

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ

ЗБОРНИК РАДОВА

За издавача
Проф. др Бранислав Ристивојевић
декан Правног факултета у Новом Саду

Управник Центра за издавачку делатност
Проф. др Љубомир Стајић

Главни и одговорни уредник
Проф. др Слободан Орловић

Зборник радова Правног факултета у Новом Саду налази се у
HeinOnline бази: *International & Non-U. S. Law Journals*
(<http://www.heinonline.org>).

Зборник радова (свеске од 2007. године) под називом
Proceedings of Novi Sad Faculty of Law доступан је у *EBSCO*
бази *Academic Search Complete* (<http://www.ebscohost.com>).

Зборник радова (свеске од 2005. године) доступан је на
веб сајту Правног факултета у Новом Саду
(<http://www.pf.uns.ac.rs>).

Зборник излази непрекидно од 1966. године.
Од 2012. године Зборник излази четири пута годишње.

Цена једне свеске Зборника је 5.000 динара.

УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
UNIVERSITY OF NOVI SAD
FACULTY OF LAW NOVI SAD
(SERBIA)



ЗБОРНИК РАДОВА COLLECTED PAPERS

LIII 1 (2019)

НОВИ САД, 2019.

ЗРПФНС, година LIII Нови Сад, бр. 1 (2019)

УДК 3

ISSN 0550-2179

eISSN 2406-1255

САДРЖАЈ

<i>Др Даница Д. Појов, редовни професор у пензији</i> Појам права својине у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије . .	1
<i>Др Таијана Д. Буџарски, редовни професор</i> <i>Др Милана М. Писарић, асистент са докторатом</i> Оснивање и организација Европског јавног тужилаштва	17
<i>Др Милена М. Полојац, редовни професор</i> Аквилијев закон у српсковизантијским компилацијама	37
<i>Др Наијациа Л. Голубовић, редовни професор</i> Значај владавине права за унапређење пословног амбијента у Србији	59
<i>Др Гордана М. Дракић, ванредни професор</i> Нису га ни тражиле! О питању женског права гласа у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца	81
<i>Др Зоран Ј. Лончар, ванредни професор</i> <i>Др Ненад П. Радивојевић, асистент са докторатом</i> <i>Др Рајко С. Рadoшевић, асистент са докторатом</i> <i>Владан М. Мирковић, асистент</i> Сарадња полиције и приватног обезбеђења у ванредним ситуацијама у Репу- блици Србији – стање и могућности	113
<i>Др Ненад С. Милић, ванредни професор</i> Геопросторни контекст криминалне активности у криминалистици	133
<i>Др Таијана Љ. Јованић, ванредни професор</i> Државна помоћ за инвестиције у енергетску инфраструктуру: дилеме у вези пројекта „Колубара Б“	151
<i>Др Дарко Т. Димовски, ванредни професор</i> <i>Др Јелена М. Сијанојевић, истраживач сарадник</i> Правно-економски услови учлањења земље у Европску унију – пример Репу- блике Србије	177
<i>Др Драџана М. Ћорић, доцент</i> Схватање Артура Кауфмана о односу језика и права	195

<i>Др Бојан Н. Тубић, доцент</i>	
Извршавање пресуда Европског суда за људска права	211
<i>Др Вања М. Бајовић, доцент</i>	
Тамна страна споразума о признању кривичног дела	233
<i>Др Иван Д. Милић, асистент са докторатом</i>	
Евиденције „могућих насилника“	253
<i>Др Тамара В. Бурђић Милошевић, асистент</i>	
Ограничења својинске и завештајне слободе	265
<i>Ненад З. Сјекић, истраживач и управник</i>	
Екстремизам као чинилац системске динамике Заједничке безбедносне и одбрамбене политике Европске уније током миграторне кризе	285
ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ АУТОРЕ	
<i>Др Река М. Пусићхељи, ванредни професор</i>	
Осврт на грађанскоправну одговорност за штете узроковане беспилотним летелицама	311
<i>Др Биљана М. Чинчурак Ерцеџ, доцент</i>	
Правно регулисање беспилотних ваздухопловних система у Европској унији са освртом на законодавство Републике Хрватске	327

TABLE OF CONTENTS

<i>Danica D. Popov, Ph.D., Full Professor (retired)</i>	
The Ownership in the Draft of Civil Code in Serbia	1
<i>Tatjana D. Bugarski, Ph.D., Full Professor</i>	
<i>Milana M. Pisarić, Assistant with Ph.D.</i>	
Establishment and Organisation of the European Public Prosecutor's Office	17
<i>Milena M. Polojac, Ph.D., Full Professor</i>	
Lex Aquilia in Medieval Serbian Law	37
<i>Nataša L. Golubović, Ph.D., Full Professor</i>	
The Importance of the Rule of Law for the Improvement of Business Environment in Serbia	59
<i>Gordana M. Drakić, Ph.D., Associate Professor</i>	
They did not even ask for it! On Women's Suffrage in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes	81
<i>Zoran J. Lončar, Ph.D., Associate Professor</i>	
<i>Nenad P. Radivojević, Assistant with Ph.D.</i>	
<i>Ratko S. Radošević, Assistant with Ph.D.</i>	
<i>Vladan M. Mirković, Assistant</i>	
Cooperation between Police and Private Security in Emergency Situations in the Republic of Serbia – Current State and Possibilities	113
<i>Nenad S. Milić, Ph.D., Associate Professor</i>	
Spatial Context of Crime Activities in Criminal Investigation	133
<i>Tatjana Lj. Jovanić, Ph.D., Associate Professor</i>	
State Aid for Investments in Energy Infrastructure: the Dilemmas of „Kolubara B“ Project	151
<i>Darko T. Dimovski, Ph.D., Associate Professor</i>	
<i>Jelena M. Stanojević, Ph.D., Research Associate</i>	
Legal and Economic Conditions for the EU Membership – Example of the Republic of Serbia	177
<i>Dragana M. Ćorić, Ph.D., Assistant Professor</i>	
The Standpoint of Arthur Kaufman about Relationship between Law and Language .	195

<i>Bojan N. Tubić, Ph.D., Assistant Professor</i>	
The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights	211
<i>Vanja M. Bajović, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Dark Side of the Plea Bargaining	233
<i>Ivan D. Milić, Assistant with Ph.D.</i>	
Records of “Possible Violators”	253
<i>Tamara V. Đurđić Milošević, Ph.D., Assistant</i>	
Limitations of Freedom of Ownership and Testamentary Freedom	265
<i>Nenad Z. Stekić, Research Assistant</i>	
Extremism as a Factor of Systemic Dynamics of Common Security and Defense Policy during the Migratory Crisis	285
SECTION FOR FOREIGN AUTHORS	
<i>Réka M. Puztahelyi, Ph.D., Associate Professor</i>	
Reflections on Civil Liability for Damages Caused by Unmanned Aircrafts	311
<i>Biljana M. Činčurak Erceg, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Legal Regulation of Unmanned Aircraft Systems in the European Union with Reference to the Legislation of the Republic of Croatia	327

Др Даница Д. Појов, редовни професор у пензији
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
drpov@pf.uns.ac.rs

ПОЈАМ ПРАВА СВОЈИНЕ У ПРЕДНАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ¹

Сажетак: Предмет овог рада је анализа „Општих одредаба“ Преднацрта Грађанског законика Републике Србије (Преднацрт ГЗ) које се односе на „Право својине.“ Циљ рада је да се прикажу решења која се предлажу у Преднацрту ГЗ, али и да се укаже на неке недоречености и нејасноће у радном тексту који је припремљен за јавну расправу. У погледу алтернатива на поједине чланове Преднацрта ГЗ аутор износи своје ставове. Поред анализе „Општих одредаба“ о „Праву својине“ из Преднацрта ГЗ предлажу се и дружачија систематизација и формулација појединих одредаба.

Кључне речи: Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, право својине, обележја својине, ограничења својине.

ПОЈАМ ПРАВА СВОЈИНЕ

„Својина је најшире право физичког или правног лица да ствар по свом нахођењу држи, употребљава, прибара плодове и друге користи од ствари и да њоме располаже у границама закона.“² Дефиниција својине би могла да гласи: својина је најшире право власника да по свом нахођењу ствар држи, користи је и њоме располаже у границама закона.³

¹ Рад је настао као резултат истраживања на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет у Новом Саду

² Чл. 1694. ст. 1. Преднацрта Грађанског Законика Републике Србије (у даљем тексту Преднацрт ГЗ), Влада Републике Србије, Комисија за израду грађанског законика, радни текст припремљен за јавну расправу са алтернативним предлозима, Београд, 29. маја 2015. године.

³ У дефиницији права својине из Преднацрта ГЗ, физичко и правно лице, су у овом случају власници ствари. Уместо овлашћења власника да ствар употребљава, прибара пло-

Право својине представља потпуну и искључиву правну власт власника на својој ствари. Власник ствари може слободно, по свом нахођењу да поступа са својом ствари, њоме располаже и све остале да искључи од утицаја на ствар. Право својине је свеобухватно (потпуно), искључиво (ексклузивно) и трајно право власника на својој ствари у границама закона.

Навешћемо примера ради, одредбе из неких најзначајнијих грађанских законика којима се одређује појам права својине.

Према Француском грађанском закону – *Code Civil*-у: „Својина је право које допушта коришћење и располагање стварима на неограничен начин, под условом да се не врши у сврхе који су у супротности са законом и уредбом.”⁴

Према Аустријском грађанском закону „Својина је овлашћење: да се суштином и користима неке ствари по својој вољи располаже, и сваки други од тога искључи. Право својине може се вршити дотле, докле се тиме не вређају права трећих лица или док се не преступе законска ограничења, прописана ради одржавања и потпомагања општег благостања.”⁵

Немачки грађански законик право својине дефинише на следећи начин. „Сопственик једне ствари може, уколико то није у супротности са законом или правом трећег лица располагати са ствари по свом нахођењу и да искључи сва друга лица од било каквог утицаја на ствар.”⁶

Апсолутни карактер својине долази до изражаја и у Швајцарском грађанском закону према којем: „Власник једне ствари може у границама правног поретка њоме располагати по свом нахођењу. Он има право да је захтева од сваког ко је незаконито држи да отклони свако бесправно утицање на ствар.”⁷

Према Уставу Европске Уније (Уговор о уставу за Европу), у члану II (право власништва) „Свако лице има право да буде власник средстава које је легално стекло, да их користи, да са њима располаже и да их другима предаје. Нико не може бити лишен својег власништва, осим када се ради о потреби његовог јавног коришћења, у случајевима и под условима који су законом предвиђени и уз правичну надокнаду за свој губитак. Употреба средстава може се регулисати законом у мери која је неопходна за очување општег интереса.”

Према Закону о основама својинско-правних односа (ЗОСПО): „Власник има право да своју ствар држи, да је користи и да њоме располаже у границама

дове и друге користи са ствари, предлагемо израз да ствар „користи“ (као у Грађанским законикима Француске и Аустрије и Закона о основама својинско-правних односа), који обухвата како употребу тако и прибирање плодова и других користи које ствар даје.

⁴ *Code Civil*, чл. 544.

⁵ Аустријски грађански законик, § 353, 354 и 364.

⁶ Немачки грађански законик, § 903.

⁷ Швајцарски грађански законик, чл. 641.

одређеним законом. Свако је дужан да се уздржава од повреде права својине другог лица.”⁸

Из дефиниције ЗОСПО може се закључити да се садржај права својине састоји из две компоненте: а) позитивне, која се односи на објект права својине, а подразумева право власника да своју ствар држи, користи и њоме располаже, и б) негативне, која се односи на сва трећа лица, а састоји се у обавези свих лица (*erga omnes*) да се уздржавају од радњи којима се повређује нечије право својине.⁹

У погледу овлашћења која чине право својине Преднацрт ГЗ помиње право држања, употребе, прибирања плодова и других користи које ствар даје и право располагања.

Овлашћење држања (*ius possidendi*) представља могућност власника да има фактичку власт на ствари која је претпоставка за право коришћења.

Овлашћење коришћења (*ius utendi* и *ius fruendi*) састоји се у праву власника да предузима материјалне радње према ствари (да се служи својом ствари) ради извлачења користи које она даје, а може се манифестовати у облику а) употребе ствари (*ius utendi*) која се састоји у предузимању материјалних аката према ствари подобних да задовоље било коју потребу власника ствари; и б) прибирања плодова и других прихода (*ius fruendi*) ако је ствар подобна да даје плодове и друге приходе. Појмови употреба и коришћење се често поистовећују.¹⁰ У нашој правној теорији има различитих схватања у погледу ових појмова. Према једнима се не прави разлика измеђи коришћења и употребе (коришћење или употреба),¹¹ док други ова два појма раздвајају.¹² Француски грађански законик у дефиницији права својине користи само термин „коришћење на неограничен начин.”¹³ Слично и Аустријски грађански законик: „Својина је овлашћење, да се суштином и користима неке ствари по својој вољи располаже.”¹⁴ За ствари које нису подобне да дају плодове примеренији је израз употреба ствари, а коришћење ствари за оне које су подобне да дају плодове и друге приходе. Закон о власништву и другим стварним правима Републике Хрватске у дефиницији права својине прави

⁸ Закон о основама својинско-правних односа, *Сл. лист СРЈ*, бр. 29/1996. чл. 3.

⁹ Д. Попов, Појам права својине, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2005, 138.

¹⁰ Л. Атанацковић, Р. Јовановић, *Системајски речник српскохрватског језика*, Матица Српска, Нови Сад 1980, 63 и 76.

¹¹ Р. Ковачевић, Куштримовић, М. Лазић, *Сиварно право*, Ниш, 2009, 60 и 61.

¹² Д. Аранђеловић, *О праву својине у данашњим приликама*, Збирка расправа, Геца Кон, Београд 1926, 5-21. Исто тако О, Станковић, М. Орлић, *Сиварно право*, Београд 1999, 56.

¹³ Француски грађански законик, чл. 544.

¹⁴ Аустријски грађански законик, § 354.

ову разлику: „Власник има међу осталим, право посједовања, употребе, коришћења и располагања својом ствари.“¹⁵

Овлашћење располагања (*ius disponendi*) је најзначајније право власника и представља *differentia specifica* у односу на остала стварна права. Само власник ствари има потпуну слободу да у границама закона располаже фактички и правно својом ствари и да своје право супротстави према свим трећим лицима. Тако, Немачки и Швајцарски грађански законици приликом дефинисања права својине помињу само право власника да располаже својом ствари (располагања по свом нахођењу), док остала овлашћења која чине право својине не помињу.¹⁶ Још је у римском праву настала максима, да је својина потпуна правна власт на ствари (*plena in re potestas*).

У правној теорији има мишљења да се овлашћења која чине садржину права својине посебно не истичу него се својина дефинише као потпуна правна власт на одређеној ствари. Према мишљењу које заступа Л. Марковић „потпуна правна власт значи то, да није лимитативно одређен број овлашћења, тако да би само та овлашћења и ниједна друга долазила под појам својине, већ да се власт власника простире у свој укупности на ствар. Али како ни најбоља дефиниција не може тачно да изрази природу својине, све док се не проуче поједини елементи и услови боље је користити макар и несавршену дефиницију која ће јасно истицати оно што је код својине доиста битно, а то је да је она *попуну правну власт на једној ствари*.“¹⁷ Садржину права својине би с обзиром на њену природу, требало одређивати на овај уопштен начин. Њиме се не елиминишу својинска овлашћења (ни позитивна ни негативна), али се избегавају неки спорови око права изведених из права својине. Ако се својина схвати као тачан број својинских овлашћења, онда преношење једног од њих на неког другог (код службености, на пример), доводи у питање постојање права својине као таквог. На другој страни, нека права изведена из права својине, не би се могла објаснити, на пример, негативне службености.¹⁸ Оба схватања садржине права својине су исправна, само је разлика у приступу – традиционалном (дедуктивном) и новијем (индуктивном).¹⁹

Други став члана 1694, Преднацрта ГЗ који гласи: „Сопственик има право да своју ствар не употребљава (и да пропушта да прибира плодове и друге користи) изузев ако се посебним законом предвиђа дужност употребе ствари,“ сматрамо непотребним јер се у оквиру ограничења својине, посебно

¹⁵ Закон о власништву и другим стварним правима Р. Хрватске, Народне новине бр. 91/96. чл. 30, ст.2.

¹⁶ Немачки грађански законик § 903, Швајцарски грађански законик, чл. 641.

¹⁷ Л. Марковић, *Грађанско њраво, ѡпшћи део и стварно њраво*, Београд 1912, 315 и 317.

¹⁸ Р. Ковачевић, Куштримовић, *Садржина стварне службености*, маг. рад. Ниш 1977, 54.

¹⁹ Р. Јелић, *Појам и створење основног облика својине у нашем њраву*, маг.рад, Београд 1992, 52.

издваја, обавеза да се ствар употребљава (чл. 1700, ст. 1), или ограничи на основу правног посла (чл. 17003).

Трећи став овог члана требало би преформулисати тако да гласи: „Власник може искључити сва лица од утицаја (уместо додира) на његову ствар и захтевати предају ствари од било ког лица у чијој се државини његова ствар налази без правног основа или по слабијем правном основу од његовог.“

СВОЈИНА КАО ЉУДСКО ПРАВО

Својина као људско право прокламована је Универзалном декларацијом о људским правима. Према чл. 17. (1) „Свако има право да поседује имовину, сам и у заједници са другима. (2) Нико не сме бити самовољно лишен своје имовине.“²⁰

Протокол уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, у чл. 1. предвиђа: „Свако физичко и правно лице има право на неометано уживање своје имовине. Нико не може бити лишен своје имовине осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права. Претходне одредбе међутим не утичу на право државе да примењује законе које сматра потребним да би регулисала коришћење имовине у складу са општим интересима или да би обезбедила наплату пореза или других дажбина или казни.“²¹

Преднарт ГЗ (чл. 1695, ст 1.) предвиђа: Свако физичко и правно лице има право на неометано вршење и (мирно) уживање својих добара, на којима има право својине или неко друго стварно право. Алтернатива на став 1. овог члана је по нама боље решење. Свако физичко и правно лице има право захтевати од свих и свакога да поштују његово право својине и остала права која му припадају. Алтернатива би могла да се преформулише тако да гласи: Власник има право да захтева од свих да поштују његово право својине и остала права која му припадају.

ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА СВОЈИНЕ

Према чл. 4. Декларације о правима човека и грађанина, коју је Француска уставотворна скупштина усвојила непосредно по избијању Француске револуције 26. августа 1789, било је предвиђено: „Пошто је својина неприкосновено и свето право нико не може бити лишен својине осим ако то очигледно захтева утврђена јавна потреба, и под условом правичног и претходног обештећења.“

²⁰ Универзална декларација о људским правима, 10. децембар 1947.

²¹ Први Протокол уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Париз, 20. март 1952, чл. 1.

Француски грађански законик предвиђа, да је власнику ствари допуштено све (може да је користи неограничено) што му законом или уредбом није забрањено (чл. 544).

Немачки грађански законик такође регулише ограничење у вршењу права својине. „Право својине не може се вршити у супротности са законом и правима трећих лица.“²² Аустријски грађански законик садржи одредбу према којој се „право својине може вршити дотле, докле се тиме не вређају права трећих лица или док се не преступе законска ограничења прописана ради одржавања или потпомагања општег благостања.“²³ Швајцарски грађански законик за ограничење права својине истиче, „да се ово право може вршити у границама правног поретка (чл. 641).“²⁴

На ограничење права својине путем закона указују и Резолуције УН Комисије за људска права. Према Резолуцији УН 1987/18:²⁵ „позивају се државе да обезбеде да њихово унутрашње законодавство у погледу свих облика својине спречи свако ограничавање уживања људских права и основних слобода али не на уштрб њиховог права да слободно изабере и развијају свој политички, друштвени, привредни и културни систем (тачка 3).“

Преднацрт ГЗС, предвиђа да се „својина може одузети неком лицу само из разлога јавног (општег) интереса и условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права. Сопственик коме је одузето или ограничено право својине (или неко друго стварно право) има право на правичну накнаду (која не може бити мања од тржишне цене).“

У погледу термина јавни (општи) интерес терминологија у Преднацрту ГЗ је неусклађена. Поред израза јавни (општи) интерес у неким члановима стоји општи (јавни) интерес,²⁶ а негде само општи интерес.²⁷ Законодавац би требало да усвоји једнообразну терминологију па да то буде, јавни интерес или општи интерес. Ми се залажемо да то буде термин јавни интерес који се користи и у Уставу Републике Србије²⁸ као и многим законима као на пример у Закону о експропријацији РС.²⁹

²² Немачки грађански законик, § 903.

²³ Аустријски грађански законик, § 364.

²⁴ Опширније о томе, Д. Николић, *Ограничавање права својине у Европи – два методолошка приступа*, Хармонизација српског и мађарског права са правом ЕУ, Тематски зборник, књига III, Правни факултет Нови Сад, 2015.

²⁵ Резолуција УН 1987/18 „*О уштицају својине на привредни и социјални развој држава чланица*“ као и Резолуција 42/115, Генералне скупштине УН „*Уштицај својине на уживање људских њрава и основних слобода*“ од 7. децембра 1987.

²⁶ Чл. 1698.

²⁷ Чл. 1700.

²⁸ Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 58.

²⁹ Закон о експропријацији, *Сл. гласник РС*, бр.53/95, *Сл. лист СРЈ*, бр. 16/2001, Одлука СУС и *Сл. гласник РС*, бр. 20/2009, чл.1.

Према Уставу Републике Србије из 2006. године јемчи се мирно уживање својине и других имовинских права стечених на основу закона. Право својине може бити одузето или ограничено само у јавном интересу утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне.³⁰

Шта се сматра јавним интересом утврђује се посебним законима или одлуком Владе Републике Србије. Тако је у случају експропријације Законом о експропријацији предвиђено, да се „јавни интерес за експропријацију непокретности утврђује законом или одлуком Владе у складу са Законом.“³¹

Влада може утврдити јавни интерес за експропријацију ако је експроприсана непокретност неопходна за изградњу објеката у области: образовања, здравства, социјалне заштите, културе, водопривреде, спорта, саобраћајне енергетике и комуналне инфраструктуре, објеката за потребе државних органа и органа територијалне аутономије и локалне самоуправе, објеката за потребе одбране земље, као и за изградњу станова којима се решавају стамбене потребе социјално угрожених лица.³² На сличан начин се јавни интерес утврђује и у земљама окружења.³³

Јавноправни интерес за спровођење поступка експропријације се у Француском грађанском закону дефинише на један општи начин првенствено ради извођења јавних радова или повећања јавноправног домена. Јавни интерес се утврђује законом у случајевима изградње: јавних путева, канализације, коридора, канала, железничког саобраћаја, лука, пристаништа и сл. Јавни интерес се може утврдити и одлуком владе, управне власти или органа самоуправе.

У енглеском праву приватна својина се може одузети у јавне сврхе. Јавни интерес у случају експропријације утврђује законодавна власт или орган извршне власти.³⁴

Одузимање или ограничење права својине власнику има за последицу обештећење уз накнаду која не може бити мања од тржишне цене. Док Устав РС, предвиђа накнаду за одузето или ограничено право својине на ствари које не може бити мање од њене тржишне вредности, Преднарт ГЗ предвиђа да сопственик чије је право својине одузето или ограничено има право на „правичну накнаду“ с тим што она не може бити мања од тржишне. Чини се да је непотребна употреба термина „правична накнада,“ ако се даље наводи да је правична накнада она која „није мања од тржишне цене.“

³⁰ Устав Републике Србије, чл. 58. ст. 1 и 2.

³¹ Закон о експропријацији, чл. 2.

³² Закон о експропријацији, чл. 20. ст.1.

³³ Чл. 1. Закона о извлашћењу Републике Хрватске; чл. 3. Закона о експропријацији Републике Српске; чл. 1. Закона о експропријацији Црне Горе; чл. 1. Закона о експропријацији Републике Македоније у 13 тачака наводи јавни интерес за експропријацију.

³⁴ *Oxford Dictionary of Law, Oxford University Press, 2006, 214.*

Према Закону о основама својинско-правних односа, „власник своје право својине врши у границама одређеним законом. Свако је дужан да се уздржава од повреде права својине другог лица.“³⁵

Право својине се може вршити у границама утврђених законом (јавно-правна ограничења). Обавеза је власника ствари да своје право својине врши тако да се не повређују права других лица (приватноправна ограничења).

ПРЕТПОСТАВКА ДА ПРАВО СВОЈИНЕ НИЈЕ ОГРАНИЧЕНО

Сматра се да право својине није ограничено ни у погледу садржине, ни у погледу трајања. Ко тврди да има право које ограничава нечију својину дужан је доказати да такво ограничење постоји. Исто тако ко тврди да је нечије право својине ограничено у јавном (општем) интересу дужан је да докаже да постоји такво ограничење и да је јавни интерес утврђен на основу закона.³⁶

Сматрамо да су ставови 2 и 3, члана 1696, непотребни и да је боља алтернатива која гласи: „Ограничење права својине у корист другог лица или у јавном интересу дужан је доказивати онај ко тврди да такво ограничење постоји.“

Овај члан би по угледу на Нацрт Законика о својини и другим стварним правима могао бити допуњен новим ставом који се односи на претпоставку неограничености права својине другим стварним правима, а који гласи: (1) Не сматра се да на власниковој ствари постоје друга стварна права. (2) У сумњи, сматра се да је обим стварног права на власниковој ствари мањи а не већи.³⁷

Члан 1697, који носи назив „Истоврсност права својине“, а који гласи: „Право својине је јединствено, има исту садржину и ужива једнаку правну заштиту, без обзира да ли је сопственик грађанин (физичко лице) или Република Србија, аутономна покрајина, јединица локалне самоуправе, задужбина или неко друго правно лице јавног или приватног права“ сматрамо сувишним јер се то подразумева из дефиниције права својине (чл. 1694), да је својина најшире право на ствари физичког или правног лица.

³⁵ Закон о основама својинско-правних односа, *Сл. лисџ СФРЈ*, бр 6/1980,36/1990, *Сл. лисџ СРЈ*, бр 29/1996, чл. 3.

³⁶ Чл. 1696. Преднацрта ГЗ

³⁷ Нацрт Законика о својини и другим стварним правима, последња верзија овог Нацрта из 2012. Доступна је на интернет страници Министарства *њравде* <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima-radni-tekst.html>, приступ 8.11.2018. Референце у раду односе се на ову верзију из 2012. чл. 90. У даљем тексту Нацрт ЗСДСП.

СВОЈИНА ОБАВЕЗУЈЕ

Својина обавезује правно, друштвено и морално, те је сопственик приликом вршења свог права дужан да поступа са посебним обзиром према општем (јавном) интересу и правима и интересима других лица која нису у супротности са његовим правом (чл. 1698).

Овај члан би могао да гласи: „Власник је обавезан да поступа са посебним обзиром према јавном интересу и правима и интересима других лица која нису у супротности са његовим правом.“

Одредбу о томе да својина обавезује имао је Устав Немачког рајха из 1919, (тзв. Вајмарски устав) који је у чл. 155. предвиђао: „Својина обавезује. Њено коришћење мора истовремено да служи општем добру.“ Сличну формулацију усвојио је и Видовдански устав Краљевине СХС из 1921, у чл. 37. „Из својине проистичу и обавезе. Њена употреба не сме бити на штету целине“

ОБАВЕЗА ДА СЕ СТВАР УПОТРЕБЉАВА

Преднацртом ГЗ је установљена и обавеза да се ствар употребљава. „У случајевима када то захтева јавни интерес законом се може прописати обавеза за власника ствари да употребљава и ужива своју ствар. Ако власник одбија или није у могућности да употребљава и ужива ствар у складу са прописаним обавезама надлежни орган може му је привремено одузети из државине и поверити другом лицу да привремено употребљава и управља власниковом ствари.“³⁸

Законом се у јавном интересу може прописати обавеза не само употребе него коришћења као и одржавања ствари односно обавеза да се ствар користи или одржава на одређен начин прописан законом.

Ако власник ствари не користи или одржава ствар у складу са законском обавезом надлежни орган може одлучити да ствар повери на управљање другом лицу, односно да користи ствар уз плаћање одговарајуће, правичне, накнаде, као и да на терет власника ствари предузме одговарајуће мере у циљу редовног и ванредног одржавања ствари.³⁹

ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА СВОЈИНЕ

Забрањено је вршење права својине у (искључивој) намери да се другој шкоди (нашкоди) као и свако друго (његово) вршење права које се не слаже са сврхом ради којег је установљено (чл. 1699).

³⁸ Преденацрт ГЗ, чл. 1700.

³⁹ Нацрт ЗСДСП, чл. 86.

Формулација из ЗОСПО је боља од оне из Преднацрта ГЗ. „Власник остварује право својине у складу са природом и наменом ствари. Забрањено је вршење права својине противно циљу због кога је законом установљено или признато.“⁴⁰ Забрана проузроковања штете је основно начело које је у нашем праву предвиђено Законом о облигационим односима ЗОО. Члан 16, ЗОО гласи: „Свако је дужан да се уздржи од поступка којим се може другоме нанети штета.“ Поред ове генералне клаузеле о забрани злоупотребе права, законом се може за поједине случајеве предвидети различита ограничења или забране вршења права. Грађански законици које смо помињали такође садрже генералне одредбе које забрањују злоупотребу права својине.

ПРОСТИРАЊЕ ПРАВА СВОЈИНЕ

Право својине на непокретној ствари обухвата не само површински слој земљишта него и простор изнад и испод површине који је власник у стању да употребљава у свом интересу. Други и трећи став чл. 1701, би могао да гласи: „Посебним законом може се у јавном или приватном интересу искључити или ограничити право власника да искоришћава простор изнад или испод површине земљишта уз правичну накнаду.“

У систематици Законика дефиниција непокретности (непокретност обухвата не само површински слој земљишта него и простор изнад и испод њене површине) требало је да буде изложен у глави IV која се односи на објекте у одељку 1. који се односи на ствари, и то непокретне ствари (чл. 140). У том случају став 1. чл. 1701, би био непотребан, а преформулисан став 2 и 3 изложити у делу Преднацрта који се односи на ограничења права својине.

ПРИВРЕМЕНА УПОТРЕБА ТУЂЕ СТВАРИ

Власник је дужан да трпи да друго лице привремено употребљава његову ствар када је то неопходно да био се отклонила штета која том другом лицу непосредно прети, и која је знатно већа од штете коју власник услед тога трпи. У том случају власник има право на накнаду од лица које је привремено употребило његову ствар (чл. 1702).

Овај вид ограничења права својине познаје и Нацрт ЗСДСП. Власник је дужан да у границама закона и правног поретка трпи коришћење своје ствари када је то неопходно ради итклањања штете или опасности од про-

⁴⁰ ЗОСПО, чл. 4. И Закон о облигационим односима у чл. 13, садржи сличну формулацију: „Забрањено је вршење права из облигационих односа противно циљу због кога је оно законом установљено или признато.“

узроковања штете у мери у којој је то неопходно у року који је разумно потребан за предузимање одговарајућих радњи. У овом случају власник ствари има право на правичну накнаду.⁴¹

За привремено, односно делимично ограничење коришћења ствари или вршења других својинских овлашћења власник има право на накнаду која је сразмерна ограничењу.⁴²

Ово ограничење постоји и у Немачком грађанском законнику, познато под именом *Notselbsthilfe* или право трећих лица да у случају нужде повреди нечије право својине, под условом да је штете коју би та трећа лица иначе претрпела, несразмерно већа од штете коју претрпи власник.⁴³ О домаћају овог прописа не слажу се немачки правници, али сви у њему виде једно важно ограничење индивидуалне својине у корист целог друштва, Само у примени овог ограничења не треба претерати и дати му већи значај него што га оно у ствари има.⁴⁴

ОГРАНИЧЕЊА НА ОСНОВУ ПРАВНОГ ПОСЛА

Овај члан (1703), би требало да гласи као онај из Нацрта ЗСДСП. (1) Ако закон не пропише другачије, власник може право својине да, услови, орачи, ограничи или оптерети. (2) Када се власник правним послом обавезао да не отуђи ствар или да не заснује терет на њој, када орачи својину, ограничи је или је услови, обавеза делује према трећем лицу ако је уписана у одговарајући јавни регистар или му је позната односно није му могла остати непозната.⁴⁵

Према нашем мишљењу, ограничења права својине у Преднацрту ГЗ су могла да буду тако систематизована, да се прво излажу нека 1. општа ограничења, затим 2. ограничења права својине у јавном интересу на основу посебних прописа и на крају 3. ограничења на основу правног посла.⁴⁶

1. У општа ограничења спадала би она које предвиђа да се право својине мора вршити у границама закона и правног поретка. Даље, власник је дужан да своје право својине врши на начин којим се не наноси штета другима, повређују или сужавају права другог. У општа ограничења спадали би и случајеви забране коришћења ствари када је то неопходно ради отклањања штете или опасности од проузроковања штете у мери у којој је то неопходно (стање нужде). Власник ствари је дужан да трпи и захвате у простору

⁴¹ Нацрт ЗСДСП чл. 85, ст. (1) тач. 2. и ст. (3) истог члана.

⁴² *Ibidem*, чл. 89, ст. (3).

⁴³ Немачки грађански законик § 904.

⁴⁴ Л. Марковић, *Грађанско право, општи део и стварно право*, Београд 1912, 323.

⁴⁵ Нацрт ЗСДСП, чл. 88.

⁴⁶ Нацрт ЗСДСП, чл. 85 – 89.

изнад и испод своје ствари у општедруштвеном интересу уз одговарајућу накнаду.

2. Ограничења права својине у јавном интересу установљена посебним законима су нарочито она која се односе на: а) заштиту животне средине; б) државну безбедност; в) здравље људи или животиња; г) заштиту пољопривредног земљишта, шума и шумског земљишта и културних добара за која се због њиховог значаја прописује посебан начин вршења својинских овлашћења.

Право својине на непокретности у јавном интересу може се ограничити или одузети на основу одлуке надлежног органа само по правилима предвиђеним за експропријацију, а на покретној ствари по одредбама посебног закона.

Право својине у јавном интересу може се ограничити или одузети у корист другог лица, на основу одлуке надлежног органа у случајевима када постоји јавни интерес или ако се законом пропише да та врста ствари не може бити предмет права својине.

3. Власник ствари има право да путем правног посла своје право својине услови, орачи, ограничи и оптерети, ако законом није предвиђено другачије.

Закон о стварним правима Републике Српске,⁴⁷ слично Нацту ЗСДСП, ограничења права својине систематизује у неколико категорија: а) општа ограничења садржаја права својине, које подразумева обавезу власника да у вршењу свог права својине поступа пажљиво према општим и туђим интересима (чл. 18); б) посебна ограничења прописана законима у циљу заштите безбедности Републике, природе, животне средине и здравља људи, уз накнаду у складу са законом (чл. 19); в) ограничења права својине на основу закона у јавном интересу уз накнаду у складу са законом; и г) ограничења на основу правног посла (чл. 21).

У нашој правној теорији има мишљења да се у најширем смислу речи под ограничењима својине сматрају сва она су утврђена нормама објективног права и сва оптерећења субјективним правима трећих лица која сужавају начелну слободу најпотпунијег коришћења и располагања стварима власника. Као својинска ограничења у ужем смислу према проф. Д. Стојановићу, сматрају се само ограничења постављена правним поретком, а не ограничења садржаја својине која произилазе из правних послова. Сва законска ограничења се према овом аутору деле на јавноправна (ограничења за пољопривредно, шуме и шумско земљиште, културна добра, итд), и приватноправна (суседскоправна ограничења). Сва законска ограничења (јавноправна и приватноправна) могу се поделити на непосредна и посредна узајамна и једнострана ограничења.⁴⁸

⁴⁷ Закон је објављен у *Сл. гласнику Републике Српске*, бр.124/2008.

⁴⁸ Опширније вид. Д. Стојановић, *Стварно њраво*, Београд 1991,73 – 74.

Према проф. А. Гамсу, ограничења права својине могу се поделити у три групе: с обзиром на субјект приватне својине, с обзиром на њен предмет и с обзиром на њена овлашћења.⁴⁹ Има мишљења да се ограничења садржине права својине могу поделити на: а) ограничења у општем друштвеном интересу (пољопривредно земљиште, шуме и шумско земљиште, културна добра); б) законске службености у општем интересу; в) ограничења у корист суседне непокретности (суседска права).⁵⁰

Систематизација ограничења права својине је променљива у зависности од схватања појединих аутора и потреба. Нема јединственог критеријума и опште важеће јединствене поделе.⁵¹

ЗАКЉУЧАК

Својина је најшире право власника да по свом нахођењу ствар држи, користи је и њоме располаже у границама закона. Имајући у виду формулације појма права својине у Француском и Аустријском грађанском закону, мишљења смо да у дефиницији права својине из Преднацрта ГЗ уместо израза физичко и правно лице (који се користи на пример, у Додатном протоколу Европске конвенције о људским правима) може да стоји, власници ствари. Уместо овлашћења власника да ствар употребљава, прибира плодове и друге користи са ствари, предлажемо као у Француском и Аустријском грађанском закону и важећем ЗОСПО, израз да ствар „користи“ који обухвата како употребу тако и прибирање плодова и других користи које ствар даје. У дефиницији права својине, од овлашћења које је чине треба поменути само право располагања као што је то учињено у Немачком грађанском закону („власник ствари може, уколико то није у супротности са законом или правом трећег лица располагати са ствари по свом нахођењу и искључити сва друга лица од било каквог утицаја на ствар“), или Швајцарском грађанском закону („власник ствари може у границама правног поретка њоме располагати по свом нахођењу“) јер искључиво власник има право потпуног располагања својом ствари што га диференцира од осталих титулара права на ствари.

Право својине представља потпуну и искључиву правну власт на одређеној ствари која овлашћује власника да ствар по свом нахођењу држи, користи и њоме располаже у границама закона.

Сматра се да право својине није ограничено ни у погледу садржине ни у погледу трајања. Онај ко тврди да постоји ограничење у корист другог

⁴⁹ А. Гамс, *Стварно право*, Београд, 1961, стр. 49.

⁵⁰ О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, Београд 1991, 61 – 62.

⁵¹ Д. Стојановић, *op. cit.*, 77.

лица или у јавном интересу дужан је то и да докаже. У случају сумње сматра се да је обим стварног права на власниковој ствари мањи, а не већи.

Својина обавезује. Власник је дужан да поступа са потребним обзирима према јавном интересу и правима и интересима других лица који нису у супротности са његовим правом. Свако је дужан да се уздржава од повреде права својине другог лица. Забрањено је вршење права својине противно циљу ради којег је законом установљено или признато.

Право својине може се одузети или ограничити неком лицу само из разлога јавног интереса под условима предвиђених законом и општим начелима међународног права уз накнаду која не може бити мања од тржишне цене.

Ограничења права својине у Преднацрту ГЗ су могла да буду тако систематизована, да се прво излажу нека 1. општа ограничења, затим 2. ограничења права својине у јавном интересу на основу посебних прописа и на крају 3. ограничења на основу правног посла.

1. У општа ограничења спадала би она, да се право својине мора вршити у границама закона и правног поретка. Даље, власник је дужан да своје право својине врши на начин којим се не наноси штета другоме, повређују или сужавају права другог.

2. Ограничења права својине у јавном интересу установљена посебним законима. Право својине на непокретности у јавном интересу може се ограничити или одузети на основу одлуке надлежног органа само по правилима предвиђеним за експропријацију, а на покретној ствари по одредбама посебног закона.

3. Власник ствари има право да путем правног посла своје право својине услови, орочи, ограничи и оптерети, ако законом није предвиђено другачије.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Литература

- Попов Д., Појам права својине, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2005, 138.
- Атанацковић Л., Р. Јовановић, *Системајски речник српскохрватског језика*, Матица Српска, Нови Сад 1980.
- Ковачевић Куштримовић Р., Лазић М., *Сиварно право*, Ниш, 2009.
- Аранђеловић Д., *О праву својине у данашњим приликама*, Збирка расправа, Геца Кон, Београд 1926.
- Станковић О., Орлић М., *Сиварно право*, Београд 1999.
- Марковић Л., *Грађанско право, општи део и сиварно право*, Београд 1912.
- Ковачевић Куштримовић Р., *Садржина сиварне службености*, маг. рад. Ниш 1977.

- Јелић Р., *Појам и структура основног облика својине у нашем праву*, маград, Београд 1992.
- Николић Д., Ограничавање права својине у Европи – два методолошка приступа, *Хармонизација српског и мађарског права са правом ЕУ*, Тематски зборник, књига III, Правни факултет Нови Сад, 2015.
- Oxford Dictionary of Law, *Oxford University Press*, 2006.
- Стојановић Д., *Стварно право*, Београд 1991.
- Гамс А., *Стварно право*, Београд, 1961.

Прописи

- Преднацрта Грађанског Законика Републике Србије, Комисија за израду грађанског законика, радни текст припремљен за јавну расправу са алтернативним предлозима, Београд, 29. маја 2015. године
- Code Civil
- Аустријски грађански законик
- Немачки грађански законик
- Швајцарски грађански законик
- Закон о власништву и другим стварним правима Р. Хрватске, Народне новине бр. 91/96.
- Универзална декларација о људским правима, 10. децембар 1947.
- Први Протокол уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Париз, 20. март 1952
- Резолуција УН 1987/18 „*О уједињају својине на привредни и социјални развој држава чланица*“ као и Резолуција 42/115, Генералне скупштине УН „*Уједињај својине на уживање људских права и основних слобода*“ од 7. децембра 1987.
- Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006
- Закон о експропријацији, *Сл. гласник РС*, бр.53/95, *Сл. лист СРЈ*, бр. 16/2001, Одлука СУС и *Сл. гласник РС*, бр. 20/2009
- Закон о извлашћењу Републике Хрватске
- Закон о експропријацији Републике Српске
- Закон о експропријацији Црне Горе
- Закон о експропријацији Републике Македоније
- Нацрт Законика о својини и другим стварним правима
- Закон о стварним правима Републике Српске, *Сл. гласнику Републике Српске*, бр. 124/2008

Danica D. Popov, Ph.D., Full Professor (retired)
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
dpopov@pf.uns.ac.rs

The Ownership in The Draft of Civil Code in Serbia

Abstract: *The article is about Basic provisions of ownership in The Draft of Civil Code. The author analyzed article in The Draft of Civil Code and try to offer better solutions.*

Ownership in The Draft of Civil Law in Serbia is define as exclusive right of natural persons and legal entities to possess, use and dispose with his thing within the limits prescribed by law. Ownership may be described as the entirety of powers of use and disposal allowed by law. Ownership is exclusive right to possess, use and dispose of property subject only to the rights of persons having a superior interest and to any restrictions on the owner-s rights imposed by agreement with or by act of third parties or by operation of law. Ownership is one of the very important human rights. The presumption is that the owner is not limited in use of his own think.

The owner shall acquire the ownership rights in accordance with the nature and purpose of the think. Everybody shell be obliged to sustain from infringing the ownership rights of another.

The ownership rights may be taken away or restricted in accordance with the Constitution and Law.

Exercising of the ownership right contrary of the purpose of which it has been established or recognized shell be forbidden. Ownership is always subject to the rule that owner must so use own property as not to injure his neighbor.

Keywords: *The Draft of Civil Code in Serbia, ownership, exclusive right to possess, use and dispose own think, restricion the ownership.*

Датум пријема рада: 13.11.2018.

*Др Таијана Д. Буџарски, редовни професор
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
T.Bugarski@pf.uns.ac.rs*

*Др Милана М. Писарић, асистент са докторатом
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs*

ОСНИВАЊЕ И ОРГАНИЗАЦИЈА ЕВРОПСКОГ ЈАВНОГ ТУЖИЛАШТВА¹

Сажетак: Будући да Европска унија годишње губи значајан део финансијских средстава услед кривичног дела преваре и сличних кривичних дела извршених на штету финансијских интереса Уније у државама чланицама, постојала је претпоставка да је на наднационалном нивоу потребно основати орган који би био надлежан за истрагу сваког незаконитог понашања и кривично гоњење учинилаца. Из овог разлога, Комисија Европске уније је у јулу 2013. изнела Предлог Уредбе о оснивању Европског јавног тужилаштва, као органа који би био овлашћен да истражује кривична дела која погађају финансијске интересе Европске уније и да кривично гони учиниоце тих дела. После вишегодишњих преговора између држава чланица и институција Уније и прилагођавања иницијалног текста, октобра 2017. је усвојена Уредба којом се оснива Европско јавно тужилаштво и утврђују његова надлежности и правила рада. Предмет рада је приказ и критичка анализа појединих решења из ове Уредбе, да би се сагледале могућности за остваривање задатка Европског јавног тужилаштва у заштити финансијских интереса Европске уније.

Кључне речи: Европска унија, финансијски интереси Европске уније, кривично право Европске уније, јавно тужилаштво, Европско јавно тужилаштво.

¹ Рад је настао као резултат рада на Пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ у 2018, чији носилац је Правни факултет у Новом Саду, Универзитет у Новом Саду.

1. УВОД

Заштита финансијских интереса Европске уније (у даљем тексту: ЕУ) је предмет интересовања политичке, научне и стручне јавности од деведесетих година 20. века. Конвенцијом о заштити финансијских интереса Европских заједница из 1995.² утврђена су минимална правила о одређивању кривичног дела преваре и других, повезаних кривичних дела учињених на штету финансијских интереса, односно прихода, расхода и имовине Заједница, али су резултати примене Конвенције у државама чланицама изостали. Стога су и даље постојале значајне разлике у одредабама кривичног материјалног и процесног права држава чланица. Поред тога, у складу са принципом територијалности, надлежни органи једне државе чланице нису могли на територији друге државе чланице да предузимају радње у случајевима кривичних дела са прекограничним елементима, него су се морали ангажовати механизми пружања међународноправне помоћи у кривичним стварима, што није допринело заштити финансијских интереса Уније.³

У оквиру научноистраживачког пројекта *Corpus Juris* током 1997. појавила се идеја о *стварању јединственог њравног њодручја* у оквиру ког би се спроводила истрага кривичних дела против финансијских интереса ЕУ, као и кривично гоњење и суђење учиниоцима тих кривичних дела и извршење кривичних санкција.⁴ Полазећи од тога, почетком 2000-их Комисија Европске уније (у даљем тексту: Комисија) је објавила Зелену књигу о кривичноправној заштити финансијских интереса Заједнице и о формирању Европског јавног тужилаштва.⁵ Ипак, и поред „ентузијазма“ Комисије, идеја је наишла на „хладан пријем“ код држава чланица. Чак штавише, државе чланице су исказале јасан отпор према одрицању суверенитета у осетљивом пољу кривичног права, па и зарад заштите финансијских интереса ЕУ. Тек са Лисабонским уговором (Уговор о функционисању ЕУ, у даљем тексту:

² Council Act of 26 July 1995 drawing up the Convention on the protection of the European Communities' financial interests, Official Journal of the European Communities, C 316, 27.11.1995, 48-58, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995F1127\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995F1127(03)&from=EN).

³ S. Rheinbay, *Die Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft*, Freiburg 2014, 61.

⁴ M. Delmas- Marty, *Corpus Juris introducing Penal Provisions for the Purpose of the Financial Interests of the European Union*, Paris 1997.

⁵ Green paper on criminal-law protection of the financial interests of the Community and the establishment of a European Prosecutor/* COM/2001/0715 final */, 11.12.2001, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0715&from=EN>. О анализи Зелене књиге, вид. A. Biehler et al, *Criminal-law protection of the financial interests of the Community and the establishment of a European Prosecutor – Analysis of the European Commission's Green Paper*, Luxembourg 2002, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2003/319291/DG-4-JOIN_ET\(2003\)319291_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2003/319291/DG-4-JOIN_ET(2003)319291_EN.pdf).

УФЕУ⁶), створен је *основ* за деловање Комисије у правцу остваривања иницијативе *ка стварању јединственог европског кривичног правног подручја ради заштите финансијских интереса Уније*.

2. ОСНИВАЊЕ ЕВРОПСКОГ ЈАВНОГ ТУЖИЛАШТВА

Упркос томе што су Унија и државе чланице дужне да штите финансијске интересе ЕУ од кривичних дела која сваке године узрокују знатну финансијску штету (кроз избегавање плаћања пореза, корупцију и друге облике привредног криминалитета са елементима прекограничности), надлежни органи држава чланица са недовољно успеха и у недовољној мери врше функцију кривичног гоњења учинилаца таквих кривичних дела. Другим речима, финансијски интереси Уније се **не штите на ефикасан начин**.

Два су **разлога** за такво стање неодговарајуће заштите финансијских интереса Уније. *Прво*, надлежни државни органи држава чланица *не реађују на одговарајући начин и у довољној мери* на недозвољене активности усмерене против финансијских интереса ЕУ, првенствено услед неуједначених националних прописа, како кривичног материјалног, тако и кривичног процесног права, што истовремено онемогућава адекватну и делотворну сарадњу надлежних државних органа држава чланица. *Друго*, постојеће агенције ЕУ, иако неопходне за заштиту финансијских интереса Уније, *заправо служе другој сврси и имају донекле ограничену, односно само посредничку улогу* у сарадњи надлежних државних органа држава чланица.⁷

Наиме, заштита финансијских интереса се остварује кроз деловање надлежних државних органа држава чланица, чијој сарадњи у прекограничним случајевима треба да допринесе деловање неколико агенција ЕУ. Европска канцеларија за борбу против превара (енг. *European Anti-fraud Office: OLAF*), као сервис Комисије, има задатак да прати и уочава преварне активности у институцијама ЕУ и у државама чланицама, и да о тим случајевима обавештава надлежне државне органе држава чланица пред којима се покреће и води кривични поступак (члан 2 Одлуке о Европској канцеларији за борбу против превара из 1999. године⁸). Међутим, *OLAF* нема овлашћења

⁶ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012, 47–390, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>.

⁷ Follow-up Report on the Green Paper on criminal-law protection of the financial interests of the Community and the establishment of a European Prosecutor, COM (2003) 128 final, 19.03.2003, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0128&from=en>, 9.

⁸ Commission of the European Communities, *Decision of 28 April 1999 establishing the European Anti-fraud Office (OLAF)*, OJ L316/20, 31.5.1999, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999D0352&from=EN>.

да иницира кривичну истрагу у националним државама, него је његова улога да укаже на незаконитости, а на надлежним органима држава чланица је да одлуче хоће ли покренути кривични поступак. Смисао постојања Агенције ЕУ за сарадњу у области кривичног правосуђа (енг. *European Union Agency for Criminal Justice Cooperation: Eurojust*) је само да подржава и координира рад јавних тужилаштава држава чланица у истрази тешких кривичних дела са прекограничним елементима и кривичном гоњењу учинилаца таквих кривичних дела, међу којима су превара, коруптивна кривична дела и друга кривична дела против финансијских интереса ЕУ (члан 3 Одлуке о оснивању Агенције ЕУ за сарадњу у области кривичног правосуђа ради унаређења сузбијања озбиљног криминалитета из 2002. године⁹). Слично томе, Агенција ЕУ за сарадњу полиције (енг. *European Union Agency for Law Enforcement Cooperation: Europol*) треба да омогући и подржава сарадњу (нарочито у виду размене информација) између полиције држава чланица у спречавању и сузбијању тешких облика прекограничног криминала (члан 3 Уредбе о Агенцији ЕУ за сарадњу полиције из 2016. године¹⁰), међу којим су и кривична дела против финансијских интереса ЕУ (Анекс I Уредбе). Ради се, дакле, о агенцијама чији је задатак да *пружају подршку* националним надлежним државним органима и олакшају међусобну сарадњу у борби против транснационалног криминалитета, а који, при томе, *немају овлашћења за доношење одлука које би обавезивали државне органе држава чланица*.

Полазећи од тога да је буџет ЕУ *ipsa natura* **наднационална вредност** коју треба заштити механизмима који превазилазе границе националних држава, односно механизмима кривичног права ЕУ, током година се појавила **идеја о оснивању наднационалног органа**, који би био овлашћен да води истрагу кривичних дела која погађају финансијске интересе Уније и гони учиниоце тих кривичних дела. Као аргумент којим се оправдава оснивање једног таквог наднационалног органа кривичног гоњења, наводе се бројке, које указују на *финансијске губитке* у буџету Европске уније услед преварних деликата усмерених против евра – процењује се да се ради о износу од 500 милиона до три милијарде евра на годишњем нивоу, при чему квантитет тих губитака не може да се са прецизношћу утврди, јер је карактеристика преварних активности да остану тамна бројка, па је губитке могуће

⁹ 2002/187/JHA: Council Decision of 28 February 2002 setting up Eurojust with a view to reinforcing the fight against serious crime, OJ L 63, 6.3.2002, 1–13, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002D0187&from=en>.

¹⁰ Regulation (EU) 2016/794 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on the European Union Agency for Law Enforcement Cooperation (Europol) and replacing and repealing Council Decisions 2009/371/JHA, 2009/934/JHA, 2009/935/JHA, 2009/936/JHA and 2009/968/JHA, OJ L135/53, 24.5.2016, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0794&from=EN>.

приказати само као врх леденог брега у односу на феномен у својој потпуности.¹¹ При томе, заштита заједничког буџета је један од приоритета ЕУ – уколико је угрожен, ЕУ не може да остварује своје основне задатке, и стога су кривична дела усмерена против финансијских интереса ЕУ *истинска евројска кривична дела* (енг. “*genuine European crimes*”¹²), у односу на које је потребно деловање на наднационалном нивоу.

Комисија је била става да је, *ради превазашења наведених разлога неадекватне заштите финансијских интереса Уније*, **неопходно** створити одговарајуће механизме на нивоу ЕУ. Са променама у кривичном праву Европске уније у последњих неколико година, које су омогућене ступањем на снагу УФЕУ,¹³ у Европском простору слободе, безбедности и правде створени су **услови за унапређење заштите финансијских интереса Уније**, кроз деловање наднационалног органа, односно кроз оснивање **Европског јавног тужилаштва** (у даљем тексту: ЕЈТ).

Правни основ за оснивање ЕЈТ-а представља **члан 86 УФЕУ**, по ком је у надлежности ЕЈТ-а истрага кривичних дела против финансијских интереса Уније и кривично гоњење учинилаца тих кривичних дела пред судовима држава чланица. Важно је напоменути да је коначан текст овог члана резултат компромиса између два приступа: првог, по ком је постојање ЕЈТ-а потребно само ради сузбијања кривичних дела која штете финансијским интересима Уније, и другог, по ком надлежност ЕЈТ-а треба да се прошири и на друге облике прекограничног криминала.¹⁴ Заправо, УФЕУ у члану 86 садржи основ за формирање ЕЈТ-а ради заштите финансијских интереса ЕУ (став 1), али је предвиђена и могућност да Европски савет донесе одлуку којом би став 1 изменио у правцу проширивања надлежности ЕЈТ-а и на друга, тешка кривична дела са елементима прекограничности (став 4).

Члан 86 УФЕУ предвиђа да оснивање ЕЈТ-а, основна правила за одређивање његове надлежности, услови и поступак вршења овлашћења ЕЈТ-а

¹¹ Commission staff working document, *Executive summary of the Impact assessment Accompanying the document Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office* /* SWD/2013/0275 final */, 17.07.2013, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013SC0275&from=en>, 7.

¹² European Commission Staff working document, *Impact assessment accompanying the proposal for a Council regulation on the establishment of the European Public Prosecutor*, Document SWD 274 final, 2003, http://ec.europa.eu/justice/newsroom/criminal/news/130717_en.htm

¹³ Више о променама у кривичном праву ЕУ након ступања на снагу УФЕУ, вид. Т. Бугарски, М. Писарић, „Уређење права на одбрану у праву Европске Уније“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 4/2017, 1411.

¹⁴ B. Smulders, „Is the Commission Proposal for a European Public Prosecutor's Office Based on a Harmonious Interpretation of Articles 85 and 86 TFEU?“ In: L.H.Erkens, A.W.H. Meij, M. Pawlik (eds.), *The European Public Prosecutor Office: An Extended Arm or a Two-headed Dragon?*, Hague 2015, 45.

треба да се уреде секундарним изворима права ЕУ. На основу тога, Комисија је јула 2013. изнела *Предлог Уредбе о оснивању Евројског јавног тужилаштва*.¹⁵ Предлог Уредбе је био предмет вишегодишњих преговора, студија и дискусија између држава чланица и институција ЕУ, да би се пронашла равнотежа између два интереса: очување суверенитета држава чланица у пољу кривичног права, с једне стране, и заштита наднационалне вредности, односно финансијских интереса Уније, с друге стране. Након четири године преговора и неколико измена у почетном, предложеном тексту, 12. октобра 2017. усвојена је **Уредба о спровођењу појачане сарадње ради оснивања Европског јавног тужилаштва** (у даљем тексту: Уредба).¹⁶ Треба истаћи да је Уредба обавезујућа и директно примењива само у државама чланицама које су учествовале у стварању механизма појачане сарадње¹⁷ (при чему је чланом 328 став 1 УФЕУ предвиђена могућност да овом механизму поја-

¹⁵ European Commission, *Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor*, Document COM (2013) 534 final of 17 July 2013, http://ec.europa.eu/justice/newsroom/criminal/news/130717_en.htm.

¹⁶ *Council Regulation (EU) 2017/1939 of 12 October 2017 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office ('the EPPO')*, OJ L 283, 31.10.2017, 1–71, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R1939&from=EN>.

¹⁷ Члан 86 УФЕУ предвиђа да уредба о ЕЈТ буде усвојена у посебној законодавној процедури, у којој Савет ЕУ треба да поступа једногласно, након добијања сагласности Европског парламента. Како су поједине државе и раније заузеле недвосмислено негативан став према оснивању ЕЈТ, није се могло очекивати да ће се уредба усвојити једногласно (нпр. вид. *Press release of the General Affairs Council meeting of 7 February 2017*, no. 48/17, www.consilium.europa.eu/press-releases-pdf/2017/2/47244654495_en.pdf). Због тога је у члану 86 УФЕУ предвиђено да се предлог уредбе, у случају да у Савету ЕУ не постоји став о једногласном прихватању (што је и био случај), може упутити Европском савету, уколико најмање девет држава чланица изразе жељу за наставком преговора. Уколико се у Европском савету постигне концензус, у року од четири месеца од прекида преговора у Савету ЕУ, предлог ће се вратити Савету ЕУ на усвајање. У случају да се у том року не постигне концензус у Европском савету (што је и био случај), а најмање девет држава изразе жељу за успостављањем **механизма појачане сарадње** (енг. *enhanced cooperation*) и о томе обавесте Комисију, Парламент и Савет ЕУ, предвиђена је могућност да се таква сарадња и успостави у области која је обухваћена предлогом уредбе (применом одредаба из члана 20 став 2 и члана 329 став 1 ЕФЕУ), што се и десило.

Владајући став у политичкој јавности ЕУ крајем 2016. је био да је неприхватљиво да се применом механизма појачане сарадње формира ЕЈТ-а, уколико је у такву иницијативу укључено мање од 20 држава чланица (вид. нпр. снимак дебате у Европском парламенту од 29.11.2016, www.europarl.europa.eu/eplive/en/committees/video?event=20161129-0900-COM-MITTEE-LIBE). Уредба је усвојена након што је Парламенту, Савету ЕУ и Комисији 3. априла 2017. упућено обавештење о намери да појачану сарадњу, на основу Предлога Уредбе о оснивању ЕЈТ-а, успоставе 16 држава чланица (Белгија, Бугарска, Хрватска, Кипар, Чешка, Немачка, Финска, Француска, Грчка, Литванија, Луксембург, Португалија, Румунија, Словачка, Словенија и Шпанија). До краја јуна 2017, иницијативи су се придружиле још четири државе чланице (Летонија, Естонија, Аустрија и Италија), па је Уредба усвојена ради спровођења појачане сарадње између 20 држава чланица у циљу оснивања ЕЈТ-а.

чане сарадње, након оснивања ЕЈТ-а, приступе и друге државе чланице, у складу са чланом 331 УФЕУ).

Како ће, и након оснивања ЕЈТ-а, потреба за *координацијом и сарадњом* између надлежних државних органа држава чланица и даље постојати, упоредо са предлогом Уредбе, Комисија је 2013. изнела *предлог Уредбе о Агенцији ЕУ за сарадњу у области кривичног правосуђа*, ради стварања основа за јачање надлежности ове агенције у прекограничним случајевима,¹⁸ који је усвојен новембра 2018. године.¹⁹ Такође, да би се могла остварити сарадња у сузбијању кривичних дела против финансијских интереса ЕУ механизмима који се заснивају на принципу узајамног признавања, предуслов је био *приближавање националних прописи кривичног материјалног права*. Из тог разлога је било најпре потребно да се утврди која то понашања државе чланице треба да предвиде као кривична дела против финансијских интереса Уније, па је Комисија 2012. изнела *предлог Директиве о сузбијању њиховог кривичног права прегрешака извршених против финансијских интереса Уније*,²⁰ која је усвојена 2017. године.²¹

3. ПРАВНА ПРИРОДА ЕВРОПСКОГ ЈАВНОГ ТУЖИЛАШТВА

За разлику од „посредничких“ задатака наведених агенција ЕУ, ЕЈТ је **својеврсни наднационални самостални орган кривичног гоњења**. *Самосталност* ЕЈТ одређује се у односу на институције и агенције ЕУ, с једне стране, и у односу на државне органе држава чланица, с друге стране. *Наднационалност* подразумева да ће ЕЈТ на нивоу Уније заправо *централизовану функцију кривичног гоњења* учинилаца кривичних дела против финансијских интереса ЕУ, али у *националним оквирима*.

