом XII таблица, против купца жртвене животиње који није платио цену, затим против лица које није платило закупнину за теглећу марву, коју је неко дао у најам да би дошао до новца који је наменио обредној гозби, односно приношењу жртве. Исто тако, цензорски закон допустио је поступак *pignoris capio* у корист купаца државног пореза (*publicani*) против оних који дугују порез на основу неког закона. 29. У свим овим случајевима поступак *pignoris capio* се обавља уз изговарање одређених речи; отуда већина сматра да се и ове тужбе убрајају у законске (*legis actiones*). Неки опет мисле супротно, најпре зато што се поступак *pignoris capio* обавља ван судилишта на форуму (*in iure*), тј. не пред претором, и то најчешће без присуства друге странке, док у осталим облицима легисакционог поступка суди се само пред претором и у присуству противника. Поред тога *pignoris capio* се може покренути и у несудске дане (*dies nefasti*), тј. када није дозвољено водити легисакције.)⁷

Имајући у виду да, поред закона, као основ примене *pignoris-a capio* Гај наводи и обичаје, прво питање које се поставља је следеће: да ли је *per pignoris capionem* заиста *legis actio*? Ово питање поставља и сам Гај у наведеном тексту. Који су аргументи за, а који против тврдње да је реч о легисакцији? Већ је наведено да су легисакције епитет законских тужби стекле или због тога што су установљене законом, или због што су прилагођене речима закона, чије би погрешно коришћење повлачило губитак парнице. Када је у питању *legis actio per pignoris capionem*, недвосмислено се ради о другом образложењу, јер нису све установљене законом. Дакле, уколико се као критеријум признавања тужби својства законске прихвати прилагођеност речима закона, чије би погрешно коришћење повлачило губитак парнице, *legis actio per pignoris capionem* свакако улази у овај оквир. Штавише, питање је да ли би могао да се негира статус легисакције овом облику чак и ако бисмо

⁷ У раду је у највећој мери коришћен превод Гајевих Институција професора Обрада Станојевића: Гај, *Институције*, Београд 2009 (приредио и превео Обрад Станојевић).

се држали првог критеријума. Наиме, Гај као алтернативу закону као правном основу настанка тужбе наводи преторов едикт. Негативним одређењем – ако су законске тужбе оне које нису настале преторовим едиктом, у њих спадају и оне настале обичајима. Дакле, који год од два критеријума да се усвоји, *pignoris capio* се основано може назвати легисакцијом.

Међутим, расправа о томе да ли *legis actio per pignoris capionem* завређује статус законске тужбе, овде се не завршава. Статус легисакције јој је спорен из трију разлога. Први се огледао у чињеници да се овај поступак, за разлику од осталих, није водио *in iure*, тј. на судилишту и пред претором.⁸ Напротив, у питању је био вансудски поступак, заостали облик самопомоћи, који је спроводио поверилац изговарањем свечаних речи (*certa verba*) приликом узимања дужникове ствари у залогу. Штавише, том се приликом, за разлику од осталих легисакција, није захтевало чак ни присуство друге стране, што је други разлог тврдње да *legis actio per pignoris capionem* није легисакција. Најзад, трећи разлог се огледао у чињеници да је ова легисакција могла да се користи и током несудских дана (*dies nefasti*), када иначе није било дозвољено водити легисакције. Гај наводи да ипак већина сматра да се и ове тужбе убрајају у законске, јер се у свим овим случајевима поступак *pignoris capio* обавља уз изговарање одређених речи.⁹

3. УПОТРЕБА *LEGIS ACTIO PER PIGNORIS CAPIONEM* НА ОСНОВУ ОБИЧАЈА

Да је реч о легисакцији ни ми не оспоравамо. Међутим, с обзиром на то да се неки облици *pignoris-a capio* заснивају на обичајима поставља се и питање да ли је *pignoris capio* настао и пре увођења грађанског поступка тј. легисакција? Хил износи претпоставку, не наводећи при томе аргументе који јој иду у прилог¹⁰, да је *pignoris capio* старији од легисакционог поступка.¹¹ Стиче се утисак да су три примера употребе *legis actio per pignoris capionem* на основу обичаја наведена исцрпно, док су три примера њене

⁸ *Ius* је било посебно место на форуму на ком би претор седео на столици са ногама од слонове кости, одевен у тогу са пурпурном ивицом, окружен ликторима. О. Станојевић, 164.

⁹ *Gaius, Inst.* IV, 29; A. Romac, 407; A. A. Schiller, 212; Adolf Berger (Бергер), *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Clark, New Jersey 2004 (originally printed: Transactions of the American Philosophical Society, Philadelphia, New Series, Vol. 43, Part 2, 1953), 542; М. Игњатовић, 245-246; „*L'ègis actio per pignoris capionem*“, *Dizionario Giuridico, Enciclopedia di base del Diritto*, <http://www.simone.it/newdiz/newdiz.php?id=1639&action=view&dizionario=3>, 2. I 2017.

¹⁰ Осим упућивања на Гајеве (IV, 29) аргументе који тврде да *pignoris capio* није легисакција, а које смо навели.

¹¹ Herbert Hill (Хил), „The History of Pignoris Capio“, *The American Journal of Philology*, Vol. 67, No. 1 (1946), 60.

употребе на основу закона наведена егзампларно. Сва три примера употребе ове легисакције за које Гај наводи да су настала на основу обичаја везана су за војску и по свему судећи последица су праксе настале услед дуготрајног ратног стања, коју је право временом признало.¹² С обзиром на то да је потреба за снабдевањем војске постојала од најстаријих времена и да је због тога реформом Сервија Тулија уведен и имовински ценз за римско становништво са обавезом пријаве имовине¹³ (без обзира на то да ли су били патрицији и плебејци), на основу ког су формиране војничке чете и разреди, као и имајући у виду чињеницу да је пре регулисања грађанског поступка у Закону XII таблица (451-450. г. п. н. е.) примењивана самопомоћ и арбитража за решавање спорова, сматрамо да је *pignoris capio* као мера самопомоћи заиста постојала и пре увођења легисакционог поступка. Са регулисањем грађанског поступка самопомоћ у виду *pignoris capio* је могла бити ограничена на наведене случајеве војничких потраживања.¹⁴ Ова војничка потраживања су следећа.

Прво је *aes militare* и односи се на право војника коме није исплаћена зарада да у залогу узме ствар у својини лица које је требало да му зараду исплати. Податке о томе ко исплаћује војницима зараду имамо тек из ране републике када је то вршио *tribunus aerarius*¹⁵, који је био надлежан да убира и *tributum*. Поставља се питање: ко је то чинио пре трибуна ерарија? Међутим, Пјер Вилемс (Willems) ово питање оставља беспредметним разликујући период пре и после 406. г.п.н.е, када је уведена најамнина. Наиме, како наводи Вилемс, издаци за војску су се у почетку сводили на куповину коња (*equus publicus*, *aes equestre* од 10.000 аса *sext.*), и на годишњи издатак од 2.000 аса *sext.* (*aes hordiarium*), за његову храну (*equites equo publico*), и на трошкове за спрему (*muli, tabernacula, et omne aliud instrumentum militare, vasarium*). Тек увођењем најамнине (*aes militare*) 406. г.п.н.е (којом су ти издаци знатно повећани) поставља се и питање обезбеђења њене исплате, коју су, и према Вилемсу, у прво време вршили трибуни ерарији (дакле, нико пре њих), док их је касније исплаћивао квестор. У Полибијево време,

¹² А. Berger, 542; А. А. Schiller, 212-213; М. Игњатовић, 245-246.

¹³ Магдолна Сич, „Fides и јавни (фискални) дуг“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2009, 127.

¹⁴ Као пример износа накнада војничких потраживања Вилемс наводи: „У почетку, они су се сводили на куповину коња (*equus publicus*, *aes equestre* од 10.000 аса *sext.*), и на годишњи издатак од 2.000 аса *sext.* (*aes hordiarium*), за његову храну (*equites equo publico*), и на трошкове за спрему (*muli, tabernacula, et omne aliud instrumentum militare, vasarium*).“ (Пјер Вилемс (Willems), *Римско јавно право или Римске политичке установе од јосијанака Рима до Јусџинијана*, с ауторовим одобрењем са шестог издања превео с француског Жив. М. Милосављевић, Београд 1898, 373-374.).

¹⁵ *Cato, ap. Gellius*, VI (VII), 10, 2. Хил указује на потенцијални значај чињенице да Катон овде користи прошло време – *debebat*.

најамнина је била 1/3 *denarius*-а за једног редова, односно 2/3 *denarius*-а за центуриона, а један *denarius* за коњаника. Она је плаћана одједном за цело трајање војне операције (*stipendium semester, anuum*), тако да је годишња најамнина једног редова износила 125 *denarii*.¹⁶ Иако се не зна тачан податак када је трибуна ерарија у исплати *aes*-а *militare* заменио квестор, верује се да је у питању време римског освајања првих провинција ван Италије, тачније, друга половина III века пре нове ере, а свакако пре средине II века п.н.е. Наиме, код Плаута (250-184. п.н.е.) још увек налазимо податке о *tribunus-у aerarius*-у као исплатиоцу војничких плата, док је већ код Полибија (203-118. п.н.е.) реч о квестору. На то је вероватно утицала чињеница да за онај део војске који је био стациониран у новоосвојеним провинцијама није било смислено да одлазе у Рим са циљем преузимања зараде од стране *tribunus-а aerarius*-а, већ је војску пратио квестор како би вршио њихову исплату. Квесторовим преузимањем ове улоге вероватно је и престала употреба *pignoris-а capio* за обезбеђење исплате војничке плате, јер се овај институт није могао користити против њега, с обзиром на то да је био магистрат.¹⁷

Друго, *aes equestre*, односи се на право коњаника (витез, *eques*) да у залогу узме ствар у својини лица које је требало да му исплати новац за куповину коња, а треће, *aes hordiarium*, слично томе, на право витеза да у залогу узме ствар у својини лица које је требало да му исплати новац за куповину јечма за прехрану коња.

Да ли је заиста могао и против кога да се користи *pignoris capio* за обезбеђење исплате *aes*-а *equestre*, односно *hordiarium*, тј. ко је био дужан да исплати новац за набавку коња, односно јечма за његову прехрану? Док Гајеви наводи о *aes hordiarium* не изазивају спорења, *aes equestre* ипак захтева нешто дубљу анализу.

Наиме, потврду Гајевих навода о праву припадника коњице да у залогу узме ствар у својини лица које је требало да му исплати *aes hordiarium* проналазимо код Цицерона,¹⁸ као и код Ливија, који (додуше, без непосредног помињања *pignoris-а capio*) наводи да су новац за набавку јечма обезбеђивале удове (*uiduae*), па је основано претпоставити да се *pignoris capio* употребљавао управо против њих.¹⁹ *Aes hordiarium* је изашао из употребе најкасније до времена Полибија (а као што ће се видети, вероватно већ 342. г.п.н.е), а са њим и употреба *pignoris-а capio* са циљем обезбеђења његове наплате.²⁰

¹⁶ П. Вилемс, 373-374.

¹⁷ Н. Hill (1946), 62.

¹⁸ Cicero, *De re publica*, II, 20, 36.

¹⁹ Liv. I, 43, 9.

²⁰ Н. Hill (1946), 64.

Питање *aes*-а *equestre*-а, међутим, нешто је сложеније, јер извори нису у међусобној сагласности. Гај наводи да је право *pignoris*-а *capio* постојало, иако не наводи против кога је било усмерено. У прилог томе говори и Цицерон, који, иако не спомиње *pignoris capio*, наговештава да су *aes equestre*, као и *aes hordiarium*, обезбеђивале удове и удовци (*orbi*).²¹ Ако је, дакле, убиран на исти начин као *aes hordiarium*, основано је за претпоставити да је и за обезбеђење исплате *aes*-а *equestre*-а, како уосталом и Гај каже, постојало право *pignoris*-а *capio*.²²

Међутим, Ливије прави јасну дистинкцију између начина наплате двају *aera*. Он наводи да је *aes equestre* плаћан *ex publico* – непосредно из државне касе – док је *aes hordiarium* убиран од удова.²³ Слично је тврдио и Катон, који потврђује да је набавка коња за коњицу било државно питање.²⁴

Херберт Хил (Hill) пружа два алтернативна објашњења ове несагласности. Према једном, могуће је да су Цицерон и Гај погрешили мешајући два *aera*, у ком случају није постојало право *pignoris*-а *capio* у смислу *aes*-а *equestre*. Друго објашњење огледа се у могућности да Цицерон и Гај говоре о времену које је претходило увођењу кованог новца, када је коњаник био снабдеван самим коњем. Није тешко замислити у том случају, наводи Хил, да је коњаник имао право да заплени коња од лица које је држава означила дужним да га обезбеди. Ово би се право изгубило онда, када би се, уместо коња, на име снабдевања витеза коњем, новац давао из државне касе. У случају *aes*-а *equestre*, дакле, или никад није постојало право *pignoris*-а *capio*, или је nestало врло рано.²⁵ Независно од права на *pignoris capio*, сам коњички новац, као што смо видели, исплаћиван је још увек у Катоново време.

Питање које се даље намеће јесте ко је имао право на *aes equestre* и *aes hordiarium*, тј. на *pignoris capio* за обезбеђење њихове исплате – да ли је реч о свој коњици или о једном њеном делу? Наиме, од времена Сервијеве реорганизације војске, држава је снабдевала сваког припадника коњице коњем и средствима за његово одржавање, најпре у натури, а касније плаћајући му две суме новца, *aes equestre* и *aes hordiarium*.²⁶ Због финансирања од стране државе називани су *equites equo publico* и њихов број је, природно, био ограничен бројем накнада које је могла да обезбеди држава.²⁷ Пешадија је плату почела да прима крајем V века п.н.е.²⁸ Убрзо након опсаде Веја, одређени број

²¹ Ciceron, *De re publica*, II, 20, 36.

²² H. Hill (1946), 63.

²³ Liv. I, 43, 9.

²⁴ Cato, *ap. Priscian*, VII, 38.

²⁵ H. Hill (1946), 63.

²⁶ Liv. I, 43, 9; Ciceron, *De re publica*, II, 20, 36; Gaius, *Inst.* IV, 27; Cato, *ap. Priscian*, VII, 38.

²⁷ Herbert Hill (Хил), „Aes Equestre, Aes Hordiarium, and Triplex Stipendium“, *Classical Philology*, Vol. 38, No. 2 (Apr., 1943), pp. 132-134.

²⁸ Liv. IV, 59, 11.

добростојећих, који је био подобан да служи у првој класи пешадије, добровољно се пријавио да служи као додаток коњици, *equis suis*,²⁹ за шта им је додељена одређена сума новца, тј. *certus numerus aeris*.³⁰ Недуго потом, коњица је почела да прима *triplex stipendium*, тј. троструку вредност износа примања пешадије, што је трајало најмање до Полибијевог времена.³¹ Важно је напоменути да је међу *equites equo publico* било не само мушкараца који нису имали више имовине од оних у првој класи пешадије, већ и оних који су имали значајно мање.³²

Међутим, занимљива су питања која се односе на троструку плату и њен однос са *aes equestre* и *aes hordiarium*.³³ Овим двама питањима – односа *aera* према *triplex stipendium*-у и питање коме је *triplex stipendium* исплаћиван – најбоље је приступити кроз једну Ливијеву реченицу, која је различито тумачена, али која, како наводи Хил, изгледа да пружа једноставно објашњење, које је у складу са осталим античким изворима. Наиме, 342. г.п.н.е. догодила се озбиљна побуна римске пешадије, која је изнела одређене захтеве за унапређењем услова своје службе. Један од њих био је захтев да се коњици смањи *aeģa* (они су у то време служили за троструку плату), наводно због тога што су се противили побуни (*ut de stipendio equitur – merebant autem triplex ea*

²⁹ Неки су сумњали у постојање *equis suis* коњице, на основу тога што би били непоште-но третирани у поређењу са коњицом *equites equo publico*. Овоме у прилог иде и Ливијево помињање *certus numerus aeris*, али се у ово не можемо много поуздати, јер је очигледно реч о привременом средству, касније замењеном троструком платом. Прави одговор на ову критику је чињеница да су они који су служили *equis suis* били добровољци. То би, дакле, били само људи чије је богатство било довољно да им омогући да обезбеде коња и јечам без великих финансијских одрицања. Заузврат су за своје издатке добијали значајне предности службе у коњици уместо у пешадији. Значајно су унапређивали свој друштвени статус. Такође су смањивали период војне службе, стицали веће уделе у расподели плена и земљишта, и избегавали многе послужне задатке које је обављала пешадија. (H. Hill (1943), 132-133.).

³⁰ Liv. V, 7.

³¹ Ibid., V, 12, 12; Polyb. VI, 39, 12.

³² Око две ствари не постоје спорења у теорији, а имају значајан утицај на тему. (1) Римска коњица изворно није била права коњица, већ пешадија на коњима, са пешадијским наоружањем, која је користила коње тек да брже стигне на бојиште. (2) Коњаници су природно бирани међу млађим мушкарцима, од којих су неки и даље били неожењени. Стога је међу *equites equo publico* било не само мушкараца који нису имали више имовине од оних у првој класи, већ и оних који су имали значајно мање. (H. Hill (1943), 132.).

³³ Нејасноћа у изворима овде оставља простор за многа неслагања у њиховом тумачењу. Неки модерни истраживачи сматрали су да је појава троструке плате значила нестанак двеју *aera* – реч је о становишту које подразумева најелаборативнију и најнеубедљивију теорију о настанку троструке плате. Постоји један непобедив приговор било којој таквој теорији, а то је да је плаћање *aes equestre* настављено засебно у време Катона. Друго широко заступљено мишљење је да је *triplex stipendium* био плаћан само *equis suis* коњици, а не и коњици *equites equo publico*. Ова претпоставка, иако природна, није заснована на античким изворима, у којима стоји да је коњица – претпоставља се, дакле, сва коњица – примала троструку плату. (H. Hill (1943), 133.).

tempestate – aera demerentur, quod adversati coniurationi fuissent).³⁴ Иако Ливије не пружа одговор на питање да ли је захтев испуњен, чињеница да га спомиње указује на то да вероватно јесте.³⁵

Ова реченица отвара два питања тумачења: значења речи *aera* и *equites* – од којих оба имају велики утицај на нашу тему. Да ли су ови *equites* били *equites equo publico*, *equites equis suis* или и једни и други? И шта је значење термина *aera*? Ова два питања су блиско повезана, јер би нам решење другог указало на то о којим *equites* је реч. Природна претпоставка је да *aera* значи или *aera equestria*, *aera hordiararia* или оба.³⁶

Тако, под претпоставком да је захтев уродио плодом и *aera* престала да буде исплаћивана, *aera* не може да значи *aera equestria* нити може да се односи и на *aera equestria* и на *aera hordiararia*, јер се *aera equestria* исплаћивала и даље и у Катоново време. Преостаје нам дакле, *aera hordiararia* као значење израза *aera*, и ово је, у сваком случају, и највероватније тумачење. О *aes-u hordiarium*-у нема сведочанстава било када након побуне, а Полибије одлучно наводи да је у његово време трошак јечма био одбијен од коњичке плате.³⁷

Тако протумачен, овај Ливијев пасус решава још један важан проблем, раније поменут. Коњица о којој је реч била је *equites equo publico*, јер су само они примали *aes hordiarium*. Дакле, из пасуса сазнајемо да су *equites equo publico* примали *triplex stipendium* поврх примања *aera*-е. Предност коју су имали у односу на *equites equis suis*, који су примали само троструку плату, не треба да изненади, ако се узму у обзир претходни закључци о накнадама онима који су служили *equis suis*.³⁸

³⁴ Liv. VII, 41, 8.

³⁵ H. Hill (1943), 133.

³⁶ Постоји и четврта могућност. Према њој, *aera* значи плату, у овом случају плату пешадинца, тј. захтев је био да се плата коњаника смањи са троструке на двоструку. Међутим, ако је све што је Ливије желео да каже било да је пешадија тражила да се плата коњице смањи за трећину, његово коришћење латинског језика је било прилично неспретно. Штавише, иако Ливије не пружа одговор на питање да ли је захтев испуњен, чињеница да га спомиње је доказ да јесте. Ако је био усвојен, *aera* не може да значи плату, јер је коњица у време Полибија и даље примала *triplex stipendium*. (Polyb. VI, 39, 12; H. Hill (1943), 133.).

³⁷ Polyb. VI, 39, 15.

³⁸ Међутим, врло је могуће да су ови други били огорчени ситуацијом и да су посегнули за првом приликом да је измене. Као разлог изношења овог захтева, Ливије једноставно каже: „*quod adversati coniurationi fuissent*.“, тј. то што су се противили побуни, што и није нарочито уверљив разлог, с обзиром на то да се коњица увек трудила да заузме другачији став у односу на пешадију. (Liv. II, 43, 7.). Не смемо да заборавимо да су они који су служили, по потреби, као коњица *equis suis* у ствари били пешадинци прве класе. Вероватно је да су они у ствари стајали иза захтева *ut aera demerentur*. Можда је, такође, ова промена олакшана важном модификацијом унутар коњичке службе учињеном у овом периоду. Реторски фрагмент *Ineditum Vaticanum* говори нам да су у овом периоду Римљани по први пут створили праву коњицу према самнитском моделу. Ако ово значи, а скоро сигурно значи, да је римска коњица тада престала да буде пешадијом на коњима и да је усвојила лакши

Могу се, дакле, изнети следећи закључци. Убрзо након увођења плате за пешадију, сва коњица је почела да прима *triplex stipendium*, а са додатном исплатом *aera* је такође настављено припадницима *equites equo publico*, под претпоставком да су се они који су се добровољно пријавили да служе *equis suis* пријављивали само ако би без потешкоћа успевали да обезбеде коња и његово одржавање. Ово стање ствари изазивало је огорченост код *equites equis suis*, али су га они прихватили и наставили су да служе спрам потреба, са циљем стицања додатног угледа и привилегија које су добијали као коњаници. Међутим, када се 342. г.п.н.е. пешадија побунила, прва класа, представљајући оне који су могли да служе као *equis suis*, искористила је прилику да издејствује да укидање *aes*-а *hordiarium*-а буде један од захтева побуњеника и захтев је усвојен.³⁹ Према томе, ако су само *equites equo publico*, а не и *equis suis*, имали право на *aes equestre* и *aes hordiarium*, последично, само су *equites equo publico*, а не сва коњица, имали право *pignoris*-а *capio* за обезбеђење њихове наплате, и то за *aes hordiarium* до 342. г.п.н.е, а за *aes equestre*, ако је икад и постојало, до оног тренутка, када се, уместо коња, на име снабдевања витеза коњем, почео давати новац из државне касе.

4. УПОТРЕБА *LEGIS ACTIO PER PIGNORIS CAPIONEM* НА ОСНОВУ ЗАКОНА

Од три примера легисакција које је предвидела норма закона, Гај наводи да је два предвидео Закон XII таблица, а један је настао деловањем цензора. Законом XII таблица предвиђено је право продавца жртвене животиње да у залогу узме ствар у својини купца жртвене животиње који није платио њену цену. Исти закон предвиђа право закуподавца теглеће марве да у залогу узме ствар у својини закупца који није платио закупнину, под условом да је марва и дата у закуп са циљем да се новац од закупнине намени обредној гозби, односно приношењу жртве. Очигледно је да у овим случајевима право узимања залогa припада приватним лицима. Најзад, на основу *lex censoria*, закупци државног пореза (*publicani*)⁴⁰ могли су да покрену овај поступак против дужника пореза (*vectigal*-a). Закупци пореза су били такође приватна лица, али је у овом случају у питању непосредно делегирање

облик опреме, таква промена би у значајној мери умањила финансијско оптерећење *equites equo publico*. Стога би захтев за повлачењем једног од њихових прерогатива био разумнији и имао већу шансу за успех. (Н. Hill (1943), 134.).

³⁹ Н. Hill (1943), 134.

⁴⁰ Публикани су били пословни људи, обично из реда еквестара и обогатених ослобођеника, који су узимали у закуп државне порезе, а често се бавили и зеленашењем, због чега су уживали лош глас.

– *lex censoria* уводи услове под којима су закупци пореза вршили право принуде које је припадало самим цензорима.⁴¹ Иако се не зна прецизан податак о времену престанка права публикана на *pignoris capio*, Хил износи смислену теорију да је реч о времену проширења делатности публикана на просторе изван Италије у II веку п.н.е. Наиме, један од тежих изазова провинцијских управника био је да уреди преносе између пореских обвезника и публикана, као и да успоставе одговарајућу судску власт за решење евентуалних спорова. Управо постојање оваквих судова, сматра Хил, указује на то да су у ово време публикани били обавезни да покрену судски поступак за наплату пореза, односно да су изгубили право *pignoris*-а *capio*.⁴²

Ту се поставља и питање: да ли овај последњи случај припада легисакцијама?

Наиме, професор Бернардо Албанезе (Albanese), прихватајући да је поступак *pignoris capio* могао да настане Законом XII таблица будући да је он био *lex publica*, изнео је тврдњу да је мало вероватно да је поступак *pignoris capio* могао да настане цензорским законима. Вршећи језичку анализу израза коришћених у *Gaius, Inst. IV, 28*, он даје значај разлици између увођења⁴³ (*lege introducta*) поступка *pignoris capio* Законом XII таблица, и његовог доуцртавања⁴⁴ (*lege data*) цензорским законима. Цензорски закони су, сматра он, вероватно само наводили овај поступак који је настао у оквиру *leges publicae*, који су наметали плаћање вектигала.⁴⁵

Гај је *pignoris capio* у случају публикана уврстио међу легисакције вероватно због тога што је овај институт био основ за настанак каснијег права публикана на тужбу против дужника пореза засновану на фикцији *pignoris*-а *capio* у оквиру формуларног поступка. Наиме, формула предвиђена за закупце пореза садржала је фикцију којом је дужник осуђен да плати онај износ који би морао да плати за скидање залоге са своје ствари да је била заложена на име дуга.⁴⁶

Gaius, Inst. IV, 32. Item in ea forma, quae publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat luere deberet, tantam pecuniam condemnetur. (Исто тако, у тужби која је предвиђена за публикана постоји фикција на основу које [дужник] бива осуђен

⁴¹ A. A. Schiller, 213.

⁴² H. Hill (1946), 64-65.

⁴³ Подвукао М. Милутин.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Bernardo Albanese (Албанезе), „Una imprecisione di Gai 4,28?“, *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, vol. XLVII/2002, 86-87. http://www1.unipa.it/~dipstdir/pub/albanese/annaliXLVII_VIII.htm, 1.2.2017.

⁴⁶ О овоме вид.: „La provincia romana d'Asia, i publicani e l'epigrafe di Efeso (Monumentum Ephesinum)“, *Iura, Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, 52, 2001, (in corso di stampa). <http://www1.unipa.it/dipstdir/pub/purpura/asia.htm>, 20. II 2017.

на износ који је раније морао да плати за откуп заложене ствари ако је то био поступак уз узимање залоге (*per pignoris capionem*).

Следеће битно питање јесте која су била могућа овлашћења повериоца поводом *pignoris-a capio*: да ли је могао да задржи ствар у својини, да је прода и да наплати своје потраживање или само да држи ствар не би ли приморао дужника на испуњење обавезе?

Артур Шилер (Schiller) је упоредио *pignoris capio* са институтом *distress* у *common law* систему.⁴⁷ Како наводи, ствар се плени са циљем приморавања лица да нешто учини или не учини, а не као средство намирења дуга. Последишно, наводи Шилер, поверилац ствар држи (имајући можда чак и могућност да је уништи, али не и прода) са циљем да је дужник откупи испуњењем своје обавезе.⁴⁸ Шилер разликује ситуације противправног и правно ваљаног узимања ствари у залогу. У првом случају, сопственик је вероватно могао ствар да тражи назад виндикацијом или путем *actio furti*, мада неки сматрају да је морао да се обрати магистрату како би повратио ствар. Ако је пленидба била оправдана, сопственик је имао право ствар да откупи (*luere pignus*), вероватно плаћајући, поред основног дуга, и казну.⁴⁹ Ако ово упоредимо са старинском фидуцијом, видимо да оваква тврдња није бесмислена, поготово ако се узме у обзир чињеница да је и старинска фидуција вероватно у себи садржавала право повериоца да у случају неиспуњења обавезе од стране дужника, примљену ствар задржи за себе,⁵⁰ али не и да је прода и из добијене цене намира потраживање, што је иначе карактеристика развијеног заложног права.⁵¹ Дакле, ако је *pactum fiducie* заиста садржавао у себи препуштајући договор о препуштању ствари повериоцу (*lex commissoria*), онда и Шилерова тврдња добија на вероватноћи.

Питање контроле оправданости поступка *pignoris capio* посебно је значајно ако се узме у обзир на то да је право на *pignoris capio* припадало лицима

⁴⁷ Вид самопомоћи узимањем у државину ствари другог са циљем његовог приморавања да изврши обавезу, што је иначе противправно без одговарајуће судске одлуке. <http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=552>, 26.1.2017.

⁴⁸ У вези са евентуалним правом повериоца да, ако дужник не испуни своју обавезу, заложену ствар уништи или је присвоји у литератури постоје спорења. (Roger Graham Evans (Еванс), *A critical analysis of problem areas in respect of assets of insolvent estates of individuals*, Submitted in accordance with the requirements for the degree of Doctor of Laws at the University of Pretoria, Promoter: Prof. Dr. A. Boraine December 2008, <http://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/24939/Complete.pdf?sequence=7>, 22. II 2016, 25).

⁴⁹ A. A. Schiller, 212-213.

⁵⁰ Насупрот томе, од времена династије Севера, поверилац је стекао могућност да упуту цару посебну молбу како би добио дозволу за прибављање трајне својине на предмету залоге (*impetratio dominii*). О томе вид. Магдолна Сич, Милан Милутин, „Прибављање својине на предмету залоге од стране заложног повериоца у римском праву (*impetratio dominii*)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2016, 461-474.

⁵¹ A. Romac, 197.

која нису била магистрати, а само по себи пружа могућности које су биле толико широке да су по правилу припадале само органима јавне власти. Управо због тога, врло је вероватно да је било ограничено одређеним условима. Иако такви услови нису познати, Хил претпоставља да су постојала бар два: (1) магистрат је био овлашћен да повери своје овлашћење само у случајевима кад сам није могао да га врши; и (2) магистрат је морао да буде у могућности да врши надзор над својим повереницима, како би спречио злоупотребу повереног овлашћења. Први услов објашњава тиме да би било очигледно немогуће за магистрате, обично конзуле и цензоре, да се лично баве свим случајевима недавања плате војницима, јечменог новца, пореза, итд. Када је други услов у питању, морало је да постоји право, тврди он, сваког лица против кога је искоришћено право *pignoris-a capio* да се жали магистрату који је поверио предметно овлашћење, ако је сматрао да је оштећен. Ако је заиста било тако, онда се *pignoris capio* могао користити само у областима под надлежношћу таквих магистрата, тј. у Италији.⁵²

Дакле, сматра се да је пет случајева коришћења ове легискације које наводи Гај настало као изузетак додељен приватном праву напрем редовне јавноправне праксе по којој магистрат примењује своје право принуде и евентуално неком додељује неку ствар. Међу њих, Гај је *pignoris capio* у случају публикана, као шести случај, уврстио вероватно због тога што је овај институт био основ за настанак каснијег права публикана на тужбу против дужника пореза засновану на фикцији *pignoris-a capio*⁵³ у оквиру формуларног поступка.⁵⁴

Мање од две деценије од доношења Ебуцијевог закона требало је публиканима да одустану од *pignoris-a capio* и прибегну формуларном поступку. Овој тенденцији у прилог говори и чињеница да је путем *lex agraria* из 111. године п.н.е. наређено магистратима да именују *recuperatores* који ће утврђивати основаност захтева које ће формулисати публикани. Међутим, упркос овој тенденцији, озлоглашени претор Сицилије, Гај Вер, на територији ове провинције против дужника вектигала 70. године п.н.е. поново је увео поступак *pignoris capio*⁵⁵, мада је ово представљало изолован случај.⁵⁶ Осим тога, није била реч о публиканима, већ о декуманима (*decumani*), локалним убирачима пореза, који су дејствовали на основу локалног закона – *lex Hieronica*.⁵⁷

⁵² H. Hill (1946), 66.

⁵³ О овоме вид. *Gaius, Inst.* IV, 32.

⁵⁴ A. A. Schiller, 212-213.

⁵⁵ Овове у прилог говоре и Цицеронове беседе у поступку против њега за корупцију и изнуду. V. *In Verrem*, II, 3, 11 и II, 3, 27.

⁵⁶ Pierre Lepaulle (Лепол), приказ књиге: Jérôme Carcopino (Каркопино), „La loi de Hiéron et les Romains“, Paris 1919, *The American Journal of Philology*, Vol. 43, No. 2 (1922), 182-183.

⁵⁷ H. Hill (1946), 65.

5. ЗАКЉУЧАК

Поступак *pignoris capio* је био примењиван у строго уским оквирима и служио је за извршење оних тражбина које су имале сакрални или јавни карактер. Према Гају, могућност узимања залоге без претходног судског поступка своди се на укупно шест случајева, од којих три потичу из обичајног права, два се базирају на Закону XII таблица и један на цензорском закону. Сви ови случајеви су уврштени према Гајевим Институцијама у *legis actio per pignoris capionem*. Имајући у виду да се у најстарије време примене легисакција примењивала персонална егзекуција, узимање залоге као вид реалне егзекуције би свакако представљало напредак. Међутим, с обзиром на то да је у овом случају реч о заплени дужникових ствари без судске пресуде тј. о заостатку самопомоћи у случајевима у којима је тадашња власт то сматрала дозвољеним, пре можемо говорити о посебним разлозима оправданости овог поступка. У случају потраживања војника дужници су били имућни становници Рима, а то се може претпоставити и у случајевима узимања залоге из религијских разлога. У последњем случају се већ примењује јавноправна мера наплате пореза на основу делегиране надлежности публикана. Оно што је такође приметно јесте да је реч о праву самог повериоца, а не неког, условно речено, државног органа, да својом радњом стекне државину над заложеном стварју. Дакле, ради се о правом регулисаној самопомоћи.

Овај облик примене *pignoris capio* нестаје из праксе у току периода републике, али *pignoris capio* наставља да постоји као овлашћење магистрата, односно као јавноправна мера обезбеђења и извршења наплате казне и пореза, да би се касније јавила и у виду извршења пресуде на заплећеним стварима осуђеног лица (*pignus in causa iudicati captum*). Ови случајеви касније примене *pignoris capio* биће предмет наших следећих радова.

Milan M. Milutin, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Milutin@pf.uns.ac.rs

***Pignoris Capio* During Roman History: *Pignoris Capio* According to the Institutes of Gaius**

Abstract: *Pignoris capio* used to exist since the earliest times of Roman history until its end. In terms of its primordial form, which consisted of creditor's act of taking debtor's thing in pledge until the repayment of the debt and pronouncing certain solemn words, the most significant source are the Institutes of Gaius. Gaius classified *pignoris capio* into *legisactios*. However, this classification raised controversies which we addressed, reaching nevertheless the answer which supports Gaius's claim. Gaius tells us that *pignoris capio* was sometimes used based on customs, while sometimes based on the laws. In terms the application of *pignoris capio* based on customs, we attempted to answer the question of whether *pignoris capio* came into being even before the introduction of *legisactios*. In relation to *aes militare*, the answer is negative, because the application of *pignoris capio* for its securitization did not start before 406 BC, it lasted while salaries for soldiers were paid by *tribunus aerarius*, against whom *pignoris capio* could only have been used, and it ceased to exist when this duty was taken upon by *quaestor*. Contrary to that, in reference to *aes horidarium*, the answer is probably positive, and *pignoris capio* for its securitization was used against widows and ceased to exist with the extinction of *aes hordiarium* (probably in 342 BC). In relation to *aes equestre*, if *pignoris capio* for its securutization even existed, the answer is positive as well. However, this right disappeared when, instead of a horse, money from the state treasury was given for the purposes of supplying a knight with a horse. While all the soldiers had the right to *aes militare*, the right to *aes equestre* and *aes hordiarium* was the priviledge of *equites equo publico*. In terms of the application of *pignoris capio* based on the law, we also analyzed time references of its duration, type(s) of laws with which it could have been regulated, rights of creditors and debtors related to the pledged thing and conditions under which it could have existed.

Keywords: *pignoris capio*, pledge, *pignus*, real execution, claim securitization.

Датум пријема рада: 15.09.2017.

Владан М. Мирковић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
V.Mirkovic@pf.uns.ac.rs

МЕРЕ ТАЈНОГ ПРИКУПЉАЊА ПОДАТАКА СЛУЖБИ БЕЗБЕДНОСТИ – УПОРЕДНОПРАВНИ ПРИКАЗ

Сажетак: Службе безбедности као специјализовани државни органи представљају важан део сваког система националне безбедности и као такве сnose део одговорности за остваривање свеукупне безбедности. У вршењу послова и задатака овлашћене су да примењују различите мере и методе, од којих су најефикасније мере тајног прикупљања података. Иако ефикасне, њихово нормирање и примена је увек осетљивост карактера, с обзиром на то да је реч о мерама којима се у већој или мањој мери одступа од гарантованих људских права, пре свих права на приватност и права на тајност комуникације. Након напада на Њујорк и Вашингтон 11. септембра 2001. године, „ради против тероризма“ и уопште активности на остваривању националне безбедности обележиле су често кршење људских права под изговором заштите јавног интереса и националне безбедности. У циљу да се мере и активности на остваривању националне безбедности не претворе и саме у тероризам и државни терор, Савет Европе и Европска унија усвојили су одређена правила којих државе чланице треба да се придржавају приликом нормирања и примене мера тајног прикупљања података како би се остварио важан циљ – поштовање стандарда правне државе и владавине права, чиме се подједнако заштити јавни и приватни интерес. Анализа мера тајног прикупљања података које службе безбедности предузимају у превентивне сврхе у овом раду обухвата законска решења у Словенији, Хрватској, Босни и Херцеговини и Црној Гори.

Кључне речи: национална безбедност, службе безбедности, тајно прикупљање података, права и слободе грађана.

1. УВОД

„Служба безбедности се данас дефинише као специјализована релативно самостална институција државног апарата, овлашћена да легалним јавним, али и шајним средствима и методама, прикупља значајне податке”¹ о унутрашњим и спољним носиоцима угрожавања, на основу којих се предузимају активности у циљу сузбијања штетног деловања свих облика и носилаца угрожавања или се ствара основа за доношење важних политичких одлука. У обављању послова из своје надлежности службе безбедности користе различите мере и средства, почев од уобичајених криминалистичких, па до оних којима се у већој мери одступа од гарантованих права и која су с обзиром на то подложна другачијем правном режиму.

Према томе, примена ових мера у демократском друштву подложна је одређеним ограничењима, пре свега потребно је да било какво ограничење људских права буде засновано на закону, затим да се њиме остварује легитимна односно оправдана сврха и да је примена таквих мера неопходна.² Према судској пракси Европског суда за људска права³, одступање је у складу са законом ако се врши на основу одредаба националног законодавства које има одређене карактеристике. Закон мора бити доступан свима, те да се његовом применом остварују предвидиви ефекти. Правило је предвидиво ако је формулисано довољно прецизно да сваки појединац – уз, по потреби, одговарајуће саветовање – може ускладити своје понашање. Степен прецизности који закон мора имати у том погледу зависи у сваком конкретном случају. Сврха предузимања мера може бити јавни интерес или слободе и права других, те да се предузимају под условом да се до релевантних података не може доћи на други начин.⁴ Поред поменутих, Повеља Европске уније о основним правима предвиђа још и принцип сразмерности и потребу да се поштује суштина права на заштиту података.⁵

„Важно је нагласити да је прикупљање безбедносно интересантних података веома ретко повезано са потребом процесуирања одређеног кри-

¹ Љубомир Стајић, *Основи система безбедности са основама испитивања безбедносних појава*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2015, 223.

² Вид. Handbook on European data protection law, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2014, pp 63-64 <https://rm.coe.int/16806ae653> 28. септембар 2017.

³ Вид. CASE OF AMANN v. SWITZERLAND (Application no. 27798/95), 16 February 2000 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58497> ; CASE OF MALONE v. THE UNITED KINGDOM (Application no. 8691/79), 2 August 1984 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57533> ; CASE OF ROTARU v. ROMANIA (Application no. 28341/95), 4 May 2000. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58586>, 28. септембар 2017.

⁴ Вид. Handbook on European data protection law, p. 64

⁵ Вид. The Charter of Fundamental Rights of the EU, Article 52, Scope and interpretation of rights and principles, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2012.326.01.0391.01.ENG&toc=OJ.C:2012:326:TOC 28. септембар 2017.

вичног дела, већ са потребом да се предупредe и осујете претње делатности екстремиста, терориста или страних држава и међународних организација које су усмерене на заштићена добра (уставно уређење, одбрана и безбедност земље, витални економски и други национални интереси). На основу тако прикупљених података, службе безбедности анализирају и процењују угроженост добара која се штите и предузимају превентивне мере из надлежности и упућују своје анализе и процене највишим доносиоцима спољнополитичких и других државних одлука.⁶ У том смислу мере које службе предузимају у превентивне сврхе по процедури описаној даље у раду, не треба мешати са посебним доказним односно истражним радњама, које се предузимају у складу са законима који уређују кривични поступак и чији резултати примене увек представљају доказе.⁷

Будући да се тајним мерама прикупљања података у мањој или већој мери ограничавају људска права и слободе грађана, начин њиховог регулисања, примена, контрола и заштита права грађана у вези њихове примене представља прави тест демократичности и владавине права. Предмет анализе у раду биће законска решења којима се прописују врсте мера тајног прикупљања података које службе безбедности предузимају у превентивне сврхе ради вршења послова на остваривању националне безбедности, услови примене, поступак одређивања и заштита права грађана у вези предузетих мера у Словенији, Хрватској, Босни и Херцеговини и Црној Гори. Упоредном анализом мера утврдиће се заједничке карактеристике и одступања, те позитивна и негативна решења држава од којих су неке чланице НАТО-а и Европске уније, на основу чега се може доћи до одређених стандарда у вези ових мера који могу бити корисни имајући у виду опредељеност Србије за европске интеграције.

2. РЕПУБЛИКА СЛОВЕНИЈА

Према Закону о словеначкој обавештајној и безбедносној агенцији (Закон о СОВА), Агенција може тајно да прикупља податке коришћењем сарадничког метода и применом *посебних облика прикупљања података*.⁸ Под условима утврђеним Законом, Агенција за обављање својих задатака

⁶ Радојица Лазиф, „Судска контрола законитости у раду служби безбедности Србији”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2015, Нови Сад 2015, 160.

⁷ О могућности употребе информација служби безбедности у кривичном поступку види више у Татјана Лукић, „Информације (обавештења) служби безбедности као доказ у кривичном поступку”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2011, Нови Сад 2011, 289-308.

⁸ Zakon o Slovenski obveščevalno-varnostni agenciji – uradno prečišćeno besedilo – ZSOVA-UPB2, *Uradni list RS*, 81/06, чл. 19, ст.1.

може да користи следеће посебне облике прикупљања тајних података у превентивне сврхе: надзор међународне комуникације; тајни откуп докумената и предмета и тајна опсервација и праћење на отвореним или јавним местима уз коришћење техничких средстава за документовање.⁹ А под посебним условима Агенција може да врши надзор писама и пошилки и тајни надзор и снимање комуникације¹⁰ и надзор комуникација у Словенији са евиденцијом остварене комуникације (тзв. листинг).¹¹

Ове мере могу се поделити на оне које одређује директор Агенције и оне које одређује надлежни суд под Законом предвиђеним условима.