¹⁸ *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Union Agency for Criminal Justice Cooperation (Eurojust)** COM/2013/0535 final – 2013/0256 (COD) *, 17.07.2013, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013PC0535&from=EN>.

¹⁹ *Regulation (EU) 2018/1727 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 on the European Union Agency for Criminal Justice Cooperation (Eurojust), and replacing and repealing Council Decision 2002/187/JHA*, OJ L 295, 21.11.2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1727&from=en>.

²⁰ *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Fight against Fraud to the Union's financial interests by means of criminal law** COM/2012/0363 final – 2012/0193 (COD) *, 11.07.2012, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52012PC0363&from=EN>.

²¹ *Directive (EU) 2017/1371 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2017 on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law*, OJ L 198, 28.7.2017, p. 29–41, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017L1371&from=EN>.

Унија и државе чланице су, у смислу члана 325 УФЕУ, подједнако одговорне за борбу против преварних активности којима се угрожавају финансијски интереси ЕУ, при чему деловање Уније у овом пољу треба да буде у складу са начелом супсидијаритета и пропорционалности. Сходно томе, ЕЈТ је основано у складу са **начелом супсидијаритета**, с обзиром на то да се борба против кривичних дела која утичу на финансијске интересе Уније у *сложеним случајевима са прекограничним елементима* не може у довољној мери остварити деловањем надлежних органа држава чланица. У складу с **начелом пропорционалности**, Уредба не прелази оно што је потребно за остваривање тих циљева, и истовремено обезбеђује да се њеним утицајем у најмањој могућој мери задире у правне поретке и институционалне структуре држава чланица, те да се не доводе у питање национални системи држава чланица у вези са начином организовања истрага кривичних дела.²² Сходно томе, иако је ЕЈТ самосталан орган ЕУ, Уредбом је, у складу са наведеним начелима, *установљен систем подељене надлежности* између ЕЈТ-а и националних јавних тужилаштва у сузбијању кривичних дела која утичу на финансијске интересе Уније, а који се *огледа у Уредбом утврђеној организацији и овлашћењима из надлежности ЕЈТ-а*.

Оснивање ЕЈТ означава почетак нове ере у сарадњи између државних органа кривичног правосуђа, јер се уместо принципа узајамног признавања одлука, тежи ка новој парадигми, а то је стварање јединственог правног подручја.²³ Наиме, *механизам хоризонталне сарадње* између надлежних државних органа држава чланица заснива се на *принципу узајамног признавања одлука*, што подразумева да државни органи једне чланице (готово аутоматски) признају и извршавају одлуке државних органа из друге чланице (одлука „страног“ органа „важи“ и извршава се екстратериторијално), уз минималне формалности, а на основу узајамног поверења.²⁴ Међутим, инструменти хоризонталне сарадње засновани на узајамном признавању одлука (примера ради, европски налог за хапшење или европски налог за прикупљање доказа) показали су се као недовољно ефикасни, па се приликом разматрања надлежности ЕЈТ-а пошло од претпоставке да се ове неефикасности могу превазићи одговарајућим решењима из Уредбе. Сходно томе, утврђивањем надлежности и организације ЕЈТ-а се, од принципа узајамног

²² M. Coninx, „The European Commission’s Legislative Proposal: An Overview of Its Main Characteristics“, in: L.H.Erkelens, A.W.H. Meij, M. Pawlik (eds), *The European Public Prosecutor Office: An Extended Arm or a Two-headed Dragon?*, Hague 2015, 26.

²³ K. Lohse, „The European Public Prosecutor: Issues of Conferral, Subsidiarity and Proportionality“, in: L.H.Erkelens, A.W.H. Meij, M. Pawlik (eds), *The European Public Prosecutor Office: An Extended Arm or a Two-headed Dragon?*, Hague 2015, 167.

²⁴ Више о принципу узајамног признавања одлука и узајамног поверења, вид. М. Писарић, „Слободно кретање“ доказа у кривичном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2016, 150-152.

признавања одлука у оквиру хоризонталне сарадње, пошло даље, ка **вертикалној интеграцији**.²⁵ То значи да је ЕЈТ-у, као органу ЕУ, дато овлашћење да аутономно доноси одлуке о покретању истраге, подизању оптужног акта и вршењу функције кривичног гоњења за кривична дела из његове надлежности, при чему ће ове одлуке обавезивати националне државне органе.

Упркос продубљивању и проширивању процеса интеграције у последњих неколико деценија, Европска унија је и даље међународна организација регионалног карактера, која почива на *начелу преноса надлежности са суверених држава чланица на институције (органе, агенције и канцеларије) Уније* (у складу са чланом 5 став 1 и 2 и чланом 13 став 2 УФЕУ). Оснивање ЕЈТ-а представља значајан преседан у досадашњем постојању Уније, јер се једном *наднационалном органу даје у надлежности доношење одлука према појединцима, држављанима држава чланица*.²⁶ Дакле, да би ЕЈТ ефикасно деловало, **потребно** је било да се **Уредбом детаљно утврде** 1) организација ЕЈТ, 2) јасна подела надлежности између ЕЈТ-а и националних државних органа, и 3) прецизна правила за вршење овлашћења из надлежности ЕЈТ-а. Но, успех ЕЈТ у вршењу овлашћења из надлежности зависиће и даље од узајамног поверења између држава чланица, с једне стране, и његове способности да као самостални орган ЕУ, у односу на институције и агенције ЕУ и државне органе држава чланица, делује у оквиру једног кохерентног правног система (односно, јединственог правног подручја), с друге стране.

4. ОРГАНИЗАЦИЈА ЕВРОПСКОГ ЈАВНОГ ТУЖИЛАШТВА

Организација ЕЈТ-а није просто административно питање, па је од кључног значаја било да се у извору права којим се оснива ЕЈТ и одређује његов састав и организација изврши јасна подела надлежности између наднационалног органа и надлежних државних органа држава чланица, у складу са начелом законитости. Поводом предлога Уредбе било је разматрано неколико модела организације будућег наднационалног органа, а усвојен је колегијални модел, који истовремено садржи елементе централизованог и децентрализованог модела.²⁷ То значи да ЕЈТ делује као јединствен, хије-

²⁵ K. Ligeti, A. Weyembergh, „The European Public Prosecutor’s Office: Certain Constitutional Issues“, in: L.H.Erkens, A.W.H. Meij, M. Pawlik (eds), *The European Public Prosecutor Office: An Extended Arm or a Two-headed Dragon?*, Hague 2015, 59.

²⁶ A.Meij, „Some explorations into the EPPO’s Administrative structure and Judicial Review“, in: L.H.Erkens, A.W.H. Meij, M. Pawlik (eds), *The European Public Prosecutor Office: An Extended Arm or a Two-headed Dragon?*, Hague 2015, 105.

²⁷ Разматрана су три модела организације ЕЈТ: централизовани, децентрализовани и колегијални модел. **Централизовани модел** подразумевао би да на нивоу ЕУ постоји један орган, који би иницирао и спроводио истраге. Међутим, успостављање и организација ЕЈТ

пархијски уређен орган Уније, на централном нивоу, али с децентрализованом структуром. Другим речима, ЕЈТ је организовано на **два нивоа**:

А. на *централном нивоу* (на нивоу ЕУ) делује Централна канцеларија (са седиштем у Луксембургу),

Б. на *локалном нивоу* (на нивоу држава чланица) делују делегирани европски тужиоци, по упутствима Централне канцеларије.

А. На *централном нивоу* делује **Централна канцеларија** ЕЈТ-а, у чијем саставу су Колегијум, стална већа, Главни европски тужилац, његови заменици, европски тужиоци и управни директор.²⁸

1. **Колегијум** је својеврсни „управни одбор“ ЕЈТ-а, који се састоји од *Главног европског тужиоца* и по једног *европског тужиоца* из сваке државе чланице.

Колегијум не доноси оперативне одлуке у појединачним предметима, него одлучује о стратешким и о општим питањима, која произлазе из појединачних предмета, нарочито ради обезбеђивања једнообразности, деловности и доследности у кривичном гоњењу ЕЈТ, као и о другим питањима, како је одређено у Уредби (члан 9 Уредбе).

2. Колегијум, на предлог главног европског тужиоца, оснива **стална већа**, која чине *Главни европски тужилац* или његов заменик и *два стална члана* – *европска тужиоца* (као председништво већа), као и *европски тужилац* који у конкретном случају *надзире* истрагу или кривично гоњење (надзорни европски тужилац).

по таквом моделу би било повезано са несразмерно великим трошковима. **Децентрализовани модел** подразумевао би да се на нивоу ЕУ формира „мало“ тело, које би чинио главни европски тужилац и његови заменици, а које би координирало рад делегираних европских тужилаца на локалном нивоу, јер би они спроводили истрагу и вршили кривично гоњење. Овакав модел би био у складу са принципом субсидијаритета у већој мери у односу на централизовани модел. **Колегијални модел** подразумевао би стварање колегијума на нивоу ЕУ, у чији састав би улазили представници свих држава чланица и главни европски тужилац са његовим заменицима, док би делегирани европски тужиоци поступали у име ЕЈТ у државама чланицама. Овај приступ је у потпуности у складу са принципом субсидијаритета и истовремено би омогућио бољу координацију, у односу на претходна два модела. У Уредби је прихваћен трећи модел. Више о томе, вид. А. Met-Domesticci, „The EPPO at the European Level: Institutional Layout and Consequences on the Links with the National Level, in: C. Nowak (ed.), The European Public Prosecutor’s Office and national authorities, Milan 2016,“ 41-43.

²⁸ Управни директор се запошљава као члан привременог особља ЕЈТ, а именује га Колегијум с списка кандидата које је предложио Главни европски тужилац (након отвореног и транспарентног поступка, у складу с унутрашњим пословником ЕЈТ) на мандат од четири године (с могућношћу једног продужења мандата). Управни директор одговара Главном европском тужиоцу и Колегијуму (у складу са чланом 18 Уредбе), али је у вршењу дужности независан у односу на Колегијум и Главног европског тужиоца и државе чланице. Задатак управног директора је да управља ЕЈТ у административне и прорачунске сврхе (и врши овлашћења у складу са чланом 19 став 4 Уредбе), и у том погледу је правни заступник ЕЈТ.

Задатак сталног већа је да *иштражи и усмерава* истрагу и кривично гоњење које спроводи делегирани европски тужилац, и да *координира* истраге и кривично гоњење у прекограничним предметима. По предлогу делегiranог европског тужиоца, стална већа доносе одлуке о следећим питањима: а) подизању оптужнице; б) одбацивању предмета; в) примени поједностављеног поступка кривичног гоњења и давању упутстава делегiranом европском тужиоцу да поступа с циљем коначног закључења предмета; г) упућивању предмета националним надлежним органима; д) поновном покретању истраге, као и о другим питањима у складу са Уредбом. Осим тога, надлежно стално веће може, делујући преко европског тужиоца који надзире истрагу или кривично гоњење, да у конкретном случају, а у складу с примењивим националним правом (државе чланице у којој се води истрага, односно подиже и заступа оптужни акт), даје *упутства делегiranом тужиоцу који води предмет*, када је то потребно ради делотворног вођења истраге или кривичног гоњења, у интересу правичности или како би се осигурало једнообразно функционисање ЕЈТ-а (члан 10 Уредбе).²⁹

3. Главни европски тужилац³⁰ је на челу ЕЈТ-а, организује његов рад, руководи активностима ЕЈТ-а и доноси одлуке у складу са Уредбом и пословником о раду ЕЈТ-а.

Осим тога, главни европски тужилац заступа ЕЈТ у односу према институцијама Уније, државама чланицама и другим државама. Како би помагали главном европском тужиоцу у обављању његових дужности и замењивали га када је одсутан или спречен да обавља своје дужности, именују се два заменика (члан 11 Уредбе).³¹

²⁹ Стална већа могу да делегирају своја овлашћења за одлучивање европском тужиоцу који надзире предмет, уколико је то оправдано с обзиром на тежину кривичног дела или сложеност поступка у поједином предмету, у вези с кривичним делом које је проузроковало или би могло да проузрокује штету финансијским интересима Уније у износу мањем од 100.000 евра (члан 10 став 7 Уредбе).

³⁰ Главног европског тужиоца именују заједничком сагласношћу Европски парламент и Савет ЕУ, на мандат од седам година (који се не може продужити), након јавног конкурса. Кандидат може бити лице: 1) које је активни члан јавног тужилаштва или правосудних органа држава чланица, или активни европски тужилац; 2) чија независност се не може довести у питање; 3) које има квалификације потребне за именовање на највише тужилачке или правосудне дужности у држави чланици и одговарајуће практично искуство стечено у националним правним системима, финансијским истрагама и међународној правосудној сарадњи у кривичним стварима, или је обављало дужност европског тужиоца; и 4) које има довољно искуства у руковођењу и потребне квалификације за то радно место. Даљи услови и поступак именовања и разрешења Главног европског тужиоца утврђени су чланом 14 Уредбе.

³¹ Колегијум именује двоје европских тужилаца за обављање дужности заменика Главног европског тужиоца на мандат од три године (који се може једном обновити). Поступак именовања, правила и услови за обављање дужности заменика су утврђени пословником о раду ЕЈТ, а у складу са чланом 15 Уредбе.

4. **Европски тужиоци** су представници држава чланица у саставу Колегијума и сталног већа.³²

У сваком конкретном предмету у састав сталног већа, поред два стална члана (који нису представници државе из које је делегирани европски тужилац), улази и европски тужилац (из државе чланице из које је делегирани европски тужилац који поступа у предмету) који има *надзорну функцију*. Наиме, надзорни европски тужилац у име сталног већа и по његовим упутствима надзире истраге и кривично гоњење које спроводи одговорни делегирани европски тужилац (који „води“ предмет у држави чланици). Правило да је надзорни европски тужилац из државе чланице из које је делегирани европски тужилац чији рад се надзире, установљено је јер се полази од тога да он најбоље познаје национални правни систем, односно шта је најадекватније и у складу са националним прописима могуће предузети у конкретном случају. Ипак, овакво правило би могло да угрози самосталност делегираног европског тужиоца у поступању.³³

Надзорни европски тужиоци су заправо *посредници у комуникацији* између сталних већа и делегираних европских тужилаца. Надзорни европски тужиоци могу у конкретном случају, у складу с примењивим националним правом (државе чланице у којој се води истрага, односно подиже и заступа оптужни акт) и упутствима надлежног сталног већа, да *издају упућивања делегираном европском тужиоцу*, који води предмет, кад год је то потребно ради делотворног вођења истраге или вршења кривичног гоњења, или када је то у интересу правичности, или да би се осигурало једнообразно деловање ЕЈТ-а. Осим тога, надзорни европски тужилац сталном већу, као својеврсни судија известилац, доставља *извештај* о најважнијим питањима из предмета које надзире и *предлоз одлука* које стално веће треба да донесе на основу нацрта одлука које су припремили делегирани европски тужиоци (члан 12 Уредбе). Иако Уредба не предвиђа јасан механизам за решавање спора између сталног већа и надзорног европског тужиоца у случају да имају

³² Европски јавни тужилац може бити лице: 1) које је активни члан јавног тужилаштва или правосудних органа држава чланица, или активни европски тужилац; 2) чија независност се не може довести у питање; 3) које има квалификације потребне за именовање на највише тужилачке или правосудне дужности у држави чланици и одговарајуће практично искуство стечено у националним правним системима, финансијским истрагама и међународној правосудној сарадњи у кривичним стварима. Свака држава чланица за положај европског тужиоца предлаже три кандидата, које бира и именује Савет ЕУ, на мандат од шест година (који се не може обнављати, но, постоји могућност продужења мандата за највише три године на крају шестогодишњег раздобља). При томе, сваке три године спроводи се делимична замена једне трећине европских тужилаца. Даљи услови и поступак именовања и разрешења европског тужиоца утврђени су чланом 16 Уредбе.

³³ G. Kessler, „The EPPO’s contribution to the protection of the EU financial interests“, in: C. Nowak (ed.), *The European Public Prosecutor’s Office and national authorities*, Milan 2016, 3.

другачије виђење проблема у поједином предмету, предвиђено је да коначну одлуку (са упутством делегираном европском тужиоцу) доноси стално веће.

Б. На локалном нивоу делују **делегирани европски тужиоци**, а то су јавни тужиоци држава чланица.

Делегирани европски тужиоци улазе у састав Европског јавног тужилаштва,³⁴ а када не врше функцију гоњења у односу на кривична дела из надлежности ЕЈТ-а, обављају задатке и послове из надлежности националног јавног тужилаштва.³⁵ Важно је нагласити да су делегирани европски тужиоци када врше функцију гоњења на основу Уредбе заправо „продужена рука ЕЈТ-а и да су у потпуности самостални у односу на јавно тужилаштво државе чланице, јер у погледу кривичних дела из надлежности ЕЈТ-а поступају у складу са смерницама и упутствима ЕЈТ-а³⁶ (у теорији се овакав положај делегираних европских тужилаца означава термином енг. *double-hat*³⁷).

У свакој држави чланици постоји најмање два делегирана европска тужиоца,³⁸ чији број и правила за одређивање функционалне и месне надлежности одобрава Главни европски тужилац, након саветовања и постизања договора с релевантним органима у државама чланицама (члан 13 став 2 Уредбе).

Делегирани тужиоци имају *кључну улогу* у раду ЕЈТ-а, јер они *спровode и испирају кривичних дела из надлежности ЕЈТ-а и врше функцију гоњења*

³⁴ Делегирани европски тужиоци су од тренутка именовања за делегиране европске тужиоце па све до разрешења дужности активни чланови јавног тужилаштва или правосудних органа држава чланица које су их предложиле (члан 17 став 2 Уредбе).

³⁵ Делегирани европски тужиоци обављају и функције националног јавног тужиоца у мери у којој их то не спречава у испуњавању њихових обавеза на основу Уредбе. У случају да делегирани европски тужилац у било ком тренутку због обављања таквих функција националног тужиоца не може обављати своје функције делегираног европског тужиоца, дужан је да о томе обавести надзорног европског тужиоца, који се саветује с надлежним националним органима кривичног гоњења, како би се утврдило да ли треба дати предност функцијама из Уредбе. Истовремено, европски тужилац може предложити сталном већу да прерасподели предмет другом делегираном европском тужиоцу у истој држави чланици или да сам спроведе истрагу (члан 13 став 3 Уредбе).

³⁶ Coninx, *op.cit.*, 32.

³⁷ *Double-hat* приступ подразумева да делегирани европски тужилац задржава статус у оквиру националног система кривичног правосудја и истовремено је део ЕЈТ-а, што би требало да допринесе одређеном приближавању у истрази кривичних дела из надлежности ЕЈТ-а и кривичном гоњењу учинилаца у државама чланицама, односно да је овако установљена подела надлежности најбоља гаранција интеграције делегата ЕЈТ-а у национални систем. Вид. Ligeti, Weyembergh, *op.cit.*, 58.

³⁸ Делегиране европске тужиоце које су предложиле државе чланице именује Колегијум (на мандат од пет година који се може обнављати), а на предлог главног европског тужиоца, уколико се ради о лицима чија независност се може довести у питање, који поседују потребне квалификације и релевантно практично искуство стечено у националним правним системима. Даљи услови и поступак именовања и разрешења делегираног европског тужиоца утврђени су чланом 17 Уредбе.

у конкретним предметима, у име, по смерницама и уједињеним ЕЈТ-а (односно сталног већа и надзорног европског тужиоца). Наиме, делегирани европски тужиоци у име ЕЈТ-а делују у својим државама чланицама, уз посебна овлашћења и положај који су им додељени, под условима утврђеним у Уредби. То значи да надлежност, овлашћења и одговорност не црпе из националних прописа, него из надлежности, овлашћења и одговорности ЕЈТ-а.³⁹ Сходно томе, делегирани европски тужиоци одговорни су за истраге и кривично гоњење у предметима које су иницирали, који су им додељени или који су преузели користећи се правом на преузимање. Такође, делегирани европски тужиоци су одговорни за подизање оптужница, и овлашћени за изношење аргумената у судском поступку, учествовање у прикупљању доказа и за подношење доступних правних средстава у складу с националним правом.

*Структура Европског јавног тужилаштва*⁴⁰

Овако прописано, комплексно хијерахијско уређење је предмет бројних критика, у којима се изражава сумња у будућу ефикасност рада ЕЈТ-а,⁴¹ и не налази се оправдање за оснивање новог органа са ограниченим овлашћењима, које подсећа више на „оснажени *Eurojust*“ него на јавно тужилаштво на нивоу Уније.⁴² Међутим, циљ овако постављене структуре није да се створи један тромо орган управе који би са централног, наднационалног нивоа „управљао“ истрагом и кривичним гоњењем у појединачним предметима у државама чланицама. Централна канцеларија треба да обезбеди конзистентну политику кривичног гоњења, а стално веће интервенисаће у конкретним случајевима само када је то неопходно – у највећем броју случајева и већину времена, делегирани европски тужиоци ће радити без икаквог мешања од стране Централне канцеларије. Циљ стварања ЕЈТ-а је да

³⁹ Meij, *op.cit.*, 108.

⁴⁰ ГЕТ: главни европски тужилац; ЕТ: европски тужилац; НЕТ: надзорни европски тужилац; ДЕТ: делегирани европски тужилац.

⁴¹ Вид. J.A.E. Vervaele, “Quel statut pour le ministère public? European Enforcement Agencies in the Area of Freedom, Security and Justice: the Eurojust-European Public Prosecutor binomial”, in: P. Ghaleh Marzban (ed), *Quelles perspectives pour un Ministère Public Européen. Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, Paris 2010, 193. Осим тога, указује се на то да је Колегијум у Eurojust-у, допринео нефикасном функционисању ове агенције, и да постоји бојазан да ће исто догодити и у ЕЈТ. Вид. P. Jeney, *The future of Eurojust*, Study for the European Parliament’s Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, 2012, 37.

⁴² M. Caianiello, “Dum Romae (et Brucsellae) Consulitur... Some Considerations on the Taricco Judgment and Its Consequences at National and European Level”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 1/2016, 123-124.

се обезбеди постојање јединственог правног простора, у оквиру ког ће делегирани европски тужиоци, који имају кључну улогу, моћи да сарађују у предметима поводом кривичних дела са елементима прекограничности. У таквим предметима, делегирани европски тужиоци неће се ослањати на инструменте сарадње који се заснивају на узајамном признавању одлука, него ће се обратити делегираном европском тужиоцу у другој држави чланици у којој је потребно да се спроведу поједине радње, који ће тако и поступати, у име ЕЈТ-а.⁴³

5. ЗАКЉУЧАК

Потреба за заштитом финансијских интереса Уније постоји од њеног оснивања. Ови интереси штитили су се инкриминисањем одређених понашања као кривичних дела у кривичноматеријалним прописима држава чланица. Уколико је било потребе да се поједине процесне радње предузму у другој држави чланици, надлежним државним органима су били на располагању инструменти сарадње у кривичним стварима (нарочито механизми који се заснивају на узајамном признавању одлука). Међутим, заштита путем наднационалних правних прописа и деловањем наднационалних органа наметнула се као неопходност, нарочито у компликованим случајевима са израженом прекограничном димензијом, јер се у овим случајевима сарадња између надлежних државних органа држава чланица показала као недовољно ефикасна, а деловање институција и канцеларија на нивоу Уније као неодговарајуће.

Оснивање Европског јавног тужилаштва, као наднационалног органа, ради заштите финансијских интереса Европске уније је дуги низ година предмет интересовања у општој, научној и стручној јавности. Нарочито се расправаљало о усклађености решења у Уредби (раније, предлогу Уредбе) у оквирима кривичног права ЕУ са постојећим системом кривичног правосуђа у државама чланицама.

Да би Европско јавно тужилаштво ефикасно деловало, било је потребно детаљно утврдити организацију, јасну поделу надлежности између њега и националних државних органа и прописати прецизна правила поступања, што је донекле учињено Уредбом. Европском јавном тужилаштву дато је овлашћење да аутономно доноси одлуке о покретању истраге, подизању оптужног акта и вршењу функције кривичног гоњења за кривична дела из његове надлежности, при чему ће ове одлуке обавезивати националне државне органе.

⁴³ G. Kessler, „The EPPO’s contribution to the protection of the EU financial interests“, in: C. Nowak, The European Public Prosecutor’s Office and national authorities, Milan 2016, 5.

Као први орган Европске уније који је надлежан за доношење одлука у односу на појединце у осетљивом пољу кривичног права, оснивање Европског јавног тужилаштва представља значајан тренутак у историји кривичног права Уније. Међутим, стручне и научне анализе истичу да овај, потенцијално револуционарни корак са собом носи прилично компликоване и далекосежне последице, услед чега је спорно да ли ће и у којој мери један наднационални орган, са тако предвиђеном организацијом и надлежностима, допринети сузбијању кривичних дела која штетно утичу на финансијске интересе Уније.

Иако се очекује да ће деловање ЕЈТ *допринећи стварању јединственог правног система*, који ће бити ефикаснији и делотворнији од постојећег, фрагментисаног система (истрага и кривично гоњење у искључивој надлежности држава чланица, уз коришћење механизма узајамног признавања одлука), питање је у којој мери се тај циљ може остварити прописивањем овлашћења ЕЈТ кроз комбинацију минималних правила у Уредби и одредаба националних прописа, на које Уредба упућује.

Без обзира на решења у Уредби, успех Европског јавног тужилаштва у остваривању предвиђених задатака у великој мери зависиће и даље од узајамног поверења између држава чланица, с једне стране, и његове способности да као самостални орган Уније, у односу на институције и агенције Уније и државне органе држава чланица, делује у оквиру једног кохерентног правног система, с друге стране.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- Biehler A. et al, *Criminal-law protection of the financial interests of the Community and the establishment of a European Prosecutor – Analysis of the European Commission's Green Paper*, Luxembourg 2002, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2003/319291/DG-4-JOIN_ET\(2003\)-319291_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2003/319291/DG-4-JOIN_ET(2003)-319291_EN.pdf);
- Бугарски Т., М. Писарић, „Уређење права на одбрану у праву Европске Уније“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 4/2017, 1409-1439;
- Caianiello M., „Dum Romae (et Brucsellae) Consulitur... Some Considerations on the Taricco Judgment and Its Consequences at National and European Level“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 1/2016, 123-124;
- Commission of the European Communities, *Decision of 28 April 1999 establishing the European Anti-fraud Office (OLAF)*, OJ L316/20, 31.5.1999, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999D0352&from=EN>;
- Coninx M., „The European Commission's Legislative Proposal: An Overview of Its Main Characteristics“, in: L.H.Erkens, A.W.H. Meij, M. Pawlik (eds), *The European Public Prosecutor Office: An Extended Arm or a Two-headed Dragon?*, Hague 2015;

Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012, 47–390, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>;

Council Act of 26 July 1995 drawing up the Convention on the protection of the European Communities' financial interests, Official Journal of the European Communities, C 316, 27.11.1995, 48–58, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995F1127\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995F1127(03)&from=EN);

Council Decision 2002/187/JHA of 28 February 2002 setting up Eurojust with a view to reinforcing the fight against serious crime, OJ L 63, 6.3.2002, 1–13, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002D0187-&from=en>;

Council Regulation (EU) 2017/1939 of 12 October 2017 implementing enhanced co-operation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office ('the EPPO'), OJ L 283, 31.10.2017, 1–71, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R1939&from=EN>.

Delmas-Marty M., *Corpus Juris introducing Penal Provisions for the Purpose of the Financial Interests of the European Union*, Paris 1997;

Directive (EU) 2017/1371 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2017 on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law, OJ L 198, 28.7.2017, p. 29–41, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017L1371&from=EN>;

European Commission Staff working document, *Executive summary of the Impact assessment Accompanying the document Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office* /* SWD/2013/0275 final */, 17.07.2013, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013SC0275&from=en>;

European Commission Staff working document, *Impact assessment accompanying the proposal for a Council regulation on the establishment of the European Public Prosecutor*, Document SWD 274 final, 2003, http://ec.europa.eu/justice/newsroom/criminal/news/130717_en.htm;

European Commission, *Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor*, Document COM (2013) 534 final of 17 July 2013, http://ec.europa.eu/justice/newsroom/criminal/news/130717_en.htm;

Follow-up Report on the Green Paper on criminal-law protection of the financial interests of the Community and the establishment of a European Prosecutor, COM (2003) 128 final, 19.03.2003, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0128&from=en>;

Green paper on criminal-law protection of the financial interests of the Community and the establishment of a European Prosecutor /* COM/2001/0715 final */, 11.12.2001, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0715&from=EN>;

Jeney P., *The future of Eurojust*, Study for the European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, 2012;

Kessler G., „The EPPO's contribution to the protection of the EU financial interests“, in: C. Nowak (ed.), *The European Public Prosecutor's Office and national authorities*, Milan 2016;

- Ligeti K., A. Weyembergh, „The European Public Prosecutor’s Office: Certain Constitutional Issues“, in: L.H. Erkelens, A.W.H. Meij, M. Pawlik (eds), *The European Public Prosecutor Office: An Extended Arm or a Two-headed Dragon?*, Hague 2015;
- Lohse K., „The European Public Prosecutor: Issues of Conferral, Subsidiarity and Proportionality“, in: L.H. Erkelens, A.W.H. Meij, M. Pawlik (eds), *The European Public Prosecutor Office: An Extended Arm or a Two-headed Dragon?*, Hague 2015;
- Meij A., „Some explorations into the EPPO’s Administrative structure and Judicial Review“, in: L.H. Erkelens, A.W.H. Meij, M. Pawlik (eds), *The European Public Prosecutor Office: An Extended Arm or a Two-headed Dragon?*, Hague 2015;
- Met-Domestici A., „The EPPO at the European Level: Institutional Layout and Consequences on the Links with the National Level“, in: C. Nowak (ed.), *The European Public Prosecutor’s Office and national authorities*, Milan 2016;
- Писарић М., „Слободно кретање доказа у кривичном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2016, 147-170;
- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Fight against Fraud to the Union’s financial interests by means of criminal law*/* COM/2012/0363 final – 2012/0193 (COD) */, 11.07.2012, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52012PC0363&from=EN>;
- Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Union Agency for Criminal Justice Cooperation (Eurojust)*/* COM/2013/0535 final – 2013/0256 (COD) */, 17.07.2013, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013PC0535&from=EN>;
- Regulation (EU) 2016/794 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on the European Union Agency for Law Enforcement Cooperation (Europol) and replacing and repealing Council Decisions 2009/371/JHA, 2009/934/JHA, 2009/935/JHA, 2009/936/JHA and 2009/968/JHA*, OJ L135/53, 24.5.2016, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0794&from=EN>;
- Regulation (EU) 2018/1727 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 on the European Union Agency for Criminal Justice Cooperation (Eurojust), and replacing and repealing Council Decision 2002/187/JHA*, OJ L 295, 21.11.2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1727&from=en>;
- Rheinbay S., *Die Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft*, Freiburg 2014;
- Smulders B., „Is the Commission Proposal for a European Public Prosecutor’s Office Based on a Harmonious Interpretation of Articles 85 and 86 TFEU?“ In: L.H. Erkelens, A.W.H. Meij, M. Pawlik (eds.), *The European Public Prosecutor Office: An Extended Arm or a Two-headed Dragon?*, Hague 2015.

Tatjana D. Bugarski, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
T.Bugarski@pf.uns.ac.rs

Milana M. Pisarić, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs

Establishment and Organisation of the European Public Prosecutor's office

Abstract: *As the European Union loses a significant part of the financial resources per year due to the criminal offense of fraud and similar criminal offenses committed against financial interests of the Union, there has been a presumption that a body competent for investigation of such illegal conduct and criminal prosecution of offenders should be established at supranational level. For this reason, the Commission of the European Union presented the Proposal for the Establishment of the European Public Prosecutor's Office as a body authorized to investigate criminal offenses affecting the financial interests of the European Union and to criminalize the perpetrators of these offenses. Following the multi-annual negotiations between the member states and the institutions of the Union and the adaptation of the initial text, Regulation implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's was adopted in October 2017. As the first European Union body competent to make decisions in relation to individuals in the sensitive field of criminal law, the establishment of the European Public Prosecutor's Office constitutes a significant moment in the history of the criminal law of the Union. However, expert and scientific analyzes point out that this potentially revolutionary step carries with it quite complicated and far-reaching consequences, and it is controversial whether and to what extent such a supranational body, with such a predicated structure and competences, will contribute to the suppression of criminal offenses affect the financial interests of the Union.*

Keywords: *European Union, European Union's financial interests, European Union criminal law, Public Prosecutor's Office, European Public Prosecutor's Office.*

Датум пријема рада: 11.01.2019.

Др Милена М. Полојац, редовни професор
Универзитета у Београду
Правни факултет у Београду
polojac@ius.bg.ac.rs

АКВИЛИЈЕВ ЗАКОН У СРПСКОВИЗАНТИЈСКИМ КОМПИЛАЦИЈАМА*

Сажетак: Чувени римски Аквилијев закон о штети је и у средњовековној Србији остао истрајао, додуше веома скромно. Реципирано је само два односно три текста: један крајак рескрипта из Јустинијановог Кодекса који се односи на уморство стоке главу, C.3.35.5, и два параграфа из Јустинијанових Дигести о паљевини, D.9.2.30.3 (Paulus libro 22 ad edictum), D.9.2.49.1 (Ulpianus libro nono disputationum). Рецепција је ишла посредством византијских компилација (Еклога, Прохирон, Синтазма Маџије Власара). Одакле су фрагменти преузети у српско-византијске компилације: Законоравило Светог Саве – Закон градски, Скраћену Синтазму Маџије Власара и у Закон цара Константина Јустинијана. Обим и начин рецепције разликује се у сва три српско-византијска правна извора. За све горенаведене компилације карактеристични су постојци који указују на вулгаризацију правне традиције из Јустинијановог времена: вађење појединих текстова из дошатакне контекста, ново компиловање и систематизовање, скраћивање и поједностављивање изостављањем правне теорије. Ауторка све ове постојке покреће примерима из извора. Истиче да у историјској правној литератури није указано на присуство Аквилијевог закона у српском средњовековном праву. Сврха чланка је да подстакне научнике да предузму даља истраживања.

Кључне речи: Аквилијев закон, Рецепција, Римско-византијско право, Српско-византијско право.

1. УВОД

Историјскоправна литература која се односи на српски средњи век веома је богата по обиму и квалитету. Ипак, један сегмент остао је чини се

* Рад се објављује у оквиру стратешког пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије” за 2019. годину.

занемарен. Нико не негира да реципирано византијско право у Србији има свој почетни извор у класичном римском праву сачуваном пре свега у Јустинијановој кодификацији. Та чињеница се не доводи у питање. Међутим, остала су истраживања која се односе на начин, обим и путеве рецепције римског права у византијско, а затим у српско средњовековно право.¹ Продубљена истраживања појединачних института заснована на изворима, почевши од римских текстова, преко византијских превода и прерада до коначне рецепције у српско средњовековно право, бацила би више светла на природу ове рецепције. Као илустративан пример може послужити чувени римски закон из периода ране републике, *lex Aquilia de damno*, који је присутан у српском средњовековном праву у веома скромном обиму.

2. О АКВИЛИЈЕВОМ ЗАКОНУ

Аквилијев закон о штети (*lex Aquilia de damno*) сматра се најважнијим римским законом приватног права након Закона XII таблица због својих реформаторских особина везаних за имовинске деликте и штету. То је најпознатији пример једног римског закона из периода ране републике захваљујући чињеници што је приближно дословно цитиран у каснијим изворима, посебно у Гајевим Институцијама и у Јустинијановој кодификацији – Дигестама и Институцијама.² Ипак, интересантно је да се не зна поуздано у којим је све правцима и у којем опсегу дотадашње право деликата реформисано његовим доношењем. Аквилијев закон је несумњиво архаичан по многим својим особинама: по техници, структури и обиму. Норме су формулисане без употребе апстрактних појмова, стручне терминологије или израза с правнотехничким значењем. Ово је видљиво већ по првим речима закона: „ко убије роба или робину или четвороножну животињу која се убраја у стоку...“ Ипак, сам закон је означио напредак у односу на претходно законодавство јер се, посебно у трећем поглављу, појављују речи општијег значења, *res* и *damnum*. Такође, фиксне казне замењене су флексибилном законском

¹ На ово указује Срђан Шаркић. Он својим радовима попуњава празнину у српској правној науци. Примера ради наводимо неке од радова: Срђан Шаркић, „Особености рецепције грчко-римског права у средњовековној Србији (допринос Александра Васиљевича Соловјева), 125 година од рођења Александра Васиљевича Соловјева (ур. Зоран С. Мирковић, Нина Кршљанин). Београд 2016, 103-110; „Одредбе римског права о миразу у средњовековном српском праву“, *Зборник Майице српске за класичне студије*, 8/2006, 185-191; Појам тестамената у римском, византијском и српском средовековном праву, Трећа југословенска конференција византолога, Београд-Крушевац 2002, 85-90.

² Прво поглавље: *Gaius*, D. 9.2.2pr-1; Друго поглавље: *Gaius*, *Inst.*. 3, 215; *Треће поглавље: Ulp. D.9.2.27.5; Gaius*, *Inst.* 3.218.

композицијом која се приближава компензацији штете.³ Неколико векова након његовог доношења, Аквилијев закон је постао предметом коментара претора и римских правника, посебно у 1. и 2. веку. Римски правници коментарисали су сваку појединачну реч Аквилијевог закона. Материјал који пружа титулус Јустинијанових Дигеста *Ad legem Aquiliam* (D.9.2) може послужити као репрезентативна илустрација и најбољи пример вештине правничке интерпретације. Сачувано је 57 фрагмената, често веома дугачких с великим бројем параграфа, чији су аутори римски правници из различитих епоха, почевши од позне републике до касног принципата. Из главног титулуса Дигеста имамо непосредно или посредно увид у ставове бројних римских класичних јуриспрудената о питањима везаним за тумачење Аквилијевог закона.⁴ Посебно место припада Улпијану. Такође је велик број фрагмената преузет од Паула. Бројни су фрагменти и изван главног титулуса Дигеста, а једна глава Јустинијановог Кодекса као и наслов Институција посвећена је Аквилијевом закону.

Богата класична правна литература сачувана пре свега у Јустинијановим Дигестама углавном је казуистичка и најчешће је била у уској вези с давањем савета (*respondere*) и правних мишљења странкама и односила се на неки конкретан правни проблем. Али су правници показали и завидан степен имагинације, измишљајући најразличитије случајеве везане за имовинску штету који су више или мање замисливи у реалном животу.

Развој класичне јуриспруденције ишао је даље у смеру стварања правне науке тако што се из казуистичког материјала најпре стварала правна терминологија, затим дефиниције и регуле, и коначно правне установе уз прве покушаје њихове систематизације. Тако је створен приватни деликт цивилног права *damnum iniuria datum* који је своје место нашао у оквиру деликтних облигација, а наспрот јавним деликтима (*crimina, delicta publica*).

Улога Аквилијевог закона у правној историји која следи почевши од глосатора била је изузетно важна за стварање грађанскоправне догматике. Закон и његова тумачења сачувана у Јустинијановој кодификацији били су у средишту дуготрајног, компликованог интелектуалног процеса апстракције, генерализације, концептуализације, систематизације у којем је учествовао велик број актера: пре свега правника и филозофа. Он је у коначници довео до интересантног и епохалног обрта на подручју права деликата. Римска подела на јавне и приватне деликте међу којима су постојале разлике, али и низ сличности, замењена је строгом поделом на кривична дела јавног права и генералну клаузулу о накнади штете у оквиру облигационог права. При-

³ Milena Poloјас, *Akvilijev zakon i pravna kultura*, Beograd 2015, 21 и даље.

⁴ Марко Јуније Брут, Квинт Муције Сцевола, Алфен, Офилије, Лабеон, Мела, Масурије Сабин, Прокул, Приск, Пегаз, Вивијан, Целз, Јаволен, Нерације, Јулијан, Помпоније, Марцел, Гај, Улпијан, Паул.

писује се чувеном Хугу Гроцију да је он први пут формулисао ошту норму о штети насталој деликтом и њеној накнади. Паралелно с овим теоријским радом, у пракси се примењивала аквилијанска тужба на судовима, што је познато као феномен рецепције, при чему су све више одбациване њене античке специфичности.

У средњовековним византијско-српским компилацијама рецепирано је свега два односно три фрагмента од богате античке баштине везане за Аквилијев закон. Начин рецепције показује назадовање и вулгаризацију у односу на правну традицију сачувану у Јустинијановој кодификацији. Овде може бити разматрана само нормативна рецепција јер, нажалост, нема података о томе да ли су се, у којем обиму и на који начин ове норме примењивале у пракси.

3. ФРАГМЕНТИ КОЈИ СУ БИЛИ ПРЕДМЕТ РЕЦЕПЦИЈЕ

3. 1. Уморство стоке глађу

Иако Аквилијев закон на првом месту санкционише убиство робова а затим, у трећем поглављу, и њихово рањавање, а римски правници живописно коментаришу ове случајеве, о томе нема ни помена у српском средњовековном праву. Нешто је другачији случај с убиством стоке. Од многобројних и веома инвентивних случајева уморства и рањавања четвороножне стоке и других животиња о којима су расправљали римски јуриспруденти, рецепиран је само један специфичан случај уморства стоке изгладњивањем.

За Гаја је индиректно уморство затварањем туђег роба или животиње без хране дидактички пример за увођење преторске *actio utilis*, зато што смрт није наступила *corpore suo* – деловањем починиоца властитим телом.⁵ За Нерација је то, међутим, случај у којем се користи *actio in factum*.⁶ Овај и слични случајеви представљали су основ за дистинкцију између *occidere* (убити) и *mortis causam praestare* (проузроковати смрт).

У рескрипту из царске канцеларије Диоклецијана и Максимијана уврштеном у Јустинијанов Кодекс дат је одговор једном сељаку да у случају када је противправно затворена и глађу усмрћена његова стока, може користити директну тужбу из Аквилијевог закона на двоструку вредност уморене стоке – *actio legis Aquiliae in duplum*. Право садржано у Јустинијановом Ко-

⁵ *Gaius, Inst.*, 3.219. *Ceterum etiam placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit, ideoque alio modo damno dato utiles actiones dantur, uelut si quis alienum hominem aut pecudem incluserit et fame necauerit, aut iumentum tam uehementer egerit, ut rumperetur;....*

⁶ *D.9.2.9.2. Si quis hominem fame necauerit, in factum actione teneri Neratius ait.* Овај текст, додуше, говори само о убиству роба глађу, али се аналогijом може применити и на стоку.

дексу више је било коришћено почетком средњег века од Дигеста, јер је било ближе тадашњим правним схватањима.⁷

C.3.35.5 *Imperatores Diocletianus, Maximianus. De pecoribus tuis, quae per iniuriam inclusa fame necata sunt vel interfecta, legis Aquiliae actione in duplum agere potes.* * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. CLAUDIO. * <A 293 D. XV K. NOV. AA. CONSS.> (Што се тиче твоје стоке, која је противправно затворена и уморена глађу или убијена, можеш подићи тужбу из Аквилијевог закона на двоструки износ).

Рескрипт се односи на случај затварања и уморства стоке глађу, али је додатком *vel interfecta* он проширен на све остале облике убиства стоке. У литератури се овај додатак сматра посткласичном интервенцијом.⁸ Уочљиво је одступање од класичног режима аквилијанске тужбе, јер се одобрава директна тужба уместо *actio utilis* или *in factum*. Осим тога, санкција је на двоструку вредност, а не на највећу вредност у протеклих годину дана како је прописано у првом поглављу закона. Овакав став правника из царске канцеларије може се објаснити утицајем нових посткласичних схватања.⁹

3.2. Случајеви паљевине

3.2.1. Паулус и ђаљење корова на сеоском имању

D.9.2.30.3 (*Paulus libro 22 ad edictum*): *In hac quoque actione, quae ex hoc capitulo oritur, dolus et culpa punitur: ideoque si quis in stipulam suam vel spinam comburendae eius causa ignem immiserit et ulterius evagatus et progressus ignis alienam segetem vel vineam laeserit, requiramus, num imperitia eius aut negligentia id accidit. Nam si die ventoso id fecit, culpa reus est (nam et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur): in eodem crimine est et qui non observavit, ne ignis longius procederet. At si omnia quae oportuit observavit vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa.* (По овој дакле тужби, која се подиже на основу овог поглавља [тј. трећег поглавља], кажњавају се умишљај и нехат: и зато ако неко у своју стрњику, или свој трњак, подметне пожар да би га спалио, и даљим ширењем и напредовањем пожар оштети туђе усеве или виноград, постављамо питање да ли се то догодило због његовог незнања или немара? Јер уколико то чини по ветровитом дану, одговоран је због немара [јер и ко нешто ради у невреме, сматра се да је изазвао штету]: у истом

⁷ Alan Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, the University of Georgia Press, Athens and London 1993², 63; такође у преводу на српски Алан Вотсон, *Правни трансплан-ти – уприсиуи ујоредном праву* (с енглеског превела Силва Митровић), Београд 2000, 98.

⁸ Giovanni Rotondi, „Teorie postclassiche sull’actio legis Aquiliae“, *Scritti giuridici*, II, Milano 1922, 430.

⁹ Аквилијанска тужба почиње да се сматра тужбом на двоструку вредност увек, а не само онда када тужени пориче одговорност. *Ibid.*, 419.

је преступу и онај који није надгледао да се пожар не шири даље. А ако је водио рачуна о свему што је било потребно, па изненадни налет ветра учини да се пожар прошири, нема нехата).

Овај Паулов текст настао је у контексту тумачења трећег поглавља Аквилијевог закона који санкционише остале случајеве штете изузев убиства робова и стоке. Штета може наступити паљењем (*urere*). Паулус узима за пример реалан случај из живота земљорадника – паљење корова при обављању пољских радова. Ако се, међутим, ватра прошири и запали суседове усева и тако му причини штету, централно питање које поставља правник Паулус је питање кривице, јер је законска реч *iniuria* у контексту Аквилијевог закона све чешће тумачена као кривица (*culpa*).¹⁰ У овом тексту спомињу се готово сви облици кривице: зла намера (*dolus*), непажња (*culpa*), незнање (*imperitia*), немар (*negligentia*), кривица која се састоји у чињењу – ако се коров пали по ветровитом дану, или у нечињењу – ако онај који је запалио ватру није надгледао да се пожар не прошири даље. Ако је ветар био изненадан и непредвидив нема кривице (*sivis venti longius ignem produxit, caret culpa*). Тужени није одговоран за случај (*casus*). Реченица изражена у виду правног правила која ће бити касније много коришћена, *qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur*, сматра се каснијим уметком.

Овај текст био је чест предмет коментара почевши од глосатора све до модерног доба. Послужио је као основ за елаборацију кривице и њених облика; *culpa levissima*¹¹, *culpa in vigilando*, *culpa in faciendo*, *culpa in omittendo*.¹²

У оквиру расправе о Аквилијевом закону у Дигестама постоје и други случајеви паљевине, али су они комплекснији чињенично и правно. Инсти-

¹⁰ Свакако од времена Гаја: *Gaius, Inst.*, 3.211: *Iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id accident*. Тако је деликт *damnum iniuria datum* постао *damnum culpa datum*.

¹¹ *D. 9.2.44pr (Ulpianus libro 42 ad Sabinum): In lege Aquilia et levissima culpa venit*.

¹² За глосаторе *culpa levissima* претпоставља активну радњу, не и пропуштање. *Culpa levissima in omittendo* не доводи до одговорности за штету. Тиме се *ius commune* удаљило од ставова класичног римског права. С друге стране, морални теолози заступају другачији став. Један од представника школе природног права из Саламанке, фламански морални теолог Леонард Лесије, не прави разлику између чињења и пропуштања чиме се супротставља доминантној доктрини. Такође, позивајући се на Паулов текст из коментара Аквилијевог закона, каже да се на суду савести (*forum internum, forum conscientiae*) не одговара ако је штета настала услед највлажег нехата (*culpa levissima*) и починилац није дужан да компензује штету (*restitutio*). *Leonardus Lessius, De iustitia et iure, lib. 2. cap. 7. dubit. 6. num. 23*. Његов став по којем нема разлике између чињења и нечињења прихватиће касније Хуго Гроције (*De iure belli ac pacis*, 2.17.1, *Maleficium hic appellamus culpam omnem, sive in faciendo, sive in non faciendo...*) Тако се школа природног права вратила на став класичног римског права и укинула разлику између *culpa in faciendo* и *non faciendo*. Чувени јуснатуралиста Кристијан Томазијус, позивајући се на почетак Паулусовог текста, примећује да ако је Аквилије имао намеру да казни починиоца због зле намере, онда је нејасно зашто код кажњавања остаје и кад је штета причињена из нехата, чак и кад је он најлакши. Аквилијев закон у овоме одступа од природног права. *Larva legis Aquiliae*, § 19. М. Полојас, 209 и даље.

тути попут ноксалног изручења робова, тужби из разлога корисности или на основу чињеница специфично су римски, за разлику од Пауловог случаја који је универзално разумљив и примењив.¹³

3.2.2. Целз и рушење суседних зграда ради заустављања пожара

Улпијан преноси мишљење Целза у следећем случају:

D.9.2.49.1 (*Ulpianus libro nono disputationum*): *Quod dicitur damnum iniuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum iniuria datum, quod cum damno iniuriam attulerit: nisi magna vi cogente fuerit factum, ut Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit: nam hic scribit cessare legis Aquiliae actionem: iusto enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit: et sive pervenit ignis sive ante extinctus est, existimat legis Aquiliae actionem cessare.* (Превод: Када се каже да се на основу Аквилијевог закона потражује штета која је нанета противправно, треба схватити да је штета учињена противправно, ако је учињена противправном радњом, изузев у случају када је то учињено у стању велике нужде, као што би било, како пише Целз, онда када неко, у настојању да заустави пожар, поруши суседне зграде, јер, он пише, овде се не може подићи тужба из Аквилијевог закона, с обзиром на то да је оправдано вођен страхом да се ватра не прошири на његове ствари порушио суседне зграде, па било да пламен дође до његових (зграда) или буде пре угашен, Целз сматра да се не може подићи *actio legis Aquiliae*).

У случају када је избио пожар, Примус је порушио куће својих суседа у оправданом страху да ће ватра доспети до његове куће. Штета (*damnum*) није настала противправно (*iniuria*),¹⁴ него у крајњој нужди због чега починилац неће одговарати по Аквилијевом закону. За Целза је пресудна процена ситуације према субјективном критеријуму. Он гледа на овај случај из перспективе лица чија кућа је угрожена пожаром. Примус неће одговарати ако је његов страх био оправдан, без обзира на то да ли се у стварности ватра од пожара заиста и проширила. Целз је сматрао да је кривица неизоставан услов за аквилијанску одговорност, а у случају оправданог страха починилац

¹³ У Дигестама се може наћи случај закупца земљишта, колона, чији су робови запалили сеоско имање D.9.2.27.11: „Прокул каже, ако су закупчеви робови запалили вилу, закупца одговара или по основу закупа или по основу Аквилијевог закона, тако да закупца може да робове ноксално изручи, и ако је ствар пресуђена по основу једне тужбе, по основу друге не треба више поступати. Али ово важи уколико није било кривице закупца: дружије је ако је имао робове штеточине, одговара за противправну штету јер је имао такве робове. Исто важи и у погледу лица који као станари живе у стамбеној згради, писао је и то мишљење је разумно“. Сличан случај износи Нерације, а преноси Улпијан, D.9.2.27.9. Специфичан случај паљења пчела изазвао је контроверзу између Прокула и Целза, D.9.2.27.12.

¹⁴ *Iniuria* у значењу *non iure*.

се не би могао сматрати кривим.¹⁵ Из Целзовог текста уочљив је недостатак обзира према имовини суседа која је жртвована. Могуће је да је правник имао у виду ситуацију у којој би кућа суседа изгорела у сваком случају. Такође, чином рушења Примус није само сачувао своју кућу, него је вероватно спречио штету већих размера, на пример ширење пожара на друге делове насеља.¹⁶ Могуће је да је из ових разлога крајња нужда схваћена необично широко. Овај текст послужио је као основ за каснију елаборацију о разлици између противправности и кривице.

3.2.3. *Случајеви паљевине који нису везани за Аквилејев закон*

Предмет рецепције византијских и српских компилатора били су и случајеви паљевине и пожара који нису у вези са применом Аквилејевог закона. Тако на пример, у књизи 47. Јустинијанових Дигеста, један се титулус односи на паљевину (пожар), рушење зграда и бродолом – *De incendio ruina naufragio rate nave expugnata*. Ова књига је, међутим, у систему Јустинијанових Дигеста веома удаљена од књиге 9. у којој су сачувани фрагменти правничких коментара везаних за Аквилејев закон. У књигама 47 и 48. Јустинијанових Дигеста, тзв. *libri terribiles*, изложено је претежно римско кривично право. Следећи фрагменти односе се на кривично дело паљевине (*incendium*). Зависно од тежине дела прописују се казне почевши од смртне казне спаљивањем, преко телесних до новчаних казни:

D. 47.9.9 *Gaius libro quarto ad legem duodecim tabularum: Qui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum conbusserit, vinctus verberatus igni necari iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit. Si vero casu, id est negligentia, aut noxiam sarcire iubetur aut, si minus idoneus sit, levius castigatur. Appellatione autem aedium omnes species aedificii continentur.* (Неко ко запали зграду или стог жита подигнут близу куће, наређено је по Законнику дванаест таблица да буде везан и ишибан те спаљен у ватри, ако је свесно и при здравој памети то учинио, а ако је то учинио случајно, то јест из немарности, наређено је да или надокнади штету или, ако је сиромашан, буде лакше кажњен. Израз зграда односи се на било коју грађевину.)¹⁷

¹⁵ *Iniuria* у значењу *culpa*. Geoffrey MacCormack, „Aquilian Studies“, *Studia et documenta historiae iuris (SDHI)*, 41, 1975, 54–56. „One might conclude that the texts on liability of a person who pulls down another's house in order to prevent the spread of a fire evidence a change in the interpretation of *iniuria*. Gallus and Servius hold that here is liability unless there is a justifying ius, while Celsus treats the presence of fault as a condition of liability. If one accepts this conclusion one should be careful not to apply it in too general fashion.“

¹⁶ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford University Press, New York 1996, 1002.

¹⁷ Овај текст из Гајевог коментара Закона дванаест таблица послужио је за реконструкцију таблице VIII.

D.47.9.11 *Marcianus libro 14 institutionum: Si fortuito incendium factum sit, venia indiget, nisi tam lata culpa fuit, ut luxuria aut dolo sit proxima.* (Ако је пожар узрокован случајем, дозвољава опроштај, осим ако није настао услед тешког нехата, што би било блиско пакости или злој намери.)

D.48.19.28.12. *Callistratus libro sexto de cognitionibus: Incendiarii capite puniuntur, qui ob inimicitias vel praedae causa incenderint intra oppidum: et plerumque vivi exuruntur. Qui vero casam aut villam, aliquo lenius. Nam fortuita incendia, si, cum vitari possent, per negligentiam eorum, apud quos orta sunt, damno vicinis fuerunt, civiliter exercentur (ut qui iactura adfectus est, damni disceptet) vel modice vindicaretur.* (Они који подмећу пожар казниће се смртном казном ако су због непријатељства или користољубља пожар изазвали у граду: И у начелу се живи спаљују. Они, међутим, који (спале) сеоску кућу или сеоско имање (кажњавају се) нешто лакше. Али случајни пожари, ако су могли бити избегнути, и причинили су штету суседима због немарности оних са чијег имања су потекли, утужују се путем цивилних тужби [тако што оштећени одлучује о штети], или се блаже кажњавају.)

За византијске компилаторе није било препреке да фузионишу приватне деликте и кривична дела, када се они односе на исту тему, у овом случају то је паљевина. У наредним поглављима разматра се на који су начин фрагменти из Јустинијанове кодификације реципирани у византијске, а затим у српско-византијске компилације.

4. ЕКЛОГА

Еклога је релативно кратка правна компилација Јустинијановог права настала у 8. веку у Византији. Зборник који је 726. године издао цар Лав III, родоначелник исавријскије династије, заједно са сином Константином, имао је за циљ да римско право прилагоди новим потребама Византије. То је у основи значило да се Јустинијаново право скрати и поједностави јер је у Византији постало неразумљиво због опадања културног нивоа становништва.¹⁸ Еклога је битно утицала како на потоње византијско право, тако и на право у новонасталим државама Јужних и Источних Словена. У укупно 18. наслова тј. титула ове збирке садржане су норме стварног, облигационог, породичног, наследног, кривичног и процесног права. Еклога је падом царева иконобораца формално укинута, јер се сматрало да квари Јустинијаново законодавство. Међутим, ова компилација је у пракси још дуго коришћена, пре

¹⁸ Александар Соловјев, „Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка”, *Историја словенских љава, Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка*, приредио и предговор написао проф. др Сима Аврамовић, Службени лист СРЈ, Класици југословенског права, Београд 1998, 100 и даље.

свега у судовима, па је њено укидање имало само политички значај. Велики број њених прописа је уврштен у касније византијске и словенске зборнике.

Реципиране одредбе из Јустинијанове кодификације које се односе на Аквилијев закон налазе се у претпоследњем седамнаестом наслову под називом „О кривичним стварима”. Ту су нашла место само два случаја: Први се односи на уморство животиње затварањем и изгладњивањем:

Еклога XVII.8: „Онај који затвара туђе животиње, па доведе до тога да угину од глади, или их на други начин убије, осуђује се да плати двоструко.“ Реципиран је рескрипт из Јустинијановог кодекса, *C.3.35.5. ad verbum*.

Други фрагмент из Еклоге санкционише паљевину:

XVII.41: „Ко због (некаквог) непријатељства или због грабежа проузрокује пожар у граду, нека се спали. Ако је свесно изван града запалио село, или поља, или кућу у пољу, нека се казни мачем. Ако неко запали стрњику или коров на својој њиви, заложи ватру, па се ватра прошири даље и запали туђе њиве или туђу лозу, судија треба да добро испита ствар, па ако је до тога дошло услед неискуства или непажње онога ко је ватру запалио, он ће надокнадити штету оштећеноме. Ако је запалио ватру у дану кад дува јак ветар или није припазио да спречи ватру да се прошири, биће кажњен као немаран и неопрезан; ако је, пак, предузео све мере опреза, па је нагло кренуо јак ветар те се пожар проширио даље, неће биће осуђен. Ако се случајно запали нечија кућа и изгоре неке од његових сопствених ствари и ватра се прошири те се запале оближње куће, неће бити одговоран будући да је пожар букнуо без његове воље.“¹⁹

Паљевина је заједнички именилац за случајеве изнете у овом члану Еклоге. Прва реченица говори о намерном подметању пожара у граду које се кажњава смртном казном спаљивања, дакле талионском казном. Исто дело, ако је учињено на селу, кажњава се такође смртном казном, условно речено блажом, јер се извршава мачем. Ове одредбе нису у вези с применом Аквилијевог закона. Сличност постоји с кривичним законодавством Закона XII таблица, (*D. 47.9.9 Gaius libro quarto ad legem duodecim tabularum*). Ипак, парафразиран је Калистратов фрагмент *D.48.19.28.12* у основи, у којем је наглашена разлика између паљевине проузроковане у граду и ван града. У трећој реченици преузет је и парафразиран Паулов фрагмент, *D.9.2.30.3*. На тај начин су одредбе кривичног законодавства спојене с приватним деликтом противправне штете – *damnum iniuria datum*. Као санкција за неискусног, немарног, неопрезног човека који пали ватру по ветровитом дану, спомиње

¹⁹ Законски текстови старијег и средњег века, приредили Драган Николић, Александар Ђорђевић, Ниш 2013, 107; Ljubo Margetić, „Ekloga iz 726. godine i njezina važnost za našu pravnu povijest“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, I, Rijeka 1980, 53-78; *Jus Graecoromanum*, II, ed. J. Et P. Zepos, Scientia Aalen 1962, 2 ed., *Leges Imperatorum Isaurorum et Macedonum*, Ἐκλογὴ Νόμων, ΤΙΤΛΟΣ ΕΠΤΑΚΑΙΔΕΚΑΤΟΣ, Ποινάλιος τῶν ἐγκληματικῶν κεφαλαίων, μα (XVII, 41), 59.