Директор Агенције без изричито прописаних услова писаном наредбом може да одреди мере надзора међународне комуникације и тајни откуп докумената и предмета. Код ова два облика тајног прикупљања података осим формалних услова који се односе на садржај наредбе, нису изричито прописани други услови.¹² Меру тајне опсервације и праћења на отвореним или јавним местима уз коришћење техничких средстава за документовање одобрава директор Агенције писаном наредбом, ако је вероватно да ће се на тај начин прибавити подаци који се односе на националну безбедност, те ако до податка није могуће доћи на други начин или би прибављање таквих података изазвало незразмерне тешкоће.¹³ Код прве две мере принцип супсидијарности у односу на редовне методе прикупљања података се претпоставља, док се код мере тајне опсервације и праћења на отвореним или јавним местима уз коришћење техничких средстава за документовање принцип супсидијарности изричито помиње.

Председник односно потпредседник Врховног суда Републике Словеније на писани предлог директора Агенције може одобрити надзор писама и других пошилки и надзор и снимање комуникација као и *листинг* у свим случајевима угрожавања националне безбедности: тајним активностима усмереним против суверености, независности, националног интегритета и стратешког интереса Републике Словеније; планирањем, припремањем и извођењем терористичких напада против Републике Словеније и других насилних дела против државних органа и носилаца јавних функција у Републици Словенији и иностранству; одавањем података који су дефинисани као државна тајна неовлашћеним лицима у иностранству; припремањем оружаног напада на Републику Словенију; обавештајне активности појединаца, организација и група у корист страних обавештајних служби и акција транснационалног организованог криминала. Поред наведеног потребно

⁹ ZSOVA-UPB2, *Uradni list RS*, 81/06, чл. 20.

¹⁰ ZSOVA-UPB2, *Uradni list RS*, 81/06, чл. 23.

¹¹ ZSOVA-UPB2, *Uradni list RS*, 81/06, чл. 24а

¹² ZSOVA-UPB2, *Uradni list RS*, 81/06, чл. 21, ст. 1.

¹³ ZSOVA-UPB2, *Uradni list RS*, 81/06, чл. 22, ст. 1

је да постоји вероватноћа да ће се у реализацији наведених активности употребити неки од комуникационих уређаја, те да се подаци не могу добити на други начин односно да би прибављање тих података на други начин могло угрозити живот или здравље људи.¹⁴

Сви наведени услови за примену последње две мере тајног прикупљања података чине да су ове мере заиста *ultima ratio* средство у борби против најтежих облика угрожавања уз доследно поштовање људских права. Ради успешне реализације наведених мера предвиђене су одговарајуће обавезе за оператере телекомуникационих услуга и агенција преко којих се одвија поштански саобраћај.¹⁵

Надзор писама и других пошиљки и надзор и снимање комуникација могу трајати до три месеца. Из оправданих разлога, њихова примена се може продужавати по три месеца, али укупно не више од 24 месеци. Одлуку о сваком продужењу мера доноси председника Врховног суда Републике Словеније односно потпредседник Суда. Примена наведених мера окончава се чим престану разлози за њихову примену, чиме се испуњава услов сразмерност с обзиром на то да се успоставља однос између ограничења неког права и сврхе тог ограничења. О разлозима за престанак мера директор Агенције у писаној форми обавештава председника Врховног суда Републике Словеније.¹⁶

Подаци добијени надзором писама и других пошиљки и надзором и снимањем комуникације, који нису употребљиви или се не односе на разлоге због којих су одређене мере тајног прикупљања података, уништавају се након увида председника Врховног суда Републике Словеније. Подаци које Агенција може искорисити у оперативне сврхе по извршеном увиду председника Врховног суда Републике Словеније чувају се све до закључења случаја.¹⁷

По окончању примене мера директор Агенције обавештава лице према коме је одређена мера, на основу чега то лице може да оствари право да се упозна са материјалом прикупљеним применом мера односно са изводом ако је материјал преобиман. Директор неће обавестити лице према коме су предузете мере ако би откривање података могло изазвати опасност по живот и здравље људи или би представљало претњу по националну безбедност.¹⁸

На основу законских решења могло би се закључити да је тајно прикупљање података регулисано Законом о СОБА у складу са стандардима који

¹⁴ ZSOVA-UPB2, *Uradni list RS*, 81/06, чл. 24.

¹⁵ Вид. чл. 246 ZSOVA-UPB2, *Uradni list RS*, 81/06.

¹⁶ ZSOVA-UPB2, *Uradni list RS*, 81/06, чл. 24, ст. 3.

¹⁷ ZSOVA-UPB2, *Uradni list RS*, 81/06, чл. 24, ст. 4.

¹⁸ ZSOVA-UPB2, *Uradni list RS*, 81/06, чл. 24, ст. 5.

су прописани од стране Савета Европе и Европске уније. Међутим, постојање општих појмова који су обично прописани као изузеци могу у конкретном случају довести до ситуације да се од изузетка направи правило, па тако нпр. да се од правила да се лица обавештавају о резултатима предузетих мера према њима, кроз широко и флексибилно тумачење претње по националну безбедност то право сведе на најмању меру односно претвори у изузетак. Због тога треба бити опрезан, па приликом оцене испуњености стандарда у овој области узети у обзир и практичну примену законских решења.

Законом је предвиђено предузимање пет мера у циљу тајног прикупљања података, с тим што се може направити подела на оне мере којима се мање ограничавају људска права и чију примену налаже директор Агенције и мере којима се знатније ограничавају људска права, а о чијој примени одлучује Врховни суд. Посебно осетљиво питање у свакој држави представља одступање од неповредивости односно тајности комуникације које укључује сваки облик комуникације путем уређаја, те поштанске пошиљке. Закон о СОВА доста прецизно прописује услове за примену надзора писама и других пошиљки и надзор и снимање комуникација. Прецизно су наведени услови, орган који предлаже и доноси одлуку о примени мере, садржај предлога и наредбе, трајање, продужење и престанак мере. Заштита права грађана се остварује на неколико начина. Пре свега о одступању од начела тајности комуникације и писама одлучује суд. Суд је активан током целог поступка примене радње, па тако одлучује о: продужењу мере, окончању мере ако је сврха испуњена, уништавању материјала ако је материјал ирелевантан или се не односи на разлоге због којих је мера одређена.

Поред тога, лицу према коме је предузета мера дозвољено је, под одређеним условима, да оствари увид у материјал, на основу чега може покренути и одговарајуће судске поступке ако сматра да му је право неосновано суспендовано.

С обзиром на значај и ефикасност мера које одређује Врховни суд могло би се рећи да је проблематично решење по коме коначну одлуку о предлогу директора Агенције има судија појединац. Имајући у виду сталне квалитативне и квантитативне промене у безбедносном окружењу које могу негативно да се одразе на националну безбедност негативна одлука председника Врховног суда би у великој мери смањила могућност превентивног деловања СОВА-е да ефикасно делује ради заштите националне безбедности. Чак и ако су председник односно потпредседник Врховног суда до сада дали одобрење за сваки предлог то ништа не мора да значи јер изостанак права на жалбу или квалификованог расправљања у судском већу, чини одлуку о примени ових изузетно ефикасних мера зависном од одлуке појединца, што у одређеним случајевима може бити штетно.

3. РЕПУБЛИКА ХРВАТСКА

Законом о сигурносно-обавјештајном саставу Републике Хрватске¹⁹ из 2006. године основане су: Сигурносно – обавјештајна агенција (СОА) и Војна сигурносно – обавјештајна агенција (ВСОА). Службе безбедности Републике Хрватске у вршењу послова из своје надлежности овлашћене су да прикупљају податке коришћењем јавних извора, сарадњом са грађанима и потраживањем службених података од државних органа, органа јединица локалне и регионалне самоуправе и правних лица, укључујући и увид у регистре и збирке података и службену документацију, те применом тајних поступака и мера.²⁰

Мере тајног прикупљања података које обе службе користе у превентивне сврхе су:

1. тајни надзор телекомуникационих услуга, делатности и промета:
 - а) тајни надзор садржаја комуникација;
 - б) тајни надзор података о телекомуникационом промету;
 - ц) тајни надзор локације корисника и
 - д) тајни надзор међународних телекомуникационих веза;
2. тајни надзор над поштанским и другим пошиљкама;
3. тајни надзор и техничко снимање унутрашњости објеката, затворених простора и предмета;
4. тајно праћење и посматрање уз светлосно снимање особа на отвореном простору и на јавним местима,
5. тајно праћење и посматрање уз звучно снимање садржаја комуникација особа на отвореном простору и на јавним местима,
6. тајни откуп докумената и предмета.²¹

Мере којима се одступа од гарантованих људских права и основних слобода могу употребљавати и СОА и ВСОА, с тим што ВСОА те мере може примењивати само према припадницима Министарства одбране и Оружаних снага. У случају да се јави потреба да ВСОА предузме мере и према лицима ван система одбране, о томе обавештава и сарађује са СОА.

Мере тајног прикупљања података којима се привремено ограничавају нека уставом гарантована права и слободе могу се применити само ако се подаци не могу прибавити на други начин или је њихово прибављање повезано с неразумним тешкоћама. Ако постоји могућност избора између више мера тајног прикупљања података, примениће се мера којом се мање

¹⁹ Закон о сигурносно-обавјештајном саставу Републике Хрватске – ZSOS, *Narodne novine*, бр. 79/06, 105/06.

²⁰ ZSOS, *Narodne novine*, бр. 79/06, 105/06, чл. 25.

²¹ ZSOS, *Narodne novine*, бр. 79/06, 105/06, чл. 33, ст. 3.

задире у Уставом заштићена права и слободе.²² Услови за примену мера садржани у овим одредбама Закона изражавају принципе супсидијарности и сразмерности и важе за све мере тајног прикупљања података.

Мере тајног прикупљања података предвиђене Законом могу се поделити на мере које одређује надлежни суд на предлог директора СОА/ВСОА и мере које одређује директор СОА/ВСОА.

Мере тајног прикупљања података које одређује судија Врховног суда Републике Хрватске на предлог директора СОА/ВСОА су: тајни надзор садржаја комуникација; тајни надзор над поштанским и другим пошлицама; тајни надзор и техничко снимање унутрашњости објеката, затворених простора и предмета и тајно праћење и посматрање уз звучно снимање садржаја комуникација особа на отвореном простору и на јавним местима.²³

Ради обављања активације и управљања мером тајног надзора комуникационих услуга, те остваривања оперативно-техничке координације између правних и физичких лица која располажу јавном телекомуникационом мрежом и пружају јавне телекомуникационе услуге и услуге приступа у Републици Хрватској и тела која су овлашћена за примену мера тајног надзора телекомуникација у складу са Законом и Законом о казненом поступку, оснива се Оперативно-технички центар за надзор телекомуникација (ОТЦ).²⁴

Када разлози хитности то захтевају, директор СОА/ВСОА може да наложи почетак примене тајног прикупљања података, те о томе одмах обавештава надлежног судију Врховног суда. Надлежни судија доноси одлуку о наставку примене одговарајућих мера, односно одлуку о њиховој обустави у року од 24 сата од почетка њихове примене. Ако надлежни судија не одобри примену мера у року од 24 сата службе безбедности су дужне да одмах прекину са применом мера и да униште материјал до кога су дошле применом мера, а записник о томе достављају надлежном суду.²⁵

Када надлежни судија Врховног суда Републике Хрватске не изда или одбије издати налог за примену мера тајног прикупљања података, о разлозима одбијања обавештава Уред Вијећа за националну сигурност (УВНС).²⁶ Ако овлашћени судија Врховног суда одобри мере, оне могу трајати најдуже четири месеца. О предлогу за продужење трајања мера и предузимању нових мера према истој особи одлучује веће од троје судија Врховног суда, које пре одлуке може тражити додатне информације о разлозима за продужење

²² ZSOS, *Narodne novine*, br. 79/06, 105/06, чл. 33, ст. 2.

²³ ZSOS, *Narodne novine*, br. 79/06, 105/06, чл. 36, ст. 1.

²⁴ ZSOS, *Narodne novine*, br. 79/06, 105/06, чл. 18.

²⁵ ZSOS, *Narodne novine*, br. 79/06, 105/06, чл. 36, ст. 2.

²⁶ ZSOS, *Narodne novine*, br. 79/06, 105/06, чл. 36, чл. 3.

трајања мера од директора служби безбедности односно судско веће може тражити стручно мишљење Уреда Вијећа за националну сигурност.²⁷

Мере тајног прикупљања података које одређују директори СОА/ВСОА су: тајни надзор података о телекомуникационом промету; тајни надзор локације корисника; тајни надзор међународних телекомуникационих веза; тајно праћење и посматрање уз снимање особа на отвореном простору и на јавним местима и тајни откуп докумената и предмета.²⁸

Директори СОА/ВСОА су дужни да једном месечно извести УВНС о издатим налозима, а о мери тајни откуп докумената и предмета се извештава и Главни државни одвјетник (главни тужилац у Републици Хрватској).

Специфичност хрватског решења је истоветан правни режим мера тајног прикупљања података за обе службе безбедности (услови, поступак, врсте мера), уз разлику што се мере које предузима ВСОА примењују само у систему одбране односно према лицима која се налазе у Министарству одбране и Оружаним снагама. Поред тога постојање Оперативно – техничког центра за надзор комуникација (ОТЦ) обезбеђује заједничку и координисану употребу техничких средстава чиме се оптимизирају постигнути ефекти примене мера са постојећим капацитетима, што је нарочито важно имајући у виду да Р. Хрватска није економски толико моћна да има разуђен обавештајно – безбедносни систем. Са становишта квалитета донете одлуке о примени мера потребно је навести решење према коме постоји могућност да веће које одлучује о продужењу мера о томе затражи стручно мишљење УВНС. Међутим, када је реч о самој одлуци о примени мере, о њој одлучује судија појединац и то као прва и коначна инстанца, дакле без могућности жалбе. Концентрација права одлучивања о наведеним мерама у рукама једне особе (био он судија Врховног или било ког другог суда) проблематична је због могућности вршења политичког утицаја, корупције или других видова притисака на судску власт који су иманентни државама са недовољно изграђеном демократском културом и традицијом, што је генерално случај са свим државама на Балкану.

Када је реч о заштити права грађана, службе безбедности су дужне да на захтев грађанина у року од 15 дана писаним путем пруже обавештење јесу ли према њему предузимане мере тајног прикупљања података те воде ли се евиденције о његовим личним подацима и на његов захтев, ставити му на увид документе о прикупљеним подацима. Ово право није апсолутно с обзиром на то да службе безбедности не смеју открити имена запослених нити изворе података, а поред тога ово право се може искључити и ако би откривање података могло довести у питање обављање послова служби;

²⁷ ZSOS, *Narodne novine*, бр. 79/06, 105/06, чл. 37.

²⁸ ZSOS, *Narodne novine*, бр. 79/06, 105/06, чл. 38, чл. 1.

проузроковало опасност за друга лица и довело у питање националну безбедност.²⁹ Међутим, с обзиром на то да се ради о тајним мерама прикупљања података грађани могу због сумње да се о њима прикупљају подаци „затрпати” службе (заправо СОА) захтевима или с друге стране да због незнања не искористе право на увид у прикупљени материјал. Због тога је решење које је предвидео Закон о СОВА, да се лица према којима су предузете мере под законом предвиђени условима обавештавају о томе, рационалније и корисније са становишта заштите права грађана, али и јавног интереса, јер се обавештавање може искључити када то захтева општи интерес. Подаци који се не односе на сврху због које су мере одређене или су прикупљени на незаконит начин комисијски се уништавају.³⁰

4. БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА

Законом о Обавјештајно-безбједносној агенцији Босне и Херцеговине³¹ основана је Обавјештајно-безбједносна агенција Босне и Херцеговине (у даљем тексту: Агенција). Законом је искључена могућност оснивања других цивилних обавештајних служби на територији БиХ.³² Агенцијом руководи генерални директор. У вршењу послова заштите националне безбедности Агенција превентивно може да примењује мере тајног прикупљања података које одређује генерални директор Агенције и мере које одређује суд на предлог генералног директора.

Када генерални директор сматра неопходним у циљу испуњавања дужности Агенције, може наредити: 1) прикупљање информација држећи у тајности разлоге за прикупљање информација из безбедносних разлога; 2) успостављање тајних контаката са физичким лицима; 3) успостављање и коришћење информационих система који унапређују прикупљање података; 4) коришћење облика оперативних обмана који не узрокују физичке повреде нити нарушавају здравље; 5) припремање и коришћење тајних докумената за заштиту запослених у Агенцији и физичких лица која са њима сарађују, као и за прикривање циља саме операције; 6) оснивање и одржавање привремених организација ради прикупљања тајних података; 7) распоређивање запослених да раде као тајни агенти у институцијама и органима БиХ у циљу пружања обавештајне помоћи.³³

²⁹ ZSOS, *Narodne novine*, бр. 79/06, 105/06, чл. 40.

³⁰ ZSOS, *Narodne novine*, бр. 79/06, 105/06, чл. 41.

³¹ Закон о Обавјештајно-безбједносној агенцији Босне и Херцеговине – ЗОБА, *Службени гласник БиХ*, бр. 12/04, 20/04, 56/06, 32/07, 12/09.

³² ЗОБА, *Службени гласник БиХ*, бр. 12/04, 20/04, 56/06, 32/07, 12/09, чл. 24.

³³ ЗОБА, *Службени гласник БиХ*, бр. 12/04, 20/04, 56/06, 32/07, 12/09, чл. 76.

На основу писаног захтева генералног директора Агенције, председника Суда Босне и Херцеговине (судија Суда Босне и Херцеговине којег је одредио председник Суда) може да нареди: 1) праћење на местима која немају јавни карактер; 2) праћење комуникација путем телекомуникационих и других облика електронских уређаја, као и 3) претрес имовине без пристанка власника или особе која привремено заузима ту имовину.³⁴

Агенција не може тајним средствима и методама прикупљати обавештајне податке о међународним организацијама или институцијама које су основане у складу са Оквирним споразумом за мир у Босни и Херцеговини, осим у циљу спречавања претњи усмерених према тим организацијама и институцијама. Генерални директор дужан је обавестити шефове поменутих организација и институција о свим таквим претњама.³⁵ Оваква одредба има утемељење у међународном јавном праву и проистиче из имунитета међународних организација и институција, односно њихових службеника. Међутим са становишта националне безбедности Босне и Херцеговине може бити доста проблематична. Постојање Канцеларије Високог представника за БиХ, ЕУФОРА те других међународних организација које имају мандат да примењују Дејтонски споразум у БиХ нужно води и до присуства већег броја странаца у земљи, од којих су неки припадници страних служби безбедности које према БиХ могу имати непријатељске – обавештајне и субверзивне – намере. Међутим, примена мера према њима је искључена што може закомпликовати ионако сложену безбедносну ситуацију у БиХ, нарочито у ситуацијама када та лица прекораче овлашћења и упусте се у унутар политичке или чак криминалне активности.

Услови за одређивање мера тајног прикупљања података нису прописани на уобичајен начин, али је видљив захтев за начелом супсидијарности. Када је реч о мерама које одређује генерални директор Агенције, услов је да предузимање мера директор *смајтра неопходним* у циљу испуњавања дужности Агенције. Дакле, неопходна је лична процена генералног директора да се само мерама тајног прикупљања података може доћи до података који су од значаја за националну безбедност. Када је реч о мерама које одређује надлежни суд, о условима за одређивање се сазнаје посредно, кроз садржај захтева за предузимање мера који подноси генерални директор у случајевима када *има основане разлоге да смајтра да су мере праћења и претреса потребне Агенцији како би могла извршити истражу о претњи по безбедности Босне и Херцеговине*. Поред осталих елемената (идентификација лица према коме се мера предузима, опис средстава, рок за примену и сл), захтев мора да садржи *изјаву да се тражене информације не могу прикућити*

³⁴ ЗОБА, *Службени гласник БиХ*, бр. 12/04, 20/04, 56/06, 32/07, 12/09, чл. 77.

³⁵ ЗОБА, *Службени гласник БиХ*, бр. 12/04, 20/04, 56/06, 32/07, 12/09, чл. 69.

у иошребном временском периоду ни на један други начин.³⁶ О захтеву генералног директора надлежни судија одлучује у року од 48 сати, а жалба на ову одлуку није могућа.

Мере чију употребу налаже суд, у изузетним случајевима, може одобрити генерални директор уз сагласност надлежног судије. Реч је о разлозима хитности, када би редован поступак одобравања произвео одгађање које би проузроковало непоправљиву штету по безбедност Босне и Херцеговине.³⁷ Након што одобри употребу тих мера, генерални директор мора одмах обавестити судију, који предузима одговарајуће радње како би дао одобрење или обуставио прикупљање информација, у складу са Законом.³⁸

Једна од специфичности примене мера тајног прикупљања података у БиХ је могућност да надлежни судија, када сматра да је то одговарајуће, услови извршавање налога о предузимању мера.³⁹ Налог за примену мера не може бити одобрен за период дужи од 60 дана. У оправданим случајевима, судија може продужити важност налога на додатне периоде од по 30 дана уколико је уверен да је налог и даље потребан.⁴⁰

Тајно прикупљање података се одмах обуставља:

а) Када је остварен циљ који је постављен у налогу; б) Када се из даље употребе мера не очекују додатни резултати; ц) Када је постављени рок за завршетак истекао без продужавања или д) Када је тајно прикупљање података незаконито из било ког разлога.⁴¹

Генерални директор обезбеђује да се подаци који су прикупљени на начин који није у складу са Законом одмах униште. У таквим случајевима, генерални директор ће о томе обавестити надлежног судију и главног инспектора⁴² и покренути дисциплински поступак против оног који је поступио супротно Закону.⁴³ Уколико сматра да му је радом Агенције повређено било које право, свако лице у Босни и Херцеговини има право да поднесе жалбу генералном директору. Уколико на тај начин не оствари заштиту свог права, лице може да се обрати надлежном суду ради заштите права.⁴⁴ Законом је предвиђено право сваког лица да покрене одговарајући поступак ако сматра да му је актом Агенције повређено право. То се не односи само на право на тајност комуникације и право на приватност која су ограничена

³⁶ ЗОБА, *Службени гласник БиХ*, бр. 12/04, 20/04, 56/06, 32/07, 12/09, чл. 77, ст. 3.

³⁷ ЗОБА, *Службени гласник БиХ*, бр. 12/04, 20/04, 56/06, 32/07, 12/09, чл. 78, ст. 4.

³⁸ ЗОБА, *Службени гласник БиХ*, бр. 12/04, 20/04, 56/06, 32/07, 12/09, чл. 78, ст. 5.

³⁹ ЗОБА, *Службени гласник БиХ*, бр. 12/04, 20/04, 56/06, 32/07, 12/09, чл. 78, ст. 2.

⁴⁰ ЗОБА, *Службени гласник БиХ*, бр. 12/04, 20/04, 56/06, 32/07, 12/09, чл. 78, ст. 3.

⁴¹ ЗОБА, *Службени гласник БиХ*, бр. 12/04, 20/04, 56/06, 32/07, 12/09, чл. 79.

⁴² Носилац унутрашње контроле ОБА БиХ.

⁴³ ЗОБА, *Службени гласник БиХ*, бр. 12/04, 20/04, 56/06, 32/07, 12/09, чл. 79.

⁴⁴ ЗОБА, *Службени гласник БиХ*, бр. 12/04, 20/04, 56/06, 32/07, 12/09, чл. 68.

применом мера тајног прикупљања података, већ се односи на све радње Агенције којима се могу повредити људска права.

Законом је предвиђена обавеза да се *грађанин* Босне и Херцеговине који је био предмет праћења или прислушкивања, најдуже у року од 30 дана по окончању поступка примене мере, обавести о предузетим мерама.⁴⁵ Уз то, Агенција је дужна да обавести грађанина, на његов писани захтев, да ли су покренуте мере прикупљања података против њега и да ли Агенција води евиденцију која садржи његове личне податке и да му, на његов захтев, ту документацију о прикупљеним подацима стави на увид. Та евиденција не сме садржавати информације о припадницима Агенције који су предузели мере прикупљања података везаних за трећа лица. У овом случају реч је о евиденцијама које настају на основу свих расположивих начина прикупљања података, а не само тајних мера. Агенција мора дати тражене информације, односно допустити увид у документе у року од 60 дана од дана примања захтева, с тим што таква обавеза не постоји ако би одавање такве информације могло угрозити обављање задатака Агенције или може угрозити безбедност извора или друге особе.

У случајевима када генерални директор сматра да постоје разлози због којих не може лицу да стави на увид тражене информације односно документа, он доноси одлуку у којој наводи разлоге. Генерални директор обавештава главног инспектора о свим таквим одлукама и оне се чувају у архиви Агенције. Грађани се могу жалити на такву одлуку генералног директора у складу са одредбама Закона о слободи приступа информацијама у Босни и Херцеговини.⁴⁶

За БиХ је карактеристична изражена улога генералног директора Агенције у погледу заштите права грађана. Генерални директор има изражену улогу у погледу заштите права грађана с обзиром на то да: води рачуна да се подаци прикупљени на незаконит начин униште; иницира дисциплинске поступке против припадника Агенције који су одговорни за кршење Закона; одлучује у првом степену о жалбама које грађани подnose поводом незаконитог и неправилног рада припадника Агенције; одлучује о стављању на увид евиденција о лицима према којима су предузете мере прикупљања података.

5. РЕПУБЛИКА ЦРНА ГОРА

У Црној Гори, Агенција за националну безбједност – АНБ (у даљем тексту: Агенција) овлашћена је да о питањима од значаја за националну безбедност тајно прикупља податке следећим средствима и методама:

⁴⁵ ЗОБА, *Службени гласник БиХ*, бр. 12/04, 20/04, 56/06, 32/07, 12/09, чл. 77.

⁴⁶ ЗОБА, *Службени гласник БиХ*, бр. 12/04, 20/04, 56/06, 32/07, 12/09, чл. 91.

- 1) сарадњом са црногорским држављанима и странцима.
- 2) праћењем и осматрањем, уз коришћење техничких средстава за документовање;
- 3) куповином докумената и предмета;
- 4) надзором над електронским комуникацијама и поштанским пошиљкама;
- 5) надзором унутрашњости објеката, затворених простора и предмета уз коришћење техничких средстава.⁴⁷

Директор Агенције одлучује о праћењу и осматрању, уз коришћење техничких средстава за документовање и куповини докумената и предмета. Изричито се не наводи, али се може претпоставити да меру сарадње са црногорским држављанима и странцима одређује директор Агенције. Надлежни суд одлучује о примени мере надзор над електронским комуникацијама и поштанским пошиљкама и мере надзора унутрашњости објеката, затворених простора и предмета уз коришћење техничких средстава. Без обзира ко одређује мере, оне се предузимају у превентивне сврхе и њима се евентуално може изградити одређени степен сумње на основу кога се може започети кривични поступак, али резултати примене не могу послужити као доказ у неком поступку.

Када је реч о условима за примену мера цене се принципи супсидијарности и сразмерности. Тако, ако податке и информације које се односе на националну безбедност није могуће прибавити редовним средствима и методама или сарадњом са црногорским држављанима и странцима или би прикупљање тих података изазвало несразмерне тешкоће, директор Агенције, посебним актом, одобрава праћење и осматрање, уз коришћење техничких средстава за документовање.⁴⁸ За друге две мере које одређује директор Агенције нису предвиђени посебни услови, али је вероватно да се те мере користе онда када се редовним средствима и методама не може доћи до података од значаја за националну безбедност.

Ако задатак није могуће извршити применом редовних средстава и метода нити мерама које самостално одређује директор Агенције или би извршење задатка захтевало несразмерни ризик или угрожавање живота и здравља људи, Агенција може, изузетно, али увек на основу претходне одлуке суда, вршити надзор над електронским комуникацијама и поштанским пошиљкама и надзор унутрашњости објеката, затворених простора и предмета уз коришћење техничких средстава.⁴⁹

⁴⁷ Закон о Агенцији за националну безбједност – ЗАНБ, *Службени лист РЦГ*, бр. 28/05, *Службени лист Црне Горе*, бр. 86/09, 20/11, чл. 9.

⁴⁸ ЗАНБ, *Службени лист РЦГ*, бр. 28/05, *Службени лист Црне Горе*, бр. 86/09, 20/11, чл. 11.

⁴⁹ ЗАНБ, *Службени лист РЦГ*, бр. 28/05, *Службени лист Црне Горе*, бр. 86/09, 20/11, чл. 13.

Надзор над електронским комуникацијама и поштанским пошиљкама, на образложени писани предлог директора Агенције, за сваки појединачни случај, одлуком, одобрава председник Врховног суда Црне Горе, а у случају одсутности или спречености судија који га замењује у складу са законом, ако постоје основи сумње да је угрожена национална безбедност:

1) припремама за оружани напад на Црну Гору; 2) тајним активностима усмереним против територијалног интегритета Црне Горе; 3) тајним активностима, планирањем и вршењем припрема за извођење унутрашњих и међународних терористичких акција и других насилних акција против државних органа и носилаца јавних функција у Црној Гори или иностранству; 4) достављањем тајних података неовлашћеном лицу; 5) обавештајно-субверзивном делатношћу појединаца, група и организација у корист других држава и 6) организованом криминалном активношћу.

Надзор унутрашњости објеката, затворених простора и предмета уз коришћење техничких средстава, на образложени писани предлог директора Агенције, за сваки појединачни случај одлуком одобрава Веће судија Врховног суда Црне Горе, ако постоје основи сумње да је угрожена национална безбедност, претходно наведеним активностима. Председник односно Веће судија Врховног суда Црне Горе одлуку о примени мера донеће најкасније у року од 48 часова од подношења предлога.⁵⁰

Мере које одређује суд могу трајати највише три месеца, а због важних разлога мере се могу продужити за још по три месеца, али укупно не дуже од 24 месеци. Одлуку о продужењу трајања мере у случају важних разлога доноси председник односно Веће судија Врховног суда Црне Горе. Мере се укидају одмах пошто престану разлози због којих су предузете. Директор Агенције, у писаној форми, обавештава председника Врховног суда Црне Горе, односно Веће судија Врховног суда Црне Горе, о престанку разлога вршења надзора.⁵¹

У вези послова из надлежности Агенције применом различитих мера и средстава (где су мере тајног прикупљања података само један од начина прикупљања података) долази се до различитих података на основу којих настају збирке односно евиденције. На писани захтев лица, Агенција је дужна да га обавести да ли су предузимане мере прикупљања података према њему и да ли Агенција води евиденцију његових личних података и да му, на његов писани захтев, стави на увид документа о прикупљеним подацима. Документи који се стављају на увид не могу да садрже податке о службеницима Агенције који су прикупљали податке, изворима података, као ни

⁵⁰ ЗАНБ, *Службени лист РЦГ*, бр. 28/05, *Службени лист Црне Горе*, бр. 86/09, 20/11, чл. 14.

⁵¹ ЗАНБ, *Службени лист РЦГ*, бр. 28/05, *Службени лист Црне Горе*, бр. 86/09, 20/11, чл. 15.

личне податке о трећим лицима. Агенција је дужна да одговори на захтев лица или стави на увид документа у року до 30 дана од дана пријема захтева изузев ако би обавештење довело у опасност извршење послова Агенције или би могло довести до угрожавања безбедности другог лица, о чему ће писано обавестити подносиоца захтева у року од 15 дана. Агенција је дужна да стави на увид наведене податке, када престану разлози који то спречавају.⁵²

6. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Стандарди правне државе и владавине права захтевају да се све мере тајног прикупљања података пропишу законом, што је случај у свим поменутих државама. Међутим, законско набрајње мера није довољно да би се могло закључити да су стандарди остварени. Потребно је да закони буду јасни, прецизни и свеобухватни у смислу одређивања услова за примену; органа који доносе одлуку о примени; поступка контроле и надзора; заштите права грађана и на крају поступка са прикупљеним материјалом. Прописивање мера тајног прикупљања података у складу са европским стандардима само је полазна основа за остваривање стандарда који су својствени владавини права и правној држави. Законска решења у овој области често садрже опште појмове (национална безбедност, могућност угрожавања других лица и сл) који у пракси могу довести до тога да се изузетак претвори у правило, због чега је потребно бити опрезан приликом оцене укупног стања у свакој појединачној држави.

Заједничке карактеристике законских решења у државама које су биле предмет анализе су: Подела мера на оне које одређује директор Агенције и мере које одређује надлежни суд чиме је прихваћено теоријско становишта према коме постоји подела на мере којима се мање и мере којима се више задире у гарантована права, због чега се сматра прихватљивим и различит правни режим тих мера.⁵³ Мере тајног прикупљања података се у свим државама, осим у БиХ, свде на мере којима се одступа од права на тајност комуникације и права на приватност. У том контексту БиХ је интересантна јер једино Закон о ОБА предвиђа могућност тајног претреса имовине чиме овако уопштена формулација сугерише и на могућност претреса стана, што није у складу ни са решењима у региону ни у Европи. Код мера које одређује суд

⁵² ЗАНБ, *Службени лист РЦГ*, бр. 28/05, *Службени лист Црне Горе*, бр. 86/09, 20/11, чл. 15.

⁵³ Вид. Богољуб Милосављевић, „Овлашћење полиције и других државних органа за тајно прикупљање података – домаћи прописи и европски стандарди”, у *Демокрайски надзор над применом посебних овлашћења* (ур. Мирослав Хацић и Предраг Петровић), Центар за цивилно војне односе, Београд 2008, 59-75.

у свим државама о примени мера одлучује судија највише судске инстанце (Врховни суд Словеније, Врховни суд Хрватске, Суд Босне и Херцеговине и Врховни суд Црне Горе). Тако се у свим наведеним државама остварује начело специјализације с обзиром на то да о примени мера одлучују судије једног суда које су посебно делегиране за ту сврху. Уопштено речено, поред формалног услова (налога односно наредбе) материјални услов изражен у принципу супсидијарности је посредно или непосредно заступљен у свим законским решењима. Следећа карактеристика је одсуство жалбе у случају да надлежни суд одбије предлог за примену мера директора Агенције, док је у БиХ таква могућност законом изричито искључена. У свакој од наведених држава предвиђена је могућност продужења мера и о томе одлучује суд који је донео одлуку о примени мера. У циљу заштите права грађана, предвиђено је опште право увида у материјал који су службе прикупиле о неком лицу, али применом свих метода, а не само мера тајног прикупљања података.

Неке од разлика у законским решењима су следеће: Ниво конкретности и прецизности материјалних услова за примену мера, где је најпрецизнији и најдетаљнији приступ у Словенији. Заштита права грађана је детаљније уређена у Словенији и БиХ, с обзиром на то да службе имају обавезу да о примени конкретне мере обавесте лице према коме је предузета мера, док је у Хрватској предвиђено опште право лица да сам затражи увид ако сумња да су према њему предузете мере. Материјал који је ирелевантан и који се не односи на сврху поводом које су предузете мере се уништава, у Словенији након увид председника Врховног суда, а у БиХ се о томе стара генерални директор Агенције. Иначе, БиХ је карактеристична по томе што у погледу заштите права грађана велику улогу има управо генерални директор ОБА-е пред којим се може водити поступак по жалби против припадника службе који су у вршењу својих послова повредили права грађана. Поред тога, генерални директор може и сам иницирати дисциплински поступак поводом незаконитог прикупљања материјала применом мера тајног прикупљања података. БиХ је карактеристична и по томе што су предвиђени најкраћи рокови за предузимање мера, али без прописивања максимума трајања радње (исти случај је и у Хрватској), као и по томе што надлежни судија може додатно условити извршење налога. У Републици Хрватској и БиХ постоји могућност да директор Агенције наложе примену мера и без судске одлуке уколико то захтевају разлози хитности, с тим што је таква одлука подложна судском одобрењу у што краћем року од почетка примене мере. Република Хрватска је једина од анализираних држава која има две службе безбедности, али је примена мера на истоветан начин уређена. Штавише, ради ефикасније примене мера и коришћења ресурса основан је Оперативно-технички центар за надзор телекомуникација (ОТЦ), чиме се доприноси и бољој координацији служби у погледу примене мера и обављања задатака.

Табела 1: Упоредноправни приказ мера тајног прикупљања података у Словенији, Хрватској, БиХ и Црној Гори.

	Словенија	Хрватска	БиХ	Црна Гора
1. Подела на мере које одређује суд и директор Агенције	ДА	ДА	ДА	ДА
2. Мере које одређује директор Агенције	Оперативно – техничке мере којима се не одступа од људских права у већој мери	Оперативно – техничке мере којима се не одступа од људских права у већој мери	Оперативно – техничке мере којима се не одступа од људских права у већој мери	Оперативно – техничке мере којима се не одступа од људских права у већој мери
3. Предвиђеност хитне примене мера по налогу директора Агенције	НЕ	ДА	ДА	НЕ
4. Право од кога се одступа на применом мера које одређује суд	Право на тајност комуникације	Право на тајност комуникације и право на приватност	Право на тајност комуникације, право на приватност и <i>неповредивост стана</i> .	Право на тајност комуникације и право на приватност.
5. Надлежни суд и судија овлашћен за доношење одлуке	Врховни суд – председник или потпредседник Суда	Врховни суд – овлашћени судија	Суд Босне и Херцеговине – председник Суда или овлашћени судија	Врховни суд – председник или судија који га замењује односно Веће судија
6. Зборност суда приликом одлучивања	НЕ	НЕ	НЕ	ДА – код надзора затворених простора
7. Прописани услови за примену мера тајног прикупљања података	Принцип супсидијарности и сразмерности, а код мера које одређује суд таксативно су наведени разлози	Принцип супсидијарности и сразмерности	Принцип супсидијарности и сразмерности	Принцип супсидијарности и сразмерности, а код мера које одређује суд таксативно су наведени разлози
8. Трајање мера	До 3 месеца, уз продужења по 3 месеца. Максимално 24 месеца.	До 4 месеца. Максимум примене мера није одређен	До 60 дана, уз продужења од 30 дана. Максимум није одређен	До 3 месеца, уз продужења по 3 месеца. Максимално 24 месеца.
9. Заштита права грађана	Након увида суда, ирелевантан материјал се уништава, а релевантан чува до закључења случаја. О предузетој мери, <i>обавештава се лице</i> према коме је мера предузета (уз одређене изузетке)	Информације о предузетој мери се дају <i>на захтев лица</i> , право на увид у прикупљени материјал; ирелевантан и незаконито прикупљени материјал се уништавају	Уништавање незаконито прибављених података и <i>обавештавање лица</i> према коме је предузета мера (уз Законом предвиђене изузетке)	<i>Уопштено право на обавештавање о предузетим мерама</i> прикупљања података, с тим што се односи на све мере прикупљања података

Vladan M. Mirković, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
V.Mirkovic@pf.uns.ac.rs

Security Services Measures of Secret Data Compiling – Comparative Legal Approach

Abstract: *Security services as specialized state bodies represent an important part of any national security system and as such bear the responsibility for achieving overall security. In carrying out their activities and tasks, they are authorized to apply different measures and methods and the most effective are measures for secret data compiling. Although effective, their prescription and application are always sensitive, since they are measures that deviate more or less from guaranteed human rights, above all the right to privacy and the right to secrecy of communication. After the attacks on New York and Washington on September 11, 2001, “the war on terror” and in general the activities on the achieving of national security have often been marked by violations of human rights under the pretext of protecting the public interest and national security. In order to prevent the measures and activities in the realization of national security from turning into terrorism and state terror, the Council of Europe and European Union have adopted certain rules which states members should adhere to when prescribing and implementing measures of secret data compiling in order to achieve an important goal – to respect the standards of the rule of law, thus safeguarding public and private interests equally. Analysis of the security service’s measures of secret data compiling for preventive purposes in this paper include legal solutions in Slovenia, Croatia, Bosnia and Herzegovina and Montenegro.*

Keywords: *national security, security services, secret data compiling, rights and freedoms of citizens.*

Датум пријема рада: 03.10.2017.

Бојан Д. Бокић, историчар-стручни сарадник
Музеј жртва геноцида, Београд
bojandjokic2005@yahoo.com

ЗАКОНОДАВСТВО РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ КАО ПРЕПРЕКА ЈАВНОГ ОБЈАВЉИВАЊА БАЗЕ ПОДАТАКА „ЖРТВЕ РАТА 1941–1945.“*

„Такви ‘погрешни постојци’, и ‘случајни постојци’ могу, наиме, открити најинимније ствари“.¹

Сажетак: Музеј жртва геноцида у Београду бави се прикупљањем, обрадом и чувањем података о индивидуалним и групним жртвама злочина геноцида и другим чињеницама, грађу о злочину геноцида, службена докумената, спискове жртва, сведочења, музејске експонате, фотографије, филмове, видео и телефонске снимке, књиге, медицинску и другу документацију, зајем податке од значаја за утврђивање организатора, извршилаца злочина, наредбодаваца и саучесника одговорних за извршене злочине геноцида, податке о сасиоцима жртва геноцида, итд. Музеј жртва геноцида поседује базу података под називом „Жртве рата 1941-1945.“, која је направљена на основу података сакупљених током Другог светског рата у Југославији, који је почео 1964. године, а чија је ревизија и допуна покренута 1995. База података „Жртве рата 1941-1945.“ тренутно поседује податке за око 660.000 лица различитих националности, од око 1.100.000 жртва колико се процењује да су били стварни људски губици Југославије у Другом светском рату. Правна регулатива Републике Србије не дозвољава јавно објављивање ове базе података путем интернета као што је на пример то случај са Централном базом имена жртва Холокауста Меморијалног

* Чланак је настао као резултат истраживања на пројекту „Жртве рата 1941-1945.“, које је финансирало Министарство културе и информисања Републике Србије (Годишњим уговором за финансирање Музеја жртава геноцида за 2017. годину).

¹ Јустејн Гордер, *Софијин свет*, Београд 2002, 425.

центри Јад Ващем у Израелу. Правна регулатива Републике Србије односно логичности и нелогичности у вези са јавним објављивањем базе података „Жртве рата 1941-1945.“ путем интернета су у средишњу нашег интересовања.

Кључне речи: *Холокауст, геноцид, база података „Жртве рата 1941-1945.“, Југославија, Република Србија.*

1. УВОД

У свету се све више разговара о практичном, техничком и мултилингварном приступу архивима преко интернета, као и правним и етичким проблемима и дилемама, а међу њима као најважнији проблеми употребе и злоупотребе информација. У Републици Србији до сада се није разговарало о политици отвореног приступа документима односно архивским материјалима и њиховим јавним објављивањем путем интернета. И то је један од разлога писања овог рада.

Велики број институција у свету има слободан приступ архиви путем интернета, али треба истакнути и да постоји калкулисан ризик (мали, средњи и велики) због могуће (зло)употребе јавно објављених архивских материјала. Проблеми приликом објављивања докумената путем интернета су многобројни: проблеми око интелектуалне својине, стављања на сајт копираних докумената из других архива, проблеми око права на приватност и заштити података о личности (GDPR – General Data Protection Regulation). Генерално гледано, са једне стране постоји право на слободан проток информација, али са друге стране постоји елементарно људско право на приватност. Неопходно је водити рачуна између јавног интереса на објављивање података и права на приватност.

Приступ подацима путем интернета зависи од законодавства сваке земље. Најлакши приступ подацима у Европи је у Пољској, где, захваљујући законима и допуштењу јеврејске заједнице сви документи везани за Холокауст могу да се објаве путем интернета. Тако на пример, пољски закон каже за фотографије да, ако је неко позирао, онда је дао пристанак да се његова фотографија јавно објави. Са друге стране, у Републици Србији не постоји *Закон о архивима*, па зато треба поштовати веома рестриктивни *Закон о заштити података о личности* који се односи на сва лица: жива и мртва.² И то је један од разлога немогућности објављивања базе података

² У Републици Србији је на снази застарео Закон о архивској грађи Савезне Републике Југославије, којим нису регулисана многа питања (*Закон о архивској грађи Savezne Republike Jugoslavije, Službeni list SRJ*, 12/98, 13/98). Миодраг Перишић, директор Архива

Музеја жртава геноцида „Жртве рата 1941-1945.“ преко интернета, јер садржи нарочито осетљиве податке (националност, вероисповест), али и друге податке који су заштићени *Законом о заштити података о личности* (имена и презимена жртава, име родитеља, годину рођења, итд). Проблеми око откривања персоналних података о жртвама Другог светског рата у Југославији (име, презиме, име родитеља, година рођења, националност, вероисповест, итд) због постојања *Закона о заштити података о личности* Републике Србије и непостојања *Закона о архивима* је управо у средишту нашег интересовања.

2. БАЗА ПОДАТАКА „ЖРТВЕ РАТА 1941-1945.“

Музеј жртава геноцида у Републици Србији основан је 1992. године *Законом о оснивању Музеја жртва геноцида* „ради трајног сећања на жртве геноцида над Србима, прикупљања, обраде и коришћења података о њима и остваривању обавеза из Међународне конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида”.³ Међутим, Музеј жртава геноцида није ограничен само на лица српске националности која су настрадала у Другом светском рату на простору Југославије већ „се може бавити и прикупљањем, обрадом и коришћењем података о геноциду над Јеврејима, Ромима и припадницима других народа и националних мањина”.⁴ Међу задацима Музеја жртава геноцида су да прикупља, обрађује и чува податке о појединачним и групним жртвама злочина геноцида и другим чињеницама, грађу о злочину геноцида, службена документа, спискове жртава, сведочења, музејске експонате, фотографије, филмове, видео и тонске снимке, књиге, медицинску и другу документацију, затим податке од значаја за утврђивање организатора, извршилаца злочина, наредбодаваца и саучесника одговорних за извршене злочине геноцида, податке о спасиоцима жртава геноцида. Музеј има обавезу да утврђује и ради на обележавању места страдања као и да обезбеди коришћење културно-историјске грађе и сазнања којим располаже у културне, образовне, васпитне и информативне сврхе, а путем излагања ове грађе у оквиру сталних и повремених изложби, публикација и на други начин доступним јавности. Музеј, податке које у складу са овим законом

Србије упозорио је јавност средином 2017. године да је Република Србија једина земља у Европи која нема закон о архиву. Нацрт овог закона радна група припремила је пре девет година, јавна расправа је завршена, али га Скупштина Републике Србије још није усвојила (<http://www.politika.rs/scc/clanak/380816/Srbija-jedina-zemlja-u-Evropi-koja-nema-zakon-o-arhivu>).

³ Закон о оснивању Музеја жртава геноцида, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 49/92, 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005.

⁴ *Ibid.*

обрађује и чува, прикупља од грађана, организација и органа. Један од задатака Музеја жртава геноцида је да сарађује са сродним институцијама у земљи и иностранству и организује стручне и научне скупове посвећене сећању на злочине геноцида.⁵

Поред издавачке, Музеј жртава геноцида има и разноврсну изложбену активност која покрива страдање цивилног становништва током читавог XX века на просторима бивше Југославије. Музеј жртава геноцида има и архив богат документима. Архивска грађа Музеја жртава геноцида је веома разноврсна. Садржајно гледано, односи се на злочин геноцида, али и на ратне злочине, принудна расељавања, етничка чишћења територија, покрштавања, логоре, стратишта, јаме, затворе, пљачкање и уништавање имовине, културно-историјских и верских споменика, итд. Међу најзначајнијим збиркама и фондовима Музеја жртава геноцида су: збирка грађе Одбора Српске академије наука и уметности за сакупљање грађе о геноциду против српског народа и других народа Југославије у XX веку; збирка документарних фотографија; фонд Драгоја Лукића о геноциду над децом у Независној држави Хрватској; фонд Петра-Пепе Зинаића; фонд Бранка Бокана; фонд Бранислава Божовића, итд. Поред музејске делатности, Музеј жртава геноцида бави се и научно-истраживачким радом. Најзначајнији пројекти које има су „Злочини на простору бивше Југославије у XX и XXI веку“ и „Жртве рата 1941-1945.“⁶

Најдрагоценија ствар коју Музеј жртава геноцида поседује јесте база података „Жртве рата 1941-1945.“. Она је формирана током 90-их година XX века, првенствено, на основу података са пописа настрадалих у Другом светском рату у Југославији који је обављен 1964. године.⁷

Пописна комисија је утврдила да је на попису настрадалих у Другом светском рату у Југославији 1964. године начињен читав низ пропуста при изради пописника, тако да је њиме обухваћено 597.323 лица, што је 56-59 % од оних које је требало обухватити пописом (између 1.016.000 и 1.056.000), а у које није урачунато најмање око 50.000 квислинга, као ни око 40.000 лица јеврејске и ромске националности за које није имао ко да да податке.⁸ Према томе, попис је обухватао између 51,7 и 54 % стварно настрадалих, па је на коришћење пописа стављен ембарго, који је потрајао до 1992. године. Користећи се разноврсном архивском грађом, општинским документацијама, пописима Савеза удружења бораца народноослободилачког рата за поједине општине, монографијама и хроникама појединих области, општина, насеља, црквеним књигама, анкетним формуларима, у Савезном заводу за

⁵ Вељко Ђурић Мишина, *Прве две деценије Музеја жртава геноцида*, Београд 2015, 5-21.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ *Žrtve rata: 1941-1945: Rezultati popisa*, Beograd 1966 – reprint 1992.

статистику је, уз помоћ Музеја жртава геноцида отпочео 1995. године рад на ревизији пописа који је трајао до 1999. године. Од 2003. године Музеј жртава геноцида самостално врши ревизију пописа. Циљ је да се обухвате сва лица са простора Социјалистичке Федеративне Републике Југославије без обзира на националну, верску, етничку, политичку или војну припадност, чиме би се отклонио један од основних недостатака пописа, а то је непописивање колаборациониста, као и да се идентификују лица ромске националности која нису посебно пописана 1964. године, већ се углавном воде као Срби, Хрвати или Муслимани. Ревидираним пописом је до сада обухваћено 657.128 настрадалих, што је 58,67 до 61,41 % од процењеног броја настрадалих (1.070.000-1.120.000 особа). Резултати пописа су сложени према месту рођења настрадалих, стога је извесно да је део настрадалих особа променио место боравка, што делимично утиче на прецизност изнетих података, али не у мери која би нарушила њихову веродостојност.⁹

База података „Жртве рата 1941-1945.“ садржи разноврсне податке о жртвама: име и презиме жртве, име родитеља жртве, годину рођења жртве, датум и годину смрти жртве, општину и насеље рођења жртве, узрок смрти, место смрти, националну припадност, пол, а у великом броју случајева и вероисповест жртве, број пописног листа, итд.¹⁰ Јавно објављивање неких од ових података забрањено је правном регулативом Републике Србије, што је један од узрока немогућности објављивања на интернету базе података Музеја жртава геноцида „Жртве рата 1941-1945.“, а што је предмет нашег интересовања.

На основу захтева судских органа, али и на основу захтева чланова породице настрадалог лица, Музеј жртава геноцида може издати потврду која садржи податке о настрадалом лицу које поседује база података „Жртве рата 1941-1945.“. Међутим, трећим лицима није могуће издати овакву потврду.

3. ЗАШТИТА ПОДАТАКА О ЛИЧНОСТИ

Заштита података о личности је скуп међусобно повезаних активности, техника, метода и норми којима се обезбеђује приватност, сигурност, поверљивост, расположивост и интегритет података. Подаци о личности су сви они подаци који се односе на неко одређено или одредиво физичко лице, на основу којих оно може бити идентификовано, а којима се може угрозити његова приватност. Ту спадају подаци којима се могу угрозити живот, телесни и физички интегритет, част, углед, живот породице, идентитет и име.

⁹ Наведено према: Архив Југославије, Фонд 179 – Попис „Жртве рата 1941-1945.“ из 1964. године; Архив Музеја жртава геноцида, Фонд „Жртве рата 1941-1945.“, база података „Жртве рата 1941-1945.“.

¹⁰ *Ibid.*

Подаци се односе на сва лица: жива и умрла лица, као и лица која су проглашена умрлим.¹¹

Према врсти, подаци о личности деле се на:

- 1) податке о чињеницама (име, адреса, године, зарада, вероисповест, национална припадност, политичке активности, коефицијент интелигенције, здравствено стање, осуђиваност лица, итд.);
- 2) податке о мишљењима и судовима самог појединца и других субјеката о њему (став о браку, подаци о кредитној способности, могућностима за професионално напредовање, итд.);
- 3) податке о намерама.¹²

Гледано са правног аспекта, заштита података о личности је законски механизам којим се обезбеђује приватност. Основно људско право на приватност представља право сваког грађанина да контролише своје личне информације и да одлучује о њима. Правни аспекти заштите података представљају суштину права на приватност. Право сваког грађанина на заштиту података о личности покривено је адекватним и узајамним обавезама других да га поштују. У неким случајевима, уколико то захтевају интереси јавног поретка или у случајевима прописаним законом, право на заштиту података о личности може бити нарушено. Према томе, не постоји апсолутност права на заштиту података о личности.

Право на заштиту података о личности садржи у себи више мањих права:

- 1) Право на обавештеност (о подацима који се о лицу воде, ко прикупља те податке и у које сврхе, али и достављање копије информација);
- 2) Право на одговарајуће коришћење података (коришћење од стране ауторизованих субјеката у прописаној форми и у предвиђене и прописане сврхе, као и спречавање коришћења од стране неауторизованих субјеката);
- 3) Право приступа и увид у податке (има за циљ да лице може да контролише податке који се о њему воде);
- 4) Право на исправку података (уколико су подаци нетачни или је дошло до промене);
- 5) Право на правна средства заштите (уколико лице открије неправилности у вези са подацима).¹³

¹¹ Мирјана Дракулић, *Основи комјућерског љрава*, Београд 1996, 55-57, 65-66.

¹² Стеван Лилић, „Право приватности“, *Правни живоић*, 9/1997, 885-901; Стеван Лилић, „Право, информатичка технологија и заштита података“, *Анали Правног факултета у Београду: љромесечни часоић за љравне и друшљивене науке*, 2-3/1989, 211-225; Јован Курбалија, *Увод у уљрављање инљернејом*, Београд 2011, 140.

¹³ Стеван Лилић, „Право приватности“, *Правни живоић*, 9/1997, 885-901; Стеван Лилић, „Право, информатичка технологија и заштита података“, *Анали Правног факултета у*

Правна средства заштите су правни механизми којима се штите подаци о личности и процеси везани за њих. Право на приватност односно заштиту података о личности у Републици Србији гарантује Устав у члану 42. Правне мере заштите засноване су на одређеним принципима, које су прихвати-ле међународне организације и национална законодавства како би се остварила хармонизација прописа. Најважнији принципи односе се на ограничавање прикупљања података, навођење сврхе, ограничавање употребе, забрану постојања тајних система за прикупљање и чување података, права субјеката о којима се и од којих се подаци прикупљају, обавезе и одговорност субјеката који обављају прикупљање, обраду, чување и достављање, принципе корисности, аутентичности и својине. Од степена политичког значаја који се придаје личним правима тј. заштити приватности и личних података у одговарајућим друштвено-политичким условима зависи и природа и степен правне заштите података.¹⁴

Које су опасности од злоупотребе података? Наша приватност је угрожена на сваком кораку. Сваки податак може да представља потенцијалну опасност за физичко лице посебно зато што се начини чувања, обраде, преноса и коришћења свакодневно умножавају, као и број лица о којима се подаци прикупљају. Развој информационих технологија допринео је да се подаци о лицима прикупљају од стране многих субјеката, а да тога нисмо ни свесни. Свакодневно остављамо информационе трагове своје комуникације са разлититим државним органима, јавним установама и невладиним организацијама. Онлајн плаћање кредитном картицом излаже нас разним опасностима, али и претраживање интернета носи са собом опасност, јер многи претраживачи складиште податке о нама како би направили наш профил и сазнали куповне склоности.

Међународно право је регулисало заштиту података о личности. *Европска конвенција о заштити појединца* прокламује осам принципа заштите података о личности:

1. Подаци о личности морају се обрађивати и достављати на „поштен“ и законит начин – „поштено“ достављање значи да су подаци ауторизовани од стране особа на које се односе, и да су на одговарајући начин од њих потврђене. Непоштено достављање најчешће се односи на ситуације када се прикупљају подаци који нису у складу са предвиђеном сврхом или када се не објасни у коју сврху се врши прикупљање података, када се лице доводи у заблуду да ће подаци бити тајни или поверљиви, када се до информације

Београд: тромесечни часопис за правне и друштвене науке, 2-3/1989, 211-225; Јован Курбалија, *Увод у управљање интернетом*, Београд 2011, 140.

¹⁴ Стеван Лилић, „Право, информатичка технологија и заштита података“, *Анали Правног факултета у Београду: тромесечни часопис за правне и друштвене науке*, 2-3/1989, 211-225; Мирјана Дракулић, *Основи компјутерског права*, Београд 1996, 59.

долази принудом, претњом или преваром, јер се лице убеди да је обавезно да да те податке. „Поштена“ обрада подразумева да све операције морају бити изведене тако да се добију истинити и ажурни подаци. Незаконито достављање је свако угрожавање поверења онога на кога се податак односи или га поседује, или преступ, као и крађа и превара да би до достављања неког података о личности или информације дошло. Незаконита обрада постоји када се на пример на основу тајног увођења података о националној припадности врши одабир запослених.

2. Располагање подацима о личности мора бити у складу са унапред одређеном или правно дефинисаном сврхом – може бити и више сврха, али кључно је да су оне експлицитно одређене у националним правним инструментима. Неопходно је контролисати да ли је садржај података у складу са предвиђеном сврхом и да ли је усклађено поступање корисника.

3. Подаци о личности смеју се користити или обелоданити само компатибилно предвиђеној сврси – инкомпатибилност је насилно коришћење или откривање података о личности у односу на, у одговарајућем правном акту, описане сврхе.

4. Подаци о личности морају да буду адекватни, релевантни и у довољном броју, у односу на сврху коју треба да служе.

5. Подаци о личности морају бити тачни и ажурни – овај принцип је у складу са правом појединца на исправку. Ажурирање података преузима се када је то потребно, а у складу са његовом сврхом и природом. Подаци су нетачни ако су некоректни или доводе у заблуду било који део чињенице везане за појединца.

6. Подаци о личности не смеју се држати дуже него што је потребно – период чувања података одређен је сврхом због које се прикупљају и меморишу. Када се подаци скупљају због више сврха, узима се најдужи предвиђени период и његовим истеком подаци се бришу.

7. Субјекат података мора бити упознат о вођењу података о његовој личности и о могућностима приступа.

8. Мере сигурности предузимају се против неауторизованог приступа, мењања, откривања и уништења података о личности – принцип обухвата и намерно вршење ових радњи и случајно губљење и уништење.¹⁵

У савременом друштву правна регулатива штити злоупотребу односно коришћење података у недозвољене и нелегитимне сврхе. Међународна

¹⁵ Закон о заштити података о личности, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 97/08, од 27. 10. 2008. године, 104/09 – др. Закон 68/2012 – одлука Уставног суда и 107/2012; Стеван Лилић, „Право приватности“, *Правни животи*, 9/1997, 885-901; Стеван Лилић, „Право, информатичка технологија и заштита података“, *Анали Правног факултета у Београду: тромесечни часопис за правне и друштвене науке*, 2-3/1989, 211-225; Јован Курбалија, *Увод у управљање инђернејом*, Београд 2011, 140.

правна регулатива заштите података о личности зачета је 1981. године када је Организација за економску сарадњу и развој (ОЕСД) прихватила *Смернице за заштити приватности и прекограничних токова података о личности*, а исте године је у Савету Европе усвојена *Конвенција о заштити појединаца у односу на аутоматску обраду личних података*. Следећи корак је био усвајање у Генералној скупштини Организације уједињених нација 1990. године *Смерница које се односе на комјутеризована досијеа података*. Комисија Европске уније о правним аспектима електронске размене података (ЕДИ) донела је 1994. године *Прејоруку Евројског Модела ЕДИ споразума. Директива о заштити појединаца у односу на обраду података о личности и слободном кретању таквих података* донета је 1995. године. У Европској унији и у Савету Европе је 28. јануар прихваћен као Дан заштите података о личности.¹⁶ Европски парламент и Савет Европске уније усагласили су текст *Генералне уредбе о заштити података о личности*, па је од 2016. године у Европској унији на снази јединствен правни режим заштите података о личности.¹⁷

Република Србија је 2008. године усвојила *Закон о заштити података о личности*.¹⁸ Тим законом се уређују услови за прикупљање и обраду података о личности, права лица и заштита права лица чији се подаци прикупљају и обрађују, ограничења заштите података о личности, поступак пред надлежним органом за заштиту података о личности, обезбеђење података, евиденција, изношење података из Републике Србије и надзор над извршењем овог закона. Послове заштите података о личности обавља Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, као самосталан државни орган, независан у вршењу своје надлежности.¹⁹

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Чланом 6. *Закона о заштити података о личности* Републике Србије дозвољена је обрада података у историјске, статистичке или научноистраживачке сврхе. Музеј жртава геноцида је законом о оснивању овлашћен да прикупља податке о настрадалим лицима током Другог светског рата у Југославији. Међутим, проблем је што овај закон није предвидео објављивање

¹⁶ <http://www.poverenik.rs/sr/saopstenja-i-aktuelnosti/2525-evropski-dan-zastite-podataka-o-licnosti.html>.

¹⁷ *Уредба (ЕУ) Евројског парламента и Савета о заштити физичких лица у односу на обраду података о личности и о слободном кретању таквих података и о савлађању Директиве 95/46/ЕЗ ван снаге*, од 27. априла 2016. године.

¹⁸ Закон о заштити података о личности, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 97/08, од 27. 10. 2008. године, 104/09 – др. Закон 68/2012 – одлука Уставног суда и 107/2012.

¹⁹ *Ibid.*

тих података путем интернета. У Закону о оснивању наведено је да Музеј жртава геноцида „има обавезу да утврђује и ради на обележавању места страдања као и да обезбеди коришћење културно-историјске грађе и сазнања којим располаже у културне, образовне, васпитне и информативне сврхе, а путем излагања ове грађе у оквиру сталних и повремених изложби, публикација и на други начин доступним јавности“. Међутим, објављивање односно откривање података о личности настрадалих лица током Другог светског рата у Југославији у сукобу је са *Законом о заштити података о личности* Републике Србије. Подаци као што су: име и презиме жртава, име родитеља, година рођења и датум и година смрти жртава, вероисповест и национална припадност су спорни, јер њиховим објављивањем се могу повредити част, углед и идентитет жртве или њених наследника, али се ти подаци могу и злоупотребити у друге сврхе.²⁰

Закон о заштити података о личности Републике Србије се не примењује на податке који су јавно објављени. Савезни завод за статистику је 1992. године уредио и обрадио материјал и унео податке са пописа настрадалих лица из 1964. године у рачунар. Тако су формирана база и регистар жртава. Резултати пописа одштампани су у неколико књига 1992. године. Прикупљени подаци од 1992. до 2008. године за око 60.000 жртава Музеј жртава геноцида је одштампао 2009. године у два примерка. Међутим, ово није јавно објављивање података, већ публикације које се користе за интерну употребу у Музеју жртава геноцида, Архиву Југославије и Републичком заводу за статистику. Такође, регистар жртава у пдф формату може се наћи на бројним сајтовима у земљи и иностранству, а доступан је и преко сајта Музеја жртава геноцида. Треба нагласити да регистар жртава садржи много мање података него база података „Жртве рата 1941-1945.“.

Члан 8. *Закона о заштити података о личности* Републике Србије у ставу 1 наводи да обрада података није дозвољена ако: „физичко лице није дало пристанак за обраду, односно ако се обрада врши без законског овлашћења“. Приликом пописа настрадалих у Југославији 1964. године није било предвиђено да се подаци јавно објављују, а како није постојала ни законска регулатива, онда није било потребно тражити дозволу за њихово објављивање од лица која су дала податке. Када је започео рад на ревизији пописа и допуни спискова настрадалих у Другом светском рату у Југославији 1995. године, такође није било законске регулативе у тадашњој Савезној Републици Југославији која би регулисала обраду и заштиту података о личности, па није било потребно тражити дозволу за њихово објављивање од лица која су дала податке о жртвама. Управо је један од разлога немогућности објављивања базе података „Жртве рата 1941-1945.“ путем интернета, непостојање дозволе лица која су дала податке о жртвама.

²⁰ *Ibid.*

У Закону о оснивању Музеја жртва геноцида није наведена могућност објављивања података настрадалих лица путем интернета. Како би се овај проблем превазишао, могућа су три решења. Обзиром на садашње стање, односно када се у Републици Србији припрема *Закон о оснивању Меморијалног центра жртвама Другог светског рата*, могуће је усвојити законску одредбу по којој би база података „Жртве рата 1941-1945.“ била доступна јавности, и да се на захтев сваког лица које има правни интерес уклоне одређени подаци из јавно доступне базе. Друго решење, али не најбоље и најсрећније, јесте да се направи нова база података „Жртве рата 1941-1945.“ која би поседовала само неопходне податке, односно само имена и презимена настрадалих, док би други, осетљиви подаци, били заштићени односно недоступни јавности. Ово друго решење захтевало би велике материјалне и људске ресурсе, а таквом базом података не би се постигло много. Треће, и најбоље решење је доношење *Закона о архивима*, а који сада не постоји у Републици Србији, па треба поштовати веома рестриктиван *Закон о заштити података о личности*.

После завршетка Другог светског рата, у Југославији су процесом асимилације захваћени бројни Јевреји, па су се најчешће изјашњавали као лица српске и хрватске националности (два најбројнија народа у Југославији). Објављивањем базе података „Жртве рата 1941-1945.“ на интернету могло би да се открије њихово порекло, што би представљало повреду права на приватност, јер у Републици Србији грађанин није дужан да пружи информацију о својој етничкој односно националној припадности.²¹ Такође, треба имати у виду да је у Другој Југославији било веома много мешовитих бракова, па треба заштити и људе који не желе да открију свој идентитет и обезбедити им да остану у сенци. Базу података „Жртве рата 1941-1945.“ Музеја жртва геноцида није могуће учинити доступном јавности, јер садржи нарочито осетљиве податке (национална припадност, пол, добрим делом и вероисповест жртве), али и друге податке које штити *Закон о заштити података о личности* Републике Србије (име и презиме, име родитеља, година рођења, датум и годину смрти, итд.). Посебна ствар је што нису сви подаци у бази података „Жртве рата 1941-1945.“ тачни, односно процењује се да је најмање 3-10% података подложно ревизији. Најчешће су у питању грешке код година рођења и датума смрти, али је, везано за нашу тему, највећи проблем евиденција националности жртава.²²

²¹ База података „Жртве рата 1941-1945.“ садржи податке за око 52.000 лица јеврејског порекла. Такође, многа лица ромске националности су евидентирана као лица српске, хрватске или неке друге националности.

²² Евиденција лица из мешаних бракова, из породица захваћеним асимилацијом, лица која су се изјашњавала као Југословени, итд. Чланом 8. *Закона о заштити података о личности* Републике Србије у ставу 8 уређено је да обрада није дозвољена ако „је податак неистинит

Bojan D. Đokić, Senior Research Fellow
Museum of Genocide Victims, Belgrade
bojandjokic2005@yahoo.com

Serbian Legislation as a Barrier to Public Disclosure Databases „Victims of War 1941-1945.“

Abstract: *Museum of Genocide Victims in Belgrade engaged in the collection, processing and storage of data on individual and group victims of crimes of genocide and other facts, the structure of the crime of genocide, official documents, lists of victims, testimony, museum exhibits, photos, films, video and sound recordings, books, medical and other documentation, information relevant to the determination of the organizers, the perpetrators, commanders and accomplices responsible for crimes of genocide that were carried out, details of the rescuers of victims of genocide, and so on. Museum of Genocide Victims has a database called „Victims of War 1941-1945.“, which was based on the list of victims during the Second World War in Yugoslavia, which began in 1964, and whose revisions and additions were launched in 1995. Database „Victims of War 1941-1945.“ currently holds data for about 660,000 persons of different nationalities, from about 1.1 million victims how much it is estimated that there were real human losses in Yugoslavia during World War II. Legal regulations of the Republic of Serbia do not allow public disclosure of the database via the Internet, such as for example the case with the central database of names of victims of the Holocaust Memorial Center Yad Vashem in Israel. Legal regulations of the Republic of Serbia and logic and illogicality regarding the public disclosure of the database „Victims of War 1941-1945.“ on the internet are the focus of our interest.*

Keywords: *Holocaust, genocide, database „War victims 1941-1945.“, Yugoslavia, Republic of Serbia.*

Датум пријема рада: 20.06.2017.

и непотпун, односно када није заснован на веродостојном извору или је застарео“. Музеју жртава геноцида податке често дају чланови шире породице жртава који нису потпуно сигурни у истинитост података, као и пријатељи и комшије жртава, итд.

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ
АУТОРЕ

*Veronika Szikora, Ph.D., Associate Professor
University of Debrecen
Faculty of Law
szikora.veronika@law.unideb.hu*

*Gabor Szilagyi, Master Studies Student
szilagyi.gaben@gmail.com*

NEW DANGEROUS PRACTICE ON THE HORIZON? LEGAL ASPECTS OF DRONE USAGE

Abstract: *The reason why we have chosen this topic for the subject of this research is the new technologies emerging around us, particularly the unnamed aerial vehicles (UAV). In Hungary, similarly to some other countries, there is a gap in legislation concerning the use of UAV.*

The UAV technology raises many questions since these vehicles can be used for several purposes. It is necessary to analyze in depth the legal environment of UAV and to change our perspective as it is not enough to consider the legal context; technical and other aspects should be taken into consideration too.

Most academic sources related to the usage of UAV focus on the military use of the technology. In our research, we put an emphasis on the various aspects of civil law; the reason for this approach is that we consider the legal restrictions concerning the ordinary vehicles used for everyday purposes and not for governmental ones.

The main goal of our paper is to study how the usage of UAV can be legally controlled. This question is important as the number of these vehicles are gradually growing. This tendency raises several legal issues like privacy or tort.

In our research, we have analyzed international laws and regulatory plans, national laws, and draft legislation. The „abnormally dangerous activities” that appear in the title of the paper is an indication that we consider the liability aspect of the problem an important issue.

The other aim of our paper is to make a proposal to set up a work group that is going to work out the regulations in detail. Legislators and researchers could participate in the work group, among whom technical and legal professionals may merge their forces.

Keywords: *Civil UAV, Civil drone, Civil liability, Dangerous practice.*

1. INTRODUCTION AND OBJECTIVES

In today's rapidly changing world, new elements and contents have emerged in our physical and legal environment, which, in addition to traditional classical legal thinking and methods, call for a more appropriate approach among lawmakers and law enforcers as well. This challenge is clearly shown in solving the legal problems arising from the operation of unmanned vehicles.¹

The theme selection was generated by the recognition that unmanned vehicles, including unmanned aerial vehicles, i.e. drones (according to English terminology: UAVs), appear not only in the air, but also on the legal horizon, and that drones will be the focus of not too distant future disputes and scientific exchanges.

The legal problem of unmanned vehicles is basically related to liability issues arising from the issue of responsibility, from which available research results have already been produced, and disputes have already emerged at the trial stage about accidents, from which court orders have come forth. These issues, due to the wide spread use of drones, are soon to be expected in this area – away from the ground.

Even in the five-thousand-year-old Greek myth of Icarus, the curiosity of human nature appeared to conquer nature; “Who would never have dreamed of flying?”² Man is striving to conquer nature, which is not subject to certain human domination.

The question asked in the title: “A new hazardous practice on the horizon?” is an alert. Can flying a drone be regarded as a really dangerous practice? Can the hazardous practice scope be expanded by the drone? In answer to the question – as a hypothesis – we declare: yes, but arguments can also weaken the foundations of our finding.

According to the state of the technology today, drones do not carry people, but it is conceivable that they may in the future, and it is even feasible with the advances in technology. It is clear the dangerous practice nature of them is without any doubt. On the horizon, we can plan for the near and more distant future, but the occurrence of these future events cannot be seen in advance, so this is why it is necessary to leave the question open.

The thesis deals with issues relating to the state of technology in the present day, and it addresses and provides adequate legal responses. It is important that the follow-up of technical progress and appropriate legal conclusions are inseparable from each other.

Several areas of application of drones can be examined, which may be state, military or other aspects. The paper focuses on civic, hobby and commercial activities.

¹ The closing date of the manuscript: October 25, 2016.

² Berényi, 1998, 34.

During the exploration of the literature about drones, we found that a large number of sources are available, but most of them are aimed at military (tactical) usage. The sources and the literature that examine the relations between civil use and law can only be found in a very limited number. It also shows that this area is still “expanding its wings”, as this usage aspect has appeared in the market over the past few years and became available to the household user.

Drone technology embraces questions and opportunities that many people cannot imagine, and the potential for use can only be limited by our imagination. Based on these findings, it can be said that the possibility of legal regulation of drones, and their in-depth and complex analysis is still waiting for itself, but its necessity can be justified without any doubt. One of the goals of the thesis is to add something to this discussion, and to answer the questions.

This topic is only worth investigating effectively in a multidisciplinary way. In addition to civil law, the thorough and complex examination of administrative law, criminal justice and other disciplines, the image of the legal judgment of drones can be developed. In view of this diversity, we have taken into consideration the relevant legislation currently in force, in particular the Act V of 2013 on Civil Code (hereinafter referred to as “Ptk”) and the Act XCVII of 1995 on Air Transport (hereinafter Lt), and also judicial decisions, legislative proposals, professional positions, and recommendations of international organizations and international jurisprudence.

Analysis of emerging issues requires a new approach, requiring a paradigm shift. By writing this thesis I had an additional aim to make a forum for the elaboration, coordinated and planned research of each subfield, with a well-constructed and defined concept.

In addition, we will try to identify the groups of questions that should be developed and elaborated later by a working group. Our aim is to encourage the setting up of a multidisciplinary working group in which researchers and practitioners could participate alongside the legislator. We would also like to take part in the work of the working group.

2. THE DRONE AS THE SUBJECT OF LEGAL RELATIONS

There is a long list about legal relationships in which the drone is displayed as an object of legal relationship, including: sale, gift, transportation, liability for damage caused out of contract, or even a breach of unjust enrichment, finding, and personality rights.

The history of drones dates back to the first half of the 20th century. It was basically developed for military purposes and is currently actively used in this field, and in many cases with models with more than 20 m wingspan lengths.

The most important reason for the spread of drones is that, like in case of model flyers, the driver is not on a plane, but controls it from a remote location with a computer or controller, and there is a continuous live-picture connection between the controller and the aircraft. This is particularly important for tactical reasons because it does not directly jeopardize the physical integrity of a pilot in the event of a flight into a dangerous area.

There are multiple attempts around the world to the wide application of drones. For example, Amazon.com wishes to ship their package ordered on their web store (PrimeAir service³). In the event of various accidents, the defibrillator will be transported on a drone for immediate care.⁴ Agricultural usage will have a potential usage opportunity as well. It will be suitable for police, fire-fighting and disaster protection purposes, as it is possible to fly into dangerous locations without endangering human life or to assess industrial accidents. Larger-capacity devices can even directly contribute to the rescue as they can deliver life jackets, smaller air filters, or oxygen masks for those in danger.

Based on the cumulative sales data of the three most popular drone manufacturers, the graph below shows an increase of more than twice a year, which shows that the number of legal relationships with drones has more than doubled.

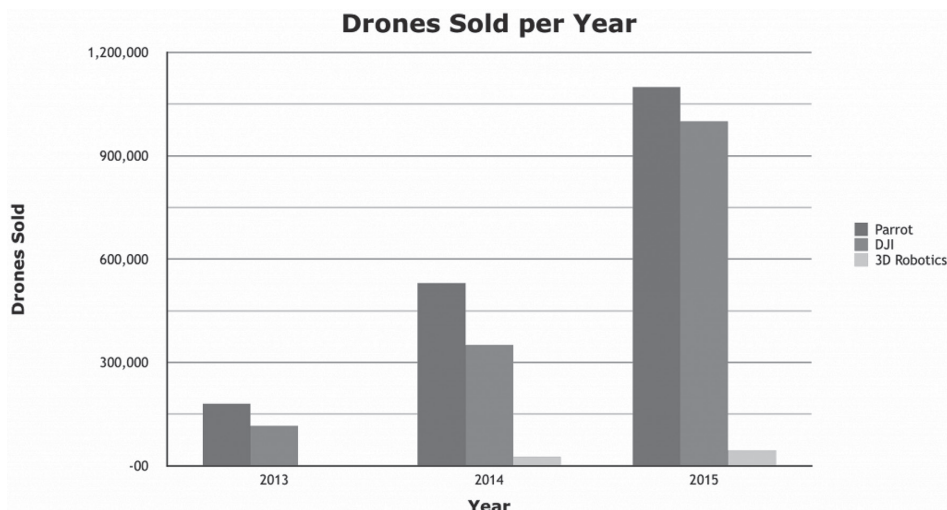


Figure 1 – Estimated drone sales annually.

Source: Amato, 2015

³ Amazon Inc, Amazon Prime Air, <https://www.amazon.com/b?node=8037720011>, 17 Apr 2016.

⁴ Drone America, Drone America and AMR Collaborate to Make Emergency Drones a Reality., source: Drone America: <http://www.droneamerica.com/news/drone-america-and-amr-collaborate>, 04 Dec 2014).

The number of activities carried out by remote control aircraft will increase considerably and this will result in a growing number of new jobs. An American industry study⁵ has predicted that the integration of these devices into the national airspace will create more than 70,000 new jobs in the US over the first three years, with over 13.6 billion USD in economic output.⁶

In Europe, up to 150,000 new jobs are indicated in the same industry by 2050, in addition to maintenance services.

Drone utilization has enormous economic potential both for developing and developed countries, but considering international examples, it is easy to see that the existing aviation regulations are inadequate for their use, as they have technical parameters for which the legislature was/could not be ready for. For their regulation, we are waiting for the creation of detailed and compliant norms in several areas, thinking of life and property protection, personality protection or national security considerations.

Certain technical constraints imposed by some countries' legislators are disproportionate and unrealistic. In the next analysis, I will examine the necessity and usefulness of making the substantive legal norm.

Strengths “S” Appropriate infrastructure to match technical standards and legislation. Memberships of international organizations. Marketable prices and need for market demand.	Weaknesses “W” Legislation is far behind technical innovations. The lawyer and the legislator do not make the most adaptable legal statements to technical progress.
Opportunities “O” As a result of international membership, the legislator is familiar with precedents and recommendations. With proper regulation, the state can earn significant extra revenue. A realistic opportunity to create a large number of new jobs.	Threats “T” Significant number of users and this makes controlling much more difficult. Much of the use of drones is a potentially dangerous activity It is difficult to avoid damage if the drone is unmanageable.

Figure 2 – SWOT analysis

⁵ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – A new era for aviation – Opening the aviation market to the civil use of remotely piloted aircraft systems in a safe, 2014.

⁶ AeroSpace and Defence Industries Association of Europe, ASD estimation

3. OUTLINE OF DOMESTIC REGULATIONS FOR DRONES

Regarding the usage of the drone, that 216/2008/EK European Parliament and Council Regulation about the common rules in the field of civil aviation and establishment of European Aviation Safety Agency, and repealing 91/670/EK Council Regulation, 1592/2002/EK Regulation and 2004/36/EK directive regulation, it declares, that remote controlled aircraft with more than 150 kg are regulated by the European Aviation Safety Agency. In the case of under 150 kg cases, it is under the competence of the Member States.

The Act on Aviation in Force⁷ does not explicitly mention drones and no other substantive legal norms are known on this subject, however, the provisions of the Act are considered relevant to the use of drones.

Since these devices are not linked to registration (as we have seen above), their number is unknown in Hungary, but based on an in-depth interview with official representatives, it can be estimated that there over 10,000 in the country and their appearance was observed at the beginning of 2013. Their domestic legislation is in progress, and the staff of the National Transport Authority (NKH) are involved in the preparatory work of the law.

In view of the legal gap, NKH uses analogy until the formation of relevant legislation (and until its entry into force). According to the information provided by the Authority, flights can be divided into two groups – depending on the nature of the task:

Activities carried out with the aim for the purpose of receiving a reward,

Activities carried out privately, for hobby related purposes (without reward)

On this basis, the authority issues “individual licenses”⁸ for activities carried out with an aircraft for a reward. For work with a drone, an ad hoc and/or restricted airspace permit is required depending on the activity and work area. It is important to mention that according to NKH, the deadline for normal administration is 21 days, which may be in a positive direction (as it may be necessary to obtain certain other authority resolutions, obtaining security analyses) or in negative directions (if the applicant fulfills all the conditions properly). Depending on the type of airspace required for the operation, both permits are required simultaneously.

The second case is the usage for hobby related purposes (for private use), for which there is currently no need to obtain an authority license. However, it is important to note that in this case, the owner of the vehicle is fully criminally liable for accidents during use and for material damage or for breaches of aviation rules. Based on these, the recommendation according to NKH’s statement is as follows: the assets are used only by the owner over the property he owns, i.e. it is

⁷ 1995 XCVII. Act on aviation (hereinafter Lt.)

⁸ NKH terminology

expedient to avoid the property of other natural or legal persons or public areas. It is strongly advisable to avoid flying above people.

One of the biggest questions is that who, where and for what purposes the flight should be allowed? It is conceivable that the devices can be operated by anyone or only with a license or other similar certificate. How old can someone be, and how can the drone be categorized in civil aviation? The current Hungarian legislation, apart from the Lt., affects the use of drones, but does not give clear answers to all questions.

With regard to the future Lt. modification, it is presumed that these standards will have to be adapted to this special aircraft. The elaboration of the detailed rules will in any case require the establishment of a team of experts, since drones may, in certain cases, be subject to specific rules appropriate to their use.⁹

The Hungarian legislation draft is compiled by NKH, taking into account the views of all organizations involved in the use of drones, authorities or security services during the preparation. The draft law will take into account the provisions of Lt., and it is necessary to examine the opinion of the National Media and Communications Authority about spectrum licenses. In addition, consideration should be given to the authorization of aerial remote sensing and the regulation on the use of remote sensing data. In addition, personality issues and possible national security risks arise as well.¹⁰

It is worth mentioning that, as ratifying international contracts, a historic declaration in the Hungarian legal system, dating back to 1944 and Chicago Conventions, deals with unmanned aerial vehicles as follows: *“An aircraft capable of flying unmanned and over the territory of the Contracting States without a pilot, with the special permission of that State and in accordance with the terms of the permit. The Contracting States undertake commitment to inspect unmanned aerial vehicles in the areas open to civil aircraft which ensure the smooth transport of civil aircraft.”*¹¹

On September 5, 2016, JEF / 71710/2016-NFM regulation of the Ministry of National Development was published on the amendment of Act XCVII of 1995 on the Public Aviation Act.

The draft contains the following major additions:

It would introduce compulsory electronic contact with non-pilot aircraft during the administration. According to the detailed explanation of the draft law, this would be achieved through the reduction of government bureaucracy, in order to simplify administrative burdens and administrative procedures, this electronic contact would be carried out with unmanned vehicle operators and the request for

⁹ Government Decree on the use of Hungarian airspace, 4/1998. (I 16)

¹⁰ Boóc, 2015, 219-222.

¹¹ (25) of Legislative Decree 1971.

licenses, as most of the administrative arrangements (for example: ad hoc airspace applications, registration) between the authority and the client does not necessarily require personal presence.

It would have disposal of those aviation activities with unmanned aerial vehicles which could be continued after notification to the Authority. However, it should be noted that, due to the large number and rapid spread of unmanned aerial vehicles, the scope of the fines would be widened, and in addition to the aviation authority, the police should also be entitled to give a fine.

It would complement the current law that the companies should include the operation of a website and mobile application that supports current airspace information and other restrictions supporting the use of unmanned aerial vehicles. At this point it should be noted that under the Company, we are talking about the HungariaControl Hungarian Air Traffic Services, which is a Private Limited Company. Regulatory control of unmanned aerial vehicles is a prerequisite for the drivers of these vehicles to know which areas or airspace they cannot fly into. Regulatory control of unmanned aerial vehicles is a prerequisite for the drivers of these vehicles to know which areas or airspace they cannot fly into. These areas include a detailed explanation of protected areas and protected objects, areas that are changing in space and time, thinking about disasters, accidents, or the movement of protected persons. In the statutory application, an authorized person may designate unmanned aerial space as a restricted airspace, and through applications, users of the devices may be aware of this, and with this information they may also be aware of the airspace that is prohibited for them.

The draft legislation would define the concept of an unmanned aviation as follows: a civil aircraft designed and operated in such a way that its operation is not carried out by a person on board.

The proposal for modification concerns the training of national and non-national pilots of airplanes and the designations of training personnel, the rules of the airworthiness review, detailed rules for issuing and suspending the airworthiness certificate, and detailed regulations of unmanned aerial vehicle operations and operating regulations, in such a way as it will authorize the minister to draft a decree.

The legislation draft would omit the designation of “non-registered aircraft” and use the term “air vehicle and unmanned aircraft”. For a detailed explanation, the two categories will be subject to separate regulation, so the leaving of concept is justifiable. Aircraft models will be subject to the same rules for uniform regulation, as unmanned aircrafts, so the concept of air vehicle model will melt into the concept of unmanned aircrafts. It is to be noted that the detailed rules of the records are not contained in Lt, so they will be transferred to the Ministerial Decrees along with the rules of registration. It is an important development that, for the purpose of regulatory relief, the keeping of the records of the aircrafts – as the

necessary data is available for them – can be carried out by specially authorized organizations.

The legislation draft has also disposal of air traffic controller license as follows: “There is no need for air traffic controller license for air defence flight attendance.” which is replaced by the following text: “There is no need for air traffic controller license for air defence flight attendance, and for unmanned air vehicle if the conditions laid down in the Ministerial Decree on unmanned air vehicles are fulfilled.”