се накнада штете која се плаћа оштећеном, али и казна у следећој реченици. Ако је до пожара дошло случајем, услед изненадног налета ветра или на неки други начин, нема одговорности. Паулов фрагмент је углавном верно пренет, али с једном важном разликом, а то је да је испуштена прва реченица оригиналног текста из Јустинијанових Дигеста у којој се помиње „тај закон” и „то поглавље” као и начелна одговорност за долус и кулпу. Фрагмент је преузет посредством Доротејевог превода Јустинијанових Дигеста на грчки језик.²⁰

Византијски компилатор је направио доследну градијацију врста паљевине с обзиром на кривицу онога који је проузроковао пожар; од најтежег облика зле намере, као што су непријатељство и користољубље, преко свесног противправног поступања, до немарности тј. нехата и на крају случаја. Тежина кривице праћена је и тежином казне, која осим тога зависи и од места где је деликт почињен. Ипак, спомињање накнаде штете и казне истовремено за немарног, неискусног, непажљивог делинквента, треба довести у везу с Аквилејевим законом, што је тешко јер се у пропису закон нигде изричито не помиње.²¹ Наиме, извесне противречности везане су за карактер аквилејанске тужбе и санкције.²² Тужба из Аквилејевог закона сматрана је мешовитом према Јустинијановим Институцијама – имала је за циљ истовремено и кажњавање и накнаду штете.²³

Византијски компилатор спојио је кривично дело паљевине, с приватним деликтом противправне штете (*damnum iniuria datum*) у чему је одступио од става класичних римских правника, али и Јустинијанове комисије која је ова дела распоредила и систематизовала у сасвим удаљене делове кодификације. Византијски компилатори су, ипак, могли наћи основ за свој поступак и у Калистратовом фрагменту из Јустинијанових Дигеста *D.48.19.28.12* у којем се начелно говори о кривичној и цивилној одговорности за паљевину.²⁴

²⁰ F. Brandsma, *Dorotheus and his Digest Translation*, Egbert Forsten, Groningen 1996, 55 и 140; Упор. *B.60.3.* схолија 16, ed. Heimbach, Lipsiae 1850, 304.

²¹ Биљана Марковић истиче да врста казне није прецизирана и износи претпоставку да је казна вероватно била новчана. Биљана Марковић, „Кривично дело паљевине у законодавству цара Стефана Душана према рукописима старије редакције”, *Историјски часопис*, књ LX, 2011, 141.

²² Делинквент плаћа највећу вредност ствари у протеклих годину односно 30 дана, како стоји у Аквилејевом закону. Римски правници су ову клаузулу тумачили у смислу накнаде штете – *id quod interest*. Детаљније у нашој најновијој литератури Samir Aličić, *Imovinska šteta u rimskom klasičnom pravu*, Sarajevo 2017, 143 и даље. Детаљније о процени штете у чланцима S. Aličić, „Ubistvo roba, izgubljeno nasleđe i lex Aquilia“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 44, 3/2010, 485-489; S. Aličić, „Ulpijan, Celz i загађивање земљишта коровом (D.9.2.27.14)“, *Zbornik PFNS*, 44, 2/2010, 319-347.

²³ *Gai Inst.*, 4.6-9; *Just. Inst.*, 4.6.16. Али на другим местима у изворима аквилејанска тужба је означена као пенална, детаљније М. Полојас, 136-139.

²⁴ Калистрат је један од ретких правника који је написао уџбеник. Одатле је вероватно његова склоност ка систематизовању.

5. ПРОХИРОН

Године 879. цар Василије Македонац (867-886) издао је нови правни зборник – Прохирон којему је циљ био да замени исавријску Еклогу и да се врати чистом Јустинијановом праву. Међутим, разлика између та два правна зборника није велика. Нешто је измењено, а унесено је више допуна па је Прохирон обимнији од Еклоге. Он има 40 глава за разлику од Еклоге која има свега 18. Две главе Прохирона, глава 24 и 28, односе се непосредно на црквено право, док се остале главе односе на световно право, кривично и грађанско. Прохирон је у целини реципиран у српско средњовековно право посредством Савиног Законоправила.

У претпоследњој 39. глави која се односи на казне, налазе се на неколико места чланови слични онима из Еклоге. Ипак уочавају се мање разлике у садржају, а веће у систематизацији. За разлику од Еклоге, случај намерног паљења зграде или жита у Прохирону је одвојен од Пауловог случаја немарног паљења корова на сеоском имању. Тиме се Прохирон вратио на позиције класичног римског права које је разликовало и раздвајало кривична дела од приватних деликата.

Прохирон, 39.18: *ἢ. Ἐάν τις εἰδὼς οἰκήματα ἐμπρήσῃ ἢ σὼρὸν σίτου πλησίον οἰκήματος κείμενον, ἐλεγχόμενος πυρὶ παραδίδοται. εἰ δὲ ἔξω πόλεως τὸ τοιοῦτον διαπράξῃται, χειροκοπεῖσθω.*²⁵ (Ако неко знајући запали зграду или пласт сена постављен уз зграду, биће осуђен на спаљивање, а ако је то урадио ван града, нека му буду одсечене руке).

Почетак параграфа је у несумњивој вези са Гајевим коментаром Закона дванаест таблица, који говори о намерној паљевини зграде или стога жита уз зграду – *D. 47.9.9 Gaius libro quarto ad legem duodecim tabularum*.²⁶ У другом делу параграфа важна је подела на паљевину у граду и ван града (*D.48.19.28.12*). За паљевину ван града предвиђена је тешка телесна казна карактеристична за византијско право – одсецање руку.²⁷

У члану 39.51 преузет је случај уморства животиње глађу или на други начин – *C.3.35.5* као и у Еклоги. Делинквент се осуђује на двоструку вредност (*διπλάσιον καταδικάζεται*).

У члану 75 исте главе препознатљив је Паулов фрагмент, паљење корова на сеоском имању:

²⁵ *Procheiros Nomos*, Imperatorum Basilii, Constantini et Leonis Prochiron, ed. C. E. Zachariae (von Lingenthal), Heidelberg 1937. Поред грчког текста у овом издању даје се и латински превод: *Si quis aedificia sciens incenderit aut acervum frumenti juxta aedificium jacens, convictus igni traditur. Sin extra urbem hoc patnaverit, manu truncator*.

²⁶ Ово дело и санкција постоје и у Земљорадничком закону српске редакције у члану 61, Б. Марковић (2011), 142.

²⁷ Ова се санкција спомиње и у Земљорадничком закону српске редакције, у члану 62. за дело паљевине зграде са сеном или плевом. *Ibid.*, 143.

οέ. Εἴ τις τὴν καλὰμην τοῦ ἰδίου χωραφίου βουλόμενος καῦσαι, ἐνέβαλε κατ' αὐτοῦ πῦρ, τὸ δὲ πῦρ ἀφθεν τα ἀλλότρια κατέκαυσε χωράφια ἢ τὸν ἀλλότριον ἀμπελῶνα, δεῖ τὸν ἀκροατὴν ἐξετάζειν, καὶ εἰ μὲν ἀπειρία ἢ ραθυμία τοῦ ἀνάψαντος τὸ πῦρ ἀνῆψεν, εἰ μὴ παρεφυλαξάτο, δυνάμει τοῦ προελθεῖν τὴν φλόγα περαιτέρω, ὡς ἀμελήσας ὁ τοιοῦτος καὶ ραθυμήσας καταδικάζεται. εἰ δὲ πάντα μὲν ἐκεῖνος παρεφυλαξάτο, ἀθρόον δὲ πνεῦμα προσπεσὼν τὴν τοῦ πυρὸς φλόγα ἐπὶ τὸν βλαβέντα μετεκόμισεν, ἀνεθύνως ὁ τὸ πῦρ ἀνάψας διατελεῖ. (Ако неко коров на властитом пољу запали, запаљена ватра захвати туђе земљиште или туђу лозу, судија треба да истражи, и ако је због нестручности или непажње онога ко је запалио, осим ако се није побринуо да се ватра више не прошири, он ће бити осуђен због кривице и непажње. Али ако је све подузео, а ветар који се изненада појавио запаљену ватру је пренео на оштећено поље, невин је онај ко је ватру запалио).

И овде је, као и у Еклоги, изостављена прва реченица из Пауловог фрагмента Јустинијанових Дигеста, због чега се појављује исти проблем у вези са санкцијом јер се у пропису само каже да ће делинквент бити осуђен због кривице и непажње. Слично као и у случају Еклоге, овај законски текст се не може у потпуности разумети без познавања изворног прописа, а то је коментар Аквилијевог закона о штети. Рецепција је и у овом случају ишла посредством Доротејевог грчког превода у којем је изостављено помињање „тог” закона. Тиме је византијски компилатор Прохирона потпуно замео траг вези текста с Аквилијевим законом који више није био широко познат у Византији деветог века. Питање санкције је у компилацији тако остало нејасно и препуштено по свему судећи одлуци судије.

6. ЗАКОНОПРАВИЛО СВЕТОГ САВЕ

Глава 55, Закон градски, превод је византијског Прохирона.²⁸

Ако би неко намерно запалио кућу или стог жита близу дома, нека буде ишибан и спаљен, предат огњу (Рекъше хотенїемъ дома зажежеть или врахъ жита влизъ дома лежещъ. обличенъ бывъ огньѣви прѣданъ боудеть.) Ако би то урадио ван града, нека му се одсеку руке (аще же вьнѣ града таковоѣ сѣтворитъ. да оуѣкоутъ емоу роуцѣ:)

ма. Затвориѣи чюжде овкыце или иноу котороую скотинѣ. и скоудотоу пише оудоривъ. Или инако како оудоривъ. соугубѣ отдати осоудѣдають се: Ако неко затвори туђе овце или неку другу стоку. И без хране их умори. Или их умори на други начин. Осуђује се да плати двоструко.

Паулусов случај спаљивања корова на њиви преведен је из Прохирона на следећи начин:

²⁸ *Крмчија Морачка*, описао и издао архимандрит Нићифор Дучић, Београд 1877, 34-134.

оє. Аще кто стѣбланіе своеє нивы хоте пожещи. вьложитъ въ ню огнь. пгнь же вьньмь се үюжде поалантъ нивн. нли үюжда виноградь. подьобаєтъ соудїи нстєзати. и аще оубо невѣждѣствомъ нли небрѣженїемъ вьждегшаго огньнѣж поаланено бысть. аще не съблюде слою. еже прѣити пламени на үюжда нивѣ ако не брѣгъ такоѣи и обѣлннк се осоудитъ се. аще же онъ оубо вьса съблюде. вьнезапоу же вѣтръ припадъ огньнын пламень на чюжда нивѣ, нли на виноградь прѣнесе. неповнннѣ ксть нже огнь вьждеже:

Аще по нѣкоємъ прилоутаю додъ нѣтїи запалитъ се. и оттоуду огнь нзышьдъ прилѣжешїе додн пожешетъ неповнннѣ ксть нже прѣжде запалнви се:

75. Ако неко хоће да попали стрѣику у својој њиви, пали по њој ватру. Но, [деси се да] ватра букне и спали туђе њиве или туђи виноград. Судија треба да испита [случај]. И ако, дакле, из незнања или небриге онога ко је распалио ватру [то] буде спаљено, пошто се [он] није осигурао да физички спречи [ширење пожара], како је пламен прешао на туђу њиву јер [он] није бринуо и био је лењ – да се осуди. Уколико се пак он за све био побринуо, а изненада је налетео ветар и пренео буктињу на туђу њиву или виноград – није крив [тај] што је распалио ватру.

Ако се неким случајем нечија кућа запали и отуда ватра изишавши попали суседне куће – није крив [тај] коме се најпре десио пожар.²⁹

У садржају нема разлике између Законоправила и Прохирона, али је грчки изворник превођењем на српскословенски изгубио нешто од стила и јасноће, што се може приписати слабостима преводиоца који није био довољно језички и правно образован.³⁰ Начелно говорећи, преводиоци су се сусретали с бројним проблемима код превођења. Имали су тешкоћа да разумеју текст, посебно када је он био више теоријског карактера те да адекватно преведу римску и византијску правну терминологију и слично.

7. СИНТАГМА МАТИЈЕ ВЛАСТАРА

Сажеци Јустинијановог права садржани су такође у Синтагми Матије Властара, византијском номоканонском зборнику из прве половине 14. века. Грчки монах Матија Властар је као изворе за световно право користио раније

²⁹ Захваљујем др Виктору Савићу, научном сараднику Старословенског одсека Института за српски језик САНУ и доценту Филолошког факултета у Београду, на преводу овог текста.

³⁰ Стојан Новаковић, филолог по образовању, дао је лошу оцену преводиоцу Синтагме Матије Властара, али сматра да је тај превод јаснији у упоредби са Законом градским из Номоканона Светога Саве. *Матије Властара Синѣаѣмай, (азбучни зборник византијских црквених и државних закона и љавила, словенски љревод времена Душанова)*, издао Стојан Новаковић, Српска краљевска академија, Зборник за историју, језик и књижевност српског народа, прво одељење, споменици на српском језику књига IV, Београд 1907, LXIV-LXV и LXVIII.

византијске зборнике: Еклогу, Епаногогу, Василике, Прохирон,³¹ али и сва четири дела Јустинијанове кодификације.

Грчки текст Синтагме сачуван је у више стотина преписа што сведочи о његовој изузетној популарности. На грчком језику су постојале две редакције, цариградска и охридска међу којима нема битнијих разлика. Охридска редакција послужила је као предлог за превод на српскословенски језик за време цара Душана и била је реципирана у право средњовековне Србије. Стојан Новаковић је почетком 20. века приредио издање српскословенског превода Синтагме на основу преписа из 1453. године из манастира Крушедол који се данас чува у Музеју Српске православне цркве у Београду (бр. 45),³² а од 2013. године интегрална Синтагма је доступна и на савременом српском језику захваљујући преводу Татјане Суботин-Голубовић.³³ Данас је познато 15 рукописа српскословенске редакције интегралне Синтагме, мада

³¹ Paolo Angelini, "Estratti di Diritto Giustiniano nel di Matteo Blastares", 81 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (2013), 145-157.

³² Новаковићево издање Властареве Синтагме доживело је бројне критике. Новаковићу се замера најпре што није приредио одвојена издања пуне и скраћене верзије Синтагме, него је означио одељке скраћене верзије посебним истакнутим словима (*bold*). Такође, замера му се што је за основ свог издања користио каснији рукопис, а не неки од ранијих преписа као што је на пример Старији карловачки препис познат и као Пчињски препис. Коначно, истиче се и то да Новаковићево издање није критичко. Ако се изузму тешко доступни рукописи интегралне и скраћене Синтагме, за истраживаче једино остаје на располагању издање које је приредио Стојан Новаковић на почетку двадесетог века на српскословенском језику, као и превод Властареве Синтагме на савремени српски језик Татјане Суботин-Голубовић који је настао на основу Новаковићевог издања на почетку двадестог века. Милена Полојац, „Аквилијев закон и средњовековно српско право: Синтагма Матије Властара“, *Идентификациски пројекат Србије, пројекат 2018*, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд 2019 (у штампи).

³³ Матија Властар *Синтагма* (превела са српскословенског Татјана Суботин-Голубовић), САНУ, Одељење друштвених наука, Београд 2013. Преводац Татјана Суботин-Голубовић, говорећи начелно о српскословенском преводу Синтагме са грчког оригинала истиче: „Први утисак после пажљивог читања српскословенског превода Синтагме јесте да је превод неуједначеног квалитета, те смо склонили да претпоставимо да је на преводу радило неколико преводаца. Приликом преводња овог текста на српски језик откривали смо бројне проблеме са којима су се преводиоци сусретали, те смо посматрали на који су их начин разрешавали. Понекад нису добро разумели текст, а неретко у свом лексичком фонду нису ни могли да пронађу одговарајуће еквиваленте за специфичне правне термине римског права, који су посредством византијских извора доспели и у српску средину. Но треба им одати и признање зато што су поједине делове превели одлично, при чему су добро одабрали терминима, који одговарају специфичним односима који су постојали у српском феудалном систему, показали да им је та материја блиска. Узимајући све ово у обзир, чини нам се да је Стојан Новаковић претерано строго оценио рад наших средњовековних преводаца кад је написао: 'Преводник који је израђивао превод знао је доста добро грчки и словенски, али, осим тога, могло би се казати, није знао ништа друго. Он није ни имао општег образовања, ни знања стила, нити му је на висини старање да јасно на свој језик преведе оно што је у грчком оригиналу.'” *Ibid.*, VII.

списак није коначан, с обзиром да постоје рукописне збирке у иностранству које нису истражене у довољној мери.³⁴

На основу интегралне верзије Синтагме настала је Скраћена Синтагма, српска скраћена и прерађена верзија грчког зборника, која је чинила део Душановог законодавства. У скраћену верзију укључен је мали број црквених канона општег карактера и готово све световне одредбе. Скраћена Синтагма је обима око једне трећине пуне верзије на грчком језику и садржи 94 главе. У науци углавном није спорно да је Скраћена Синтагма дело српског компилатора, нарочито с обзиром на околност да оваква верзија постоји само на српскословенском језику и да до сада није пронађен текст на грчком језику.³⁵ У науци је, међутим, још увек спорно када је ова збирка настала.³⁶ Од рукописа скраћене редакције Синтагме познато је девет преписа, а најстарији је из 15. века.³⁷

У обе верзије Синтагме, интегралној и скраћеној, извршен је другачији избор текстова у односу на раније компилације. Није реципиран случај уморства стоке глађу. Осим тога, реципирана су два параграфа везана за Аквилејев закон који се односе на паљевину, за разлику од претходних компилација у којима је реципиран само један, Паулов параграф. Ови текстови, спојени су у једну целину с фрагментима из књиге 47 и 48. Јустинијанових Дигеста који се односе на кривично дело паљевине, али нешто другачијим поступком него у старијим зборницима.

Паљевини је у интегралној верзији посвећено једно поглавље, Е-7. Скраћена Синтагма, Е-4, незнатно се разликује у односу на интегралну верзију.

О паљевини:

Закони

„Ако неко, желећи да попали стрњиште своје њиве, запали ватру, па ватра, пребацивши се, запали и туђу њиву или туђи виноград, судија треба да суди. И ако се ово догодило због небриге или неискуства онога који је палио ватру, или ако није из све снаге бранио да се пламен не прошири, биће осуђен због небриге и немара. Ако ли је из све снаге покушавао да спречи, па је изненада дунуо ветар и пренео пламен огња на пострадалог, није крив онај што је палио ватру.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Машје Власџара Синџаџмай* (издао С. Новаковић), XI.

³⁶ Стојан Новаковић је изнео тезу да је она настала за време деспота Стефана Лазарвића између 1402. и 1427. године, а највероватније око 1413. године, у време ревизије текста Душановог законика, *Машје Власџара Синџаџмай*, XXXIX. Мишљење које је раније изнео Флорински да је Скраћена Синтагма настала током преводјења пуног текста Синтагме, а најкасније до државног сабора 1349. године, прихвата касније и Сергије Троицки. Матија Властар *Синџаџма* (прев. Т. Суботин-Голубовић), XIV-XV.

³⁷ *Ibid.*, XVII.

Аште кто запаленію выѣшоу за еже съхранити свои домъ, разоритъ соусѣдѣнн, праздноукѣтъ Аквиліѣ, рек'ше тѣштета любо огнь достиже любо прѣдоугашенъ бысть.

Очигледно је да ситуацију описану у Целзовом случају није лако схватити на правилан начин уколико се не сагледа у контексту Аквиліјевог закона о штети. Починилац није одговоран за штету јер је она причињена *iure*, с обзиром на то да је, услед крајње нужде, искључена инјурија.⁴²

То је једини случај да се у српско-византијској компилацији изричито спомиње Аквиліјев закон: „не важи Аквиліје, то јест штета” – праздноукѣтъ Аквиліѣ, рек'ше тѣштета.

Овај случај није реципиран у Еклогу и Прохирон односно Законоправило. Матији Властару су извор могле бити Василике⁴³, али и Јустинијанова Дигеста⁴⁴.

Сматрамо да превод није коректан и треба да гласи: „не важи Аквиліје, то јест штета” (праздноукѣтъ Аквиліѣ, рек'ше тѣштета) или слободније: „не важи Аквиліјев закон о штети”. Наиме, *lex Aquilia de damno* је пун назив римског закона и компилатор је то хтео на истакне. Нигде се не спомиње накнада штете. Разликовање штете и накнаде штете је важно за разумевање Аквиліјевог закона и еволуције у његовом тумачењу и примени.

Реч Аквиліѣ налази се у малом латинском речнику стручних правних термина који су непреведени ушли у византијски номоканонски зборник, а затим, и у његову српску верзију. Сматра се да речник представља целину са Синтагмом јер се налази у већини преписа интегралног текста Синтагме.⁴⁵

8. ЗАКОН ЦАРА КОНСТАНТИНА ЈУСТИНИЈАНА

У проширеном Јустинијановом закону који чини део Душановог законодавства, сада названом по најважнијим византијским царевима Константину и Јустинијану, налазе се одредбе о паљевини. Њихово је порекло у Синтагми Матије Властара. Одредбе се наводе према рукопису Борђошких из 18. века.⁴⁶

⁴² Зато изгледа да Биљана Марковић није добро схватила смисао ове одредбе када каже следеће: „Починилац се нашао у тешким околностима – он сам је већ претрпео велику штету, очигледно се законском регулативом његова одговорност ограничава само на процењену вредност учињене штете, па се, доследно, одређује плаћање одштете, без обзира на то да ли је ватра стигла до суседне куће или није.” Б. Марковић (2011), 145.

⁴³ *B. 60.20.*

⁴⁴ *D. 9.2.49.1*

⁴⁵ Матија Властар *Синѣаѣма* (прев. Т. Суботин-Голубовић), XIX.

⁴⁶ Рукопис нове редакције који припада подгрупи северних рукописа, око 1703-1710. Биљана Марковић, *Јустинијанов закон, средњовековна византијско-српска љавна компиликација*, Београд 2007, 122-123.

Ћл. 47: „Ако ко стрњиште на својој њиви запали и прошири се огањ и попали туђе ствари, то свакако да се истражи. Потребно је да судија испита, (па) ако (се то) због небриге (десио), или онај који је запалио огањ није спречавао да се прошири, тај се осуђује.

Ако ли свом снагом спречава да се (огањ) прошири и наиђе ветар и огањ пређе (на туђе имање) и спали коме што, да се не осуди онај који је запалио (огањ).

Ако ли (је) огањ остао притајен, па се у ноћи распали и нешто неке попали да плати онај који је запалио огањ двоструку (вредност) онога што је изгорело.

Ћл. 48: Ако се коме дом запали одатле изађе огањ и спали било коју ствар или кућу, тај (коме се кућа запалила) ништа није крив и не треба да се осуди онај код кога се прво запалило”.

Текст закона указује на блиску везу с Властаревом Синтагмом, али је у односу на изворник знатно скраћен. Изостављен је Целзов случај рушења зграде суседа због страха од пожара, а Аквилијев закон се овде више не спомиње.

9. ЗАКЉУЧАК

Аквилијев закон о штети (*lex Aquilia de damno*) је важан како за римско право тако и за европску правну традицију. И у средњовековној Србији оставио је трага, додуше веома скромног. Реципирано је само два односно три текста: један кратак рескрипт из Јустинијановог Кодекса који се односи на уморство стоке глађу, *C.3.35.5*, и два параграфа из Јустинијанових Дигеста о паљевини, *D.9.2.30.3 (Paulus libro 22 ad edictum)*, *D.9.2.49.1 (Ulpianus libro nono disputationum)*. Рецепција је ишла посредним путем. Горе наведени фрагменти најпре су уврштени у византијске компилације (Еклога, Прохирон, Синтагма Матије Властара). Одатле су преузети у српско-византијске компилације: Законоправило Светога Саве – Закон градски, Скраћену Синтагму Матије Властара и у Закон цара Константина Јустинијана. Обим и начин рецепције разликују се у сва три српско-византијска правна извора.

Међутим, за све горенаведене компилације карактеристични су поступци који указују на вулгаризацију правне традиције из Јустинијановог времена: вађење појединих текстова из дотадашњег контекста, ново компиловање и систематизовање, скраћивање и поједностављивање уз изостављање садржаја уопштеног, теоријског карактера.

Тако су, на пример, параграфи који се односе на имовинску штету насталу паљењем који су у Јустинијановим Дигестама били у оквиру титулуса о Аквилијевом закону (*D.9.2*), сада извучени из свог контекста и спојени с

фрагментима који се односе на кривична дела паљевине из књиге 47 и 48. Дигеста (*D.47.9.9 Gaius libro quarto ad legem duodecim tabularum, D.47.9.11 Marcianus libro 14 institutionum, D.48.19.28.12. Callistratus libro sexto de cognitionibus*). Тако се изгубила разлика између приватних деликата и кривичних дела карактеристична за римско право.

Такође, текстови о паљевини из титулуса *Ad legem Aquiliam* Јустинијанових Дигеста преведени су на грчки језик у скраћеном облику, а затим на српско-словенски. Изостављени су уводни делови који имају теоријски карактер, а преведен је и реципиран само онај део текста који се односи на конкретан случај. Тако је из Пауловог параграфа (*D.9.2.30.3*) изостављена реченица која указује на контекст Аквилијевог закона, а она начелно говори о одговорности за долус и кулпу. Сличан, још драстичнији поступак скраћивања, препознатљив је и код параграфа *D.9.2.49.1* који је уврштен у Синтагму Матије Властара. Компилятор је изоставио уводни део текста у којем се истиче да је противправност (*iniuria*) неопходан услов за примену Аквилијевог закона те да је крајња нужда разлог за искључење противправности, а тиме и одговорности за штету. Задржана је само казуистика тј. Целзов случај. Помињање чувеног правника такође је изостављено.

Иако су многи правни историчари писали о кривичном делу паљевине, било у оквиру својих великих систематских дела било у чланцима појединачно, нико није скренуо пажњу на присуство Аквилијевог закона о штети у средњовековном српском праву, нити се осврнуо на начин рецепције узимајући у обзир све њене фазе од изворног римског текста, преко византијске прераде до коначне српске рецепције. Из овог примера је видљиво колико је простора остављено истраживачима да детаљније, институт по институт, истраже питања која се односе на присуство и рецепцију римског права у средњовековној Србији.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- Iustiniani Digesta* (recognovit Theodorus Mommsen/retractavit Paulus Krueger), *Corpus Iuris Civilis*, vol. I (D.9.2. *Ad legem Aquiliam*, D.47.9. *De incendio ruina naufragio rate nave expugnata*, D.48.19. *De poenis*). <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/10.3.2019>.
- Codex Iustinianus* (recognovit et retractavit Paulus Krueger), *Corpus Iuris Civilis*, vol. II, (3.35. *De lege Aquilia*), <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/10.3.2019>.
- Gai Institutionum commentarii quattuor*, ed. E. Seckel & B. Kuebler, Leipzig, 1938, <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/10.3.2019>.
- Giovanni Rotondi, „Teorie postclassiche sull’actio legis Aquiliae“, *Scritti giuridici*, II, Milano 1922, 411-464.

- Geofrey MacCormack, „Aquilian Studies“, *Studia et documenta historiae iuris (SDHI)*, 41, 1975, 1-78.
- Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford University Press, New York 1996, 953-1049.
- Milena Polojac, *Akvilijev zakon i pravna kultura*, Beograd 2015.
- Samir Aličić, *Imovinska šteta u rimskom klasičnom pravu*, Sarajevo 2017.
- F. Brandsma, *Dorotheus and his Digest Translation*, Egbert Forsten, Groningen 1996.
- Lujo Margetić, „Ekloga iz 726. godine i njezina važnost za našu pravnu povijest“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, I, Rijeka 1980, 53-78.
- Jus Graecoromanum*, II, (Leges Imperatorum Isaurorum et Macedonum, Ἐκλογὴ Νόμων), ed. J. Et P. Zepos, Scientia Aalen 1962.
- Procheiros Nomos*, Imperatorum Basilii, Constantini et Leonis Prochiron, ed. C. E. Zachariae (von Lingenthal), Heidelberg 1937.
- Basilicorum libri LX*, ed. C. G. E. Heimbach, Lipsiae 1850.
- Александар Соловјев, *Историја словенских љрава, Законодавство Сѣефана Душана цара Срба и Грка* (приредио и предговор написао проф. др Сима Аврамовић), Службени лист СРЈ, Класици југословенског права, Београд 1998.
- Срђан Шаркић, „Особености рецепције грчко-римског права у средњовековној Србији (допринос Александра Васиљевича Соловјева)“, *125 година од рођења Александра Васиљевича Соловјева* (ур. Зоран С. Мирковић, Нина Кршљанин), Београд 2016, 103-110.
- Законски ѿексијови сѣароѡ и средњеѡ века*, приредили Драган Николић, Александар Ђорђевић, Ниш 2013.
- Биљана Марковић, „Кривично дело паљевине у законодавству цара Стефана Душана према рукописима старије редакције“, *Историјски часопис*, књ LX, 2011, 139-151.
- Крмчија Морачка*, Опис рукописа.- Фотијеви предговори.- Градски закон, описао и издао архимандрит Нићифор Дучић, Београд 1877.
- Маѿије Власѿара Синѿаѡмаѿ*, (азбучни зборник византијских црквених и државних закона и ѿравила, словенски ѿревод времена Душанова), издао Стојан Новаковић, Српска краљевска академија, Зборник за историју, језик и књижевност српског народа, прво одељење, споменици на српском језику књига IV, Београд 1907.
- Paolo Angelini, “Estratti di Diritto Giustiniano nel di Matteo Blastares“, 81 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (2013), 145-157.
- Матија Властар *Синѿаѡма* (са српскословенског језика превела Татјана Суботин-Голубовић), САНУ, Одељење друштвених наука, Београд 2013.
- Биљана Марковић, *Јусѿинијанов закон, средњовековна византијско-српска ѿравна комѿилација*, Београд 2007.
- Алан Вотсон, *Правни ѿрансијланиѿ – ѿрисѿуѿ уѿоредном ѿраву* (с енглеског превела Силва Митровић), Београд 2000.

Milena M. Polojac, Ph.D., Full Professor
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
polojac@ius.bg.ac.rs

Lex Aquilia in Medieval Serbian Law

Abstract: *The author, studying the reception of Roman law in medieval Serbia, examines the case of famous lex Aquilia. First, Roman legal sources were analysed, then their transformation through Byzantine law and finally their reception in the Serbian medieval law.*

Lex Aquilia and its interpretation by Roman iurists is present in the medieval Serbian law in the very modest way. It is reduced down to only two or three fragments respectively, from the Justinian's Codex and the Digest title 9.2. Ad legem Aquiliam. The fragments are concerned with the cases of damage caused by killing pecora C.3.35.5 and by burning – urere: D.9.2.30.3 (Paulus libro 22 ad edictum), D.9.2.49.1 (Ulpianus libro nono disputationum). The above mentioned fragments first found their place in the Byzantine compilations (Ekloga, Proheiros Nomos, and the Syntagm of Matthew Blastares). Then they became part of the Serbo-Byzantine compilations: the Nomocanon of Saint Sava (ca. 1219), chapter 55 called City-statute (translation of Proheiros Nomos), the Syntagm of Matthew Blastares (14. century) translated into Serbo-Slavonic language (E-7). The abridged version of the Syntagm of Matthew Blastares (E-4) was made in medieval Serbia by reducing ecclesiastical law and preserving civil and criminal provisions. The compilation entitled Constantine Justinian's Law is based mainly on the Syntagm of Matthew Blastares.

The way of reception shows decay and vulgarisation of the Justinianic tradition. For example, above mentioned texts were associated with criminal law and merged with the fragments from the Digest' book 47, title 9 (De incendio ruina naufragio rate nave expugnata), and the cases of incendium – D.47.9.9 Gaius libro quarto ad legem duodecim tabularum, D.47.9.11 Marcianus libro 14 institutionum. The fragments of Roman iurists were abridged by dropping out all teoretical issues. Only pure casuistry is preserved.

Keywords: *Lex Aquilia. – Reception.- Byzantine compilations.- Serbo-Byzantine compilations.*

Датум пријема рада: 18.03.2019.

*Др Наташа Л. Голубовић, редовни професор
Универзитета у Нишу
Економски факултет у Нишу
natasa.golubovic@eknfak.ni.ac.rs*

ЗНАЧАЈ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА ЗА УНАПРЕЂЕЊЕ ПОСЛОВНОГ АМБИЈЕНТА У СРБИЈИ¹

Сажетак: У глобалној економији, где се земље међусобно такмиче у привлачењу страних инвестиција, веома је важно изградити институционални оквир који ће обезбедити подстицајни амбијент за инвестирање. Јачање владавине права доприноси повољнијем пословном амбијенту јер ствара климу стабилности и предвидљивости, где се пословни ризици могу рационално проценити. Србија је напредовала у сфери владавине права, али се стање у овој области не може означити као задовољавајуће. Унапређење владавине права допринело би побољшању пословног амбијента, чиме би се обезбедила компаративна предност домаће привреде на светском тржишту и компензирала друга ограничења у сфери привлачења инвестиција. Имајући у виду значај владавине права за побољшање пословног амбијента, циљ рада је анализа остварених резултата у области унапређења владавине права у Србији и идентификовање кључних слабости у овој сфери. Анализа владавине права заснива се на подацима Светског пројекта правде о квалитету владавине права по земљама, као и другим индикаторима који оцењују лакоћу пословања, степен конкуренности, квалитет управљања и степен економских слобода и степен развијености демократије, чији примарни циљ није квантификовање владавине права, али који у себи садрже, између осталог, и неке показатеље владавине права. Резултати анализе треба да укажу на остварене резултате у области владавине права у Србији, као основе за идентификовање кључних слабости у овој сфери и области у којима би продубљивање реформи допринело унапређењу пословног амбијента.

Кључне речи: владавина права, институције, пословни амбијент, инвестиције, Србија.

¹ Rad je rezultat istraživanja na projektu br. 179013, *Održivost identiteta Srba i nacionalnih manjina u pograničnim opštinama istočne i jugoistočne Srbije*, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

1. УВОД

Срж владавине права лежи у поштовању и заштити основних људских права и слобода². Ефикасна заштита ових права подразумева независно судство, које врши надзор над законодавном и извршном влашћу. Ограничења законодавне и извршне власти спречавају да појединци и групе буду угњетавани од стране већине. Владавина права представља хоризонталну потку институционалног минимума демократских избора и демократске партиципације.

Владавина права се у праву и филозофији посматра превасходно са аспекта заштите слобода појединаца³. Владавина права је важна не само с аспекта заштите основних политичких и грађанских права и слобода, већ је и један од кључних стубова економског напретка. У економској науци одавно је препознат значај владавине права. Владавина права апострофира се као важна детерминанта економског раста⁴. Роберт Бароу (*Robert Barro*) истиче да најпросперитетнији региони имају развијену демократију и да је унапређење владавине права кључно за инвестиције и раст⁵. Његово емпијско истраживање показало је да је владавина права важан предиктор економског раста⁶. Између осталог, владавина права обезбеђује предвидљивост; подстиче предузетништво и развој малих предузећа; успостављање јасних и објективних правила за оснивање, пословање и престанак рада предузећа; пружа стабилност и заштиту својинских права; подстиче већу одговорност јавних званичника; одржава равнотежу моћи између извршне, законодавне, судске и регулаторне гране власти; и обезбеђује контролу моћи државе над грађанима. У друштву у којем су су закони јасни, познати и примјењују се подједнако на све, сви чланови друштва остварују користи. Доступност правде и једнакост пред законом јача поверење у законски и регулаторни систем, стварајући подстицајно окружење за развој предузетништва.

У глобалној економији, земље се међусобно такмиче у привлачењу страних инвестиција. У земљама попут Србије, са малим унутрашњим тржиштем, а самим тим и потенцијално мањим могућностима за инвестирање и мањим приносима, унапређење владавине права смањује ризик за потенцијалне инвеститоре и доприноси побољшању пословног амбијента, чиме се обезбеђује компаративна предност домаће привреде на светском тржишту и компензирају друга ограничења у сфери привлачења инвестиција.

² John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, New York 1999.

³ Friedrich von Hayek, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago 1960.

⁴ Stephen Haggard, Lydia Tiede, "The rule of law and economic growth: Where are we?", *World Development*, 5/2010, 673-685.

⁵ Robert Barro, "Determinants of democracy", *Journal of Political Economy* 6/1999, 166-174.

⁶ Robert Barro, "Determinants of economic growth: A cross-country empirical study" National Bureau of Economic Research, Working Paper 5698, 1996, 70.

Циљ рада је анализа остварених резултата у области унапређења владавине права у Србији, као важне детерминанте квалитета пословног амбијента. Анализа владавине права заснива се на подацима Светског пројекта правде о квалитету владавине права по земљама, као и другим индикаторима који оцењују – лакоћу пословања, степен конкурентности, квалитет управљања и степен економских слобода и степен развијености демократије, а који у себи садрже, између осталог, и неке показатеље владавине права. Резултати анализе треба да укажу на остварене резултате у области владавине права у Србији, што представља основу за идентификовање кључних слабости у овој сфери и области у којима је неопходно продубљивање реформи у циљу унапређења пословног амбијента.

2. ЕКОНОМСКИ ЗНАЧАЈ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

Одрживи економски раст захтева низ услова, који нису увек строго економског или финансијског карактера. Новија литература о економском развоју нагласак ставља на институције, посебно на очување квалитета институција кроз успостављање и одржавање одговарајућег и функционалног правног оквира. Доминантан правац у теоријским истраживањима у економији фокусиран је на својинска права и уговоре, као и институционални оквир неопходан за њихово спровођење, попут контроле власти и независности правосуђа. У новије време, контрола корупције такође добија на значају.

У том контексту, значај владавине права за економски развој актуелна је тема теоријских и емпиријских истраживања. Владавина права, између осталог, утиче на привредни раст, међународну размену, стране директне инвестиције и поверење између појединаца у друштву (што представља важну компоненту друштвеног капитала). Владавина права представља такав систем у којем су закони познати, јасни, доступни свима и примењују се једнако на све; судије непристрасне и независне од било каквог утицаја; кључне институције правног система, укључујући судове, регулаторне агенције, тужиоце и полицију, правичне су, компетентне и ефикасне; влада и њени званичници поштују законе; закони се доносе по транспарентним, стабилним, јасним и општим правилима и процедурама; а сами закони су познати, јасни, релативно стабилни⁷. Владавина права пружа основу за реализовање економских активности кроз заштиту својинских права и уговора, који су кључни градивни елементи тржишне привреде. Прецизно дефинисана и заштићена својинска права стварају повољан амбијент за инвестирање и раст

⁷ *Rule of Law, Economic Growth and Prosperity*, Americas Society and Council of the Americas Working Group, 2007.

продуктивности, а заштита права интелектуалне својине подстицајно делује на истраживање и развој. Добро постављен оквир за спровођење уговора осигурава предузетницима да ће уговорне стране испунити своје обавезе. Економски актери морају се осећати заштићеним од потенцијалних злоупотреба носилаца власти и осталих актера, пре него што уложе своје време и капитал.

Реформе у развијеним тржишним привредама током 1980-их и 1990-их, засноване на тзв. Вашингтонском консензусу, биле су усмерене на кориговање фискалне неравнотеже, стварање неопходних услова за покретање економског раста и контролу инфлације, при чему је питање институционалних оквира одрживог раста углавном било у другом плану. У другу генерацију реформи укључено је и јачање институционалног оквира, при чему се владавина права сматра веома важном за консолидацију ефикасне тржишне економије⁸.

У земљама у транзицији врло брзо је постало јасно да је свеобухватне политичке и економске реформе тешко имплементирати и одржати у друштву са неадекватним или застарелим правним системом, лишеним функционалних институција које би омогућиле примену важећих правила и решавање спорова насталих у њиховој примени. Хоф (*Hoff*) и Штиглиц (*Stiglitz*)⁹ показали су да јачање владавине права у периодима транзиције губи на замаху када грађани перципирају формалне институције као неефикасне и расту очекивани приноси од злоупотребе јавног власништва. У таквим условима, слабљење владавине права је у интересу одређених интересних група. Реформе у земљама у транзицији, чији је циљ развој правног оквира подстицајног за пословање имају два кључна елемента. Први је преиспитивање формалних правила, укључујући устав, законе, уредбе и сл. Овај сегмент реформи треба да осигура да садржај правила одговара потребама друштва и да су резултат неког вида учешћа оних на које се та правила односе. Други је ефикасно спровођење формалних правила. У процесу проширења Европске уније на Западни Балкан, критеријум владавине права постао је један од главних приоритета¹⁰. На почетку процеса придруживања земаља Централне и Источне Европе, Европска Унија је, занемарујући наслеђене специфичности правних система постсоцијалистичких привреда, више инсистирала на ис-

⁸ *Ibid.*

⁹ Videti: Karla Hoff, Joseph Stiglitz, "After the Big Bang: Obstacles to the Emergence of the Rule of Law in Post-Communist Societies", *American Economic Review* 3/2004, 753-763. Karla Hoff, Joseph Stiglitz, "The Creation of the Rule of Law and the Legitimacy of Property Rights: The Political and Economic Consequences of a Corrupt Privatization", 2005, NBER Working Papers No. 11772.

¹⁰ Arolda Elbasani, Senada Šelo Šabić, "Rule of law, corruption and democratic accountability in the course of EU enlargement", *Journal of European Public Policy* 9/2018, 1317-1335.

пуњавању формалних правних критеријума од стране замаља кандидата¹¹. Показало се, међутим, да су с аспекта јачања владавине права, поред формалних, важна и неформална правила. Ова тензија између формалних и неформалних правила остала је важна карактеристика развоја у области владавине права у земљама у транзицији. Имајући у виду лоше стање у сфери владавине права, ЕУ је временом проширила стандардне Копенхашке критеријуме стратегијом промоције владавине права, која наглашава имплементацију и иреверзибилност реформи¹².

3. ВЛАДАВИНА ПРАВА И ПОСЛОВНО ОКРУЖЕЊЕ

Теоријске и емпиријске студије указују на то да јачање владавине права доприноси повољнијем амбијенту за инвестирање у мери у којој ствара климу стабилности и предвидљивости, где се пословни ризици могу рационално проценити, својинска права заштићена а уговорне обавезе поштују¹³. У таквим условима, нижи су трансакциони трошкови и олакшан приступ капиталу. Риџобон (*Rigobon*) и Роудрик (*Rodrik*)¹⁴ утврдили су да владавина права позитивно утиче на економски развој, при чему је економска отвореност земље позитивно корелисана са квалитетом функционисања правних институција. Реформа правног система може знатно да ојача подршку различитих друштвених група даљој дерегулацији привреде¹⁵. Квалитет формалних институција значајно утиче на способност земље да привуче стране директне инвестиције¹⁶. Нохал-Мејхер (*Nogal-Meger*)¹⁷ истраживала је утицај владавине права на БДП, преко утицаја на економске слободе и квалитет пословног окружења. Резултати истраживања, које је обухватило земље Европе,

¹¹ Martin Mendelski, "The EU's Rule of Law Promotion in Central and Eastern Europe: Where and Why Does It Fail, and What Can Be Done About It?" Bingham Centre for the Rule of Law, Global Rule of Law Exchange Papers, February 2016.

¹² European Commission "Enlargement strategy and main challenges 2006–2007", COM (2006) 649, Brussels, 7. November, 2006.

¹³ *Rule of Law, Economic Growth and Prosperity*, Americas Society and Council of the Americas Working Group, 2007.

¹⁴ Roberto Rigobon, Dani Rodrik, "Rule of law, democracy, openness, and income", *The Economics of Transition* 3/(2005), 533–564.

¹⁵ Francesco Caselli, Nicola Gennaioli, "Economics and Politics of Alternative Institutional Reforms", *The Quarterly Journal of Economics* 3/2008, 1197–1250.

¹⁶ Laura Alfaro, Sebnem Kalemli-Ozcan, Vadym Volosovych, "Capital Flows in a Globalized World: The Role of Policies and Institutions", *Capital Controls and Capital Flows in Emerging Economies: Policies, Practices and Consequences* (ed S. Edwards), University Chicago Press, Chicago 2007.

¹⁷ Paulina Nogal-Meger, "The Quality of Business Legal Environment and Its Relation with Business Freedom", *International Journal of Contemporary Management* 2/2018, 111–136.

Северне Америке и Азије, указали су на то да је тај утицај значајан. У земљама са већим степеном владавине права, већи су и степен економских слобода и ниво економске развијености. Веза између владавине и економског раста потиче од подстицаја које владавина права обезбеђује на микро нивоу, истиче Цивицки (Zywicki)¹⁸. Ограничавајући арбитражне активности власти, владавина права ствара институционални оквир погодан за инвестиције и предузетништво.

Иако су многи аспекти владавине права важни у контексту подстицања економског раста, одређена подручја – спровођење правде, регулаторни оквир за пословање и инвестиције (као и употреба алтернативних метода решавања спорова), поштовање уговора и заштита својинских права и права интелектуалне својине, појављују се као кључни изазови за земље које желе да промовишу и олакшају развој малих и средњих предузећа и подстакну домаће и стране инвестиције.

Правичан и ефикасан систем спровођења правде, укључујући организацију и функционисање правосудног система земље, неопходан је предуслов владавине права. Садржај закона губи на значају уколико су институције, успостављене за тумачење и спровођење тих закона неефикасне, арбитражне или корумпиране. Независност и транспарентност у раду правосудја подстицајно делује на економски раст кроз смањење перцепције ризика и стварањем повољнијег окружења за предузетништво. Из тих разлога, реформа правосудја и институција – укључујући именовање и унапређење судија, образовање и обуку судског особља, транспарентност у доношењу одлука и доступност судских услуга и службеника – предуслови су изградње фер, отвореног и ефикасног правног система.

Изградња регулаторног оквира који ће обезбедити подстицајни амбијент за пословање и инвестиције веома је важна. Обимна регулатива, нејасни прописи, компликоване и споре административне процедуре, представљају знатно оптерећење, нарочито за мала и средња предузећа и подстичу их на прелазак у сиву економију. Поједностављење регулативе и смањење препрека пословању ствара повољан амбијент за инвестирање. Стабилна и јасна регулаторна шема подстиче прилив страних директних инвестиција и привредни раст.

Владавина права претпоставља јасна и доследна правила за извршење уговора и решавање привредних спорова, укључујући потраживања која произлазе из стечаја. Пословање не може напредовати у одсуству правних гаранција да ће уговори бити поштовани. Ефикасан механизам споровођења уговора, између осталог, олакшава приступ кредитима и подстиче инвести-

¹⁸ Todd Zywicki, "The rule of law, freedom, and prosperity", *Supreme Court Economic Review* 10/2002, 1-26.

ције, што погодује развоју малих и средњих предузећа. Неопходно је развијати и користити алтернативне методе решавања привредних спорова, као што су посредовање и арбитража, у циљу ефикаснијег спровођења уговора јер су често, не само брже, него и лакше доступне у односу на парнице.

Закон о стечају је подједнако важан с аспекта правила која регулишу оснивање и престанак рада предузећа. Овај закон треба да буде конципиран и спровођен тако да поједностављује цео овај процес за све укључене стране. Тиме што смањује ризик за банке за инвестирање у *start-up* компаније и омогућава предузећима да се реструктурирају, ефикасан стечајни систем подстиче предузетништво.

Још један важан аспект владавине права је заштита права на физичку имовину и права интелектуалне својине. Право својине над стварима је једно од основних људских права. Будући да имовина појединца може да се користи као подлога за добијање кредита и инвестирање, јасно дефинисана и заштићена својинска права предуслов су учешћа појединца у економским трансакцијама и ширења кредитног тржишта.

Спровођење права интелектуалне својине је такође важно за развој подстицајног привредног амбијента. Заштита интелектуалне својине – односно патената, лиценци, заштитних знакова и других права интелектуалне својине – подстиче иноваторе тако што им обезбеђује ексклузивна права на одређено време, односно омогућава им да надокнаде уложене трошкове. Заштита интелектуалне својине важна је за стварање и одржавање модерних економија заснованих на знању и технологији, што је предуслов успеха на светском тржишту.

4. АНАЛИЗА ОСТВАРЕНИХ РЕЗУЛТАТА У ОБЛАСТИ ВЛАДАВИНА ПРАВА У СРБИЈИ

Владавину права тешко је дефинисати и мерити. Већина студија је ограничена на одређене аспекте владавине права или анализу овог феномена из одређеног угла. С једне стране су приступи који стављају нагласак на минималистичку концепцију владавине права и фокусирају се на формална правила и процедуре, а с друге стране приступи који се фокусирају на суштинске карактеристике и исходе, попут постојања фундаменталних права и слобода. Неке студије приступају мерењу владавине права са становишта тражње – потреба грађана, док је другима оријентир правни систем (страна понуде). Даље, имамо циљно оријентисане концепције владавине права (примарно усредсређене на остварење одређених вредности повезаних са владавином права) и институционалне концепције владавине права (владавина права постоји уколико постоји група правних институција). Имајући у виду

ове разлике, разумљиво је зашто је тешко утврдити комплетну листу индикатора и конструисати јединствени индекс владавине права¹⁹.

4.1. Индекс владавине права Светског пројекта правде (*World Justice Project – Rule of law index*)

Приступ Светског пројекта правде мерењу владавине права припада оној групи приступа која наглашава исходе и настоји да те исходе обухвати јединственим и кохерентним оквиром. Индекс владавине права Светског пројекта правде настоји да пружи основу за мерење степена владавине права полазећи од универзалних принципа, кроз свеобухватан и вишедимензионалан скуп показатеља исхода, од којих сваки одражава одређени аспект овог сложеног феномена. Скуп индикатора у оквиру *Индекса владавине права* резултат је напора да се постигне равнотежа између онога што се означава формалном или минималистичком концепцијом владавине права, која се фокусира на формална, процедурална правила и концепције која укључује суштинске карактеристике владавине права, као што је постојање основних права и слобода. Владавина права, у концепцији Светског пројекта правде, односи се на систем заснован на правилима, где се поштују четири универзална принципа: влада и њени представници делују одговорно и у складу са законом; закони су јасни, познати, стабилни и правични, штите основна права, укључујући сигурност људи и имовине; процеси у оквиру којих се закони доносе и примењују су доступни, правични и ефикасни; приступ правди обезбеђују компетентне и независне судије, адвокати и судски службеници, који располажу адекватним ресурсима и одражавају потребе заједница којима служе. Ови принципи изведени су из међународне праксе, широко прихваћени у земљама са различитим друштвеним, културним, економским и политичким системима, а укључују и суштинске и формалне елементе. Комбиновање формалних и суштинских елемената владавине права омогућава да се овај индекс примењује на различите типове друштвених и политичких система. Подаци о владавини права Светског пројекта правде представљају тренутно најсвеобухватнији скуп података те врсте на свету, који се превасходно ослања на примарне податке у мерењу посвећености земаља владавини права из перспективе грађана и њиховог искуства. Овај индекс пружа основу за идентификовање предности и слабости у сфери владавине права и, на тој основи, формулисање мера које ће допринети јачању владавине права.

Индекс владавине права Светског пројекта правде (World Justice Project – WJP) мери степен владавине права на основу искустава и перцепција гра-

¹⁹ Pim Albers, “How to measure the rule of law: a comparison of three studies”, *Rule of law conference*, November 2007, Hague Institute for Internationalization and Law. <https://rm.coe.int/how-to-measure-the-rule-of-law-a-comparison-of-three-studies-dr-pim-al/16807907b2/> 15.02.2019.

ђана и правних стручњака у земљама широм света. Земље се оцењују и рангирају на основу осам фактора: ограничења државне власти, одсуства корупције, отворености државних институција, фундаменталних права, реда и сигурност, спровођења прописа, доступност правде у грађанском и кривичном поступку. Вредности индикатора владавине права за 2019. годину изведене су на основу анкетања 120000 домаћинства и 3800 експерата у 126 земаља. Резултати и рангирање земаља на основу осам фактора и 44 суб-фактора индекса владавине права потичу из два извора података: 1. Анкета опште популације, коју спроводе водеће локалне агенције, користећи репрезентативни узорак од 1.000 испитаника у три највећа града сваке земље; 2. Упитника који се састоје од питања затвореног типа, а попуњавају их правни експерти из државног и цивилног сектора, који имају искуства са грађанским и привредним правом, кривичним правом и радним правом.

Теоретски оквир који повезује показатеље исхода ослања се на два кључна сегмента односа између државе и грађана. Први сегмент тиче се тога да ли закон намеће ограничења за вршење власти од стране државе и њених представника, као и појединаца и предузећа (фактори 1, 2, 3 и 4 у оквиру индекса). Други принцип односи се на то да ли држава ограничава деловање чланова друштва и испуњава своје основне дужности према становништву и служи јавном интересу, да ли су грађани заштићени од насиља, као и да ли сви чланови друштва имају приступ правосуђу – решавање спорова и поступање по жалби (фактори 5, 6, 7 и 8 у оквиру индекса). Вредност индекса креће се у распону од 0 до 1, где 1 означава највећи степен поштовања принципа правде, а 0 најмањи. Србија је се налази на 78. месту од 126 ранжираних земаља, са индексом владавине права 0,5. Поређења ради, на листи свих ранжираних земаља Словенија се налази на 26 месту, Хрватска на 42, Босна и Херцеговина 60, Македонија 56 и Албанија 71. У групи земаља Западног Балкана, Србија заузима последње место.

Прва група индикатора у оквиру *Индекса владавине права* односи се на *Одговорност власти*. Она се у оквиру Индекса владавине права прати преко два фактора: ограничења у вршењу власти и одсуства корупције. Фактор *Ограничења у вршењу власти* мери степен у којем власт поштује закон. Обухвата механизме, како уставне тако и институционалне, који ограничавају моћ државе и њених представника и чине их одговорним у оквирима закона. Овај фактор обухвата и невладине механизме контроле власти, попут слободне и независне штампе. Кључно је да постоји подела власти, на начин који осигурава да ниједна грана власти нема простора за неограничену моћ. Србија је у овој области добила оцену 0,40, што значи да бележи континуирано погоршање од 2012. године, када је вредност овог индикатора била 0,48²⁰.

²⁰ *Rule of Law Index 2012*, World Justice Project, https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP_Index_Report_2012.pdf/15.03.2019.

Најслабија карика је кажњавање званичника за злоупотребу положаја, где је Србија добила изузетно ниску оцену 0,27. Србија не стоји најбоље ни у вези са законским ограничењима самовољи власти (0,42). За лошу оцену у овој области одговорна је судска власт и њена немогућност да се супротстави извршној (0,35). Невладини механизми контроле власти означени су као релативно слаби. Други фактор је *Одсујносћ коруѿције*. Корупција се уобичајено дефинише као злоупотреба државног положаја за приватну корист. Степен корупције показује у којој мери државни званиници злоупотребљавају свој положај. У обзир су узети различити облици корупције, који су испитивани у сфери законодавне, извршне и судске власти. Законодавна власт оцењена је као најкорумпиранија (0,26), а затим судска (0,49) и извршна власт (0,46). Као најмање корумпирани означени су полиција и војска (0,54).

Друга група индикатора односи се на *Сиѳурносћ и основна љрава* и прати се преко два фактора: ред и сигурност и основна права. Фактор *Ред и сиѳурносћ* показује у којој мери друштво обезбеђује безбедност лица и имовине. Безбедност грађана је један од основних аспеката владавине права и фундаментална функција државе. Насиље не само да намеће штете друштву, већ спречава постизање других циљева, као што су остваривање слобода и доступност правде. Овај фактор укључује три димензије: одсуство криминала, одсуство политичког насиља (тероризам, оружани сукоби и политички немири), и насиља као начина решавања спорова. Четврти фактор (*Основна љрава*) оцењује степен заштите основних људских права. Обухвата поштовање следећих права: једнаки третман и одсуство дискриминације; право на живот и сигурност; слобода мисли и изражавања; слобода удруживања, укључујући право на колективно преговарање; забрана принудног и деѳјерада; право на приватност; поштовање права оптуженог; и ретроактивна примена кривичног закона. Од осам фактора обухваћених индексом, Србија је једино за *Ред и сиѳурносћ* (0,77) и *Основна љрава* (0,56) добила оцене изнад 0,5, највише захваљујући слободи вероисповести (0,70), слободи окупљања (0,59), одсуству дискриминације (0,62) и одсуству грађанских сукоба (1,0). При том, у области *Ред и сиѳурносћ* дошло је до побољшања јер је вредност овог фактора повећана са 0,75 на 0,78, али је у области Основних права дошло до погоршања, са 0,61 на 0,56, у односу на 2012. годину²¹.

Трећа група индикатора је *Оѿвореносћ државних инсѿиѿуѿија и еѿикасносћ реѳулаѿорноѳ оквира*. Поменути фактори указују на то у којој мери су процеси путем којих се закони доносе и примењују приступачни, правични и еѿикасни. Фактор *Оѿвореносћ државних инсѿиѿуѿија* тиче се приступа,

Rule of Law Index 2019, World Justice Project, available at <https://worldjusticeproject.org/our-work/research-and-data/wjp-rule-law-index-2019/> 15.03.2019.

²¹ Ibid.

партиципације и сарадње између државе и грађана и игра кључну улогу у подстицању одговорности. Приступ грађана информацијама од јавног значаја важна је полуга у обезбеђивању одговорности власти. Када је реч о отворености државних институција, дошло је до одређеног погоршања у односу на 2016. годину, али је вредност овог индикатора нешто већа него 2012. године²². Србија је у области права на информисање добила оцену 0,48, а за доступност закона и докумената власти 0,52. Директно укључивање грађана, као и организација цивилног друштва, са становишта транспарентности и одговорности власти, у Србији је још увек у зачетку. Транспарентнији и инклузивнији процес доношења одлука доприноси квалитетнијим јавним политикама. Неопходна је сарадња са цивилним друштвом, како кроз организације цивилног друштва, тако и кроз индивидуалне активности (нпр. кроз жалбене механизме). У том контексту, као незадовољавајуће оцењене су грађанска партиципација (0,47) и учешће грађана кроз жалбене механизме (0,41). Фактор *Сировођење њројиса* указује на правичност и ефективност државне регулације. Важно обележје владавине права је да се правила поштују и ефикасно спроводе, без злоупотреба од стране државних званичника. У овој области Србија је добила оцену 0,47. Ефикасност регулаторног оквира је релативно ниска (0,45), чему доприноси чињеница да се правила не спроводе ефикасно, будући да има доста неоправданог кашњења у примени правила (0,40), као и недозвољеног утицаја (0,47).

Четврта група индикатора *Досјуйносѝ љравде* прати се преко следећих фактора: доступност правде у грађанском и кривичном поступку. Фактор *Досјуйносѝ љравде у ѓрађанском љосѝуйку* показује у којој мери грађани могу своје спорове решавати кроз формалне институције на миран и ефикасан начин, у складу са општеприхваћеним друштвеним нормама. Ефикасна грађанска правда подразумева да систем буде доступан и приступачан, без дискриминације и корупције, као и без утицаја од стране јавних званичника. Такође, неопходно је да се судски поступци воде благовремено и да не подлежу неоправданим одлагањима. Коначно, препознајући вредност механизма алтернативног решавања спорова, овај фактор такође мери приступачност, непристрасност и ефикасност система посредовања и арбитраже, који помажу странкама да решавају грађанске спорове. Фактор *Досјуйносѝ љравде у кривичном љосѝуйку* (фактор 8), оцењује ефикасност кривично-правног система, као важног аспекта владавине права. Ефикасни кривично-правни систем у стању је да истражује и пресуђује за кривична дела успешно и право-

²² *Rule of Law Index 2016*, World Justice Project, available at https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/RoLI_Final-Digital_0.pdf/15.03.2019.

Rule of Law Index 2012, World Justice Project, https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP_Index_Report_2012.pdf/15.03.2019.

времено, кроз систем који је непристрасан и недискриминаторан, без корупције и политичког утицаја, истовремено осигуравајући да права жртве и оптуженог буду ефикасно заштићена. Стварање ефикасног кривично-правног система такође захтева корективне механизме који ефикасно сузбијају криминално понашање. Сходно томе, процена ефикасности кривично-правног система треба да узме у обзир цео систем, укључујући полицију, адвокате, тужиоце, судије и затворске службенике. У области *Досљудности права*, као кључни проблеми издвајају се неоправдано одлагање судских процеса и политички утицај.