4. CIVIL RIGHTS ISSUES

4.1. Civil Rights Liability Issues Related to Drones

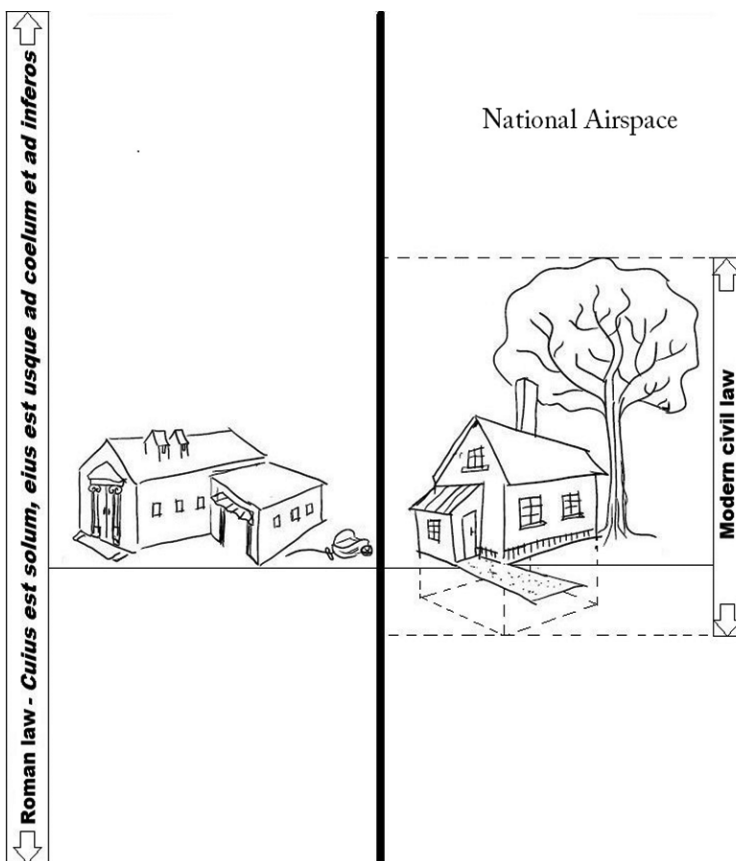


Figure 3 – Illustrating the scope of ownership
Source: The authors own figure

The above figure serves to illustrate why the current legal approach is problematic for use of the drone just above our own property. John Cobb Copper, an American aviation lawyer, argues that in Roman law thinking the owner of the property (land) has given such rights, that he has unlimited protection in the airspace of his area, without any altitude restrictions.¹² But in modern civil law, there are big differences in this area, for we know that the state is the sole owner of the airspace and the treasures of the earth's depth under the ground. Based on these, it can be stated that the owner's power only extends until the area where he can build: above until the "chimney top" and down until the "bottom of the cellar".¹³

If we want to establish a delicate responsibility, it is important to think about how to identify the person who is causing the damage or if it is not possible to determine who is responsible for damages? Our first thought may be that the owner is responsible (*casum sentit dominus*), however, in the case of a remote-controlled device without a current registration and a registered unique identifier (such as a register), the issue is how to reveal the identity of the owner.

The thesis does not intend to detail the distinction between general and dangerous operational responsibilities, but in the knowledge of these, it will be necessary to define the cases in which the drones have general or liability form of responsibility for the increased risk.

What happens if someone harms another? What is the degree to which he is responsible, and based on which code of responsibility should we judge the question? Can there be a meeting of dangerous practices, and if so, what is the basis of judicial practice to decide on the perpetrating ability of the perpetrators?

In the present case, the dangerous practice scope is determined by judicial practice and legal content, and there is currently no established position relating to the drone, therefore it is suggested that not only judicial practice should formulate this question (considering all the circumstances per individual event), but the law determines the cases and parameters in which the use of a drone is considered to be a dangerous practice. This is dictated by simplicity and expediency as well and it is also required, and it also points to uniform judicial practice.

In discussing the responsibility issues, we must first discuss the type of responsibility that the activity with the drone can include. In this case, can we talk about a general responsibility issue if a drone-related activity causes damage? Can conjunctive conditions possibly be necessary for its establishment?

Certification of the unlawful conduct of a damaging person as an objective criterion can be accomplished without further action, since the unlawfulness results from the damage caused, namely, if the law does not make an exception, then all wrongdoing is unlawful, since the law declares the banning of the wrongdoing.¹⁴

¹² Copper, 1968, 55.

¹³ Sipos, 2015, 26-28.

¹⁴ BDT2005/1261.

Illicit behaviour must result in damage as an objective criterion.

There must be a causal link between the unlawful behaviour of the perpetrator and the damage suffered as an objective condition. In our view, this condition is realized in most of the cases, since the fact that the perpetrator could not see or anticipate the fact of the damage would be difficult to accept, knowing the dangers of flying.

Lastly, the culpability, that is, the behaviour of the perpetrator in a given situation which is socially expected.

In summary these issues, in our view, the use of a drone is generally an activity with increased risk, but the devices must be differentiated because of their spread and variability.

There are stricter rules than the general damage liability rules when examining the responsibility of the person in charge of a highly risky activity, *“Anyone who does an activity with increased risk of damages shall be obliged to compensate for the resulting damage.”*¹⁵

Damage liability arising from a dangerous practice is a special form of damage, as the definition of increased liability does not include wrongful conduct certification. This means that increased liability with an objective nature creates a liability for damages, even if the causative has occurred by accident, however, it is possible to demonstrate the causal link between the damage suffered and the activity with increased risk.¹⁶

Why is it important to separate the liability forms in examining the question of the liability of drone damages? The answer will be obtained from the judicial practice from which can be seen what law enforcement sees as dangerous practice, and in this round, BDT 2010/2236. should be particularly highlighted, according to which: “A radio-controlled air vehicle model is a dangerous practice, so its operator is responsible for damaging under the rules of liability for activities with a high risk of danger.” In this case, the court found that frequency interference was the “internal cause”¹⁷ of the operation and this resulted the uncontrolled state of the aircraft model and thus caused a major accident.

It can be said related to BDT 2010/2236. referenced above, that in a model air vehicle racing contest in 2006, one of the model aircraft owned by the defendant became unmanageable three minutes after the launch of the demonstration and fell into the audience at high engine speed. As a result of the accident, the claimants’ parents lost their lives. The Szekszárd City Public Prosecutor’s Office subsequently terminated the investigation against the defendant for reckless endangerment offenses committed within occupation. The reason for the decision

¹⁵ Ptk. 6:535th §.

¹⁶ Sipos, 2015, 25-28.

¹⁷ Vékás, Vörös, Tanulmányok az új Polgári Törvénykönyvhöz, 2014, 282.

Vékás, Kommentár a Polgári Törvénykönyvhöz – Kommentár a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvényhez, 2014, 2269.

was that the exact cause of the accident could not be established and no result could be expected from the continuation of the investigation.

Claimants brought an action for damages of HUF 46,000,000 against the defendant because, according to their reasoning, the defendant, as the operator of the air vehicle model continues an activity with an increased risk, and he cannot save himself with an unavoidable cause outside the scope of the increased risk activity. The defendant claimed that the action should be dismissed because, in their view, it was not the use of an increased risk of accidents (flying), nor the subject of that (air vehicle model) nor its failure was the cause of the accident, but the outside frequency usage which negatively influenced the air vehicle model management.

In its interlocutory judgment the Court of First Instance stated that the defendant was liable for damages to the claimants as a result of the accident, since the air vehicle model operator was required to be held responsible for the damages caused by the operation of the air vehicle model under the rules of operation. If he wanted to be exempt from liability, he should have demonstrated that the accident was caused by an unavoidable cause outside the scope of the air vehicle model. However, on the basis of the evidence, the precise cause of the accident causing the damage event could not be determined, so it cannot be established that the cause of the damage is unavoidable and is beyond this unavoidable cause for the activity with increased risk.

The case got to second-degree appeal, where the court considered that the evidence obtained by the judicial expert in the course of the investigation and submitted to the trial material provided sufficient evidence to determine the cause of the accident. The court also evaluated the Civil Aviation Security Organization's final report that all types of radio control, whether analogue or digital, and the control equipment are exposed to interference as well. In the field of aerial modelling, frequency interference cannot be excluded.

The court of second instance, unlike the court of first instance, found that the aircraft model accident was caused by the disturbance of the air vehicle's receiving equipment. However, it considered it appropriate to conclude that the operation of the air vehicle model is a highly risky activity and liability should be judged according to the rules of this form of liability.

It is important to point out that the court's reasoning is that frequency interference in the area of radio control is not an unexpected, rarely occurring physical impact, but a physical phenomenon that needs to be expected with all kinds of radio control. The perceived interference disturbance therefore had to be assessed as the cause of the activity with the increased risk.¹⁸

It can be stated that, if someone does harm by such a device and we judge the question according to "dangerous operation" rules, then the operator of the

¹⁸ Published: Judicial decisions: 04/04/2014.

drone can only be exempted from liability for damages caused by the drone if he can prove that the damage is beyond the scope of its activity, and it happened because of an unavoidable reason, so in case of an improper manoeuvre or a technical failure, the operator will be responsible for it.

In the case of a free fall of a device with a total weight of 8 kg, it falls with about 50 m/s with 10.000 J of energy impact rate, while with similar parameters, but with a parachute, this means only 7.2 m/s and 205 J of energy. The speed of about 50 m/s means about 180 km/h which poses a significant threat, so the form of activity liability with increased risk can be established basically for all drones, except for devices classified as general category of liability by weight, about which I will write in detail in the *de lege ferenda* proposal chapter.

Even a minor mistake in drone flying can result in serious damage, so clear and quick identification is important in case of damage. Again, I must point out that it will be crucial in the future that the responsible person be properly identified (most likely the owner) and to have adequate coverage for future financial obligations. An appropriate method of identification can be an individual – whether electronic (e.g. chip) or manual (e.g. identification number) – identification for the devices, because if this is not available, then in case of any damage to the device, the operator or owner is unknown.

One of the functions of compensation is the reparation that involves compensating the loss of the injured party as soon as possible (restore balance of wealth). In the above case, the operator/owner will be found only on a disproportionately high cost and time-consuming basis, which could damage this function of compensation.

The current liability insurance system was basically based on aircrafts with pilots.¹⁹ The weight of air vehicle sets the minimum insurance fee at 500 kg, and the amount of the coverage depending on that. According to my suggestion, this category should be expanded. Appropriate categories should be assigned where there is no need, or there is a recommendation and where there is a mandatory liability for motor liability insurance.

The following two fictitious legal cases are trying to point out what the differences are and similarities between the remote-controlled car and the drone which can be considered as a toy.

Case A

The adult Tom is playing with his remote-controlled car on the beach (in a section where adults and children play as well), which is recommended by the manufacturer's documentation and is permitted for people over the age of 14. On

¹⁹ Regulation (EC) No 785/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on insurance requirements for air carriers and aircraft operators

the beach, Mary walks along barefoot towards the hotel, with her recently bought porcelain vase in her hand. Tom detects Mary's approach towards the small car and directs it to another direction, but Mary steps barefoot on the small remote-controlled car directed by Tom, which frightens her (and does not hurt her) and she drops the porcelain vase, which breaks. How will Tom answer for the broken vase?

When solving the legal case, it is unlikely that Tom will be questioned on the basis of the responsibility for the activity with increased risk. According to the rules of general responsibility, Tom can be exempt from the compensation of damages because his conduct to cause damage cannot be determined.

Case B

Adult Tom is playing with his small size (under 250 g) drone on the beach (in a section where adults and children play as well), which is recommended by the manufacturer's documentation and is permitted for people over the age of 14. Mary walks on the beach towards the hotel with her recently bought porcelain vase in her hand. Tom detects Mary's approach and directs the drone to another direction, but it touches the hand of Mary, which frightens her (and does not hurt her) and she drop the porcelain vase, which breaks. How will Tom answer for the broken vase?

If we do not differentiate, then during the use of drones, it would be a plausible answer that the use of the drone would be a potentially dangerous activity, so Tom could not excuse himself by not being blamed for his activity. Here, we can see that this approach would be exaggerated and disproportionate for a device that is used by underage people (expected to be in an exponentially increasing number) for playing purposes and which can be purchased for a few thousand forints.

4.2. Data protection aspects of privacy

From the point of view of privacy, the drone itself would not be a problem, but the technical accessories attached to it would be a problem.

According to the NAIH's recommendation, proper use can also pose serious problems, since "simple" use can mean an intrusion into the private sphere of the person, which collects data in its vision without sorting, the vision of which "is unusually broad in comparison with previous experience of similar technologies and can be changed very quickly."²⁰

²⁰ NAIH Recommendation on Data Handling with Drons (National Data Protection and Information Authority Authority, Download date: 16/10/2016, source: http://naih.hu/files/ajandas_dronok_vegleges_www1.pdf, 14 Apr 2014

Due to the technical capabilities of the drone, it is possible to gather large amounts of data about people in its field of vision, without being conspicuous or noticeable, so hidden observation can easily occur. Practice has been increasingly dealt with by using drones as non-stationary security cameras outdoors.

From the point of view of data protection, the National Data Protection and Freedom of Information Authority (hereinafter referred to as NAIH) lists three categories of civilian drones according to their use:

- public use,
- commercial use,
- private use.

The recommendation does not include military use.

The recommendation also states the extent to which the mere presence of drones can affect the integrity of the private sector and human rights, as follows:

It may cause some changes in the behaviour of the people, preventing them from being obnoxious, with the use of drones the simplest form of violation of the physical and psychological dignity of the individuals can happen, and it is still a problem that the technology for the people is precarious and obtrusive. There may be a high risk of data manipulation other than the original purpose, with applying very advanced technology, which violates human dignity and the anonymity of the human body. The vulnerability of private areas and private homes can also be very high. Exposed negative effects have great significance for the right to freedom and security, freedom of association and freedom of assembly, freedom of religion and expression, and the principle of non-discrimination.

For all three categories, it can be stated that for warranty reasons, certain principles have to be taken into account at the time of application (necessity, proportionality, purpose limitation).

We need to talk about whether camera use is needed and why this may be important, why not optional? Middle price category cameras available nowadays produce have very important management and security features as they transmit real-time image through the drone and in this way they help control the work of the operator and avoid potential dangers. In my view, it can be stated that the conditions of necessity and proportionality are fulfilled in this case and purpose limitation can be objectively determined on the basis of the control of the operator.

In international practice, the decision of the Swedish Supreme Administrative Court published on 21 October 2016 can be highlighted²¹, which prohibits the use of drones with a camera, because based on the reasoning of the decision, drones are

²¹ Court of Appeal in Jönköping on December 15, 2015 in Objective 1369-15 (Kammarrätten i Jönköpings dom den 15 december 2015 i mål nr 1369-15), 2016, 78-16

Court of Appeal in Jönköping on December 15, 2015 in Objective 1674-15 (Kammarrätten i Göteborgs dom den 10 juni 2015 i mål nr 1674-15), 2016, 4110-15

in fact the means of observation and therefore a specific authorization is required. In a detailed explanation, drones were compared to sports cameras fastened to the bicycle steering wheel and on-board cameras equipped to cars and concluded that the latter devices are not a means of observation because they are used by people where they are directly located, but cameras mounted on drones/robotic aircraft are controlled from the ground and cannot be specifically related to the control site, so they are a means of observation. The aforementioned procedures were launched at the initiative of the Swedish Data Protection Authority, which, in their view, may be used for control purposes with the aircraft.

4.3. Legitimate interest and the protected property

According to the NAIH, any unreasonable "flight" which may occur within the area of the estate can relate to the field of protection of property. For this purpose, the lawyer/court may request a petition for a property protection proceeding.

In addition, the authority's view is that a "flying" remote-controlled aircraft cannot be subject to the protection of property, since the illegal use does not result in a threat to the power above the subject, but it can only harm the undisturbed use of the (real estate) thing, against which administrative action can be taken.

However, the unauthorized handling of personal data can happen as well, against which authority and court can be appealed for legal remedy. It is important to mention in judging the legitimate security situation that *"someone is defending in a legitimate defence position who has previously been unlawfully challenged"*. An unlawful attack can be an activity that realizes the elements of a criminal offense or a legal offense. The objective aspect of the attack is its unlawfulness.

An attacker must bear the consequences of unlawful attack. In summary, it can be stated that the user of the drone can realize any facts contained in the Criminal Code²² in the light of the particularities of the legal relationship, such as the abuse of personal data, the basic cause of harassment or the form of violation of private defamation against which legitimate protection is available.

5. DE LEGE FERENDA SUGGESTIONS

Verification of regulatory need and content of possible regulation

The number of activities carried out with drones is considerably widening and this could lead to the creation of a significant number of new jobs, according to a US industry study, only in the first three years of integration into the airspace,

²² Act C of 2012 (hereinafter referred to as BTK)

it will create more than 70 000 new jobs.²³ In Europe, by 2050, 150 000 new jobs will be announced in the same industry.²⁴

On the basis of these and the potential of the industry, in my view, it can be stated that the legislator cannot rule out the use of equipment, and the limitation of their technical possibilities is also to be considered as an elementary component of these devices, and they can be classified as a component as a function of use.

I would suggest that contact in case of communication with the drone should be available electronically. I suggest making an application for the choice of a suitable location for mobile phones and tablets with which the user can easily get more information thus ensures the implementation of the lawful conduct.

Due to the diversity of uses and the large dispersion of owners' age, it is likely that a large proportion of the owners of drones do not know the aviation regulation properly. Looking at the current market prices, we can assume that in case of flights currently being reimbursed, drone pilots do not have the necessary permits and do not know the current aviation restrictions. This conclusion can be deduced from the fact that the pay dues for self-promoting video makers in these cases do not cover the costs of obtaining the necessary licenses.

The state must ensure that its citizens act in a legitimate manner. They will need to know where and when to take off and where to fly, and where and when their activities are prohibited. This can be helped by a well-prepared smartphone application (an existing example is a UAV forecast, which is not a governmental, but a civil initiative software) from which the operator can find out if the airspace is restricted. The proposed application could take into account the daily airspace utilization plan prepared by HungaroControl and record data. In my opinion, it is much more appropriate to find a solution that does not entail the right choice of airspace for voluntary compliance. Drone manufacturers should be required to integrate "geo-fencing" technology (most of which can be implemented with software updates in the current drone), so this would be a very lucky solution because they could not fly in the forbidden zones despite user management. The Hungarian legislator is also thinking about the application of this technology, and we are pleased to announce that one of the authors has already proposed the use of this technology before²⁵ the public plans, and it is a delightful surprise that the legislator also urges this.

Our suggestions may also be useful for future lawyers in addition to lawmakers if they have to rule on a matter that is not regulated, as the guidelines in

²³ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – A new era for aviation – Opening the aviation market to the civil use of remotely piloted aircraft systems in a safe, 2014.

²⁴ AeroSpace and Defence Industries Association of Europe, ASD estimates.

²⁵ Szilágyi, G. „Possibilities of Drones Usage in Agriculture”, TDK Conference, College of Szolnok, 26/04/2016

this paper contrast the technical possibilities and legal anomalies, thereby facilitating the work of well-trained legal practitioners, who are still not familiar with technical innovations.

Civil liability

Although it can be stated that basically the flying of the drone is an increased risk, in my view it cannot be generalized for every type of drone. It is important that the legislator differentiates between these categories, and later on, judicial practice will be worth considering. In my opinion, a general line of responsibility should be set up between the general responsibility figure and the accumulation of activity with increased risk, for example, whether the asset can be categorized as a gaming category. This category would be too restrictive and would have only a disproportionate amount of remote-controlled aircraft in this category, as most of them specially designed for children are already being offered for use above the age of 14 and the NGM Regulation is intended as toys for children under the age of 14.

Based on our research, I determined that the basis for differentiation could be based on the weight of the drone and we would recommend limiting it to 250 grams of take-off weight, and above this, the activity with increased risk would be advisable but it would be exaggerated to apply this responsibility.²⁶

The current liability insurance system is basically designed for aircrafts with a pilot. The EK Regulation establishes the minimum insurance fee at 500 kilograms and, as a function of this, the collateral amount. Furthermore, the EK Regulation does not apply to aircraft weighing less than 20 kg maximum takeoff weight (MTOM) but specifically does not have disposal of unmanned aerial vehicles.

It would be advisable for the legislator to extend the regulation and to impose compulsory liability insurance, as it can be stated in connection with the drones that their use mainly covers the concept of increased risk. Furthermore, it would be necessary to identify the assets and the unique identifying mark for owners to identify them clearly (exceptions to the devices to be assessed under the general liability rules in case of damage, as previously indicated by physical parameters). Recording a unique identifier is crucial because we cannot rely on a civil law claim against a device, when its operator or at least is owner cannot be identified. Compulsory liability insurance for the use of a drone would also be crucial because the drone functions as a result of kinematic changes that can cause significant damage and the damage is presumably much higher than the price of the aircraft itself, which justifies that the keeper should have adequate cover provided by such insurance if any person has a claim against civil law. It can be said, however, that

²⁶ Kurzinformation über die Nutzung von unbemannten Luftfahrtsystemen, 2016

not all the drones can be classified into the category of dangerous practice and it cannot be expected from any operator of the drone that he has the insurance coverage of the mandatory liability.

My suggestions for EASA drone classifications would have the following categories. The categories would group the expectations against the owner on the basis of the weight of unmanned aerial vehicles, but these categories would be necessary to coincide with the application areas. My recommendation is as follows:

Category (by MTOM weight)	≤ 250 g	1 kg <	4 kg <	25 kg ≤
Classification	Game	Aircraft suitable for work		
Liability formation	General responsibility	Liability for activity with increased risk		
Mandatory liability insurance	Not necessary	Not necessary but recommended	Existence of mandatory liability insurance regardless of application area	
Maximum use	For gaming purposes	For hobby purpose	For work and research purposes	
Age limitation	Can be used from 14 years of age	From 16 years of age	From 18 years of age (or from legal age)	

Figure 6 – Author's design for categorizing and judging drones

Source: The author's own figure

In the table, I differentiated them according to the maximum take-off weight and the purpose of use (maximum use possibility), and other features which are also related to this.

Private sector-related privacy issues

The first major question relating to this issue is whether the use of the camera is necessary when using the drone, and why this may be important, or why should it be omitted? Cameras for mid-price drones available today at affordable prices also have very important management and security features as they transmit real-time images, contributing to the controller's work and avoiding potential dangers. In my view, it can be stated based on these that the conditions of necessity and proportionality are fulfilled in this case and the purpose limitation can be objectively determined, depending on the control of the operator.

It is easy, and seems to be a plain statement that the drone can be identified with cameras equipped to sports aircraft, helicopters, or others. It can be said that they should follow a moving person similar to a drone, but there is a significant difference that the aforementioned devices are easy to detect due to their physical size and tone,

but the drones can even move unnoticed, their mass and size may be minimal and they can have extremely high speeds and can be well equipped with sensors.

In other comparisons, compared to the popularity of today's popular services, namely Google Street View²⁷, it can be stated that the two technologies are similar in that they take pictures from multiple angles. However, a significant difference is the fact that the service stores static images, but the drones make quicker position changes, making them more dynamic, and the technology is capable of recording real-time online streaming.

Drone technology shows significant technical advances to make it clear that its data management is completely specific, general rules or other special rules currently known are not fully applicable, which justifies the creation of specific rules for it. It is not enough to refer to the rules of a similar regulatory object, or to rely on Infotv. warranty rules, and so because of the data management of the drone special regulation is justified.

Closing remarks

"The desire to fly is an idea handed down to us by our ancestors who... looked enviously on the birds soaring freely through space... on the infinite highway of the air." Orville Wright

The aforementioned quotation also symbolizes that all men have thoughts about flying like birds. We could sit on a plane for a long time and we can try out what a bird's eye view is, but we sit there and do not control it. Drone technology gives us the ability to control, although just through a screen, but we can see the world and reach places where we cannot afford to go with our own physical capabilities and we see our world from a different point of view. With our own devices we can see ourselves as a Vasco de Gama of the sky. The law, of course, must be prepared for these "explorers" to designate the boundaries within which they can act and within those limits they can "rule the sky" freely.

In our thesis, I tried to present a wide-ranging and complex picture of anomalies and emerging legal and factual questions that could be the future bases for civil law regulation of unmanned aerial vehicles and in which the lawyer may decide on other aspects.

By writing our thesis, our research is not over, because there are many areas for the use of this future technology, in which we are continually researching and investigating, whether it is a matter of civil law or other legality. We continue to emphasize the usefulness of creating a working group as described in the introduction.

²⁷ Póczek, A., Drónok és az adatvédelem, Jogifórum, [http://www.jogiforum.hu/files/publikaciok/poczek_aliz_a_dronok_es_az_adatvedelem\[jogi_forum\].pdf](http://www.jogiforum.hu/files/publikaciok/poczek_aliz_a_dronok_es_az_adatvedelem[jogi_forum].pdf), 22 Sept 2015

Др Вероника Сикора, ванредни професор
Универзитета у Дебрецину
Правни факултет
szikora.veronika@law.unideb.hu

Габор Силађи, студент мастер студија
szilagyi.gaben@gmail.com

Нова опасна пракса на видику? Правни аспекти употребе дрона

Сажетак: Разлог због којег смо изабрали ову тему за предмет истраживања су нове технологије које се појављују око нас, а посебно неименована ваздушни уређаји (НВУ). У Мађарској, слично као и у другим земљама, постоји законска празнина у погледу њихове употребе.

НВУ технологија ошвара бројна питања с обзиром на то да ови уређаји могу бити коришћени у различите сврхе. Потребно је детаљно анализирајући правни оквир НВУ и променили нашу перспективу, будући да није довољно размишљајући само правни контекст, већ треба узети у обзир и техничке и друге аспекте.

Већина академских извора везаних за коришћење НВУ фокусирана је на војну употребу ове технологије. У нашем истраживању акценат је стављен на различите аспекте грађанског права; разлог за овај приступ је у томе што размишљамо правна ограничења која се тичу уобичајених возила која се користе у свакодневне сврхе, а не за употребе државе.

Основни циљ рада је да истражи како употреба НВУ може правно да се контролише. Ово питање је важно будући да се број ових уређаја постојано повећава. Таква тенденција ошвара неколико правних питања попут приватности или накнаде штете.

У овом истраживању, бавили смо се анализом међународних правила и регулаторних планова, националних закона и нацрта закона. „Абнормално опасне активности“ које се помињу у наслову рада указују на то је питање одговорности важан аспект овог проблема.

Други циљ нашег рада је да предложимо формирање радне групе која би разрадила ова правила до детаља. Они који стварају правна правила и истраживачи би могли учествовати у овој радној групи заједно са стручњацима из обалне технике и права.

Кључне речи: грађанскоправни аспекти НВУ, грађанскоправни аспекти употребе дрона, грађанскоправна одговорност, опасне делатности.

Датум пријема рада: 18.09.2017.

Др Дражен С. Миљкић
Универзитет у Бањој Луци
drazen.miljic@unibl.rs

УПРАВНИ УГОВОРИ ПРЕМА ЗАКОНУ О ОПШТЕМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

Сажетак: У Републици Србији, у 2016. години, донесен је нови Закон о општем управном поступку који уводи управни уговор као нови позитивно-правни институт, нормиран са свега пет чланова. У раду се приказују проблеми које са собом доноси овакав начин правног нормирања. Као последица тога јављају се бројне дилеме и противречности.

Кључне ријечи: управни уговор, јавни интерес, уговорни орган, појачана овлашћења, правни режим.

1. УВОД

Народна скупштина Републике Србије је 29. фебрура 2016. године усвојила Закон о општем управном поступку¹. Као једна од новина у Закону је, између осталог, и увођење института управног уговора. Предмет овог рада је анализа управног уговора у позитивном праву Републике Србије и указивање на неке дилеме и недоречености које су уочене у законским рјешењима у вези са овим институтом. Посебна пажња у раду ће се посветити приказивању рјешења из упоредног права. Хипотеза од које се полази гласи – материја управних уговора у Закону о општем управном поступку Републике Србије није довољно и прецизно одређена, односно управни уговори се морају нормирати посебним правним прописом како би се на адекватан начин дефинисала питања као што су: која лица могу имати статус уговорне стране, поступак закључивања управних уговора, права и обавезе уговорних страна у уговорном односу, које су области његове примјене, питање правне заштите уговорних страна, неважност уговора и домен примјене правила облигационог права.

¹ Закон о општем управном поступку – ЗУП, *Службени гласник РС*, бр.:18/2016

2. ДЕФИНИСАЊЕ ПОЈМА

Закон о општем управном поступку је посветио свега пет чланова материји управних уговора.² У чл. 22. Закона о општем управном поступку, управни уговор је дефинисан као двострано обавезан писан акт који, кад је посебним законом одређено, закључује орган и странка и којим се ствара, мијења или укида правни однос у управној ствари.

Наведена дефиниција јасно повлачи границу између управног уговора, као двостране правне конструкције и управног акта, као једностраног управног поступања. Управни уговор представља споразумно формирање правног односа и његов настанак, односно заснивање права и обавеза није једностраног већ двостраног карактера.³ У том смислу, уколико се два субјекта права не сагласе о садржини споразума, управни уговор неће настати. Зато се каже да је управни уговор двострани правни акт који је плод прожимања двију воља, наспрам једностраности управног акта, који је израз једне јавноправне воље. Код управних аката, у појединим случајевима, воља адресата може имати одређени значај, но то не утиче на његову суштину. За настанак управног уговора пристанак странке има једнаку важност као и воља органа управе. У том смислу, разлика између ова два института, између осталог, најизразитија је у начину њихових настанака.⁴

Форма управног уговора је одређена као битан елемент овог акта. У том смислу, уколико се не задовољи прописана форма, управни уговор неће производити правно дејство што ће за последицу имати ништавост уговора. Форма подразумијева писану редакцију уговора на одређеној исправи овјереној својеручним потписом од уговорних страна које се обавезују. Елементи писане форме су текст изјаве и потписи. Уговор у писаној форми је закључен када странке које су се обавезале потпишу текст изјаве. За испуњење писане форме битно је да уговор потписује оно лице које се обавезује.⁵ Опште је правило да странку обавезује текст уговора који се налази изнад њеног потписа. У том смислу, потписник пристаје да преузме права и обавезе из уговора која су овјерена његовим потписом. Писана форма се захтијева и код свих измјена и допуна закљученог управног уговора. Овакво рјешење је прихваћено у упоредном праву⁶.

² Видјети: чл. 22–26. ЗУП-а.

³ Видјети: Драган Милков, Ратко Радошевић, „Неке новине у Закону о општем управном поступку ‘управно поступање’“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 3/16, 745.

⁴ Ibid.

⁵ Уколико управни уговор потпише неовлашћено лице, он ће бити неважећи. Видјети: Jean-Claude Ricci, *Droit administratif*, 4^{ed}, Hachette Supérieur 2014, 75.

⁶ Упоредити: чл. 25. ст. 2. Закон за управните спорови, *Службени весник на Република Македонија*, бр. 62/2006, чл. 150. ст. 4. Закона о општем управном поступку Хрватске, *Народне новине*, бр. 47/09, Параграф 57. *Verwaltungsverfahrensgesetz, Bundesgesetzblatt I*, s. 102/2003, 718/2004, члан 27 и 28 *Ley 30/2007 de contratos del sector publico*.

Писаном формом морају бити обухваћени сви битни елементи управног уговора. За управни уговор важи само оно што је у писаној форми изражено. У грађанском праву, ако би се странке усмено споразумјеле о споредним тачкама о којима у формалном уговору ништа није наведено, а исте нису у супротности са садржајем уговора, нити су противне циљу због којег је форма прописана, те тачке сматрају се пуноважним. Да би се овај став прихватио, неопходно је да се испуне сљедећи услови: усмени договори странака могу се прихватити само ако се они односе на споредне тачке уговора, односно на такве тачке које по природи уговора или по вољи странака нису битне за настанак самог уговора. Потребно је да о тим усменим договорима странака ништа није наведено у самом (формалном) уговору, јер ако је у формалном уговору о њима већ постигнута сагласност, онда се може говорити само о измјенама формалног уговора, а не о усменим договорима странака. Наведене усмене погодбе не смију бити у супротности са садржајем или циљем због кога је форма прописана.⁷ Ово правило се не може примијенити на управне уговоре, јер је код њих укључен јавни интерес, те било какве погодбе уговорних страна, па биле то и оне које се категоришу као „небитне“, морају задовољити писану форму управног уговора. У том контексту, свако поступање јавне управе мора бити транспарентно и легитимно, у сврху стварања што бољег угледа код грађана. Према томе, усмене погодбе код управних уговора неће допринијети остварењу наведених циљева.

Код приватноправних уговора дозвољени су и усмени споразуми у ситуацијама када се у правним односима смањују и олакшавају обавезе странака, или ако је форма прописана само у интересу уговорних страна. Ово правило се не може примијенити на управне уговоре јер је циљ форме код управних уговора и заштита јавног интереса. Такође, сви услови који су дефинисани управним уговором морају остати такви током трајања уговорног односа јер би се накнадним измјенама, било у корист јавне управе или друге уговорне стране, могли изиграти други учесници који су учествовали у поступку избора саговорача јавној управи. Измјене управног уговора допуштене су само ако су учињене у јавном интересу.

Питање уговорних страна према Закону о општем управном поступку није прецизно дефинисано јер коришћени термини, „орган“ и „странка“, обухватају преширок спектар лица. У том контексту, под термином „орган“, Закон о општем управном поступку подразумијева: државне органе и организације, органе и организације покрајинске аутономије и органе и организације локалне самоуправе, установе, јавна предузећа, посебне органе преко којих се остварује регулаторна функција и правна и физичка лица којима су

⁷ Упореди: Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд 2008, 348; Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1986, 350–352; Борис Визнер, *Коментар закона о обавезним (облигационим) односима*, Загреб 1978, 328–330.

повјерена јавна овлашћења.⁸ Овако широком кругу лица се не може повјерити заштита јавног интереса, када је у питању управни уговор, што је и одавно потврђено у упоредном праву. За примјер ћемо узети француско искуство. Уговорне стране у француском управном уговору се означавају као један од елемената на основу којег се он разликује у односу на уговоре приватног права. Владајуће мишљење је да управни уговор у Француској може постојати само ако је барем једна уговорна страна представник јавне управе (*une personne publique*).⁹ Уколико би се десило да се један уговор закључи између субјеката приватног права, такав уговор неће бити управни уговор, чак ни у случају да му је предмет везан за обављање јавне службе. Ова особина се наводи као једна од битнијих особина управног уговора и тај став је јединствен у литератури.¹⁰ Учешће јавне управе као уговорне стране се обиљежавало као „*L'élément constant*“ управног уговора.¹¹ У прилог овом схватању, навешћемо мишљење Обија, по којем управни уговор може настати само између субјеката јавне управе или између јавне управе и појединаца.¹² За примјер можемо навести да уговор о концесији у име концедента у Француској потписује министар као руководилац министарства. У департманима, то овлашћење је повјерено префекту.¹³ Статус друге уговорне стране је ирелевантан.¹⁴

Та доктрина је била израз и врло исцрпне праксе Државног савјета која се прожима кроз низ пресуда у којима постоји став да, ако се говори о управном уговору, онда то подразумијева учешће јавне управе у уговорном односу.¹⁵ Овакав став је потврђен и пресудом Суда за рјешавање сукоба надлежности од 26. марта 1990. године у случају „*Association Nationale pour la Formation Professionnelle des Adultes*“.¹⁶

⁸ Видјети: чл. 1. ЗУП-а.

⁹ Видјети: Georges Pequignot, *Théorie générale du contrat administratif*, Université de Montpellier 1945, 169–175.

¹⁰ Видјети: Charles Debbach, *Institutiones et Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, Paris 1978, 159. и Jean -Marie Auby, *Droit administratif spécial*, Sirey, Paris 1966, 28.

¹¹ Слично наводи и Валин, који сматра да најмање једна од уговорних страна у управном уговору мора бити јавно тијело (*collectivé publique*). То је први услов да би се уопште могло говорити о управном уговору. Видјети: Marcel Walline, *Droit administratif*, Paris 1963, 566.

¹² J. M. Auby, 28.

¹³ Видјети: Jeann-Marie Auby, Bon Pierre, *Droit administratif des biens*, Daloz, Paris 1993, 205.

¹⁴ У Француској, друга уговорна страна може бити и физичко лице. Међутим, чешћи је случај да то буду правна лица због обима и природе послова.

¹⁵ Тако се, према пракси Државног савјета, не може говорити о управном уговору у оним ситуацијама када јавна управа није уговорна страна, без обзира на то што се дјелује у јавном интересу. Интервенција органа јавне управе у поступку закључивања управног уговора није довољан аргумент да се одређени уговор сврста у управне уговоре. Наведено према: Иво Борковић, *Управни уговори*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. 30/2, 1993, 423.

¹⁶ Видјети: Tribunal des conflits, du 26 mars 1990, *Association Nationale pour la Formation Professionnelle des Adultes*.

Временом је дошло до кризе овог критеријума као елемента препознавања управног уговора у односу на остале уговоре у француском правном систему. У појединим случајевима,¹⁷ пресуде Државног савјета су концесионе уговоре признавале као управне уговоре, иако ниједна уговорна страна није била орган јавне управе, односно обје уговорне стране су били субјекти приватног права.¹⁸ Ови уговори се сматрају управним, и то само у оним ситуацијама када једна уговорна страна иступа у име и за рачун неког субјекта јавне управе.¹⁹ Послије је ова пракса проширена и на удружења која су се бавила уређењем простора.²⁰ Неконзистентност судске праксе о овом питању изазвала је бројне расправе. Почело се постављати питање поузданости овог критеријума за препознавање управног уговора. За овакву ситуацију кривац није била само судска пракса, већ и поједини правни прописи.²¹ Тако су створени изузеци који су негирали правило да једна уговорна страна мора бити орган јавне управе.²² Када ће „изузетак“ од правила бити примијењен у пракси ствар је околности датог случаја. При томе, велика је улога судија који рјешавају овакве спорове, јер они одређују домет овог изузетка. Поред наведеног, велики значај имају и правила француског Грађанског законика, која судије тумаче када одређују да ли је један уговор закључен у име јавне управе, односно да ли је приватном лицу повјерен мандат.

¹⁷ У том смислу види: *Conseil d'Etat*, 30.5.1975. – *Société d'équipement d la région montpelliéraine*; *Tribunal des conflits* 23. Sept. 2002 – *Sotrame et Métalform d G.I.E.SESAM Vitale*.

¹⁸ Тако је суд за рјешавање сукоба надлежности у пресуди „*Enterprise Peyrot*“ од 8. јула 1963. године одлучио да су уговори закључени у сврху изградње ауто-пута управни уговори, чак и ако су били закључени између акционарског друштва у мјешовитој својини и једног привредника. Суд је овакав став образложио тиме да су ови уговори закључени „за рачун“ јавне управе. У том смислу, јавни путеви су одувјек сматрани за основни елемент активности јавних служби. Наведено према: *Gay Braibant, Le droit administratif français*, Dalloz 1992, 142.

¹⁹ Овакав став је примијењен и у случају грађења тунела кроз Мон Блан, који је такође градило правно лице у мјешовитом власништву. Видјети: *Conseil d'Etat* 24. april, 1968, *Société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le mont Blanc*.

²⁰ Суд за рјешавање сукоба надлежности је споразуме који су закључени у циљу изградње нуклеарних електрана прогласио управним уговорима. Видјети случај: *Société Wanner Isofi Isolation*, од 10. 5. 1993. године. Наведено према: Милан Петровић у сарадњи са Милошем Прицом, *Посебно управно право са међународним управним правом*, Ниш, 2014, 204.

²¹ Тако је Уредба о концесијама из 1959. године прописала да јавна тијела могу повјерити мандат приватним лицима да дјелују у њихово име у областима урбанизма, развоја привреде и сл. Упореди са: *François Lichère, L' evolution de critère organique du droit contrat administratif*, *Revue française de droit administratif*, mars-avril, 2002, 341–351.

²² У литератури се изузеци од наведеног правила сврставају у три категорије, и то: 1) ако приватно лице има мандат добијен од стране јавне власти; 2) ако је уговор закључен између приватних лица, а предмет уговора се односи на дјелатности које изворно спадају у надлежност државе; 3) ако привредник наступа у име државе. Видјети о овоме: *Jean-Claude Ricci*, 69–70.

Међутим, бројни аутори су указивали да је веома ризично повјеравати приватним лицима вршење јавне службе у толиком обиму. Наводи се и да је велика разлика између јавног и приватног сектора у начинима одлучивања, контроли рада и коришћењу имовине и средстава.²³ Појединостављено речено, управљање јавним и приватним сектором је слично само у небитним стварима. Приватни сектор се руководи финансијским интересом и нема свијест о значају јавног интереса. Као доказ претходно наведене тезе, у Француској су се често дешавале ситуације да приватни сектор не разумије озбиљност посљедица неиспуњавања стандарда који су дефинисани управним уговором и штете коју трпе грађани и друштво због таквог поступања. Тако је Државни савјет у неколико случајева утврдио да је приватни партнер прерано напустио повјерене послове вршења јавне службе²⁴, затим да је концесионар начинио довољно тешку грешку да изгуби концесију, јер у конкретном случају опрема и напон струје нису били адекватни да би се остварио предмет уговора.²⁵ Државни савјет је у случају „*Nouvelle société fermière de Luxeuil-les-Bains*“ пресудио да су концесионарове грешке довољно тешке да изгуби концесију, с обзиром на то да је у два ранија случаја починио исте грешке као и у конкретној ситуацији.²⁶ Иако су поједине пресуде у Француској дерогирале обавезно учешће јавне власти у управном уговору, данас се таква поступања третирају као изузеци од општег правила.²⁷

Овај критеријум мора имати улогу елиминаторног фактора при категорисању уговора, јер би његово брисање довело до великог уплива приватног сектора у област јавних служби. Посљедице оваквог поступања могле би бити катастрофалне у смислу угрожавања и недовољног остваривања јавног интереса. Наиме, допуштање закључивања управних уговора између субјеката приватног права водило би ка мање контролисаном начину пружања јавних услуга. Овакво поступање би ишло у прилог оним теоретичарима који су тврдили да је управни уговор средство путем којег јавна управа настоји извршити бјекство од ограничења прокламованим принципима правне

²³ У том смислу, иронично се поставља питање да ли ће се ићи и даље у примјени овог принципа. Упореди: G. Braibant, 143; F. Lichère, 341–351.

²⁴ Consiel d' Etat, 17.11.1944, *Ville d' Avallon*. Наведено према: Милан Петровић у сарадњи са Милошем Прицом, 226.

²⁵ Видјети: Consiel d' Etat, 12.7.1918, *Vandel*. Наведено према: *Ibid*.

²⁶ Видјети одлуку од 13. јула 1947. године у случају „*Nouvelle société fermière de Luxeuil-les-Bains*“.

²⁷ Значај за одржавање става о обавезном учешћу управе у управним уговорима имају и теоретичари управног права. Ако анализирамо савремене ауторе, видимо да се у њима и даље одржава теза да једна од уговорних страна мора да буде јавно лице или субјекат који наступа у име јавног лица. Упореди са: P. Foillard, *Droit administratif*, Editure Paradigme, Paris 2008, стр. 241–242; R. L. Mestre, *Termes du droit administratif*, Paris 2006, стр. 58–62.

државе.²⁸ Јавна управа у управном уговору није само уговорна страна, већ и гарант вршења јавне службе на адекватан начин. Због тога, појам органа у управном уговору се мора прецизније дефинисати како би се обезбиједили гаранције да ће се предмет уговора остварити у складу са јавним интересом.

Питање друге уговорне стране такође није прецизно одређено. Употребљен је термин „*сйранка*“ који, ако се држимо одредби Закона о општем управном поступку, може бити свако физичко или правно лице чија је управна ствар предмет управног поступка или свако друго физичко или правно лице на чија права, обавезе или правне интересе може да утиче исход управног поступка.²⁹ Поред наведеног, странка у управном поступку може да буде и орган, организација, насеље, група лица и други који нису правна лица под условима под којима физичко или правно лице може да буде странка, или кад је то одређено законом.³⁰ Улогу странке у управном поступку могу да имају заступници колективних интереса и заступници ширих интереса, који су организовани сагласно прописима ако исход поступка може да утиче на интересе које заступају.³¹ Видимо да је Законом о општем управном поступку и појам странке широко одређен и да сва лица која могу имати овај статус у управном поступку не могу бити уговорна страна у управном уговору јер су такве ситуације тешко замисливе.