4.2. Остали индикатори од значаја за анализу владавине права

Индекс доброг управљања (Worldwide Governance Indicators, World Bank). Квалитет управљања (и владавине права), у оквиру *Индекса доброг управљања* Светске банке, мери се на основу података који се добијају анкетирањем предузећа, грађана и експерата о квалитету јавног управљања, које спроводе институти, међународне организације и невладине организације. Добијени подаци сврстани су у шест димензија владавине, а једна од њих је владавина права, која указује на то да ли међу актерима у друштву постоји поверење, у којој мери они поштују постојећи правни поредак, у којој мери се поштују уговори, какав је квалитет полиције и судова, која је вероватноћа криминала и насиља. Због начина прикупљања података, индикатор квалитета управљања и субиндикатор владавине права не дају слику владавине права са институционалног аспекта, већ дају перципирани ниво квалитета управљања, односно владавине права, на основу субјективних процена грађана, експерата и др. То може да објасни зашто понекад постоје дискрепанце између индикатора владавине права у оквиру Индикатора доброг управљања и индикатора владавине права добијених из других извора и студија.

Индекс владавине права из Студије о квалитету јавног управљања заснован је на више елемената и више извора. Неки од њих односе се на независност судства, правичност судских процедура, брзину процедура, судску одговорност и поверење у судство, као и спровођење уговора. Други се односе на степен криминала и ефикасност спровођења закона. Уз то, одређене компоненте које су обухваћене другим димензијама индикатора управљања могу да се подведу под дефиницију владавине права: слобода удруживања, политичка права, слобода штампе, политичка партиципација (гласање и одговорност), административне препреке, сложеност пореског система, регулација увоза и извоза (регулаторни квалитет), перципирана корумпираност судија (контрола корупције). Оцене за владавину права крећу се од -2,5 (слаб утицај управљања) до 2,5 (снажан утицај управљања). У случају Србије, у

последњих десет година бележи се континуирано погоршање у сфери владавине права. Вредност овог индикатора је 2007. године износила 0,47, 2012. године 0,36 и 2017. године 0,19²³.

Индекс својинских њрава (Property Right Alliance – International Property Rights Index). Овај композитни индекс настаје укрштањем секундарних података до којих су дошле друге међународне организације. Ради егзактности и међународног поређења користе се само извори који се сматрају поузданим (A World Bank Group Flagship Report Doing Business, World Bank Governance Indicators, World Economic Forum Global Competitiveness Report). Према *заштити својинских њрава*, Србија је при дну листе од 125 земаља. Налази се на 101. месту, са индексом 4,61. Србија је у готово свим областима заштите својинских права лоше оцењена (оцена испод 5). Међу земљама Западног Балкана, од Србије је лошије позиционирана једино Босна и Херцеговина (107). Када је реч о *субиндикатору владавине њрава*, Србија је оцењена са 4,769, што је ставља на 69. место у свету и 16. у региону у 2018. години. По субиндикатору независности судства, међутим, Србија је добила оцену 3,046 и налази се на 108 месту у свету, односно 20. месту у региону. У оквиру субиндекса права на физичку имовину, инвеститори немају проблема са регистрањем имовине (где је Србија 54. у свету и 18. у региону, са оценом 9,291), већ са заштитом имовине, где је Србија сврстана на 112. место у свету и 20. у региону (оцена 3,926). У сфери заштите права интелектуалне својине, Србија је на 107. месту у свету, а 21. у региону²⁴.

Иако је Србија напредовала у сфери заштите својинских права, укупно стање не може се означити као задовољавајуће. Без ефикасне заштите својинских права не може се очекивати значајнији раст инвестиција.

Индикатор лакоће њословања (World Bank – Doing Business). Основни циљ студије Светске банке о лакоћи пословања није квантификовање владавине права, већ да на основу индикатора о регулацији привреде и заштите својинских права процени атрактивност земље за инвестирање. Зато су резултати ове студије од ограничене употребљивости за мерење владавине права. Једна од претпоставки у оквиру методологије Светске банке је да су заштита својинских права и уговора битни за инвестиције, размену и економски раст. Поштовање уговора позитивно утиче на владавину права. У том смислу, спровођење уговора може да се посматра као један од индикатора који могу бити корисни у мерењу неких аспеката владавине права. *Студија о лакоћи њословања* истиче позитивну везу између начина функционисања правосуђа и инвестиционе климе. Услови за пословање су повољнији уколико су судови

²³ *Worldwide Governance Indicators 2017*, World Bank, <http://info.worldbank.org/governance/wgi/#reports/> 15.03.2019.

²⁴ *International Property Rights Index 2018*, Property Rights Alliance, <https://www.internationalpropertyrightsindex.org/full-report/> 18.03.2019.

брзи, правични и доступни. Корупција у правосуђу смањује поверење грађана и предузећа у државне институције и негативно утиче на инвестиције.

Земље су рангиране по питању *извршења уговора* на основу три критеријума: времену потребном за спровођење уговора преко судова (изражено у данима); трошковима реализације уговора путем судова (изражено као проценат потраживања); и квалитета судског процеса. Подаци у вези са спровођењем уговора добијају се из анкета које попуњавају експерти у различитим земљама, попут правника, пословних консултаната, рачуновођа, државних званичника итд. Попут индикатора о квалитету управљања, резултати су засновани на перцепцији испитаника, тако да се информације о дужини трајања судских поступака и других важних аспеката функционисања судова не добијају из директних извора: судова и правосудних институција. Према *Индексу лакоће пословања* (73,49) из последњег извештаја за 2018. годину, Србија је на 48. месту од 190 ранжираних земаља. Њена позиција са аспекта извршавања уговора је лошија у односу на просечну оцену јер је на 65. месту, са вредношћу индикатора 61,41. Поређења ради, Хрватска се према овом индикатору налази на 25. месту. У Србији је потребан знатно већи број дана за решавање спорова (635) у односу на земље Европе и Централне Азије (496,3), односно ОЕЦД земље (582,4). Трошкови судског поступка износе 40,8% вредности потраживања, док у региону Европе и Централне Азије износе 26,3%, а ОЕЦД земљама 21,2%. Нешто је боља ситуација када је реч о *квалитету правосудног процеса*, где је вредност индекса за Србију 13,0 (индекс се креће у распону од 0-18, при чему виша вредност индекса означава већу ефикасност правосудног процеса), у Европи и Централној Азији 10,3, земљама ОЕЦД 11,5. Индекс квалитета правосудног процеса представља скуп показатеља структуре и функционисања судова, управљања предметима, аутоматизације правосуђа и алтернативног решавања спорова. У Извештају о лакоћи пословања за 2018, истиче се да је Србија ову оцену добила зато што је предузела одређене мере у циљу ефикаснијег спровођење уговора: увођењем приватних извршитеља у правосудни систем Србије 2013. године и усвајањем новог Закона о извршењу и обезбеђењу 2018. године, који проширује и појашњава одговорност извршитеља, као и овлашћења судова током извршног поступка²⁵.

Индекс економских слобода (Heritage Foundation). Према индексу економских слобода Херитиџ фондације за 2019. годину, Србија се (са вредношћу индекса 63,9) налази на 69. месту од 180 ранжираних земаља. Србија је напредовала и из економски „углавном неслободних” ушла у категорију

²⁵ *Doing Business 2019. Economy profile Serbia*, World Bank Group, available at <http://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/country/s/serbia/SRB.pdf/> 15.03.2019.

економски „умерено слободних земаља”. Истиче се да је Србија остварила значајан институционални напредак ка тржишно орјентисаној привреди, као и да ће даљи напредак Србије зависити од посвећености коренитим институционалним и структурним реформама.

Саставни део индекса економских слобода Херитиџ фондације (економске слободе оцењују се помоћу лествице од 0 до 100, при чему већа вредност индикатора одражава већи ниво економских слобода), поред величине државног сектора, регулаторне ефикасности и отворености тржишта, је и *скуј њоказайџџа владаџине љрава* (својинска права, интегритет владе и ефикасност судства), где је Србија најлошије оцењена. Србија је у области својинских права остварила оцену 50,1, интегритета владе 37,2, а независности судства 44,8. При том, у сфери независности судства забележен је пад од 3,4 поена у односу на претходну годину²⁶. У Извештају Херитиџ фондације указује се на то да су грађанима Србије и страним инвеститорима гарантована својинска права, али да је спровођење тих права споро. Независност правосуђа угрожава политички утицај, а корупција и даље представља велики проблем, при чему се антикорупцијска регулатива не примењује ефикасно. Као кључне области у којима је неопходно продубити реформе истичу се: модернизација пореске администрације, смањење корупције и јачање правосудног система.

Слободе у свеџу (Freedom House – Freedom in the World). Слободе у свету је глобални годишњи извештај о политичким правима и грађанским слободама. Извештај објављен 2019. године садржи оцене политичких права и грађанских слобода у 2018. години, за 195 земаља. Полазећи од тога да формалне гаранције права и слобода грађана нису довољне, ова студија, иако вреднује оба елемента, већи нагласак ставља на практично остваривање ових права, него на законе и прописе који их регулишу.

Индекс грађанских слобода, који је саставни део ове студије, обухвата оцене слободе изражавања и удруживања, владаџине права и личне аутономије грађана. У области владаџине права забележено је погоршање у односу на претходну годину, са 10/16 на 9/16. Према оцени из извештаја, стање грађанских слобода у Србији може се сматрати задовољавајућим. Међутим, детаљнија оцена слобода и права грађана указује на то да се грађани Србије суочавају са тешкоћама у остваривању формалних права. На пример, у Србији је гарантовано право својине, али је његова заштита отежана због неефикасности правосудног система. Грађани слободно одлучују о покретању сопственог посла, али бирократске препреке отежавају тај процес. У Србији постоји једнакост полова, али жене су суочене са дискриминацијом на тржишту

²⁶ *Index of economic freedom 2019*, Heritage foundation, available at <https://www.heritage.org/index/country/serbia/> 15.03.2019.

рада. Као значајан проблем у сфери владавине права, истиче се угрожавање независности правосуђа кроз политички утицај на именовање судија и судијске одлуке. Политичари редовно у медијима коментаришу судске одлуке и текуће судске процесе и истраге. У протеклом периоду евидентан је политички утицај на рад полиције и тужилаштва. Из тих разлога, степен независности правосуђа оцењен је као незадовољавајући (2/4)²⁷.

Бертелсман индекс трансформације – BTI (Bertelsmann Stiftung – Bertelsman Transformation Index). Овај индекс рангира земље према квалитету демократије и тржишне привреде. BTI агрегира резултате процеса трансформације и политичког управљања у два индекса: *Индекс статуса* и *Индекс управљања*. Индекс статуса, са своје две аналитичке димензије – политичка и економска трансформација – показује где свака од 129 земаља стоји на путу ка демократији, заснованој на владавини права и социјалној тржишној привреди. Остварени резултати на плану политичке трансформације оцењују се на основу пет индикатора, међу којима је и владавина права. *Индикатор владавине права* има четири компоненте: подела власти, независност судства, процесуирање за злоупотребу службеног положаја и заштита основних грађанских права. Поред овог индикатора, додатни увид у степен владавине права можемо да добијемо на основу субиндикатора *Заштита приватне својине*, у оквиру економске трансформације. У оквиру политичке трансформације, најслабији резултати у 2018. години остварени су у области владавине права – 6,8, а у оквиру економске трансформације заштита приватне својине оцењена је са 7,5 (најмања оцена је 1 а највећа 10)²⁸.

Константан проблем у вези са поделом власти у Србији је доминација извршне власти над судском и законодавном. Иако је моћ државе формално ограничена законом, у пракси долази до нарушавања тог принципа, посебно доношењем закона по хитним процедурама и повредама независности аутономних органа, попут Омбудсмана. Бертелсман Индекс оцењује поделу власти у Србији као незадовољавајућу (7/10). Правосуђе карактерише неефикасност и подложност политичком утицају. Наглашава се да није било значајнијих резултата на плану повећања независности правосуђа, што представља један од кључних проблема и реформских изазова за Србију. У прилог томе, наводе се резултати истраживања Светског економског форума, објављеног јануара 2017. године, у оквиру којег је 1585 српских судија одговарало на питања о свом раду, при чему је 44% њих изјавило да су били под неким видом притиска приликом доношења одлука. Међу њима, 43% пријавило је да је

²⁷ *Freedom in the World 2019 – Serbia Country profile*, Freedom House, <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2019/serbia/> 15.03.2019.

²⁸ *Bertelsman Transformation Index 2018 – Serbia Country Report*, Bertelsman Foundation, <https://www.bti-project.org/en/reports/country-reports/detail/itc/SRB/>, 19.03.2019.

трпело неки вид пристиска унутар самог правосудног система, посебно од стране руководиоца различитих судова, док је 27 % пријавило притисак од других грана власти²⁹. Корупција представља слабу тачку правосуђа. Анти-корупцијска политика није конзистентна јер има мало судских пресуда високим државним службеницима, а активности и мере предвиђене антикорупцијском стратегијом и акционим планом нису у потпуности имплементирани. Иако су уставом гарантована права и слободе грађана, у последњих неколико година у Србији је дошло до значајног ограничавања слободе медија и слободног изражавања.

Нације у транзицији (Freedom House – Nations in Transit). Студија *Нације у транзицији*, у склопу индекса развијености демократије, оцењује степен независности правосуђа као кључног гаранта грађанских слобода. У извештају за 2018. годину³⁰ указује се на то да, упркос реформама спроведеним у овој области, неуспех у установљивању независног судства, уз његову неефикасност, представљају највеће недостатке институција у Србији. И поред декларативне жеље владе да побољша владавину права и ефикасност правосудног система, делимично под притиском ЕУ, квалитет правосудног оквира и независност судства у Србији оцењени су као незадовољавајући (4,5/7). Наводи се истраживање Савета за борбу против корупције³¹, које указује на бројне проблеме српског правосуђа: изложеност политичким утицајима, финансијску зависност од извршне власти, распрострањеност корупције унутар правосудног система. Уочене су и бројне неправилности и одлагања у процесу избора судија. Због тога су оцене у вези са независношћу правосуђа и владавину права у последњих неколико година веома ниске.

Stepen ekonomskih sloboda (Fraser Institute – Economic Freedom Rankings). Овај индекс мери степен економских слобода у пет кључних области. Једна од тих области је *Правни систем и заштитиња својинских права*. Кључни елементи правног система конзистентног са економским слободама су: владавина права, заштита својинских права, независно и непристрасно судство, и непристрасно и ефикасно спровођење закона. Према подацима Фрејзеровог института за 2016. годину, Србија се налазила на 84. месту од 162 земље, са вредношћу индекса од 6,85 (где 1 означава најмањи, а 10 највећи степен економских слобода). Најлошије је оцењена у субиндикатору *Правни систем и заштитиња својинска права*, где је добила незадовољавајуће оцене у оним сегментима који су кључни за владавину права: независност судова

²⁹ Ibid.

³⁰ *Nations in Transit 2018 – Serbia Country Profile*, Freedom House, <https://freedomhouse.org/report/nations-transit/2018/serbia/> 20.03.2019.

³¹ Izveštaj o stanju u pravosuđu, Savet za borbu protiv korupcije, 2016, <http://www.antikokorupcija-savet.gov.rs/Storage/Global/Documents/izvestaji/Pravosudje%20konacno%20!.pdf> / (10.03.2019)

3,05, непристрасност судова 2,73, заштита својинских права 3,93 и спровођење уговора 3,20³².

Индекс глобалне конкурентности (World Economic Forum – Global Competitiveness Index). Према Извештају о глобалној конкурентности Светског економског форума за 2018. годину, Србија је на 65. месту од 140 ранжираних земаља³³. У оквиру првог стуба конкурентности, под називом *Институције*, налази се неколико индикатора од значаја за анализу владавине права: независност судства, ефикасност правног оквира у оспоравању законитости активности владе и/или прописа, ефикасност правног оквира у решавању спорова, заштита својинских права и заштита права интелектуалне својине. Светски економски форум рангирао је Србију на 107. место од 140 земаља с аспекта независности судства; по ефикасности правног оквира у оспоравању законитости владе и/или прописа Србија је на 98. месту; заштити својинских права на 115. месту; заштити права интелектуалне својине на 100. месту; а према ефикасности правног оквира у решавању спорова на 66. месту. Из наведеног се може закључити да је у оним сегментима институционалне структуре од значаја за конкурентност, а који су повезани са владавином права, Србија остварила незадовољавајуће резултате.

5. ЗАКЉУЧАК

Анализа индикатора владавине права из различитих извора указује на слабости институционалног и правног амбијента у Србији. Даље реформе у области владавине права и правне сигурности неопходне су за унапређење пословног амбијента и привлачење инвестиција. Србија је напредовала у сфери владавине права, али се стање у овој области не може означити као задовољавајуће. Правни оквир који дефинише и штити својинска права у Србији углавном је добро дефинисан. Међутим, главни проблеми леже у области имплементације. Судови су спори и неефикасни, што доводи до дугих судских процеса, уз високе трошкове. Низак степен ефикасности регулаторног оквира резултат је тога што се правила не спроводе ефикасно, има доста неоправданог кашњења у примени правила и политичког утицаја.

Низак степен независности правосудног система, према свим оценама, сматра се најслабијом кариком механизма хоризонталне одговорности. Постоје снажни ван-судски утицаји на правосудје и тужилаштво, углавном од

³² *Economic Freedom 2016*, Fraser Institute, <https://www.fraserinstitute.org/economic-freedom/dataset?geozone=world&page=dataset&min-year=2&max-year=0&filter=1&countries=SRB/>, 25.03.2019.

³³ *Global Competitiveness Report 2018*, World Economic Forum, <http://www3.weforum.org/docs/GCR2018/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2018.pdf/> 15.03.2019.

стране извршне власти, што значајно да утиче на судске поступке и заштиту својинских права. Степен независности правосудног система једним делом указује и на квалитет режима хоризонталне одговорности, који обухвата поделу власти између међусобно независних и аутономних органа извршне, законодавне и судске власти. Капацитети законодавне и судске власти да контролишу извршну власт су ограничени, док је рад правосуђа отежан због политичких притисака, неефикасности и корупције, чиме је угрожен систем хоризонталне одговорности власти. Упркос томе што је званично усвојен правни оквир за борбу против корупције и злоупотребу власти, веома су ретки случајеви процесуирања носилаца власти.

Владавина права важна је и с аспекта консолидације демократије. Процес преласка из аутократског у демократски режим има неколико потенцијалних исхода, где консолидована демократија представља најбољи могући сценарио. Међутим, у великом броју случајева, институционализација демократије не мора да буде праћена процесом учвршћивања демократских институција. Ово има за последицу да велики број новонасталих демократија остаје дугорочно заробљен у стању непотпуне консолидације. За овакве демократије карактеристичне су аномалије у функционисању појединих елемената демократског система, што их чини *мањкавим* или *дефектним*, односно *полуконсолидованим* демократијама. Овакви хибридни режими могу да постану консолидоване демократије, али и да се врате у неку форму аутократског режима. Нарушавање принципа владавине права и хоризонталне одговорности, нпр., може да дестабилизује остале делове демократског режима и доведу до повратка у ауторитаризам, са негативним реперкусијама на квалитет привредног амбијента. Један од показатеља потенцијалне опасности од повратка у ауторитаризам је погоршање у области фактора *Ограничења у вршењу власи*, где је забележен већи пад у односу на протекли период, него у било којем другом фактору у оквиру Индекса владавине права. Овај фактор мери степен до којег су они који владају ограничени формалним и невладиним механизмима, попут независног судства, слободе штампе и сл.

Оваквом стању у области владавине права допринели су различити фактори, почевши од историјског наслеђа, друштвених, политичких или културних фактора који обликују данашње институције и политике. Процес транзиције у тржишну привреду подразумевао је корените институционалне промене. У том процесу створен је својеврсни институционални вакуум, при чему је разградња постојећих институција текла знатно бриже од изградње нових. Једна од карактеристика транзиције у Србији, а који је знатно допринео слабењу владавине права, је недовршена приватизација. Знатна количина ресурса у државном власништву резултирала је растом моћи државе да контролише остале друштвене и политичке актере. Не треба занемарити

чињеницу да се транзиција у Србији одвијала у периоду обележеним грађанским ратовима и међународном војном интервенцијом, што је додатно допринело институционалној разградњи и институционалној неефикасности.

Србија такође има дугу историју јаких неформалних институција, које данас доприносе распрострањености и утицају неформалних мрежа и мрежа клијентелизма. Ове мреже доприносе развоју неформалних институција које могу у потпуности да постисну формалне. Тиме се стварају повољни услови за злоупотребу моћи од стране политичких елита и нарушавање институционалног развоја у многим областима, од правосуђа, до независних регулаторних тела.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- Arolda Elbasani, Senada Šelo Šabić, “Rule of law, corruption and democratic accountability in the course of EU enlargement”, *Journal of European Public Policy* 9/2018, 1317-1335.
- Index of economic freedom 2019*, Heritage foundation, <https://www.heritage.org/index/country/serbia/> 15.03.2019.
- Bertelsman Transformation Index 2018 – Serbia Country Report*, Bertelsman Foundation, <https://www.bti-project.org/en/reports/country-reports/detail/itc/SRB/>, 19.03.2019.
- Doing Business 2019. Economy profile Serbia*, World Bank Group, <http://www.doing-business.org/content/dam/doingBusiness/country/s/serbia/SRB.pdf/> 15.03.2019.
- Economic Freedom 2016*, Fraser Institute, <https://www.fraserinstitute.org/economic-freedom/dataset?geozone=world&page=dataset&min-year=2&max-year=0&filter=1&countries=SRB/>, 25.03.2019.
- European Commission “Enlargement strategy and main challenges 2006–2007”, COM (2006) 649, Brussels, 7. November, 2006.
- Global Competitiveness Report 2018*, World Economic Forum, <http://www3.weforum.org/docs/GCR2018/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2018.pdf/> 15.03.2019.
- Laura Alfaro, Sebnem Kalemli-Ozcan, Vadym Volosovych, “Capital Flows in a Globalized World: The Role of Policies and Institutions”, *Capital Controls and Capital Flows in Emerging Economies: Policies, Practices and Consequences* (ed S. Edwards), University Chicago Press, Chicago 2007.
- Francesco Caselli, Nicola Gennaioli, “Economics and Politics of Alternative Institutional Reforms”, *The Quarterly Journal of Economics* 3/2008, 1197-1250.
- Freedom in the World 2019 – Serbia Country profile*, Freedom House, <https://freedom-house.org/report/freedom-world/2019/serbia/> 15.03.2019.
- Friedrich von Hayek, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago 1960.
- International Property Rights Index 2018*, Property Rights Alliance, available at <https://www.internationalpropertyrightsindex.org/full-report/> 18.03.2019.

- Izveštaj o stanju u pravosuđu, Savet za borbu protiv korupcije, 2016, [http://www.anti-korupcija-savet.gov.rs/Storage/Global/Documents/izvestaji/Pravosudje%20konacno%20!.pdf/\(10.03.2019\)](http://www.anti-korupcija-savet.gov.rs/Storage/Global/Documents/izvestaji/Pravosudje%20konacno%20!.pdf/(10.03.2019))
- John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, New York 1999.
- Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, New York 1979.
- Karla Hoff, Joseph Stiglitz, "After the Big Bang: Obstacles to the Emergence of the Rule of Law in Post-Communist Societies", *American Economic Review* 3/2004, 753-763.
- Karla Hoff, Joseph Stiglitz, "The Creation of the Rule of Law and the Legitimacy of Property Rights: The Political and Economic Consequences of a Corrupt Privatization", 2005, NBER Working Papers No. 11772.
- Martin Mendelski, "The EU's Rule of Law Promotion in Central and Eastern Europe: Where and Why Does It Fail, and What Can Be Done About It?" Bingham Centre for the Rule of Law, Global Rule of Law Exchange Papers, February 2016.
- Nations in Transit 2018 – Serbia Country Profile*, Freedom House, <https://freedom-house.org/report/nations-transit/2018/serbia/> 20.03.2019.
- Paulina Nogal-Meger, "The Quality of Business Legal Environment and Its Relation with Business Freedom", *International Journal of Contemporary Management* 2/2018, 111–136.
- Pim Albers, "How to measure the rule of law: a comparison of three studies", *Rule of law conference*, November 2007, Hague Institute for Internationalization and Law. <https://rm.coe.int/how-to-measure-the-rule-of-law-a-comparison-of-three-studies-dr-pim-al/16807907b2/> 15.02.2019.
- Robert Barro, "Determinants of economic growth: A cross-country empirical study" National Bureau of Economic Research, Working Paper 5698, 1996.
- Robert Barro, "Determinants of democracy", *Journal of Political Economy* 6/1999, 158-183.
- Roberto Rigobon, Dani Rodrik, "Rule of law, democracy, openness, and income", *The Economics of Transition* 3/(2005), 533-564.
- Rule of Law, Economic Growth and Prosperity*, Americas Society and Council of the Americas Working Group, 2007.
- Rule of Law Index 2019*, World Justice Project, <https://worldjusticeproject.org/our-work/research-and-data/wjp-rule-law-index-2019/> 15.03.2019.
- Rule of Law Index 2016*, World Justice Project, https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/RoLI_Final-Digital_0.pdf/ 15.03.2019.
- Rule of Law Index 2012*, World Justice Project, https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP_Index_Report_2012.pdf/ 15.03.2019.
- Stephen Haggard, Lydia Tiede, "The rule of law and economic growth: Where are we?", *World Development*, 5/2010, 673-685.
- Tood Zywicki, "The rule of law, freedom, and prosperity", *Supreme Court Economic Review* 10/2002, 1-26.
- Worldwide Governance Indicators 2017*, World Bank, <http://info.worldbank.org/governance/wgi/#reports/> 15.03.2019.

Nataša L. Golubović, Ph.D., Full Professor
University of Niš
Faculty of Economics Niš
natasa.golubovic@eknfak.ni.ac.rs

The Importance of the Rule of Law for the Improvement of Business Environment in Serbia

Abstract: *In the global economy, where countries compete for foreign investment, it is very important to build an institutional framework that will provide favourable environment for investment. Strengthening the rule of law contributes to a more favorable business environment as it creates a climate of stability and predictability, where business risks can be rationally assessed. Serbia made certain progress in the sphere of the rule of law, but the situation in this area can not be described as satisfactory. Improving the rule of law would contribute to the improvement of the business environment, which would ensure the comparative advantage of the domestic economy in the world market and compensate for other disadvantages in the area of attracting investment. Bearing in mind the importance of the rule of law for improving the business environment, the aim of the work is to analyze the achieved results in the area of improving the rule of law in Serbia and identify key weaknesses in this field. The analysis of the rule of law is based on the data of the World Justice Project on the quality of the rule of law, as well as other indicators that assess the ease of doing business, degree of competitiveness, quality of governance and degree of economic freedom and the degree of development of democracy, whose primary goal is not to measure the rule of law, but nevertheless contain some indicators of the rule of law. The results of the analysis should point to the achieved results in the field of the rule of law in Serbia, as a basis for identifying key weaknesses in this sphere and areas in which the deepening of the reforms would contribute to the improvement of the business environment.*

Keywords: *rule of law, institutions, business environment, investments, Serbia.*

Датум пријема рада: 16.04.2019.

Др Гордана М. Дракић, ванредни професор
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
G.Drakis@pf.uns.ac.rs

НИСУ ГА НИ ТРАЖИЛЕ! О ПИТАЊУ ЖЕНСКОГ ПРАВА ГЛАСА У КРАЉЕВИНИ СРБА, ХРВАТА И СЛОВЕНАЦА

Сажетак: У Краљевини Срба, Хрватиа и Словенаца жене нису имале право гласа. У Видовданском уставу је било прописано да ће се о женском праву гласа рецијом одговарајућим законом. Рад се бави настојањима женских удружења да се право гласа за жене прокламује у првом Уставу Краљевине Срба, Хрватиа и Словенаца, те да се проишће изборним законом. У раду су изложени говори које су у Привременом народном представничком одбору заговорници идеје о женском праву гласа, као и дискусије које су се водиле у Уставотворној скупштини између присталица и опонената права гласа за жене, те сукоби мишљења поводом избора изборних комисија приликом доношења првог Изборног закона у Краљевини Срба, Хрватиа и Словенаца. Указано је на активност женских удружења у правцу промене увреженог мишљења, које је постојало у југословенском друштву, да жене треба поштедећи непријатности које бављење политиком носи са собом на тај начин што ће им право гласа бити ускраћено све док не доспигну одређени ниво „зрелости“ да се укључе у политички живот. У раду је дао и крајак осврт на еволуцију избора женског права гласа и указано на то да су жене биле изједначене са мушкарцима приликом избора представника за Велику народну скупштину у Новом Саду у новембру 1918. године. Упркос борби које су женска удружења водила за изједначење жена са мушкарцима, женско питање остало је у Краљевини Срба, Хрватиа и Словенаца на маргинама интересовања јавности и релевантних чинилаца.

Кључне речи: женско право гласа, женске организације, Уставотворна скупштина, изборни закон, политичке странке у Краљевини СХС.

Полемика о томе да ли жене у првој заједничкој држави Срба, Хрвата и Словенаца треба да имају право гласа поведена је већ у првој години њеног

постојања. У низу питања која су се јавила по стварању прве југословенске државе нашло се и питање афирмације жена у друштву. Жене су у току Великог рата одиграле значајну улогу показавши снагу у тим одсудним тренуцима за човечанство, те се као логичан след догађаја чинило њихово друштвено признање путем додељивања права која су уживали мушкарци. Ретке су биле државе у којима је женама, пре Првог светског рата, било признато право гласа. По завршетку светског рата, међутим, промена у ставу према тзв. женском питању била је евидентна. Оно је у државама у којима жене нису имале право гласа, па тако и у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца избило у ред важних друштвених питања о којима се све чешће и отвореније говорило и чије се позитивно решавање све гласније захтевало. Друштвена улога жене постала је маркантнија, што је изазвало еволуцију питања женског права гласа, те у периоду после Великог рата „Изузетак нису више биле државе, у којима су женама била дата политичка права, него државе, у којима им та права нису била дата“.¹

У првом броју часописа *Женски свијет*, који је установљен у Загребу 1917. године с циљем промовисања борбе за побољшање положаја жена, у уводном чланку сигнификантног наслова: „Што хоћемо?“ исказано је уверење да жене по завршетку рата треба да буду изједначене у својим правима са мушкарцима. У тексту је изражено очекивање да ће, по завршетку рата, доћи до равноправности полова: „Та равноправност, плаћена тако скупо, мора да буде, али не само у злу, него и у добру, прва стечевина новог времена и новог живота, који се ево већ почиње да буди на рушевинама старог. Жена зато, јер је жена, не смије да буде биће другог реда. Она је у овом страшном рату као још никада показала своју вриједност, она је засвједочила чином, да је ступ друштва, она је мисао човјечности учинила својом мисли“.²

Захтеви за остварењем општег права гласа изражени су још у току прве половине 19- тог века. Међутим, „Све до пред крај 19. века било је уобичајено схватање да се опште и једнако право гласа односи само на мушкарце и да ће принципи демократије бити задовољени ако се учешће у избору представничких органа обезбеди свим пунолетним мушкарцима независно од њиховог имовинског и образовног статуса, као и других личних карактеристика“.³ Омогућавање свим пунолетним мушкарцима, без обзира на то да ли су имућни, односно образовани, да учествују у избору представничког тела сматрало се довољним за остварење система општег права гласа, а на

¹ Јован Стефановић, *Уставио шправо ФНР Југославије и комшарашивно шправо*, Загреб 1956, 429.

² „Што хоћемо?“, *Женски свијет* 1/1917, 1.

³ Слободанка Марков, *Право гласа жена*, Београд 2001, 10.

додељивање права гласа женама се у то време „није уопште мислило, или се мислило врло мало“.⁴

Пажњу јавности на питање потребе обухватања жена изборним правом скренуо је енглески филозоф Џон Стјуарт Мил (John Stuart Mill) у свом говору у Дому комуна 1867. године поводом избора за локалне органе власти: „За сва људска створења једнако је важно, да влада буде добра; благостање свију њих једнако зависи од ове... Ако би се икаква разлика правила, женскињу би још нужније било имати гласа, него мушкињу, јер као што су физично слабије, жене су више упућене на заштиту закона и друштва... Сматра се као упутно и добро, да жене мисле, пишу, и да буду учитељке. Чим се такво што допустило, нема никаква начела, по коме би женскиње као неспособно за политична права сматрати могло“. Указујући на противречност која се на тај начин стварала и одржавала, Мил оштро поентира: „Кад једна жена може дати сва јемства, која се ишту од једног мушког бирача, као што су: независни одношаји, положај једне домаћице и на челу једне фамилије, плаћање пореза, или ма какви услови који би били прописани, па се у пркос свему томе, право начело и систем представништва што се на сопствености темељи, на страну остави, а уведе изузетно лична правна неједнакост, само да би се она (жена) од права гласа изкључила: то је горе што, него сама неразумност“.⁵ (подвукла Г.Д.) У другој половини 19. века, на основама феминистичке критике друштва које су постављене раније, развили су се организовани политички покрети за еманципацију жена у Енглеској, Француској, Немачкој и Русији. „У почетку, главни циљеви тог покрета односили су се на образовање и могућност запошљавања, а потом и на напоре да се промени политички и грађански статус жена, односно да жене добију право гласа. Први интернационални Конгрес женских права одржан је 1878. године у Паризу“.⁶ И поред интензивне борбе током 19-тог века, жене у Енглеској су добиле право гласа тек 1918. године, у току трајања рата. „Доња кућа парламента гласовала је са 385 гласова за изборно право, проти је гласало само 55 заступника. У горњој кући парламента прихваћен је закон за женско право гласа са 134 гласа против 69“.⁷ Иако су резултати гласања били убедљиво за женско право гласа, жене ипак нису биле сасвим изједначене са мушкарцима. Наиме, за разлику од мушкараца који су право гласа стицали пунолетством, њихово право гласа било је омеђено строжим критеријумом – требало је да наврше 30 година живота. Енглески законодавац је „испољио

⁴ Ј. Стефановић, 428.

⁵ Џон Стјуарт Мил, *О њредсјавничкој влади*, Београд 1876, 158-161. С енглеског превео: Вл. Јовановић.

⁶ Ана Столић *Предговор* књизи: Јаша Томић, *Улога жене – феминистичка гледишта Јаше Томића*, Нови Сад 2006, 17.

⁷ „Женско изборно право у иноземству“, *Женски свијет* 9/1918, 386.

резерву према разумности жена, сматрајући да им је потребно више времена за сазревање. Ово ограничење укинато је тек 1928. године⁸.

Захтев да и жене добију право гласа први пут је, међу Србима у Угарској, формулисан као предлог Угарском сабору, на збору Српске народне радикалне странке у Новом Саду 16. новембра 1908. године. Спомен о томе како се то одиграло, оставио је Јаша Томић у свом спису *Жена и њено йраво*: „Реч је била о изборном праву. (на дневном реду поменутог Збора, прим. Г.Д.) Сасвим изненада подиже се женскиње, затражи реч и заступало је, да и женскиње може бирати посланике и бити изабрано за посланике исто као и мушки. Збор је примио тај предлог и послао је представку Угарском сабору, у којој тражи за оба пола: опште, обавезно, једнако, непосредно, тајно гласање, а да се и мањини очува њено право. Ово је у историји женског питања велики корак унапред“.⁹ Наиме, угарски закон о изборима није предвиђао опште право гласа. Осим жена, бирачког права били су лишени и мушкарци који нису испуњавали услове прописане Законом. Првим параграфом било је прописано да: „Бирачи могу бити грађани Угарске, осим женскиња, који су као такви рођени или примљени, а навршили су 20-ту годину“.¹⁰ Бирачко право за угарски парламент уживали су мушкарци племићи и грађани који су поседовали кућу и земљиште и који су, сходно томе, плаћали одређену висину пореза. Потом, трговци, фабриканти или занатлије који су годишње плаћали одређени прописани износ пореза. Независно од прихода које су остваривали, могли су да гласају чланови академије наука („мађарске учене академије“), професори, доктори, како је прецизирано, „у правима, философији, лекарији и т. д.“, адвокати, јавни бележници, дипломирани економи и шумари. Закон је прописивао и ко није могао бити бирач. Осим жена, бирачко право било је ускраћено: мушкарцима под очинском, турском или газдинском влашћу, те трговачким и занатлијским ученицима, слугама, полицајцима, војницима, осуђенима на казну затвора, онима који су се налазили у истражном затвору или под стечајем. За посланика је могао бити изабран сваки бирач уписан у бирачки списак који је навршио 24 године живота и „зна мађарски језик као законодавни“. Пасивно бирачко право нису имали мушкарци правноснажно осуђени због извршења убиства, похаре, паљења, крађе, јатакула, лажних исправа, преваре, лажног банкротства и лажног заклинања.¹¹

У склопу политичке борбе за опште право гласа, питање женског права гласа и раније се покретало на политичким зборовима Радикалне странке,

⁸ С. Марков, 15.

⁹ Ј. Томић, 39.

¹⁰ Закон за избор земаљског посланика у Угарској (осим Ердеља) – Написано по XXXIII. зак. чланку од год. 1874. као допуна V. чланку бирачког закона од г. 1848.), Нови Сад 1875, 3.

¹¹ *Ibid*, 4–6.

али оно није нашло места у њеном политичком програму из 1903. године.¹² Иако, дакле, у тачки 30. програма Радикалне странке, која је предвиђала опште и непосредно право гласа и тајно гласање на изборима свих нивоа, од општинских до саборских, није било изричито наведено да и жене имају право гласа, „целокупна претходна страначка активност чини да се то подразумева“, а такав захтев налазио се и у политичким циљевима друге значајне политичке формације у то време на подручју Војводине – демократске групе.¹³

Жене на подручју Војводине сведочиле су остварењу захтева за општим правом гласа 1918. године приликом припрема за одржавање Велике народне скупштине у Новом Саду. Најважнија активност Српског народног одбора у Новом Саду биле су припреме за сазивање Велике народне скупштине, у склопу којих је Одбор свим општинама, односно свим Народним одборима у Војводини послао Изборни ред како би сви на једнак начин извршили избор посланика за Скупштину. У *Сјоменици ослобођења Војводине* објављеној 1929. године сакупљена су сећања актера тих судбоносних догађаја. У прилозима сабраним у *Споменици истицан* је демократски дух у ком су избори за Велику народну скупштину извршени захваљујући управо прогресивним одредбама Изборног реда: „Колико је Изборни ред био напредан и колико демократски задахнут, најбоље показује одредба, по којој право гласа имају сви мушки и сви женски чланови општине, који су навршили 20 година живота. И ово све без икаква ограничења стања и положаја“.¹⁴ Сваки бирач могао је бити и изабран, у Изборном реду једино је, у вези с тим, било наглашено: „да се ако је иоле могуће једногласно бирају људи, који су по *својој* раду најугледнији, разуме се, без разлике како се он зове, како се крсти, чим се занима, је ли мушко или женско.“¹⁵ Несумњиво напредна и демократска, правила Изборног реда била су много прогресивнија од угарског изборног закона, али и изборних закона који су пре Првог светског рата били на снази у Краљевини Србији.¹⁶ Показаће се касније да ни у новонасталој југосло-

¹² А. Столић, 415.

¹³ Љубомирка Кркљаш, „Правни положај жене у Војводини пре Другог светског рата“, *Зборник Мајнице српске за друштвене науке*, Бр. 88/1990, 95.

¹⁴ *Сјоменица ослобођења Војводине 1918.*, друго издање, Нови Сад 2017, 256. Споменица ослобођења Војводине објављена је у Новом Саду 1929. године, а приредио ју је уређивачки одбор састављен од преживелих чланова Српског народног одбора с намером, како је наведено у предговору, „да све што је забележено и запамћено из последњих дана ратних трзаја и доживљаја Народне револуције и великих догађаја Народног ослобођења и уједињења сведемо у целину и изнесемо у јавност“. У предговору другом издању, приређивач Др Драго Његован је истакао: „*Сјоменица* је сачињена тако да ауторским прилозима и документима верно приказују драматична и судбоносна збивања током јесени 1918. на војвођанским просторима...“.

¹⁵ *Ibid.*, 256.

¹⁶ Видети: *Зборник закона и уредаба* 46/1890. Закон о избору народних посланика Краљевине Србије.

венској држави није било повољне политичке и друштвене климе која би изнедрила и подржала тако напредна изборна правила. На изборима за Велику народну скупштину у Новом Саду, жене су узеле масовног учешћа. Примера ради, „у Ковиљ Сентивану на избору народног посланика за Велику народну скупштину учествовало је 812 бирача, од којих су 422 биле жене“.¹⁷ Позната је чињеница да је учешће на Великој народној скупштини, у својству изабраних посланика, узело и седам жена. То је у Записнику о раду Велике народне скупштине остало забележено на следећи начин: „Међу посланицима има и 7 женскиња: Милица Ј. Томић (Нови Сад), Мара К. Јовановића (Панчево), из Суботице: Катица Рајчић, Олга Станковић, Таза Манојловић, Мара Малагурска и Манда Сударевић“.¹⁸ С обзиром на број посланика на Великој народној скупштини (757) „учешће жена на овом скупу може се сматрати симболичним, али то не умањује значај њиховог присуства“. Осим тога, треба имати у виду и да, том приликом, ниједна посланица није била изабрана ни за чланицу Великог народног савета и Народне управе нити им је била поверена дужност да својим потписом овере записник о раду Скупштине.¹⁹

Ситуација се, како смо на почетку рада навели, умногоме изменила после рата. Жене су постале друштвено учљивије захваљујући свом пожртвовању и храбром држању у току рата. Малобројна женска удружења која су постојала на југословенском простору пре Првог светског рата, свој скроман утицај су сводила на просвећивање и хуманитарну делатност. Ратне године представљале су прекретницу која је женском покрету донела снагу и охрабрила га крене у борбу за политичка права жена. Наиме, „У свим земљама и на свим континентима жена је за време рата показала толико неслућен вишак енергије, толико умешности, жилавости и употребљивости, да су и најнепопустљивији противници женских теорија, пред очигледним примерима попустили и показали се вољни и приморани на компромисе... Резултат тога је било дужно признање које се није дало одрећи. У свим земљама је питање женских права изнесено на план, постало саставни део активне унутрашње политике, видна тачка у програмима политичких странака, да се заврши у многим земљама признањем највишег политичког права жени: права гласа...“.²⁰

Политичка права представљају различите облике учешћа појединца у политичком животу земље. „Посредством тих права грађани учествују било у стварању државне воље (бирачко право), било у изражавању свог личног

¹⁷ Љ. Кркљуш, 96.

¹⁸ *Сјоменица ослобођења Војводине 1918.*, 183.

¹⁹ Биљана Шимуновић-Бешлин, „Право гласа као показатељ положаја жене у Србији у 20. веку“, *Жене у парламентарном живоју Војводине 1918-2018*, Нови Сад 2018, 65.

²⁰ Сет, „Женско право гласа“, *Мисао* Књ. II Св. I/1920, 455.

мишљења о јавним пословима (слобода штампе, збора, удруживања, петиције).²¹ Разлог зашто се политичка права подводе под појам људских права јесте „чињеница да појединац приликом вршења ових права задржава својство грађанина и да не постаје државни орган“.²² После Првог светског рата више држава је својим уставима гарантовало женама бирачко право под једнаким условима као мушкарцима: САД, Канада, Совјетски савез, Немачка, Аустрија, Чехословачка, Пољска, Литванија, Естонија, Холандија, Шпанија, Луксембург. У Енглеској је, како смо рекли, до 1928. године, за уживање бирачког права од стране жена био задржан услов – навршених 30 година живота. А, у Белгији, Румунији и Мађарској жене су право гласа могле користити под специјалним условима – само на локалним изборима, односно уколико су им мужеви или синови погинули у рату.²³

Већ почетком 1919. године у Загребу је одржана „манифестациона скупштина жена за право гласа“. Поздрављајући окупљене, председница „Демократског удружења југославенских жена“ је изјавила: „Кад су жене могле вршити на селу и у граду за вријеме рата све послове, које су прије обављали мушкарци, свакако заслужују, да се им и у политици дају она права, која их иду“.²⁴ У живој атмосфери на Скупштини, једна од говорница је упозорила: „Наши политичари треба да уваже, да се жена свуда пробудила, да се је освјестила у градовима и по селима. Жена је искушала за вријеме рата сву тежину живота па данас зна, да треба и удовици и дјевојци и удатој политичких права, да кроз ње постигне социјалну праведност.“, док је следећа истакла да су све политичке странке у Словенији у својим програмима обећале женама политичку равноправност, закључивши да ће исто морати да учине и хрватске странке. На Скупштини је била усвојена резолуција следеће садржине: „У вријеме великих националних и социјалних преокрета на читавоме свијету, у вријеме кад смо и ми Срби, Хрвати и Словенци доживјели своје народно ослобођење и уједињење, тражимо и ми жене, да нас се призна једнакоправним држављанима наше југославенске државе СХС., јер кад вршимо све дужности истих, треба да нам се дају и права... Тражимо, да се позову к свим вијећањима о промјени нашег законодавства, коли државног, толи аутономног. Тражимо, да се код предстојеће реформе опћинског изборног права подијели и нама активно и пасивно право гласа. Тражимо, да се нас још прије конституанте позове к свима важнијима преуредбама наше државне и аутономне управе. Тражимо, да се код расписа

²¹ Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд 2008, 469.

²² *Ibid.*, 470.

²³ С. Марковић, 16. и Маријана Пајванчић, „Бирачко право жена“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* Бр. 1-3/1997, 30.

²⁴ „Скупштина жена у Загребу за право гласа“, *Југославенска жена* Бр. 3/1919, 118.

првих избора за конституанту државе Срба, Хрвата и Словенаца не заборави нас жене, јер ми нећемо мировати, док не постигнемо наша људска права“.²⁵

У априлу исте године одржана је и у Београду скупштина жена „за политичку једнакоправност“ на којој је надахнуто говорила Милева Милојевић, потоња чланица уредништва часописа *Женски йокрећ*, а њен говор је одштампан у целини у часопису *Југославенска жена*. У њему је, наводећи илустративне примере, указала на чињеницу да су жене, у разним крајевима Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца, биле мање плаћене за обављање истих послова од мушкараца. Говорница се запитала како се појава потцењивања женског рада могла тако дуго одржати у друштву, те како је мушкарцима савест дозвољавала да је толеришу: „Како је могао отац деце, чија је мајка услед тешкога живота морала да изиђе из куће на рад, да буде задовољан том неправдом? Како је могао брат сестре, који је врло често с њом делио терет материјалних потреба целе породице, како је – велим, – смео да остане задовољан њеном наградом?“.²⁶ Одговоре којима је у јавности таква појава правдана назвала је мизерним и смешним, али је и упозорила слушаоце да се као разлог наводи образложење да је жена мање способна него мушкарац. У закључку свога обраћања скупштини жена, Милева Милојевић је нагласила да стицање политичких права за жене представља прави пут и главно средство којима се може побољшати њихов положај у друштву.

На скупштини жена била је донесена одлука да се, поред постојећих културних и просветних друштава, оснује у Београду ново „Друштво за просвећивање жене и заштиту њених права“. Друштво је убрзо и било основано и са радом отпочело „већ септембра 1919. и за кратко време свога деловања успело да окупи све што је било најбоље, најнапредније, најтрезвеније и најагилније код нашег женског света“.²⁷ У јесен исте, 1919. године, основано је и у Сарајеву друштво под истим називом, а циљ обе организације био је, како им је назив говорио, да се баве просвећивањем жена и да раде на остваривању грађанских и политичких права жена. „Друштво је од свог оснивања настојало да окупи што више жена, без обзира на њихову политичку, социјалну и националну припадност, или на политичке симпатије. Развило је и живу активност да у своје редове привуче што више запослених жена средњег слоја, па су у његовом чланству професорке, учитељице, службенице са средњим и вишим образовањем, нарочито жене запослене у комуналним, социјалним, здравственим и просветним институцијама. Настојале су да израде и свој женски политички програм који би био прихватљив за све жене“.²⁸

²⁵ *Ibid.*, 119.

²⁶ Милева Милојевић, „Данашњи положај жене у друштву“, *Југославенска жена* Бр. 5/1919., 179.

²⁷ Федор Никић, *Радови (1919-1929)* Књ. I, Београд 1981, 213.

²⁸ Неда Божиновић, *Женско йишћање у Србији у XIX и XX веку*, Београд 1996, 109.

У априлу 1919. године, основан је и „Секретаријат жена социјалиста (комуниста)“. Жене социјалисти су „прихватиле минимални и максимални програм Социјалистичке радничке партије (комуниста), у којем је, између осталог, стајало да она захтева пуну неограничену једнакост за све мушкарце и све жене без обзира на веру, народност и занимање, и опште, једнако и тајно право гласа за све грађане и грађанке од осамнаест година навише“.²⁹

Скупштине жена, на којима се расправљало о положају жена у друштву и држави и неопходности добијања политичких права, одржаване су у време када је са радом почело Привремено народно представништво (1. март 1919. године) које је требало, између осталог, да расправља и о нацрту закона о избору народних посланика за Уставотворну скупштину. Доношење закона на основу којег су требали да буду спроведени избори за Конституанту свакако је био један од најважнијих задатака које је Привремено народно представништво, као законодавни орган у периоду провизоријума у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца, имало пред собом. У обе резолуције, усвојене на загребачкој, односно београдској скупштини жена, отворено је захтевано омогућавање женама да гласају на изборима за Конституанту. Расправа о нацрту Изборног закона, вођена у Привременом народном представништву, показала је јасно не само ставове политичких партија, него и шири друштвени дискурс према овом питању.

У току 1920. године на дневном реду Привременог народног представништва нашао се нацрт Закона о избору народних посланика припремљен од стране одговарајућег Одбора Привременог народног представништва. Уследио је, затим, начелни, а потом и специјални претрес нацрта Закона. После начелног претреса Закона о избору народних посланика и одговора министра Протића на примедбе, које су у току претреса изнесене од стране представника страначких клубова, приступило се гласању. Од 170 посланика, њих 169 је гласало „за“, а један „против“. Потом, је уследио специјални претрес Закона који је, са извесним прекидом, трајао од половине јуна до 2. септембра када је Закон о избору посланика изгласан.³⁰ У току трајања начелне дебате о нацрту Закона о избору народних посланика за Уставотворну скупштину, посланици Републиканског клуба и социјалдемократи су негодовали због изостављања жена из бирачког права. Представник Југословенског клуба заложио се за женско право гласа, а све разлоге изнесене током дебате против женског права гласа оценио је као депласиране. Посланик који

²⁹ *Ibid*, 102. Када је Законом о заштити јавне безбедности и поретка у држави 1921. године забрањен рад Комунистичке партије и секретаријати жена доспели су у немилост. Покушаји да се оживи деловање женског радничког покрета у наредним годинама нису били успешни, до помака је дошло тек тридесетих година.

³⁰ Неда Енгелсфелд, *Привремено народно представништво и његово деловање*, докторска дисертација, Загреб 1985, 540.

је говорио у име Народног клуба је похвалио увођење општег права гласа независно од школске спреме и имовинског статуса, али је потом, са извесном резервом, трезвено закључио: „да је опће право релативан појам јер се оно још не односи на жене; то треба препустити еволуцији јер још живимо у „херојском добу“ и такву би новину народ тешко схватио“.³¹

У току специјалне дебате о предлогу Закона о избору народних посланика за Уставотворну скупштину питање бирачког права изазвало је оштру полемику народних посланика. Демократе су начелно били за изједначавање женског и мушког бирачког права, али су сматрали да тадашњи политички тренутак није био одговарајући, с обзиром на то да расположење широких слојева народа у вези с тим питањем није било познато. Стога је став демократа био да решавање питања женског права гласа треба препустити Уставотворној скупштини.

Доследан противник женског права гласа била је Радикална странка, која је својим ставом несумњиво утицала и на оријентацију других странака у влади према том питању. У току прве године рада Привременог народног представништва одржана је конференција у Клубу београдских радикала на којој се живо дискутовало о бирачком праву и варијететима изборних система усвојених у појединим европским државама. Било је речи и о општем бирачком праву и његовом значају, али се из контекста јасно закључује да говорник није мислио на жене када је питање елаборирао. Говор је завршио у полетном тону следећим закључком: „Изборно право јесте једно од најбриљантнијих манифестација народног суверенитета. Оно је, код нас, загарантовано слободом избора, тајним и непосредним гласањем. Радикали имају великих заслуга за ову тековину, јер су они нарочито полагали на то, да се воља народна чује слободно и без ичијег утицаја. То су учинили зато што народну вољу поштују изнад свега; јер је за њих народ суверен, јер је за њих народ извор и утока све државне власти“.³²

Током расправе о изборном закону посланици Радикалне странке у Привременом народном представништву су доследно заступали начелни став своје странке наводећи да би било „неприродно“ дати женама политичко право, јер га оне не би користиле с обзиром на то да су се налазиле у подређеном економском и друштвеном погледу: „Мушка и женска дјеча нису изједначена у наследном праву, жене не могу слободно диспонирати својом имовином, њихова зарада није једнака заради мушкарца и тд.; жена је по казивању посланика Радикалне странке неспособна да самостално расуђује и политички иступа – подложна је разним утјецајима као на пр. утјецају католичке цркве или Ислама, а у Србији утјецају мужа. Осим тога, жене у

³¹ *Ibid*, 539.

³² Васа Јовановић, *О бирачком йраву*, Београд 1920, 29.

Србији нити не траже бирачко право, али ипак су дале најбоље војнике у овом рату“.³³ Са радикалима су се слагали посланици Народног клуба, по њиховом мишљењу „женско право гласа треба препустити еволуцији и не-ма смисла натуривати им право које не желе“.³⁴

Посланици Југословенског клуба, односно Словеначке пучке (народне) странке били су једини у влади који су се залагали за женско право гласа, а аргументи којима су образлагали свој став нису били без основа: „У нашој пољопривредној држави жена је у привреди исти фактор као и мушкарац. Код жене раднице то је још очитије, а код жене интелектуалке положај је јасан. Ако се ускрати женама бирачко право гласат ће аналфabetи, а учитељице, лијечнице и правнице не. Мотив ускраћивања бирачког права женама је чисто страначки. Постоји бојазан да ће жене под утјецајем цркве у Словенији гласати за Словенску пучку странку. То је чини се једини разлог за ускраћивање женског бирачког права“.³⁵

Претрес нацрта Закона о избору народних посланика у Привременом народном представништву с пажњом су пратиле женске организације и своје импресије износиле у листу „Женски покрет“ са разочарањем констатујући: „Ових дана претресан је у нашем Парламенту нов изборни закон, по коме се уводи *ойцѣѣ ѣраво ѣласа*. Али преварио би се ко би сасвим логично закључио да се то *ойцѣѣ ѣраво* проширује одмах и на све жене. Њих наши умни државници још не сматрају пуноправним грађанима ове узорите демократске земље, и о њима наши демократски законодавци воде рачуна само када се прописује каква дужност“.³⁶ У чланку је, сасвим оправдано, нарочито критикован аргумент, којим је образлагано ускраћивање права гласа женама: да то право жене не траже, те да ничим нису „засведочиле“ колико им је стало до изборног права. Од стране женских удружења упућен је јединствени „огорчени протест“ у писаној форми председнику владе и скупштине.

Запажене беседе у прилог женског права гласа, приликом претреса нацрта изборног закона у Привременом народном представништву, одржали су представници Републиканске и Социјалистичке странке Јаша Продановић и Васа Кнежевић. Посланик Кнежевић је у свом говору указао на нелогичност ситуације у којој се жени одриче право да гласа, али јој се дозвољава „да туца камење, да вуче кола, да носи џакове, њој се дозвољава да стоји у фабрици пред машинама које је сваки час могу захватити, убити, истргнути руку, смрвити је...“. Истакао је, потом, да аргумент, изнесен више пута у току дискусије о нацрту Закона, да жене не траже право гласа није основан. Изражавајући чуђење што је председник владе Протић изнео тврдњу да жене

³³ *Ibid*, 544.

³⁴ *Ibid*, 544.

³⁵ *Ibid*, 545.

³⁶ „Женско право гласа“, *Женски ѣокреѣ* 2/1920, 3.

не траже право гласа, те да им исто не треба наметати, Васа Кнежевић је подсетио: „Мислим да ће бити децембра 1910. год. или јануара или фебруара 1911. год., били су избори у Београду. Жене су пре тога тражиле право гласа за себе. Оне нису биле у бирачке спискове уведене, јер то није допуштао закон и биле су принуђене да на сам дан избора приреде једну велику демонстрацију“. Осим тога, указао је и на то да су жене поднеле петицију председнику владе у којој траже да буду изједначене са мушкарцима у праву гласа. Уредништво листа Женски покрет је, ради објашњења, уз тај део објављеног Кнежевићевог говора додало следећу напомену: „Међутим на месец дана пре но што је г. Протић изјавио да жене право гласа не траже, депутација жена је три пута тражила да буде примљена од г. Протића као председника владе, да би му могла предати потписе босанских женских организација за тражење општег права гласа, пошто су потписи из осталих покрајина били предати две недеље пре тога влади г. Љ. Давидовића“.³⁷ Апострофирајући на, више пута изнесену, крилатицу посланика владајућих странака да је народ „извор и утока власти“ и да је суверен, Кнежевић је нагласио: „да тај суверенитет неће бити реализован на тај начин што ће се читава једна половина становништва искључити из изборног права, јер се тиме, тој једној половини, окрњује на нелегалан начин њен суверенитет и то у једном најбитнијем питању где је повреда тога суверенитета најосетљивија“.³⁸

Изводи из говора Јаше Продановића били су, такође, објављени у листу *Женски шокрећ* с обзиром на то да је аргументовано заступао став да жене треба да имају право гласа. Стојећи на становишту у прилог женског права гласа, Продановић је критиковао разлоге, који су у дискусији о нацрту изборног закона изношени, против додељивања женама права гласа, нарочито се осврћући на онај да жене не траже право гласа и „пребацујући“ одговорност за то на државне органе. „Један државник не може да гледа да ли у држави поједини редови траже или не траже извесно право, него кад он нађе да је један ред потиштен и да је обесправљен, он ће му одмах притећи у помоћ, а неће чекати да се појаве гласови за отпор“.³⁹ Други разлог који се могао чути у Привременом народном представништву од стране противника женског права гласа, било је уверење да жена стоји, у великој мери, под утицајем цркве, те се, сходно томе, очекивало да ће демократски елементи бити против женског права гласа, јер жене, по природи наклоњеније реакцији, неће за исте гласати. Јаша Продановић је, у вези „клерикализма“ жена, изнео следеће мишљење: „Али ја знам, и то је сигурно, да ако је жена под утицајем реакционарних струја, ако на њу има утицаја црква, то је само због тога што

³⁷ „Женско право гласа пред Народним представништвом“, *Женски шокрећ* 4-5/1920, 11-12.

³⁸ *Ibid*, 12.

³⁹ *Ibid*, „Изводи из говора Г. Јаше Продановића“, 13.

је жена сасвим одвојена од јавних послова, што она стоји под тиранијом мужа, што тражећи утеху својој души не налази је у јавним пословима него иде пред свештеника“ и предложио: „Уведите жену у политичку акцију, дајте јој право гласа, па ће она онда видети где је прави интерес и неће остати где је до сада била“. ⁴⁰ На крају свог говора, Продановић је изразио жаљење што су се у Представништву могли запазити презриви осмеси и чути пошалице на рачун жена, за време док је он покушавао да то питање осветли са психолошког и социолошког аспекта. Своју дискусију је завршио апелом за поштовање жена: „Срамота, је, господо, да о њиховим правима говоримо тако, јер ничије право није за багателисање и нека сваки да овој земљи колико може. Оставимо се подсмеха у овом важном питању, поштујмо мајке и жене и одајмо им признање“. ⁴¹

Јаша Продановић и његов истомишљеник у питању женског права гласа Васа Кнежевић су своје дискусије завршили конкретним предлогом за измену формулације члана девет нацрта Закона о избору народних посланика за Уставотворну скупштину на следећи начин: „Право бирања посланика за Уставотворну Скупштину има сваки мушкарац и свака жена, који су до почетка састављања бирачких спискова навршили 21. годину и који су у том часу били држављани Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца и т.д. како стоји у тексту“. ⁴² У вези с тим, тражили су да се о предложеној измени члана девет гласа поименично како би се, по Кнежевићевим речима, јасно знало ко оспорава женама право гласа, док је Продановић истакао да зна бар двадесет посланика који тај предлог подржавају.

О усвајању предлога Закона о избору народних посланика, који је био поднет од стране надлежног Одбора, гласало се на 118 – том састанку Привременог народног представништва одржаном 2. септембра 1920. године. На састанку је било присутно 166 посланика. Поименичним гласањем, 143 посланика се изјаснило „за“, док је њих 23 гласало „против“ предлога Закона. У дневном листу *Полиџика* су, у оквиру вести да је Изборни закон „примљен“, била наведена имена 23 народна посланика који су гласали против Закона. ⁴³ Уочи коначног гласања о Закону, на састанку Привременог народног представништва одржаном 1. септембра биле су прочитане две резолуције којима је Народни женски савез тражио посланичка права и право гласа за све жене у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца, али оне нису уродиле плодом. ⁴⁴

У погледу тога ко је имао активно право гласа на изборима за Уставотворну скупштину Закон, у члану 9, није остављао никакву недоумицу:

⁴⁰ *Ibid*, 15.

⁴¹ *Ibid*, 16.

⁴² *Ibid*, 12. и 16.

⁴³ *Полиџика* Бр. 4441 од 3. септембра 1920. године.

⁴⁴ *Полиџика* Бр. 4440 од 2. септембра 1920. године.

„Право бирања посланика за Уставотворну Скупштину има сваки мушкарац, који је до почетка састављања бирачких спискова навршио 21. годину и који је у том часу био држављанин Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца. У смислу овога закона сматрају се држављанима Краљевине сви, који су били држављани Србије и Црне Горе до 1. децембра 1918. и сви они који су до 1. децембра 1918. имали држављанство у Хрватској, Славонији и Далмацији, припадништво у Босни и Херцеговини или домовинско право (чланство, завичајност) у којој од општина или делова општина других југословенских земаља, што су припале у власт Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца. Најзад се држављанима у смислу овог закона сматрају сви они по племену и језику Словени, који су се до почетка састављања бирачких спискова у којој општини Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца стално настанили. Они становници Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца изван Србије и Црне Горе, који по уговорима о миру са Немачком, Аустријом и Мађарском имају право опције за своје националне државе, као и они, који су се иселили из Јужне Србије пре новембра 1915. године; а били су дотле турски поданици, немају изборног права у смислу овог закона.“⁴⁵ Дакле, женама се посредно одрицало право да гласају изричитим наглашавањем да право има сваки мушкарац уколико испуњава остале услове прописане Законом.

Према члану 10 Закона, на изборима за Уставотворну скупштину нису могли да гласају официри активни и у недејству, и војници под заставом. У овај „изузетак“, како је речено у Закону, нису спадали резервни официри и цивилни чиновници војне струке. Чланом 11 било је таксативно наведено ко није имао право да гласа и у њему нису поменуте жене. Другим речима, Закон је питање женског бирачког права игнорисао.

Последњим чланом Закона било је прописано да ће се избори народних посланика за Уставотворну скупштину извршити 28. новембра 1920. године. Закон о избору посланика за Уставотворну скупштину био је *ad hoc* закон, јер је донесен зато да послужи за потребе њеног конституисања.

И поред неуспеха који су борци за право гласа жена доживели доношењем Изборног закона, њихово залагање је настављено, након што се конституисала Уставотворна скупштина, јер је, осим наде, остала и реална могућност да изборно право женама буде признато уставом прве југословенске државе. Након што су 28. новембра одржани избори, Уставотворна скупштина се састала 12. децембра 1920. године. Последњег дана јануара месеца 1921. године изабран је Уставни одбор од 42 члана. Када се, следећег дана 1. фебруара, Уставни одбор конституисао пред собом је имао само нацрт устава припремљен од стране владе Николе Пашића, те га је одмах узео у начелни претрес.⁴⁶

⁴⁵ „Службене Новине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца“ Бр. 195/1920.

⁴⁶ Слободан Јовановић, *Уставно право Краљевине Срба, Хрватша и Словенаца*, Београд 1995, 65.

У пленуму Уставотворне скупштине начелни претрес нацрта Устава, који је припремио Уставни одбор, отпочео је 14. априла 1921. године. Извештај о нацрту Устава је поднео министар за Конституанту Марко Трифковић који је, најпре, нагласио да је Уставни одбор, на великом броју одржаних седница, најмарљивије и најсавесније претресао владин нацрт Устава, те да су и странке подносиле како своје нацрте устава, тако и своје предлоге за измену и допуну појединих чланова у владином нацрту Устава. После дуге и опширне дискусије, како је министар истакао, владин нацрт устава био је примљен у Уставном одбору. Нацрту су, по његовим речима, углавном биле упућене две замерке. Прва је била да се владин нацрт Устава ограничио на чисто политичка питања, а да није додирнуо питања економско-социјалне природе. Друга замерка односила се на то да је Устав кратак, да су извесна питања недовољно и непотпуно решена и да се у много случајева препустило законодавцу да их реши, односно остављене су му „одрешене руке“. У намери да се изађе у сусрет упућеним примедбама, према речима министра Трифковића, поједине одредбе Устава су, потом, биле проширене, неке нове додате, а унесен је и потпуно нов одељак који садржи социјално-економске одредбе.⁴⁷ Уставни одбор је, дакле, у владином нацрту Устава извршио многобројне измене и допуне, те тако, према речима Слободана Јовановића „ни пети део тога нацрта није остао онакав какав је од владе предложен, и број његових чланова попео се од 86 на 139“.⁴⁸

У току начелног претреса, који је трајао до 12. маја, могли су се чути, можемо слободно рећи, усамљени гласови посланика присталица женског права гласа који су указали и на важност тзв. женског питања. Први посланик који је у свом говору поменуо питање женског права гласа био је Етбин Кристан износећи, у име социјалистичке групе, коментар на извештај министра Трифковића. Свој говор почео је оптуживши владајућу већину да оклева да у устав унесе принцип који изискују модерне прилике: „Ви се бојите у Уставу поделити једнака грађанска права онима, које су вас родиле... Ви немате у целој Уставу о женским политичким правима једине речи ван оно „да ће закон решавати о женском праву гласа“. (Један глас: Кад га буду тражиле!) Кад буду тражиле, господине? Онда ви увек спавате и никад не слушате, ако мислите, да нису давно тражиле. Господо, наравно је, да се њихов глас онако јавно не може чути све дотле, докле их искључујете из политичких права“.⁴⁹ На даље објашњење посланика Кристана да су чланице женских организација долазиле у скупштину да поднесу своје захтеве, противници женског

⁴⁷ Стенографске белешке Уставотворне скупштине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца (у даљем тексту Стенографске белешке), XIV редован састанак од 14. априла 1921. године, Бр. 7/1921, 7-8.

⁴⁸ С. Јовановић, 66.

⁴⁹ Стенографске белешке, Бр. 7/1921, 15.

права гласа су, желећи да умање значај тог питања, из посланичких клупа подругливо добацивали како их је дошло свега шест. На његов коментар да они (противници) сматрају да жене нису способне за јавни рад неко од посланика је гласно добацио да им је намера да жене сачувају од рада.

Посланик Кристан је, на крају свог говора, указао да се, ускраћивањем права гласа женама, половина становништва искључује од права и од могућности оспособљавања за политички рад. Поменути коментар да жене треба сачувати од рада заснивао се на, у то време, често употребљаваном аргументу да су жене по конституцији крхке и емотивно осетљиве, да би политичка борба за њих била сувише напорна, те да је боље да остану по страни, односно да не треба да имају право гласа, јер је то за њихово добро.

Питање женског права гласа поново је, у Уставотворној скупштини, споменуто неколико дана касније у ангажованој дискусији посланика Недељка Дивца, који је нацрту устава највише замерао управо непостојање одредбе о праву гласа жена: „Можда најтежи прекор, који се може упутити овоме нацрту који је изишао из Уставног Одбора то је, што је и он, по примеру свих Устава које смо до сада имали, потпуно негирао жену у сваком погледу“.⁵⁰ На његову оцену да је женско питање истовремено и најосетљивије питање чули су се повици пуни подсмеха: „најтугаљивије!“. Игнорисање потребе да се женама признају грађанска, политичка и социјална права, која уживају мушкарци, посланик Дивац је назвао „вапијућом неправдом“ и изложио, у даљем говору, примере држава у којима су жене имале политичка права. Као нарочито прогресивну, истакао је одредбу чехословачког устава: „Преимућство спола, порекла и занимања не признаје се“. Осим тога, подсетио је посланике на чињеницу да у држави постоје извесне области рада у којима је било запослено више жена него мушкараца попут просветне струке, што је јасно указивало на неопходност да се женама признају грађанска и политичка права.

Коментари који су се током расправе о питању женског права гласа чули у Скупштини нам указују на, очигледно, преовлађујуће поимање проблематике политичких права жена у тадашњем друштву. На потребу да жене искажу своју политичку вољу гледало се са неодобравањем и подсмехом у чијој основи је стајало уверење да оне таквој улози нису интелектуално дорасле.

Представник Демократске странке Славко Шећеров је, на почетку свог излагања, истакао да уставни нацрт није дело једне политичке партије и да је с обзиром на то резултат компромиса, те да „као сваки компромис он носи трагове појединих покрета, жеља и идеја“. Он је, као позитиван пример, навео

⁵⁰ Стенографске белешке, XVII редовни састанак од 18. априла 1921. године, Бр. 10/1921., 28.

решења, која су била предвиђена уставним нацртом, у погледу грађанских, политичких и економских слобода. У питању политичких слобода, осврнуо се на одредбе Изборног закона напоменувши, најпре, да је „донео свеопће право гласа у свим нашим покрајинама“ наводећи, притом, на који начин је бирачко право било регулисано на подручју Војводине, Хрватске, Босне и Херцеговине и Далмације пре настанка Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца.⁵¹

Демократа Михаило Живковић био је мишљења да се уставни нацрт, с обзиром на предвиђене грађанске слободе и политичка права, може окарактерисати као слободоумнији у односу на Устав Краљевине Србије из 1888. године који је, како је нагласио, у том домену представљао својеврстан узор: „У овом предлогу има опште право гласа, што тамо није било“.⁵²

На 29-том редовном састанку Уставотворне скупштине одржаном 12. маја 1921. године гласало се поименично за нацрт устава предложен од стране Уставног одбора. Од присутних 320 посланика, њих 227 је гласало за, док је против било 93 посланика. Следио је, након тога, претрес уставног нацрта у појединостима у пленуму Уставотворне скупштине.⁵³ За Устав у начелу су гласали углавном радикали, демократе, земљорадници и муслимани, а против комунисти, социјалисти, републиканци и Југословенски клуб.⁵⁴

У пленарној расправи која је вођена о уставном нацрту у појединостима, о питању права гласа говорило се у оквиру специјалног претреса VII одељка нацрта устава. А, у ком правцу је отишло решавање питања женског права гласа најбоље се могло чути из образложења које је, у име радикалског клуба посланика, дао др Нинко Перић. Он је истакао да се као уставни принцип проглашава опште право гласа и да на тај начин „ми скидамо са дневног реда једно од најспорнијих питања, то је укидање цензуса. Сваки грађанин, без обзира на имовно стање, има право да гласа. Разуме се да има извесних ограничења, уколико се тиче официра и војника, али није нигда ни била тенденција општег права гласа да апсолутно сви грађани имају право гласа“.⁵⁵ (подвукла Г.Д.) Говорећи даље о преимућствима општег права гласа предвиђеног уставним нацртом, Нинко Перић се дотакао и женског бирачког права: „Устав није могао у овом моменту прокламирати принцип да лица *женскоџ љола* имају права гласа. Овога пута ипак је успех у томе, што је остављено законодавцу, да размисли о овоме питању и да евентуално може тај принцип усвојити. Већина у Уставотворној Скупштини, а и већина на-

⁵¹ Стенографске белешке, XXVI редовни састанак од 9. маја 1921. године, Бр. 19/1921., 10.

⁵² Стенографске белешке, XXVIII редовни састанак од 11. и 12. маја 1921. године, Бр. 21/1921., 26.

⁵³ Стенографске белешке, XXIX редовни састанак од 12. маја 1921. године, Бр. 23/1921., 17.

⁵⁴ С. Јовановић, 70.

⁵⁵ Стенографске белешке, XLIX редовни састанак од 11. јуна 1921. године, Бр. 42/1921., 8.

рода и мушкога и женскога пола налази да је то за сада непотребно и да за сада не одговара ни интересима народа⁵⁶.

Дешавања у Уставотворној скупштини с пажњом су пратиле организације које су се залагале за побољшање положаја жена у друштву. Још пре него што је претрес уставног нацрта у Уставотворној скупштини ушао у своју терминалну фазу, у листу *Женски њокреј* констатовано је да су, у погледу питања права гласа жена, уставни нацрт припремљен од стране уставне комисије и нацрт Стојана Протића потпуно једнаки. У тексту је оштро критикована, у нацрту предложена, одредба да ће се о женском праву гласа решавати накнадно доношењем одговарајућег закона, уз образложење да право које законом буде дато на исти начин може бити одузето – укидањем закона. Стојећи на становишту да уставом треба принцип општег и једнаког права гласа применити и на жене без додатних услова, ауторка текста изразила је сумњу: „да се иза оне реченице у чл. 80 крије нерешљивост и неодлучност у погледу дефинитивног решења женског питања. Ми верујемо да у комисији није било толико конзервативних, несавремених гледишта која би се у начелу противила женском праву гласа. Али остављајући закону да прецизира и реши коначно то питање, ми мислимо да је комисија имала овај могући мотив: није било сагласности да ли треба одмах свима женама (које испуне опште потребне услове) дати бирачко право⁵⁷.

Посланик Југословенског клуба Едбин Кристан није пропустио прилику да дискутује у прилог женског права гласа у току специјалне дебате о нацрту Устава. Предлагао је да се оно гарантује у Уставу сматрајући да решење по коме ће се оно утврдити законом „ни мало не значи да се женама жели дати право гласа, јер ако би та намера збиља и постојала, онда не би било никаква разлога да се то позитивно не унесе у Устав”. Осврћући се на аргумент који су противници често помињали да би жене гласале реакционарно, Кристан је нагласио да за такву бојазан постоји, по његовом мишљењу, само један лек, а то је да се женама омогући да учествују у политици „Јер, господо, та опасност женске реакционарности постојаће све дотле док жене не буду имале прилике практички да се за политички живот оспособе⁵⁸”. Посланик републиканац Јован Ђоновић је био уверен да би женско право гласа донело друштву и држави користи, јер би жене својим ангажманом допринеле да многе социјалне и културне установе буду уведене и навео, као пример, искуства страних држава: „у Америци је забрањено продавање и точење алкохола утицањем жене; а господо, Ви знате, као што знам и ја, да је забрана вотке (ракије) у Русији највише дело жене⁵⁹”.

⁵⁶ *Ibid.*, 9.

⁵⁷ Анђелија Видаковић, „Женско бирачко право и нацрти новог устава“, *Женски њокреј* Бр. 6/1920, 6.

⁵⁸ Стенографске белешке XLIX редовни састанак од 11. јуна 1921. године, Бр. 42/1921., 13.

⁵⁹ Стенографске белешке L редовни састанак од 13. јуна 1921. године, Бр. 43/1921., 6.

Уследио је, потом, дугачак и надахнут говор, на словеначком језику, посланика Југословенског клуба др Јосипа Хохњеца који је, практично, представљао читав елаборат о еволуцији женског питања у страним државама. На самом крају, он је апеловао да се у Устав унесе одредба о женском праву гласа уколико се жели избећи да устав југословенске државе у поређењу најновијим и модерним уставима страних држава фигурира као својеврстан пример назадњаштва и недемократичности. То се према његовом предлогу могло лако променити, без додатног ангажмана чланова уставног одбора, простим уношењем, у предложени текст члана 70 нацрта, формулације ”без разлике пола”.⁶⁰

Своје гледиште о питању женског права гласа изнео је и посланик Демократске странке Павле Анђелић. Заступајући став скупштинске већине, нагласио је да се мора посматрати као напредак у односу на раније уставе Краљевине Србије, то што је, иако непотпуно, наговештено да ће то питање бити законом регулисано. Он се, иако поборник и заштитник тог права, није слагао с мишљењем да жене треба одмах ”увести у сва политичка права” с обзиром на прилике и време. ”Због тога сам ја и у Уставном одбору учинио један предлог, који би имао да жену припреми васпитно и поступно за политичку борбу”. Тај предлог је подразумевао да се женама најпре да изборно право за општинске изборе. Осим тога, сматрао је да у Уставу треба женама начелно признати активно и пасивно бирачко право, јер ”овако како је речено законодавцу су остављене одрешене руке да не даје право гласа, а ако јој да активно да јој не да пасивно, а међутим једно без другога не вреди јој ништа”.⁶¹

Поменути аргументацију да су жене склоне да гласају за реакционарне и клерикалне политичке опције, те да им због тога треба ускратити могућност да гласају посланик Јосип Копач је оценио следећим речима: „То је tako slaba argumentacija, da slabša biti ne more. Ženo je treba enkrat uvesti v politiko. Kaj mislite, da bo žena prvi dan tako napredno volila. Kakor si mi predstavljamo? Saj imamo celo vrsto moških, ki morda nič manj reakcionarno ne volijo sedaj, nego bi volile po njihovem nazoru žene”.⁶² Копач је, своје време за обраћање, искористио да истакне како његове колеге и он неће гласати за предложени уставни нацрт, јер је сваки конструктивни предлог Југословенског клуба, којем је припадао, био одбачен од стране владине већине. Словеначког посланика су гласно подржали и посланици социјалиста.

На крају дискусије о седмом одељку нацрта Устава, реч је узео министар за Конституанту и изједначење закона Марко Трифковић. Задовољно конститујући да „наш Устав обезбеђује прави истински парламентарни систем

⁶⁰ *Ibid*, 10.

⁶¹ *Ibid*, 22.

⁶² *Ibid*, 27.

владавине. Прави истински пријатељи народа могу бити потпуно задовољни”, министар је оценио да критике изнесене приликом дискусије о седмом одељку нису стварне и документоване већ представљају више пута поновљене замерке које су, како он тако и говорници из већине, успешно побили. Трифковић се, затим, осврнуо и на, како је рекао, више пута поновљену замерку да Устав укида право гласа половини грађана. Оценивши да то није тачно, он је образложио: ”Наш Устав не укида право гласа женама, јер оне до сада то право нису имале, он оставља законодавној Скупштини, да она донесе своју одлуку: да ли ће бити потребно и корисно да се то право да женама или не, – и кад то стоји, онда не може се разумети зашто се тврди да наш Устав укида право гласа женама. Измишљују се замерке Уставу, само да би се имало што замерити”.⁶³ Осврнувши се на примедбу једног посланика да, за разлику од некадашњих српских устава, нацрт комисије садржи мало одредаба о изборном праву, министар је нагласио да напротив сматра врлином, а не маном, устава када су у њему постављена само основна начела која ће, потом, бити одговарајућим законима разрађена. „...Устав према томе треба да буде много трајнији и треба да садржи еластичне одредбе према којима ће законодавац да се акомодира”.

Закључак министра за Конституанту и изједначење закона Марка Трифковића ставио је тачку на дискусију о седмом одељку уставног нацрта, па тако и о члану 70 који се односио на бирачко право. После тога се приступило гласању о сваком члану поменутог одељка. У складу са процедуром, уследило је питање председника Уставотворне скупштине др Ивана Рибара, о томе да ли Скупштина прихвата члан 70, уз напомену да: „Она господа посланици која је не примају, нека изволе устати. (Мањина устаје). То је мањина. Објављујем да је чл. 70 примљен.”⁶⁴ У тренутку када је примљен седми одељак Устава, и унутар њега члан који је регулисао бирачко право, Уставотворну скупштину већ су напустили посланици Комунистичке партије. Осим комуниста, Уставотворну скупштину су, потом, напустили и посланици Народног и Југословенског клуба. ”Из дебате о Уставу у целини, литература издваја да су социјалисти изјавили да ће гласати против због тога што је Устав капиталистички и конзервативан. Републиканци су своје противљење Уставу образлагали тиме што он није довољно демократски и слободоуман. Земљорадници су против нацрта Устава, јер неправедно решава аграрно питање. Најзад, Муслимански клуб је подржао Устав због обећања Владе да ће им се надокнадити губитак настао аграрном реформом. Подршка Муслиманског клуба се дуго у литератури сматрала за одлучну

⁶³ *Ibid*, 31.

⁶⁴ *Ibid*, 32.

подршку нацрту Устава. У ствари, за Устав у целини гласало је 223 посланика, а против 35. Апстинирао је 161 посланик”.⁶⁵

Чланом 4 Устава Краљевине Срба, Хрвата Словенаца је било прописано да су сви грађани пред законом једнаки и да уживају једнаку заштиту власти. Нису се признавали племство, титуле нити икаква преимућства по рођењу. Анализирајући одредбу Устава о једнакости грађана Слободан Јовановић, је изнео исправно тумачење о томе шта је уставотворац имао на уму приликом њеног формулисања: „Правна једнакост држављана значи, пре свега, да су све друштвене класе, како у области јавнога, тако и у области приватнога права, равноправне...Једнакост пред законом треба узети у смислу једнакости класа, а не у смислу једнакости полова. Устав није прогласио равноправност човека и жене; правни положај жене остављено је законодавцу да уреди”.⁶⁶ Други одељак Устава је, осим једнакости грађана, садржао одредбе о држављанству, личној слободи, неповредивости стана и кореспонденције, слободи савести, вере, штампе, науке и уметности, удруживања, збора и договора, о праву на жалбу и тужбу и о обавези на покорављење законима и сношење државних терета према привредним могућностима, а у складу са законом. Поглед на структуру и садржину Видовданског устава даје до знања да су нека грађанска права била предмет регулисања других поглавља као што је то био случај са бирачким правом у одељку VII, а читава група социјално економских права први пут је регулисана у овом Уставу и то у посебном одељку III.

Видовдански устав је, дакле, као услове за вршење активног бирачког права прописао држављанство и навршених 21 годину живота. Жене нису имале бирачко право, али сходно уставној одредби која је гласила: „Закон ће решити о женском праву гласа” остала је могућност да га добију доношењем одговарајућег закона. Несумњиво је да „Овај устав, први пут у развоју уставности у Србији, садржи одредбу о праву гласа жена. Устав изричито не гарантује право гласа жена, али упућује на закон који ће „решити о женском праву гласа”. Упркос томе што закон који је требало да регулише ово питање никада није донет, ова одредба Устава је веома значајна”.⁶⁷ Грађанска права гарантована Видовданским уставом „била су у свакој прилици од творца Устава хваљена, као највеће достигнуће уставног текста и факат који

⁶⁵ Александар Фира, „Уставни положај човека и грађанина у Уставу Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца од 28. јуна 1921. године”, *Два века српске уставности – Зборник радова са научног скупа, САНУ Извори српског права XVII*, Београд 2010, 229. Дневни лист *Политика* Бр. 4733 од 29. јуна 1921. године је на првој страни објавио опширан извештај о изгласавању Устава, који је, на следећој страни, био праћен вешћу о покушају атентата на регента Александра Карађорђевића, приликом његовог повратка из Уставотворне скупштине 29. јуна где се свечано заклео на Устав, када је на аутомобил у којем је био бачена бомба.

⁶⁶ С. Јовановић, 503-504.

⁶⁷ М. Пајванчић, *Уставни оквир равноправности полова*, Нови Сад 2010, 11.

овај Устав сврстава у најнапредније уставе света. Уистину је у уставном тексту било пуно либералних и демократских формулација, чији је значај несумњив, нарочито у поређењу са ранијим уставима. Међутим, ни оне нису биле без недостатака, али тек њихова практична примена потврдила је тезу о томе да су све оне само квазидемократски параван стварне експлоатације и политичког бесправља⁶⁸.

На 67 редовном састанку Уставотворне скупштине, одржаном 2. јула 1921. године, прочитан је указ којим се, на основу члана 140 Устава, Уставотворна скупштина претворила у „обичну Законодавну Скупштину”. Сходно томе, и Уставни одбор је постао Законодавни одбор. На тај начин установљена Законодавна скупштина имала је унапред одређен „рок трајања” – две године од доношења Устава – који је био прописан у Закону о избору народних посланика за Уставотворну скупштину. У члану 141 Видовданског устава била су прописана два начина за доношење новог изборног закона. Први је био редован законодавни пут којим се, дакле, могао донети сасвим нов изборни закон. Други начин је подразумевао примену тзв. скраћеног законодавног поступка прописаног у члану 133 Устава. То је значило да је Законодавни одбор могао само да новелира постојећи Изборни закон од 3. септембра 1920. године. Разлика између те две уставне могућности се није огледала само у начину законодавног поступка него и у обиму надлежности. Док је Народна скупштина имала пуну законодавну компетенцију, Законодавном одбору припадало је само право да постојећи Изборни закон за Уставотворну скупштину усклади са Уставом.⁶⁹ Законодавац се определио за други начин. Стога је Закон о избору народних посланика за Уставотворну скупштину био прегледан у Законодавном одбору, а до текста Изборног закона дошло се на основу предлога владе. Расправа о Изборном закону, вођена у Законодавном одбору, била је бурна. „Посланици из опозиције, и оно мало што их је још било остало, по завршетку начелне дебате о Изборном закону на 78 редовној седници 17 јуна 1922 г. напустили су Одбор, изјавивши да се оваквим законским предлогом врши атентат на демократију и интересе државе”.⁷⁰ Ништа мање напета била је седница Скупштине одржана 21. јуна 1922. године на којој је изгласан Изборни закон. Према писању листа Политика сазнајемо да је интересовање јавности за седницу и исход гласања о Изборном закону било „невероватно живо, као у оне дане кад је довршаван устав или када је решавано питање комунистичких посланика”, те да у публици „Као и обично број жена није био мали”. У чланку је наглашено да су посланици опозиције приредили „систематску техничку опструкцију” рада Скупштине, због чега

⁶⁸ А. Фира, *Видовдански устав*, Београд 2011, 191-192.

⁶⁹ Ладислав Полић, „О правним основама будућег изборног реда”, *Мјесечник* 2/1922., 49.

⁷⁰ Данило Павловић, *Изборни систем њо Видовданском уставу*, Београд 1939, 43.

је у два наврата седница прекинута, тако да се о Закону гласало после поноћи. Посланици опозиционих партија су, у току дискусије, критиковали предложена законска решења и изјављивали да неће подржати доношење Закона. Коначно, пред само гласање о Изборном закону посланици опозиције су напустили дворану, а осим њих гласању није присуствовао „ни приличан број демократа”. Напослетку, Изборни закон је изгласан са 159 гласова за и 5 гласова против.⁷¹

У погледу услова прописаних за активно бирачко право, у члану 9 Закона о избору народних посланика из 1922. године било је наведено да „право бирања за Народну скупштину има сваки мушкарац, који је до почетка састављања бирачких спискова навршио 21 годину и који је у том часу био држављанин Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца”.⁷² Општи услови за активно бирачко право остали су, дакле, исти као и у Закону о избору народних посланика за Уставотворну Скупштину: мушки пол, пунолетство и држављанство. За вршење овога права, као новина уведена изменама из 1922. – члан 19, потребан је био упис у стални бирачки списак.

Видовдански устав захтевао је, као услове, за активно бирачко право само држављанство и пунолетство, али тиме што је, у трећем ставу члана 70, оставио могућност да о женском праву гласа реши будући закон, овластио је законодавца да о њему одлучи и негативно, односно да задржи „стару” одредбу Закона из 1920. која је као један од услова предвиђала и мушки пол. На тај начин је, према речима заговорника женског права гласа, половина држављана била лишена могућности да учествује у политичком животу. „Узалуд се доказивало колико је жена у току рата осведочила способности и разумевања за опште ствари, узалуд се указивало на чињеницу да скоро све државе уводе женско право гласа ако га већ раније нису биле увеле; наш законодавац се на све то није освртао”.⁷³

Иако је доношење Изборног закона 1922. године изневерило наду женских удружења преосталу после ступања Устава на снагу, она су наставила да се, у оквиру својих могућности, боре за изједначавање правног положаја жена и мушкараца, женско право гласа и уопште побољшање положаја жена у друштву. Временом је, како се може видети из чланака објављиваних у годинама после доношења Изборног закона, сазрео став да се успех у погледу женског бирачког права може очекивати само уколико се борба усмери на јасно дефинисане циљеве што је свакако утицало да се поједина удружења трансформишу у тзв. феминистичка одбацивањем или смањивањем своје до тада претежно хуманитарне делатности. О уједињеном женском поли-

⁷¹ *Политика* од 22. јуна 1922. године. Бр. 5085.

⁷² Божидар Протић, *Закон о избору народних посланика за Народну скупштину са објашњењем*,

⁷³ Д. Павловић, 49.

тичком покрету у међуратној југословенској Краљевини може се говорити од 1923. године када је у септембру одржан конгрес у Љубљани. Тада је формирана *Феминистичка алијанса*, а њени оснивачи били су Женски покрет из Београда и Сарајева, Удружење југословенских жена из Загреба и Сплошно женско друштво из Љубљане. Друштва која су неговала феминистичке идеје издвојила су се 1926, на скупу у Босанском Броду, од осталих женских друштава посвећених пре свега хуманитарном раду, у нови савез под именом *Алијанса женских йокрейша*.⁷⁴ У часопису *Женски йокрей* остало је забележено да су том догађају присуствовале представнице 15 женских покрета из целе Краљевине. Највећи број женских удружења, присутних на скупу, настао је у току исте 1926. године, што је показивало, како је у чланку истакнуто, да се њихове „идеје знатно шире, и да свакога дана имамо у свима крајевима све већи и већи број присталица. Осетан полет у феминистичком раду у нашој земљи даје најбољи доказ, колико се осећа неопходна потреба да наше феминистичке организације утичу на доношење и измену закона у нашој земљи.”⁷⁵

Управо је 1926. године питање женских политичких права, како се чини, поново дошло у жижу интересовања, и делокруга рада, женских организација у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца. Те године се, наиме, интензивно радило на припреми пројекта закона о општинама. То је била прилика да се појача агитација за женско право гласа и учини покушај да се обезбеди учешће жена на општинским изборима. У току прве половине године управа Женског покрета организовала је низ, како су их назвали, другарских састанака с циљем „расветљавања и одређивања идеја водилца те организације”. Централна тема ових састанака било је питање учешћа жена у политици, односно питање да ли жене треба да се учлане у постојеће политичке партије и на тај начин ефикасније допринесу борби за политичка права жена. На трећем таквом састанку говорила је Милева Милојевић о „потреби учешћа жене у данашњем раду наших политичких странака”. Говорница је изнела став „да треба још сада да жене уђу у рад наших политичких странака, свака да се определи према своме убеђењу и према својим симпатијама; да ради за странку за време избора и ван избора, али да покушава уносити у програм рада странке и оно, што за њу представља вредност политичку”⁷⁶ Потом је поведена жива дискусија током које су се издвојила три мишљења о наведеном питању. Прво је подржавало став говорнице, а по другом је политичко ангажовање жене оцењено као бесциљно и не претерано корисно.

⁷⁴ Ивана Пантелић, „Неки аспекти положаја жена у Краљевини Југославији”, *Књиженство – Теорија и историја женске књижевности на српском језику до 1915. године*, Београд 2015, 337.

⁷⁵ „Организовање Алианце Женских Покрета”, *Женски йокрей* 8/1926, 360.

⁷⁶ „Треба ли жена да узме учешћа у политичком животу”, *Женски йокрей* 1-2/1926, 53.

Наиме, заступнице овог става сматрале су да би жена била, као и до сада, „обичан посматрач, а могла би тако поцепана на странке, изгубити своју снагу, коју има овако сједињена у својим женским организацијама”.⁷⁷ Према трећем, у току дискусије, издвојеном становишту, жене су требале да, заједно са мушкарцима истог мишљења, раде на стварању нових политичких странака које би одговориле потребама послератног друштва. Како је наведено у извештају, већина присутних слушатељки сматрала је да жене треба да уђу у политичке странке што пре. При томе треба напоменути да су публику на предавању махом чиниле припаднице женске омладине, студенткиње и младе чиновнице.

Организаторке ових својеврсних трибина, које су се на тему актуелних питања одржавале у просторијама Женског покрета, позвале су политичке странке да њихови представници одрже предавања о главним идејама своје партије и о питању уласка жена у политику. Садржај поменутих предавања био је објављиван у целисти или изводу у истименом гласилу организације Женски покрет.

Прва се на позив организације жена одазвала Демократска странка испред које је говорио народни посланик Радосав Агатоновић уместо, како је наведено, шефа странке Љубе Давидовића који је био заузет послом у Народној скупштини. У свом опширном излагању, нагласио је да се Демократска странка још приликом расправе о Уставу изјаснила за право гласа жена, те да је то било унесено и у статут странке, усвојеном у јесен 1921. године, напомињући да је једнакост пред законом фундаментална друштвена потреба. Агатоновић је своје излагање завршио апелом за женско право гласа: „Пустите жене пред изборну урну па ћете видети да ни наша нација, ни наше јединство, ни наше друштво неће пропасти”.⁷⁸

У име Самосталне демократске странке предавање је одржао вођа странке Светозар Прибићевић и изнео мишљење да жене у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца нису довољно заинтересоване за питање својих политичких права, те Женском покрету препоручио да спроведе живљу агитацију у том смислу. Прибићевић је сматрао „да је потребно да се жене одреде партиски, да уђу што пре у постојеће партије” и нагласио: „Према чл. 70. 3. алинеје нашег Устава право гласа за жене регулисаће се законом. Није потребно мењати Устав. Потребно је донети само закон. Баш с тога Женски Покрет мора радити да створи повољно јавно мишљење о томе. То решење зависи од самих жена. Кад би се жене више интересовале осећала би се и јача реакција”.⁷⁹ О ставу Словеначке људске странке (Словеначке народне

⁷⁷ *Ibid.*, 54.

⁷⁸ „Жена и женско право гласа”, *Женски покрет* 1-2/1926, 61.

⁷⁹ „Г. Прибићевић о женском праву гласа”, *Женски покрет* 3/1926, 90.

странке) о праву гласа жена говорио је њен члан и народни посланик Јосип Хохњец. Како је пренето у листу Женски покрет, он је констатовао: „да је сваки човек политичко биће, те према томе и жена као такво мора да има политичка права. Шта је женско питање? пита предавач и одговара: Женско питање је сума свих потешкоћа садашњег социалног положаја жене. Социјалан положај наше жене је још жалостан, а главна тежња Женског Покрета је баш социјално побољшање тога положаја”.⁸⁰ Уредништво је, у чланку, подсетило читатеље да се Словенска људска странка још 1920. године залагала за увођење права гласа за жене, а своје захтеве је темељила на основу, те године донесене, резолуције Женског покрета.

Позиву да, пред женском публиком, говори о праву гласа за жене одазвао се и Стјепан Радић вођа Хрватске сељачке странке. У свом говору је, правећи шаливе дигресије и забављајући слушатељке, нагласио да је у управном одбору ХСС било речи о женском праву гласа још при оснивању странке, те да је од 160 чланова само један био против потпуног изједначења жене са мушкарцем. Радић се, међутим, како је истакао, залагао за његово постепено увођење. У складу с тим, сматрао је „треба почети у општинама, па у областима, али општине треба да одлуче да ли ће њихове жене гласати или не, на тај ће се начин видети које су жене културно напредовале, јер ће жене добити право гласа тамо где су спремне, а то је тамо где је ред, морал, и све мале врлине које дају резултат: културу и цивилизацију”.⁸¹

Принцип постепености у остваривању бирачког права за жене подржавала је и Радикална странка. На предавању које је одржао у мају 1926. др Лазар Марковић је, елаборирајући тему, закључио да тешке унутрашње прилике нису дозволиле да се политичке странке интезивно баве питањем учешћа жена у политици, те да таква привилегија припада државама које су решиле национална питања и које имају консолидоване односе са другим земљама. Марковић је изнео своје уверење да је свака, како је рекао, трезвена жена свесна тога да политика није најважнија у животу, те да је „устав женама отворио врата у политичку арену, али је потребно да жене размисле да ли ће ући одмах и како”.⁸²

У име социјалиста пред заинтересованом женском публиком говорио је Недељко Дивац који се, како смо напред навели, и у Уставотворној скупштини живо залагао да се женама омогући право гласа. И овога пута је истакао да Социјалистичка странка у свом програму заступа изједначење жене са мушкарцем и закључио да не треба да постоји бојазан од учешћа жена у политици. Према његовом мишљењу, жену треба „пустити у политички

⁸⁰ „Словенска Йудска Странка о женском праву гласа”, *Женски љокрећ* 3/1926, 91.

⁸¹ „Г. Радић о женском праву гласа” *Женски љокрећ* 4/1926, 140.

⁸² „Радикална странка према женском питању”, *Женски љокрећ* 5/1926, 179.

живот. Многе неће у њему учествовати, а оне које се буду предале само политици биће их врло мали број, као и код људи”.⁸³

Предавање на тему женских права одржао је и републиканац Јаша Продановић осведочени заступник идеје о потреби изједначења жена са мушкарцима. У свом говору, који је у целини објављен у листу Женски покрет, оштро се осврнуо на ставове осталих странака према том питању: „Како стоје наше политичке странке према питању о изједначењу женских и мушких права? Радикали, демократи, Прибићевићевци и босански Мухамеданци немају то у своме програму. Корошчева странка приврженик је изједначења, али из опортунистичких разлога: Жене у Словеначкој под великим су утицајем католичког свештенства. Радићевски програм признаје равноправност оба пола, али се тој странци не може никад и ни у чему веровати. Кад је она ради власти напустила два своја најважнија начела: републику и конфедерацију, зар постоји и једна једина тачка програма којој ће остати верна? Остале странке, поборнице изједначења мушких и женских права: земљорадничка, социјалистичка, републиканска и комунистичка и сувише су данас слабе, да би могле остварити ту своју идеју”.⁸⁴

Како се из изложеног може видети, ставови политичких странака у погледу женских политичких права нису нарочито еволуирали од времена дебате о нацрту устава. И даље су отворени заговорници женског права гласа биле Републиканска, Социјалистичка и Словенска људска странка. Из садржине говора представника осталих странака, које у начелу нису подржавале увођење женског права гласа, може се уочити да их карактерише нешто блажа реторика од оне коју су користили говорећи о праву гласа жена приликом расправе о нацрту Устава као и незнатно афирмативнији став о том проблему. Запажање о незнатном померању у правцу позитивног става поменутих политичких странака према женском питању слаже се са оценом да се у југословенском друштву између два рата „постепено развијала свест о нужности (неминовности) признавања женског права гласа и равноправности полова у правном погледу, поред тенденције одређених пре свега конзервативних, интелектуалних кругова да се очува супремација мушког пола, сужавањем поља женског покрета на социјалну, просветну и културну активност – то јест, врсту делатности „примерену” жениној „природи и моралу”.⁸⁵

Осим представника политичких странака на тему уласка жена у политику говориле су тог пролећа и истакнуте активисткиње Женског покрета. Једна од њих истакла је да је у упоредној парламентарној пракси „доказано,

⁸³ „Социјалисте и женско питање”, *Женски њокрећ* 5/1926, 182.

⁸⁴ „Републиканска странка и женско питање”, *Женски њокрећ* 6/1926, 179.

⁸⁵ Светлана Стефановић, *Женско њишање у београдској њишамји и њериодици 1918-1941*, необјављена магистарска теза, Београд 2000, 109.

да би учешће жена на политичком пољу имало само добре последице” и извукла оптимистичан закључак у вези са релевантним одредбама Видовданског устава: „да се у њему нигде не говори *йрошшиву женског права гласа*, него да је (право гласа жена, прим. Г.Д.) шта више последица тога устава”.⁸⁶ Алојзија Штеби, једна од оснивачица Феминистичке алијансе, новинарка и истакнути борац за прогресивна начела и побољшање положаја жена у југословенској Краљевини, сматрала је да би жене постигле већи успех у борби за право гласа као чланице постојећих политичких партија. Застава политичке неутралности, под којом су се, по њеним речима, жене до тада бориле за своја права, није била довољна: „Илузија би била ако би веровале, да ће нас ма која мушка политичка странка подупирати у борби за задобијање нашег првог захтева – права гласа, ако не буде тачно видела шта и колико ће са нама придобити на раду за остварење свога програма. Потребно је да испољимо своје политичко гледиште, јер је то први услов за придобијање права гласа. Али је исто тако потребно, да помислимо саме за коју политичку странку би везале судбину нашега јавног рада”.⁸⁷

Прилике ни тада нису биле наклоњене настојањима женских организација, те право гласа на општинским изборима за жене није било предвиђено у пројекту закона чије је усвајање предстојало. У августовском броју листа Женски покрет изражено је незадовољство због тога и упућен апел надлежним инстанцама: „Да ли је могуће, у 20 веку, не дати женама сва права која један модеран општински закон предвиђа за људе?...Апелујемо на Министра Унутрашњих Дела, на Министарски Савет, на Законодавни Одбор, на целу Народну Скупштину да ове мрље са пројектованог закона збришу. Тражимо иста политичка права за жену као и за човека”. Обраћајући се директно писцима закона, односно противницима женског права гласа, ауторка је резигнирано закључила: „Ви женама, и сељанкама и варошанкама, оспоравате свака права, не само комунална, зато што их сматрате нижим, непросвећенијим, неспособнијим од мушкараца”.⁸⁸

Промишљање женских удружења о најбољем начину на који би се жене укључиле у политички живот у држави, своју разраду добило је наредне 1927. године када је у Београду група интелектуалки основала Женску странку.⁸⁹ Оснивачка скупштина Женске странке, која је окупила неколико стотина жена, није, међутим, добила подршку *Алијансе женских йокреџа* која је 1927. године приметно интензивирала своју активност због одржавања парламен-

⁸⁶ Женски йокреџ 4/1926, 143.

⁸⁷ Алојзија Штеби, „За нови смер у феминистичком покрету”, Женски йокреџ 7/1925, 244.

⁸⁸ Ј. Нешковић-Вучетић, „Политичка права за жене и пројекат новог Закона о Општинама”, Женски йокреџ 8/1926, 352–353.

⁸⁹ И. Пантелић, 340.

тарних избора.⁹⁰ Политичко организовање жена које се, након неколико година оклевања и тражења најбољег начина, коначно реализовало оснивањем Женске странке није остварило значајнији успех с обзиром на бурне политичке прилике које су кулминирале атентатом у Скупштини и завођењем личног режима краља Александра Карађорђевића када је рад Странке, као и осталих политичких странака, забрањен. Након поновног увођења уставног стања 1931. године, Женска странка није обновила свој рад.

Питање изједначења жена са мушкарцима у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца, које је подразумевало и женско право гласа, било је, како се може закључити из изложеног, централна тема која је заокупљала пажњу женских организација и чинила окосницу њиховог политичког рада. Евидентно је, међутим, да женско питање није заузимало такво место изван оквира рада поменутих женских друштава, с обзиром на то да је у југословенској држави било много „горућих” питања која су црпила како енергију оних који су имали моћ да нешто предузму, тако и интересовање јавности. Највише пажње од стране политичких странака добило је у периоду заседања Уставотворне скупштине и касније током доношења Изборног закона, а и тада, углавном, на иницијативу женских удружења. Како је то, са жаљењем, закључио Јаша Продановић, сам увек на страни жена, женско питање једноставно није изазивало интересовање: „У народу о том питању нико и не говори; штампа га ретко додирује; у Скупштини га не покрећу, а ни саме жене, изузев одабране четице интелектуалака, не одушевљавају се њиме”.⁹¹ Женско питање остало је у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца на маргинама интересовања јавности и релевантних чинилаца. Један од уредника значајног међуратног часописа *Нова Европа*, Лаза Поповић писао је 1922. године: „Може се мирне душе рећи, да је женско питање код нас – сем познатих шупљих фраза о праву гласа – још увек потпуно заборављено, удаљено, изгубљено, и да ми имамо много тога да учинимо за културу, за нови и лепши живот код нас уопште. Тек онда доћи ће и друго, посебније, секундарније на ред. Разуме се да нико нема ништа против тога ако неко већ и сада о томе хоће да говори, да се тиме бави; само је у питању разликовање битног од споредног, секундарног”.⁹² Таква став о женском питању није био само лично мишљење истакнутог интелектуалца, оно је, као што се може видети из претходног излагања, сматрано за мање значајно од стране ширег круга чинилаца који су имали моћ одлучивања. Такав статус задржало је све до краја постојања међуратне југословенске државе. Борба за женско право

⁹⁰ Б. Шимуновић-Бешлин, 71.

⁹¹ *Женски покрет*, 6/1926, 178.

⁹² Мира Богдановић, „Женско питање у часопису „Нова Европа” (1920-1941)”, *Србија у модернизацијским процесима 19. и 20. века* 2, Београд 1998, 388.

гласа у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца била је својеврсна борба са ветрењачама, не тако малобројне, групе жена које су у оквиру женских удружења писањем ангажованих чланака, организовањем предавања и упућивањем апела и резолуција надлежним органима, покушавале да у једном друштву доминантно патријархалних схватања половину њеног становништва укључе у процес доношења одлука које су се тичале свих грађана.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- Богдановић Мира, „Женско питање у часопису „Нова Европа” (1920-1941)”, *Србија у модернизацијским йроцесима 19. и 20. века 2*, Београд 1998;
- Божиновић Неда, *Женско йишћање у Србији у XIX и XX веку*, Београд 1996;
- Видаковић Анђелија, „Женско бирачко право и нацрти новог устава“, *Женски йокреј* Бр. 6/1920;
- „Г. Прибићевић о женском праву гласа”, *Женски йокреј* 3/1926;
- „Г. Радић о женском праву гласа”, *Женски йокреј* 4/1926;
- Енгелсфелд Неда, *Привремено народно йредсйавнишћйво и њежово деловање*, докторска дисертација, Загреб 1985;
- „Жена и женско право гласа”, *Женски йокреј* 1-2/1926;
- Жене у йарламентйарном живоју Војводине 1918-2018*, Нови Сад 2018;
- „Женско изборно право у иноземству”, *Женски свијеј* 9/1918;
- „Женско право гласа пред Народним представништвом”, *Женски йокреј* 4-5/1920;
- „Женско право гласа”, *Женски йокреј* 2/1920;
- Закон за избор земаљског посланика у Угарској (осим Ердеља) – Написано по XXXIII. зак. чланку од год. 1874. као допуна V. чланку бирачког закона од г. 1848.), Нови Сад 1875;
- Зборник закона и уредаба* 46/1890. Закон о избору народних посланика Краљевине Србије;
- Јовановић Васа, *О бирачком йраву*, Београд 1920;
- Јовановић Слободан, *Усйавно йраво Краљевине Срба, Хрвайа и Словенаца*, Београд 1995;
- Кркљуш Љубомирка, „Правни положај жене у Војводини пре Другог светског рата“, *Зборник Майице срйске за друшйвене науке*, Бр. 88/1990;
- Марков Слободанка, *Право жласа жена*, Београд 2001;
- Марковић Ратко, *Усйавно йраво и йолийичке инсйийуције*, Београд 2008;
- Мил Џон Стјуарт, *О йредсйавничкој влади*, Београд 1876 (С енглеског превео: Вл. Јовановић);
- Милојевић Милева, „Данашњи положај жене у друштву“, *Јуђославенска жена* Бр. 5/1919;
- Нешковић-Вучетић Ј., „Политичка права за жене и пројекат новог Закона о Општи-нама”, *Женски йокреј* 8/1926;
- Никић Федор, *Радови (1919-1929)* Књ. I, Београд 1981;

- „Организовање Алијанце Женских Покрета”, *Женски покрет* 8/1926;
- Павловић Данило, *Изборни систем по Видовданском уставу*, Београд 1939;
- Пајванчић Маријана, „Бирачко право жена”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* Бр. 1-3/1997;
- Пајванчић Маријана, *Уставни оквир равноправности полова*, Нови Сад 2010;
- Пантелић Ивана, „Неки аспекти положаја жена у Краљевини Југославији”, *Књижевство – Теорија и историја женске књижевности на српском језику до 1915. године*, Београд 2015;
- Политика* Бр. 4440 од 2. септембра 1920. године, бр. 4441 од 3. септембра 1920. године; Бр. 5085 од 22. јуна 1922. године;
- Полић Ладислав, „О правним основама будућег изборног реда”, *Мјесечник* 2/1922;
- Протић Божидар, *Закон о избору народних посланика за Народну скупштину са објашњењем*,
- „Радикална странка према женском питању”, *Женски покрет* 5/1926;
- „Републиканска странка и женско питање”, *Женски покрет* 6/1926;
- Сет, „Женско право гласа“, *Мисао* Књ. II Св. 1/1920;
- „Скупштина жена у Загребу за право гласа”, *Југославенска жена* Бр. 3/1919;
- „Словенска Људска Странка о женском праву гласа”, *Женски покрет* 3/1926;
- Службене Новине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, Бр. 195/1920;
- „Социјалисте и женско питање”, *Женски покрет* 5/1926;
- Сјоменица ослобођења Војводине 1918.*, друго издање, Нови Сад 2017;
- Стенографске белешке Уставотворне скупштине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, Бр.7/1921, 10/1921, 19/1921, 21/1921, 23/1921, 42/1921, 43/1921;
- Стефановић Јован, *Уставно право ФНР Југославије и комунарно право*, Загреб 1956;
- Стефановић Светлана, *Женско питање у београдској штампи и периодици 1918-1941*, необјављена магистарска теза, Београд 2000;
- Столић Ана, *Предговор књизи: Јаша Томић, Улога жене – феминистичка гледишта Јаше Томића*, Нови Сад 2006;
- „Треба ли жена да узме учешћа у политичком животу”, *Женски покрет* 1-2/1926;
- Фира Александар, „Уставни положај човека и грађанина у Уставу Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца од 28. јуна 1921. године”, *Два века српске уставности – Зборник радова са научног скупа, САНУ Извори српског права XVII*, Београд 2010;
- Исти, *Видовдански устав*, Београд 2011;
- Шимуновић-Бешлин Биљана, „Право гласа као показатељ положаја жене у Србији у 20. веку”,
- Штеби Алојзија, „За нови смер у феминистичком покрету”, *Женски покрет* 7/1925;
- „Што хоћемо?”, *Женски свијет* 1/1917.

Gordana M. Drakić, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
G.Drakić@pf.uns.ac.rs

They did not even ask for it! On Women's Suffrage in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes

Abstract: *Women in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes did not have the right to vote. Women's suffrage was not prescribed by Vidovdan Constitution. Regarding women's voting rights, the Constitution only contained a certain provision that stipulated that women's suffrage would be resolved by a special law. The paper deals with efforts put from feminist's organizations in the Yugoslav Kingdom in order to achieve suffrage for women. Speeches that were held in the Temporary National Assembly by MPs who advocated the idea of women's voting rights are presented in the paper. The paper also presents the discussions that were conducted in the Constitutional Assembly between deputies who were supporters and those who were opposed to the women's suffrage, as well as those held during the parliamentary debate on the electoral law. The author points out the activity of women's associations in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes which fought for women's suffrage and which advocated change of opinion that existed in the Yugoslav society of that time, that women should be spared from the inconvenience that political struggle implies, until they achieve the proper level of ability to engage in it.*

In addition, a brief overview of the evolution of the issue of women's voting rights is given in the paper. It is also emphasized that women in the territory of Vojvodina had the right to elect and to be elected during the election of representatives for the Great National Assembly which was held in Novi Sad in November 1918. Overall, the women's issue was a matter of secondary significance in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes, because there were many unresolved issues, such as national one, that occupied the attention both of the relevant state factors and the public.

Keywords: *women's suffrage, feminist organizations, Vidovdan constitution, electoral law, Constitutional Assembly, political parties.*

Датум пријема рада: 22.05.2019.

*Др Зоран Ј. Лончар, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
Z.Loncar@pf.uns.ac.rs*

*Др Ненад П. Радивојевић, асистент са докторатом
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
N.Radivojevic@pf.uns.ac.rs*

*Др Рајко С. Радосевић, асистент са докторатом
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
R.Radosevic@pf.uns.ac.rs*

*Владан М. Мирковић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
V.Mirkovic@pf.uns.ac.rs*

САРАДЊА ПОЛИЦИЈЕ И ПРИВАТНОГ ОБЕЗБЕЂЕЊА У ВАНРЕДНИМ СИТУАЦИЈАМА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ – СТАЊЕ И МОГУЋНОСТИ¹

Сажетак: У ванредним ситуацијама постоји потреба за посебним и додатним ангажовањем државних органа, али и различитих недржавних субјеката. Међу државним органима посебно је значајна улога Министарства унутрашњих послова. Међу недржавним субјектима, значајну улогу могло би да има и приватно обезбеђење. Полазећи од те претпоставке, аутори настоје да одреде начин на који би приватно обезбеђење могло да

¹ Рад је настао као резултат рада на пројекту под називом „Сарадња јавног и приватног сектора у области унутрашњих послова као елемент одрживог развоја“, који финансира Покрајински секретаријат за високо образовање и научноистраживачку делатност.

се ангажује у ванредним ситуацијама, сарађујући при томе са полицијом. Циљ је да се криминолошки анализира наше важеће право и дају препоруке како би и у ком облику ова сарадња могла да се оствари.

Кључне речи: Министарство унутрашњих послова, полиција, приватно обезбеђење, ванредне ситуације, сарадња.

1. УВОД

„Ванредне ситуације, проузроковане природним непогодама или људским активностима, свакодневно односе много људских живота и на различите начине уништавају и деградирају животну средину, узрокујући велику материјалну штету и губитке. Ризик од катастрофа постоји у сваком друштву јер катастрофе успоравају одрживи развој друштва у целини, а њихова појава у једном региону може да проузрокује штете у неком другом региону и обрнуто.“²

Полазећи од тога, деловање државе и њених органа унутрашњих послова је нарочито отежано у таквим околностима. Често редовни кадровски али и материјални потенцијали нису довољни како би се извршили сви (безбедносни) задаци настали услед појава које су довеле до проглашења ванредних ситуација. Потреба за додатним кадровским и материјалним ресурсима је нарочито изражена у неразвијеним или државама у транзицији, чије су потребе за безбедношћу све веће.

Иако традиционално задужени за остваривање јавне безбедности, органи унутрашњих послова нису у стању да то и остваре без адекватне планске, организоване и континуиране сарадње са другим државним, покрајинским и локалним органима, а све више и субјектима приватног обезбеђења.³ Та сарадња обухвата широк круг активности као што су размена информација, људства, опреме, заједничко планирање, координација и реализовање акција, заједничке обуке и сл. Због све веће присутности у систему безбедности, сектор приватне безбедности, као све значајнија привредна грана и у нашој земљи, полако преузима свој део одговорности у остваривању безбедности. Улога приватног обезбеђења у остваривању јавне, а онда и националне безбедности је првенствено превентивна, односно приватно обезбеђење има функцију да спречи угрожавање људи, имовине и пословања компанија.

² Немања Бојичић, „Финансирање система заштите и спасавања у Републици Србији“, *Наука-безбедност-полиција*, 1/2013, 129.

³ Љубомир Стајић, Ненад Радивојевић, „Полиција, комунална полиција и приватно обезбеђење – дивергентни или конвергентни субјекти јавне безбедности?“ *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније* (тематски зборник), Нови Сад 2017, 153. О одређеним терминолошким контроверзама у Закону о приватном обезбеђењу вид. Љубомир Стајић, Горан Мандић, „Неке контроверзе Закона о приватном обезбеђењу“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)*, 2/2014, 133-140.

Упркос савременим трендовима у развијеним земљама, у Републици Србији још увек нису препознате све могућности и корист од остваривања сарадње пре свега полиције и приватног обезбеђења. То се најбоље види у области ванредних ситуација где приватно обезбеђење, поред оних послова везаних за (уговорно) обезбеђење објеката, није укључено у шире активности након проглашења ванредних ситуација. У том циљу, у раду ћемо се посебно осврнути на позитивноправни оквир којим је уређено деловање у ванредним ситуацијама, а нарочито деловање полиције и приватног обезбеђења. Такође, указаћемо и на одређене предности и оправданост укључивања приватног обезбеђења у ванредним ситуацијама и то кроз институт помоћне полиције.

2. ПОЈАМ ВАНРЕДНЕ СИТУАЦИЈЕ

Држава је уређена тако да своје функције обавља у очекиваним и уобичајеним приликама. „Живот“ државе, међутим, не одвија се увек у редовним приликама. Држава се понекад суочава и са нередовним, ванредним околностима, у којима је вршење њених функција отежано или угрожено. Ванредне околности изискују од државе посебан напор и посебно ангажовање; у ванредним приликама и држава мора да делује ванредно, како би се њена улога и тада остварила.

Нису све неприлике са којима се држава суочава подједнако опасне и не изискују увек исте мере како би се отклониле. У зависности од опасности која прети и држава реагује на различите начине. Када је опасност мања и одговор је блажи; на већу опасност и одговор мора да буде строжи. У мери у којој су околности са којима се држава суочава ванредне и њено деловање мора да буде ванредно; мора да излази из уобичајених оквира. Деловање државе тада је подведено под посебна правила – под посебан правни режим.

Како карактер ванредних околности није увек исти, нису иста ни правила која их уређују. О појединим врстама ванредних околности и њиховим правним режимима тешко је говорити уопштено, имајући у виду велику терминолошку и појмовну неуједначеност.⁴ Држећи се првенствено нашег важећег права, ванредне околности могли бисмо условно да поделимо на две основне категорије – на ванредне ситуације и ванредна стања.⁵

⁴ Вид. Светозар Чиплић, *Држава у ванредним приликама*, Нови Сад 1999, 45; Драгутин Аврамовић, Драган Млађан, „Ванредно стање и ванредна ситуација – компаративни терминолошки и садржински аспекти“, *Теме*, 2/2014, 768-771.

⁵ По степену опасности ванредном стању је слично и ратно стање. Ванредне околности постоје и у ратном стању, али је разлика између ванредне ситуације и ратног стања довољно јасна, те није ни потребно да је посебно објашњавамо.

Сажето и поједностављено, разлика између ванредних ситуација и ванредних стања могла би да се повуче на основу степена опасности и озбиљности претње. У ванредној ситуацији опасност и претња мање су него у ванредном стању. Опасност која доводи до ванредног стања толико је велика и озбиљна да угрожава и сам опстанак државе.⁶ Поједини аутори због тога наводе да се ванредно стање може прогласити „у случају грађанских нереда већих размера у којима се насиљем угрожава опстанак државе или грађана.“⁷ Ванредно стање, дакле, угрожава сам уставни поредак и зато је уставна категорија, док је правни режим ванредних ситуација уређен законом.⁸

У складу са важећом законском дефиницијом, ванредна ситуација је „стање које настаје проглашењем од надлежног органа када су ризици и претње или настале последице по становништво, животну средину и материјална и културна добра таквог обима и интензитета да њихов настанак или последице није могуће спречити или отклонити редовним деловањем надлежних органа и служби, због чега је за њихово ублажавање и отклањање неопходно употребити посебне мере, снаге и средства уз појачан режим рада“.⁹ Опасност која изискује проглашење ванредне ситуације произлази из елементарних непогода или техничко-технолошких несрећа; једном речју, према законској терминологији – из катастрофа.¹⁰

⁶ „Када јавна опасност угрожава опстанак државе или грађана, Народна скупштина проглашава ванредно стање.“ (Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 200, ст. 1) У ванредном стању, имајући у виду озбиљност опасности, често је неопходно да дође до поремећаја надлежности у корист извршне, а на штету законодавне, или чак уставотворне власти. Извршна власт тада решава питања која у нормалним околностима решава законодавна или уставотворна власт. (Вид. Јован Стефановић, *Поремећај надлежности у користи извршне власти услед стања нужде* [прештампано из Споменице Мауровићу о његовој шесетогодишњици], Београд 1934, 415-416; Слободан Орловић, „О ванредном стању у српским уставима“, *Правни животи*, 14/2009, 1001)

⁷ Љубомир Стајић, *Основи система безбедности – са основама исцртавања безбедносних појава*, Нови Сад 2015, 334.

⁸ Разлика повучена на овај начин није сасвим прецизна, поуздана и строга, будући да околности које доводе до ванредних ситуација могу да доведу и до ванредног стања. Другим речима, услед одговарајуће опасности ванредне ситуације могу да прерасту и у ванредно стање. (Вид. Драгутин Аврамовић, Дарко Симовић, „Ванредно стање и ванредне ситуације у Републици Србији – [не]оправдани дуализам“, *Култура јолиса*, посебно издање, 1/2012, 511; Сретен Југовић, „Правни режим ванредних ситуација у Републици Србији“, *Правна рјеч*, 31/2012, 240-241)

⁹ Закон о смањењу ризика од катастрофа и управљању ванредним ситуацијама – ЗУВС, *Службени гласник РС*, бр. 87/2018, чл. 2, ст. 1, тач. 7.

¹⁰ ЗУВС, чл. 2, ст. 1, тач. 1-3.