Дилему изазива и дејство управног уговора, односно Законом о општем управном поступку је дефинисано да се њиме *сйварају, мијењају или укидају љравни односи у уйравној сйвари*. Из тога произилази да управни уговор може различито дјеловати на одређени правни однос, што само отвара различите недоумице и негативно расипа његов потенцијал. Овакво рјешење је преузето из њемачког Закона о општем управном поступку.³² У позитивном праву Њемачке, главно обиљежје управног уговора је предмет, односно да се њим ствара, мијења или укида један правни однос на подручју јавног права. То је линија разграничења између управних уговора и споразума приватног права јер обје врсте уговора производе исте учинке, само што је предмет управног уговора јавноправног карактера.³³ Овакво рјешење се ни-

²⁸ Детаљније о овом питању у упоредном праву видјети: Владимир В. Водинелић, *Јавно и љривајино љраво*, докторска дисертација, Београд 1986, 191; Mahendra P. Singh, *German administrative Law in Comon Law Perspective*, Berlin 2002, 97.

²⁹ Видјети: чл. 44. ст. 1. ЗУП-а.

³⁰ Видјети: чл. 44. ст. 2. ЗУП-а.

³¹ Видјети: чл. 44. ст. 3. ЗУП-а.

³² „Правни однос, у области јавног права, може се засновати, измијенити или укинути уговором ако се правни прописи не противе томе.“ Видјети: чл. 54. *Verwaltungsverfahrensgesetz, Bundesgesetzblatt I*, s. 102/2003, 718/2004.

³³ Н. У. Erichsen, D. Ehlers, P. Badura, *Allgemeines Verwaltungsrechts*, De Gruyter, Berlin 2002, 405. Наведено према: Иван Копрић, Саша Никшић, *Уйравни уџовори, љодручје љримјене и љримјена љрава*, Зборник радова правника у Опатији, Опатија 2010, 279.

је показало поузданим у пракси јер су постојале ситуације када се није могло одредити да ли је споразум јавноправног или приватноправног карактера. За примјер ћемо навести ситуацију када орган јавне управе треба да плати одређени новчани износ као дуг. Ова обавеза може настати као дуг неког раније створеног односа који може бити јавноправног или приватноправног карактера. У тим ситуацијама се приступа тумачењу циља одређене обавезе и карактеру једног уговорног односа. У том контексту, уколико орган јавне управе врши одређену чинидбу на основу уговора, она може, али и не мора да буде јавноправног карактера. Ако обавеза има за циљ да испуни неку јавну сврху, као што је изградња школског дворишта, такав уговор је управни уговор. Међутим, уколико је уговорна обавеза усмјерена да задовољи потребе за канцеларијским материјалом, такав уговор је уговор приватног права. Имајући у виду њемачко искуство, дејство управног уговора мора бити јасније дефинисано у циљу лакшег препознавања овог института у разноврсним животним ситуацијама.

Садржина управних уговора не смије бити противна интересу трећих лица или јавном интересу.³⁴ Свако одступање од ова два захтјева за последицу ће произвести ништавост управног уговора. Ово је опште начело које важи за све врсте уговора па тако и управне уговоре. О дејству уговора на права трећих лица у упоредном праву постоји консензус. У том смислу, таква рјешења се срећу у њемачкој, француској па и у позитивним правима земаља у окружењу.³⁵ За свако екстерно дејство управног уговора мора се претходно обезбиједити сагласност трећих лица у писаној форми.

3. ИЗМЈЕНА УПРАВНОГ УГОВОРА ЗБОГ ПРОМЈЕЊЕНИХ ОКОЛНОСТИ

Након закључења управног уговора, могу наступити догађаји који нису резултат понашања уговорних страна, али који отежавају извршење управног уговора. То су догађаји који могу настати као плод природних појава или који могу бити економског, политичког или социјалног карактера.³⁶ Под новонасталим околностима, за сауговораче, извршење уговорних обавеза је

³⁴ Видјети: чл. 22. ст. 2 ЗУП-а.

³⁵ За примјер видјети: чл. 58. ст. 1. *Verwaltungsverfahrensgesetz, Bundesgesetzblatt I, s. 102/2003, 718/2004*, чл. 150 ст. 2 хрватског Закона о општем управном поступку, *Народне новине*, бр. 47/09, који гласи: „Управни уговор не смије бити противан изреци рјешења, принудним прописима, јавном интересу нити смије бити склопљен на штету трећих особа.“

³⁶ За примјер ћемо навести монетарне кризе, поплаве, одроне земљишта, ратове, државне ударе, несташице одређених сировина, штрајкове, конфискацију имовине, забрану увоза или извоза роба и сл.

постало неекономично.³⁷ У упоредном праву, предмет управног уговора је битнија категорија од интереса уговорних страна, те се стога захтијева да се управни уговор и даље одржи на снази.³⁸ Сауговарач ће, зависно од новонасталог терета, бити накнадно обештећен.³⁹ У оваквим ситуацијама, обје уговорне стране улажу своје напоре како би се обезбиједио континуитет у остваривању предмета управног уговора.

У Закону о општем управном поступку је предвиђено право странака на измјену управног уговора због промјењених околности. Тако чл. 23. дефинише: „Ако би, због околности насталих после закључења управног уговора које се нису могле предвидети у време закључења уговора, испуњење обавеза за једну уговорну страну постало битно отежано, она може од друге уговорне стране захтевати да се уговор измени и прилагоди новонасталим околностима“.⁴⁰ Орган ће рјешењем одбити захтјев странке за измјену уговора ако би измјена уговора изазвала штету по јавни интерес која би била већа од штете коју би претрпила странка или ако се нису испунили услови за измјену уговора.⁴¹ Овакво рјешење своје коријене вуче из француског модела управног уговора јер се јавни интерес ставља испред интереса уговорне стране што је оправдано. Поставља се питање каква правна средства стоје на располагању другој уговорној страни када орган јавне управе одбије њен захтјев да се управни уговор измијени због промијењених околности. Закон о општем управном поступку је предвидио приговор као правно средство које се користи само када орган јавне управе не испуњава обавезе из управног уговора. Међутим, ова ситуација је другачија јер се орган стриктно држи уговорних норми и не жели да их мијења иако су настале промијењене околности. У том контексту, приговор није подобан за наведену ситуацију. Ова ситуација не би смјела да остане недоречена јер се ради о заштити права уговорног партнера. Наведена ситуација посебно добија на значају јер се под околностима које странке нису могле предвидјети у вријеме закључења уговора могу подвести различите животне прилике. Поред наведеног, чл. 23 Закона о општем управном поступку би се требао допунити са још једним сегментом, односно да се измјена уговора може захтијевати само ако промијењене околности нису настале као посљедица понашања

³⁷ Даље извршавање уговорних обавеза довело би до пропасти уговорне стране (*la ruine concomitamment*).

³⁸ Функционисање јавних служби у француском праву је толико значајно да не ослобађа сауговараче њихових обавеза у ванредним и непредвиђеним околностима. Упореди: Славољуб Поповић, *Специфичности управних уговора у романском праву*, Правни живот, бр. 11–12/1993, 2176.

³⁹ Marcel Waline, *Droit administratif*, Sirey, Paris 1963, 620.

⁴⁰ Видјети: чл. 23. ст. 1. ЗУП-а.

⁴¹ Видјети: чл. 23. ст. 2. ЗУП-а.

уговорних страна. Наиме, на промијењене околности не може позвати уговорна страна уколико су оне настале због њеног понашања.

У наредним редовима ћемо приказати француска схватања промијењених околности приликом испуњавања управних уговора.

Примијењене околности у француском праву су дефинисане тзв. „*теоријом непредвидљивости*“ (*la théorie de l'imprevision*). Државни савјет под теоријом непредвидљивости подразумева једино оне ситуације које су настале независно од воље уговорних страна и ако је ситуација или догађај био непредвидљив приликом закључења управног уговора. Оба ова услова морају имати за посљедицу нарушавање економске равнотеже уговора. За примјер ћемо навести одлуку Државног савјета у случају „*SA Dragages et Travaux Publics*“, којом је пресуђено да ће се стање непредвидљивости рачунати само ако догађај из кога је наступио поремећај испуњења уговорних престација није био предвидљив за сауговараче, чак и ако се има у виду њихова стручност у раду и њихово искуство.⁴² Поента теорије непредвидљивости је да уговорне стране нађу, по сваку цијену, рјешење да се уговор одржи „у животу“, односно да нађу начин путем којег би се он прилагодио новонасталим околностима.⁴³

Уколико у управном уговору нема норми које омогућују примјену теорије непредвидљивости, сауговарач јавне управе може тражити да се такав уговор раскине. Ипак, јавна управа у таквим ситуацијама сауговарача може одбити и присилити да извршава закључени уговор, али је тада обавезна да му надокнади непредвиђене трошкове. За теорију непредвидљивости се каже да представља одступање од режима приватног права и да је карактеристична за управне уговоре. Оштећење које претрпи уговорна страна, а које иде преко половине вриједности уговора, у приватном праву представља разлог за раскидање уговора, док у управном праву теорија непредвидљивости има за циљ да омогући, по сваку цијену, наставак извршења управног уговора.

Поставља се питање каква су права сауговарача када настану промијењене околности и управни уговор се настави извршавати, а до продужења уговора није дошло на „пријатељски начин“. У таквим ситуацијама, сауговарач има право на обештећење које одређује управни суд.⁴⁴ Висина обештећења ће се одредити узимајући у обзир пажњу сауговарача коју је показао приликом преовладавања тешкоћа насталих из непредвидљивог догађаја као и губитке и добит које ће стране имати приликом одржавања уговора на снази. У циљу прецизнијег одређивања висине обештећења, суд узима у обзир и ангажовање јавне управе за вријеме непредвиђених околности. Сауговарач

⁴² Consiel d' Etat. du 19. février 1992. „*SA Dragages et Travaux Publics*“, recueil Lebon, N° 47265. Видјети: М. Петровић у сарадњи са М. Прицом, 230.

⁴³ Слично: Jean Rivero, *Droit administratif*, Dalloz, Paris 1970, 119.

⁴⁴ Andre Laubadere, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris 1963, 318.

има право на накнаду претрпљене штете, али не и изгубљене добити.⁴⁵ Суд ће, у сваком случају, одредити и правила на основу којих ће испуњавати предмет уговора за вријеме трајања промјењених околности. Уговорни однос остаје на снази и јавна управа је дужна да обезбиједи довољно средстава да осигура покриће трошкова насталих новим околностима, а сауговорач ће и даље извршавати своје обавезе. Ово стање се у теорији назива „*вануговорно раздобље*“.⁴⁶ Вануговорно раздобље може трајати само привремено. Уколико су престале ванредне околности које су изазвале поремећај у извршењу уговорних обавеза, а губици странака и даље настају јер извршење уговора није могуће спроводити према првобитној ситуацији, свакој уговорној страни остаје избор између склапања новог уговора у складу са промијењеним околностима или раскид уговора.⁴⁷

Уколико се новонастало стање не може поправити, суд ће раскинути управни уговор аналогно случају више силе. Такав случај се десио 1932. године, када је Државни савјет укинуо концесиони уговор који је закључен између града Шербура и једног трамвајског предузећа. Наиме, трамвајско предузеће града Шербура жалило се на неусклађеност између својих прихода и трошкова дјелатности којима се бавило. Предузеће се обратило граду, који га је овластио да повиси цијену карата у циљу покривања насталих трошкова. Послије повећања цијене, дошло је до одласка путника. Државни савјет је процијенио да у конкретном случају трамвај више није од било какве користи граду Шербуру и да је најбоље рјешење да се управни уговор раскине, али да се трамвајско предузеће обештети ако се докаже да град није учинио све напоре који су били у његовој моћи како би се трамвајско предузеће заштитило од конкуренције.⁴⁸

Теорија непредвидљивости је била добро средство заштите положаја друге уговорне стране у вријеме инфлације и пада новчане вриједности. Ипак, данас се уговорне стране ријетко позивају на теорију непредвидљивости јер овакве ситуације рјешавају путем разних клаузула у којима су унапријед предвиђена рјешења за наведене случајеве. У том контексту, често се у управним уговорима среће клаузула о промјени цијена путем које се уговорне стране штите од инфлације и пада новчане вриједности.⁴⁹

Битно је истаћи разлику између више силе (*force majeure*) и теорије непредвидљивости, односно код теорије непредвидљивости извршење

⁴⁵ Laurent Richer, *Les contrats administratifs*, Daloz, Paris 1991, 66–68; Bery Nicolas, *The French Law of Contracts*, Clarendon-Press, Oxford 1996, 208–210.

⁴⁶ Велимир Иванчевић, *Теорија административног уговора*, Инвестиције, Загреб 1960, 84.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Наведено према: М. Петровић у сарадњи са М. Прицом, 231.

⁴⁹ Више о томе: Brown Neville, John Bell, Jean-Michel Galabert, *French Administrative Law*, Clarendon press, Oxford 1998, 209.

управног уговора није немогуће, већ је отежано. При томе, мора се доказати да због новонасталих околности извршење управног уговора са собом доноси и поремећај финансијске равнотеже. Код више силе, испуњење уговора је постало немогуће и због тога уговор предстаје са дејством.

Теорија непредвидљивости карактеристична је само за управне уговоре, односно не може се примјењивати на остале уговоре у којима се јавна управа појављује као уговорна страна.⁵⁰ Њена примјена се не може искључити из управних уговора, а норме које би то имале за циљ биле би ништаве.⁵¹ Теорија непредвидљивости је замишљена као стабилизатор уговорног односа јер обезбјеђује „сарадњу интереса“ саговорача, односно јавни интерес се настоји остварити за одређену цијену. И њемачко право је дефинисало питање новонасталих околности. Тако параграф 60. Закона о општем управном поступку ове земље прописује да, ако су се околности на којима се садржај управног уговора заснивао након његовог склапања промијениле у толикој мјери да се од уговорне стране не може оправдано очекивати да се и даље држи изворних одредаба уговора, она може затражити да се садржај уговора прилагоди промијењеним околностима.⁵²

4. ПРАВО ОРГАНА ДА РАСКИНЕ УПРАВНИ УГОВОР

У чл. 24. Закона о општем управном поступку је дефинисано право органа да раскине управни уговор и то у сљедећим ситуацијама: а) ако изостане сагласност странке да се уговор измијени због промијењених околности, б) ако странка не испуњава уговорне обавезе, в) ако је то неопходно да би се отклонила тешка и непосредна опасност по живот и здравље људи и јавну безбиједност, јавни мир и поредак или ради отклањања поремећаја у привреди, а то не може успјешно да се отклони другим средствима којима се мање дира у стечена права.⁵³ Управни уговор се раскида рјешењем у коме се изричито наводе и јасно образлажу разлози за раскид.⁵⁴ Поставља се питање, на који начин ће представник јавне управе моћи да надокнади штету која му је настала у вези са манљивим испуњењем или неиспуњењем

⁵⁰ У другим земљама, она се примјењује само на одређене врсте управних уговора (нпр. предузимачки уговори). Упореди: Предраг Димитријевић, *Извршење управних уговора*, Правни живот, бр. 11–12, 1993, 2242–2243.

⁵¹ У том контексту је Андре Моруа истакао: „Непредвиђено увијек долази“. Наведено према: Драгаш Денковић, *Управни уговори и облигациони односи радних организација које врше јавна овлашћења*, Анали Правног факултета у Београду, Београд 1970, 47.

⁵² Уколико се стране са предложеним измјенама не сагласе, своју заштиту могу тражити код управног суда, односно могу тражити да те измјене утврди управни суд.

⁵³ Видјети: чл. 24. ст. 1. ЗУП-а.

⁵⁴ Видјети: чл. 24. ст. 2. ЗУП-а.

уговорних обавеза од стране његовог партнера и коме ће се обратити за накнаду штете. Да ли ће то бити Управни суд или суд опште надлежности? Имајући у виду одредбе Закона, представник јавне управе своју накнаду ће тражити у парничном поступку пред редовним судовима.

Уколико орган јавне управе не извршава обавезе дефинисане управним уговором предвиђено је право друге уговорне стране да користи приговор као средство заштите својих интереса. Приговор се подноси у року од шест мјесеци од пропуштања органа да изврши обавезу из управног уговора.⁵⁵ Он се изјављује руководиоцу органа на чије поступање се односи, који и одлучује о њему.⁵⁶ На приговор се сходно примијењују одредбе овог Закона о облику и садржини жалбе.⁵⁷ О приговору се одлучује рјешењем и то у року од 30 дана од дана пријема приговора.⁵⁸ Руководилац органа одбацује приговор који није благовремен или дозвољен, који је изјавило неовлашћено лице и који није уређен у року утврђеним Законом.⁵⁹ Приговор ће се одбити или усвојити у зависности од његове основаности.⁶⁰ Уколико орган рјешењем усвоји приговор одређује се даљи начин испуњења обавеза органа из управног уговора и одлучује о захтјеву за накнаду штете.⁶¹

Против рјешења које је донесено на основу претходно уложеног приговора може се изјавити жалба. Рјешавајући по жалби орган има иста овлашћења као орган који је одлучивао о приговору.⁶² Рјешење донето поводом жалбе странка може оспоравати тужбом у управном спору. Уколико представник јавне управе не испуњава уговорне обавезе, странка нема право да раскине уговор.⁶³ На овај начин предност се даје јавном интересу а страначка добит је у другом плану, што је прописано по узору на француски модел управног уговора.

5. СУПСИДИЈАРНА ПРИМЈЕНА ПРАВИЛА КОЈА УРЕЂУЈУ ОБЛИГАЦИОНЕ ОДНОСЕ

Закон о општем управном поступку је предвидио да се на управне уговоре примијењују остале одредбе овог Закона и супсидијарно одредбе закона

⁵⁵ Видјети: чл. 147. ст. 2. т. 1. ЗУП-а.

⁵⁶ Видјети: чл. 148. ст. 1. ЗУП-а.

⁵⁷ Видјети: чл. 148. ст. 2. ЗУП-а.

⁵⁸ Видјети: чл. 149 ст. 1. ЗУП-а.

⁵⁹ Чл. 59. ст. 2. предвиђа да ако поднесак не буде уређен у року орган рјешењем одбацује поднесак.

⁶⁰ Видјети: чл. 149 ст. 2. ЗУП-а.

⁶¹ Видјети: чл. 149. ст. 3 т. 1. ЗУП-а.

⁶² Видјети: чл. 150. ЗУП-а.

⁶³ Видјети: чл. 25. ЗУП-а.

којим се уређују облигациони односи.⁶⁴ Супсидијарна примјена је типична за све правне поретке који познају институт управног уговора. Без обзира на одступања која посједује, не треба занемарити чињеницу да је управни уговор ипак само једна врста уговора. Постоје одредбе које важе за уговоре приватног права, а које се могу прилагодити и управном уговору.⁶⁵ На заједничка правила се позивају како судије, док рјешавају спорове настале из управних уговора, тако и закони који регулишу управне уговоре. Међутим, код управних уговора треба бити посебно обазрив када се супсидијарно примјењују правила која уређују облигационе односе. За примјер ћемо навести начело о слободи уговарања које представља принцип од прворазредног значаја у облигационим односима док се на институт управног уговора веома рестриктивно примјењује.

Слобода уговарања се код уговора грађанског права остварује кроз привилегију уговарача да слободно донесе одлуку о закључењу споразума и да одлучи са ким ће закључити уговор, односно да изабере другу уговорну страну. Она даје странкама право да изабере тип уговора и да одреде његову садржину, која се састоји у могућности договарања одређених права и обавеза у споразумном односу. Уговорне стране могу да одреде облик и начин реализације уговора,⁶⁶ као и да предвиде посљедице у случају неуредног извршења, односно потпуног неизвршења.

Код управних уговора, слобода сауговарача је знатно сужена. Приликом избора уговорног партнера, управи се поставља низ ограничења која се не могу заобићи. Она нема слободу да произвољно бира сауговарача, већ је обавезна, по правилу, да претходно спроведе поступак избора уговорне стране по тачно утврђеном поступку, те примјеном објективнијих критеријума одабере лице које ће у конкретном случају на најоптималнији начин извршити тражене послове. Јавна управа нема слободу да бира врсту уговора за извршавање својих обавеза. Зависно од ситуације, законом се прописује којим актима ће, у појединим ситуацијама, обављати своје надлежности.⁶⁷

⁶⁴ Видјети: чл. 26. ЗУП-а.

⁶⁵ Више о томе видјети: Ernst Forsthoff, *Traité de droit administratif allemand*, Bruxelles 1969, 423.

⁶⁶ Слободно уређивање уговорног односа подразумијева да нико други, сем уговорних страна, не може одредити садржај уговорног односа. У том смислу, суд, закон или неки други чинилац не може да дјелује на уговорену садржину. Уговор је преузео функцију закона за уговорне стране. Закон ће се у оваквим уговорним аранжманима примијенити само ако уговарачи нису одређено питање предвидјели у конкретном уговору.

⁶⁷ За примјер ћемо навести сљедећу ситуацију: јавна установа која пружа услуге лијечења има потребу да набави лијекове за вакцинисање становништва од епидемије грипе. У овом случају, јавна установа не може произвољно пронаћи произвођача потребних вакцина. Она је обавезна да претходно распише јавни позив за набавку вакцина, дефинишући њихов квалитет, како би се утврдило који понуђач нуди најквалитетније тражено медицинско

Поред наведеног, код управних уговора, странке немају слободу да по сопственим интересима врше распоdjелу права и обавеза. Наиме, управни уговори су и у овом диjелу законом дефинисани, односно унапријед је познато која су права и обавезе уговорних страна, као и садржај уговора.⁶⁸

Слобода уговарања, по правилу, омогућује уговорним странама у грађанском праву да самостално и слободно изаберу форму уговора који ће закључити. У том смислу, оне се могу договорити да ће уговор бити ваљан само ако се њихова воља искаже у одређеној форми. Код управних уговора обавезна је писана форма, која је законом прописана, и странке су обавезне да је поштују да би управни уговор произвео правно деjство. Она је услов његове правне ваљаности и сматра се битним елементом у свим правним системима који познају овај институт. У том смислу, странке немају право да својим споразумом дерогирају норме које се односе на форму.

Слобода уговарања овлашћује уговорне стране у грађанским односима да „слободно располажу уговором“, односно да за вријеме његовог трајања врше измјене његовог садржаја. Уговорне стране могу смањивати и повећавати права и обавезе, односно стварати или гасити међусобна давања. Једном закључени уговор се, по вољи сауговорача, не мора извршити у цијелости. Са друге стране, управни уговор не допушта модификовање уговорних норми у складу са интересима сауговорача. Он је закључен како би јавни интерес био остварен у конкретном случају и сауговорачи немају право да његово извршење доведу у питање због својих интереса.

Поред наведеног, ништавости уговора је још једна тема која доказује да су правила облигационог права тешко примјењљива на материју управних уговора који представљају институт јавног права. Наиме, уговори се оглашавају ништавим када садрже недостатак у моменту закључења, а који је правним прописом предвиђен као разлог ништавости. Недостаци који могу довести до овакве ситуације су различити и могу се класификовати на услове који се тичу статуса уговорних страна, услове који се тичу изјава воље уговорних страна, предмета и основа уговора.⁶⁹ Закључени ништави

средство и по којој цијени. Тек након тога ће, примјеном метода конкуренције, транспарентности и једнаког третмана свих понуђача, моћи изабрати субјекта који ће извршити набавку и доставу вакцина. У овом случају, јавна управа не може да бира да ли ће закључити уговор о купопродаји вакцина или ће закључити уговор о јавној набавци истих.

⁶⁸ До управног уговора никада неће доћи уколико не постоји јавни интерес за вршењем одређених послова. Уколико постоји потреба, јавна управа ће објавити своју намјеру о закључивању уговора у којој је обавезна да наведе следеће: предмет уговора, права и обавезе њеног сауговорача, временски рок важења уговора, услове за закључење уговора и остале битне елементе. У том смислу, прописивањем ових услова, управа ствара уговорну материју дефинишући децидно права и обавезе уговорних страна, без могућности споразумног утицања на њих.

⁶⁹ Nicholas M. Boulouis, *Les contrats et marches public, aspects comparatifs et europeens*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, број:2/2011, Сплит 2011, 275.

уговори не производе правна дејства. На ништавост се може позвати свако лице, а не само уговорне стране, јер се ради о друштвеним вриједностима које су повријеђене у конкретном случају. Уговарачи не могу својом вољом отклонити ништавост, односно не могу извршити конвалидацију закљученог уговора. Не постоји временски рок који је одређен за позивање на ништавост уговора, односно она се увијек може истицати. Ови принципи важе како за управне уговоре, тако и за уговоре приватног права. Међутим, у пракси су се појавили проблеми и по овом питању. Наиме, у Француској (као и у Србији), не постоји пропис који таксативно набраја све разлоге ништавости управних уговора. Према француској судској пракси, управни уговори су ништави ако су закључени у областима које не трпе уговорно дјеловање. Такве области су полицијски послови и фискалне материје. Затим, управни уговори су ништави и ако су закључени од ненадлежног органа или ако постоје мане воље, као што је принуда, уцјена и сл.⁷⁰ Поред наведеног, управни уговор је ништав ако није закључен у одговарајућој форми, уколико је предмет уговора немогућ или недопуштен, ако се у уговору налазе клаузуле који искључују одговорност уговорних страна или искључују примјену теорије једностране измјене уговора у јавном интересу, или ако је закључен управни уговор који је супротан резултатима поступка избора уговорне стране.

С обзиром на то да не постоји пропис који таксативно набраја разлоге ништавости управних уговора, у таквим ситуацијама се подразумијева примјена правила о ништавости из прописа који регулишу уговоре приватног права при чему се не прави разлика између апсолутне и релативне ништавости, односно ништавости која је установљена ради повреде јавног интереса и ништавости која је установљена у циљу заштите уговорних страна. У француској теорији су се око овог питања водиле велике расправе, с обзиром на то да се релативна ништавост односи на заштиту интереса странака, а управни уговори се закључују у циљу остваривања јавног интереса. Овакво стање довело је до изједначавања апсолутне и релативне ништавости, што је за посљедицу имало једну велику ману – до ништавости управног уговора доводила је и најмања правна неправилност у уговору, односно било каква повреда правног прописа. У циљу превазилажења наведених тешкоћа, кроз судску праксу, теорију и законодавство се јавила тенденција ублажавања поставке која изједначава појмове правне неправилности и ништавости. Ипак, у Француској ни данас не постоји подјела ништавости на релативну и апсолутну у материји управних уговора што изазива велике проблеме у пракси.⁷¹

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*, 275–276.

У њемачком управном праву, ништавост не наступа код сваке повреде права, већ само у случајевима који су прописани њемачким Законом о општем управном поступку. Из наведеног произлази да су управни уговори ништави само ако садрже противправност која је наведена у овом закону. У осталим случајевима, иако имају противправност, уговори производе правно дејство.⁷² Уколико ништавост погађа само дио управног уговора, он ће бити ништав у цјелини.⁷³ Закон о општем управном поступку Њемачке се приликом дефинисања ништавости позива на разлоге који су набројани у Грађанском закону.⁷⁴

Имајући у виду француско искуство о супсидијарној примјени правила облигационог права, може се закључити да је Закон о општем управном поступку морао прецизније дефинисати домене примјене правила облигационог права на управни уговор.

ЗАКЉУЧАК

Прије давања било каквог закључка о Закону о општем управном поступку и рјешењима која се односе на управни уговор, потребно је навести неколико чињеница у вези са Законом о општем управном поступку. У том контексту, Закон је у јавности промовисан као правни акт који је сачињен како би се извршила реформа управног поступка у циљу унапријеђења правне сигурности, побољшања привредног амбијента и односа управе и грађана Републике Србије. Као главни циљеви новог Закона, између осталог, одређени су: а) модернизовање управног поступка, б) чињење овог поступка ефикаснијим и једноставнијим, г) дјелотворно остваривање јавног интереса и појединачних интереса грађана и правних лица у управним стварима, д) успостављање јавне управе која је орјентисана ка грађанима, пружајући им услуге у складу са њиховим потребама. Управни уговор, као нови инструмент у управном праву Србије, замишљен је да оствари један од европских стандарда који се огледа у активној улози грађана у односима са јавном управом.

Међутим, нормирање какво је учињено у Закону о општем управном поступку не иде у правцу остваривања претходно наведених начела јер је само пет чланова посвећено управним уговорима на основу којих се не мо-

⁷² М. Петровић у сарадњи са М. Прицом, 246.

⁷³ Чл. 59. ст. 3. *Verwaltungsverfahrensgesetz*.

⁷⁴ Тако се као најважнији разлози ништавости управних уговора наводе пословна неспособност уговарача, непоштовање форме уговора, вријеђање добрих обичаја и закључивање уговора преваром или под пријетњом. Видјети: чл. 59. ст. 1. *Verwaltungsverfahrensgesetz*.

же гарантовати правна сигурност, бољи однос управе и грађана и побољшање привредног амбијента. Много је питања која нису дефинисана Законом а која су од великог значаја за правну сигурност. У том контексту, ништа се не наводи о областима примјене управних уговора, поступку њиховог закључивања и њиховим манама (ништавост и рушљивост). Такође, статус уговорних страна је непрецизно одређен, као и домен примјене правила из облигационих односа. Посебан проблем представља начин на који ће се прилагодити правила приватног права на један институт јавног права. Поред наведеног, начин остваривања правне заштите у вези са накнадом штете уговорних страна је под двоструким правним режимом, односно јавна управа ово право остварује пред судовима опште надлежности, док ће друга страна то право моћи остваривати пред управним судом.

Да би се у правни систем увео нови институт потребно је да он посједује, у довољном обиму и квалитету, особине које ће јасно правити разлику у односу на већ постојеће институте. У том контексту, управни уговор мора у својој структури да има елементе који ће правити разлику у односу на управни акт и уговор грађанског права. Сматрамо да управни уговор према Закону о општем управном поступку не посједује специфичности које квалитативно и квантитативно дају основа да он буде засебан правни институт и да се разликује од уговора приватног права. Једина специфичност у односу на уговоре приватног права је дефинисана у чл. 25., у коме се наводи да странка не може раскинути управни уговор уколико представник јавне управе не испуњава уговорне обавезе. Међутим, та одлика није довољна да би се само на основу ње створио нови правни институт. У том смислу, сва рјешења која нуди Закон о општем управном поступку могла су се обезбиједити и кроз уговор приватног права без потребе да се ствара нови институт.

Политички интереси који за циљ имају да се у позитивном праву, по сваку цијену, имплементирају одређени европски управни принципи, нису вриједни да се наруши озбиљна управна традиција каква постоји у Србији. Земље у окружењу су такође, под притиском европских интеграција, управни уговор увеле у своја позитивна права али ни данас немају података о ефектима примјене овог института, нити се озбиљно ради на његовом развоју. Србији је управни уговор потребан као инструмент управног дјеловања али то подразумева да се њему, с обзиром на то какав потенцијал посједује, јасно одреди мјесто, улога и дефинишу правци будућег развоја. Најбољи начин за остваривање претходно наведеног је посебан законски пропис посвећен искључиво материји управних уговора.

Dražen S. Miljić, Ph. D.
University of Banja Luka
drazen.miljic@unibl.rs

Administrative Contracts According to the General Administrative Procedure Act

Abstract: *In 2016 the Republic of Serbia passed the new General Administrative Procedure Act, which regulate administrative contract as a new legal institute, with only five articles. The paper presents the problems that brings this way of legal regulation. As a result, there are numerous dilemmas and contradictions.*

Keywords: *administrative contract, public interest, contracting authority, special powers, rule of law.*

Датум пријема рада: 04.05.2017.

ОДЕЉАК ЗА СТУДЕНТЕ

Никола Б. Крстић, студент докторских студија
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
advnikolakrstic@gmail.com

МОГУЋНОСТ ВРШЕЊА БИЛАНСНЕ СЕКЈУРИТИЗАЦИЈЕ ДУГОВАЊА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ ПУТЕМ ИЗДАВАЊА ПОКРИВЕНИХ ОБВЕЗНИЦА

Сажетак: Секјуритизација дуговања је постојећи начин претварања неликвидне активне банке у ликвидну путем издате хартије од вредности на тржишту капиталa. Предмет овог рада је билансна секјуритизација, тј. да ли је могуће издати емисију обвезница које ће бити обезбеђене залогом на имовинама банке, будући да је према постојећим прописима могуће издавати корпоративне обвезнице. Издавањем оваквих обвезница, емисија би прикупила један капитал будући да би издао високо квалитетну дужничку хартију од вредности са ниском каматном стапом. Рада указује на проблеме који прате емисију покривених обвезница, тј. даје одговор на питање који су то предуслови да би она била могућа у нашем правном систему.

Кључне речи: Секјуритизација дуговања; билансна секјуритизација; покривене обвезнице; тржиште капиталa; заложно право.

1. УВОД

Секјуритизација дуговања се у Закону о тржишту капитала¹ (на даље у тексту: ЗТК) на више места само узгредно помиње. Међутим, ЗТК, као ни други прописи не врше даљу регулацију овог финансијског производа, нити разликују његове основне видове. Дакле, ради се о финансијском производу који је неуређен у нашем праву и потпуно непознат на финансијском тржишту Републике Србије. Увођење секјуритизације дуговања би омогућило значајан

¹ Закон о тржишту капитала – ЗТК, Службени гласник РС, бр. 31/2011, 112/2015 и 108/2016.

развој тржишта капитала, који би пензионим и другим инвестиционим фондовима, али и инвеститорима уопште, пружио могућност да новац уложи у једну нискоризичну хартију од вредности (на даље у тексту: ХОВ). То би у перспективи отворило могућност одрживог развоја приватног пензионог осигурања, будући да његов развој између осталог ограничава и неразвијено тржиште капитала. Колика је важност ХОВ издатих на бази секјуритизације, говори податак да у Аустрији, земљи која је по броју становника и површини релативно слична Србији, удео ових ХОВ на тржишту капитала 1999. године био на нивоу од 71,7 посто.² На значај увођења секјуритизације дуговања дужи низ година указује и Савет страних инвеститора у својој „белој књизи“.

2. УОПШТЕНО О СЕКЈУРИТИЗАЦИЈИ И ЊЕНОМ ЗНАЧАЈУ

Секјуритизација дуговања је издавање ХОВ³ високог рејтинга обезбеђених залогом на потраживањима из претходно формираног портфолиа банкарских потраживања (на даље у тексту: актива). Актива је добро обезбеђење да ће издавалац извршавати своје обавезе из ХОВ, те услед ниског ризика неизвршавања обавеза, емитент плаћа изразито ниску каматну стопу на обвезнице.⁴ Постоје два типа секјуритизације—билансна (европски тип) и ванбилансна (амерички тип)⁵. Када емитент остане поверилац активе која служи за обезбеђење, те исту води у свом рачуноводству (билансима), ради се о билансној секјуритизацији.

Емитент у поступку билансне секјуритизације може бити само банка, или нека друга финансијска институција са дозволом за обављање кредитних послова, а у упоредном праву се захтева и посебна дозвола за обављање

² Leopold Michael Martzi, *Das Recht der Pfandbriefe und Hypothekenbanken in Vergangenheit und Gegenwart – dissertation*, Wien 2000, 167.

³ Код билансног типа секјуритизације издају се покривене обвезнице, док се код ванбилансне секјуритизације издају секјуритизоване упутнице. Предмет овог рада је издавање покривених обвезница, али су приказана нека питања везана за ванбилансну секјуритизацију.

⁴ Гордана Јухас, *Секјуритизација – највећа финансијска иновација 20. века*, Београд 2011, 7.

⁵ Ова подела је настала с обзиром на то, да ли се потраживања која служе за обезбеђење емисије (актива) измештају из биланса банке (отуђују, цедирају) пре но што дође до емисије. Уколико пре емисије дође до цесије активе ради се о ванбилансној секјуритизацији, јер она више не утиче на билансе банке. Овај вид секјуритизације је битно другачији, будући да подразумева оснивање правног лица за посебне намене (*special purpose vehicle* (енг.)) које онда врши емисију на основу активе откупљене од стране банке. У овој варијанти емисионог посла у САД могућа је и комисиона емисија, када „труст“ основан од стране банке врши емисију у своје име, али за рачун банке. Ако актива остане у поседу банке те она послужи као обезбеђење за емисију обвезница ради се о билансној секјуритизацији, јер се ова актива не измешта из биланса банке.

секјуритизације и издавање оваквих покривених обвезница⁶. На пример, у праву СР Немачке, поред претходног услова још је предвиђено да емитент покривених обвезница може бити комерцијална банка, или јавноправна кредитна институција,⁷ која располаже са минимум 25 милиона евра капитала, као и са дозволом за обављање кредитних послова.⁸

Приликом издавања покривених обвезница емитент гарантује за извршење обавезе својом целокупном имовином као и код других дужничких ХОВ, али и залогом на активи. У овом случају специфичност је везана за последице отварања стечајног поступка. Стечај је поступак намењен, са једне стране престанку правног субјективитета презадуженог привредног друштва, а са друге стране, то је по традиционалним правилима поступак сразмерног намирења стечајних поверилаца из расположиве имовине стечајног субјекта у тренутку отварања стечаја.⁹ Имаоци ових ХОВ у стечајном поступку, неће имати статус хирограферних поверилаца¹⁰, већ различито право на потраживањима која су била заложена у процесу секјуритизације, те ће имати првенство у наплати својих потраживања.

Примарни циљ секјуритизације јесте издавање ХОВ са највишим рејтингом („ААА“), како би се остварила што мања каматна стопа на позајмљена средства прикупљена у поступку емисије. Као основно средство обезбеђења, у поступку секјуритизације, јављају се потраживања настала по основу банкарских послова. У случајевима када је лош бонитет емитента, или квалитет ХОВ код ванбилансне секјуритизације, рејтинг агенције попут „*Standard & Poor's*“ у својим анализама утврђују колико је потребно појачати обезбеђење, како би се постигао жељени квалитет ХОВ („ААА“ ниво).¹¹

⁶ Под покривеним (гарантованим, хипотекарним) обвезницама подразумевају се обвезнице које су додатно осигуране неким средством обезбеђења. Термин покривена (гарантована) обвезница није најтачнији, јер се покривене (обезбеђене) обвезнице могу издавати ван поступка секјуритизације дуговања, међутим због недостатка терминологије у нашем језику користиће се овај назив. Уколико би користили назив хипотекарне обвезнице ни он није најтачнији, јер постоје и обвезнице чије је средство обезбеђења хипотека на непокретностима, а не залога на потраживањима обезбеђеним хипотекама као у овом случају.

⁷ Heinz Dieter Assmann, Rolf A. Schütze, *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, München 1997, 403-404. Под јавном кредитном институцијом се подразумевају државни фондови који обављају финансирање пројеката од јавног значаја.

⁸ Чл. 2, Закон о покривеним обвезницама Савезне Републике Немачке (*Pfandbriefgesetz*) – PBG, од 22.05.2005, измењен 02.11.2015.

⁹ Марија Салма, „Излучна права у стечају“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2010, 227.

¹⁰ Хирограферни (обични) повериоци су они чије потраживање није обезбеђено путем хипотеке или залог. Ови повериоци се у стечајном поступку јављају у трећем исплатном реду, што у пракси има за последицу низак ниво наплативости.

¹¹ Tobias Koppmann, *Gedekte Schuldverschreibungen in Deutschland und Großbritannien*, Berlin 2009, 514.

Стога се оваква емисија може додатно обезбедити јемством или гаранцијом другог привредног или осигуравајућег друштва.

Комерцијалне банке су, такође, у свом пословању, изложене ризицима пословања, које контролише централна банка, те оне морају водити рачуна и о управљању оваквим ризицима. Прописи који регулишу ову област прописују на пример, адекватност капитала банке, изложеност према корисницима кредита, према промени вредности хипотековане непокретности, ризику ликвидности, правилима везаним за обавезну резерву.¹² Значај секјуритизације је у томе што она утиче на смањење ових ризика, те доводи до рефинансирања дуготрајних кредита одобрених ради куповине непокретности, бродова, ваздухоплова или кредитирања државе.¹³ Код билансне секјуритизације постиже се повећање адекватности капитала, рефинансирање и повећање ликвидности.¹⁴

3. ПОЈАМ И ОСНОВНА ОБЕЛЕЖЈА ПОКРИВЕНИХ ОБВЕЗНИЦА

Обвезница се дефинише као дужничка ХОВ којом се издавалац обавезује да исплати имаоцу означену новчану главницу заједно са каматом, од-

¹² За више погледати: Одлука о управљању ризицима банке, *Службени гласник РС*, бр. 45/2011, 94/2011, 119/2012, 123/2012, 23/2013 – др. одлука, 43/2013, 92/2013, 33/2015, 61/2015, 61/2016 и 103/2016, Одлука о управљању ризиком ликвидности банке *Службени гласник РС*, бр. 103/2016, Одлука о адекватности капитала банке *Службени гласник РС*, бр. 103/2016, Одлука о обавезној резерви банака код Народне банке Србије *Службени гласник РС*, бр. 3/2011, 31/2012, 57/2012, 78/2012, 87/2012, 107/2012, 62/2013, 125/2014, 135/2014, 4/2015, 78/2015 и 102/2015.

¹³ Т. Коррманн, 2-3.

¹⁴ У случају ванбилансне секјуритизације (која је карактеристична за САД) смањује се изложеност банке према корисницима финансијских услуга, према ризику смањења вредности непокретности које су предмет хипотеке, нема обавезе издвајања резерви по основу активе која је предмет секјуритизације, а повећава се ликвидност банке и адекватност капитала. Ово је могуће будући да у овом случају долази до цесије потраживања, која се више не воде у билансима банке већ то чини друштво специјалне намене, које је ослобођено прописа који регулишу изложеност ризицима и обавези одржавања средстава резерве. Овај вид секјуритизације није дозвољен у свим државама, а његово увођење подразумева доношење законских прописа којим би се регулисало постојање и управљање фондовима секјуритизације, као и издавање секјуритизованих упутница као посебне врсте ХОВ. Код упутница се само врши прерасподела аликвотног дела главнице и камате остварене из активе која је предмет секјуритизације. Дакле, не постоји одговорност емитента за исплату упутница, већ он има само да учини све што је у његовој моћи да активу наплати од дужника. Како би се обезбедила сигурност оваквих ХОВ, будући да су овакви емитенти ослобођени прописа везаних за пословање банака, исплату обично гарантује осигуравајуће друштво или одговарајућа владина агенција (у САД су то *Fanny Mae*, *Ginnie Mae*, *Freddie Mac*, које и саме издају упутнице). Народна банка Србије је 2008. године сачинила нацрт Закона о секјуритизацији, који је регулисао ванбилансни тип секјуритизације, међутим овај законски пропис није ни ушао у скупштинску расправу.

једном или у деловима (на рате).¹⁵ Покривене обвезнице (*Pfandbrief* (нем.), *covered bonds* (енг.)) се од класичних разликују по томе што су осигуране заложним правом на активи банке. Стога се могу дефинисати као дугорочне дужничке ХОВ обезбеђене залогом на потраживањима од стране емитента одобрених првокласних, најчешће хипотекарних кредита.¹⁶

Основна карактеристика покривених обвезница је та да у случају стечаја њихови имаоци постају разлучни повериоци у односу на потраживања која су служила за обезбеђење емисије, те актива долази под управу стечајног управника како би се исплатила дуговања емитента по покривеним обвезницама.¹⁷

Наравно, оне су негоцијабилне, садрже облигационо правни захтев за исплату главнице и камате, формалне су (садрже све прописане елементе), дематеријализоване, а право из ХОВ (облигационо правни захтев) је неодвојиво повезано са правом на ХОВ (инкорпорисаност).