3. УЛОГА МИНИСТАРСТВА УНУТРАШЊИХ ПОСЛОВА У ВАНРЕДНИМ СИТУАЦИЈАМА

Цитирана законска дефиниција указује нам на то да је у ванредним ситуацијама угрожена безбедност грађана, материјалних и културних добара и животне средине; и то више него у нормалним околностима. Да би се ова повећана опасност отклонила, неопходно је да надлежни органи употребе посебне мере, снаге и средства. Међу надлежним органима важно место свакако припада и Министарству унутрашњих послова (у даљем тексту: МУП), које се и иначе бави отклањањем одређених негативних појава и унутрашњом безбедношћу земље, у најширем смислу речи.¹¹

Према сродности, унутрашњи послови се могу груписати у три кључне области рада МУП-а, које чине: 1) полицијски послови, 2) *послови ванредних ситуација* и 3) управни и други унутрашњи послови. Остале области рада МУП-а чине тзв. послови системске подршке,¹² чијим се обављањем стварају неопходни услови за обављање унутрашњих послова утврђених законом.

Као орган државне управе, МУП се сврстава међу субјекте система смањења ризика од катастрофа и управљања ванредним ситуацијама.¹³ У оквиру овог система, МУП обавља бројне послове државне управе, међу које спада и ауторитативно иступање у појединачним ситуацијама, односно вршење управне делатности.¹⁴ За обављање послова у овој области, у оквиру МУП-а, образује се и посебна организациона јединица – Надлежна служба.¹⁵ У питању је Сектор за ванредне ситуације (у даљем тексту: Сектор).¹⁶

¹¹ Зоран Лончар, *Управно право посебни део: области унутрашњих послова*, Београд 2005, 31.

¹² Организациону структуру МУП-а вид. <http://www.mup.gov.rs/wps/portal/sr/ministarstvo/organizacija> (04.06.2019. године)

¹³ ЗУВС, чл. 13, ст. 1.

¹⁴ О пословима државне управе вид. Драган Милков, *Управно право I: уводна и организациона питања*, Нови Сад 2016, 113-116; Драган Милков, „Управна ствар“, *Анали Правног факултета у Београду*, 5/1986, 490-504; Драган Милков, „Управни надзор“, *Зборник радова ПФНС*, 1-2/1992, 115-126; Драган Милков, „О вршиоцима управне делатности у Србији“, *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније* (тематски зборник), Нови Сад 2013, 79-91; Зоран Лончар, „Позитивноправни појам управе“, *Зборник радова ПФНС*, 1-2/1992, 127-133; Зоран Лончар, „Улога органа државне управе у поступку издавања путних исправа“, *Зборник Мајнице српске за друштвене науке*, 135/2011, 241-258; Зоран Лончар, „Инспекцијски надзор у области заштите животне средине“, *Зборник радова ПФНС*, 4/2012, 257-276; Зоран Лончар, „Поверени послови државне управе у области заштите животне средине“, *Зборник радова ПФНС*, 3/2014, 265-278.

¹⁵ ЗУВС, чл. 25, ст. 1.

¹⁶ „Под садашњим називом Сектор је основан Правилником о изменама и допунама Правилника о унутрашњем уређењу и систематизацији радних места у МУП-у од 22. јуна 2009. године. У периоду од 2009. до 2011. године преузео је одговарајући део надлежности, људских и материјалних ресурса Министарства за заштиту животне средине и просторног

Сектор је образован ради обављања обимних и врло сложених и различитих послова који за циљ имају заштиту и спасавање људи, материјалних добара и животне средине, умањивање и отклањање последица елементарних непогода, техничких, технолошких и других несрећа и опасности као што су: поплаве, снежне падавине, лавине, градоносне олује, земљотреси или клизишта; пожари, експлозије, хаварије и неексплодирана убојна средства, хемијски, физички или биолошки акциденти. У том циљу, Сектор обавља послове нормативне, управне, организационо-техничке, превентивне, превентивно-техничке, образовне, информативно-васпитне, организационо-планске и друге природе. У свом саставу Сектор има: 1) управе образоване по функционалном принципу у седишту Сектора (Управа за опште правне послове и међународну сарадњу; Управа за превентивну заштиту, Управа за ватрогасно-спасилачке јединице, Управа за управљање ризицима и Управа за цивилну заштиту), 2) Национални тренинг центар за ванредне ситуације и 3) подручне управе (или одељења) образоване по територијалном принципу.¹⁷

Своју улогу у систему смањења ризика од катастрофа и управљања ванредним ситуацијама има и Дирекција полиције. Њена улога проистиче из њене „надлежности, могућности брзог прилагођавања насталим околностима, распоређености снага на целокупној територији, непрекидном обављању послова безбедности, бројности људства, опремљености и укупне организованости, мобилности и искуства, као и могућности ефикасне стручне обуке.“¹⁸

У складу са законском терминологијом, полиција се сврстава у снаге овог система.¹⁹ Још је Законом о ванредним ситуацијама из 2009. године било предвиђено да МУП обезбеђује учешће полиције и других организационих јединца МУП-а у спровођењу мера и извршавању задатака заштите и спа-

планирања, Министарства одбране и од Хидрометеоролошког завода Србије. Фактички, Сектор је настао прерастањем Управе противпожарне полиције Ресора јавне безбедности у Управу за заштиту од пожара и спасавања (Управу за заштиту и спасавање) Дирекције полиције (Правилник 2005), затим трансформацијом те управе у Сектор за заштиту и спасавање ван Дирекције полиције (Правилник 2006) и, коначно, прерастањем тог Сектора у Сектор за ванредне ситуације (Правилник 2009).“ (Обрад Стевановић, „Организациона структура полиције у Републици Србији на почетку XXI века“, у: *Структура и функционисање полицијске организације, традиција, стање и перспективе – II*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд 2013, 89) Више о развоју система заштите и спасавања у оквиру МУП-а вид. Немања Бојичић, „Развој система заштите и спасавања у оквиру МУП-а Републике Србије“, *Безбедност*, 1/2013, 160-183.

¹⁷ *Приручник за припремање стручних испитних задатака у МУП РС*, Министарство унутрашњих послова и Криминалистичко-полицијска академија, Београд 2013, 542-543, <http://www.mup.gov.rs/wps/portal/sr/ministarstvo/organizacija> (04.06.2019. године)

¹⁸ Драган Млађан, *Безбедност у ванредним ситуацијама*, Београд 2015, 237.

¹⁹ ЗУВС, чл. 13, ст. 3.

савања.²⁰ Такође, Законом о полицији је предвиђено да „полицијски службеници предузимају хитне мере које су неопходне за отклањање непосредне опасности за људе и имовину, кад те мере не могу правовремено да предузму други надлежни органи, о чему одмах обавештавају те органе. У случају опште опасности изазване природним непогодама, епидемијама или другим облицима угрожавања полицијски службеници пружају помоћ органима државне управе, органима територијалне аутономије и локалне самоуправе, правним и физичким лицима. Приликом предузимања наведених послова, полицијски службеници учествују и у вршењу спасилачке функције и пружању прве помоћи људима и, с тим у вези, користе прописану опрему и спроводе обуку полицијских службеника који те послове обављају.”²¹ У том циљу, Дирекција полиције „ствара потребне услове за одржавање и подизање оспособљености и спремности Полиције за деловање у стању повећаног ризика, ванредним ситуацијама, ванредном и ратном стању“.²² Наведене законске одредбе упућују на то да је улога полиције у ванредним ситуацијама супсидијарне природе. Тачније, ангажовање полиције се заснива на хитном реаговању све док надлежни органи (првенствено Сектор) не буду у прилици да адекватно одговоре на угрожавајуће појаве.

4. УЛОГА ПРИВАТНОГ ОБЕЗБЕЂЕЊА У ВАНРЕДНИМ СИТУАЦИЈАМА

Доношењем Стратегије националне безбедности Републике Србије 2009. године по први пут су у нашој земљи у једном стратешком (јавном) документу уређена најважнија питања од интереса за националну безбедност. Једно од тих питања јесте и организација и деловање субјеката приватног обезбеђења. Наиме, у Стратегији националне безбедности се наводи да: „Све већу одговорност у спровођењу политике унутрашње безбедности, заједно са државним и осталим органима и институцијама, имају субјекти из области приватног обезбеђења чија делатност обухвата заштиту безбедности појединаца, објеката и других материјалних добара која није обухваћена заштитом надлежних државних органа. Од посебног друштвеног значаја је да делатност субјеката из области приватног обезбеђења буде у целости нормативно и доктринарно уређена.“²³ На овај начин, систем приватне безбедности

²⁰ Закон о ванредним ситуацијама – ЗВС, *Службени гласник РС*, бр. 111/09, 92/11 и 93/12, чл. 11, ст. 2, тач. 7.

²¹ Закон о полицији – ЗОП, *Службени гласник РС*, бр. 6/16, 24/18 и 87/18, чл. 61, ст. 1-3.

²² ЗОП, чл. 24, ст. 1, тач. 9.

²³ Одлука о усвајању Стратегије националне безбедности Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 88/09.

је, поред државног, препознат као део јединственог система националне безбедности. Пратећи дух Стратегије, (тек) 2013. године је усвојен Закон о приватном обезбеђењу (у даљем тексту: ЗПО) који уређује „обавезно обезбеђење и заштиту одређених објеката, послове и рад правних и физичких лица у области приватног обезбеђења, услове за њихово лиценцирање, начин вршења послова и остваривање надзора над њиховим радом.“²⁴

Под приватним обезбеђењем, у складу са ЗПО, подразумева се „пружање услуга, односно вршење послова заштите лица, имовине и пословања физичком и техничком заштитом када ти послови нису у искључивој надлежности државних органа, као и послове транспорта новца, вредносних и других пошилики, одржавање реда на јавним скуповима, спортским приредбама и другим местима окупљања грађана (редарска служба), које врше правна лица и предузетници регистровани за ту делатност, као и правна лица и предузетници који су образовали унутрашњи облик организовања обезбеђења за сопствене потребе (самозаштитна делатност).“²⁵ ЗПО је предвиђено да „услуге приватног обезбеђења не спадају у полицијске и друге послове безбедности које врше органи државне управе“. У складу са тим, правна лица и предузетници који имају лиценцу за вршење послова приватног обезбеђења не могу вршити послове заштити лица и имовине који су у искључивој надлежности државних органа, нити примењивати оперативне методе и средства, односно оперативно-техничка средства и методе које ти органи примењују на основу посебних прописа.²⁶

Доношењем ЗПО, законодавац је препознао приватно обезбеђење као једног од субјеката који учествују у заштити обавезно обезбеђених објеката (критична инфраструктура).²⁷ Да је тако, потврђују и послови које агенције за приватно обезбеђење обављају у складу са ЗПО.²⁸ Заштита обавезно обезбе-

²⁴ Закон о приватном обезбеђењу – ЗПО, *Службени гласник РС*, бр. 104/13, 42/15 и 87/18, чл. 1.

²⁵ ЗПО, чл. 2, ст. 1.

²⁶ ЗПО, чл. 2, ст. 2 и 3.

²⁷ Вид. ЗПО, чл. 4 и 5 и Закон о критичној инфраструктури, *Службени гласник РС*, бр. 87/18.

²⁸ У послове приватног обезбеђења спадају: 1) процена ризика у заштити лица, имовине и пословања; 2) заштити лица и имовине физичким и техничким средствима, као и послови одржавања реда на јавним скуповима, спортским приредбама и другим местима окупљања грађана у делу који није у надлежности МУП-а; 3) планирање, пројектовање и надзор над извођењем система техничке заштите, монтаже, пуштање у рад, одржавање система техничке заштите и обука корисника; 4) обезбеђење транспорта и преноса новца и вредносних пошилики у делу који није у надлежности МУП-а. При томе, правна лица и предузетници су дужни да обезбеде услове и средства за вршење наведених послова у складу са важећим стандардима и прописима којима се уређује област безбедности и здравља на раду. (ЗПО, чл. 6) Према мишљењу појединих аутора, овакво (таксативно) одређење послова приватног обезбеђења може довести (а испоставило се у међувремену да је и довело)

ђених објеката, у складу са општим актом о организацији и систематизацији, обавља се уговорним ангажовањем субјеката лиценцираних за обављање делатности приватног обезбеђења или као организована самозаштитна делатност.²⁹ Заштита ових објеката, између осталог, подразумева и доношење и спровођење процедура у случајевима ванредних ситуација.

За разлику од Сектора и полиције, основ за ангажовање (деловање) приватног обезбеђења на заштити људи и имовине јесте уговор. У ЗПО се наводи да корисник услуга приватног обезбеђења може ангажовати правно лице или предузетника само на основу и у оквиру закљученог писаног уговора чија је садржина одређена ЗПО,³⁰ при чему се не могу ангажовати агенције које немају лиценцу.³¹

Да би на адекватан начин вршио послове приватног обезбеђења, службеник обезбеђења је за време вршења послова физичке заштите овлашћен да: „1) изда упозорење или наређење лицу или забрани лицу улазак и боравак уштићеном објекту; 2) провери идентитет лица; 3) заустави и прегледа лице, предмете или превозно средство; 4) привремено одузме предмете; 5) привремено задржи лице; 6) употреби следећа средства принуде, под условима утврђеним овим законом, и то: средства за везивање, физичку снагу, гасни спреј, посебно дресиране псе, ватрено оружје).“³²

Анализом ЗПО можемо закључити да приватно обезбеђење, уколико искључимо предузимање одређених мера у оквиру објекта који се обезбеђује, није укључено, односно не предузима послове заштите и спасавања у ширем обиму. Тачније, улога приватног обезбеђења, када су у питању ванредне ситуације, огледа се пре свега у спречавању свих оних појава које могу довести до проглашења ванредне ситуације (елементарне непогоде – поплаве, пожари, клизишта и техничко-технолошке несреће). Приватно обезбеђење уколико није у могућности да спречи настајање штетних последица по безбедност људи и имовине има задатак да обавести надлежне државне

до тога да ван закона остану неки од безбедносних послова који би требало да се обављају у истом режиму. Та слабост ЗПО је могла бити избегнута тако што би се омогућило да се о поднетим захтевима, а у зависности од процене полиције, лиценцирање врши и за друге послове за које се под истим условима и истом поступку утврди да јесу безбедносни (тзв. резервна клаузула о посебној лиценци). Како исправно закључује С. Милетић, „лиценца није само дозвола као што је то предвиђено ЗПО, већ има и тржишну вредност. Она представља доказ о компетентности и испуњености минималних услова који гарантују одређени стандард услуге, због чега би реално било очекивати да би се временом повећао број захтева за добијање тих „посебних лиценци“.“ (Слободан Милетић, *Коментар Закона о приватном обезбеђењу*, Правни инструктор, 57/2013)

²⁹ ЗПО, чл. 5, ст. 2.

³⁰ ЗПО, чл. 20, ст. 2.

³¹ ЗПО, чл. 19 и чл. 20, ст. 1 и 3.

³² ЗПО, чл. 46, ст. 1.

органа (функција обавешавања), првенствено надлежне организационе јединице Сектора и полиције, као и хитну медицинску помоћ. Након проглашења ванредне ситуације, приватно обезбеђење има задатак да спроводи мере, али опет у оквиру објекта који се штити, које издаје надлежни штаб за ванредне ситуације.

5. (НЕ)САРАДЊА ПОЛИЦИЈЕ И ПРИВАТНОГ ОБЕЗБЕЂЕЊА У ВАНРЕДНИМ СИТУАЦИЈАМА

Савремени безбедносни проблеми и тенденције у развијеним земљама иду у правцу развијања сарадње полиције (и других државних безбедносних структура) и приватног обезбеђења. Једна од тих области сарадње јесте и могућност заједничког деловања приватног обезбеђења и полиције у различитим редовним, а нарочито кризним и ванредним околностима, као што су ванредне ситуације. Овај облик сарадње није правно уређен у нашој земљи, иако постоје одређени разлози који могу оправдати постојање те сарадње, на обострану корист. Овај облик сарадње је само један од видова сарадње у контексту развоја концепта јавно-приватног партнерства у области (јавне) безбедности и полако постаје предмет интересовања стручне и научне јавности.³³ Полазећи од тога, у наредном делу ћемо се критички осврнути на постојећи теоријски, позитивноправни и стратешки оквир деловања полиције и приватног обезбеђења, са циљем указивања на оправданост укључивања приватног обезбеђења у активности након проглашења ванредне ситуације.

На почетку је неопходно истаћи да полиција и током ангажованости у ванредним ситуацијама (која су несвојствена полицији) наставља са обављањем редовних задатака и (полицијских) послова. Због тога се у теорији, условно речено, деловање полиције у ванредним ситуацијама може поделити на три фазе: пре, током и након ванредне ситуације.³⁴ Прва фаза је припремна фаза у којој је неопходно предузети хитне мере и прећи из режима редовног обављања послова ка обављању послова у ванредним приликама. Друга фаза подразумева ангажовање већег броја полицијских службеника, у зависности од интензитета и размера ванредних ситуација. За ову фазу је карактеристично то да долази до изразите напрегнутости рада полицијских службеника (а нарочито локалних полицијских станица или испостава на чијем је под-

³³ Вид. Ненад Радивојевић, *Јавно-приватно партнерство у области јавне безбедности у развијеним земљама са посебним освртом на Републику Србију*, неодбрањена докторска дисертација, доступна на [https://cris.uns.ac.rs/DownloadFileServlet/javniUvid155505547243362.pdf?controlNumber=\(BISIS\)110598&fileName=155505547243362.pdf&id=12761](https://cris.uns.ac.rs/DownloadFileServlet/javniUvid155505547243362.pdf?controlNumber=(BISIS)110598&fileName=155505547243362.pdf&id=12761) (04.06.2019. године)

³⁴ Дане Субошић, *Организација и послови полиције*, Београд 2017, 291.

ручју проглашена ванредна ситуација). Трећа фаза у највећој мери зависи од врсте и последица настале ванредне ситуације и везана је за завршетак спасилачких и других активности.³⁵

Специфичност ангажовања полиције у ванредним ситуацијама јесте да она доводи до одређених организационих и функционалних промена. То су пре свега: измена режима њеног функционисања у правцу повећања интензитета и дужине трајања активности припадника; *појпребе за ангажовањем додатних снага (нпр. помоћне полиције); сарадње са другим органима и организацијама*; прилагођавања организационе структуре, односно стварања привремених (једнократних) организационих структура (одреди, јединице, тимови и групе) полиције. Број, величина, састав и попуњеност таквих привремених организационих јединица зависе од размера, карактера и специфичности насталих услед ванредне ситуације, потребе извршења одређених задатака, као и бројности припадника полиције и помоћне полиције.³⁶

Искуства са катастрофалним поплавама на нашим просторима током 2005. године и током маја 2014. године, пожарима у летњем периоду током 2007. године, земљотресом у Краљеву 2010. године, изузетно хладним периодом током почетка 2012. године, као и друге елементарне непогоде су, између осталог, указали на потребу за постојањем састава помоћне полиције. Наиме, могућност формирања помоћног састава полиције је била предвиђена још Законом о полицији из 2005. године.³⁷ Међутим, упркос нормативним активностима Владе, као и доношењем новог Закона о полицији 2016. године, овај састав полиције још увек није формиран. Помоћна полиција представља нов институт у нашем праву који замењује некадашњи резервни састав полиције.³⁸ Суштинска разлика између некадашњег резервног састава и сада помоћне полиције је у томе што се резервни састав заснивао на *принципу обавезности* (војних обвезника), док се помоћна полиција заснива на *принципу добровољности* (заинтересованости за службу у помоћној полицији).³⁹

Актуелним Законом о полицији предвиђено је да се „помоћна полиција може образовати за извршавање полицијских послова у случајевима када треба надокнадити ангажовање великог броја полицијских службеника за извршавање задатака: 1) високог безбедносног ризика; 2) у природним и другим несрећама; 3) обезбеђивања државне границе; 4) у другим случајевима када је угрожена унутрашња безбедност. Изузетно, помоћна полиција може бити ангажована и када постоји обострани интерес МУП-а и локалне само-

³⁵ Д. Млађан, 238.

³⁶ *Ibid.* 240-242.

³⁷ *Службени гласник РС*, бр. 101/05, чл. 191 и 192.

³⁸ Сретен Југовић, *Управна функција полиције*, Београд 2013, 146.

³⁹ Слободан Милетић, *Коментар Закона о полицији*, Београд 2009, 369.

управе по основу посебних споразума.⁴⁰ Наведено упућује на могућност ангажовања помоћне полиције у случајевима проглашења ванредне ситуације (или како законодавац наводи „у природним и другим несрећама“). Такође, значајну (и позитивну) новину представља и могућност да се афирмише улога локалне самоуправе у остваривању безбедности. Ово је нарочито значајно за оне локалне самоуправе које су подложније елементарним непогодама.

На припаднике помоћне полиције, када су ангажовани, сходно се примењују одредбе Закона о полицији које се односе на права и дужности⁴¹ полицијских службеника. О употреби помоћне полиције за извршавање полицијских послова одлучује министар, на предлог директора полиције. Ближи услови за избор кандидата, права и обавезе припадника помоћне полиције, обука, начин ангажовања, као и организација и рад помоћне полиције биће уређени предметном уредбом Владе.⁴² Међутим, и поред два Закона о полицији (из 2005. и 2016. године) и две Уредбе⁴³ донете на основу та два закона, институт помоћне полиције још увек није заживео у нашој пракси. Тренутно, у правном поретку нема ниједне уредбе о помоћној полицији,⁴⁴ а како ствари стоје, изгледа да ова врста полиције неће ни бити формирана у блиској будућности. Због тога би према мишљењу неких аутора било неопходно у предстојећем периоду размислити о промени концепта помоћне полиције, односно, неопходно је узети у обзир могућност формирања помоћне полиције по мобилизацијском принципу, с обзиром на то да је тешко очекивати да се у данашњим условима грађани (ка којима је овај концепт првенствено окренут) добровољно пријаве у службу помоћне полиције.⁴⁵

Недавна истраживања у овој области указују на неколико кључних показатеља којима се оправдава могућност ангажовања службеника приватног обезбеђења као помоћног састава полиције.⁴⁶ Наиме, службеници приватног обезбеђења су (делимично) обучени када је у питању област ванредних ситуација.⁴⁷ Наравно, у питању је обученост за ангажовање искључиво у оквиру

⁴⁰ ЗОП, чл. 249, ст. 1 и 2.

⁴¹ Што значи и могућност примене полицијских овлашћења, при чему ће се та питања ближе уредити уредбом коју ће донети Влада.

⁴² ЗОП, чл. 249, ст. 3–5.

⁴³ Уредба о служби у помоћној полицији и правима и дужностима помоћних полицајаца, *Службени гласник РС*, бр. 27/06 и 109/09; Уредба о служби у помоћној полицији, *Службени гласник РС*, бр. 109/16.

⁴⁴ Уредба о престанку важења Уредбе о служби у помоћној полицији, *Службени гласник РС*, бр. 2/17.

⁴⁵ Н. Радивојевић, 233.

⁴⁶ Вид. *Ibid.* 225.

⁴⁷ Једна од основних тематских целина у погледу обуке коју су прошли службеници приватног обезбеђења (тада кандидати) јесте и област „Процедуре у ванредним ситуацијама“.

објекта који се штити. Међутим, обука коју су прошли се свакако не сме занемарити и може бити основа за конципирање обуке која би била прилагођена службеницима приватног обезбеђења у њиховом ширем ангажовању у ванредним ситуацијама, а у оквиру помоћног састава полиције. Послови које обављају, као и овлашћења која имају у складу са ЗПО указују на могућност њиховог ангажовања у активностима својственим редовном полицијском саставу и другим надлежним службама (нпр. контрола приступа угроженом подручју, пружање прве медицинске помоћи, евакуација, заштита материјалних добара, асанација терена и др).

Даље, службеници и агенције у којима су запослени су лиценцирани (што укључује и одређени вид селекције кадрова – пролазак безбедносне провере, психофизичка способност и др.). У питању су лица која већ поседују опрему за обављање послова, тако да није потребно улагати додатна средства у њихово опремање. Такође, неопходно је узети у обзир још једну од предности приватног обезбеђења, а то су бројност (између 30.000-40.000 лиценцираних физичких лица) и покривеност територије (која је значајнија и од оне коју покривају полицијски службеници). То значи да је, у једном релативно кратком времену, након додатних (специјалистичких) обука, могуће надокнадити већи број припадника полиције неопходан за спречавање или санирање последица насталих услед катастрофа. Упркос томе, ови потенцијали и могућности нису препознати у нашем позитивноправном оквиру који уређује организацију и деловање полиције и приватног обезбеђења, као и област ванредних ситуација.⁴⁸

Позитивна законска одредба о могућности ангажовања приватног обезбеђења била је предвиђена у Закону о ванредним ситуацијама из 2009. године. Тим законом је било предвиђено да у ванредним ситуацијама учествују и *ишв. оспособљена љавна лица*. У питању су привредна друштва и друга правна лица која су оспособљена и опремљена за заштиту и спасавање. Између осталих, ту су спадали и привредни субјекти из области приватног обезбеђења.⁴⁹ При томе, листу оспособљених правних лица на републичком нивоу утврђује Влада, на покрајинском Влада АПВ, а на локалном нивоу извршни органи власти.⁵⁰ Међутим, занимљиво је да ни у републичкој ни у покрајинској одлуци субјекти приватног обезбеђења нису препознати као субјекти од значаја за спречавање и санирање последица насталих услед ванредних ситуација.⁵¹

(Вид. Правилник о програмима и начину спровођења обуке за вршење послова приватног обезбеђења, *Службени гласник РС*, бр. 117/14)

⁴⁸ Н. Радивојевић, 225.

⁴⁹ ЗВС, чл. 8, тач. 25.

⁵⁰ ЗВС, чл. 17, ст. 3, чл. 14, ст. 1, тач. 8 и чл. 15, ст. 1, тач. 8.

⁵¹ Одлука о одређивању овлашћених и оспособљених правних лица за заштиту и спасавање у Републици Србији, *Службени гласник РС*, бр. 36/11 и Одлука о одређивању овлашћених

То није учињено ни покрајинском Одлуком о одређивању овлашћених и оспособљених правних лица за заштиту и спасавање.⁵²

У ЗПО нема одредби о могућности ангажовања приватног обезбеђења у случајевима проглашења ванредних ситуација, као што је то било предвиђено Законом о ванредним ситуацијама. За очекивати је било, према мишљењу аутора, да се и у ЗПО (који је, подсећамо још једном, донет четири године након Закона о ванредним ситуацијама) нађу макар начелне одредбе о ангажовању приватног обезбеђења у ванредним ситуацијама, заједно са полицијским службеницима.

У Закону о смањењу ризика од катастрофа и управљању ванредним ситуацијама,⁵³ приватно обезбеђење се уопште изричито не спомиње као један од елемената снага система смањења ризика од катастрофа и управљања ванредним ситуацијама.⁵⁴ Истим законом је такође пропуштена прилика да се сектор приватног обезбеђења укључи у спречавање и санирање последица услед катастрофа, у делу везном за јединице цивилне заштите. Законом је задржано решење претходног закона, а то је да јединице цивилне заштите опште намене образују јединице локалне самоуправе, док специјализоване јединице цивилне заштите образује МУП. При томе, јединица локалне самоуправе може бити ослобођена обавезе образовања јединица цивилне заштите опште намене, уколико на њеној територији постоји добровољно ватрогасно друштво,⁵⁵ које јединица локалне самоуправе финансира и које у свом саставу има формирану, обучену и опремљену ватрогасну јединицу од најмање 20 припадника. С тим у вези, јединица локалне самоуправе мора имати уговором дефинисан однос са добровољним ватрогасним друштвом у смислу обавезности њиховог учешћа у заштити и спасавању људи и материјалних добара у ванредним ситуацијама, као и обавезу да делом финансира њихово опремање и обучавање.⁵⁶ Овде се може поставити питање зашто по овом моделу није предвиђена и могућност ангажовања и агенције за

и оспособљених правних лица за заштиту и спасавање у Републици Србији, *Службени гласник РС*, бр. 26/18.

⁵² *Службени лист АПВ*, бр. 13/13.

⁵³ Закон је ступио на снагу 21. новембра 2018. године.

⁵⁴ ЗУВС, чл. 13, ст. 3. Као снаге система смањења ризика од катастрофа и управљања ванредним ситуацијама одређени су: штабови за ванредне ситуације, јединице цивилне заштите, ватрогасно-спасилачке јединице, Служба 112, Полиција, Војска Србије, Црвени крст Србије, Горска служба спасавања, Ватрогасни савез Србије, Савез радио аматера Србије, повереници, односно заменици повереника цивилне заштите, грађани, удружења грађана и организације чија је делатност од посебног интереса за развој и функционисање система.

⁵⁵ Област добровољног ватрогаства је по први пут свеобухватно уређена код нас. Вид. Закон о добровољном ватрогаству, *Службени гласник РС*, бр. 87/18.

⁵⁶ ЗУВС, чл. 79, ст. 2, чл. 80 и чл. 81, ст. 1.

приватно обезбеђење, с тим што би законом свакако требало прописати обавезну (специјалистичку) обуку за службенике приватног обезбеђења коју би финансирале агенције и(ли) локална самоуправа. Наведено би подстакло тржишну утакмицу између агенција, а локална самоуправа би добила још једног обученог, опремљеног и поузданог партнера у заштити и спасавању људи и материјалних добара.⁵⁷

6. ЗАКЉУЧАК

Поред Сектора за ванредне ситуације, који је примарно задужен за активности везане за заштиту и спасавање људи и имовине у случајевима ванредне ситуације, значајну улогу у предузимању активности пре, током и након прогашавања ванредних ситуација има и полиција. Све већи број и разорне последице услед елементарних непогода захтевају повећано ангажовања свих припадника МУП-а, па самим тим и полиције. Битно је нагласити да ангажовање полицијских службеника у ванредним ситуацијама посебно оптерећује њихов рад, с обзиром на то да је неопходно извршавати и редовне полицијске послове и задатке. У таквим ситуацијама неопходно је прилагодити организациону структуру и деловање полиције. Један од механизма у том циљу јесте и активирање јединица помоћне полиције, предвиђено Законом о полицији.

Како институт помоћне полиције још увек није заживео у нашој пракси, иако је у наш правни систем уведен још 2005. године, неопходно је размислити о његовом поновном и другачијем осмишљавању. Наиме, могућност формирања помоћног састава полиције заснована је на принципу добровољности, због чега је неопходно размислити о томе да се она заснива на принципу мобилизације. Узимајући у обзир свеобухватне реформе система националне безбедности након 2000. године, које укључују и укидање војног рока, поставило се питање који би то круг лица могао бити мобилисан. Полазећи од бројности припадника сектора приватног обезбеђења, њихове (делимичне) обучености и опремљености као и присуства на терену, они представљају логичан избор. Наравно, како субјекти приватног обезбеђења делују по тржишним принципима, неопходно је уважити и њихове економске интересе који ће бити предмет уговора између агенција, њихових запослених и МУП-а.

Оно што је неопходно урадити јесу одређене интервенције у Закону о приватном обезбеђењу, као и Закону о спречавању ризика од катастрофа и управљању ванредним ситуацијама, у којима би се начелно дефинисала улога приватног обезбеђења у активностима и након проглашења ванредне

⁵⁷ Н. Радивојевић, 228.

ситуације. Сва остала питања била би уређена пратећим подзаконским акти-ма, у које спада и предметна уредба о помоћној полицији, коју треба донети у складу са Законом о полицији. На тај начин, целокупан систем заштите и спасавања у Републици Србији биће додатно „ојачан“; на тај начин, бићемо и корак ближе интеграцији сектора приватног обезбеђења у систем националне безбедности, као што је то и предвиђено Стратегијом националне безбедности Републике Србије.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- Аврамовић Драгутин, Симовић Дарко, „Ванредно стање и ванредне ситуације у Републици Србији – [не]оправдани дуализам“, *Култура ђолиса*, посебно издање, 1/2012.
- Аврамовић Драгутин, Млађан Драган, „Ванредно стање и ванредна ситуација – компаративни терминолошки и садржински аспекти“, *Теме*, 2/2014.
- Бојичић Немања, „Финансирање система заштите и спасавања у Републици Србији“, *Наука-безбедносћ-ђолиција*, 1/2013.
- Бојичић Немања, „Развој система заштите и спасавања у оквиру МУП-а Републике Србије“, *Безбедносћ*, 1/2013.
- Југовић Сретен, „Правни режим ванредних ситуација у Републици Србији“, *Правна ријеч*, 31/2012.
- Југовић Сретен, *Управна функција ђолиције*, Београд 2013.
- Лончар Зоран, „Позитивноправни појам управе“, *Зборник радова Правнођ факултетуа у Новом Саду*, 1-2/1992.
- Лончар Зоран, *Ујравно ђраво ђосебни део: областђ унуђрашњих ђослова*, Београд 2005.
- Лончар Зоран, „Улога органа државне управе у поступку издавања путних исправа“, *Зборник Мајишце срђске за друштвене науке*, 135/2011.
- Лончар Зоран, „Инспекцијски надзор у области заштите животне средине“, *Зборник радова Правнођ факултетуа у Новом Саду*, 4/2012.
- Лончар Зоран, „Поверени послови државне управе у области заштите животне средине“, *Зборник радова Правнођ факултетуа у Новом Саду*, 3/2014.
- Милетић Слободан, *Коментар Закона о ђолицији*, Београд 2009.
- Милетић Слободан, *Коментар Закона о ђривајном обезбеђењу*, Правни инструктор, 57/2013.
- Милков Драган, „Управна ствар“, *Анали Правнођ факултетуа у Беођраду*, 5/1986.
- Милков Драган, „Управни надзор“, *Зборник радова Правнођ факултетуа у Новом Саду*, 1-2/1992.
- Милков Драган, „О вршиоцима управне делатности у Србији“, *Хармонизација срђскођ и мађарскођ ђрава са ђравом Евројске уније* (тематски зборник), Нови Сад 2013.
- Милков Драган, *Ујравно ђраво I: уводна и орђанизациона ђиђања*, Нови Сад 2016.
- Млађан Драган, *Безбедносћ у ванредним ситђуацијама*, Београд 2015.

Орловић Слободан, „О ванредном стању у српским уставима“, *Правни животић*, 14/2009.

Приручник за припремање стипендијских извештаја запослених у МУП РС, Министарство унутрашњих послова и Криминалистичко-полицијска академија, Београд 2013, <http://www.mup.gov.rs/wps/portal/sr/ministarstvo/organizacija>.

Радивојевић Ненад, *Јавно-приватно партнерство у области јавне безбедности у развијеним земљама са посебним освртом на Републику Србију*, неодбрањена докторска дисертација, доступна на [https://cris.uns.ac.rs/Download-FileServlet/javni_Uvid155505547243362.pdf?controlNumber=\(BISIS\)110598&fileName=155505547243362.pdf&id=12761](https://cris.uns.ac.rs/Download-FileServlet/javni_Uvid155505547243362.pdf?controlNumber=(BISIS)110598&fileName=155505547243362.pdf&id=12761).

Стајић Љубомир, Мандић Горан, „Нека контроверзе Закона о приватном обезбеђењу“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2014.

Стајић Љубомир, *Основи система безбедности – са основама истраживања безбедносних појава*, Нови Сад 2015.

Стајић Љубомир, Радивојевић Ненад, „Полиција, комунална полиција и приватно обезбеђење – дивергентни или конвергентни субјекти јавне безбедности?“ *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније* (тематски зборник), Нови Сад 2017.

Стевановић Обрад, „Организациона структура полиције у Републици Србији на почетку XXI века“, у: *Структура и функционисање полицијске организације, традиција, стање и перспективе – II*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд 2013.

Стефановић Јован, *Поремећај надлежности у користи извршне власти услед стања нужде* [прештампано из Споменице Мауровићу о његовој шесетогодишњици], Београд 1934.

Субошић Дане, *Организација и послови полиције*, Београд 2017.

Чиплић Светозар, *Држава у ванредним приликама*, Нови Сад 1999.

Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

Закон о полицији, *Службени гласник РС*, бр. 101/05.

Закон о ванредним ситуацијама, *Службени гласник РС*, бр. 111/09, 92/11 и 93/12.

Закон о приватном обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 104/13, 42/15 и 87/18.

Закон о полицији, *Службени гласник РС*, бр. 6/16, 24/18 и 87/18.

Закон о смањењу ризика од катастрофа и управљању ванредним ситуацијама, *Службени гласник РС*, бр. 87/2018.

Закон о критичној инфраструктури, *Службени гласник РС*, бр. 87/18.

Закон о добровољном ватрогаству, *Службени гласник РС*, бр. 87/18.

Уредба о служби у помоћној полицији и правима и дужностима помоћних полицајаца, *Службени гласник РС*, бр. 27/06 и 109/09.

Уредба о служби у помоћној полицији, *Службени гласник РС*, бр. 109/16.

Уредба о престанку важења Уредбе о служби у помоћној полицији, *Службени гласник РС*, бр. 2/17.

Одлука о усвајању Стратегије националне безбедности Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 88/09.

Одлука о одређивању овлашћених и оспособљених правних лица за заштиту и спасавање у Републици Србији, *Службени гласник РС*, бр. 36/11.

Одлука о одређивању овлашћених и оспособљених правних лица за заштиту и спасавање у Републици Србији, *Службени гласник РС*, бр. 26/18.

Правилник о програмима и начину спровођења обуке за вршење послова приватног обезбеђења, *Службени гласник РС*, бр. 117/14.

Одлука о одређивању овлашћених и оспособљених правних лица за заштиту и спасавање, *Службени лист АПВ*, бр. 13/13.

Организациона структура Министарства унутрашњих послова, <http://www.mup.gov.rs/wps/portal/sr/ministarstvo/organizacija>.

*Zoran J. Lončar, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
Z.Loncar@pf.uns.ac.rs*

*Nenad P. Radivojević, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
N.Radivojevic@pf.uns.ac.rs*

*Ratko S. Radošević, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
R.Radosevic@pf.uns.ac.rs*

*Vladan M. Mirković, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
V.Mirkovic@pf.uns.ac.rs*

Cooperation between Police and Private Security in Emergency Situations in the Republic of Serbia – Current State and Possibilities

Abstract: *Emergency situations require special and additional activities from the state authorities, as well as from different private bodies and subjects. Among state authorities important role is given to the Ministry of internal affairs; among private bodies and subjects, important role could be given to the private security. Starting from that position, the authors are trying to find the way of using private security bodies in emergency situations, in cooperation with the police. Aim of the authors is to critically analyze our legislation and to recommend the means of this cooperation.*

Keywords: *Ministry of internal affairs, police, private security, emergency situations, cooperation.*

Датум пријема рада: 04.06.2019.

Др Ненад С. Милић, ванредни професор
Криминалистичко-полицејски универзитет
Београд
nenad.milic@kpu.edu.rs

ГЕОПРОСТОРНИ КОНТЕКСТ КРИМИНАЛНЕ АКТИВНОСТИ У КРИМИНАЛИСТИЦИ¹

Сажетак: Криминално понашање се манифестује на одређеној локацији која је саставни део ширег геопросторног мрежа, због чега се не може по-смањити изоловано од окружења у којем настаје и у коме производи своје последице. Разумевање где и зашто се кривична дела врше може унапредити активности које се предузимају у циљу сувојсављања криминалу. То потврђује низ емпиријских истраживања, која указују да избор објекта најада од стране учиниоца није случајан, већ је често узрокован, између осталог, и геопросторним чиниоцима. С тим у вези, у раду се указује на значај геопростора у обликовању криминалног понашања. Међутим, у криминалистичкој пракси још увек не постоји довољно знања и свесни о томе како сагледавање геопросторног контекста може унапредити криминалистичке активности које се свакодневно предузимају у циљу сувојсављања криминалу. У том смислу, његов информативни потенцијал остаје неискоришћен, а криминалистички рад недовољно ефикасан.

Кључне речи: криминално понашање, геопростор, криминална жаришта, географско профилисање, ментална мапа, Place-Based Policing.

1. УВОД

Геопросторна компонента криминалне активности је, у теорији и пракси, дуго времена запостављана. У фокусу теоријских промишљања о криминалу

¹ Рад је резултат рада на пројекту „Развој институционалних капацитета, стандарда и процедура за супротстављање организованом криминалу и тероризму у условима међународних интеграција” (бр. 179045).

налазио се учинилац, с циљем да се одговори на питање зашто се одређена лица, за разлику од других, одлучују да врше кривична дела. У том смислу, истраживани су различите *ендоџени* и *еџоџени* фактори за које се сматрало да утичу на формирање преступничког понашања. Оног тренутка када је преступник формиран, наводе Вортли (Wortley) и Мазерол (Mazerolle), преступ се чини скоро неизбежним – тачно време и место његовог манифестовања је од малог значаја.² Идеално би било када би се таква концепција могла материјализовати, јер би се у том случају преступници могли *ипрејознајти* и у односу на њих превентивно деловати. Међутим, ове теорије не само да до данас нису пружиле солидну основу за добијање таквих предикција, већ у својим објашњењима нуде различита психолошка и социолошка објашњења, попут културних, економских и других чинилаца који утичу на формирање криминалне одлуке³. Осим тога, оваква промишљања тешко проналазе примену у пракси, из разлога што се анализирани фактори налазе ван домаћаја деловања органа формалне социјалне контроле.

Последњих деценија долази до промене курса, када је реч о начину на који се треба супротставити криминалу. Под окриљем *криминологије животне средине* јављају се нови теоријски приступи, који не теже разумевању узрока криминала, нити пружању одговора на питање зашто одређена лица постају учиниоци кривичних дела. У њиховом фокусу налази се *геопростор* (место извршења и његово окружење), на којем се, у датом тренутку времена, конституише (погодна) *прилика* да се кривично дело изврши, као и *ситуациони контексти* у којем се она манифестује и постаје предмет пажње (мотивисаног) учиниоца који на њу реагује. Дакле, учинилац је само један од неопходних елемената за манифестовање кривичног дела, због чега одговор на питање како неко постаје преступник добија мали значај. Уместо тога, пажња се усмерава на објашњење како геопростор (окружење) утиче на стварање прилике и доношење одлуке да се кривично дело изврши, тј. покушавају се утврдити обрасци понашања учиниоца и жртве у односу на геопростор где се они сусрећу.⁴ Другим речима, кључно је сагледати и објаснити како место (геопростор) утиче на криминално понашање особа које се ту налазе, односно како *привлачи* оне који већ поседују склоности (мотивацију) ка вршењу кривичних дела да ту дођу и врше криминалну активност. Криминолози који проучавају утицаје окружења своја истраживања започињу постављањем питања *где* и *када* је кривично дело извршено. Њих првенствено

² Richard Wortley, Lorraine Mazerolle, „Environmental Criminology and Crime-Analysis: Situating the theory, analytic approach and application“, *Environmental criminology and crime analysis* (eds. Richard Wortley, Lorraine Green Mazerolle), London 2008, 2.

³ Ненад Милић, „Место извршења кривичног дела у теоријским промишљањима о криминалитету“, *НБП – Журнал за криминалистичку и право* 1/2014, 142.

⁴ Rachel Boba Santos, *Crime analysis and crime mapping*, Sage Publications, London 2005, 59.

интересују физичке и друштвене карактеристике места извршења кривичног дела, како и зашто су се учинилац и жртва нашли на њему, шта је преступника навело да изабере одређену жртву (мету), зашто је кривично дело извршено управо на том, а не на неком другом месту и сл.⁵

С тим у вези, у раду се указује на значај геопростора у обликовању криминалног понашања, као и могућностима да се сазнања о геопросторном контексту криминалне активности ставе у функцију криминалистичког поступања, које се, *ex definitio*, своди на превенцију и репресију криминала.

2. ФИЗИЧКИ ИЗГЛЕД ГЕОПРОСТОРА И КРИМИНАЛНА АКТИВНОСТ

Настојања да се истражи веза између кривичног дела и геопростора нису новијег датума. Зачеци *еколошког* приступа у проучавању криминала налазе се још у радовима Гериа (André Michel Guerry) и Кетлеа (Adolphe Quetelet), који се сматрају зачетницима тзв. *картографске школе*.⁶ Њихов рад је изнедрио прве *картографске приказе криминала*, који су указивали на везу криминала са различитим социодемографским карактеристикама, попут сиромаштва и нивоа образовања.⁷

Савремена *еколошка истраживања* везују се за прву половину 20. века и еколошке студије градских насеља, које су имале за циљ да осветле и утврде односе између дистрибуције криминала и социјалних феномена за које се сматрало да су са њим повезани. *Чикашки социолози*⁸ Парк (Park) и Бархес (Burgess), касније и Шо (Shaw) и МекКеј (McKay), бавећи се питањима дистрибуције криминала у градовима, истичу да његова стопа расте према одређеним деловима града, обично према центру или реонима и предграђима са приметном социјалном дезорганизацијом, третирајући их као основне носиоце криминала.⁹ Њихови радови су деловали инспиративно на друге ауторе, који су наставили са истраживањима у том правцу и констатовали да су

⁵ Н. Милић (2014), 142.

⁶ Djorđe Ignjatović, *Kriminologija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 66; Ђорђе Игњатовић, *Криминолошко наслеђе*, Службени гласник, Београд 2005, 20.

⁷ Сматра се да је први картографски приказ овог типа настао 1829. године, када су Гери и картограф Балби (Adriano Balbi), на папиру великог формата, публиковали три карте на којима су приказали дистрибуцију криминала у Француској, за период 1825-1827. године. Први картографски прикази криминала појавили су се у полицијској пракси пре више од једног века. Види – Keith Harries, *Mapping crime: Principle and practice*, US Department of Justice, Office of Justice Programs, Washington DC, 1999.

⁸ Реч је о групи научника који су деловали на Универзитету у Чикагу 20-их година прошлог века, због чега се њихово учење означава термином *чикашка школа*.

⁹ Milan Milutinović, *Kriminologija*, Savremena administracija, Beograd 1984, 75.

основни узроци криминала физичке карактеристике оног дела урбаног геопростора у коме се он јавља.¹⁰

Начин на који је организован и уређен геопростор (нпр. изглед и положај објеката, зграда, пешачких стаза и улица, јавна расвета и др.), може подстицати одређене девијације, али, исто тако, може и превентивно деловати на преступнике, тако што ће им, нпр., умањити могућност за извршење кривичног дела (постављањем одређених баријера, попут ограда, које ће учиниоцу отежати приступ објекту напада, постављањем јавне расвете која ће повећати вероватноћу да преступник буде уочен током обављања криминалне радње или бекства и сл.). У исто време, својим изгледом и наменом, геопростор може стимулативно деловати на социјалну интеракцију и удруживање грађана, који појачаном будношћу (опрезом) могу одвраћати потенцијалног преступника, чиме се заправо остварује посредан (превентивни) утицај окружења на понашање преступника. Џејкобсова (Jacobs), као једна од утемељивача *теорије дизајна*, наводи да су улице постале небезбедне из разлога што су пусте – *Ако хоћемо безбедне улице неопходно их је ипак дизајнирати да ће бити могуће 24-часовно праћење дешавања на њима*. Својим садржајима (постојање комерцијалних објеката, објеката за забаву и рекреацију и сл.), улице треба да привуку људе, при чему њихово што веће присуство делује одвраћајуће на потенцијалне извршиоце кривичних дела, с обзиром на могућност сваког пролазника да види другог, али и да буде виђен.¹¹

Идеје Џејкобсове разрађене су од стране Њумана (Newman), који сматра да је за стварање осећаја одговорности за одређен простор неопходно да постоји јасно разграничење између простора који се *брани* (приватни простор) и његовог окружења (јавни простор). Оног тренутка када се успостави одговорност за дешавања на одређеном простору он постаје *брањиви простор* и активно се штити од стране оних који се на њему налазе.

Измене у дизајну (физичког) окружења могу водити промени понашања оних који у том геопростору бораве, али исто тако, промене понашања људи могу водити ка променама геопростора. Свака небрига о геопростору, било да се манифестује у форми допуштања његовог физичког уништавања (вандализам, графити и др.), било у форми нереаговања на понашања која нарушавају јавни ред (просјачење, опијање на јавним местима и др.), може водити губитку осећаја територијалне припадности код људи који ту живе, што за

¹⁰ Како је у средишту ових теоријских промишљања дизајн физичке средине у којој се дешава криминална радња, ови аутори се означавају као *теоретичари дизајна*. Међу њима се посебно издвајају Џејн Џејкобс (Jane Jacobs), Елизабет Вуд (Elizabeth Wood), Шломо Анхел (Schlomo Angel), Си Реј Џефри (C. Ray Jeffery) и Оскар Њуман (Oscar Newman).

¹¹ Опширније о идејама Џејн Џејкобс видети у: Derek Paulsen, Matthew Robinson, *Spatial Aspects of Crime: Theory and Practice*, Pearson Education, London 2004, 83.

последницу има слабљење контроле над њим.¹² С тим у вези, полицијска пракса показује да су градске четврти које захтевају појачану пажњу често управо она подручја на којима у довољној мери не постоји заинтересованост заједнице за њихову контролу.¹³

Имајући у виду претходно наведено, стиче се утисак да се мање треба бавити појединим извршиоцима деликата, а више (физичком) средином, која, како наводи Печар (Pečar) подстиче, наводи или заводи у девијације.¹⁴ Таква неопходност препозната је 80-тих година прошлог века, конституисањем *криминологије животног средине* (ен. *environmental criminology*). Осим учиниоца, коме се дуги низ година поклањала искључива пажња, кривично дело не може постојати ако се не остваре и остали његови елементи, а то су *меша* (објекат напада) и *меша извршења*, при чему *концепт меша* у великој мери доминира овим приступом. У том контексту, теоријске поставке *криминологије животног средине* постају од изузетног значаја за криминалистичку (полицијску) праксу. Ипак, како се и у овом случају не би застрашило, Вајсбурд (Weisburd) упозорава да рећи како људи не треба да буду у центру *једначине криминала* не значи да они уопште не треба да буду у њој, с обзиром да постоје и она незаконита поступања која ће се боље разумети ако се пажња усмери на људе, а не на место/геопростор.¹⁵

3. КОНЦЕНТРАЦИЈА КРИВИЧНИХ ДЕЛА У ГЕОПРОСТОРУ – ИМПЛИКАЦИЈЕ ЗА КРИМИНАЛИСТИЧКО ПОСТУПАЊЕ

Извршење кривичног дела подразумева постојање погодних прилика, при чему оне током времена нити су константне, нити су подједнако дистрибуиране у геопростору. Самим тим, кривична дела се на одређеним местима манифестују у већем обиму у односу на њихово окружење, тј. на њима је ризик од виктимизације већи него у околним подручјима. Такви геопростори се уобичајено означавају као *криминална жаришта*.

Постајање одређеног дела геопростора *криминалним жариштем* условљено је повећањем броја *меша* на њему, порастом броја *пресљивника*, као

¹² Реч је о *теорији сломљених прозора* чији су аутори Вилсон (James Q. Wilson) и Келинг (George Kelling). Види – Wilson James, George Kelling, „Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety“, *Atlantic Monthly*, 3/1982, 29-38.

¹³ Вид. Braga Anthony, Ronald Clarke, „Explaining high-risk concentrations of crime in the city: social disorganization, crime opportunities and important next steps“, *Journal of research in crime and delinquency*, 4/2014, 480-498.

¹⁴ Janez Pečar, „Prostor i ljudsko ponašanje“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 1/1975, 25.

¹⁵ David Weisburd, „Place-based policing“, *Ideas in American policing*, 9/2008, 12.

и недостатком *контроле* (надзора). Често је реч о стицају сва три наведена елемента.

Одређени геопростор преступницима не мора бити атрактиван током целог дана, седам дана у недељи. Некада ће учестало вршење кривичних дела бити својство неког геопростора само у вечерњим часовима, некада само викендом и сл. То даље значи да *криминално жариште*, осим *геопросторне* (локација, изглед, величина), има и *темпоралну компоненту*, која се мора узети у обзир ако се тежи целовитом и потпуном разумевању *динамике угроженост геопростора*.¹⁶

Чињеница да се значајан део криминала концентрише на (релативно) малом броју локација у геопростору дошла је у фокус истраживача крајем 80-тих година прошлог века са истраживањем Шермана Гартина и Бергера које је показало да се у граду Миннеполису (САД) 50% криминала долази са 3% локација у граду¹⁷. Таква концентрација примећена је и у низу других истраживања спроведених током последњих 30 година¹⁸, при чему је њена доследност таква да је Вајсбурд означава *законом геопросторне концентрације криминала*.¹⁹ Притом те концентрације остају непромењене током времена, иако укупан број кривичних дела може значајно да варира.²⁰ Чињеница да се криминал концентрише на мањем броју локација и да су те концентрације стабилне током времена садржи значајан криминалистичко-превентивни потенцијал за реаговање. У исто време, неспорна је и чињеница да се криминал концентрише и код одређеног броја извршалаца (повратници, професионални извршиоци). Проучавање односа учесталости вршења кривичних дела на појединим локацијама у геопростору (*повраћ локације*), са једне стране, у односу на поједина лица (*повраћ пресидијума*), са друге стране, води закључку да је груписање кривичних дела на одређеним местима много интензивније и предвидљивије, него што је то случај са концентрацијом код појединачних преступника (повратника). Тако је Вајсбурд, анализирајући податке о извршеним кривичним делима у Сијетлу (САД), у периоду 1989-2002. године, установио да се у просеку на 1.500 сегмената (делова) улица овог града годишње изврши 50% укупног броја кривичних дела. У исто време,

¹⁶ О неопходности истраживања темпоралне компоненте жаришта и проблемима на које се с тим у вези наилази у пракси, видети опширније – Ненад Милић, „Аналитичка интерпретација темпоралних карактеристика кривичних дела са непознатим временом извршења – аористичка анализа“, *Безбедност*, 1/2014, 57-75.

¹⁷ Lawrence Sherman, Patrick Gartin, Michael Buerger, „Hot spots of predatory crime: Routine activities and the criminology of place“, *Criminology*, 27/1989, 27-55.

¹⁸ D. Weisburd et al., *Place Matters: Criminology for the 21st Century*, Cambridge University Press, Cambridge 2016, 17-22.

¹⁹ David Weisburd, „The law of crime concentration and the criminology of place“, *Criminology*, 53/2015, 133–157.

²⁰ Ibid.

за толики број кривичних дела (половина од укупног броја извршених дела) било је одговорно 6.108 преступника.²¹ У настојању да се делује превентивно у односу на 50% кривичних дела полиција има две могућности – или људством покрити 1.500 локација у граду, или своје активности усмерити на 6.108 преступника, у циљу њиховог одвраћања од незаконитих радњи. При томе треба имати у виду да је геопростор у коме се кривично дело испољава, по дефиницији, статична категорија, док су преступници у непрекидном кретању, тј. динамици.²² У контексту наведеног, закључак Вајсбурда је више него логичан – са аспекта превентивног криминалистичког поступања, знатно је лакше и ефикасније деловати на подручја у којима се кривична дела врше, него на преступнике – потенцијалне рецидивисте. До сличних закључака дошао је и Шерман (Sherman), који је поређењем рецидива места извршења са криминалним каријерама преступника, утврдио да је *покрајина локације* шест пута извеснији него *покрајина преступника*, односно да је предвидивост будућег кривичног дела шест пута извеснија по основу места извршења, него по основу особина личности преступника.²³

Чињеница да се на одређеном делу геопростора учестало манифестују кривична дела и други догађаји, који значајно нарушавају квалитет живота на њему, и да су те концентрације стабилне током времена, оправдава настојање да се расположиви ресурси усмере на тај геопростор, те да се кроз истраживање узрока и услова њиховог манифестовања створе услови за њихово ефикасно спречавање и сузбијање. Тиме се концептуализује приступ *полицијског рада на криминалном жаришту* (ен. *hotspot policing*), у чијој суштини се налази фокусирање полицијских ресурса на онај део геопростора на којем се кривична дела манифестују у већем обиму, у односу на окружење. На тај начин, уместо да се тежи полицијској *свејрисујносној* на ширем простору, ресурси се доводе на конкретну локацију, и то у време учесталог вршења кривичних дела на њему.²⁴ Током последње три деценије, резултати бројних истраживања недвосмислено су показали да фокусирање полицијских ресурса на подручја концентрације криминалних активности представља ефикасан приступ сузбијања криминала.²⁵

Један од основних приговора усмеравању полицијских напора на одређене просторе (жаришта) био је да такво поступање не води спречавању кри-

²¹ D. Weisburd (2008), 6.

²² *Лакше је заћати у некокрејну, него у покрејну меју.*

²³ Lawrence Sherman, „Hot Spots of Crime and Criminal Careers of Places“, *Crime Prevention Studies*, (eds. John Eck, David Weisburd), Vol. 4, Monsey, 1995, 36-37.

²⁴ Опширније – Ненад Милић, „Концепт рада полиције на криминалном жаришту“, *Ревиија за криминологију и кривично право*, 3/2010, 324-326.

²⁵ Anthony Braga, Andrew Papachristos, David Hureau, „Hot spots policing effects on crime“, *Campbell Systematic Reviews*, 8/2012, 30-32.

миналитета, већ његовом премештању на друге, суседне просторе. Другим речима, ако је мотивисани преступник спречен да изврши кривично дело на одређеној локацији или на одређени начин, мере и радње које се предузимају на одређеном простору неће га одвратити од намере да изврши кривично дело – он ће га учинити на неком другом месту или неки други начин. Реч је о манифестовању *ефекта премештања криминалности* до којег долази као последица фокусирања превентивних напора на уже просторе (жаришта)²⁶. Међутим, емпиријски докази указују на супротно – већа је вероватноћа да ће полицијско поступање на жаришту довести до смањења криминалитета на геопростору који је предмет полицијске интервенције, него да ће доћи до премештања криминалне активности изван њега.²⁷

Оно што треба да претходи полицијском поступању на криминалном жаришту јесте свеобухватна анализа свих његових карактеристика, како би се установило шта је то што одређено место чини *атрактивним* за вршење кривичних дела. Став да, уместо учиниоца, централно место у *једначини* полицијског рада треба да има *место извршења*, захтева предузимање оних мера и радњи чији је циљ смањење атрактивности жаришта за вршење кривичних дела. С тим у вези, полиција треба да предузима оне мере и радње којима ће, са једне стране, повећати формалну контролу (надгледање) предметног дела геопростора (нпр. интензивирање патролне делатности на одређеном рејону, рације, заседе), односно, са друге стране, утицати на измену његовог (физичког) окружења, тј. ситуационог контекста вршења кривичних дела (нпр. иницирање мера ситуационе превенције).

3.1. Повећање контроле геопростора

Контрола подручја на коме се учестало врше кривичних дела се не остварује само активностима полиције (интензивирање патролних обилазака, заседа, рација и сл.). У њој важно место имају и други субјекти, пре свега они које Ек (Еск) назива *надзорницима места* (ен. *place manager*) – реч је о особама које су у стању да успоставе правила понашања на одређеном геопростору, иако за то формално нису задужене, попут возача у аутобусу, наставника у школи, власника радње, станара зграде у згради и њеном окружењу и сл. У крајњој линији, осим полиције и *надзорника места*, значајно место у контроли жаришта имају и сами грађани који живе и раде на њему и који треба да негују и развијају осећај припадности и бриге за то подручје.

²⁶ Nenad Milić, „Premeštanje kriminala kao posledica rada policije na kriminalnom žarištu, *Kultura polisa*, posebno izdanje 1/2012, 151-170.

²⁷ Wesley Skogan, Kathleen Frydl, *Fairness and Effectiveness in Policing: The Evidence*, National Research Council (NRC), Committee to Review Research on Police Policy and Practices, National Academies Press, Washington, DC 2004, 250.

3.2. Измена ситуационог контекста угроженог геопростора

Када је реч о изменама ситуационог контекста места извршења кривичних дела, у фокусу поступања треба да су конкретне околности које утичу на одлуку или способност лица да изврши одређено дело, на одређеном геопростору и у датом тренутку. Настоји се да се *управо овде и сада* утиче на дату криминогену ситуацију, отклањањем и/или заменом неких од чинилаца који могу утицати на вршење дела, као и онемогућавањем њиховог синергичног деловања, у случају када то повећава ризик извршења.²⁸ Реч је о концепту *ситуационе превенције криминала*²⁹, који подразумева примену посебних мера усмерених на специфичне форме криминала и које подразумевају систематичне измене у начину управљања, дизајну и/или манипулацији непосредног окружења. Циљ је повећање напора који преступник мора уложити како би извршио кривично дело, интензивирање ризика од откривања, као и умањење очекиване користи од извршеног дела.³⁰

Резултати спроведених истраживања су показали да ситуациони приступ, који подразумева промену карактеристика и динамике активности на угроженом простору, даје боље и дугорочно одрживије резултате на пољу превенције криминала, у односу на традиционално поступање.³¹

4. ГЕОПРОСТОР И ОБРАСЦИ КРИМИНАЛНЕ АКТИВНОСТИ

Учиница се, идући ка месту извршења кривичног дела, креће кроз одређени геопростор. Само место на којем је извршено кривично дело такође је локација у геопростору, коју учинилац не бира случајно – по правилу, оно је условљено приликама, мотивацијом, његовом мобилношћу и могућношћу да се уоче конкретни објекти напада и потенцијалне жртве.³² Ако се геопросторна дистрибуција извршених кривичних дела доведе у везу са окружењем, могуће је објаснити психолошке моделе понашања појединих типова

²⁸ Ђорђе Игњатовић, „Стратегије полицијског деловања и превенција криминалитета“, *Место и улога полиције у превенцији криминалитета: сјање, могућности и перспективе* (ур. Љубомир Стајић и др.), Београд, 2002, 98.