Која све потраживања могу бити предмет залогa? Поред хипотекарних кредита, често се залажу и потраживања по основу кредита за куповину аутомобила, кредита одобрених индустрији и лизинг накнаде.¹⁸ Шта ће бити предмет, у суштини зависи од законског решења, па тако у праву СР Немачке предмет секјуритизације може бити актива на бази хипотеке, залогa на бродовима и ваздухопловима, приходи од државних агенција, комунални или други јавни приходи.¹⁹

У суштини ове ХОВ своју сигурност дугују квалитету средстава којима су обезбеђена заложена потраживања, будући да су средства обезбеђења акцесорне природе, те се преносом потраживања и она преносе.

Карактеристично је да се обезбеђење, односно, залогa на потраживањима у овом случају, установљава на основу закона, будући да се као средство обезбеђења јављају потраживања унета (уписана) у регистар залогa који води емитент (*Deckungsregister* (нем.))²⁰. Емитент може користити прилив средстава из активе која служи за покриће, те променити или додати нова потраживања у регистар, али у сваком тренутку мора обезбедити да

¹⁵ Небојша Јовановић, *Берзанско право*, Београд 2009, 448.

¹⁶ Branka Jurčević, „Osigurane obveznice kao alternativa ulaganju institucionalnih ulagača u državne obveznice“, *Zbornik radova: Dani hrvatskog osiguranja 2015*, Zagreb 2015, 117.

¹⁷ Jens Tolckmitt, Otmar Stöcker, „Die rechtlichen Grundlagen der Pfandbriefemission“, *Der Pfandbrief 2015/2016*, 14.

¹⁸ Anant V. Rajwade, *Handbook of debt securities and interest rate derivatives*, New Delhi 2007, 148.

¹⁹ Чл. 1, PBG.

²⁰ Овај регистар не треба мешати са регистром бездржавинске залогa који се код нас води у Агенцији за привредне регистре, јер овај води емитент те он врши уписе у исти, мења потраживања у истом, али уз обавезу да увек има одговарајући ниво обезбеђења, што је предмет спољне контроле.

ниво обрачунске вредности²¹ активе одржава на одговарајућем нивоу, што је предмет спољне контроле.²² Ради сигурности улагача, обрачунска вредност активе унете у регистар увек је исказана у мањем износу од реалне, како би се обезбедио висок степен наплативости покривених обвезница у случају отварања стечајног поступка. Најчешће се као обрачунска вредност активе унете у регистар узима само 60% стварне вредности заложене имовине, иако се потраживање залаже у целини, док се вредност изнад 60% неће узимати у обрачун приликом утврђивања обрачунске вредности масе покрића.²³

4. МОГУЋНОСТИ И ОГРАНИЧЕЊА НАШЕГ ПРАВНОГ СИСТЕМА

Будући да у нашем праву не постоји посебан законски оквир који би регулисао билансну секјуритизацију, поставља се питање да ли је могуће издати покривене обвезнице у циљу секјуритизације дуговања, имајући у виду да је могућа емисија корпоративних обвезница?²⁴

У нашем правном систему могуће је издавање обвезница као серијских, дематеријализованих ХОВ, којима се може трговати на организованом тржишту, мултилатералној трговинској платформи и ОТЦ тржишту.²⁵ Што се тиче покривених обвезница оне се само посредно помињу, будући да ЗТК приликом енумерације преносивих ХОВ између осталог говори о обвезни-

²¹ Под појмом обрачунске вредности се подразумева вредност потраживања која се води у регистру. Будући да у нашем језику није развијена одговарајућа терминологија која би се употребљавала у овом случају, аутор је појам обрачунске вредности употребио како би указао да постоји одступање између реалне вредности потраживања унетих у регистар покрића и вредности која је у том регистру исказана.

²² Vinod Kothari, Introduction to covered bonds, доступно на адреси: <http://vinodkothari.com/wp-content/uploads/2013/11/Introduction-to-Covered-Bonds-by-Vinod-Kothari.pdf>, 12.06.2017, 10.

²³ Robert Sünderhauf, *Bewertung des Ausfallrisikos deutscher Hypothekbank-Pfandbriefe*, Ingolstadt 2006, 21.

²⁴ Корпоративне обвезнице су обвезнице издате од стране привредних друштава.

²⁵ Регулисано тржиште је берза ХОВ, чији је организатор увек акционарско друштво са дозволом Комисије за ХОВ, а код нас је ово тржиште организовано као листинг (берзанско тржиште) и *Open market* (енг.) тржиште (ванберзанско тржиште), а организатор је Београдска берза. Мултилатерална трговачка платформа (на даље у тексту: МТП) је мултилатерални електронски систем за трговање чији оснивач може бити брокерско дилерско друштво или берза, којем је издата дозвола од стране Комисије. Код нас тренутно постоји само једно МТП тржиште чији је организатор Београдска берза (МТП-Белекс) (ванберзанско тржиште). Разлика између претходно поменута два тржишта, је у условима које ХОВ треба да испуне у циљу укључивања на трговање. *Over the counter* (енг.) тржиште или ОТЦ, је слободна продаја ХОВ, или непосредном погодбом (цесијом) између лица, или путем дистрибуције ХОВ путем банкарских шалтера.

цама и другим облицима секјуритизованог дуга.²⁶ Међутим, овај пропис, нити неки други, не садржи даљу разраду концепта покривених обвезница и њихове емисије. Стога се поставља питање да ли је уопште могуће обвезницу обезбедити путем залоге на потраживањима банке према њеним клијентима.

Да би се одговорило на ово питање, мора се кратко осврнути на правну природу ХОВ. Закон о облигационим односима²⁷ (на даље у тексту: ЗОО) предвиђа да обавеза из ХОВ настаје у тренутку када издавалац ХОВ преда њеном кориснику²⁸ и да на савесног имаоца неће утицати чињеница да је ХОВ изашла из руку њеног имаоца без његове воље.²⁹ Дакле ЗОО заузима став да је материјализована³⁰ ХОВ једнострана изјава воље која настаје емисијом. ЗТК говори о куповини ХОВ и уплати продајне цене³¹, будући да купац (будући ималац) ХОВ закључује уписни уговор са инвестиционим друштвом као агентом емитента, а на основу њега врши уплату купопродајне цене. Међутим, правила уговора о продаји, се не могу примењивати на само стицање ХОВ, јер је уговор о продаји основ за деривативно стицање права, будући да купац изводи своје право из права претходника тј. продавца.³² За разлику од тога, уписни уговор је усмерен на оригинално стицање ХОВ, при чему уписник постаје први власник.³³ Чињеница је да емитент емисију врши на основу своје одлуке, да сам одређује обим своје обавезе, те да дематеријализоване ХОВ настају на основу једностране изјаве воље.

ЗТК предвиђа да је Централни регистар ХОВ обавезан да од сваког издаваоца финансијских инструмената захтева опис права и обавеза, које такав финансијски инструмент садржи, да сачува те податке у својој евиденцији и да те информације објави електронским путем на интернет страници Централног регистра ХОВ.³⁴ Стога постоји могућност да емитент одреди садржину права инкорпорисаног у емитоване ХОВ.

Ипак, поставља се питање да ли други закони подржавају могућност једностраног настанка оваквог обезбеђења?

²⁶ Чл. 2, ст. 1, тач. 2.2, ЗТК.

²⁷ Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени гласник СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени гласник СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

²⁸ Чл. 237, ЗОО.

²⁹ Чл. 239, ст. 4, ЗОО.

³⁰ Материјализоване ХОВ су оне које физички постоје попут менице, чека, коносна, док су дематеријализоване оне које постоје само у електронској форми у погледу одговарајућег уписа у Централном регистру ХОВ.

³¹ Чл. 21, ЗТК.

³² Зоран Арсић, „Упис акција и уписни уговор“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2016, 43.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Чл. 8, ст. 7, ЗТК.

Залога на потраживањима се може засновати уз упис у регистар заложног права у Агенцији за привредне регистре (на даље у тексту: АПР), или без овог уписа. Уколико се не уписује, тада оваква залога настаје на основу ЗОО, те се захтева закључење уговора о залози, а да би уговор имао дејство тражи се и обавештавање дужника о залагању потраживања.³⁵ Код установљавања залогe уз упис у регистар, за дејство залогe се не захтева обавештавање већ упис у регистар.³⁶ Проблем је што се за заснивање залогe захтева уговор као извор облигације, док је ХОВ једнострана изјава воље, те једнострано залагање не може настати. Дакле, мора се установити законско заложно право. Слање обавештења о склапању уговора о залози у случају секјуритизације није проблем, о чему ће накнадно бити речи.

Са становишта банкарског права јавља се проблем чувања банкарске тајне. Она се може одредити као правна обавеза кредитне установе да „ћути“ о подацима који се односе на имовинско стање њеног клијента и право да ускрати давање података о свом клијенту или о трећим лицима о којима је сазнала радећи са клијентом.³⁷ Банка предметне податке може одати у случају да постоји писмено одобрење клијента, или у случају законом предвиђених изузетака (кривична истрага, поступак извршења и сл.). Уколико се узме у обзир да се као актива секјуритизације јавља мноштво банкарских потраживања, долази се до ситуације да би банка морала тражити дозволу од сваког клијента да објави податке. У случају установљавања залогe на потраживању, при упису у АПР, било би неопходно јавно открити податке корисника кредита, као и висину њиховог задужења код банке. Практично, банка би морала да открије податке о широком кругу лица, што није дозвољено, а ни пожељно. Уколико би се донели прописи који би регулисали регистар покрића који води емитент, а контролише централна банка, овај проблем не би постојао будући да ови подаци не би били доступни имаоцима ХОВ.

Код поступка секјуритизације јавља се проблем одржавања вредности обезбеђења. Иако је основа секјуритизације издавање обвезница које имају квалитет „ААА“, поставља се питање како осигурати овај рејтинг будући да се обезбеђење даје на потраживањима чија се висина може мењати због редовне отплате кредита, или услед превремене отплате кредита. Због ове чињенице, чак и када би било могуће установити обезбеђење обвезнице, не би могли да се остваре ефекти секјуритизације, те је потребно увести нову

³⁵ Чл. 989, ЗОО. Након обавештавања дужник новац исплаћује залогопримцу, који исти чува за рачун залогодавца, а на захтев залогодавца мора га положити у депозит суда, уз задржање износа који му припада. Ово обавештење се у пракси шаље након што заложни дужник упадне у доцњу.

³⁶ Чл. 11, Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар – ЗЗПУР, *Службени гласник РС*, бр. 57/2003, 61/2005, 64/2006 – испр. и 99/2011 – др. закони.

³⁷ Соња Бунчић, *Банкарско и берзанско право*, Нови Сад 2012, 100.

законску регулативу којом би се установила законска залога на потраживањима уписаним у регистар залоге на активи секјуритизације, те предвидети начин утврђивања вредности потраживања у овом регистру, као и висину потраживања у истом, а коју емитент мора стално одржавати.

У нашем позитивном праву се поставља питање—Која потраживања је могуће заложити?

Тренутно постоје стриктни прописи који ограничавају уступање потраживања банке. Закон о заштити корисника финансијских услуга³⁸ прописује да је потраживање према физичком лицу могуће уступити само другој банци.³⁹ Уступање потраживања према правним лицима, предузетницима и пољопривредницима је такође ограничено, а везано је само за случај смањења лоше активе, када је могуће уступити доспела потраживања уз обавештавање Народне банке Србије, као и она која још нису доспела, али се сматрају проблематичним у смислу наплате.⁴⁰ Што се тиче преноса потраживања обезбеђених хипотеком, он мора бити обављен у форми јавнобележничког записа или јавнобележничке (солемнизоване) исправе,⁴¹ а пренос хипотеке није могућ без преноса основног потраживања.⁴² У којој ће форми бити закључен уговор о хипотеци и уговор којим се преноси потраживање зависи од садржине, тј. од тога да ли је у уговору о хипотеци садржана изричита изјава власника непокретности којом он овлашћује повериоца да, по доспелости потраживања, приступи непосредном принудном извршењу на непокретности вансудским путем или посредством суда.⁴³ Стога у поступку емисије покривених обвезница није могуће заложити потраживање обезбеђено хипотеком, јер се не може испоштовати захтев јавнобележничке форме. Да би секјуритизација била могућа, не смеју постојати ограничења везана за уступање.⁴⁴

Шта се дешава са обавештавањем дужника банке о залагању потраживања? Дужник из заложеног потраживања може своју обавезу испуњавати

³⁸ Закон о заштити корисника финансијских услуга—ЗЗКФУ, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011 и 139/2014.

³⁹ Чл. 39, ЗЗКФУ.

⁴⁰ Чл. 42а, Одлука о управљању ризицима банке, *Службени гласник РС*, бр. 45/2011, 94/2011, 119/2012, 123/2012, 23/2013 – др. одлука 1, 43/2013, 92/2013, 33/2015, 61/2015, 61/2016 и 103/2016.

⁴¹ Чл. 20. у вези са чл. 10, Закон о хипотеци – ЗХ, *Службени гласник РС*, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – одлука УС и 83/2015.

⁴² Чл. 20, ст. 2, ЗХ.

⁴³ Николина Б. Мишчевић, „Форма уговора о хипотеци“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2015, 1414.

⁴⁴ Иако је циљ самог установљивања залоге обезбеђење статуса разлучног повериоца за имаоце ХОВ, како сама залога не би била ништава, она не сме бити супротна принудним правним прописима.

залогадавцу, све до тренутка обавештења о залагању потраживања.⁴⁵ Како у овом случају има мноштво поверилаца, или би сви они морали да пошаљу ово обавештење,⁴⁶ или би то морао урадити заложни дужник. Међутим, уколико би се ово обавештење послало, јавио би се проблем са исплатом новца, јер постоји пуно поверилаца по ХОВ. Зато емитент ово обавештење и не шаље, већ након отварања стечајног поступка имаоци ХОВ постају разлучни повериоци, те ће дужници из заложеног потраживања своје обавезе извршавати стечајном дужнику, а он ће потом овај износ исплатити свим имаоцима ХОВ. Због постојања банкарске тајне имаоци ХОВ и не знају ко су дужници банке, те коме да изврше ово обавештење. Овде се јавља проблем поверења, који је могуће решити једино на тај начин да централна банка у сваком тренутку мора контролисати која су то потраживања заложена и осигурати да стечајни управник правилно врши прераспodelу новца који разлучни повериоци (имаоци ХОВ) треба да добију у случају стечаја. Овакав механизам код нас не постоји.

5. ЗАКЉУЧАК

ЗТК предвиђа постојање ХОВ на бази секјуритизације, међутим, не постоји даља законска регулација, те је немогуће према тренутном стању регулативе извршити овакву емисију. Основни проблем везан за издавање ових ХОВ је немогућност установљивања законске залогe на потраживањима банке, те недостатак законске регулативе везане за регистар покрића код овакве емисије и његову спољну контролу. Будући да се вредност потраживања која су заложена стално мења због отплате кредита, банка мора додати нову активу у регистар, брисати ону која је отплаћена, те се мора утврдити начин очувања вредности активе. Због претходно наведеног треба уредити ниво обезбеђења који банка у сваком тренутку мора пружити имаоцима ових ХОВ, као и метод утврђивања обрачунске вредности активе унете у регистар. На пример, да се обрачунска вредност појединачног потраживања унетог у регистар покрића рачуна као 60% вредности хипотеке која је дата за обезбеђење. Ово је неопходно да би се обезбедила сигурност у наплати у случају стечаја емитента.

⁴⁵ Чл. 11, ЗЗПУР; чл. 989, ЗОО.

⁴⁶ Имаоци серијских дужничких ХОВ нису солидарни повериоци, те радња једног имаоца ХОВ не може деловати у корист осталих. Солидарност не постоји будући да свака серијска ХОВ садржи самосталну обавезу емитента према имаоцу ХОВ.

Nikola B. Krstić, Ph. D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
advnikolakrstic@gmail.com

Possibility of Conducting on Balance Dept Securitisation in Republic of Serbia by Issuing Covered Bonds

Abstract: *Dept securitisation is a procedure of converting non liquid bank assets into liquid by securities placement at capital market. Subject of this paper is on balance securitisation and question is it possible to conduct emission of bonds covered by pledge on bank claims, since it is possible to issue corporate bonds. Emission of this kind of bonds would enable issuer to collect cheap capital, while he would emit high quality dept bonds with low interest rate. The paper indicates the problems which follow this kind of emission and gives answer to the question which is the preconditions for it to be enabled in our legal system.*

Keywords: *Dept securitisation; on-balance securitisation; covered bonds; capital market; right of pledge.*

Датум пријема рада: 07.07.2017.

Горан Н. Гуска, студент докторских студија
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
goranguska@gmail.com

СПЕЦИФИЧНОСТИ УСТАВНОГ СУДА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ СА ОСВРТОМ НА ЊЕГОВЕ ОДЛУКЕ У ВЕЗИ РЕФЕРЕНДУМА И ДАНА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Сажетак: Устав Босне и Херцеговине чини саставни део Дејтонског мировног споразума којим је настала данашња држава Босна и Херцеговина и специфичан је у односу на уставне државе у свету. Тако и Уставни суд који има улогу заштитника Устава Босне и Херцеговине има своје специфичности у односу на Уставне судове држава које устав штити на овакав начин. Један део рада се односи на анализу организације и надлежности Уставног суда Босне и Херцеговине са свим његовим специфичностима као и одлука које суд доноси са погледом на оне одлуке које се односе на оцену уставности аката законодавних органа у Босни и Херцеговини које нису у складу са Уставом Босне и Херцеговине или обавезно важећим међународним правним актима са фокусом на њихово неизвршење. Други део се односи на кривичну одговорност за неизвршење одлука Уставног суда Босне и Херцеговине као и правне механизме који су у функцији обезбеђења извршења одлука Уставног суда. Одговоре на питања када постоји кривична одговорност за неизвршење одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, на која се она конкретно односи и у вези са њим постојење у пракси добили смо анализирајући конкретне одлуке. Тако је извршена анализа одлука Уставног суда које се односе на Дан Републике Српске и референдум у Републици Српској 2016. године.

Кључне речи: Уставни суд Босне и Херцеговине, неизвршење одлуке, кривична одговорност, Дан Републике Српске, референдум.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Садашња држава Босна и Херцеговина настала је као резултат потписивања мировног споразума који је потписан 14. децембра 1995. године у Паризу, којем су претходили преговори одржани у периоду од 01. новембра до 21. новембра 1995. године у америчкој војној бази „Wright-Patterson“ код града Дејтон чиме је званично прекинут рат у Босни и Херцеговини. Званични назив мировног споразума је „The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina – Општи оквирни споразум за мир у Босни и Херцеговини“. Дејтонским споразумом је утврђен модел државног уређења и конституисана данашња држава Босна и Херцеговина која је демократска, сложена и децентрализована држава¹. Саставни део овог споразума је Анекс IV који чини текст Устава Босне и Херцеговине. По начину његовог доношења он је *de facto* октроисан, јер се о њему нису изјашњавали ни парламенти ентитета нити грађани референдумом². Члан VI Устава се односи на Уставни суд Босне и Херцеговине у којем су прописане уставне одредбе које одређују састав суда, поступак, надлежности и питања одлука суда³. Амандман I који је усвојен 2009. године у члан VI Устава додаје одредбу која се односи на статус Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине и надлежности Уставног суда Босне и Херцеговине у вези са заштитом утврђеног статуса и овлашћења Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине⁴. Уставни суд Босне и Херцеговине је заштитник Устава и у босанскохерцеговачком правном поретку представља један од стубова владавине права и правне сигурности и гарант очувања и развоја демократског поретка. Он није законодавна, извршна нити класична судска власт већ је власт посебне врсте *sui generis*, као коректив све три гране власти⁵. Одлуке Уставног суда су коначне и обавезујуће. Међутим, у правној и политичкој пракси носилаца власти Босне и Херцеговине, поједине одлуке уставног суда нису извршене. Неизвршење одлуке Уставног суда према Кривичном закону Босне и Херцеговине у члану 239. представља

¹ Рајко Кузмановић, „Уставноправни положај Републике Српске у оквиру Босне и Херцеговине“, *Научни скуп Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума*, мај 2005, Академија наука и умјетности Републике Српске, књига VIII, Бања Лука, 46 и 47.

² Миле Дмичић, „Осврт на неке аспекте остваривања пројектованог уставноправног модела Босне и Херцеговине“, *Научни скуп Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета*, фебруар 2000, Академија наука и умјетности Републике Српске, књига III, Бања Лука, 142.

³ Устав Босне и Херцеговине, извор <http://www.ccbh.ba/osnovni-akti/ustav/?title=clan-6>, 23.10.2017. године.

⁴ Амандман I на Устав Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 25/2009.

⁵ Миодраг Симовић, Милена Симовић, „Границе овлашћења Уставног суда Босне и Херцеговине у поступку оцјене сагласности закона са Уставом Босне и Херцеговине“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 68/2014, 45.

кривично дело па је основно питање због чега се за један део одлука Уставног суда које нису извршене не покрећу кривични поступци, односно не тражи кривична одговорност за оне субјекте који су у обавези извршења ових одлука. Полазиште овог рада је да не постоје довољно јаки и прецизни механизми који би одлуке Уставног суда учинили извршним у пракси. Неке одлуке Уставног суда чекају извршење и по неколико година што ствара одређен степен правне несигурности у држави чије је уређење само по себи сложено па таква непоступања свакако представљају отежавајућу околност за законито и несметано функционисање свих, како државних, тако и ентитетских институција. Ради бољег разумевања проблема, пре свега анализирали смо организацију и надлежност Уставног суда Босне и Херцеговине са свим његовим специфичностима као и одлуке које суд доноси са тежиштем на оне одлуке које се односе на оцену уставности аката законодавних органа у Босни и Херцеговини које нису у сагласности са Уставом Босне и Херцеговине или обавезно важећим међународним правним актима са фокусом на њихово неизвршење. Истражили смо правне механизме који су у функцији обезбеђења извршења одлука Уставног суда а циљ нам је био утврдити када постоји кривична одговорност за њихово неизвршење, на кога се она конкретно односи и у вези са тим поступање у пракси анализирајући конкретне одлуке. Тако смо анализирали одлуке Уставног суда у вези са Даном Републике Српске и референдума који је спроведен 2016. године у Републици Српској без интенција да улазимо у политичке импликације свих одлука државних институција која су у вези са Даном Републике Српске.

2. ОРГАНИЗАЦИЈА И НАДЛЕЖНОСТ УСТАВНОГ СУДА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Уставна институционализација Босне и Херцеговине је специфична у односу на друге сложене државне заједнице подручја континенталног права јер у систему редовних судова нема врховног суда а надлежности Уставног суда садрже неке елементе које чине спој редовног и уставног судства.⁶ Устав Босне и Херцеговине је у члану VI прописао уставне одредбе које се односе на Уставни суд Босне и Херцеговине. Став 1. се односи на састав Уставног суда: „Уставни суд Босне и Херцеговине има девет чланова. Четири члана бира Представнички дом Федерације, а два члана Народна скупштина Републике Српске. Преостала три члана бира председник Европског суда за људска права након консултација са Председништвом. Судије ће бити истакнути правници великог моралног угледа. Сваки пуноправни гласач са

⁶ Миле Дмичић, *Уставно право-дојна основној лијтератури*, Бања Лука, 2011, 113.

тим квалификацијама може да буде судија Уставног суда. Судије које изабере председник Европског суда за људска права не могу бити држављани Босне и Херцеговине, нити неке од сусједних земаља. Мандат судија који буду именовани на почетку трајаће пет година, осим ако не поднесу оставку или не буду с разлогом разријешени консензусом осталих судија. Судије које ће у почетку бити именоване не могу бити поново именоване. Судије које ће након тога бити именоване вршиће службу до седамдесет година старости, изузев ако не дају оставку или не буду с разлогом разријешени консензусом осталих судија. За именовање након више од пет година по првобитном именовању судија, Парламентарна скупштина може законом да предвиди другачији начин избора оних троје судија које бира председник Европског суда за људска права⁷. Мишљења смо да садашње решење са тројицом судија које бира председник Европског суда за људска права представља превазиђен компромис Дејтонског споразума и да га је потребно мењати и одустати од концепта да у доношењу важних уставносудских одлука учествују држављани страних држава што би свакако допринело јачању суверенитета Босне и Херцеговине и стварању боље климе код успостављања унутардржавног консензуса између њених народа. Такође, уставно судство у политичком систему које захтева легалитет и легитимитет власти никада неће моћи да стекне улогу прве политичке власти из разлога недостатка непосредног народног избора уставних судија⁸, па сматрамо да би непосредан народни избор судија било решење које би у будућности требало примењивати. Став 2 истог члана предвиђа поступак у којем је прописано да ће већина свих чланова Суда представљати кворум, да ће Суд усвојити правила Суда већином гласова својих чланова као и да ће судски поступак бити јаван а Суд ће објављивати образложења својих одлука. Надлежности Уставног суда су дефинисане у члану IV и члану VI Устава Босне и Херцеговине. Члан VI Устава у ставу 3. је предвидео следеће надлежности: „Уставни суд ће штитити овај Устав. а) Уставни суд има искључиву надлежност да одлучује у споровима који по овом Уставу настају између ентитета, или између Босне и Херцеговине и једног или оба ентитета, или између институција Босне и Херцеговине, укључујући, али се не ограничавајући само на то: – Да ли је одлука неког ентитета да успостави специјални паралелни однос са неком од сусједних држава сагласна овом Уставу, укључујући и одредбе које се односе на суверенитет и територијални интегритет Босне и Херцеговине. – Да ли је неки члан устава или закона ентитета у сагласности са овим Уставом. Спорове могу покретати само чланови Председништва, председавајући Министарског савјета, председавајући

⁷ Устав Босне и Херцеговине, извор <http://www.ccbh.ba/osnovni-akti/ustav/?title=clan-6>, 23.10.2017. године.

⁸ Слободан Орловић, „Промена положаја уставног судства“ *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2013, 160.

или замјеник предсједавајућег било којег вијећа Парламентарне скупштине, једна четвртина чланова било којег вијећа Парламентарне скупштине или једна четвртина било ког законодавног вијећа неког ентитета. б) Уставни суд има и апелациону надлежност над питањима по овом Уставу, која проистичу из пресуде сваког суда у Босни и Херцеговини. ц) Уставни суд има надлежност у питањима која му упути било који суд у Босни и Херцеговини, а односи се на то да ли је закон на чијој ваљаности почива његова одлука, сагласан са овим Уставом, Европском конвенцијом о људским правима и основним слободама и њеним протоколима, или са законима Босне и Херцеговине; или у погледу постојања или дјелокруга неког општег правила међународног јавног права које је од значаја за одлуку тог суда⁹. Са друге стране члан IV став 3. Тачка Ф Устава предвиђају Уставни суд као коначну инстанцу за доношење одлука у случају решавања по питању штетности одлуке по витални национални интерес неког од конститутивних народа у Босни и Херцеговини: „Када се већина бошњачких, хрватских или српских делегата успротиви позивању на тачку (е), предсједавајући Дома народа ће одмах сазвати Заједничку комисију од три делегата, по једног из редова бошњачких, хрватских и српских делегата, како би ријешила то питање. Ако Комисија у томе не успије у року од пет дана, предмет се преноси на Уставни суд, који ће у хитном поступку размотрити процедуралну регуларност у тој ствари“¹⁰. Надлежности Уставног суда Босне и Херцеговине у односу на наведене одредбе можемо посматрати кроз четири вида. Први вид надлежности је да Уставни суд одлучује као конфликтни суд јер одлучује о споровима између појединих административно-територијалних нивоа јавне власти (Босне и Херцеговине, ентита и Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине) и о споровима између институција на нивоу државе, односно суштински гледано Уставни суд у овој надлежности одлучује о сукобу надлежности између органа јавне власти на различитим нивоима њеног организовања¹¹. Други вид надлежности се односи на класичну надлежност уставног судовања кроз апстрактну нормативну контролу утемељеној на одредби VI/3.а) Устава и конкретну нормативну контролу из члана VI/3.ц) Устава где Уставни суд одлучује о усаглашености општих правних аката са Уставом. Следећи вид је апелациона надлежност која своје упориште налази у члану VI/3.б) Устава где је Уставни суд кроз своју праксу, упркос нејасноћама наведене одредбе, стао на становиште да је предмет поступка из ове надлежности непосредна заштита људских права и основних слобода утврђених Уставом. И на крају,

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Устав Босне и Херцеговине, извор <http://www.ccbh.ba/osnovni-akti/ustav/?title=clan-4>, 24.10.2017. године.

¹¹ Љубомир Ожеговић, *Апелациона надлежности Уставног суда Босне и Херцеговине*, Бања Лука, 2013, 77-78.

четврти вид надлежности Уставног суда, атипичан за уставно судовање, је контролисање процедуралне исправности законодавног поступка у случају позивања неког од конститутивних народа Босне и Херцеговине на заштиту виталног националног интереса које се темељи на члану IV став 3. тачка Ф Устава Босне и Херцеговине¹². За уставни спор поједини аутори тврде да је то уставно средство којим се најбоље штити уставни режим а политика донекле држи у границама права. Постојање независног уставносудског органа омогућава да се моћ извршне и законодавне власти уподоби уставу¹³.

Неки аутори наводе да Уставни суд има „неуобичајено широка овлашћења“ као и да начин одлучивања у Уставном суду Босне и Херцеговине на одређен начин одудара од одлучивања у осталим институцијама Босне и Херцеговине где два члана суда који долазе из Републике Српске наспрам четири члана суда из Федерације Босне и Херцеговине и три члана која бира Европски суд за људска права, немају правне могућности блокаде рада Уставног суда. Тако аутори даље закључују да Уставни суд представља институцију у којој је државни субјективитет Босне и Херцеговине највише дошао до изражаја¹⁴. Специфичност Уставног суда Босне и Херцеговине је и да решава у меритуму спора, што други уставни судови упоредног федерализма често не могу јер је то предмет судова опште надлежности, па произилази да је Уставни суд и суд опште надлежности који делом врши и функцију (у БиХ непостојећег) Врховног суда¹⁵.

3. АКТИ УСТАВНОГ СУДА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Акти Уставног суда Босне и Херцеговине се доносе у форми одлука, решења и закључка. Одлуке Уставног суда су: о допустивости захтева (апелације), о меритуму захтева (апелације) а може бити потпуна или делимична, о престанку важења одредбе несагласне са Уставом, о обустави поступка и о привременој мери. У случају потребе, у поступку пред Уставним судом, као и о унутрашњим питањима Уставног суда, могу да се доносе решења и закључци¹⁶.

¹² *Ibid.*

¹³ Слободан Орловић, „Промена положаја уставног судства“ *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2013, 157-158.

¹⁴ Вид. Снежана Савић, „О облику државног уређења Босне и Херцеговине“, *Научни скуп Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета*, фебруар 2000, Академија наука и умјетности Републике Српске, књига III, Бања Лука, 80 и 81.

¹⁵ Петар Кунић, *Промене Устава Босне и Херцеговине, pro et contra, кријичке ојаске на јоједина институционална рјешења, досадашња искуства и могућа рјешења*, Бања Лука, 2015, 119.

¹⁶ Миодраг Симовић, Милена Симовић, *Мјесто и улога Уставног суда Босне и Херцеговине у заштити људских права*, Лакташи, 2009, 103.

Све одлуке Уставног суда Босне и Херцеговине према члану VI/5 Устава Босне и Херцеговине су коначне и обавезујуће¹⁷. Питања о одлукама Уставног суда подробније прописују Правила Уставног суда Босне и Херцеговине¹⁸ у глави II док је извршење одлука прописано у глави III и то у члану 72. који се односи на обавезност извршења, начин и рок извршења. Тако у ставу 2. истог члана стоји да су сви органи власти дужни, у оквиру својих надлежности утврђених Уставом и законом, да спроводе одлуке Уставног суда а став 3. прописује могућност да свако ко има правни интерес може да затражи извршење одлуке Уставног суда¹⁹. Уставни суд самостално одређује субјекте (или органе) који ће проводити такве одлуке, односно мере које треба да се проведу као и рокове у којима је такве мере потребно провести. Одлуке Уставног суда се проводе директно, а не у посебном извршном поступку као што је случај са одлукама редовних судова²⁰. Према ставу 5. орган којег је Уставни суд обавезао на извршење одлуке дужан је да достави обавештење о предузетим мерама с циљем извршења одлуке Уставног суда онако како је то назначено у одлуци. Даље, став 6. је предвидео да у случају непоступања, односно кашњења у извршавању или обавештавању Уставног суда о предузетим мерама, Уставни суд доноси решење којим се утврђује да одлука Уставног суда није извршена, односно може да одреди начин извршења одлуке. То решење се доставља надлежном тужиоцу, односно другом органу надлежном за извршење ког одреди Уставни суд²¹. Достављање решења државном тужилаштву даје могућност покретања кривичног поступка због неизвршења одлуке Уставног суда које представља кривично дело. Кривични закон Босне и Херцеговине у члану 239. Неизвршење одлуке Уставног суда Босне и Херцеговине, Суда Босне и Херцеговине, Дома за људска права или Европског суда за људска права прописао је следеће: „Службена особа у институцијама Босне и Херцеговине, институцијама ентитета или институцијама Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, која одбије да изврши коначну и извршну одлуку Уставног суда Босне и Херцеговине, Суда Босне и Херцеговине, Дома за људска права или Европског суда за људска права, или спречава да се таква одлука изврши, или на други начин онемогућава

¹⁷ Устав Босне и Херцеговине, извор <http://www.ccbh.ba/osnovni-akti/ustav/?title=clan-6>, 23.10.2017. године.

¹⁸ Правила Уставног суда Босне и Херцеговине (пречишћени текст), *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 94/14.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Недим Адемовић, Марко Јосепх, Горан Марковић, *Уставно право Босне и Херцеговине*, Сарајево, 2012, 209.

²¹ Правила Уставног суда Босне и Херцеговине (пречишћени текст), *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 94/14.

њено извршење, казнит ће се казном затвора од шест мјесеци до пет година²². Службено лице дефинисано је чланом 3. у ставу 3. истог закона²³.

Због непостојања закона о Уставном суду на државном нивоу, Правила Уставног суда Босне и Херцеговине су једини норматив који подробније регулише питања поступка пред Уставним судом, његову организацију, финансијску и управно-административну самосталност као и друга питања значајна за рад Уставног суда. Због чињенице да је управо Уставни суд прописао Правила, према неким ауторима ово представља неуобичајено решење јер се Уставни суд ставља у улогу позитивног законодавца уместо да остане позициониран као посебна, самостална и независна власт која по Уставу Босне и Херцеговине делује као корективни фактор за остала три сегмента власти²⁴.

4. КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ ЗА НЕСПРОВОЂЕЊЕ ОДЛУКА УСТАВНОГ СУДА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ У ВЕЗИ ДАНА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ И РЕФЕРЕНДУМА

Након што је проглашена Република Српска 1992. године, исте године, Законом о славама и светковинама утврђен је Дан Републике Српске као празник са датумом прослављања сваког 9. јануара у години²⁵. Законом о празницима Републике Српске који је ступио на снагу 2007. године престао је да важи Закон о славама и светковинама, а одредба о Дану Републике Српске је преузета из старог и прописана у нови закон у члану 2. тачка б и 3. тачка б²⁶. Члан Председништва Босне и Херцеговине Бакир Изетбеговић

²² Кривични закон Босне и Херцеговине, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15 и 40/15.

²³ Тако: „Службено лице је изабрани или именовани функционер у органима законодавне, извршне и судске власти Босне и Херцеговине и у другим државним и управним установама или службама које врше одређене управне, стручне и друге послове у оквиру права и дужности власти која их је основала; лице које стално или повремено врши службену дужност у наведеним управним органима или установама; овлаштено лице у привредном друштву или другом правном лицу којем је законом или другим прописом донесеним на основу закона повјерено вршење јавних овлаштења, а које у оквиру тих овлаштења обавља одређену дужност; те друго лице које уз накнаду или без накнаде обавља одређену службену дужност на основу овлаштења из закона или другог прописа донесеног на основу закона.“

²⁴ Вид. Миодраг Симовић, Милена Симовић, Границе овлаштења Уставног суда Босне и Херцеговине у поступку оцјене сагласности закона са Уставом Босне и Херцеговине, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 68/2014, 45-64.

²⁵ Закон о славама и светковинама, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 19/92.

²⁶ Закон о празницима Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 43/07.

је дана 17.01.2013. године Уставном суду Босне и Херцеговине поднео захтев за оцену уставности члана 2. б) и члана 3.б) Закона о празницима Републике Српске образлажући, између осталог, да се ради о одредбама које нису у сагласности са одредбама Устава Босне и Херцеговине, Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и Међународне конвенције о укидању свих облика расне дискриминације, да празник симболизује само један од три конститутивна народа у Босни и Херцеговини, да се ради о датуму који представља верски празник и означава везу Републике Српске и припадника само једне, православне групе народа итд.²⁷ Захтев је поднесен од овлашћеног подносиоца, у овом случају члана Председништва Босне и Херцеговине који је своје право искористио црпећи одредбе Устава Босне и Херцеговине а правни основ подносилац је пронашао у одредбама Закона о славама и светковинама за које је навео да дискриминишу групе народа који нису православне вероисповести.

Уставни суд Босне и Херцеговине Одлуком број У 3/13 од 26. новембра 2015. године усвојио је захтев за оцену уставности члана 3.б) Закона о празницима Републике Српске подносиоца Бакира Изетбеговића којом је утврђено да предметни члан није у складу са чланом I/2 и чланом II/4 Устава Босне и Херцеговине, у вези са чланом 1.1 и чланом 2а) и ц) Међународне конвенције о укидању свих облика расне дискриминације и чланом 1 Протокола број 12 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, па је Народној скупштини Републике Српске наложено да, у складу са чланом 61 став (4) Правила Уставног суда Босне и Херцеговине²⁸, у року од шест мјесеци од достављања ове одлуке, усагласи члан 3б) Закона о празницима Републике Српске са Уставом Босне и Херцеговине и обавести Уставни суд о предузетим мерама с циљем извршења одлуке. Предметна одлука Уставног суда број У 3/13 од 26. новембра 2015. године достављена је Народној скупштини Републике Српске 25. децембра 2015. године, од када је Народној скупштини Републике Српске почео да тече рок од шест месеци за њено извршење²⁹. Рок за извршење Одлуке број У 3/13 од 26. новембра 2015. године је био 25. јуна 2016. године, а Народна скупштина Републике Српске је дана 17.6.2016. године, поднела Захтев за преиспитивање Одлуке Уставног суда БиХ у предмету број У 3/13 од 26.11. 2015. године сматрајући, између осталог, да постоје оправдани разлози, односно да постоје чињенице које по својој природи могу одлучно утицати на исход овог уставносудског

²⁷ Вид. Одлука Уставног суда о допуствости и мерутуму, предмет број У3/13, *Службени гласник Босне и Херцеговине* бр.100/15.

²⁸ Вид. Правила Уставног суда Босне и Херцеговине (пречишћени текст), *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 94/14.

²⁹ Вид. Решење Уставног суда у предмету број У3/13, *Службени гласник Босне и Херцеговине* бр.77/16.

спора, а које, кад је одлука била донесена, нису биле познате Уставном суду БиХ и нису разумно ни могле бити познате странкама у складу са Правилима³⁰. Народна скупштина Републике Српске је поступила у складу са чл. 68. ст. 1 Правила Уставног суда БиХ у законском року па сматрамо да у овој фази поступка није прекорачен рок за извршење одлуке Уставног суда чиме нису остварени елементи кривичног дела из члана 239. Кривичног закона Босне и Херцеговине. Обзиром да је прије истека рока за извршење ове одлуке Уставног суда, Народна скупштина доставила захтев за преиспитивање предметне одлуке, сматрамо да је на тај начин искориштена могућност неке врсте правног лека јер Правила Уставног суда у члану 68. управо дају такву могућност. Међутим, овде примећујемо да Правила не регулишу питање рока за извршење одлуке за коју је затражен захтев за њено преиспитивање па мислимо да рок треба да почне да тече од дана доношења одлуке по захтеву. Ово је врло битно са аспекта (не)извршења одлука јер члан 68. Правила Уставног суда предвиђа подношење захтева у року до годину дана од дана пријема одлуке па би тако постојала могућност да Уставни суд Тужилаштву Босне и Херцеговине достави Одлуку која није извршена у року, тужилаштво покрене кривични поступак за кривично дело из члана 239. Кривичног закона Босне и Херцеговине против странке која може да у току поступка који се води против ње, поднесе захтев за преиспитивање одлуке, а Уставни суд уважи захтев и донесе другачију одлуку од претходне. Тиме би кривични поступак требао да буде прекинут а таква ситуација би произвела одрђену врсту правне несигурности уз неизбежну политичку конотацију. У предметном случају, по захтеву за преиспитивање Одлуке Уставног суда број У 3/13 од 26. новембра 2015. године о којем је Уставни суд одлучио на Пленарној седници одржаној 17. септембра 2016. године, закључио је да Народна скупштина Републике Српске у свом захтеву за преиспитивање није презентовала никакве нове чињенице у смислу члана 68 став (1) Правила Уставног суда, које би могле да утичу на другачије одлучивање Уставног суда у предметном случају, због чега је он одбијен³¹. Уставни суд Босне и Херцеговине је дана 30.09.2016. године донео решење којим је утврдио да Народна скупштина Републике Српске није извршила одлуку Уставног суда Босне и Херцеговине број У 3/13 од 25.11.2015. године и да одредба члана 3. тачка б) Закона о празницима Републике Српске³² престаје да важи наредног дана од дана објављивања решења у Службеном гласнику Босне и Херцеговине. Решење је у складу са Правилима Уставног суда достављено Тужилаштву Босне и Херцеговине а решење је требало објавити у Службеном гласнику Босне и Херцеговине, Службеним новинама Федерације Босне и Херцеговине, Службеном

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² Закон о празницима Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 43/07.

гласнику Републике Српске и Службеном гласнику Брчко дистрикта Босне и Херцеговине³³. Решење о одлуци објављено је у Службеном гласнику Босне и Херцеговине број 77/16 чиме је постало коначно и обавезно. У образложењу решења је наведено како Народна скупштина Републике Српске није извршила коначну и обавезујућу Одлуку Уставног суда број У 3/13 у остављеном року те да је решење о одлуци достављено надлежном Тужилаштву Босне и Херцеговине. Након решења о одлуци Уставног суда, Народна Скупштина Републике Српске је дана 25.10.2016. године усвојила Закон о Дану Републике Српске у којем се као Дан Републике Српске утврђује 9. јануар, а у члану 4. прописано је да Закон ступа на снагу осмог дана од објављивања у Службеном гласнику Републике Српске. Након објављивања ступио је на снагу³⁴. Овај закон је у потпуној супротности са одлуком Уставног суда број У 3/13 па се може закључити да одговорност за његово усвајање и непоступање по одлуци Уставног суда сноси његов доносилац, односно Народна скупштина Републике Српске. Према нама доступним информацијама, Тужилаштво у овом случају до данас није спровело истрагу ради кривичног дела из члана 239. Кривичног закона Босне и Херцеговине.