²⁹ Концепт ситуационе превенције криминала појавио се почетком 80-их година прошлог века у Великој Британији, а његовим зачетником се сматра Роналд Кларк.

³⁰ Ronald Clarke, John Eck, *Become a problem-solving crime analyst in 55 small steps*, London 2003, 4.

³¹ Види – Anthony Braga, David Weisburd, *Policing problem places: Crime hot spots and effective prevention*, New York, 2010; Anthony Braga, Andrew Papachristos, David Hureau, *Hot spots policing effects on crime*, Campbell Systematic Reviews, 2012.

³² Бранислав Симоновић, „Нове методе криминалистичког планирања“, *Безбедност*, 5/2005, 705.

учинилаца, који се, пре свега, односе на селекцију жртава и избор локације криминалног напада (како су се учинилац и жртва нашли на месту извршења, шта је навело преступника да изабере одређену жртву, зашто је кривично дело извршено управо на том, а не неком другом месту и сл.).

Наиме, предузимајући своје свакодневне рутинске активности (одлазак на посао, у школу, посета пријатељима, одлазак у објекте за спортску рекреацију и сл.) све особе се крећу кроз геопростор и временом га упознају. Његове карактеристике, не само физичко окружење, попут зграда, паркова, улица и сл., већ уопште друштвена и економска инфраструктура, уписују се у човекову *менталну* или *когнитивну мапу* (ен. *mental map*). У том смислу, он одређене делове града добро познаје, друге лошије, док су му неки потпуно непознати, с обзиром да у њима никада није боравио. На тај начин, територија града за појединца постаје нека врста *урбано-мозаика*, у коме места која се добро познају бивају пресецања и окружена онима која мање или уопште непозната, и обрнуто.

Криминалистичка пракса показује да је, са изузетком малог броја случајева, преступник претходно већ боравио на геопростору на којем се одлучио да врши криминалну активност.³³ Притом он може живети и далеко од тог геопростора, али је у њему ипак боравио извесно, макар и кратко време. С друге стране, постоје геопростори у којима преступник, вршећи своје свакодневне активности, много чешће и дуже борави, па га самим тим боље познаје и у њему се осећају сигурније – реч је о геопростору тзв. *рутинских активности*. Зато је мала вероватноћа да ће се они одважити да кривична дела врше у оним геопросторима који су подједнако атрактивни, али су им мање познати или потпуно непознати. Самим тим, кретање учиниоца у геопростору, у циљу тражења жртве, погодног места извршења кривичног дела, одабир пута и начина доласка и одласка са места извршења није случајан, јер се преступник, у највећем броју случајева, ту не налази први пут.³⁴ С тим у вези, Брантингемови (Brantingham) наводе – *Где идемо зависи од тога шта знамо, а шта знамо зависи од тога куда идемо*.³⁵ Ако се томе дода да сви делови геопростора рутинских активности не нуде погодне прилике за вршење кривичних дела, онда се унутар свесног простора преступника могу издвојити они његови сегменти који нуде (добру) шансу за то. У случају да преступник проналази погодне мете – жртве на простору који познаје, тада ће се локације места извршења налазити у оним подручјима (областима) где се простори његове и жртвине активности преклапају.

³³ David Canter, Paul Larkin, „The Environmental Range of Serial Rapists“, *Journal of Environmental Psychology*, 13/1993, 63-69.

³⁴ Зоран Ђурђевић, „Криминалистичка анализа географског обрасца криминалне активности серијских учинилаца“, *Сјечавање и сузбијање савремених облика криминалности IV*, Београд, 2009, 89.

³⁵ Kim Rossmo, *Geographic profiling*, CRC Press, Florida, 2000, 90.

Са аспекта криминалистичког рада, односно откривачке функције полиције, локације на којима преступник врши кривична дела пружају могућност увида у геопростор његових рутинских активности. Ако се зна који је то простор којим се он (рутински) креће, односно борави, усмеравање криминалистичких активности на та подручја ће допринети његовом проналажењу. Другим речима, анализом геопросторних аспеката преступникове криминалне активности могуће је сачинити његов *џеоџрофил*. У том контексту је и настала дисциплина *џеоџрафскоџ џрофилисања*, као млада грана криминалистике која се темељи на утврђивању веза између геопросторног распореда извршених кривичних дела и психолошких модела понашања појединих типова преступника, који се, пре свега, односе на селекцију жртава и избор локације за остваривање криминалног напада.³⁶

5. ГЕОПРОСТОР И КРИМИНАЛНО ПОНАШАЊЕ – ИМПЛИКАЦИЈЕ НА КРИМИНАЛИСТИЧКУ ПРАКСУ

Данас је, како у криминалистичкој теорији, тако и у практичној делатности, неспорно да место извршења кривичног дела има велики значај. Оно представља полазну тачку и материјални оквир у којем се одређени догађаји манифестовао и у коме је садржан велики број релевантних криминалистичких, кривичноправних, криминолошких и судскомедицинских информација.

Дуго времена се информативни потенцијал геопростора сводио на давање одговора на *златно* питање криминалистике *Где се десило?*, како би се на њему пронашли предмети и трагови у вези са кривичним делом. Међутим, положај места извршења кривичног дела, у оквиру ширег геопростора, такође може бити драгоцен извор информација и указати на чињенице од значаја за разумевање механизма његовог настанка и извршења. Тако, нпр., локација конкретног кривичног дела може бити у вези са локацијама других кривичних дела у одређеном геопростору (нпр. исти извршилац, исти објекти напада, исти *modus operandi* и сл.), физичко окружење места криминалног догађаја може погодovati извршењу кривичног дела (нпр. путеви који омогућавају неприметан приступ објекту напада, места заклоњена од погледа, и сл.), при чему и сам *макро џросџор* (безбедносни сектор, територија општине, града, државе) може имати одређене карактеристике (економске, демографске, урбанистичке и др.) од значаја за разумевање механизма настанка кривичног дела³⁷.

³⁶ Б. Симоновић (2002), 705; Зоран Ђурђевић, *Криминалистичка ојератива*, Криминалистичко полицијска академија, Београд, 2016; Дарко Маринковић, Оливер Лајић, *Криминалистичка методика*, Криминалистичко полицијска академија, Београд, 2016, 69.

³⁷ Ненад Милић, *Майџрање криминала*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2017, 6.

Зато се потреба изучавања свих закономерности испољавања одређеног кривичног дела у датом геопростору, који су у непосредној или посредној вези са местом извршења, мора схватити као обавезна.³⁸

Након извршеног кривичног дела криминалиста се ангажује на прикупљању свих информација које могу водити идентификацији извршиоца. Приликом прикупљања података на месту извршења кривичног дела, примећују Малц (Malz), Гордон (Gordon) и Фрајдмен (Friedman), најчешће се занемарује сазнавање његовог геопросторног и друштвеног контекста, као, нпр., шта је учиниоца и жртву довело на то место (нпр., радно време продавница, градски превоз), зашто баш то, а не неко друго место (нпр. непостојање уличне расвете, интензитет саобраћаја, напуштени објекти итд), каква је перцепција грађана о опасности тог места и сл., јер оне нису у непосредној функцији проналажења учиниоца кривичног дела. Међутим, такви подаци су неопходни за осмишљавање ефикасних мера превенције на одређеном геопростору.³⁹ Ако се у обзир узме доминантно реактивна оријентација криминалистичког поступања у прошлости, занемаривање информативног потенцијала садржаног у геопросторном контексту извршења кривичног дела не изненађује.

Међутим, то није био и једини разлог. Када се говорило о криминалу и начинима ефикасне реакције на њега, дуго времена се, како у теорији, тако и пракси, пажња усмеравала искључиво на извршиоце кривичних дела. Полазило се од тога да, ако кривично дело чини извршилац, онда је и логично да сваки одговор на проблем криминала треба да почне од њега. С тим у вези, *криминолошко наслеђе* садржи различита биолошка, психолошка, социолошка и друга објашњења (узрока) криминалног понашања појединца.⁴⁰ На сличан начин је и (традиционална) криминалистичка пракса била примарно фокусирана на извршиоца. Од тренутка сазнања за кривично дело, циљ криминалисте је био да пронађе извршиоца и обезбеди доказе који ће омогућити његово процесуирање. Број расветљених дела и извршилаца лишених слободе традиционално представља један од основних критеријума ефикасности рада полиције. *Оријентација ка џирејџуинику*, у чијој се основи налази његова идентификација, одвраћање (застрашивање) и онеспособљавање (кажњавање), била је по својој природи реактивна (кривично дело је извршено

³⁸ Код нас је на значај геопросторне компоненте криминала први указао Водинелић 80-их година прошлог века, дефинишући појмове *криминалистички џирејџ*, *криминалистичка географија* и *криминалистичка топографија*. Опширније – Владимир Водинелић, *Криминалистичка – откривање и доказивање*, I том, Факултет безбедности, Скопље, 1985, 321-324.

³⁹ Michael Maltz, Andrew Gordon, Warren Friedman, *Mapping crime in its community settings: Event geography analysis*, Springer-Verlag, New York, 2000, 20.

⁴⁰ Ђ. Игњатовић (2005), 17.

и последица је већ наступила) и економски неисплатива (цена последице проузроковане извршењем кривичног дела, трошкови рада полиције, органа правосуђа и субјеката надлежних за извршење кривичних санкција и сл.).⁴¹

Последњих деценија 20. века, са појавом нових теоријских приступа који настоје да објасне како геопростор обликује криминалну активност (по-нашање) извршиоца, али не само њега, већ и жртве, конституише се нов приступ у реаговању на криминал, у чијој основи је идеја да је *узрок* криминала постојање погодне прилике, при чему њеним отклањањем и кривично дело може бити спречено. Прилика за његово извршење се конституише унутар ситуационог контекста конкретног кривичног дела, дакле на конкретној локацији у геопростору – месту извршења. С тим у вези, указује се на неопходност стратешког заокрета у раду полиције и прелазак са реактивне *орјентације ка њпреступнику*, на проактивну *орјентацију ка месту извршења* (ен. *place-based policing*). Благовременим уочавањем проблематичних локација и њиховим стављањем у фокус полицијског поступања, елиминишу се прилике за вршење кривичних дела, што у крајњој линији води њиховом спречавању.

Међутим, таква промена фокуса неминовно захтева и организационо прилагођавање рада полицијске организације. Као резултат дугогодишње орјентације ка преступнику, данас у полицијској организацији постоје бројне евиденције о извршиоцима кривичних дела (нпр. евиденција одређених категорија учиналаца, односно потенцијалних учиналаца, албум фотографија и др.). Међутим, ако се жели погледати *досије проблематичне локације* и сазнати која су кривична дела ту извршена и када, ко су учиниоци и жртве, шта је то што ту локацију чини погодном за вршење кривичних дела, које мере и радње су предузимане како би се смањила (криминална) атрактивност те локација и сл., такви подаци се не могу наћи. С тим у вези, примећује Вајсбурд, истраживачи су крајем 80-тих година прошлог века, користећи се полицијским евиденцијама и покушавајући да анализирају локације кривичних дела, често били фрустрирани чињеницом да се не може утврдити где се кривично дело догодило.⁴² Слични проблеми се могу наћи и у нашој пракси. Нпр., говорећи о слабости базе података МУП-а Републике Србије *Кривична дела и њихови учиниоци*, Коларевић, Ђурђевић и Милојковић примећују да је оперативни радник, приликом уноса података, онемогућен да унесе одговарајући опис у поље *лице места*, већ, уместо тога, прибегава уносу категорије *ипротоар*, коју програм може да прихвати.⁴³

⁴¹ Ипак, криминалистичка орјентација на преступника не мора бити искључиво реактивна (нпр. криминалистичка контрола и надзор преступника). Она има и своје савремене модалитете, у оквиру проактивних истрага. Д. Маринковић, О. Лајић (2016), 5-6.

⁴² D. Weisburd (2008), 10.

⁴³ Даг Коларевић, Зоран Ђурђевић, Бобан Милојковић, „Могућности примене криминалистичког профилисања у раду полиције Србије“, *Друштво научни скупи са међународним*

Имајући у виду значај места извршења за супротстављање криминалу, о карактеристикама места извршења треба да се зна подједнако колико и о лицима која врше кривична дела. Такви подаци умногоме могу одредити начин ангажовања полицијских ресурса, док њихов недостатак значајно отежава напоре полиције у осмишљавању ефикасних стратегија превенције и репресије кривичних дела, на локацијама које су угрожене њиховим вршењем.⁴⁴

6. ЗАКЉУЧАК

Криминално понашање се испољава на одређеним локацијама, при чему геопросторни контекст у којем се оно манифестује има важну улогу у његовом обликовању. То потврђује низ емпиријских истраживања, која указују да избор објекта напада од стране учиниоца није случајан, већ најчешће узрокован неким психолошким и геопросторним карактеристикама. Због тога постоји потреба за изучавањем свих закономерности настанка одређеног кривичног дела, у датом геопростору. Како ниједно место није *имуно* на утицаје свог окружења, онда и разумевање узајамних релација одређеног места и његовог окружења може водити одговору на питање зашто се и како се догађај десио баш на том месту. Сазнавање узрока и услова криминалне активности омогућава долажење до информација потербних за осмишљавање и примену најефикаснијих превентивних и репресивних криминалистичких мера, што даље води и ефикаснијој употреби, често оскудних, полицијских ресурса.

Значај геопросторног аспекта криминалне активности је у полицијској организацији одавно препознат. То потврђује чињеница да су се први картографски прикази криминала појавили у полицијској пракси пре више од једног века. Међутим, код полицијских службеника још увек не постоји довољно знања и свести о томе како познавање геопросторних законитости криминалних манифестација може унапредити мере и радње које они свакодневно предузимају у циљу супротстављања криминалу. Као последица тога, информативни потенцијал геопростора остаје неискоришћен, а полицијско поступање недовољно ефикасно.

Аналитичким сагледавањем начина на који учинилац перцепира геопростор кроз који се креће, начина на који опажа погодну прилику и доноси одлуку да изврши кривично дело, положај места извршења у односу на његово

учешћем *Право и форензика у криминалистици*, Криминалистичко-полицијска академија, Крагујевац, 2010, 365.

⁴⁴ Nenad Milić, Brankica Popović, Darko Marinković, „O zaznavah kriminalnih žarišč pri policistih in koristnosti analitične podpore pri delu policije“, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2017/1, 15-30.

(уже и шире) окружење и др., заједно са чињеничним материјалом који се (про)налази на месту извршења, могу се учинити ефикаснијим напори расветљавања и доказивања кривичног дела. Откривањем корелацијских, функционалних или узрочних веза места извршења кривичног дела и његовог окружења, полицијски рад може бити ефикаснији. Што је полиција ефикаснија, то је и друштво безбедније.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- Boba Rachel, *Crime analysis and crime mapping*, Sage Publications, London, 2005.
- Braga Anthony, Clarke Ronald, "Explaining high-risk concentrations of crime in the city: social disorganization, crime opportunities and important next steps", *Journal of research in crime and delinquency*, Vol. 51, 4/2014.
- Braga Anthony, Weisburd David, *Policing problem places: Crime hot spots and effective prevention*, Oxford University Press, New York, 2010.
- Braga Anthony, Papachristos Andrew, Hureau David, *Hot spots policing effects on crime*, Campbell Systematic Reviews, 2012.
- Водинелић Владимир *Криминалистика – откривање и доказивање*, I том, Факултет безбедности, Скопље, 1985.
- Ђурђевић Зоран, "Криминалистичка анализа географског обрасца криминалне активности серијских учинилаца", *Сјечавање и сузбијање савремених облика криминалиитета IV*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2009.
- Ђурђевић Зоран, *Криминалистичка оператива*, Криминалистичко полицијска академија, Београд, 2016.
- Игњатовић Ђорђе, *Kriminologija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015.
- Игњатовић Ђорђе, *Криминолошко наслеђе*, Службени гласник, Београд, 2005.
- Игњатовић Ђорђе, "Стратегије полицијског деловања и превенција криминалитета", *Место и улога полиције у превенцији криминалиитета: сјање, могућности и перспективе* (ур. Љубомир Стајић и др.), Београд, 2002.
- Коларевић Даг, Ђурђевић Зоран, Милојковић Бобан: "Могућности примене криминалистичког профилисања у раду полиције Србије", *Други научни скуп са међународним учешћем Право и форензика у криминалиистици*, Криминалистичко-полицијска академија, Крагујевац, 2010.
- Maltz Michael, Gordon Andrew, Friedman Warren, *Mapping crime in its community settings: Event geography analysis*, Springer-Verlag New York, 2000.
- Маринковић Дарко, Лајић Оливер, *Криминалистичка методика*, Криминалистичко полицијска академија, Београд, 2016.
- Милић Ненад, *Матрицање криминала*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2017.
- Милић Ненад, "Место извршења кривичног дела у теоријским промишљањима о криминалитету", *НБП – Журнал за криминалистику и право*, 1/2014.

- Милић Ненад, “Аналитичка интерпретација темпоралних карактеристика кривичних дела са непознатим временом извршења – аористичка анализа”, *Безбедносћ*, 1/2014.
- Milić Nenad, “Premeštanje kriminala kao posledica rada policije na kriminalnom žarištu”, *Kultura polisa*, 1/2012.
- Милић Ненад, “Концепт рада полиције на криминалном жаришту”, *Ревуја за криминологију и кривично право*, 3/2010.
- Milić Nenad, Popović Brankica, Marinković Darko, “O zaznavah kriminalnih žarišč pri policistih in koristnosti analitične podpore pri delu policije”, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 1/2017.
- Milutinović Milan, *Kriminologija*, Savremena administracija, Beograd, 1985.
- Pečar Janez, “Prostor i ljudsko ponašanje”, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, vol. 13, br. 1, 1975.
- Симоновић Бранислав, “Нове методе криминалистичког планирања”, *Безбедносћ*, 5/2002.
- Skogan Wesley, Frydl Kathleen, *Fairness and Effectiveness in Policing: The Evidence*, National Research Council (NRC), Committee to Review Research on Police Policy and Practices, National Academies Press, Washington, DC, 2004.
- Sherman Lawrence, „Hot Spots of Crime and Criminal Careers of Places”, *Crime Prevention Studies*, (eds. John Eck, David Weisburd), Vol.4, Monsey, 1995.
- Sherman Lawrence, Gartin, Patrick, Buerger, Michael, “Hot spots of predatory crime: Routine activities and the criminology of place”, *Criminology*, 27/1989.
- Harries Keith, *Mapping crime: Principle and practice*, US Department of Justice, Office of Justice Programs, Washington DC, 1999.
- Canter David, Larkin Paul, “The Environmental Range of Serial Rapists”, *Journal of Environmental Psychology*, 13/1993.
- Clarke Ronald, Eck John, *Become a problem-solving crime analyst in 55 small steps*, University College London, London, 2003.
- Wilson James, Kelling George, “Broken Windows: The Police and Neighbourhood Safety”, *Atlantic Monthly*, 3/1982.
- Weisburd David, “Place-Based Policing”, *Ideas in American Policing Series*, 9/2008.
- Weisburd David et al., *Place Matters: Criminology for the 21st Century*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.
- Weisburd David, “The law of crime concentration and the criminology of place”, *Criminology*, 53/2015.
- Wortley Richard, Mazerolle Lorraine, “Environmental criminology and crime analysis: Situating the theory, analytic approach and application”, *Environmental criminology and crime analysis* (eds. Wortley Richard, Mazerolle Lorraine), Willan publishing, London, 2008.

Nenad S. Milić, Ph.D., Associate Professor
University of Criminal Investigation and Police Studies
Belgrade
nenad.milic@kpu.edu.rs

Spatial Context of Crime Activities in Criminal Investigation

Abstract: *Because of the fact that crime is committed in certain locations in geographic space, it cannot be analyzed in isolation from the environment in which it occurs and where its consequences arouse. Understanding where and why crimes took place can improve the outcomes of the activities undertaken in order to prevent them. This is confirmed by a series of empirical studies that suggest that the choice of the crime targets is not random, but is usually influenced by some psychological and spatial characteristics. In this regard, the paper points to the importance of space in shaping criminal behavior. At the same time, there is a lack of knowledge and awareness in the police practice that better knowing spatial context of crime can improve the actions that have been taken daily to counter crime. As a result, information resources contained in the spatial criminal environment remains largely untapped, leading to the lack of the efficiency of police actions.*

Keywords: *police, crime prevention, criminal behavior, crime mapping, crime hotspot, geographic profiling, mental map, place-based policing.*

Датум пријема рада: 11.02.2019.

Др Таијана Љ. Јованић, ванредни професор
Универзитета у Београду
Правни факултет у Београду
tanja@ius.bg.ac.rs

ДРЖАВНА ПОМОЋ ЗА ИНВЕСТИЦИЈЕ У ЕНЕРГЕТСКУ ИНФРАСТРУКТУРУ: ДИЛЕМЕ У ВЕЗИ ПРОЈЕКТА „КОЛУБАРА Б“

Сажетак: Једно од кључних питања у преговорима о приступању ЕУ у поглављу 8 (Политика конкуренције) је прелазни режим за државну помоћ додељену пре приступања у чланство, која мора бити компатибилна са правом ЕУ. У овом раду се разматра правни оквир за државну помоћ у области енергетике у праву ЕУ, укључујући и интерпретативне акције Европске комисије, као и нормативне обавезе Србије у процесу стабилизације и придруживања, преговора о приступању и Уговора о енергетској заједници. Предмет рада је анализа критеријума за одређивање постојања државне помоћи за инвестиције у енергетску инфраструктуру, са нарочитим акцентом на доказивање постојања финансијске погодности у облику гаранција, будући да је Република Србија издала гаранције за инвестиционе кредитне одобрене ради реализације пројекта термоелектране „Колубара Б“, што је било предмет истраживања пред Министарским саветом Енергетске заједнице.

Кључне речи: државна помоћ, енергетска инфраструктура, преговори о приступању, право ЕУ.

1. УВОД

Подршка привредним субјектима, појединим гранама или регионима може бити усмерена на различите социјалне и економске циљеве. Због потенцијалног негативног утицаја државне помоћи на алокацију ресурса и унутрашњу трговину, правила о додели државне помоћи су кодификована у циљу повећања транспарентности и предвидљивости, као и објективности у поступ-

ку доделе.¹ Уговор о функционисању ЕУ (УФЕУ)² начелно забрањује државну помоћ као подстицај из јавних ресурса, уз одређене изузетке. Одредбе о забрани државне помоћи обавезују органе јавне власти Србије због међународних уговора које је наша земља закључила, пре свега Споразума о стабилизацији и придруживању (ССП)³ и Уговора о Енергетској заједници.⁴

Отпочињање преговора о приступању Србије Европској унији и активности које се обављају у погледу отварања Поглавља 8 – Конкуренција и државна помоћ, у којем је низ питања из области државне помоћи представљен кроз мерила за отварање поглавља,⁵ упућују на закључак да затварање овог поглавља може бити условљено питањима која се односе на правни оквир државне помоћи и његово спровођење од стране Комисије за државну помоћ. Једно од важних питања у преговорима у овом поглављу су прелазни режим за државну помоћ додељену пре ступања у чланство, као и решавање појединачних питања у погледу државних мера додељених у корист неког привредног субјекта.

Државна помоћ додељена пре ступања у чланство која ће у преговорима бити уврштена у прелазни режим мора бити компатибилна са правом ЕУ, укључујући и интерпретативне акте Европске комисије који *stricto sensu* не представљају формалне изворе права државне помоћи. Ови инструменти меког права ће бити приказани у раду у контексту специфичног режима инвестиција у енергетску инфраструктуру. То се односи и на помоћ у облику државних гаранција и кредита, што је најзначајнији спорни елемент у случају који се разматра у раду, обзиром да је за потребе изградње Термоелектране „Колубара Б“ Република Србија издала четири гаранције за отплату финансијских кредита. Примери из нових држава чланица указују да одређене мере државне помоћи, пре свега оне које су одобрене у корист великих државних система, подразумевају овлашћење ЕУ да Србији наложи повраћај средстава уколико се те мере издвоје као услови за затварање преговарачког поглавља.⁶

¹ Драго Дивљак, „Државна помоћ у праву ЕУ и национално право“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2011, 365.

² *OJ C* 326, 26.10.2012.

³ Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 83/2008.

⁴ Закон о ратификацији Уговора о оснивању Енергетске заједнице између Европске заједнице и Републике Албаније, Републике Бугарске, Босне и Херцеговине, Републике Хрватске, Бивше Југословенске Републике Македоније, Републике Црне Горе, Румуније, Републике Србије и Привремене Мисије Уједињених нација на Косову у складу са Резолуцијом 1244 Савета безбедности Уједињених нација, *Службени гласник РС*, бр. 62/2006.

⁵ European Commission, „*Screening Report Serbia Chapter 8 – Competition Policy*“, MD 205/15, 23. November 2015.

⁶ У преговорима Хрватске у овом поглављу била је предвиђена обавеза повраћаја државне помоћи додељене Железари Сисак у периоду 2002-2007 године са каматом. European

У првој целини рада размотриће се укратко општи појам државне помоћи и нормативни извори са акцентом на државну помоћ у области енергетике, као и нормативни оквир обавеза Србије у процесу стабилизације и придруживања, преговора о приступању и Уговора о енергетској заједници. Потом се указује на основне критеријуме за одређивање постојања државне помоћи, са фокусом на сектор енергетике и новију праксу европских судова, нарочито у погледу доказивања постојања преноса финансијске погодности у облику гаранција. Ово представља полазни основ за анализу конкретного случаја пројекта „Колубара Б“ у вези са којим се пред Министарским саветом Енергетске заједнице води поступак у циљу утврђивања да ли је Република Србија прекршила обавезе из Уговора о Енергетској заједници.

2. ОПШТИ ПОЈАМ И ИЗВОРИ ПРАВА ДРЖАВНЕ ПОМОЋИ

2.1. Појам државне помоћи

Државна помоћ у правном смислу предмет је посебног материјалног и процесноправног режима који подразумева и утврђивање свих конститутивних елемената правног појма државне помоћи од стране надлежног регулаторног тела. Према чл. 2(1) Закона о контроли државне помоћи,⁷ државна помоћ је „сваки стварни или потенцијални јавни расход или умањено остварење јавног прихода, којим корисник државне помоћи стиче повољнији положај на тржишту у односу на конкуренте, чиме се нарушава или постоји опасност од нарушавања конкуренције на тржишту.“

Уговор о функционисању Европске уније не даје правну дефиницију појма државне помоћи, већ у члану 107(1) наводи пет елемената чије кумулативно постојање мора бити утврђено, да би се интервенција државе квалификовала као државна помоћ. Према овој одредби, „било која помоћ додељена од стране државе чланице или из државних ресурса у било којој форми, која нарушава или прети да наруши конкуренцију фаворизовањем одређених предузећа, или производњу одређених производа, биће, у мери у којој утиче на трговину између држава чланица, некомпатибилна са унутрашњим тржиштем.“ Пет елемената чије присуство се мора доказати су: 1) пренос финансијске предности; 2) предност која потиче од државе или је додељена из ресурса који су под државном контролом; 3) селективност предности; 4) ефекат предности је ограничење или потенцијално ограничење конкуренције; 5) предност утиче на трговину између држава чланица, односно на

Commission, *Information on the Results of the EU Accession Negotiations with Croatia*, November 2011, 9.

⁷ Чл. 2(а) Закона о контроли државне помоћи, *Службени гласник РС*, бр. 51/2009.

унутрашњем тржишту ЕУ.⁸ Међутим, да би се говорило о постојању државне помоћи, неопходно је да се прво утврди да ли је инвестиција у инфраструктуру облик привредне активности.⁹ У енергетском сектору либерализација је знатно повећала уплив приватних улагача у инфраструктурна улагања, која су традиционално била резервисане за државу.

Државна помоћ је објективни појам, јер су за њено постојање релевантни ефекти мере, а не њени циљеви, па ће се сматрати да државна помоћ постоји и без обзира на чињеницу да ли је неко предузеће у конкретном случају могло да одбије државну помоћ.¹⁰ Циљеви могу бити релевантни у поступку одобрења државне помоћи, као што је то сигурност снабдевања енергијом, производња енергије из обновљивих извора и др. Контрола државне помоћи не бави се избором циљева, који су у регулаторном режиму дати, већ обезбеђењем финансијске дисциплине.¹¹ Док је коришћење субвенција ради остваривања циљева економске политике институт јавног права у форми концепта државне помоћи, дотле је у приватном праву, нарочито праву спољне трговине, циљ заштита од штетних последица субвенција које извозницима дају учесници у спољној трговини.¹²

О значају процесног приступа говори и чињеница да се нова државна помоћ додељена пре нотификације и одобрења Европске комисије сматра незаконитом државном помоћи, без обзира да ли испуњава услове компатибилности са наведеним критеријумима, чланом 108 УФЕУ и Уредбом о поступку контроле и повраћаја државне помоћи.¹³ Дакле, некомпатибилна државна помоћ је незаконита, али незаконита помоћ може накнадно бити одобрена ако је компатибилна са тржиштем ЕУ. Од обавезе нотификације постоје два изузетка која су такође релевантна за сектор енергетике. Први је Уредба Комисије (ЕУ) бр. 651/2014 о општем блок изузећу,¹⁴ која садржи опште критеријуме који су заједнички за све мере помоћи покривене изузећем,

⁸ У литератури се често појам предности и селективности спајају у један концепт. Но, Суд правде још увек није представио конзистентан принцип конститутивних елемената државне помоћи. Kelyn Bacon (Бејкн), *European Union Law of State Aid*, Oxford 2013, 20.

⁹ Joined Cases T-443/08, T-455/08 *Mitteldeutsche Flughafen and Flughafen Leipzig/Halle v Commission*, EU:T:2011:117, par. 92-100.

¹⁰ Case C-173/73 *Italy v Commission*, EU:C:1974:71, par. 13.; Case C-251/97 *France v Commission*, EU:C:1998:572, Opinion of Advocate General Fennelly, par. 26.

¹¹ Светислав Табороши, „Циљеви државне помоћи“, *Контрола државне помоћи у Србији и Европској унији* (ур. Стеван Лилић), Београд 2011, 11.

¹² Драго Дивљак, „Правни значај субвенција“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1-2/2008, 530-531.

¹³ Council Regulation (EC) No 2015/1589 of 13 July 2015 laying down detailed rules for the application of Article 108 of the TFEU, *OJ L 248*, 24.9.2015.

¹⁴ Commission Regulation (EU) No 651/2014 of 17 June 2014 declaring certain categories of aid compatible with the internal market in application of Articles 107 and 108 of the Treaty, *OJ L 187*, 26.6.2014.

и посебне критеријуме који зависе од конкретне намене мере државне помоћи. Ова уредба значајна је због тога што нормира изузетке који се односе на област заштите животне средине.¹⁵ Други изузетак је државна помоћ мале вредности која је предмет Уредбе Комисије (ЕУ) бр. 1407/2013 (*de minimis* Уредба).¹⁶

2.2. Нормативни оквир државне помоћи у праву ЕУ

Одредбе УФЕУ представљају примарни извор правила државне помоћи. Члан 107 УФЕУ садржи основна начела материјалног права: забрану државне помоћи (став 1), аутоматско изузеће од забране за помоћ социјалног карактера и помоћ у случају катастрофа и ванредних ситуација (став 2) и услове за изузеће од забране ради решавања одређених проблема и чији позитивни ефекти претежу у односу на негативан утицај на конкуренцију и трговину (став 3). Члан 108 УФЕУ садржи процесна правила. Одредбе УФЕУ као део примарног права ЕУ појашњене су инструментима тумачења, низом аката, преваходно саопштења Европске комисије, као инструментима меког права којима се продубљује позитивна интеграција у области контроле државне помоћи.¹⁷ То су Саопштење Комисије о појму државне помоћи према члану 107(1) УФЕУ,¹⁸ Саопштење Комисије о гаранцијама,¹⁹ Саопштење Комисије о краткорочном извозно-кредитном осигурању,²⁰ Саопштење комисије о примени правила државне помоћи на услуге од општег економског интереса,²¹ а у области енергетике значајан је и Став Комисије о примени члана 107(1) на енергетску инфраструктуру (нарочито у ситуацијама када постоји државни монопол на преносној и дистрибутивној мрежи).²² Иако

¹⁵ Драго Дивљак, Сандра Фишер Шобот, „Државна помоћ за заштиту животне средине на наднационалном нивоу и у домаћем праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2017, 684-685.

¹⁶ Commission Regulation (EU) No 1407/2013 of 18 December 2013 on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to *de minimis* aid, *OJ L* 352, 24.12.2013.

¹⁷ Michael Blauburger (Блојбергер), „Of ‘Good’ and ‘Bad’ Subsidies: European State Aid Control through Soft and Hard Law“, *West European Politics* 32(4), 719-737.

¹⁸ Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, *OJ C* 262, 19.7.2016.

¹⁹ Commission Notice on the application of Articles 87 and 88 of the EC Treaty to State aid in the form of guarantees, *OJ C* 155, 20. 06. 2008.

²⁰ Communication from the Commission to the Member States on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to short-term export-credit insurance, *OJ C* 392, 19. 12. 2012.

²¹ European Commission, Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest, *OJ C* 8, 11.1.2012.

²² European Commission, Infrastructure Analytical Grid for Energy Infrastructure, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/grid_energy_en.pdf, 24. децембар 2018.

формално нису извор права, њихова доследна примена од стране Европске комисије учинила је да даваоци, корисници државне помоћи и трећа лица имају легитимна очекивања у вези са њиховом применом. Томе је нарочито допринело прихватање ових инструмената као мериторне подлоге у пракси Суда правде ЕУ.²³

Члан 107(3) УФЕУ односи се на помоћ тржишту која је усклађена са циљевима политика ЕУ и решава неки тржишни недостатак. Једна од таквих ситуација је када пословање у одређеном делу сектора представља недовољно исплативу инвестицију. То је, примера ради, улагање у производњу енергије из обновљивих извора, где је државна интервенција неопходна. Мера мора бити подстицајна, тако да мења понашање корисника и одговарајућа (најмање дисторзивни облик интервенције), пропорционална и транспарентна. Критеријуми су детаљније дефинисани у инструментима тумачења члана 107(3) УФЕУ, Уредби Комисије (ЕУ) 651/2014 о општем блок изузећу, као и водичима који се односе на државну помоћ одређене намене. За област енергетике значајни су Водич комисије за државну помоћ за заштиту животне средине и енергију 2014-2020;²⁴ Водич Комисије за одређене мере државне помоћи у контексту шеме трговине емисијама гасова стаклене баште после 2012 године,²⁵ Водич за регионалну помоћ 2007-2013.²⁶

Релевантан је и члан 106(2) УФЕУ, који одређује обим примене правила државне помоћи на финансирање из јавних извора ради обезбеђења континуираног обављања делатности од општег економског интереса, јер одређује услове под којима одређене мере могу бити изузете од забране државне помоћи и правила о заштити конкуренције. Одлука Суда правде у случају *Altmark*²⁷ одређује обим изузећа у јавном интересу, што је додатно прецизирано посебним Саопштењем Европске комисије о примени правила државне помоћи на пружање услуга од општег економског интереса. Када мера не испуњава критеријуме постављене поменутом одлуком суда, она представља државну помоћ. Питање оправданости такве помоћи размотрено је у тзв. пакету мера помоћи за услуге од општег економског интереса у оквиру којег се издваја Одлука Европске комисије 2012/21/EU о примени члана 106(2)

²³ Oana Stefan (Стефан), *Soft law in court: competition law, state aid and the Court of Justice in the European Union*, Kluwer Law International 2013, 332-340.

²⁴ European Commission, Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020, *OJ C 200*, 28. 06. 2014.

²⁵ European Commission, Guidelines on certain State aid measures in the context of the greenhouse gas emission allowance trading scheme post-2012, *OJ C 158*, 05. 06. 2012.

²⁶ European Commission, Guidelines on national regional aid for 2007-2013, *OJ C 54*, 04. 03. 2006.

²⁷ Case C-280/00 *Altmark Trans GmbH and Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, and *Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht* [2003] ECR I-7747.

на државну помоћ одобрену предузећима којима је поверено вршење услуга од општег економског интереса.²⁸ Овде је суштински реч о посебном облику блок изузећа које не подлеже обавези нотификације.

Акт поверавања обављања делатности у оквиру тржишта електричне енергије мора бити усклађен са захтевима Директиве 2009/72/ЕЗ о либерализацији тржишта електричне енергије,²⁹ којом је државама чланицама остављена могућност поверавања обавезе вршења јавних услуга којима се обезбеђује сигурност, стабилност, редовност снабдевања, и постављају захтеви у погледу квалитета, цене, заштите животне средине и енергетске ефикасности.

2.3. Обавезе Србије у процесу стабилизације и придруживања, преговора о приступању и Уговора о енергетској заједници

2.3.1. Захтев из Споразума о стабилизацији и придруживању и преговора о приступању ЕУ

Споразум о стабилизацији и придруживању у члану 73 садржи одредбе о државној помоћи. Први став овог члана у трећем подставу садржи дефиницију појма државне помоћи готово идентичну дефиницији из УФЕУ, осим што се ефекат утицаја простире на трговину између ЕУ и Србије. Други став предметног члана опредељује да ће се примењивати критеријуми који проистичу из примене правила конкуренције у ЕУ, нарочито чланови 106 и 107 УФЕУ и инструменти тумачења које су усвојиле институције ЕУ. Члан 74 ССП предвиђа да ће се истеком рока од три године након његовог ступања на снагу (односно од 1. фебруара 2013),³⁰ до дана приступања Србије ЕУ, на јавна предузећа и предузећа којима су додељена посебна и искључива права примењивати правила државне помоћи, укључујући и инструменте тумачења одредби о државној помоћи.

Члан 73(4) ССП обавезује Србију да успостави оперативно независно тело коме ће поверити овлашћења одобравања шема државне помоћи и доделе индивидуалне помоћи, укључујући и повраћај незаконито додељене државне помоћи. У домену институционалног устројства, Комисија за контролу државне помоћи установљена је Законом о контроли државне помоћи

²⁸ European Commission, Decision 2012/21/EU of 20 December 2011 on the application of Article 106(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, *OJL* 7, 11. 01. 2012.

²⁹ Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC, *OJL* 211, 14. 08. 2009.

³⁰ Вид. чл. 139 ССП и чл. 38 и 39 Прелазног споразума о трговини и трговинским питањима између Европске заједнице, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 83/2008.

да би утврђивала постојање државне помоћи, њену компатибилност са ССП, а у случају да се утврди да није компатибилна са чланом 73 ССП и спровођење поступка повраћаја. Међутим, Извештај о скринингу за поглавље 8 и годишњи извештаји о напретку Србије указују да је неопходно успоставити оперативну независност Комисије и одговарајући организациони модел који подупиरे такав статус, што је и једно од мерила за отварање поглавља 8 посвећено политици конкуренције.³¹

Поред опште обавезе усаглашавања прописа, усаглашавања шема помоћи (укључујући и фискалне шеме) или еквивалентних мера и успостављања оперативне независности надзорног органа, од Србије се очекује да Европској комисији доставља информације о индивидуалним случајевима помоћи³², што значи да се очекује појачани надзор Европске комисије и над *ad hoc* мерама. Јасно је да ће процес преговора ставити фокус на помоћ великим јавним редузећима. Једно од најважнијих питања преговора у поглављу о заштити конкуренције је прелазни режим за државну помоћ. Све шеме државне помоћи и индивидуалне мере које су успостављене и примењују се пре датума приступања, сматраће се да представљају нову помоћ осим уколико припадају некој од следећих категорија. Прву групу представља државна помоћ која је у примени пре одређеног датума о којем ће се преговарати и који ће бити утврђен Споразумом о приступању.³³ Другу групу чини државна помоћ која ће бити стављена на посебну листу која је предмет преговора. Трећу групу државне помоћи чиниће она која је пре датума приступања оцењена као компатибилна и за коју Европска комисија није изнела приговор.

2.3.2. Одредбе о државној помоћи у Уговору о оснивању Енергетске заједнице

Уговор о Енергетској заједници потписан је 25. октобра 2005. године у Атини, а Србије га је ратификовала јула 2006. године. Одредбама о државној помоћи Енергетске заједнице, које се налазе у поглављу о конкуренцији, предвиђено је да се примена члана 107 УФЕУ проширује и на Енергетску заједницу. Уговор о Енергетској заједници упућује на материјално право државне помоћи ЕУ, предвиђајући да „неће бити компатибилна са правилним функционисањем Уговора, у мери у којој може утицати на трговину енергетске

³¹ Више о концепту оперативне независности у: Dušan Popović, „Institutional Design of State Aid Authorities in South East Europe: The Unfit Legal Transplant and Its Ramifications”, *Competition Authorities in South Eastern Europe* (eds. Boris Begović, D. Popović), Springer 2018, 63-77.

³² Члан 73, ст. 5 ССП.

³³ У случају Хрватске то је био 1. март 2002.г. Ако се примени аналогија са Хрватском, датум ступања на снагу Прелазног споразума између Србије и Европске заједнице (1. фебруар 2010.г.) би могао да буде релевантан.

мреже између уговорних страна... било која јавна помоћ која нарушава или прети да наруши конкуренцију фаворизовањем одређених предузећа или одређених извора енергије“.³⁴ Чланом 18(2) Уговора је предвиђено да ће свака пракса супротна овом захтеву бити предмет испитивања на основу критеријума који су дефинисани у примени члана 107 УФЕУ. Посебна одредба Уговора наглашава обавезу да се у погледу јавних предузећа и предузећа којима су поверена посебна или искључива права, у року од шест месеци од ступања на снагу Уговора поштују начела УФЕУ, а нарочито чл. 107 о државној помоћи.³⁵ Међутим, Уговор не садржи процесне одредбе, због чега се може рећи да је контрола државне помоћи у Енергетској заједници децентрализована, док Секретаријат Енергетске заједнице надгледа поштовање одредби Уговора без могућности вршења *ex ante* контроле.³⁶ У контексту чл. 39 Прелазног споразума о трговини и трговинским питањима, Србија је у обавези да примени принципе који се односе на јавна предузећа и предузећа са посебним и искључивим правима, по истеку три године од ступања на снагу прелазног споразума. Овај захтев отвара питање да ли би примена прописа ЕУ на случајеве када постоји сумња о недозвољености државне помоћи било супротно чл. 197 Устава РС, који забрањује ретроактивно дејство закона и других прописа.

Енергетска заједница по природи није тело ЕУ, већ је установљена међудржавним уговором и представља „секторску интеграцију без чланства“.³⁷ Поставља се питање да ли се поред упућивања на УФЕУ може прихватити став Секретаријата Енергетске заједнице да се у оцени компатибилности државне помоћи са Уговором о енергетској заједници примењују правила меког права којима Европска комисија тумачи домаћа одредбе из члана 107 УФЕУ. Члан 94(1) Уговора о Енергетској заједници овлашћује органе Енергетске заједнице да тумаче концепте изведене из права ЕУ у складу са праксом европских судова. Упутства за тумачење Уговора даје Министарски савет Енергетске заједнице (или по његовом налогу Стална група на високом нивоу). Из низа поступака покренутих против страна уговорница, као и посебног Упутства Секретаријата енергетске заједнице³⁸ јасно се уочава настојање Секретаријата да прошири обухват материјалних извора и на Водич о државној помоћи за животну средину и енергетику 2014-2020. Штавише,

³⁴ Чл. 18(1)(с) Уговора о енергетској заједници.

³⁵ Чл. 19 Уговора о енергетској заједници.

³⁶ Marco Botta (Бота), Rozeta Karova (Карова), „State Aid Enforcement in the Energy Community“, *State Aid and the Energy Sector* (eds. Leigh Hancher (Хенчер), A. de Hauteclocque (д'Отклок), F. Maria Salerno (Салерно), Oxford 2018, 557-558.

³⁷ Roman Petrov (Петров), „Energy Community as a Promoter of the European Union's 'Energy Acquis' to its neighbourhood“, *Legal Issues of Economic Integration* 38(3)/ 2012, 331-356.

³⁸ Energy Community Secretariat, Policy Guidelines on the Applicability of the Guidelines on state Aid for Environmental Protection and Energy 2014-2020, PG 04/2015/ 24. 11. 2015.

Секретаријат настоји да обезбеди примену поменутог водича и у испитивању компатибилности државне помоћи која је додељена пре његовог ступања на снагу. У одсуству примене процедуралних правила ЕУ и на режим Енергетске заједнице, поставља се питање да ли органи Енергетске заједнице имају мандат да разматрају не само питање квалификације, већ и евентуалног повраћаја државне помоћи од корисника. Питање постаје још интригантније у контексту одредбе из члана 3. Закона о контроли државне помоћи, према којем државна помоћ која је супротна закљученим међународним уговорима није дозвољена.

3. ЕЛЕМЕНТИ ЗА УТВРЂИВАЊЕ ДРЖАВНЕ ПОМОЋИ СА ПОСЕБНИМ АКЦЕНТОМ НА ЕНЕРГЕТСКУ ИНФРАСТРУКТУРУ

3.1. Финансијска предност и утврђивање преноса финансијске предности

У смислу УФЕУ, финансијска предност је било која економска предност која се није могла стећи према нормалним условима на тржишту.³⁹ Ефекат државне мере који се мора се утврдити је побољшање финансијске позиције субјекта у односу на конкуренцију. Дакле, битан је ефекат мере, те околност да ли је предузеће могло да избегне финансијску корист није релевантна.⁴⁰ Трансакција није заснована на сразмерности узајамних давања, те корисник помоћи или не враћа ништа или враћа мање него што би морао да врати по нормалним условима на тржишту.⁴¹

Директан начин утврђивања да ли је трансакција у складу са уобичајеним условима на тржишту је провера да ли се трансакција спровела у конкурентном, транспарентном и недискриминаторном и поступку јавних тендера, односно да је поштовано начело конкуренције у спровођењу јавних набавки и да се домаћим понуђачима не даје предност.⁴² Међутим, ово неби требало изједначавати са јавним конкурсима за доделу средстава државе ради финансирања неке делатности у јавном интересу, под условима повољнијим од тржишних, као што су тендери за компензацију коришћења капацитета производње струје ради адекватности генерације (*electricity generation*

³⁹ Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (2016/C 262/01), *OJ* C 262, 19.7.2016, став 66.

⁴⁰ Case C-173/73 *Italy v Commission*, EU:C:1974:71, par. 13; Case C-251/97 *France v Commission*, EU:C:1998:572, Opinion AG Fennelly, par. 26.

⁴¹ Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1), став 74. Case C-39/94 *SFEI and Others*, ECLI:EU:C:1996:285, par. 60-61.

⁴² Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1), став 84. Вид. Christopher Bovis (Боувиз), *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar 2012, 286-333.

adequacy), подршка производњи струје из обновљивих извора и слично, где би државну меру требало испитати.

Индиректан начин утврђивања подразумева примену теста приватног оператора, односно хипотетичког приватног субјекта који послује у нормалним тржишним условима у односу на које се пореди понашање државе,⁴³ као и његових деривата теста приватног инвеститора или приватног зајмодавца. У процени да ли би претпостављени приватни инвеститор сличне величине у истим тржишним условима направио идентично улагање,⁴⁴ узима се у обзир да ли је улагање профитабилно и да ли се губици своде на најнижу могућу меру. У примени овог теста нису релевантни циљеви у друштвеном интересу којима би се рационално руководио орган јавне власти, у домену социјалне, регионалне или политике заштите животне средине.⁴⁵

Мерила за упоређивање се дефинишу на нивоу оператора, врсте трансакције и специфичних карактеристика предметног тржишта, а држава мора обезбедити доказе да се понашала као разумни приватни инвеститор. При томе би требало имати у виду да се компатибилност државне интервенције утврђује *ex-ante* (информације које поседује брижљив инвеститор пре улагања), док *ex-post* анализа профитабилности у начелу не би била приваћена као одбрана.⁴⁶ То значи да би држава пре улагања у енергетског субјекта морала да спроведе анализу профитабилности трансакције пре него што се донесе инвестициона одлука и да се на основу реалистичног пословног плана утврди да би хипотетички приватни улагач у разумном времену остварио најмање просечни повраћај уложених средстава.⁴⁷

У области државне помоћи у сектору енергетике добар пример примене теста приватног инвеститора представља случај дугорочних уговора о откупу електричне енергије, у циљу обезбеђења сигурности снабдевања, који су закључени између државног предузећа и произвођача електричне енергије у Мађарској. Тест приватног инвеститора примењен је како би се одредило да ли су произвођачи на основу уговора у којима су количине и цене биле унапред утврђене имали већу гаранцију откупа у односу на услове који су преовлађивали на тржишту, што се показало исправним.⁴⁸ И у ситу-

⁴³ Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1), став 75.

⁴⁴ Joined Cases T-129/95, T-2/96, T-97/96 *Neue Maxhütte Stahlwerke and Lech-Stahlwerke v Commission*, EU:T:1999:7, par. 104-105; Joint Cases T-228/99, T-233/99 *Westdeutsche Landesbank v Commission*, EU:T:2003:57, par. 270.

⁴⁵ Case C-124/10 P *Commission v EDF*, EU:C:2012:318, par. 79-81.

⁴⁶ Case C-124/10 P *European Commission v Électricité de France (EDF)* ECLI:EU:C:2012:318, 82-86.

⁴⁷ Commission Decision SA.24895 of 31 July 2013, Public investment in wind power development projects [2013] OJ C279/1, par. 112-116.

⁴⁸ Case T-179/09 *Dunamenti Erőmű Zrt v Commission*, EU:T:2014:236; Case C-357/14 P *Electrabel SA, Dunamenti Erőmű Zrt v Commission* EU:C:2015:642; Joined Cases T-80/06, T-182/09

ацијама када је кроз пореско законодавство, укључујући и парафискалне намете који се користе за одређену сврху,⁴⁹ држава омогућила стицање финансијске предности субјектима у енергетском сектору, тест приватног инвеститора се мора применити приликом утврђивања постојања државне помоћи.⁵⁰

Тест приватног кредитора спроводи се у ситуацијама када је држава одобрила кредит под повољнијим условима од тржишних, издала гаранцију, опростила или репрограмирала дуг на начин како то неби учинио приватни поверилац у датим околностима.⁵¹ Према Саопштењу Европске комисије о гаранцијама, гаранције које органи јавне власти дају могу представљати државну помоћ уколико нису одобрене у складу са тржишним критеријумима. У тачки 3(2) Саопштења су дефинисани критеријуми који кумулативно морају бити испуњени да би се сматрало да се мера неће сматрати државном помоћи. Захтева се да дужник из главног посла није предузеће у финансијским тешкоћама, да је износ гаранције везан за одређену финансијску трансакцију, фиксирани износ и временски ограничену (како би се обезбеђени износ адекватно израчунао), да гаранција у сваком моменту не покрива више од 80% дуга,⁵² као и да је премија за гаранцију наплаћена по тржишној цени која се може упоредити са просечном премијом на финансијском тржишту или условима сличног кредита. Утврђивање тржишне цене гаранције тестом приватног инвеститора подразумева да се узму у обзир карактеристике трансакције, обезбеђење дуга од стране дужника и све што утиче на анализу стопе повраћаја, као и остали економски услови на тржишту, како би се израчунала разлика између тржишног еквивалента и висине премије и трошкова гаранције чија се вредност испитује.

Budapesti Erőmű Zrt v Commission EU:T:2012:65; Commission Decision SA. 17365 on the State aid C 41/05 awarded by Hungary through Power Purchase Agreements [2009] OJ L225/53.

⁴⁹ Парафискалне дажбине су заправо дестинирани порези намењени финансирању одређеног економског или социјалног задатка. Дејан Поповић, Гордана Илић Попов, „О појму пореске државне помоћи у праву Европске уније и утицају на српско право“, *Сйрани правни живои* 2/2015, 29.

⁵⁰ Case T-156/04 *EDF v Commission*, EU:T:2009:505, par. 91-92. О фискалним мерама као инструментима државне помоћи у сектору енергетике вид.: Lena Sandberg (Сендберг), *State Aid in the Form of Taxation and Emission Costs: Special Focus on Energy and the Environment, State Aid and the Energy Sector* (eds. Leigh Hancher et al.), *op. cit.*, 65-90.

⁵¹ Falk Schöning (Шоенинг), Clemens Ziegler (Циглер), “What is State Aid?”, *State Aid and the Energy Sector* (eds. Leigh Hancher et al.), *op. cit.*, 14-16.

⁵² Покриће више од 80% могуће је само у случају да је реч о предузећу које искључиво обавља делатност од општег економског интереса (нпр. градска топлана) за чију обавезу може да гарантује само орган јавне власти који је поверио обављање делатности. Commission Decision SA. 31261 of 10 May 2011, *Municipal Guarantee for Loan for Geothermal Heat Distribution Network* [2011] OJ C262/1.

Новији случајеви државне помоћи⁵³ допринели су јаснијем тумачењу обавезе утврђивања тржишне цене применом теста приватног кредитора и појаснили захтев из чл. 3(2) Саопштења Комисије о гаранцијама. Сходно пракси Суда правде ЕУ и поменутом Саопштењу о гаранцијама, корист која се испољава у преносу ризика, а који није покривен одговарајућом премијом представља финансијску помоћ, без обзира да ли давалац гаранције има могућност повраћаја средстава.⁵⁴ Чак и у случају да гаранција никада није активирана, државна помоћ сматраће се да је додељена у моменту када је гаранција дата, а не када је иста активирана.⁵⁵ Међутим, уколико је сврха гаранције намирење повериоца у случају да се над предузећем за чије се обавезе гарантује отвори стечај или поступак ликвидације, неће постојати пренос финансијске предности.⁵⁶

Утврђујући да ли гаранција представља пренос финансијске предности, Суд правде је у низу случајева потврдио да би Европска комисија требало да своје одлуке заснива кроз примену принципа приватног инвеститора, односно приватног кредитора (*market economy investor/creditor principle* – МЕИР, МЕСР). Као параметар се превасходно узима провизија и остале накнаде које би корисник гаранције платио комерцијалној банци, па државну помоћ представља разлика између премије еквивалентне гаранције комерцијалне банке и гаранције коју је дала држава. Међутим, у ситуацијама када комерцијална банка неби издала гаранцију, сматра се да је читав износ кредита за чију је отплату издата гаранција државна помоћ.⁵⁷ Поред основног критеријума, а то је упоређивање са премијом комерцијалне банке, новија пракса Европске комисије и судова ЕУ у области државне помоћи у сектору енергетике указује да се у оцени да ли је реч о тржишној вредности гаранције користе и други параметри на финансијском тржишту, попут маржи свопова кредитног ризика неизвршења и приноса на капитал прилагођеног ризику (*Risk Adjusted Return on Capital* – RAROC).⁵⁸ Нови параметри су нарочито релевантни у ситуацији када је реч о државама које немају велики кредитни рејтинг, као што су земље кандидати за пријем у ЕУ.

⁵³ C 124/10 P, *European Commission v EDF*, par. 88; Commission Decision, State aid SA.35956 (2013/C) и Commission Decision State aid SA.36868 (2014/C) *AS Estonian Air*, par. 104-105.

⁵⁴ C-275/10 *Residex Capital IV CV v Gemeente Rotterdam* [2011] ECR I-13043, par. 7.

⁵⁵ European Commission, Notice on the application of Articles 87 and 88 of the EC Treaty to State aid in the form of guarantees, OJ 2008 C 155/02, *OJ C 155*, 20.6.2008, par. 2.1.

⁵⁶ Commission Decision SA.33766 of 7 December 2011, *Coal mine closure plan 2008-2018*, [2012] OJ C284/6, рецитал, тачка 85.

⁵⁷ Case C-288/96 *Germany v Commission*, EU:C:2000:537, par. 30-31.

⁵⁸ Commission Decision SA.36740 of 20 November 2013, *Klaipėdos nafta LNG terminal* [2016] OJ C161/1; Commission Decision SA.36323 of 31 July 2014, *Liquidity support in the energy sector: PPC* [2014] OJ C348/1.

3.2. Предност која се додељује из ресурса који су под контролом државе и која се може приписати држави

Државно порекло финансијске погодности подразумева непосредно или посредно преношење државних средстава. Ту се подразумевају и ресурси регионалних и локалних органа јавне управе, као и јавних предузећа која не морају бити у државном власништву, али морају бити под контролом органа јавне власти. Поред ресурса и преношења финансијске погодности, неопходно је да се утврди да се одређена мера може приписати држави. Предност из средстава државе или ресурса који су под контролом државе може бити пренета у било ком облику, директна (нпр. изградња инфраструктуре, субвенција, кредит са нижом каматном стопом и сл.) или индиректна (нпр. опраштање дуга, умањење пореза, ослобађање трошкова који произилазе из регулаторних обавеза).

У пресуди у случају *PreussenElektra*,⁵⁹ једној од најважнијих у области државне помоћи сектору енергетике, Суд правде појаснио је да је поред директног или индиректног финансирања из ресурса под контролом државе неопходно да постоји непосредна веза државе и располагања средствима. У предметном случају закон је обавезао учеснике у систему дистрибуције да купују одређене количине електричне енергије из обновљивих извора по унапред утврђеној минималној цени, али се то не сматра индиректним обликом финансирања произвођача енергије из обновљивих извора. У ситуацији када би тако прикупљена средства парафискалног карактера била под контролом органа јавне власти или поверена недржавном субјекту ради компензације енергетских субјеката који користе обновљиве изворе енергије и то по цени већој од тржишне која се финансира продајом крајњим корисницима, пракса Суда правде показује да би се то квалификовало као државна помоћ.⁶⁰

Без обзира на порекло средстава, неопходно је да постоји континуирана контрола државе над ресурсима пре њиховог трансфера.⁶¹ Само порекло финансијског ресурса није релевантно уколико држава има ефективну контролу. Средства ЕУ из структурних фондова, као и средства међународних финансијских институција (МФИ) нису државни ресурс уколико национални органи немају дискреционо овлашћење да одлучују о избору корисника и начину коришћења ресурса.⁶² Иако се кредити МФИ и недржавних кре-

⁵⁹ Case C-379/98 *PreussenElektra*, EU:C:2001:160. Комисија је користила исту аргументацију и у сличном случају у Белгији. Commission Decision of 22 May 2002 NN 27/2000 *Law on promotion of electricity generation from renewable energies* [2002] OJ C326/18.

⁶⁰ Case C-262/12 *Vent de Colère et al.*, EU:C:2013:851; Case T-251/11 *Austria v Commission*, EU:T:2014:1060.

⁶¹ Case 83/98 *France v Ladbroke Racing and Commission* EU:C:2000:248, пар. 50.

⁶² Commission Decision SA.37068 of 18 December 2013 *Underground electricity transmission line between Aghios Stefanos and nea Chalkedonia* [2014] OJ C460/5, рецитал, тачка 17;

дителя не сматрају државним ресурсом, уколико државне гаранције за обезбеђење кредита нису одобрене у складу са нормалним условима на тржишту, представљаће државну помоћ под већ наведеним условима. Даље, реч је о државној помоћи и када држава под повољнијим условима од преовлађујућих на тржишту дистрибуира средства финансијских институција, као и када непосредно узима средства МФИ ради финансирања пројеката неког предузећа, односно када држава врши контролу над средствима МФИ или недржавних кредитора. Овом логиком би се требало руководити и случају када се средства из фондова ЕУ (најчешће инструменти развојне односно кохезионе политике ЕУ) дистрибуирају преко органа државе чланице или кандидата за пријем (у случају Инструмента за претприступну помоћ), односно када се не врше директно преко институција ЕУ већ акредитованог националног система за децентрализовано управљање фондовима. Штавише, уколико држава своја средства поверава другим субјектима, укључујући и међународне финансијске институције, ради управљања и дистрибуције корисницима, та средства остају државни ресурс и на њих се такође примењују правила о државној помоћи.⁶³

3.3. Селективност мере и изузеци

Селективност мере подразумева ситуацију када се финансијска предност преноси тако да се фаворизују одређена предузећа или одређене групе предузећа, или производња одређених производа (нпр. финансијска предност која се преноси произвођачима струје из обновљивих извора енергије). Питање карактера својине (јавно или приватно предузеће) је ирелевантно, јер се појам предузећа којем се додељује државна помоћ тумачи у смислу појма предузећа у праву конкуренције ЕУ.