Током целог поступка код Уставног суда у вези уставности Дана Републике Српске, У Републици Српској се створила политичка клима да по овом питању треба да се очитују и они које овај поступак директно погађа, а то су грађани Републике Српске. Због тога су, након што је Уставни суд донео одлуку број У 3/13 од 26.11. 2015, клубови посланика шест политичких странака, једна посланичка група и један посланик Народне скупштине Републике Српске поднели предлог одлуке о расписивању републичког референдума, а дана 15.07.2016. године Народна скупштина Републике Српске је усвојила Одлуку о расписивању републичког референдума на основу члана 70. став 1. тачка 5. Устава Републике Српске³⁵, чл. 182. и 186. став 1. и 2. Пословника Народне скупштине Републике Српске³⁶ и чл. 10. и 11. Закона о референдуму и грађанској иницијативи³⁷ а референдумско питање је гласило: “Да ли подржавате да се 9. јануар обележава и слави као Дан Републике Српске?”³⁸. Народна скупштина Републике Српске је донела и Одлуку о

³³ Вид. Решење Уставног суда у предмету број У3/13, *Службени гласник Босне и Херцеговине* бр.77/16.

³⁴ Вид. Закон о Дану Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 113/16.

³⁵ Устав Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 21/92, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 31/02, 31/03, 98/03 и 115/05

³⁶ Пословник Народне скупштине Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске* број 31/11.

³⁷ Закон о референдуму и грађанској иницијативи, *Службени гласник Републике Српске* број 42/10.

³⁸ Одлука о расписивању републичког референдума број 02/1-021-894/16 од 15. јула 2016. године, *Службени гласник Републике Српске* број 68/16.

избору чланова републичке комисије за спровођење референдума у којој је изабрала и именовала председника и осам чланова Републичке комисију за спровођење референдума³⁹. Референдум је спроведен у складу са наведеним одлукама, а наконведеног референдума Народна скупштина Републике Српске је усвојила Одлуку о констатовању резултата Републичког референдума где је према извештају Републичке комисије од 55,78% регистрованих бирача њих 99,81% одговорило са „Да“ чиме су дали подршку да се 9. јануар прославља као Дан Републике Српске⁴⁰. Са друге стране, више овлашћених подносилаца су Уставном суду појединачно поднели захтеве „за решавање уставноправног спора са ентитетом Република Српска“ у вези са Одлуком о расписивању републичког референдума број 02/1-021-894/16 од 15. јула 2016. године и поставили захтеве за доношење привремене мере којом би Уставни суд обуставио примену Одлуке о референдуму до доношења коначне одлуке Уставног суда. Ови захтеви су поднети 24. 29. и 31. 08. и 03.09. 2016. године, а Уставни суд је донео одлуку о спајању наведених захтева по којима ће водити један поступак и донети једну одлуку под бројем У 10/16⁴¹. Подносиоци захтева сматрају да је Одлука о референдуму супротна чл. I/2 и VI/5 Устава Босне и Херцеговине и Уставном суду предлажу да усвоји захтеве, утврди неуставност Одлуке о референдуму у односу на чл. I/2 и VI/5 Устава Босне и Херцеговине, стави ван снаге Одлуку о референдуму, обавезе Народну скупштину да предузме активности на анулирању свих супсидијарних одлука и активности које су засноване на Одлуци о референдуму и да Уставни суд обавести о предузетим мерама у року од три месеца. Уставни суд Босне и Херцеговине је дана 17. септембра 2016. године донео одлуку о привременој мери број У10/16 којом се Привремено обуставља примена Одлуке о расписивању републичког референдума број 02/1-021-894/16 од 15. јула 2016., а одлука је ступила на снагу одмах и произвела правно деловање до доношења коначне одлуке Уставног суда Босне и Херцеговине о поднесеним захтевима⁴². Одлука Уставног суда о допустивости и меритуму у предмету број У10/16 је донесена 01. децембра 2016. године и њом су усвојени захтеви више овлашћених подносилаца па се утврђује да Одлука о расписивању републичког референдума број 02/1-021-894/16 од 15. јула 2016. године није у сагласности са чланом I/2. и чланом VI/5. Устава Босне и Херцеговине те да се поништавају резултати референдума одржаног 25.09.2016.

³⁹ Одлука о избору чланова у Републичку комисију за спровођење референдума број 02/1-021-896/16 од 15. јула 2016. године *Службени гласник Републике Српске* број 68/16.

⁴⁰ Одлука о констатовању резултата Републичког референдума број 02/1-021-1148/16 од 11. октобра 2016. године *Службени гласник Републике Српске* број 87/16.

⁴¹ Одлука Уставног суда о привременој мери у предмету број У10/16, *Службени гласник Босне и Херцеговине* бр.74/16.

⁴² *Ibid.*

године јер су одржани на основу Одлуке о расписивању републичког референдума. Уставни суд је обавезао на објављивање ове одлуке у Службеном гласнику Босне и Херцеговине, Службеним новинама Федерације Босне и Херцеговине, Службеном гласнику Републике Српске и Службеном гласнику Брчко дистрикта Босне и Херцеговине⁴³. Овом одлуком престаје правно деловање Одлуке о привременој мери број У10/16 од 17.09.2016. године, а одлука је коначна и обавезујућа и достављена је Тужилаштву Босне и Херцеговине. Тужилац и заменик руководиоца 3.Одељења Тужилаштва Босне и Херцеговине је спровео истрагу и након спроведене истраге и прикупљених доказа, дана 13.07.2017. године подигао је оптужницу против четири лица, председника Републичке комисије за спровођење референдума и три члана комисије. У оптужници се оптужени терете да су својим деловањем и активностима као председник и чланови Републичке комисије за спровођење референдума, као службене особе у институцијама ентитета, одбили извршити коначну и извршну Одлуку Уставног суда Босне и Херцеговине, као и да су починили низ радњи и активности на провођењу референдума о Дану Републике Српске. Терете се да су својим радњама и поступцима, уместо да поступе по обавезујућој Одлуци Уставног суда о привременој мери и прекину све активности везане за провођење референдума, наставили радити као Комисија на организацији и провођењу референдума који је проведени дана 25.09.2016. године и тиме учествовали у неизвршењу одлуке Уставног суда. Тиме су починили кривично дело из члана 239. Кривичног закона Босне и Херцеговине. У истом предмету су донесене и двије наредбе о обустави истраге од којих се прва односи на пет чланова Комисије за спровођење референдума јер се ради о лицима која као посланици Народне скупштине Републике Српске имају имунитет од кривичног гоњења. Друга наредба о обустави истраге се односи на четворо носилаца јавне власти у Републици Српској и Босни и Херцеговини за које не постоји довољно доказа да су својим радњама починили извршење кривичног дела помагање или потицање у наведеном кривичном делу⁴⁴. Оптужница је прослеђена Суду Босне и Херцеговине на потврђивање, а судија за претходно саслушање је дана 19.07.2017. године донео одлуку о одбијању оптужнице јер је закључио да из доказа Тужилаштва БиХ није могуће извести закључак о постојању основане сумње да су оптужени починили кривично дело које им се ставља на терет. У одлуци се указује на чињеницу да је извршење одлуке Уставног суда било у надлежности Народне скупштине Републике Српске, којој је Уставни суд и доставио одлуку о привременој мери, и да оптужени нису имали

⁴³ Одлука Уставног суда о допустивости и меритуму у предмету број У10/16, *Службени гласник Босне и Херцеговине* бр.94/16.

⁴⁴ Вид. <http://www.tuzilastvobih.gov.ba/index.php?id=3589&jezik=b>, 10.09.2016. године.

реалну моћ да донесу било какву одлуку о суспензији одлуке о спровођењу референдума, с обзиром на чињеницу да је већина чланова Комисије за спровођење референдума (пет чланова) била из реда народних посланика који су учествовали у доношењу одлуке о референдуму, а који нису оптужени највероватније јер као народни посланици уживају имунитет⁴⁵. Парламентарни институт имунитет се јавља у два облика и то као имунитет неодговорности по којем кривични поступак не важи за посланике који својим говором, гласањем, изражавањем властитог посланичког мишљења не могу учинити кривично дело док са друге стране постоји имунитет неповредивости у којем кривично-правни поредак у односу на посланика важи у целини па оно што учини посланик има карактер и природу кривичног дела, али је кривични поступак против њега отежан јер је привремено онемогућен⁴⁶.

Више информација у време писања овог рада од Тужилаштва Босне и Херцеговине није било могуће добити јер се ради о предмету за који се, према Тужилаштву, још води поступак, међутим из наведених података могуће је донети неколико закључака. Пре свега, у случају одлука Уставног суда у вези са Даном Републике Српске и референдума, ово је прва оптужница за кривично дело из члана 239. Кривичног закона Босне и Херцеговине иако постоји низ случајева неизвршења одлука Уставног суда. Друго, примећујемо да нису подигнуте оптужнице за лица која уживају имунитет од кривичног гоњења па се онда поставља питање да ли ће у случајевима неизвршења одлука Уставног суда (о уставности и законитости) бити пракса, као и из анализираног случаја, да тужиоци не подижу оптужнице јер у већини случајева управо носиоци имунитета и јесу у обавези извршавања уставносудских одлука⁴⁷.

ЗАКЉУЧАК:

Босна и Херцеговина представља постконфликтну, комплексну државу у процесу транзиције која своје постојање темељи на Дејтонском мировном споразуму као компромисном решењу за престанак ратних сукоба у њој у оквиру којег је и Устав Босне и Херцеговине који није донесен на начин како то чине суверене државе. Уставни суд Босне и Херцеговине као заштит-

⁴⁵ Вид. <http://www.sudbih.gov.ba/vijest/odbijena-optunica-tuilatva-bih-20605>, 10.09.2016. године.

⁴⁶ Светозар Чиплић, „Имунитет неповредивости у уставима неких европских земаља у транзицији”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2012, 337.

⁴⁷ Вид. Закон о имунитету Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске* бр.69/02. и Закон о имунитету Босне и Херцеговине, *Службени гласник Босне и Херцеговине* бр.75/09.

ник Устава Босне и Херцеговине има одређене специфичности које се данас могу тумачити као недостаци. Један од њих је састав Уставног суда у којем се налазе страни држављани који равноправно учествују у доношењу свих уставносудских одлука а такве одлуке врло често управо из тог разлога добијају политички призвук, а са друге стране Уставни суд због страних држављана који учествују у одлучивању не дају пуни легитимитет Уставном суду Босне и Херцеговине. Надаље, рад Уставног суда регулишу Правила Уставног суда а ова правила је донео сам Уставни суд где се у овом случају појављује као позитивни законодавац што може да се тумачи кроз независност Уставног суда, док супротно, задатак Уставног суда није да доноси норме већ одлуке које се односе на питања усклађености норми са Уставом. Са друге стране, та иста правила су недовољно прецизно и јасно прописала одређене одредбе а ту пре свега мислимо на посупак код неизвршења одлука Уставног суда. Зато смо мишљења да поступци као и механизми везани за рад Уставног суда требају да буду у форми закона, односно да је потребно донети Закон о Уставном суду Босне и Херцеговине. Што се тиче неизвршења одлука Уставног суда, будући закон би требао прецизно одредити поступке у таквим случајевима, односно јасно прописати норме које се тичу одговорности за праћење и провођење уставносудских одлука. Такође, поставља се питање да ли имунитет од кривичног гоњења које уживају посланици парламената и други носиоци власти на свим нивоима у Босни и Херцеговини представља сметњу и одлучујући разлог због којег се тужиоци Тужилаштва Босне и Херцеговине не одлучују за подизање оптужница, па би требало кориговати нормативе који регулишу ову област. Податак да је до данас подигнута само једна оптужница за кривично дело 239. Кривичног закона Босне и Херцеговине иде у прилог претходним констатацијама. Све ове промене би засигурно допринеле законитом поступању без нејасноћа у поступцима Уставног суда а тиме и правној сигурности, а Уставни суд Босне и Херцеговине детерминисале као легитимног чувара Устава Босне и Херцеговине.

Goran N. Guska, Ph. D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
goranguska@gmail.com

The Specificity of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina with the Criminal Responsibility for the Non-Execution of Its Decisions

Abstract: *The Constitution of Bosnia and Herzegovina forms an integral part of the Dayton Peace Agreement, which created the present state of Bosnia and Herzegovina and it is specific in relation to the constitutions of most countries in the world. Thus, the Constitutional Court, which has the role of protector of the Constitution of Bosnia and Herzegovina, has its own specificities in relation to the Constitutional Courts of States which the Constitution protects in that way. One part of the paper is an analysis of the organization and jurisdiction of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina with all its specificities as well as the decision of the court with the focus on those decisions related to the assessment of the constitutionality of norms of legislative acts in Bosnia and Herzegovina that are not in accordance with the Constitution of Bosnia and Herzegovina or mandatory international legal acts with a focus on their non-execution. The second part deals with criminal responsibility for non-execution of decisions of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina as well as legal mechanisms in the function of securing the execution of decisions of the Constitutional Court. The answers to the questions when there is criminal responsibility for non-execution of the decisions of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, to which it specifically refers and in relation to such practical actions, we obtained by analyzing concrete decisions. Thus, we analyzed the decisions of the Constitutional Court regarding the Republic of Srpska Day and the referendum in Republic of Srpska in 2016.*

Keywords: *Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, non-execution of a decision, criminal responsibility, Republic of Srpska Day, referendum.*

Датум пријема рада: 15.09.2017.

Ирена М. Радумило, студент докторских студија
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
irenaradumilo@gmail.com

МЕНТАЛНА ПОВРЕДА ПУТНИКА КАО ОСНОВ ОДГОВОРНОСТИ ПРЕВОЗИОЦА У МЕЂУНАРОДНОМ ВАЗДУХОПЛОВНОМ ПРАВУ

Сажетак: Упркос настојању међународне заједнице за креирањем јединствених правила о одговорности ваздушног превозиоца у случају повреде путника у току лета или у вези са летом, поједине недоумице остају непревазиђене. Монреалска конвенција из 1999. године, иако најзначајнији савремени документ међународног карактера који регулише питање накнаде штете путнику у случају повреде на лету, не превазилази сјорно питање одговорности превозиоца за менталну повреду коју је путник претрпео. Како се одредба Конвенције која предвиђа одговорност превозиоца, као и у претходних неколико деценија, флексибилно тумачи, реч судије у сваком поједином случају је и даље најадекватнији одговор на ово питање. Преглед бољих судске праксе у наставку текста објасниће, пре свега, разликовање у поимању менталне и телесне повреде од стране суда, те указати на проблеме и недоследности са којима се суд сусреће у тумачењу текста Конвенције. *De lege ferenda*, изричито укључивање менталне повреде путника у круг основа одговорности превозиоца у тексту Конвенције, засигурно би довело до веће правне сигурности, као и смањења броја судских спорова.

Кључне речи: ваздухопловни превозилац, путник, ментална повреда, штета.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Смисао унификације приватноправних правила из области међународног ваздухопловног права лежи у постизању униформности у доношењу судских одлука, без обзира на државу из које потичу стране у спору, односно

на државу суда који доноси одлуку. Сходно карактеру ваздухопловног саобраћаја који је највећим делом међународни, овакве тежње су логичне и, свакако, неопходне. Други важан разлог јесте установљивање основа и лимита одговорности ваздушног превозиоца у случају захтева путника за накнаду штете настале у вези са летом. Стога је двадесетих година прошлог века, усвајањем текста Варшавске конвенције¹, стављен акценат на значај регулисања приватноправних аспеката ваздушне пловидбе на међународном плану, која је тада била у повоју.² Међутим, насупротив униформности која се очекивала, деценије примене Конвенције резултирале су недоследном, фрагментираном судском праксом. Судови различитих земаља неједнако би тумачили слово Конвенције, у не тако различитим околностима случаја.

Наиме, међу одредбама Конвенције које су привукле највише теоријских, па и практичних недоумица, издвојило се признавање права путнику на накнаду штете у случају смрти и телесне повреде (енг. *bodily injury*). Оваква формулација је, сходно специфичним условима у којима се ваздухопловни превоз одвија, веома брзо као спорно донела питање надокнаде штете за менталну повреду коју путник претрпи у току лета или у вези са летом. Ово питање, отворено у корист оштећеног путника, створило је правну несигурност која траје деценијама. Како Варшавска конвенција није дала изричит одговор, односно како њеним строгим тумачењем повреда за коју путнику следује право на надокнаду може бити искључиво телесна, на ред је дошло питање (не)праведности оваквог решења.

Седамдесет година касније, након што ваздухопловни саобраћај и индустрија попримају неслућене размере, чланице међународне заједнице преговарају о усвајању текста нове конвенције која ће питања заштите путника регулисати на савременији начин.

2. ДОНОШЕЊЕ И ПРИМЕНА МОНТРЕАЛСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ

Текст нове конвенције, усвојен у Монреалу 1999. године³, поштрио је природу одговорности превозиоца. Уведен је двостепени систем одговорности

¹ Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air (Warsaw Convention 1929) – Конвенција о обједињавању извршних правила за међународни превоз ваздушним путем део правног поретка Краљевине Југославије постала је ратификацијом 03.03.1931. године.

² Интересантан је податак да је у време доношења Варшавске конвенције једини међународни лет из САД-а био на релацији Флорида-Куба, док је данас могућа веза са територије САД-а са свим дестинацијама света. Max Chester, „The Aftermath of the Airplane Accident: Recovery of Damages for Psychological Injuries Accompanied by Physical Injuries Under the Warsaw Convention“, *Marquette Law Review*, Volume 84 Fall 2000, 227.

³ Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air – the Montreal Convention, 1999) – Конвенција за изједначавање неких правила у међународном

према коме до одређеног износа штете (100.000,00 специјалних права вучења) превозилац одговара по правилима објективне одговорности за штету, а у случају остваривања штете преко лимитираног износа, кривица превозиоца се претпоставља. Међутим, у погледу основа одговорности предвиђено је готово идентично правило као и у Варшавској конвенцији. Као основи одговорности превозиоца задржане су искључиво чињенице смрти и телесне повреде путника.

Члан 17 став 1 Монреалске конвенције гласи:

„Превозилац је одговоран за претрпљену штету у случају смрти или телесне повреде путника, искључиво под условом да се несрећа која је проузроковала смрт или повреду догодила у ваздухоплову или током било које радње укрцаја или искрцаја.“⁴

Наиме, познато је да су се у току преговора који су претходили усвајању текста конвенције у Монреалу, јавиле различите струје. Једна, радикална, где су земље будуће чланице подразумевале да се телесна повреда тумачи стриктно, као видљива (супротна менталној – „невидљивој“), затим једна флексибилна, која је у примени члана 17 изједначила телесну и менталну повреду, и једна која мири два опречна става, према којој термин телесна повреда обухвата и душевне повреде али само уколико су последица телесних.⁵ Аргументи против увођења менталне повреде као засебног основа одговорности превозиоца базирали су се на проблему симулирања менталне повреде, односно лажних захтева тужилаца и проблематике доказивања спорног питања. Са друге стране, аргументи који су ишли у прилог увођењу менталне повреде у текст Конвенције били су засновани на тврдњи да управо формулација „телесна повреда“ више разједињује него што при-

ваздушном превозу део правног поретка Републике Србије постала је доношењем Закона о потврђивању конвенције о обједињавању извесних правила за међународни превоз ваздушним путем („Службени гласник РС“, бр. 38/2009).

⁴ Члан 17 Варшавске конвенције садржи готово идентично правило, са нешто ширим одређењем у виду „рањавања или телесне повреде“; UIO The Faculty of Law, <http://www.jus.uio.no/lm/air.carriage.warsaw.convention.1929/doc.html#91>; <http://www.jus.uio.no/lm/air.carriage.unification.convention.montreal.1999/17.html>, 10.08.2017.

⁵ Наиме, већина делегата је преговарала у правцу напуштања ограничења на телесним повредама у корист ширег тумачења. Представници САД-а као велесиле, инсистирали су на томе да накнада менталне повреде коју не прати физичка повреда, мора бити обезбеђена. Представници Шведске, Норвешке, Чилеа, Данске, Француске и Уједињеног краљевства били су става да одредба Конвенције треба да гласи „...у случају смрти, телесне или менталне повреде...“ Иако је првих дана конференције ширење дозвољених штета изван телесне повреде био водећи део преговора, у последњим данима конференције неколицина представника убедила је већину да је тренутно тумачење телесне повреде, како је установљено судским преседанима, довољно широко да обухвати и менталне повреде. McKay Cunningham, „The Montreal Convention: Can Passangers Finally Recover for Mental Injuries?“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Arizona Summit Law School 2008, Vol. 41:1043, 29.

ближава судску праксу, као и да међународне конвенције у другим гранама саобраћаја као основ одговорности превозиоца познају менталну повреду путника, те да нема разлога да ваздухопловни саобраћај не прати ту тенденцију.⁶

Став да инсистирање у тексту Конвенције на телесној повреди (дакле, изузимајући ону која није телесна) разједињава судску праксу уместо да служи њеној униформности, заиста привлачи пажњу. На први поглед нелогично становиште, у пракси није демантовано. Наиме, искључивање из текста Конвенције менталне повреде као основа одговорности, који је сасвим природан и очекиван, ствара у пракси потребу да суд да одговор на питање за које не постоји предвиђено решење, те које самим тим не може бити идентично од случаја до случаја.

Сагледавајући резултате преговора, можемо закључити да иако је већи број потписника подржао укључивање менталне повреде у круг основа обештећења путника, међународна заједница још увек није била спремна за формално проширење превозиочеве одговорности. Стога данас, пловидбу међународним небом регулишу готово идентична решења са почетка прошлог века. Међутим, иако формално без промене, у теорији се сматра да би судови у примени Монреалске конвенције (за разлику од Варшавске), а сходно поменутом току преговора, морали узети у обзир дух преговарања, те размотрити и захтеве тужилаца за накнаду менталне повреде. Научна мисао је става да би судови смисао примене Конвенције требало да виде у пружању могућности путнику за обештећењем, а не само као меру која ће ограничити одговорност превозиоца. У пракси је, можемо рећи, оваквим захтевима у одређеној мери удовољено, али још увек у великом броју случајева, судови интересе превозиоца претпостављају интересима оштећеног путника.⁷

3. ОДНОС МЕНТАЛНЕ И ФИЗИЧКЕ ПОВРЕДЕ

Уколико се осврнемо на судску праксу од ступања на снагу Варшавске конвенције до данас, уочићемо различите основе захтева путника у погледу надокнаде штете за задобијене повреде у току лета или у вези са летом, који су резултирали различитим садржајем судских одлука. Наиме, како је ваздухопловни саобраћај најразвијенији између земаља САД-а и остатка света, најбогатија судска пракса у питању природе повреде путника за коју се гарантује надокнада под окриљем конвенција, формирана је управо аме-

⁶ Karin Paulsson, "Passenger Liability According to the Montreal Convention", *Air Law*, Faculty of Law University of Lund, Autumn 2009, 38-39.

⁷ M. Chester, 228.

ричким прецедентним одлукама. Чињенични основи тужбених захтева разликују се у томе да ли је код тужиоца услед несрећног случаја на лету наступила само ментална, само физичка, или су се ментална и физичка повреда стекле истовремено. Сходно томе, разликовале су се и одлуке судова, те ће у делу текста који следи бити представљена најзначајнија решења која су дала одговор на питање оправданости накнаде менталне повреде коју је путник претрпео.

Међутим, пре него што наведена решења буду представљена, потребно је објаснити појам и место менталне повреде у домаћем правном систему. Наиме, термин „ментална повреда“ преузет је из англосаксонске теорије. Поједини аутори прихватили су и формулацију „психичка повреда“, иако би у домаћем правном систему овај тип повреде било прецизније означити као нематеријалну штету.⁸ Стога би у правном поретку Републике Србије термин метална повреда представљао психички бол или страх, који је путник претрпео на лету или у вези са летом. Ипак, у овом раду биће задржана изворна формулација, како би се акценат ставио на термин „повреда“ уместо на термин „штета“, као и на разликовање две релевантне врсте повреда – менталне и физичке.

3.1. Ментална повреда коју не прати физичка повреда

Врховни суд САД-а (енг. *Supreme Court of the United States*) је неколико пута дао тумачење појединих чланова Варшавске конвенције, од чега је свакако један од најцитиранијих став суда у случају *Eastern Airlines v. Floyd*⁹ из 1991. године. Подводећи чињенични опис случаја под текст члана 17 Варшавске конвенције, суд је заузео став да Конвенција искључује могућност накнаде штете путнику за претрпљену чисто менталну повреду. Наиме, на путу од Мајамија до Бахама, убрзо након узлетања, авион је изгубио контролу над сва три своја мотора, те је путницима најављено принудно слетање у океан. Међутим, посада је успела да поново покрене моторе, те до принудног слетања није дошло и авион је успешно враћен на аеродром у Мајамију. Путници су поднели захтев за надокнаду менталне повреде коју су том приликом претрпели. Врховни суд је заузео став да како је код тужилаца била присутна искључиво ментална повреда, нема основа да се термин

⁸ Одредбом члана 155. Закона о облигационим односима предвиђено је да штета представља умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист), као и наношења другог физичког или психичког бола или страха (нематеријална штета). „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/38, 39/85, 45/89 – Одлука УСЈ и 57/89, „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Службени лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

⁹ *Easter Airlines, Inc. v. Floyd*, 499 U.S.530 (1991), Justia US Supreme Court, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/530/>, 15.08.2017.

„телесна“ повреда у тексту Конвенције тумачи тако да обухвата и менталну. Дакле, путник да би остварио право на накнаду штете мора претрпети физичку повреду или физичку манифестацију менталне повреде, како је објаснио суд. Суд је, даље, истакао да је овакав став резултат тумачења оригиналног текста Конвенције, као и историје њеног доношења чији је смисао био у ограничавању одговорности превозиоца ваздухопловног саобраћаја, који је у повоју.¹⁰

Овакво тумачење Врховног суда даје помало парадоксалан резултат. Наиме, произилази да путник нема право на накнаду штете у случају најављеног принудног слетања и евакуације излазима за случај опасности, уколико до несреће заиста и не дође, док би накнада била доступна у случају, рецимо, уганућа ноге путника приликом искрцавања. У теорији се сматра да у овом случају Врховни суд није обезбедио правду за тужиоца који је претрпео само менталну повреду, нити је тумачење дато у складу са духом Конвенције.¹¹ Делимично се можемо сложити са оваквом констатацијом. Наиме, адекватан је став суда према коме се термин „телесна“ не може тумачити као „ментална“, јер су то појмови потпуно супротни по свом значењу. Доносиоци Конвенције су очигледно формулисањем њеног текста са намером искључили сваку повреду другачије врсте од оне која је „видљива“. Друго је питање да ли је дух конвенције, како га теорија означава, довољан разлог да се суд определи за суђење по правичности уместо по закону.¹²

Међутим, суд у случају *Floyd* није дао одговор на питање да ли би накнада штете за менталну повреду била могућа уколико би је пратила и телесна повреда на страни путника, те су федералним судовима отворена врата за формирање другачије праксе. Наиме, поједини федерални судови отишли су даље у слободи тумачења текста Конвенције, те су за досуђивање накнаде за менталну повреду захтевали јаку узрочну везу између телесне и менталне повреде које су се стекле на страни путника. Судови у овом случају нису водили рачуна о стриктном тумачењу текста Конвенције, како је то чинио Врховни суд у случају *Floyd*, према коме не постоји захтев за узрочном везом (јер саму менталну повреду ни не помиње).¹³

¹⁰ K. Paulsson, 40.

¹¹ M. Chester, 233.

¹² Наиме, правила о тумачењу одредби међународног уговора садржана у Бечкој конвенцији о уговорном праву („*Службени лист СФРЈ*“ – Међународни уговори и други споразуми, бр. 30/72) не подржавају став према коме треба дати предност духу конвенције у односу на језичко тумачење одредбе међународног уговора. Члан 31 и члан 32 Бечке конвенције предност дају уобичајеном смислу израза који се тумачи, док би се дух конвенције, односно околности у којима је овај међународни споразум закључен, могле узети у обзир тек уколико би тумачење према значењу израза давало двосмислен или нејасан резултат. Јасно је да у термину „телесна повреда“ нема места двосмислености или нејасном значењу.

¹³ Вид. 3.2.

Треба поменути и да случај *Floyd* није био први пут да је пред судом постављен захтев за надокнаду искључиво менталне повреде. Тако је у случају *Burnett v. Trans World Airlines*¹⁴, још 1973. године, амерички суд донео одлуку да члан 17 Варшавске конвенције не покрива надокнаду за душевну бол коју је путник претрпео у вези са несрећом. Наиме, током лета на релацији Атина – Њујорк авион америчког превозника киднапован је од стране палестинске ослободилачке групе, те је принудно спуштен у пустињу у Јордану, где су путници били заточени неколико дана, изложени веома високим температурама, без довољне количине хране и пића. Како је изворна верзија текста конвенције била на француском језику, суд је сматрао да у француском језику постоји јасно термилошко разликовање између телесне (фр. *lesion corporelle*) и менталне повреде (фр. *lesion mentale*), од којих прва, која подразумева нарушавање физичког интегритета, мора да искључује другу, те је захтев тужиоца одбио.

Надаље, о различитом интерпретирању одредби Конвенције говори и засебан спор путника који се нашао на истом лету као и путник у случају *Burnett*. Наиме, у случају *Rosman v. Trans World Airlines (TWA)*¹⁵, вођен пред судом САД-а али у другој држави, суд је заузео став да путнику не припада право на надокнаду штете за менталну повреду, образлажући то на нешто дугачији начин. Суд се у овом случају није бавио тумачењем језика изворне верзије Конвенције, већ је просто примењујући језик суда констатовао да је термин *bodily injury* има конотацију искључиво видљиве, опипљиве повреде. Дакле, иако се одлука суда у погледу основаности тужбеног захтева није разликовала, различито је било тумачење Конвенције којим је суд стигао до своје одлуке, те се у теорији сматра да пример илуструје тежњу једнообразности у пракси, која је још увек, ипак, изван домета.¹⁶

Коначно, важно је поменути и трећу парницу насталу услед отмице авиона швајцарског превозника, која се десила истог дана када и отмица ваздухоплова компаније *TWA*, а то је случај *Husserl v. Swiss Air Transport Company*¹⁷. За разлику од пресуда у случајевима *Burnett* и *Rosman*, овог пута суд је био мишљења да се термини Конвенције „рањавање или било која друга телесна повреда“ могу тумачити тако да се односе како на телесну тако и на душевну повреду. Суд је свој став базирао на претпоставци да су

¹⁴ Justia US Law, <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/368/1152/1802493/>, 16.08.2017.

¹⁵ Ravel Law, <https://www.ravellaw.com/opinions/66e3a728653bb94e31b5fc976f6b8365>, 16.08.2017.

¹⁶ Blaž Ivančić, „Odgovornost zračnih prijevoznika prema putnicima i njihovoj prtljazi“, завршни рад, Факултет prometnih znanosti, Zagreb 2016, 24.

¹⁷ Justia US Law, <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/351/702/2594725/>, 16.08.2017.

менталне реакције и функције део тела, те је тужиочев захтев за накнаду менталне повреде усвојио.

Наведени примери најбоље осликавају разноликост судске праксе, као последицу уског одређења члана 17 Конвенције, које судовима оставља простор за арбитрерност у одлучивању. Видимо да готово исти чињенични основ случаја, према захтевима тужилаца о којима одлучују судови исте државе, примењујући исто слово конвенције, доводе до потпуно различитог решења. Од дословног тумачења изворног текста Конвенције, до менталне повреде путника која се подводи под телесну повреду, те тужиоцу обезбеђује право на накнаду штете, рекло би се, по правичности.

3.2. Ментална повреда која је проузрокована физичком повредом

Поред захтева у којима су тужиоци као последицу авионске несреће истицали чисто менталну повреду, за суд су прихватљивији били случајеви у којима се на страни тужиоца стекла како ментална тако и физичка повреда. Међутим, у случају *Ehrlich v. American Airlines*¹⁸ суд је тужиоцу признао право на накнаду штете искључиво за физичку повреду, наводећи да се право на накнаду за менталну повреду може признати само уколико она произилази из физичке повреде, а не уколико је последица саме несреће. Дакле, суд ће право на надокнаду штете признати за појаву несанице, анксиозности или страха код путника уколико су последица физичке повреде (лома, уганућа, итд.), док неће признати право на надокнаду путнику за исте сметње које имају непосредан узрок у самој несрећи. Наизглед нелогично тумачење Конвенције, своје упориште налази у избегавању фиктивних менталних повреда путника које за циљ имају изигравање закона.

Можемо закључити како би овакав став суда више био оправдан језичким тумачењем одредбе члана 17 Конвенције која не предвиђа могућност накнаде штете за менталну повреду која узрок има у самој несрећи, него евентуалним фразулозним вршењем права од стране путника. Наиме, по нашем мишљењу, у центру проблема налази се питање могућности доказивања постојања менталне повреде, а не питање условавања признавања једне врсте повреде (менталне) постојањем друге (физичке). Односно, ако се спорним сматра питање фингирања повреда код захтева путника чије менталне повреде имају узрок у самој несрећи, могућности фингирања остаје спорна и у случају менталне повреде која (наводно) свој узрок има у физичкој, а у циљу постизања вишег износа обештећења.

¹⁸ FindLaw, <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1241755.html>, 20.08.2017.

Исти став као у случају *Ehrlich*, суд је заузео и у случају *Jack v. Trans World Airlines*¹⁹. Наиме, до несреће је дошло у току самог полетања, када је пожар потпуно разорио авион. На срећу, нико од путника није погинуо, али су многи задобили повреде. Ослањајући се на одлуку у случају *Floyd*, суд је предвидео четири могуће ситуације у питању накнаде штете за менталну повреду.²⁰ Након тога, суд је одбио захтев тужиоца за надокнаду штете за менталну повреду, јер је као услов поставио узрочну везу између физичке и менталне повреде која је следила. Дакле, путник не може остварити надокнаду за психичку повреду уколико је њен непосредни узрок у самој несрећи, односно за менталну трауму проузроковану чињеницом да је авионска несрећа (па чак и смрт путника!) била веома изгледна. У оваквим ситуацијама не можемо а да не поставимо питање правичности. Иако је јасна намера суда да се оваквим ставом стане на пут фrawdолозном вршењу права од стране путника, као и да се текст Конвенције не може тумачити толико слободно да се ментална повреда поистовети са физичком (мада било је и таквих случајева²¹), потреба за ревидирањем става од стране Врховног суда у оваквим ситуацијама добија свој смисао.

Такође, одлука у случају *Alvarez v. American Airlines*²² једна је од најзначајнијих пресуда федералног суда којом је потврђена одлука у случају *Jack*. Наиме, 1996. године, пре него што је авион узлетео, дошло је до пожара у кабини, а путници су великом брзином евакуисани излазима за случај опасности, ком приликом је г. Алварез повређен. Месец дана након несреће, тужилац је почео да преживљава кошмаре, као и нападе панике, те му је констатован ПТСП (посттрауматски стресни поремећај), за који је тврдио да је последица незгоде. Суд је захтев за досуду накнаде штете услед менталне повреде одбио, наводећи да је ПТСП последица емоционалне трауме која није изазвана физичком повредом код тужиоца²³, истичући недостатак узрочне везе између менталне и физичке повреде. Исто тако, из разлога постојања узрочне везе између несреће и физичке повреде, суд је захтев за надокнаду штете за физичку повреду путника усвојио. Видимо да суд своју одлуку у овом случају није засновао да језичкој интерпретацији члана 17 (који не познаје захтев у виду узрочне везе), него како је сам навео, инсистирајући на очувању пресуде *Floyd* и избегавању „нелогичних резултата“.²⁴

¹⁹ Justia US Law, <http://law.justia.com/lcases/federal/district-courts/FSupp/854/654/1954886/>, 21.08.2017.

²⁰ М. Chester, 238.

²¹ Вид. случај *Husserl*.

²² Casetext, <https://casetext.com/case/alvarez-v-american-airlines-inc>, 22.08.2017.

²³ Душанка Ђурђев, „Појам несрећног случаја и телесне повреде путника у ваздушном саобраћају“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2014, 88.

²⁴ М. Chester, 240-241.

Можемо закључити да, у свим наведеним случајевима, само постојање физичке повреде није било довољно за признавање права на надокнаду штете и за претрпљене менталне трауме, већ су поступајући судови инсистирали на постојању узрочне везе међу њима. Стриктним тумачењем текста Конвенције, другачије решење и не би било могуће. Штавише, случајеви у којима суд признаје постојање штете за настану металну повреду која је у узрочној вези са физичком, резултат су флексибилног тумачења текста Конвенције у корист оштећеног путника, у коме ментална повреда још увек нема своје место. Међутим, уколико би адекватна медицинска документација и исказ стручног лица пред судом потврдили постојање менталне повреде на страни путника, која свој непосредни узрок има у несрећи, не видимо разлог да у будућности у тексту Конвенције не буде проширен круг основа одговорности и на чисто менталну повреду односно менталну повреду која нема нужно свој основ у физичкој повреди.

3.3. Физичке манифестације менталних повреда путника

Коначно, у погледу односа менталне и физичке повреде путника као основа одговорности авио превозника, у пракси се јавила и трећа врста случајева, односно ситуација када је ментална повреда узрокована несрећом добила и своју физичку манифестацију. У пракси британског Дома Лордова (енг. *House of Lords*) познат је случај *King v. Bristow*²⁵ из 2002. године, у коме је путник доживео стање панике током лета хеликоптером, након што су летећи изнад платформе у Северном мору летелици отказала два мотора, те се принудно, у диму, вратила на платформу. Путник се искрцао без физичких повреда, али је накнадно развио ПТСП као последицу несрећног случаја, а као реакцију на такво ментално стање добио је чир на желуцу. Дом Лордова је заузео став да уколико путник може да докаже да је ПТСП узрочник појаве чира као телесне промене, односно да је психичко стање директни узрок промена у мождањој структури, могућа је накнада по члану 17 Монреалске конвенције.²⁶ С обзиром на то да Конвенција изричито предвиђа одговорност превозиоца за физичку повреду путника, право на надокнаду штете у оваквом случају није спорно, али је спорно доказати постојање узрочне везе између менталне повреде и телесне повреде као њене последице. У наведеном случају суд није признао захтев тужиоца за надокнаду менталне повреде коју је претрпео, већ само њене физичке манифестације.

Интересантан пример пружа и случај *Hunt v. TACA International Airlines*²⁷ из 1996. године. Наиме, у току лета из Белизеа у правцу Њу Орлеанса престао

²⁵ Parliament UK, <https://publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020228/king-1.htm>, 25.08.2017.

²⁶ Д. Ђурђев, 87.

²⁷ M. Chester, 242.

је рад једног мотора авиона, што је проузроковало застрашујуће, неконтролисано кретање авиона, који је посада на срећу успела безбедно да спусти на аеродром. Господин Хант је десет месеци након инцидента преминуо услед инфекције мозга (тзв. Кројцферд-Јакобова болест). Међутим, то није био први пут да је г. Хант доживео непријатност, већ је и три године раније преживео несрећу на лету истог авио превозника, након које је развио пост-трауматски синдром. На месту тужиле у овом спору јавила се супруга преминулог г. Ханта, која је тврдила да је физичко оштећење мозга њеног супруга узроковано несрећом погоршало већ постојеће стање менталне трауме код г. Ханта, што је на крају резултирало фаталном последицом. Суд је питање телесне повреде у овом случају сматрао неспорним, те је усвојио захтев супруге г. Ханта за надокнаду штете за менталну повреду коју је претрпела услед смрти супруга.

Битно је истаћи да се у наведеном случају на месту тужиоца јавило лице у сродничкој вези са путником, које није учествовало у лету на ком је дошло до несреће, а коме је као основ обештећења суд признао менталну трауму узроковану физичком повредом путника.²⁸ Наиме, прихваћени су наводи тужиле према којима надокнада штете за менталну повреду може бити призната уколико се задовољи захтев за постојањем физичке повреде, како је наведено у одлуци *Floyd*. Оваква пресуда засигурно је значајно олакшала положај трећих лица као тужилаца, која нису директно учествовала у незгоди, а према којима је суд прихватио да примени став формиран у случају *Floyd*.

Такође, у пракси суда Уједињеног Краљевства, као припаднице *common law* система, чије су одлуке ослоњене на тумачења судова америчког континента, познат је и случај *Morris v. KLM Royal Dutch Airlines*²⁹ из 2001. године. Наиме, на месту тужиле нашла се петнаестогодишња девојка која је током ноћног лета сексуално узнемиравана од стране путника са суседног седишта. По повратку у Енглеску, дијагностификовано јој је стање клиничке депресије, те је тужбом захтевала накнаду штете за претрпљену менталну повреду. Суд је навео да мозак човека може претрпети повреду која би се могла подвести под „телесну“ у смислу Конвенције (јер је мозак део тела), а која би даље могла бити узрок депресије као менталне повреде и на тај начин обезбедити остваривање права на накнаду. Међутим, у овом случају тужилца то није доказала. Суд је такође истакао да би, у складу са духом Конвенције, право на накнаду штете за менталну повреду каква је депресија могло бити признато и уколико би она имала своје физичке манифестације

²⁸ M. K. Cunningham, 19.

²⁹ Swarb. Co. UK, <http://swarb.co.uk/morris-v-klm-royal-dutch-airlines-ca-17-may-2001/>, 25.08.2017.

(суд даје пример чира или побачаја)³⁰. Како тужилца у свом захтеву није навела присуство физичких последица које су пратиле стање депресије, суд није нашао упориште за досуду накнаде штете према слову Конвенције, те је захтев одбио.

У наведеним примерима видимо да судови нерадо досуђују накнаду штете за менталну повреду путника, чак и када је она сама узрок физичке манифестације повреде која је наступила (случај *King*), док је досуђивање права на накнаду штете за саму физичку манифестацију и даље неспорно. Треба истаћи неправедност и недоследност наведеног решења у односу на судску праксу у случајевима када је ментална повреда била резултат примарне физичке повреде. Уколико судови у таквим ситуацијама признају право на надокнаду штете како за телесну, тако и за менталну повреду, под условом доказивања њихове узрочне везе, не видимо разлог да се пракса не креће у истом смеру у ситуацијама када је физичка повреда била манифестација менталне. Оваквим решењем тужилац остаје ускраћен за надокнаду менталне повреде која је била спона саме незгоде и физичке повреде која је касније уследила.

4. ПИТАЊЕ ПОСТТРАУМАТСКОГ СТРЕСНОГ ПОРЕМЕЋАЈА (ПТСП)

Због своје специфичне природе, као посебно питање права на надокнаду штете путнику издвојићемо стање посттравматског стресног поремећаја (енг. *PTSD – post traumatic stress disorder*) о коме је већ било помена у претходном делу текста. Наиме, у питању је, пре свега, психички поремећај изазван застрашујућим догађајем, чија је последица јављање неконтролисаних мисли о догађају, кошмарних снова, тешке анксиозности, и страха у ситуацијама када је опасност престала. Симптоми могу потрајати месецима, некада чак и годинама.³¹ Узимајући у обзир све наведено у претходним поглављима рада, на први поглед бисмо закључили како описан поремећај не може бити основ за надокнаду штете путнику под окриљем Конвенције, јер ментална повреда још увек нема своје место у реду основа за надокнаду. Међутим, у савременим истраживањима све чешће се долази до закључка према којима се ПТСП класификује као истовремено психички и физички поремећај. Наиме, ова тумачења заснована су на тврдњама како траума може

³⁰ Paul Stephen Dempsey, "Accidents & Injuries in International Air Law: The Clash of the Titans", *Annals of Air & Space Law* Vol. XXXIV, Institute of Air & Space Law, McGill University 2009, 18.

³¹ Психотерапијско саветовалиште Синтеза, <http://www.psihoterapija.org.rs/tekstovi/item/27-posttraumatski-stresni-poremecej-ptsp>, 27.08.2017.

бити од толиког утицаја на психу пацијента (путника) да може изменити његове мождане функције. Уколико би се пред судом доказао овакав утицај несреће на организам, стање посттрауматског стреса би се могло уврстити у круг основа одговорности ваздушног превозиоца, те у значајној мери олакшати путнику остваривање права на надокнаду штете за повреде које је претрпео.

Тако, у случају *Weaver v. Delta Airlines*³² 1999. године, путнику је након принудног слетања авиона констатован ПТСП, те је у судском поступку захтевао накнаду штете, тврдећи да је претрпљен стрес имао последицу у физичком оштећењу неуролошког система, за које му припада право на накнаду према Конвенцији. Суд је заузео став да екстеман стрес заиста може резултирати физичким оштећењем мозга, али да страх сам по себи то не подразумева, већ једино страх толико јак да прузрокује физичке промене на мозгу.³³ У овом случају, суд је прихватио чињеницу да је постојање ПТСП резултирало променом можданих ћелија, те је захтев тужиље усвојио. Треба истаћи да у оваквим случајевима суд своју одлуку не заснива на захтевима за постојањем узрочне везе, већ је у центар поступка стављено медицинско а не правно питање. Кључну улогу у одлуци коју ће суд донети има медицинска документација, као и извођење доказа вештачењем, које ће потврдити да је метална траума код путника резултирала трајним променама у можданој структури, и на тај начин обезбедити директну примену одредби Конвенције.

Надаље, 2002. године у случају *In re Air Crash at Little Rock*³⁴, суд је потврдио наведени став. У овом случају тужиљи је након авионске несреће констатован хронични ПТСП, као и дијагноза депресије. Лекар је при давању свог исказа пред судом истакао да ПТСП само у појединим случајевима резултира дисфункцијом мозга, те да би дошло до обештећења тужиоца потребно је да се у поремећају стекну елементи како физичке, тако и менталне дисфункције.

Међутим, за разлику од наведених ситуација, у случају *Terrafranca v. Virgin Atlantic Airways*³⁵ суд није прихватио тврдњу тужиље да постојање ПТСП као последица незгоде обезбеђује право на накнаду штете у смислу члана 17. Конвенције. Наиме, на лету из САД-а за Лондон, путници су од стране посаде обавештени да је у ваздухоплову постављена бомба. Без обзира на панику која је настала, авион је безбедно слетео у Лондон, након чега се испоставило да је обавештење о бомби била обмана. Услед стресног

³² Justia US Law, <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/56/1190/2449343/>, 27.08.2017.

³³ K. Paulsson, 42.

³⁴ FindLaw, <http://caselaw.findlaw.com/us-8th-circuit/1355695.html>, 29.08.2017.

³⁵ FindLaw, <http://caselaw.findlaw.com/us-3rd-circuit/1139686.html>, 29.08.2017.

догађаја, тужиља је имала страх од повратка у САД, те се задржала у Лондону неколико недеља, како би посетила терапеута и примила адекватну терапију. По повратку у САД, код тужиље се развио ПТСП праћен анорексијом и асоцијалним понашањем.³⁶ Она је тврдила да је губитак тежине физичка манифестација менталне повреде, за коју према случају *Floyd* оштећеном путнику следује надокнада. Суд у овом случају није прихватио наведену тврдњу, наводећи да губитак тежине нема директан узрок у несрећи, као и да тужиља није доказала да је јачина развијеног посттравматског поремећаја била таква да је узроковала физичке промене мождане структуре. Дакле, како смо у претходно наведеним примерима истакли, тужиља није успела у доказивању медицинских аспеката своје трауме, те суд није имао адекватан чињенични основ за досуђење накнаде.

Супротно овој одлуци, видели смо да је суд у случају *King*³⁷ прихватио тврдњу да је стање посттравматског стреса проузроковано незгодом допринело да се код тужиоца развије и физичко оштећење – чир желуца. Суд је био става да је овакав след догађаја довољан да би се тужиоцу признало право на надокнаду штете под словом Конвенције.

Узимајући у обзир наведене случајеве, можемо закључити да је основни проблем у досуђивању накнаде штете за психичку повреду (ПТСП) која је проузроковала физичку промену у организму, питање доказивања. Тешко је доказати и постојање самог траматског поремећаја, па онда и његове физичке компоненте. Примера ради, како доказати да је губитак тежине на страни тужиоца последица присуства ПТСП. Наиме, није спорно постојање физичке манифестације повреде, него проналажење узрочно-последичне везе између те физичке манифестације и незгоде. Има мишљења у теорији да у оваквим случајевима суд ипак не би требало да тужиоцу призна право на накнаду штете, јер би у супротном била могућа надокнада за страх који је путник претпео услед турбуленција у току лета, а тај страх је довео до наглог скока срчаног притиска.³⁸

Ипак, можемо закључити да је схватање посттравматског поремећаја као истовремено физичке и менталне повреде, у великој мери олакшало положај оштећеног путника. Овакво поимање проширило је право на накнаду штете путнику и на оне случајеве када физичка повреда нема директну узрочну везу у незгоди, односно када може настати и значајна временска дистанца између настале незгоде и њене посредне физичке манифестације. Коначно, сматрамо да уколико би медицинска документација и вештачење

³⁶ P. S. Dempsey, 20.

³⁷ Вид. 3.3.

³⁸ Душанка Ђурђев, „Правно регулисање уговора о превозу путника у ваздушном саобраћају ЕУ и Србије“, *Темајски зборник Хармонизација српског и мађарског права са њивом Европске уније* 3/2015, Правни факултет у Новом Саду, 109.

лекара недвосмислено потврдили да је стање стреса узроковало трајније промене у структури мозга, не постоји разлог да се тужиоцу не призна накнада како за телесно, тако и за ментално оштећење. На овај начин суд би био благонаклонији према тужиоцу као „слабијој“ страни у спору, док међународна заједница званично не постигне споразум о ревидирању постојећих правила, за која очекујемо да путника ставе у још повољнији положај.

5. ЗАКЉУЧАК

Доношењем Варшавске, а касније и Монреалске конвенције, међународна заједница тежила је унификацији приватноправних правила у области међународног ваздухопловног права (о чему говоре и сами називи конвенција, енг. *unification*), као и постизању веће правне сигурности за кориснике авио превоза. Наведене тежње, на жалост, још увек нису остварене. Без сумње је да чињенице смрти и телесне повреде на страни путника узроковане несрећом на лету или у вези са летом, обезбеђују право на надокнаду штете у складу са конвенцијама. Дакле, повреда која је видљива и опипљива тужиоцу гарантује право на обештећење. Међутим, када је у питању ментална повреда која се стекла на страни путника, ситуација постаје знатно сложенија.

Уколико би тужилац у вези са незгодом претрпео искључиво менталну повреду, амерички и британски судови изричито су у ставу да конвенције не обезбеђује могућност обештећења. Међутим, у случају да се ментална и телесна повреда стекну истовремено, ситуација је донекле изгледнија. Прегледом судске праксе установили смо да ће тужиоцу бити признато право на надокнаду менталне повреде једино уколико она произилази из физичке, а не уколико има основ у самој незгоди. У обрнутој ситуацији, када је ментална повреда која се стекла код путника, накнадно добила своју физичку манифестацију, став судова није јединствен. Наиме, пракса је пружила парадоксалан резултат, према коме путнику може бити признато право на надокнаду штете за физичку манифестацију менталне повреде (уколико докаже њихову везу), док му истовремено неће бити призната накнада за саму менталну повреду која је спона између несреће и физичке повреде.

Коначно, у погледу присуства посттрауматског синдрома као последице авионске несреће, ситуација у пракси се одвија у корист путника. Наиме, ПТСП као, пре свега ментални поремећај, последњих година у медицинској науци добија и своју физичку компоненту. Овакво поимање проширило је могућност накнаде штете путнику и на оне случајеве када физичка повреда нема директну узрочну везу са незгодом, односно када може настати и временска дистанца између настале незгоде и њене посредне физичке манифе-

стације. Међутим, питање доказивања наведених релација може се јавити као спорно у току судског поступка.

На крају, треба поменути и значај који теоријска расправа и приказана судска пракса могу имати за поступање судова у Републици Србији. Наиме, текстови Варшавске и Монреалске конвенције ратификовањем постали су део унутрашњег правног поретка Републике Србије, и као такви непосредно се примењују. Иако одлуке домаћих судова немају прецеденти карактер, теоријска анализа примене одредби конвенција, као и разнолика судска пракса других држава, могу бити значајна подлога за поступање домаћих судова у споровима за накнаду штете путнику ваздухопловног саобраћаја. Истина, овакви спорови још увек су спорадично заступљени у домаћој пракси.

Irena M. Radumilo, Ph. D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
irenaradumilo@gmail.com

Passenger's Mental Injury as a Basis of Liability of a Carrier in the International Air Law

Abstract: *Despite the efforts of the international community to create uniform rules on the liability of an air carrier in a case of passenger injuries during a flight or in connection with a flight, certain concerns remain unresolved. The Montreal Convention of 1999, although the most important contemporary international document which regulates the issue of compensation in a case of a passenger's injury during a flight, does not go beyond the controversial issue of the liability of an air carrier for the mental injury that the passenger has suffered. As the provision of the Convention which deals with the liability of an air carrier, has had a flexible interpretation in the last few decades, the word of a judge in each individual case is still the most adequate answer to this issue. The overview of the rich court practice in the text below will explain, above all, the distinction in the perception of mental and physical injuries by the court, and point out the problems and inconsistencies that the court encounters when interpreting the text of the Convention. De lege ferenda, the explicit inclusion of a passenger's mental injury in the basis of air carrier's liability in the text of the Convention, would surely lead to greater legal certainty, as well as a decline in the number of litigation.*

Keywords: *air carrier, passenger, mental injury, damage (injury).*

Датум пријема рада: 21.09.2017.

Данило Д. Бабић, студент докторских студија
Универзитета у Београду
Факултета политичких наука
danilobabic@gmail.com

МЕЂУНАРОДНИ КРИВИЧНИ СУД: ИНСТРУМЕНТ ПРАВДЕ ИЛИ ЗАПАДЊАЧКОГ ИМПЕРИЈАЛИЗМА – АНАЛИЗА СЛУЧАЈА ДАРФУР

Сажетак: Овај рад анализира рад Међународног кривичног суда кроз студију случаја Дарфур. Насићеном преиспитивању тврдње унутар афричке јавности о присиљасној, селективној и дуилим стандардима Суда. Штавише, све власнице се чују ојужбе да је суд заправо инструмент империјализма. Кључни моменти који је неоправљиво уништио однос Африканаца и Суда јесте издавање налога за хапшење суданског председника. У раду анализирамо валидност овог захтева. Такође, како би преиспитали објективност анализирамо финансирање и везе Суда са невладиним организацијама. Сагледавамо ефекте суда у региону, пре свега у погледу доприноса у процесу помирења.

Кључне речи: Дарфур, МКС, геноцид, Судан, Ал Башир.

1. УВОД

Идеја о стварању међународног кривичног суда, који би процесуирао злочине на глобалном нивоу присутна је још од Средњег века. Прво међународно суђење одиграло се 1268. године у Напуљу, где је војвода од Швабије Конрад фон Хохенштауфен осуђен за непоштовање обичаја ратовања. Даља еволуција међународног кривичног судства догодила се 1840. године, када је више од двадесет земаља широм света (укључујући све велике силе тог доба) потписало законе против трговине робљем. Завршетак Нирнбершког процеса покренуо је идеју унутар УН о стварању сталних међународних судова. Последња деценија XX века донела је следећу фазу развоја међуна-

родних судова; формирани су специјални *ad hoc* трибунали за Југославију, Руанду и Сијера Леоне. Међународни кривични суд (ICC),¹ успостављен је 2002. године као резултат Римског статута потписаног јула 1998. МКС, представља сталну институцију која процесуира ратне злочине, злочине против човечности и геноцид.² МКС има немерљив значај за међународно кривично право; представља први успешан покушај формирања сталног светског кривичног суда са једнаком надлежности за све. Још важније, оснивачки акт МКС – Римски статут је први међународно-правни акт који није само побројао кривична дела, већ је дао и њихове одредбе.³

2. ГЕНЕЗА ОДНОСА МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ СУДА И АФРИЧКИХ ЗЕМАЉА

У другој половини деведесетих, афричке државе играле су значајну улогу у формирању МКС; Африканци су под утиском своје колонијалне прошлости веровали да је један такав међународни суд неопходан да санкционише све евентуалне будуће неправде на међународном плану. Тридесет четири државе Африке су потписнице Римског статута којим се оснива МКС. Заступљеност Африканаца у судским структурама није безначајна: Фатоу Бенсуда (*Fatou Bensouda*) је тренутно главни тужилац суда, 5 од 18 судија долази из Африке.⁴

Међутим, односи Африке и МКС убрзо су по почели да се погоршавају. Професор Махмуд Мамдани (*Mahmood Mamdani*) из Уганде тврди да је МКС инструмент путем којег ЕУ и европски НВО сектор покушавају да успоставе нову еру у области хуманитарног права, проглашавајући себе одговорним за заштиту рањивих група. Мамдани повлачи паралелу са колонијалном епохом, наводећи да су исте те земље под изговором одговорности да цивилизују Африку заправо вршиле колонизацију и експлоатацију.⁵ Његову тврдњу може да потврди и изјава Робина Кука (*Robin Cook*), бившег

¹ У даљем тексту општа међународна скраћеница за Међународни кривични суд ICC (International Criminal Court) биће замењена српском: МКС.

² Filip Sloodmans, „The International Criminal Court in Africa: Analysis of the cases of the ICC in Uganda, Sudan and Kenya“ FEIEE – European Institute 2015,1 http://www.ieei.eu/Ressources/file/memoires/2015/Filip_SLOODMANS.pdf, 24. јун 2017.

³ Бранислав Ристивојевић, „О општим облицима кривике у Римском статуту“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (Зборник радова ПФНС) 1-2/2007, 263.

⁴ F. Sloodmans, 2.

⁵ Mahmood Mamdani, „Darfur, ICC and the new humanitarian order: How the ICC’s ‘responsibility to protect’ is being turned into an assertion of neocolonial domination“, *Pambazuka News*, 17 September 2008, Issue 396, <http://pambazuka.org/en/category/features/50568>, 25. јун 2017.

британског министра спољних послова: „МКС није суд који успостављамо да приведе правди премијера Велике Британије или председника САД.“⁶ Професор Давемпорт (*David Davenport*) придружује се критикама на рачун МКС, истичући да је јавна расправа приликом усвајања МКС била веома ригидна, функционишући по принципу „узми или остави.“ Такође, Давемпорта је изненадила активна улога НВО сектора у целом процесу. Праг неопходан за одобравање МКС постављен је изузетно ниско; споразум је ратификовало тек 60 од 189 чланица УН; за суд који претендује да има универзалну јурисдикцију то је веома мало. Додатно, како би се привукле САД, начињен је низ уступака; САД су се ипак повукле из споразума, а лоша решења су у споразуму остала.⁷ Легитимност МКС је озбиљно пољуљана с обзиром на то да га 3 од 5 сталних чланица СБУН не подржава (САД, Кина и Русија). МКС не признају ни Индија, Индонезија и Пакистан, стога је веома чудно што МКС претендује на глобалну јурисдикцију када га не признаје више од 70% популације.⁸

Многи сматрају да МКС политизује правду, практикује двоструке стандарде и. негативно утиче на мировне процесе. У Уганди, МКС изазива повећање и продужење насиља и додатно угрожава рањиве групе становништва. Многе паравојне формације одбијају да се предају зато што се плаше оптужница. Присуство Трибунала изазива појаву бројних злочина из освете над онима који са њим сарађују. Нејасна политика одобравања амнестије омета мировни процес. Приликом доделе амнестије прибегавало се бланко доделама амнестија целим групама, што је изазивало негодовање јавности јер су конкретни злочини појединаца остајали некажњени. Са друге стране, Трибунал је понекад тврдоглаво одбијао да додели амнестију, што представља грешку, јер су војници у многим случајевима били деца присиљена да учествују у сукобима. Објављивање делова истрага док ратни сукоби трају нарушавало је крхка примирја⁹. Логика налаже да, док сукоби трају, неопходно је учинити све да се они што пре смире. Пребрза криминализација актера најчешће продужава сукоб због страха од хапшења.

МКС је пореметио и мировни процес у Судану. Подизање оптужнице против Ал Башира отежало је мировни процес, пруживши ветар у леђа побуњеницима који нису желели да преговарају са председником који је оптужен за геноцид.

⁶ David Hoile, *Justice denied: The reality of international criminal court in Africa*, London 2014, 11.

⁷ David Davenport, “The New Diplomacy”, *Policy Review*, No. 116, December 2002/ January 2003, 19.

⁸ D. Hoile, 21-22.

⁹ Tim Allen, *Trial justice: The International Criminal Court and the Lord's Resistance Army*, London – New York 2006, 96-97.

Било да је МКС политички суд или не, како каже професор Том Гинсберг, природно је да сваки суд својом одлуком проузрокује одређен политички утицај на институције.¹⁰ Исто мисли и професор Ерик Леонард, један од водећих стручњака по питању МКС.¹¹

3. ФИНАНСИРАЊЕ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ СУДА

Како бисмо размотрили кредибилитет и независност Суда, морамо узети у обзир и његово финансирање. Суд се финансира доприносима држава потписница. Максимум који једна чланица може да приложи износи 22% од укупног буџета суда. Ипак, земље ЕУ комбиновано сваке године у просеку финансирају буџет Суда у износу од 57,7% укупних буџетских средстава. Највећи финансијери су Немачка, Велика Британија, Италија, Француска, Шпанија. Симптоматично је то што је МКС отворен за финансирање од стране мултинационалних компанија, других организација и појединаца; Суд чак отворено позива заинтересоване да „улажу у Трибунал.“¹² Озбиљнији проблем представља то што ЕУ додатно финансира МКС тако што донира новац НВО сектору који промовише и лобира у корист МКС; на првом месту ради се о организацијама *ICCNOW* и *CICC*. Постоје процене да се на овакве активности Суда потроши додатних 40 милиона евра мимо редовног финансирања.¹³ ЕУ финансирање ових организација обавља путем механизма Европског института за људска права и демократију-*EIHDR*.¹⁴ Програми промоције МКС које спроводе ове НВО по правилу увек таргетирају младе, талентоване људе који још увек немају чврсто изграђене ставове и чији се начин размишљања може лако обликовати.

Бивши главни тужилац Окампо је неколико пута поносно говорио о успешном економском пословању Суда. Од оснивања, МКС је потрошио око пола милијарде евра за само девет окончаних судских процеса – додуше 5

¹⁰ ICC Observers Exclusive Interview: Tom Ginsberg, Professor of Law University of Chicago”, ICC Observers, 15 March 2009 <http://iccobservers.wordpress.com/2009/03/15/icc-observers-exclusive-interview-tom-ginsburg-professor-of-law-university-of-chicago>, 26. Јун 2017.

¹¹ ICC Observers Exclusive Interview: Eric Leonard, Professor of Political Science Shenandoah University”, ICC Observers, 14 April 2009, <http://iccobservers.wordpress.com/2009/04/14/icc-observers-exclusive-interview-eric-leonard-professor-of-political-science-shenandoah-university>, 26. јун 2017.

¹² D. Hoile, 17.

¹³ Alexandra Kemmerer, “Like Ancient Beacons: The European Union and the International Criminal Court – Reflections from afar on a Chapter of European Foreign Policy”, *German Law Journal*, Vol. 5, No. 12 (2004), 1464.

¹⁴ Детаљан приказ финансирања свих организација са прецизним новчаним износима доступан је у D. Hoile 2014, 50-51.

од 9 пресуда су за непоштовање суда¹⁵ – тако да тешко можемо рећи да је МКС ефективан и економичан; при том МКС остаје веома нетранспарентан по питању алокације финансијских ресурса. На основу изнесених чињеница, логично је посумњати у непристрасност Суда с обзиром на његово финансирање од стране не-државних субјеката. Не-државни субјекти су заправо инвестиори са својим приватним интересима који не морају бити у складу са објективношћу и правичношћу. Да ли је могуће са апсолутном сигурношћу тврдити да ти инвеститори нису и неће утицати на одлуке Суда како би своју инвестицију учинили профитабилном, било да се ради о економској, геополитичкој или некој другој још апстрактнијој врсти добити?

Присне везе МКС и НВО критиковао је чак и *Human Rights Watch*.¹⁶ Такође, Вилијам Шабас сведочи како главну реч на конференцијама око МКС увек води мрежа НВО.¹⁷ Ипак, од самог финансирања проблематичнија је чињеница да МКС користи мрежу партнерских НВО за предистражне радње и прикупљање података. Зашто је то проблематично? Типична НВО најчешће има само један циљ у својој агенди, што доводи до развијања синдрома „тунелског вида“ приликом доношења закључака: НВО имају свој зацртани циљ и најефикаснији могући пут да до тог циља дођу. Позиве на објективно сагледавање чињеница и уважавање аргумената друге стране НВО не доживљавају као интелектуални и етички изазов с којим се неопходно суочити, већ као препреку на путу до циља коју би требало што брже уклонити! Иако номинално непрофитне, НВО су *de facto* интересне групе које су спремне да жртвују комплетан вредносни систем како би обезбедиле финансирање за своје пројекте. НВО се перманентно налазе у стању моралног хазарда јер утичу на међународне процесе, а за разлику од суверених држава оне не сnose никакву одговорност, и не подлежу никаквој врсти контроле нити регулативе. Такође, НВО су до танчина савладале „медијске игре“ које се догађају сваки пут када је актуелан неки међународни проблем, знајући на који начин да привуку или пак одвуку медијску пажњу од конкретне појаве ради остваривања свог циља. То их чини веома опасним играчем када је у питању међународно преговарање и област међународних односа уопште.¹⁸

Занимљиво је напоменути како се МКС суочава са жестоком критиком локалног (афричког) НВО сектора; међутим, прозападни НВО сектор сваку критику на рачун Суда дочекује унапред спремљеном заменом теза да се критиковањем Суда заправо окрећу леђа правди и по други пут убијају жртве.

¹⁵ <https://www.icc-cpi.int/Pages/defendants-wip.aspx>

¹⁶ Human Rights Watch, "Courting History. The Landmark International Criminal Court's First Years", july 2008, <http://www.hrw.org/en/reports/2008/07/10>, 28. Јун 2017.

¹⁷ William Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge 2001, 15.

¹⁸ D. Hoile, 85-87.

Званичници западних земаља – иначе заштитници и промотери НВО сектора као једног од стубова демократије – сада оштро критикују афричке НВО, вршећи притисак да се престане са критикама на рачун МКС.¹⁹

4. ВЕЗЕ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ СУДА И СПОЉНЕ ПОЛИТИКЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Афричке земље су јединствене у ставу да је МКС европски пројекат, инструмент неоимперијалних амбиција, продужена рука спољне политике ЕУ, док је ЕУ опет највећи заговорник и бранилац Суда. ЕУ је клаузулу о прихватању МКС уврстила у све своје партнерске споразуме са другим земљама. Поводом прославе десет година од усвајања Римског статута, ЕУ је издала декларацију у којој се јасно каже: „ЕУ ће наставити да користи сва доступна средства да промовише МКС и његове правне тековине и уврстиће достигнућа МКС у своју политику превенције конфликта, правде, слободе и безбедности.“²⁰ Чак и у западним „мејнстрим“ медијима преовладава мишљење да МКС таргетира афричке државе зато што су слабе;²¹ а ми ћемо додати да је то и зато да би се скренула пажња са сукоба на Блиском истоку.

Тако је у јуну 2000. године Европска Унија потписала Котоу споразум са земљама Африке и Латинске Америке. Споразум је требало да обезбеди побољшање трговинске размене са овим земљама и то на начин који би омогућио неразвијеним земљама Африке и Латинске Америке да пласирају своју робу на тржиште ЕУ. Међутим, мало позната чињеница јесте да је ова „трговинска помоћ“, оличена у Котоу споразуму, била условљења прихватањем Римског статута и МКС.²² То доводи у питање тврдње заговорника Суда да је легитимитет и подршка овог суда базирана на добровољној основи. Афричке земље су биле латентно уцењене да подрже формирање таквог суда, и у тренутку потписивања нису очекивале да ће се Суд бавити искључиво процесуирањем Африканаца. Додуше, у јануару 2017. године МКС је отворио истрагу о могућим злочинима на територији Грузије у периоду од јула до октобра 2008. у сукобима руских, грузијских и снага Јужне Осетије.²³ Међутим, сви оптужени пред МКС и даље су Африканци. Истрага у Грузији је покренута 11 година након догађаја који су предмет истраге, у тренутку

¹⁹ Ibid., 89-92.

²⁰ Ibid., 41.

²¹ Eric Posner, “The Absurd International Criminal Court. After 10 years and hundreds of millions of dollars, it has completed precisely one trial”, http://online.wsj.com/article/SB100014240527023037539045774521_22153205162.html, 29. јун 2017.

²² D. Hoile, 39.

²³ <https://www.icc-cpi.int/georgia>, 25. Јун 2017..

свеопште русофобије на западној хемисфери, тако да се и ова истрага може посматрати као потенцијално средство притиска на Русију.

Већ смо споменули да МКС настоји да баштини традицију суда из Нимберга. Међутим, МКС константно одбија да разматра питање злочина агресије! Суд из Нимберга је пак управо тај злочин окарактерисао као један од најопаснијих по човечанство. Иако је по Римском статуту МКС надлежан и за злочин агресије²⁴ примена надлежности над овим злочином се изнова одгађа због наводног нејасног дефинисања злочина агресије. Последњи рок за отпочињање надлежности за злочин агресије нејасно је дефинисан за период након 2017.²⁵ Изненађује и одсуство жеље од стране НВО сектора да реши проблем у вези злочина агресије, те на тај начин Суд комплетира и буде лакши за промоцију Узрок одбијања надлежности за злочин агресије заправо су двоструки стандарди Суда, јер би у том случају могли бити процесуирани званичници и официри Велике Британије и Француске због операција у Ираку и Либији. МКС истражује случај потенцијалних злочина које су починили држављани Велике Британије у Ираку; случај је још у предистражној фази, неколико пута је закључиван и поново отворан, и до сада је без било каквих конкретних резултата²⁶.

Када говоримо о дуплим стандардима МКС, неопходно је размотрити и понашање Велике Британије и Француске (једине две сталне чланице СБУН које признају МКС), које на све начине константно врше притисак на земље Африке да признају и сарађују са МКС. С друге стране, идентично врше притисак на Палестину да не постане потписница МКС због евентуалних истрага против Израела које би у том случају могле уследити.²⁷ Оваква ситуација је додатни аргумент тврдњи да је МКС политички суд.

Незадовољство МКС је дуго тињало у Африци. Преломни тренутак за погоршање односа био је налог за хапшење председника Судана Омар Ал Башира (*Omar Al-Bashir*) из 2009. године. Афричка Унија је 3.07. 2009. године изнела препоруку својим чланицама да не сарађују са МКС.²⁸ Налог за хапшење МКС је проблематичан из два разлога: прво, Ал Башир је у том трнутку обављао функцију председника па самим тим ужива имунитет; и друго, Судан није потписник Римског статута.²⁹

²⁴ Rome Statute чл.5, ст. 1, тач. д.

²⁵ D. Hoile, 144-145.

²⁶ <https://www.icc-cpi.int/iraq>, 25. Јун 2017.

²⁷ „William Hague says UK may abstain in Palestinian UN vote”, BBC News, <http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-20524115>, 30. Јун 2017.

²⁸ Assembly of the African Union, “Decision on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC)”, Assembly/AU/Dec.245 (XIII), Sirte, 3 July 2009, para. 10.

²⁹ F. Sliotmans, 3.

5. АНАЛИЗА СЛУЧАЈА ДАРФУР

Пре него што се позабавимо детаљном анализом случаја Дарфур, морамо макар уопштено да се упознамо са позадином конфликта. Дугогодишње напетости у Судану ескалирале су 2003. године када су две побуњеничке групе (Слободарски покрет-СЛМ и Покрет за правду и једнакост-ЈЕМ) напале владине снаге и аеродром Ел Фашер. Убрзо потом, војска и полиција, заједно за паравојном милицијом „Џанцавид“ (*Janjaweed*), су покренуле контраофанзиву. Према извештају Амнести интернационала, само у 2003. побијено је више од 90.000 људи, док је поврх тога 200.000 умрло од болести и глади. Расељено је 2,3 милиона људи.³⁰ Савет безбедности УН донео је Резолуцију 1564 којом се успоставља Комисија за истрагу о кршењу међународног хуманитарног права у Дарфуру.³¹ Комисија је утврдила да су владине снаге, Џанцавид милиција и побуњеничке групе (дакле све стране у сукобу) починиле убиства цивила, мучења, киднаповања, протеривања, паљења села и силовања. Међутим, комисија је закључила да у Дарфуру није почињен геноцид.³²

Суданска влада је 7. јуна 2005. основала посебан кривични суд који је испитивао сукобе у Дарфуру и кршење међународног хуманитарног права. Међутим, процесуирање злочина у Дарфуру пред локлним правосуђем није било задовољавајуће – суд је подељен на три дела која одговарају географској подели провинције Дарфур. Седиште суда било је ротирајуће између три града. Процеси су били неефикасни и превише спори. Донесене су тек две преуде против два официра средњег ранга због убиства. Покренут је поступак против још неколико војника и подофицира. Међутим, главни команданти Џанцавид милиције нису ни процесуирани.³³

МКС је подигао оптужнице против многих званичника суданске владе и председника државе Ал Башира за злочине против човечности и за геноцид. Сама оптужница за геноцид против Ал Башира је контроверзна по много чему. Најпре је претресно веће МКС већином од 2 према 1 установило да нема основа за кривично дело геноцида, јер нема доказа да су етничке групе Фур, Масалит и Загава убијане због своје етничке, верске и националне припадности. Наиме, све поменуте етничке групе су (антрополошки посматрано)

³⁰ Amnesty International, Sudan: Displaced in Daifur: A Generation of Anger, <https://www.amnesty.org/en/documents/afr54/001/2008/en>, 30. Јун 2017.

³¹ SC RES. 1564/2004, 18 Sept. 2004, <http://daccessdds.un.org/doc>.

³² The Secretary-General, Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the Secretary-General: Pursuant to Security Council resolution 1564 (2004) of 18 September, http://www.un.org/news/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf, 27. Јун 2017.

³³ F. Slootmans, 27.

готово идентичне, суданске су националности и исповедају ислам.³⁴ Ипак, апелационо веће је сматрало да такво тумачење није исправно, те на тај начин практично уважило издвојено мишљење судије Аните Усака (*Anita Usacka*). Судија Усака је ове три етничке групе, које су до тада третиране као различите (Фур, Масалит и Загава), посматрала као једну јединствену етничку групу – афричку (негроидну). У светлу овог новог тумачења, Ал Башир је оптужен као индиректни³⁵ починилац геноцида и издат је нови налог за његово хапшење.³⁶

Позивајући се на Резолуцију СБУН 1593, МКС сматра да има надлежност над Ал Баширом без обзира на то што Судан није потписник Римског статута. Та резолуција донета је у складу са поглављем VII повеље УН, и тиме су УН наложиле свим државама чланицама УН да сарађују са МКС по питању случаја у Дарфуру.³⁷

Да би Резолуција 1593 била обавезујућа за Судан, морао би бити испуњен барем један од три услова: први, да СБУН делегира свој ауторитет на МКС; други, да поглавље VII повеље УН може да обавезује Судан да поштује Римски статут; и трећи, да СБУН експлицитно уклони дипломатски имунитет Ал Баширу.³⁸

Међутим, МКС је оформљен независно од УН и не може да се позива на ауторитет УН, пошто му тај ауторитет ни не може бити додељен. Заправо, ауторитет УН може бити делегиран само међусобним договорима држава чланица УН или органима УН. МКС не спада ни у једну од ових категорија (Исто). Друга могућност јесте да УН обавезу Судан на поштовање Римског статута. Међутим, ни то није могуће пошто је Римски статут усвајан одвојено од УН, а њихови међусобни уговорни односи регулисани су тако да је МКС независан од УН.³⁹ Стога не постоје услови под којима СБУН може да делегира свој ауторитет МКС. Суштински, када је МКС већ инси-

³⁴ ICC-02/05-01/09, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *supra* note 7, para. 204(v), https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_01517.PDF, 1. Јул 2017.

³⁵ Неопходно је имати у виду да квалификација „индиректан починилац геноцида“ није често тестирана у пракси. Међутим, полази се од претпоставке да је у ауторитарним земљама (каква је Судан) тренутни лидер укључен у доношење готово свих одлука, те је стога за њих и одговоран (*јрим. ауџ.*).

³⁶ The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, No. ICC-02/05-01/09 (12 July 2010), www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc907i42.pdf, 1. Јул 2017.

³⁷ (SC RES 1593/2005 31 March 2005, <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/85FEBD1A-29F8-4EC4-9566-48EDF55CC587/283244/N0529273.pdf>, 29. Јун 2017.

³⁸ F. Sloomans, 32.

³⁹ Negotiated Relationship Between the International Criminal Court and the United Nations, ICC—UN, ICC-ASP/ 3/ Res.1 (4 October 2004), <http://www.un.org/en/documents/charter/chapter16.shtml>

стирао да буде независан од УН, не може накнадно да се позива на ауторитет УН „по потреби“. Да би ствари биле јасније, неопходно је имати у виду кључну разлику између МКС и *ad hoc* трибунала за Југославију и Руанду. Ова два трибунала успостављена су резолуцијама СБУН, те услед тога имају право да се позивају на поглавље VII повеље УН.⁴⁰

С обзиром на то да ни СБУН није укинуо имунитет Ал Баширу, нема основа по ком би он био ирзучен МКС по основу резолуције 1593 СБУН. Иако је тужилац непрестано позивао афричке државе да сарађују и ухапсе Ал Башира, сâм Римски статут у члану 98(1) каже да МКС не може инсистирати на сарадњи држава потписница уколико је та сарадња противна међународном праву по питању дипломатског имунитета.⁴¹

Након процедуралног размотрићемо и фактицитет и логицитет оптужнице за геноцид. Као узрок сукоба у Судану обично се наводи маргинализација; међутим, независни посматрач и најугледнији судански активиста за људска права Гази Сулејман (*Ghazi Suleiman*) тврди да је ситуација веома комплексна, те да се заправо ради о сукобима између различитих фракција суданског исламистичког покрета разврстаног у чак 22 побуњеничке групе.

Истражитељи МКС су посетили Картум у фебруару 2007. године. Том приликом је препоручено подизање оптужнице против Мухамеда Харуна (*Ahmad Muhammad Haroun*), бившег министра унутрашњих послова, и Али Кушаба (*Ali Kushayb*), команданта џанцавид милиције. У иницијалном извештају Ал Башир није споменут.⁴² Тек 14.07. 2008. Бивши главни тужилац Окампо (*Luis Gabriel Moreno Ocampo*) оптужује Ал Башира за геноцид. Водећи познавалац ове области Вилијам Шабас описао је Окампов наступ као екстравагантан и театралан, без доказа.⁴³

Фур, Масалит и Загава су само три од мноштва афричких етничких група које живе у регији Дарфура. Ако је тачна тврдња тужиоца и претресног већа да је геноцид био усмерен против афричких етничких група, како је могуће да преостале афричке етничке групе нису страдале? Да би се неко дело могло оквалификовати као геноцид то дело мора да садржи општи елемент геноцидне намере: „[уништење етнике скупине или] стављање скупине у животне услове срачунате да доведу до уништења, врши се сврховито или намерно.“⁴⁴ Међутим, тужилаштво није успело да докаже централну тачку сваке оптужнице за геноцид – геноцидну намеру: када су Суданске безбедносне снаге вршиле мобилизацију за контра-офанзиву, у војску су

⁴⁰ F. Sloomans, 39.

⁴¹ Rome Statute, чл. 98, ст. 1.

⁴² D. Hoile, 282.

⁴³ William Schabas, “What is Genocide? What are the Gaps in the Convention? How to Prevent Genocide?”, Foro Regional sobre Prevención del Genocidio, Buenos Aires, 10–12 December 2008, http://www.cancilleria.gov.ar/portal/dighu/docs/william_schabas.pdf, 1. Јул 2017.

⁴⁴ Б. Ристивојевић, *Зборник радова ПФНС* 1-2/2007, 266.

регрутовани припадници свих етичких група (и арапске и негроидне). Такође, Влада је у провинцију слала масовне количине оружја како би омогућила мештанима да лакше бране села. Потпуно је нелогично наоружавати, регрутовати и војно обучавати људе ако планирате да их побијете.⁴⁵ Геноцидној квалификацији злочина у Дарфуру успротивио се чак и тужилац Хашког трибунала (ICTY) Џефри Најс.⁴⁶

Окампо је наставио са покушајима да потврди своју тврдњу, наводећи да се геноцид заправо догодио у камповима за интерно расељена лица. Међутим, ти кампови су представљали највећу хуманатурну операцију деценије и били су под будним оком међународних хуманитарних организација, тако да геноцид не би могао да прође неопажено. Тужиоцеве тврдње убрзо су демантовали Лекари без граница.⁴⁷ Окампова теза поново не пролази елементарни логички тест: уколико желите да извршите геноцид у кампу за расељена лица, сигурно у те кампове нећете довести велики број међународних посматрача. Међутим, МКС је након свега у независној ситуацији: јер ако сада одустане од оптужнице против Ал Башира, у потпуности ће изгубити свој кредибилитет!

Ни кретање интерно расељених не иде у прилог тези тужилаштва; на име, избеглице су пристизале у Картум, нису бежали ван земље.⁴⁸

Афричка Унија и Арапска лига не подржавају тезу о геноциду; заправо једина држава која подржава тезу о геноциду у Дарфур јесу САД. Многи сматрају да је разлог комерцијалне природе, јер је фондација Спасимо Дарфур (*Save Darfur*) експлоатацијом термина геноцид зарадила 100 милиона долара.⁴⁹ Уосталом, познато је да су САД главни покровитељ потоње независности Јужног Судана. Теза о геноцидности суданске владе свакако је олакшала тај процес.

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Када сумирамо ефекте МКС, долазимо до закључка да је Суд је потрошио много енергије и добре воље; но његова легитимност је упитна с обзиром на чињеницу да је усвојен под лажним премисама и економском уценом

⁴⁵ Поређења ради у припреми геноцида у Руанди, припадници Хуту етничке групе наоружавали су само властиту етничку групу. (*иприм. ауџ.*)

⁴⁶ UK barrister Sir Geoffrey Nice disputes Sudan genocide”, BBC Hardtalk, 4 September 2012, <http://news.bbc.co.uk/1/hi/programmes/hardtalk/9747719.stm>, 29. Јун 2017.

⁴⁷ Rony Brauman, “The ICC’s Bashir Indictment: Law Against Peace”, *World Politics Review*, 23. July 2008, <http://www.worldpoliticsreview.com/Article.aspx?id=2471>, 21. Јун 2017.

⁴⁸ Када поново упоредимо ситуацију са Руандом видећемо да су Тутси избеглице бежале из главног града ван земље јер је баш у главном граду био највећи покољ. (*иприм. ауџ.*)

⁴⁹ D. Hoile, 291-292.

у виду Котоу споразума. Друго, Суд је показао наклоност политици ЕУ. Треће, Суд је демонстрирао неприхватљиву неефикасност и, следствено, некомпетентност с обзиром на дуготрајност процеса и мали број правоснажних пресуда. Четврто, Суд негативно утиче на мировне процесе на афричком континенту. Пето, уместо једнакости, Суд је показао селективност у примени правде.

Да ли је МКС инструмент империјализма? Заиста тако делује, али то не значи да је он оформљен са тим предумишљајем. Могли бисмо рећи да је „пут до империјализма попљочан добрим намерама!“ Суштина неуспеха Суда лежи у неразумевању Африке. Африканци европску правду доживљавају као осветничку, засновану на одмазди. Афрички проблеми морају се решавати интерно, унутар континента. Алтернативе европском поимању и спровођењу правде могу да буду Гацаца судови или Јужноафричка комисија за истину и помирење. Наравно, и ови концепти имају своје недостатке, чију даљу анализу не дозвољава обим овог рада; али свакако да би ресторативни приступ правди могао бити погоднији када је Африка у питању.

Међутим, МКС и даље наступа у оријенталистичком наративу: дивљак-жртва-спасилац, где је Африканац у улози дивљака а МКС спасилац који мора да спаси жртву од саме себе! Када бисмо морали да искажемо став Суда у једној реченици, она би могла да гласи: „Хајде да Африканце научимо владавини права“ – што злокобно подсећа на империјалистичку крилатицу: „Хајде да цивилизујемо Африканце.“ Изгледа да се сада у Европи (као некада раније у САД) јавља неки нови „терет белог човека“ који овог пута, уместо колонизације, Африци доноси благодети међународне правде.

У протеклим вековима постојао је механизам трговања робљем, са циљем да се Африканци одведу из Африке. МКС је тај механизам обрнуо – сада је циљ да се Африканцима украде Африка!

Danilo D. Babić, Ph. D. Student
University of Belgrade
Faculty of Political Sciences
danilobabicc@gmail.com

International Criminal Court: Instrument of Justice or Western Imperialism – Darfur Case Study

Abstract: *This work analyzes the work of International Criminal Court focusing on alleged Darfur genocide. We are trying to reassess allegations of African public which claim that ICC is biased towards Africa, selective and implementing double standards. Further more they claim that the Court is, in fact, an instrument of new Western imperialism. The key moment which have broken the ICC-Africa relationship beyond repair is arrest warrant for Sudan president Omar Al Bashir. We are questioning the legality and legitimacy of that warrant. Moreover, in order to prove or deny the objectivity of the court we are analyzing the financing of the ICC and its relationship with the NGO sector. We examine the effects of the court decisions on the peace and reconciliation in the region.*

Keywords: *Darfur, ICC, Sudan, genocide, Al-Bashir.*

Датум пријема рада: 19.07.2017.

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ
ЗБОРНИК РАДОВА

Досадашњи главни уредници:

Проф. др Владимир Капор (1966), проф. др Никола Воргић (1967–1968),
проф. др Милош Стеванов (1969–1973), проф. др Боровоје Пупић (1974–1976),
проф. др Милијан Поповић (1977–1983), проф. др Станко Пихлер (1984–1988),
проф. др Момчило Грубач (1989–1990), проф. др Јован Мунђан (1991–1997),
проф. др Милијан Поповић (1998–2003), проф. др Родољуб Етински (2004–2006),
проф. др Драгиша Дракић (2006–2013).

Чланови Уредништва:

Проф. др Љубомир Стајић, prof. dr Damjan Korošec (Словенија),
prof. dr Wilhelm Brauneder (Аустрија), prof. dr Tamás Prugberger (Мађарска),
prof. dr Serge Regourd (Француска), prof. dr Gérard Marcou (Француска),
prof. dr Heinz Mayer (Аустрија), prof. dr Peter Mader (Аустрија),
prof. dr Suphawatchara Malanond (Тајланд), проф. др Бранислав Ристивојевић,
проф. др Татјана Бугарски, мр Радмила Дабановић

Менаџер часописа

Др Лука Батуран

Секретаријат Уредништва

Проф. др Владимир Марјански, доц. др Драгана Ћорић, доц. др Бојан Тубић,
др Марко Кнежевић, др Цвјетана Цвјетковић, др Урош Станковић,
др Милана Писарић, др Наташа Рајић, др Стефан Самарцић,
Сандра Самарцић, Ратко Радошевић, Бојана Ристић

Компјутерска обрада текста

Владимир Ватић, „Графит“

Штампа:

„Сајнос“, Нови Сад
Тираж: 200 примерака

2017