Постојање селективности се посебно не утврђује код појединих мера, као што су субвенције, државне гаранције и кредити, управо због усмерености ка конкретном предузећу. Селективност такође постоји и у ситуацијама када мере унапред не дефинишу примаоца помоћи, али утврђују објективне критеријуме којима се издвајају одређени корисници, укључујући и тзв. шеме државне помоћи.⁶⁴ Таквом би се могла сматрати и средства одобрена на основу домаће Уредбе о условима и начину привлачења директних инвестиција.⁶⁵ Селективност може бити *de jure* и *de facto*. У првом случају прописом су одређени корисници финансијске предности, према неком критеријуму

Commission Decision SA.39050 of 17 July 2015 *Aid to gas infrastructure in Poland* [2015] OJ C352/4, рецитал, тачка 34.

⁶³ Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1), став 75.

⁶⁴ *Ibid.*, 118.

⁶⁵ *Службени гласник РС*, бр. 37/2018.

који може бити везан за величину, правну форму, припадност одређеном сектору и сл. У другом случају потребно је утврдити дејство мере којима се каналише предност ка одређеним категоријама помоћи. Предност може бити додељена и дискреционом праксом органа управе, која представља посебан облик фактичке селективности мере јер се не примењују аутоматски испуњавањем одређених критеријума, већ орган примене има одређени степен слободне оцене у додели помоћи.⁶⁶

Изузетак од примене критеријума селективности су *de minimis* помоћи (која се додељује појединачном предузећу, уколико су испуњени услови из *de minimis* Уредбе) или услови предвиђени посебном *de minimis* Уредбом која се односи на услуге од општег економског интереса.⁶⁷

Уредба Комисије (ЕУ) бр. 651/2014 о општем блок изузећу садржи опште критеријуме за све мере помоћи покривене изузећем, и посебне критеријуме који зависе од конкретне намене мере државне помоћи. Активности које се односе на производњу, пренос, дистрибуцију, снабдевање и трговину електричном енергијом не могу имати користи од изузећа ван оквира о блок изузећу регионалне инвестиционе помоћи, већ само у оквиру посебних одредби ове уредбе које се односе на помоћ за животну средину која обухвата и сектор енергетике, што је предмет Уредбе Комисије (ЕУ) бр. 651/2014 о општем блок изузећу. Уредба прописује посебне услове за изузеће инвестиционе помоћи за конструкцију или унапређење енергетске инфраструктуре. Међутим, није предвиђено изузимање инвестиционе помоћи која се односи на производњу и снабдевање, већ само изградњу инфраструктуре за пренос, дистрибуцију и складиштење, опрему неопходну за безбедно, сигурно и ефикасно функционисање инфраструктуре и паметне мреже (*smart grids*). Посебна правила инвестиционе и оперативне помоћи прописана су за промоцију производње енергије из обновљивих извора.

Водич Комисије за државну помоћ за заштиту животне средине и енергију 2014-2020 у одељку 3.2. одређује опште критеријуме компатибилности помоћи у сектору животне средине и енергетике и посебне услове за конкретне типове помоћи, која се за разлику од помоћи предвиђене Уредбом о општем блок изузећу мора нотификовати. Неки облици државне помоћи обрађени су и у Водичу Комисије за одређене мере државне помоћи у контексту шема трговине емисијама гасова и стаклене баште после 2012 године. Први облик су мере помоћи за индиректне трошкове емисија, одосно за ризик тзв. цурења угљендиоксида“, други облик је инвестициона помоћ за високоефикасна постројења за производњу енергије, укључујући и нова по-

⁶⁶ Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1), пар. 123-124.

⁶⁷ Commission Regulation (EU) No 360/2012 of 25 April 2012 on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to *de minimis* aid granted to undertakings providing services of general economic interest, *OJ L 352*, 25. 04. 2012.

стројења за контролу угљендиоксида, а трећи облик бесплатне опционе прелазне дозволе за модернизацију производње струје.

Од великог значаја за разумевање правног проблема у случају пројекта „Колубара Б“ је и Водич Европске комисије за регионалну помоћ 2007-2013, који се може применити на инвестициону помоћ која је додељена у сектору енергетике пре 26. јуна 2014.г., као и документ који му је претходио: Водич за државну помоћ за заштиту животне средине из 2008. г.⁶⁸ Ово из разлога што се компатибилност помоћи тумачи од стране Европске комисије према критеријумима који су били на снази у моменту када је помоћ додељена. У сврху примене правила о државној помоћи (период 2010-2015.г.), у смислу чл. 107(3)(а) УФЕУ, Србија се може сматрати потпомогнутим регионом, обзиром да је БДП по становнику био испод 45% просека у ЕУ. У том смислу, сходно чл. 73(2) Споразума о стабилизацији и придруживању, у оцени критеријума компатибилности државне помоћи додељене пре 2014. године требало би применити управо критеријуме наведених водича за регионалну помоћ и државну помоћ за заштиту животне средине. Сходно прелазним одредбама Уредбе о општем блок изузећу из 2014.г. која је ступила на снагу 1. јула 2014.г., поставља се питање да ли би критеријуми компатибилности за помоћ додељену у време када је била у примени Уредба о општем блок изузећу из 2008.г.⁶⁹ требало да се тумаче у складу са захтевима постављеним старијом уредбом.

3.4. Мера угрожава конкуренцију и утиче на трговину на унутрашњем тржишту ЕУ

Селективно додељивање финансијске предности из ресурса под контролом органа јавне власти мора утицати на конкуренцију или изазивати њено ограничење. Европска комисија није у обавези да доказује да ли је последица трансфера финансијске предности повећање тржишног удела, већ је довољно да се докаже да је дошло до побољшања позиције у односу на позицију у којој би било да помоћ није примило или да није ослобођен трошкова.

У случају да је реч о помоћи мале вредности која испуњава услове *de minimis* Уредбе, као и у случајевима постојања законског монопола, сматраће се да одобрена помоћ не ограничава конкуренцију. Иако су производња, дистрибуција и снабдевање либерализоване мрежне делатности, у неким

⁶⁸ European Commission, Community guidelines on State aid for environmental protection, OJ C 82 European Commission, Commission notice on the determination of the applicable rules for the assessment of unlawful State aid, OJ C 119, 22. 05. 2002.

⁶⁹ Commission Regulation (EC) No 800/2008 of 6 August 2008 declaring certain categories of aid compatible with the common market in application of Articles 87 and 88 of the Treaty (General block exemption Regulation) OJ L 214, 09. 08. 2008.

државама чланицама је изградња, одржавање или управљање мрежом за пренос или дистрибутивним системом законски резервисано за оператера мреже за пренос електричне енергије или оператера дистрибутивног система који није приватни субјект. Постојање елемента нарушавања конкуренције код државних мера подршке изградњи мрежне инфраструктуре у ситуацијама природног монопола може се искључити уколико не постоји конкуренција недржавног капитала за изградњу, управљање или одржавање ове инфраструктуре. У том случају потребно је да буду испуњена три услова: инфраструктура не може бити репродукована из економских разлога, алтернативно финансирање преносне инфраструктуре је безначајно и инфраструктура не фаворизује одређено предузеће, већ је приступ мрежи отворен у складу са правилима Трећег пакета енергетског тржишта. Међутим, истакнуто је да држава чланица не може да користи овај изузетак у погледу финансирања капацитета складиштења и финансирања инфраструктуре намењене међуповезивању мрежа.⁷⁰

Либерализација тржишта енергетике подразумева утицај на трговину сваке помоћи која би се односила на производњу, дистрибуцију или снабдевање електричном енергијом, изузев *de minimis* помоћи (нпр. за мале снабдеваче електричном енергијом из обновљивих извора). Готово сваки облик финансијске подршке домаћем предузећу на либерализованом европском тржишту електричне енергије може имати утицај на трговину међу земљама чланицама.⁷¹

4. СЛУЧАЈ СЕКРЕТАРИЈАТ ЕНЕРГЕТСКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ ПРОТИВ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ – ПРОЈЕКАТ ИЗГРАДЊЕ ТЕРМОЕЛЕКТРАНЕ „КОЛУБАРА Б“ (ECS-11/14)

ЈП Електропривреда Србије је јавно предузеће које у данашњем облику послује од 2005. године,⁷² а у свом саставу има и рудник Колубара Лазаревац, у којем се производи 75% укупне руде лигнита у Србији и 52% укупне производње струје у Србији. Још 1983 године покренута је иницијатива за изградњу термоелектране Колубара Б, али је пројекат суспендован 1992 године, на око 40% изграђених капацитета. За наставак реализације пројекта одобрене су две државне гаранције за два зајма Европске банке за обнову и

⁷⁰ Вид. Commission decision of 17.10.2010 in case N 629/2009 – Romania – Grants for investment in electricity and natural gas transmission networks, OJ C 37.

⁷¹ F. Schönig (Шоенинг), C. Ziegler (Циглер), *op. cit.*, 28; Case T-468/08 *Tisza Erőmű kft v Commission*, EU:T:2014: 235, пар. 186.

⁷² Одлука о оснивању јавног предузећа за производњу, дистрибуцију и трговину електричне енергије, *Службени гласник РС*, бр. 12/05 и 54/10.

развој (EBRD) и две државне агенције за два зајма одобрена од стране Немачке државне развојне банке KfW (*Kreditanstalt für Wiederaufbau*), и извршен пренос својине над земљом и зградама за изградњу термоелектране, чија је вредност процењена на око 12.7 милиона евра.

Након пријаве Центра за истраживање, транспарентност и одговорност (CRTA), Секретаријат енергетске заједнице је 2014. године отпочео проверу поступања Комисије за контролу државне помоћи у погледу пројекта термоелектране Колубара Б и рударског басена Колубара. Усвајањем Правилника о процедури решавања спорова на основу Споразума о енергетској заједници 2015.г.,⁷³ након спроведеног прелиминарног поступка предвиђеног чланом 11. Правилника, Секретаријат је пред Министарским саветом Заједнице покренуо поступак како бу се утврдило да ли је Србија прекршила обавезе из члана 18 и 19 Уговора о Енергетској заједници.⁷⁴

Секретаријат је оценио да издавање гаранција за потребе обезбеђења зајма за реконструкцију и изградњу нове термоелектране представља погрешну примену принципа за одобравање државне помоћи у области услуга од општег економског интереса. Комисија за контролу државне помоћи је у одговору у прелиминарном поступку априла 2015.г. потврдила да није одлучивала о питању државне помоћи која јој није пријављена, те да је реч о периоду пре него што је Закон о контроли државне помоћи почео да се примењује.⁷⁵

Међутим, у погледу другог зајма KfW, Комисија је истакла да је разматрала пријаву гаранције у погледу овог зајма у висини од 74 милиона евра, односно Закон о издавању гаранције РС Немачкој развојној банци KfW за потребе зајма ЈП Електропривреда Србије.⁷⁶ За ову гаранцију РС није била предвиђена премија, а у случају њеног активирања био је предвиђен регрес од ЕПС-а. Приликом оцене дозвољености, Комисија је истакла да се руководила одредбама Уредбе о правилима за доделу државне помоћи⁷⁷ која се односе на државне гаранције, и усклађена су са Саопштењем Европске комисије о гаранцијама. Међу најважнијим аргументима Комисије истиче се чињеница да предметни пројекат доприноси повећању ефикасности термоелектрана и смањењу утицаја на животну средину, као и да је реч о важном пројекту који је од интереса за државу и све грађане Републике Србије.

⁷³ Procedural Act No. 2015/04/MC-EnC of the Ministerial Council of the Energy Community of 16 October 2015 on the Rules of Procedure for Dispute Settlement under the Treaty.

⁷⁴ Energy Community Secretariat, Reasoned Request in Case ECS-11/14, Annex 12a/15th MC/13-10-2017.

⁷⁵ Energy Community Secretariat, Reasoned Request in Case ECS-11/14, Annex 6: Letter in Case ECS-11/14, 24.04.2015.

⁷⁶ Службени гласник РС, бр.121/12.

⁷⁷ Службени гласник РС, бр. 13/2010, 100/2011, 91/2012, 37/2013 и 97/2013.

Међутим, аргументе Комисије Секретаријат је сматрао недовољним и погрешним тумачењем права ЕУ у области државне помоћи, указавши да Комисија није разматрала потенцијалне или постојеће негативне ефекте, као и да ли је државна помоћ у облику гаранције пропорционална овом циљу.⁷⁸

Након још једног изјашњења Републике Србије крајем фебруара 2017.г. Секретаријат је у Образложеном мишљењу (*Reasoned Opinion*)⁷⁹ нагласио потребу да Комисија спроведе анализу и у погледу гаранција и преноса непокретности, и то у „блиској сарадњи“ са Секретаријатом, каква је предвиђена чл. 2. Правилника о решавању спорова (уведена изменом Правилника из 2015. године). Међутим, пошто Комисија није задовољила постављене захтеве, случај је у облику Образложеног захтева (*Reasoned Request*) подигнут на ниво највишег тела установљеног Уговором, а то је Министарски савет.⁸⁰

Пошавши од претпоставке да је реч о имовини Републике Србије, Секретаријат Енергетске заједнице је квалификовао као државну помоћ и пренос својине над земљиштем и зградама. Међутим, Закон о јавној својини у погледу имовине државних органа и организација, органа локалне самоуправе и јавних предузећа не садржи елемент селективности, те је Комисија за контролу државне помоћи указала да је реч о процесу трансформације власништва и образложила да је ЕПС сукцесор „Радне организације за изградњу термоелектране топлане Колубара Б за комбиновану производњу електричне и топлотне енергије у оснивању, са потпуном одговорношћу, Уб“ . Трансформација власништва извршена је кроз измене одлуке о оснивању ЕПС-а 2010. г.,⁸¹ дакле у време када је Закон о државној помоћи био на снази, а трансформација коришћења претходно експроприсаног земљишта у контексту промена друштвено-економског система није подразумевала додатно располагање новом имовином у корист ЕПС-а.

Иако су гаранције за прве зајмове које су одобрили поменути кредитори дате пре ступања на снагу Закона о контроли државне помоћи,⁸² споразум о гаранцији за зајам EBRD у висини од 80 милиона је ратификован 2011. године.⁸³

⁷⁸ У том смислу вид. Commission decision, State aid SA.33984 (2012/N) – United Kingdom; State aid M542/2010 – Poland.

⁷⁹ Reasoned Opinion in Case ECS-11/14, Annex 9, 28.02.2017.

⁸⁰ Reasoned Request in Case ECS-11/14, Annex 12a/15th MC/13-10-2017.

⁸¹ *Службени гласник РС*, бр. 12/2005, 54/2010.

⁸² Закон о ратификацији уговора о гаранцији (ЕПС, Пројекат II) између Србије и Црне Горе и Европске банке за обнову и развој, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 5/2004; Закон о давању гаранције Републике Србије немачкој финансијској организацији KfW по задужењу ЈП „Електропривреда Србије“ за финансирање пројекта за набавку рударске опреме за потребе површинског копа „Тамнава Западно Поље“, *Службени гласник РС*, бр. 34/2006.

⁸³ Закон о потврђивању уговора о гаранцији (ЕПС пројекат за Колубару) између Републике Србије и Европске банке за обнову и развој, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 8/2011.

Преузимајући већ поменуте одредбе Упутства Комисије о гаранцијама, Уредба о правилима за доделу државне помоћи наводи услове које је неопходно кумулативно испунити да се давање гаранције неби третирао као одобравање државне помоћи. Међутим, Секретаријат је сматрао да није испуњен последњи кумулативни услов, а то је одређивање тржишног еквивалента гаранције, што је Секретаријат квалификовао као кршење Уговора о оснивању Енергетске заједнице, због ефекта који се огледа у јачању позиције ЕПС на енергетском тржишту.

У одговору на Образложени захтев Секретаријата, Министарство рударства и енергетике је у свом допису обрадило низ аргумената који се односе на процесне и материјалне аспекте.⁸⁴ У погледу процесних аспеката, указано је на чињеницу да ЕУ има искључиву надлежност да прати наводно кршење правила о државној помоћи, и то у поступку преговора у Преговарачком поглављу 8. Будући да чл. 73(2) ССП намеће Србији обавезу директне примене *acquis*-а који се односи на државну помоћ, што представља и једно од мерила за отварање овог поглавља, уз обавезу пружања свих потребних информација Европској комисији, поступак пред Министарским саветом представљао би *sui generis* облик литиспенденције у погледу примене идентичних правила.⁸⁵ Што се самог поступка тиче, указано је да основни недостатак лежи у чињеници да је Секретаријат Енергетске заједнице применио низ негативних претпоставки о кршењу правила о контроли државне помоћи и превалио терет доказивања на органе Републике Србије, што је супротно и чл. 4 Правилника о процедури решавања спорова, као и релевантној судској пракси.⁸⁶ Дакле, у овом случају Секретаријат Енергетске заједнице морао је да спроведе опсежну правно-економску анализу и примени не само тест приватног оператора у тржишној привреди чији је циљ да максимизује профит, већ нарочито тест приватног зајмодавца који тежи да минимизује ризик коме би био изложен у сценарију нечињења у конкретном случају.⁸⁷ Крајем јуна 2018.г. овај двогодишњи поступак поводом наводне државне помоћи је окончан, те ће ова највреднија инвестиција у српску енергетску инфраструктуру у последње четири деценије бити настављена.⁸⁸

⁸⁴ Деловодни бр. 337-01-00103/2016-04, од 1. 12. 2017.г.

⁸⁵ Сходно чл. 30 Бечке конвенције о уговорном праву (*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори* 30/72) примењивао би се ССП који је ступио на снагу 1. септембра 2013. г. као *lex posterior*, у односу на Уговор о оснивању Енергетске заједнице (1 јул 2006).

⁸⁶ C-520/07 P *Commission v MTU Friedrichshafen* [2009] ECR I-8555, (par. 54-58).

⁸⁷ Вид. аналогију са поступањем Краљевине данске у случају Општег суда, Case T-386/14, *FIH Holding and FIH Erhvervsbank A/S v Commission*, par. 69-71.

⁸⁸ Gecić Law, *Obustavljen postupak protiv EPS-a i RS oko projekta Kolubara B*, <https://www.geciclaw.com/sr/obustavljen-postupak-protiv-eps-i-srbije-oko-kolubara-b/>, 26. 12. 2018.

5. ЗАКЉУЧАК

Приказ суштинских захтева из примарног и секундарног законодавства ЕУ, интерпретативних докумената Европске комисије и одлука Суда правде у погледу доделе државне помоћи у сектору енергетике показује зашто је неопходно да држава, *пре доношења одлуке о додели државне помоћи* енергетским субјектима спроведе детаљну анализу тржишта и анализу профитабилности пројекта. Ова анализа мора показати да држава као инвеститор неће имати губитак, односно да ће у начелу остварити просечан повраћај уложених средстава уобичајен у сектору енергетике. Не само држава, већ и привредни субјекти у сектору енергетике морају водити рачуна о томе да се пре одобрења инвестиција не сме започети тј. не сме доћи до финансијског обавезивања предузећа према трећим лицима. У анализи профитабилности пројекта мора се водити рачуна о критеријуму разумног приватног инвеститора односно повериоца и постојању подстицајног ефекта. Привредни субјект који конкурише за помоћ из државних средстава мора да има у виду и инструменте тумачења формалних правила о контроли државне помоћи у ЕУ, који су представљени у овом раду, како би се избегао регулаторни ризик повраћаја државне помоћи пре и по ступању у чланство у ЕУ.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- Bacon, Kelyn, *European Union Law of State Aid*, Oxford 2013.
- Blauberger, Michael, „Of ‘Good’ and ‘Bad’ Subsidies: European State Aid Control through Soft and Hard Law“, *West European Politics* 32(4), 719-737.
- Bovis, Cristopher, *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar 2012.
- Botta, Marco, Rozeta Karova, „State Aid Enforcement in the Energy Community“, *State Aid and the Energy Sector* (eds. Leigh Hancher, Adrien de Hauteclocque, Francesco Maria Salerno, Oxford 2018, 555-572.
- Дивљак, Драго, „Државна помоћ у праву ЕУ и национално право“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2011, 363-377.
- Дивљак, Драго, „Правни значај субвенција“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1-2/2008, 530-531.
- Дивљак, Драго, Сандра Фишер Шобот, „Државна помоћ за заштиту животне средине на наднационалном нивоу и у домаћем праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2017, 684-685.
- Gecić Law, Obustavljen postupak protiv EPS-a i RS oko projekta Kolubara B, <https://www.geciclaw.com/sr/obustavljen-postupak-protiv-eps-i-srbije-oko-kolubare-b/>, 26. 12. 2018.
- Petrov, Roman, „Energy Community as a Promoter of the European Union’s ‘Energy Acquis’ to its neighbourhood“, *Legal Issues of Economic Integration* 38(3)/ 2012 331-356.

- Popović, Dušan, „Institutional Design of State Aid Authorities in South East Europe: The Unfit Legal Transplant and Its Ramifications”, *Competition Authorities in South Eastern Europe* (eds. Boris Begović, Dušan Popović), Springer 2018, 63-77.
- Поповић, Дејан, Гордана Илић Попов, „О појму пореске државне помоћи у праву Европске уније и утицају на српско право“, *Сйрани йравни живоий* 2/2015.
- Sandberg, Lena, State Aid in the Form of Taxation and Emission Costs: Special Focus on Energy and the Environment, *State Aid and the Energy Sector* (eds. Leigh Hancher, Adrien de Hauteclocque, Francesco Maria Salerno), Oxford 2018, 65-90.
- Schöning, Falk, Clemens Ziegler, „What is State Aid?”, *State Aid and the Energy Sector* (eds. Leigh Hancher, Adrien de Hauteclocque, Francesco Maria Salerno), Oxford 2018.
- Stefan, Oana, *Soft law in court: competition law, state aid and the Court of Justice in the European Union*, Kluwer Law International 2013.
- Табороши, Светислав, „Циљеви државне помоћи,,, *Конйрола државне йомоћи у Србији и Евройској унији* (ур. Стеван Лилић), Београд 2011.
- Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, *Службени йласник РС – Међународни уйовори*, бр. 83/2008.
- Закон о ратификацији Уговора о оснивању Енергетске заједнице између Европске заједнице и Републике Албаније, Републике Бугарске, Босне и Херцеговине, Републике Хрватске, Бивше Југословенске Републике Македоније, Републике Црне Горе, Румуније, Републике Србије и Привремене Мисије Уједињених нација на Косову у складу са Резолуцијом 1244 Савета безбедности Уједињених нација, *Службени йласник РС*, бр. 62/2006.
- Закон о контроли државне помоћи, *Службени йласник РС*, бр. 51/2009.
- Уредба о условима и начину привлачења директних инвестиција, *Службени йласник РС*, бр. 37/2018.
- Закон о ратификацији уговора о гаранцији (ЕПС, Пројекат II) између Србије и Црне Горе и Европске банке за обнову и развој, *Службени лисй СЦГ – Међународни уйовори*, бр. 5/2004.
- Закон о давању гаранције Републике Србије немачкој финансијској организацији KfW по задужењу ЈП „Електропривреда Србије“ за финансирање пројекта за набавку рударске опреме за потребе површинског копа „Тамнава Западно Поље“, *Службени йласник РС*, бр. 34/2006.
- Закон о потврђивању уговора о гаранцији (ЕПС пројекат за Колубару) између Републике Србије и Европске банке за обнову и развој, *Службени йласник РС – Међународни уйовори*, бр. 8/2011.
- Бечка конвенција о уговорном праву, *Службени лисй СФРЈ – Међународни уйовори* 30/72.
- European Commission, „Screening Report Serbia Chapter 8 – Competition Policy“, MD 205/15, 23. November 2015.
- European Commission, Information on the Results of the EU Accession Negotiations with Croatia, November 2011.
- Council Regulation (EC) No 2015/1589 of 13 July 2015 laying down detailed rules for the application of Article 108 of the TFEU, *OJ L* 248, 24.9.2015.

- Commission Regulation (EU) No 651/2014 of 17 June 2014 declaring certain categories of aid compatible with the internal market in application of Articles 107 and 108 of the Treaty, *OJ L 187*, 26.6.2014.
- Commission Regulation (EU) No 1407/2013 of 18 December 2013 on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to de minimis aid, *OJ L 352*, 24.12.2013.
- Commission Regulation (EU) No 360/2012 of 25 April 2012 on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to de minimis aid granted to undertakings providing services of general economic interest, *OJ L 352*.
- Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (2016/C 262/01).
- Commission Notice on the application of Articles 87 and 88 of the EC Treaty to State aid in the form of guarantees, *OJ C 155*.
- Communication from the Commission to the Member States on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to short-term export-credit insurance, *OJ C 392*.
- European Commission, Infrastructure Analytical Grid for Energy Infrastructure, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/grid_energy_en.pdf, 24. децембар 2018.
- European Commission, Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest, *OJ C 8*.
- Commission Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020, *OJ C 200*.
- Commission Guidelines on certain State aid measures in the context of the greenhouse gas emission allowance trading scheme post-2012, *OJ C 158*.
- Commission Guidelines on national regional aid for 2007-2013 *OJ C 54*.
- Commission Decision 2012/21/EU of 20 December 2011 on the application of Article 106(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, *OJ L 7*.
- Commission Regulation (EC) No 800/2008 of 6 August 2008 declaring certain categories of aid compatible with the common market in application of Articles 87 and 88 of the Treaty (General block exemption Regulation), *OJ L 214*.
- Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC, *OJ L 211*.
- Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (2016/C 262/01).
- Commission Decision SA.24895 of 31 July 2013, Public investment in wind power development projects [2013], *OJ C 279/1*.
- Commission Decision SA. 17365 on the State aid C 41/05 awarded by Hungary through Power Purchase Agreements [2009], *OJ L 225/53*.
- Commission Decision SA. 31261 of 10 May 2011, Municipal Guarantee for Loan for Geothermal Heat Distribution Network [2011], *OJ C 262/1*.

- Commission Decision, State aid SA.35956 (2013/C).
- Commission Decision State aid SA.36868 (2014/C) AS Estonian Air.
- Commission Decision SA.33766 of 7 December 2011, Coal mine closure plan 2008-2018, [2012], *OJ C284/6*.
- Commission Decision SA.36740 of 20 November 2013, Klaipėdos nafta LNG terminal [2016], *OJ C161/1*.
- Commission Decision of 17.10.2010 in case N 629/2009 – Romania – Grants for investment in electricity and natural gas transmission networks, *OJ C 37*.
- Commission Decision of 22 May 2002 NN 27/2000 Law on promotion of electricity generation from renewable energies [2002], *OJ C326/18*.
- Commission Decision SA.37068 of 18 December 2013 Underground electricity transmission line between Aghios Stefanos and nea Chalkedonia [2014], *OJ C460/5*.
- Commission Decision SA.39050 of 17 July 2015 Aid to gas infrastructure in Poland [2015], *OJ C 352/4*.
- Commission Decision SA.36323 of 31 July 2014, Liquidity support in the energy sector: PPC [2014], *OJ C348/1*.
- Energy Community Secretariat, Policy Guidelines on the Applicability of the Guidelines on state Aid for Environmental Protection and Energy 2014-2020, PG 04/2015/ 24 November 2015.
- Energy Community Secretariat, *Reasoned Request in Case ECS-11/14*, Annex 12a/15th MC/13-10-2017.
- Joined Cases T-443/08, T-455/08 *Mitteldeutsche Flughafen and Flughafen Leipzig/Halle v Commission*, EU:T:2011:117.
- Joined Cases T-129/95, T-2/96, T-97/96 *Neue Maxhütte Stahlwerke and Lech-Stahlwerke v Commission*, EU:T:1999:7.
- Case C-173/73 *Italy v Commission*, EU:C:1974:71.
- Case C-251/97 *France v Commission*, EU:C:1998:572, Opinion of Advocate General Fennelly.
- Case C-280/00 *Altmark Trans GmbH and Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, and Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht* [2003] ECR I-7747.
- Case C-124/10P *Commission v EDF*, EU:C:2012:318
- Case T-179/09 *Dunamenti Erőmű Zrt v Commission*, EU:T:2014:236; Case C-357/14 P *Electrabel SA, Dunamenti Erőmű Zrt v Commission* EU:C:2015:642
- Joined Cases T-80/06, T-182/09 *Budapesti Erőmű Zrt v Commission* EU:T:2012:65.
- Case C-262/12 *Vent de Colère et al.*, EU:C:2013:851
- Case T-251/11 *Austria v Commission*, EU:T:2014:1060.
- Case 83/98 *France v Ladbroke Racing and Commission* EU:C:2000:248.
- Case T-386/14, *FIH Holding and FIH Erhvervsbank A/S v Commission*.

*Tatjana Lj. Jovanić, Ph.D., Associate Professor
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
tanja@ius.bg.ac.rs*

State Aid for Investments in Energy Infrastructure: the Dilemmas of „Kolubara B“ Project

Abstract: *One of the key issues in the EU accession negotiations in Chapter 8 (Competition Policy) is the transitional state aid regime for aid granted before joining the EU, which must be compatible with EU law. This paper examines the legal framework for state aid in the field of energy in EU law, including the interpretative acts of the European Commission, as well as the normative obligations of Serbia in the stabilization and association process, the accession negotiations and the Energy Community Treaty. The subject of this paper is an analysis of the criteria for the assessment of state aid for investments in energy infrastructure, with particular emphasis on financial advantage in the form of state guarantees, since the Republic of Serbia issued guarantees for investment loans approved for the implementation of the project „Kolubara B“, which was debated in a dispute before the Ministerial Council of the Energy Community.*

Keywords: *state aid, energy infrastructure, accession negotiations, EU law.*

Датум пријема рада: 21.02.2019.

*Darko T. Dimovski, Ph.D., Associate Professor
University of Niš
Faculty of Law Niš
darko.dimovski@yahoo.com*

*Jelena M. Stanojević, Ph.D., Research Associate
University of Niš
Faculty of Sciences and Mathematics Niš
jelenastanojevic83@yahoo.com*

LEGAL AND ECONOMIC CONDITIONS FOR THE EU MEMBERSHIP – EXAMPLE OF THE REPUBLIC OF SERBIA*

Abstract: *The European Union (EU) is an important player at the international level, which has largely contributed to the smooth development of the world economy. Joining the European Union implies a fulfillment of various conditions. The authors focus on the example of the Republic of Serbia to analyze the legal and economic conditions that are requested for a membership in the European Union. In this regard, the legal conditions laid down in Chapter 23 were analyzed in the first part of the paper, through a review of the current status in the field of judiciary, fight against corruption and fundamental rights. Afterwards, the authors devoted a special attention to the study of some of the economic conditions that the Republic of Serbia must fulfill in the process of the European Union accession.*

Keywords: *European Union, accession, Republic of Serbia, legal conditions, economic conditions.*

1. INTRODUCTION

The European integration has made the EU the strongest and most competitive single economy in the world, which plays a leading role in international

*The research was carried out in the framework of the projects no. 179046 and 179066, Ministry of Education, Science and Technological Development of the Republic of Serbia

market, significantly contributing to the smooth development of the world economy. The EU supports developing countries to use opportunities to foster the overall development and, implicitly, raise their living standards. Therefore, EU accession process is expected to have a positive impact on economic growth of all EU member states. Accordingly, many of the new member states, but also in the candidate countries, hope that EU membership will pave the way towards their prosperity, having in mind that according to their prospective the earlier entrants have fared pretty well after their accession.

Nevertheless, not everyone has benefited to the same extent from the new opportunities. The large EU and especially new entrants are in front of a challenge. They must be capable to create an endogenous growth process by investing in physical and human capital and maintain high growth rate even if there are strong pressures of new competition and adjustment. To achieve that, new entrants need more investment leading to further improvements in productivity, skills, and technology transfer; stable legal and economic framework provided by EU membership and assistance from EU funds (World Economic Forum, 2017).

The most recent EU accession rounds that happened in 2004, 2007 and 2013, commonly known as “Central and Eastern European Countries (CEEC)” enlargement, have brought further interest in growth implications of the EU integration. It is thus important to assess whether the accession of transition economies with the quite different economy and low income level in the EU has led to short-term and/or long-term positive growth effects for these EU member states. In this context, special attention in the article is paid to the analysis of legal and economic reforms that need to be implemented in the Republic of Serbia as a precondition for its membership in the European Union. The Republic of Serbia has set the EU membership as its main political goal after the 5th October changes. Membership in the EU requires the fulfillment of a set of strictly defined legal and economic conditions which all candidate countries need to fulfill prior to the EU accession. Therefore, the first part of the paper analyzes legal conditions, while the second part focuses on the analysis of economic conditions.

2. LEGAL CONDITIONS FOR MEMBERSHIP OF THE REPUBLIC OF SERBIA IN THE EU

Accession to the European Union requires the process of the fulfillment of certain legal requirements that are embodied in the so-called Chapter 23. Namely, during 2013, the Republic of Serbia passed through the procedure of analytical review of the harmonization of its own legislation with the *acquis* and EU standards, thus making the first step towards further integration process. The Republic of Serbia has developed an Action Plan for Chapter 23 (hereinafter: the Action Plan),

which was endorsed by the European Commission.¹ Chapter 23 refers to three major areas: the judiciary, the fight against corruption and fundamental rights. Bearing in mind the character of Chapter 23, the paper focuses on the key points in each of the above areas.

2.1. Judiciary

Judicial reform is foreseen in the National Strategy for Judicial Reform for the period 2013-2018 (hereinafter referred to as the Strategy) adopted by the National Assembly of the Republic of Serbia on 1 July 2013. The Strategy emphasized that judicial reform is a priority of the Republic of Serbia with the aim of improving the independence of the judicial system – the impartiality and the quality of justice, the improvement of the expertise of the competent institutions, responsibility and the efficiency of the judiciary. Based on the above principles, the reform of the judicial system should be carried out in order to fully protect the rights of all citizens, with continuous work on improvement and concrete application of them at each stage of the development of the judiciary and the application of the law.² The key point of the mentioned judicial reforms is the change of the Constitution of the Republic of Serbia³ from the aspect of the manner of election of judges and prosecutors. In other words, the Strategy foresees that, for the sake of independence of the judiciary, the Constitution changes in the part concerning the influence of the legislative and executive authorities on the process of election and dismissal of judges and prosecutors, with a precise role and position of the Judicial Academy as a mechanism for joining the judiciary.⁴ By insight into the Action Plan, it can be seen that the deadline for formulating concrete proposals for the amendment of the Constitution was ending in 2015. At the same time, the Action Plan foresees that all steps regarding the amendment to the Constitution will be completed by the end of 2017.⁵ However, no constitutional reform has yet been made in terms of changing the way judges choose their judicial functions. Also, the proposed changes to the constitutional reforms have caused a lot of controversy, since the competent ministry proposed changes that, according to expert and non-governmental organizations, do not fulfill the requirement that the holders of judicial functions be elected without the influence of politics.

¹ Milica Kolaković-Bojović, „Pristupni pregovori Republike Srbije sa EU u okviru Poglavlja 23 i potreba za izmenom krivičnog procesnog zakonodavstva“, (Accession negotiations between the Republic of Serbia and the EU under Chapter 23 and the need to amend criminal procedural legislation), *Dominantni pravci razvoja krivičnog zakonodavstva i druga aktuelna pitanja u pravnom sistemu Srbije*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu – Intermex, 2016, 232.

² National Judicial Reform Strategy for the period 2013-2018, 2013, 3.

³ Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette of RS*, no. 98/2006.

⁴ Action Plan for Chapter 23 -APC 23, 2015, 19.

⁵ APC 23,30.

The reform of the constitutional norms related to the selection of judges and prosecutors requires a preliminary analysis of the current situation in order to determine the direction of amending the given provisions. Namely, Article 4 of the Constitution prescribes the separation of powers into legislative, executive and judicial, emphasizing that the relationship of these three powers rests on balance and mutual control. At the same time, paragraph 3 of the same article prescribes that the judicial power is independent. The Constitution of the Republic of Serbia (Article 99, paragraph 2, item 3 and Article 147) for the first time prescribes that the National Assembly, acting upon the proposal of the High Judicial Council, elects a judge from candidates. The mandate of the judge elected to the judicial office for the first time is set at three years. In this regard, the question may arise as to why the National Assembly of the Republic of Serbia has the authority to choose for the first time a person in a judicial office, based on the fact that a member of the National Assembly is guided exclusively by the political orders of the party to which he or she belongs, and even when able to assess the expertise of a particular candidate for performing a judicial function, he does not. In this way, the jurisdiction of the High Judicial Council in the process of election of judges is degraded.⁶ Also, one of the basic characteristics of judicial independence is the permanence of its function which is degraded by a constitutional solution that judges should first be elected for the period of three years. After a period of three years, a judge first elected to a judicial function and evaluated that he “performs exceptionally well the judicial office”, as required by paragraph 2 of Article 52 of the Law on Judges, is obliged to be chosen as a judge by the High Judicial Council. A person who is deemed “not satisfied” can not be chosen as a judge in a permanent judicial function (paragraph 3, Article 52). Evaluation of judges first elected is renewed once a year (paragraph 1 article 35). The inconvenience arising from this legal solution arises when a judge, first elected as a judge, is assessed as “not satisfied” during his three-year term of office, but also that he “performs exceptionally well the judicial function”. Will he be elected to a permanent judicial office in this situation or not? An additional confusion was created by the obligation of a judge to be appointed to a permanent judicial office if he is judged to be extremely successful in performing a judicial function, and during the three-year period when he was first elected judge is assessed and is extremely successful in performing judicial function and does not satisfy. Therefore the right question arises which is the purpose of Article 52 of the Law on Judges.⁷

⁶ Vojislav Đurđić, “Imenovanje i razrešenje sudija” (Appointment and dismissal of judges), *Zakonodavni i institucionalni okvir nezavisnog sudstva u Republici Srbiji*, Niš, Pravni fakultet u Nišu i Konrad Adenaur, 2009, 83.

⁷ Jelena Stanojević, Darko Dimovski, „Uloga države u privlačenju stranih direktnih investicija“ (The role of the state in attracting foreign direct investments), *Zbornik radova „Pravna sigurnost*

Another problem in the election of judges is that members of the High Judicial Council are elected by deputies or they themselves, as well as representatives of the executive branch, are members of the same body. Thus, Article 5 of the High Judicial Council Act⁸ stipulates that members of the Council President of the Supreme Court of Cassation, which is normally elected by the National Assembly, the Minister of Justice, President of the authorized committee of the National Assembly as members *ex officio* and eight electoral members elected by the National Assembly, in accordance with this Law.

The Constitution of the Republic of Serbia in Article 148, paragraph 1, prescribes that a judge terminates his/her judicial function at his request by the fulfillment of legally prescribed conditions or the dismissal on the basis of the legally prescribed reasons, and if s/he is not elected to a permanent function. Letting the National Assembly of the Republic of Serbia to standardize conditions by the law, as well as the reasons, without any constitutionally imposed restrictions on the termination of judicial office, is unnecessarily overridden, which jeopardizes the principle of the continuity of judicial function.⁹ The procedure for dismissal of judges is additionally compromised by the body that decides on the termination of the judicial office – the High Judicial Council. Namely, it was previously pointed out that the High Judicial Council was not free from political influence.

Political influence exists in the election of prosecutors. Namely, Article 5 of the Law on the State Council of Prosecutors¹⁰ prescribes that this body has eleven members. At the same time, the same article stipulates that the members of the State Council are the Republic Public Prosecutor, the minister in charge of the judiciary and the chairman of the competent committee of the National Assembly, as members holding the office and eight election members elected by the National Assembly in accordance with this Law. Article 13 prescribes jurisdiction of the State Prosecutor's Council, according to which this body, among other things, determines the list of candidates for the election of the Republic Public Prosecutor and public prosecutors to the Government and proposes to the National Assembly candidates for the first election as deputy public prosecutor. The shortcomings in the procedure for the election of public prosecutors and their deputies are similar to the procedure for the election of judges, and are reflected in the influence of the policy on the selection of prosecutors. Therefore, we will not specifically explain them, except that we will note that the political influence here is even greater, because the members of the State Council of Prosecutors are the minister in charge

kao pospešujući faktor za direktne strane investicije", Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, 2016, 84.

⁸ High Judicial Council Act, *Official Gazette of RS*, no. 116/2008, 101/2010, 88/2011 and 106/2015.

⁹ V. Đurđić, 84.

¹⁰ Law on the State Council of Prosecutors, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, no.116/2008, 101/2010, 88/2011 and 106/2015.

of the judiciary and the chairman of the competent committee of the National Assembly, while at the same time the National Assembly decides on the first election for the deputy public prosecutor.

2.2. Fight against corruption

The action plan envisages that the next area to which special attention must be paid is corruption. The occurrence of corruption puts at risk the realization of the rule of law and the legal state, equality of citizens, trust of citizens in public institutions, equality and justice, but empowering and aggravating social differences. It hampers the development of the entrepreneurial climate and political culture and other basic social values, while encouraging an endeavor to live in an unfair way over the possibility and to be rich in downplaying the value of honest work.¹¹ Although the Republic of Serbia has ratified all the most important international instruments in the field of fighting corruption, and set up numerous bodies, such as the Coordination Body for the implementation of the Action Plan for the implementation of the National Strategy for the Fight against Corruption, the Anti-Corruption Agency and the Anti-Corruption Council, the problem is not solved as foreseen, but is still present in all its manifest forms. In other words, the Republic of Serbia has adopted the necessary legal acts for the fight against corruption, but it is necessary to work on its reduction, because, as pointed out by Aleksandar Fatic, corruption is part of public life, composed of selective application of law.¹²

Although one of the objectives stated in the Action Plan is the fight against corruption, there is still a lot to be done to reduce its scope.¹³ Before considering the necessary measures to reduce corruption, it is necessary to point to its scope. Namely, the best indicators for the extent of corruption are provided by the non-governmental organization Transparency International. According to the latest indicators from 2017, the Republic of Serbia occupies 77th place out of 180 countries with an index of corruption perception 41 (on a scale from 0 to 100, where zero represents a highly corrupt country, while 100 is a country without corruption). However, in order to make a final conclusion on the welfare of the fight against corruption, as the Government of the Republic of Serbia proclaimed in the Action Plan, it is necessary to determine at what point the Republic of Serbia was in the

¹¹ Živojin Đurić, Dragan Jovašević, Mile Rakić, “Korupcija – izazov demokratiji” (Corruption – A Challenge to Democracy), Institut za političke studije, Beograd, 2007, 76.

¹² Amichai Magen, Leonardo Morlino, *International Actors, Democratization and the Rule of Law: Anchoring Democracy?*, Routledge, New York, 2008, 173.

¹³ See more about this: Milica Kolaković Bojović, „Monitoring i evaluacija reformi u oblasti borbe protiv korupcije“ (Monitoring and evaluation of reforms in the field of fight against corruption), *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, 1/2019, 83-97.

previous years in regard to the level of corruption. Since 2012, the Republic of Serbia has made slight progress, given that the perception of corruption perception date was 39. In the period from 2012 to 2017, the corruption perception index ranged between 39 and 42, which indicates that there is a high perception of corruption in the Republic of Serbia, and that the measures undertaken by the Government of the Republic of Serbia do not give the expected results.¹⁴ Therefore, in the next part of the paper, we will present the basic problems from the normative basis, which is necessary to change, so that the index of perception of corruption is as high as possible and thus the Republic of Serbia has progressed to the ranking list created by Transparency International.

The Law on the Anti-Corruption Agency¹⁵ does not stipulate the procedure in cases where the responsible persons will not act on initiatives for dismissal of officials. In other words, when the Anti-Corruption Agency, pursuant to Article 51, makes a measure of public announcement of a recommendation for dismissal, the competent authority has no obligation to proceed to the proposed measure, which gravely diminishes the capacity to fight corruption. The effectiveness of this legal solution is evidenced by the fact that the Anti-Corruption Agency succeeded in removing only eighteen functionaries in the previous three years based on the measures of public announcement of recommendations for dismissal from a public office, although the Agency brought in from 2016 to 2018 64 measures for the public release of a recommendation for dismissal. In 35 procedures, the Agency was informed that the competent authority will not act on the initiative, and in 11 cases the functions of the officials who have violated the law have ceased due to their resignation, expiry of the mandate, retirement and other similar reasons.¹⁶ Therefore, it is necessary to work on legal changes in order to create a mechanism that the competent state bodies must act on the recommendation of the Anti-Corruption Agency.

As a tool in the fight against corruption, in 2002, the Anti-Corruption Council was formed, and the Anti-Corruption Agency was established in 2008 on the basis of the Law on the Anti-Corruption Agency. The difference between these two institutions is reflected in the fact that the Agency is an independent state body whose committee was elected by Parliament on the proposal of nine institutions, whose activity is reflected in the supervisory, control and proposing function. On

¹⁴ Corruption Perceptions Index 2017, https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017, 29, December 2018.

¹⁵ Law on the Anti-Corruption Agency, *Official Gazette of RS*, 97/2008, 53/2010, 66/2011 – decision CC, 67/2013 – decision CC, 112/2013 – authentic interpretation and 8/2015 – CC decision.

¹⁶ Bahati državni direktor Mile Bugarin zaposlio sina da nam „mladi ne bi odlazili“, a njegovo objašnjenje „zašto je bolje zaposliti rodbinu“ je urnebesno, <https://www.blic.rs/vesti/drustvo/bahati-drzavni-direktor-mile-bugarin-zaposlio-sina-da-nam-mladi-ne-bi-odlazili-a/1jve5ps>, 03 January 2019.

the other hand, the Council for the Fight against Corruption is the body of the Government of the Republic of Serbia, which has an advisory function. The Anti-Corruption Agency has a legally defined competence. However, it seems that although there is a clear division of competencies between the Council and the Agency, institutional mechanisms for combating (political) corruption are weakened, since the Republic of Serbia is inclined to establish and accumulate a large number of state bodies and agencies dealing with the same business, and it shares responsibility. Also, this dispersed the power of independent state bodies in the fight against corruption.¹⁷

The Republic of Serbia in 2014 adopted an adequate regulatory framework for whistleblowers. Although the situation of citizens who report corruption and other illegal activities improved,¹⁸ Whistleblowers Protection Act¹⁹ creates a certain confusion. Namely, the legislator prescribed three types of alerts – internal whistle-blowing, external whistle-blowing and public whistle-blowing, whereby it did not explicitly make a basis for distinguishing when the alert is applied. At the same time, apart from the fact that the legal text can be improved for nomotechnical reasons, there are some other illogicalities. One of them concerns internal whistle-blowing by which the obligation to provide information, which relates to the employer itself, to the same employer. Human rights violations do not constitute a ground for the public whistle-blowing, which is hardly acceptable. If the information contains classified information, the whistleblower is obliged to comply with general and special measures for the protection of classified information, prescribed by the Law that regulates the confidentiality of data. We note that the legislator adopted the Law on the Protection of the Whistleblower, while not taking into account the provisions of the Law on the Prevention of Abuse at Work, although these legal texts should be complementary in the fight against corruption. It is necessary to improve the text with new changes and to remove any doubts that we have pointed out at work. Only in this way one can work to reduce the extent of corruption and other illegal activities. Also, one should consider the practice emerging in the United States that whistleblower can charge a certain percentage of damage caused by illegal activity of the company in litigation proceedings, in order to encourage citizens to report such cases.²⁰

¹⁷ Darko Dimovski, „Politička korupcija“ (Political corruption), *Pristup pravosuđu – instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta, Nis, 2010, 402.

¹⁸ See more about this: Jonathan Macey, *Getting the Word Out About the Fraud: A Theoretical Analysis of Whistleblowing and Insider Trading*, In: *Retaliation and Whistleblowers: Proceedings of the New York University 60th Annual Conference on Labor*, Editors: Secunda, P., Estreicher, S., Kluwer Law International, New York, 2009, 442.

¹⁹ Whistleblowers Protection Act, *Official Gazette of RS*, 128/2014.

²⁰ Darko Dimovski, Ivan Ilić, „Uzbunjivači kao sredstvo borbe protiv korupcije (Whistleblowers as a means of combating corruption)“, *Reformski procesi i poglavlje 23 (godinu dana*

2.3. Fundamental rights

The last legal requirement that the Republic of Serbia must fulfill in order to become a member of the European Union is to protect basic human rights. The scope of human rights protection is very wide and covers a whole range of areas: 1. Prohibition of torture, inhuman or degrading treatment and punishment, 2. Freedom of thought, conscience and religion, 3. Freedom of expression, including freedom and pluralism of the media, 4. Principle of non-discrimination and position socially vulnerable groups, 5. gender equality, 6. children's rights, 7. position of national minorities, 8. position of refugees and internally displaced persons, 9. measures against racism and xenophobia, and 10. protection of personal data. Due to the scope of the analysis of the protection of human fundamental human rights in Chapter 23, we will focus only on the issue of torture, inhuman or degrading treatment and punishment.

One of the biggest problems regarding the protection of human rights is the torture, inhuman or degrading treatment and punishment.²¹ One of the ways of preventing torture, inhuman and degrading treatment is the increase in the number of prison institutions in the Republic of Serbia, as well as the increased use of alternative criminal sanctions aimed at relieving the accommodation capacities of the penitentiary system in which there are too many convicted persons. Namely, the European Court of Human Rights in its decision *Kalashnikov v. Russia* considers that the lack of adequate accommodation capacities in prison is unacceptable and constitute degrading treatment and violation of Article 3 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.²² In other words, the collective accommodation of convicts or the placement of an excessive number in the same room was recognized by the European Court of Human Rights as a possible violation of the Convention. Also, the overcrowding of capacities in penitentiary institutions violates the obligation stipulated in Article 79 of the Law on the Execution of Criminal Sanctions²³ and Article 15 of the Ordinance on the House Rules of Penitentiary and Penitentiary Institutions and District Prison,²⁴ that for each convicted person it is necessary to provide at least 8 cubic meters, as well as 4 square meters of space in the dormitory. It should be stressed that the strict implementation of legal obligations on the required number of square and cubic meters will lead to the fact that the real capacities of the

posle): *krivičnopravni aspekti*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2017, 464-471.

²¹ Action Plan for Chapter 23, 2015, 209.

²² Case of *Kalashnikov v. Russia*, appl. no. 47095/99, judgement, Strasbourg, 15 July 2002.

²³ Law on the Execution of Criminal Sanctions, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, 55/2014.

²⁴ Rulebook on the house order of correctional institutions and district prisons, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, 72 / 2010.

penitentiary system in Serbia are about 4,500 prisoners, while it is currently in the penitentiary system for serving the prison sentence or in detention for over 10,000 people.²⁵

Another way of relieving the penitentiary system in Serbia is the increased application of alternative criminal sanctions. Potential ways of resolving this issue are embodied in the greater application of the opportunity principle and more frequent pronouncing of alternative criminal sanctions. Criminological studies, conducted by Professors Darko Dimovski and Miomira Kostić from the Faculty of Law in Niš, conducted in the Basic and Higher Public Prosecutor's Office in Niš for a three-year period (2010-2013), has shown a possibility of further relaxation of the penitentiary system in Serbia. In fact, for many criminal offenses institute percentage of applications conditional delay of criminal prosecution is very small. Achieving the efficiency of more frequent use of this diversionary form would lead to a further reduction in the number of prisoners. However, the frequency of the use opportunities does not depend solely on the work of the prosecution, but on the circumstances related to the suspects in terms of fulfilling the obligations laid down in the Code of Criminal Procedure, which implies that any increased and more efficient activity of the public prosecutor's offices would not inevitably lead to a successful application of the principle of opportunity. At the same time, this criminological study includes the analysis of criminal sanctions in the Basic Court in Nis for the same period of time. The obtained results show that there is no room for a further relaxation of the penitentiary system since the court, in the line with legal requirements, already pronounces alternative criminal sanctions for the majority of criminal offenses.²⁶

The conducted criminological study shows that the Republic of Serbia has to invest additional funds to increase accommodation capacities of the penitentiary system in order to meet European standards. At the same time, the second part of the study related to implementation shows that the institute of conditional release could have a greater use, while the results obtained for alternative criminal sanctions implies that the number of prisoners cannot be reduced by pronouncing more criminal sanctions. It should be noted that making a final conclusion requires a criminological study at the Republic of Serbia level. By applying alternative measures to a larger extent by the competent authorities, the Republic of Serbia would apply similar practices in the Benelux countries.²⁷

²⁵ The prison system in Serbia, https://www.ecoi.net/en/file/local/1283810/1788_1316773479_82760.pdf, 7 June 2019.

²⁶ Darko Dimovski, Miomira Kostić, „Penološki pristup prevelikom broju osuđenih lica u penitencijarnom sistemu Republike Srbije“ (Penological approach to the excessive number of prisoners in the penitentiary system of the Republic of Serbia), *Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Kriminalističko-policijska akademija, Belgrade, 2/2015, 175-176.

²⁷ Pretrpani zatvori u Srbiji, <http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/125/drustvo/3506804/pretrpani-zatvori-u-srbiji.html>, 7. June 2019.

3. ECONOMIC CONDITIONS FOR MEMBERSHIP OF THE REPUBLIC OF SERBIA IN THE EU

Economic conditions for accession of the Republic of Serbia to the European Union are prescribed in several chapters. Due to the impossibility to cover all chapters dealing with the economic conditions of EU accession in one article, and in order to leave the possibility for further research in the given area, the paper focuses on the chapter 17 related to the Economic and Monetary Policy.

3.1. National Bank of Serbia

The legislation of the Republic of Serbia under Chapter 17 – Economic and Monetary Policy is largely aligned with the EU legislation. Article 95 of the Constitution of the Republic of Serbia stipulates that the National Bank of Serbia (in further text: NBS) is the Central bank of the Republic of Serbia, independent and subject to control of the National Assembly to which is responsible, and should be managed by the governor elected by the National Assembly. Although a special law is passed on the National Bank of Serbia, Article 107 of the Constitution provides the possibility for NBS to propose laws within its jurisdiction. In this regard, the Law on the National Bank of Serbia²⁸ has been adopted ensuring its functional, institutional, personal and financial independence. The Law of the NBS is to a large extent aligned with requirements related to the independence of central banks arising from the Treaty on the Functioning of the European Union and the Statute of the European System of Central Banks and the European Central Bank. However, although there is a compliance of the Law on the NBS with the relevant standards, there are still rooms for possible improvements.

Article 2 of the NBS Law prescribes a general prohibition on giving and receiving instructions and predicts that NBS, its bodies and their members must not request or receive instructions from state bodies and organizations, nor from other persons. However, in the process of EU accession it is necessary to amend this article in the sense of prohibiting the requesting and receiving instructions not only from state authorities, but also from EU bodies (article 130 of the Treaty on the Functioning of the European Union). The amendments should provide the exception of this prohibiting rule for the European Central Bank. Further, Article 2 of the NBS Law requires another normative procedure. Namely, paragraph 2 of Article 2 stipulates that NBS is a subject to the Assembly supervision. In order to ensure full independence of the Central bank, especially institutional independence,

²⁸ Law on the National Bank of Serbia, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, 72/2003, 55/2004, 85/2005 – other law, 44/2010, 76/2012, 106/2012, 14/2015, 40/2015 – decision CC and 44/2018.

there is a need to amend this provision with regard to the prevention of a legal possibility to NBS for receiving any instructions from the Serbian Parliament.²⁹

The next possibility of improving a legal text about NBS is reflected in a precise determination of other goals which should be achieved in addition to the main goal. Namely, in paragraph 1 of Article 3 of the NSB Law is prescribed that the achievement and maintenance of price stability is a primary goal, while there are no information on other goals. Another legal norm that can jeopardize the interdependence of the Central bank is Article 10. Performing its functions, the National Bank of Serbia cooperates with the Government and other state bodies and takes necessary measures to improve that cooperation without jeopardizing the achievement of its goals. However, when Article 10 is observed through the prism of Article 15 paragraph 6, which stipulates that the Minister of finance attends the Monetary Committee meetings, the NBS independence is questionable. In other words, although the minister responsible for finance does not have the voting right in these meetings, his participation in the Executive Board meetings may influence decisions of this body of the Central bank. Therefore, there should be a provision according to which the Minister of finance can be invited to attend the Executive board meetings, but without a possibility of weakening the independence of NBS.³⁰

Similarly, until the moment of joining the EU, the Republic of Serbia has to harmonize the paragraph 8 of Article 28 of the NBS Law with the corresponding provisions from the Statute of the European Central Bank. Namely, the official of the National Bank of Serbia may submit an appeal against the decision on dismissal to the Constitutional Court within 30 days from the date of publishing this decision in the Official Gazette of the Republic of Serbia. However, Article 12.2 of the Statute of the European Central Bank stipulates that the governors of the national central banks who are relieved of their duties may refer this decision to the European Court of Justice.³¹

According to Article 62, the National Bank of Serbia cannot grant credits, loans, overdrafts or other forms of credit relief to the Republic of Serbia, autonomous province or local self-government unit, public enterprises and other legal entities founded by the Republic of Serbia, autonomous province or units of local self-government. Also, NBS cannot provide guarantees for settlement of obligations of those entities in which the Republic of Serbia, autonomous province or local self-government units have controlling interest, nor in any other way to ensure settlement of their obligations. Although this article corresponds to Article 123 of the Treaty on the Functioning of the European Union, the list of public sector entities

²⁹ Screening Report Serbia Chapter 17 – Economic and Monetary Policy- SRSC 17, 2015, 9.

³⁰ SRSC 17, 10.

³¹ SRSC 17, 10.

should be expanded with central, regional, local and other state bodies, other public law entities and public enterprises of other Member States and Union institutions and bodies.³²

3.2. Public debt

The Law on the Budget System³³ of 2010 in Article 27e stipulates that the general government debt may amount to 45% of GDP, excluding obligations based on restitution. At the same time, the same article foresees that the target annual fiscal deficit in the medium term is 1% of GDP. Although these legal provisions have a declarative character without a sanction for their violation, their achievement is of a high importance for the Republic of Serbia in order to avoid a public debt crisis. According to the report of the Public Debt Management Department of the Ministry of Finance, public debt is being reduced in the last years. Namely, the public debt amounted to 70% of GDP in 2015, while in 2016 it amounted to 67.8% of GDP. The downward trend in public debt continued in 2017 when it was 57.9% of GDP.³⁴ Although the nominal public debt of the Republic of Serbia is decreasing with the assessment that the state is on the right path to reach the projected public debt rate of 45% of GDP in the coming years, it should be extremely cautious having in mind the absolute values of a debt which still amounts to 24 billion euros. Therefore, economic experts emphasise that the fall in public debt was due to a change in the methodology of calculating gross domestic product. In addition to the changed methodology calculation, they argue that the second reason for the reduced public debt of the Republic of Serbia stems from strengthening the dinar against the US dollar by 15%. By returning the value of US dollar to the former value per dinar, the debt of the Republic of Serbia would be increased by one billion euros without taking any additional state loan.³⁵

3.3. Reform of public enterprises

Accession of the Republic of Serbia to the European Union also requires implementation of the reform of public enterprises. The three largest public companies in Serbia are Srbijagas, Elektroprivreda Srbije (EPS) and Železnice. The public company Železnica has started first with the implementation of reforms, with a reduction in number of employees for 6,000 workers, and being divided

³² SRSC 17,10-11.

³³ Law on the Budget System, „Official Gazette of RS“, no. 54/2009, 73/2010, 101/2010, 101/2011, 93/2012, 62/2013, 63/2013 – correction., 108/2013, 142/2014, 68/2015 – other law, 103/2015, 99/2016, 113/2017 and 95/2018

³⁴ State debt condition and structure, 2017, 5.

³⁵ Javni dug Srbije se smanjuje, a i dalje dugujemo isto novca, <http://rs.n1info.com/Biznis/a433278/Javni-dug-Srbije-se-smanjuje-a-i-dalje-dugujemo-isto-novca.html>, 08 January 2019.

into three parts: *Serbia Trains for Passenger Transport*, *Serbia Cargo for Transport of Goods*, and *Infrastructure Zeleznica*. At the same time, unsafe railway lines were closed and the basis for obtaining subsidies from the state budget was changed. However, unlike this company, Srbijagas and EPS have not taken necessary steps to be restructured in time. Although Srbijagas according to the latest data is operating profitable, additional efforts should be made to ensure a lasting profitability having in mind reasons for the current success in the the fall in gas prices on a global level and better collection of receivables. At the same time, the Fiscal Council proposes to take two measures by Srbijagas to make this public company profitable in the future: 1) price of gas for public supply should be indexed with future changes in global gas prices, and 2) gas should not be delivered to legal entities that cannot settle their debts for this gas. In this way the practice to supply companies like Petrohemija, MSK, DP Novi Sad would be stopped given their impossibility to cover debts toward Srbijagas. The one of three mentioned public companies that creates major economic problems for the Republic of Serbia is EPS. Namely, causes of the problem lie in a large number of employees and their high salaries. Likewise, EPS's weak business is reflected in the big losses on the network as well as unprofitable units within the entire system. In this regard, EPS insufficiently invests in maintenance and increase of production capacities, which in the long run can slow down the economic development of the Republic of Serbia as there will not be an adequate electrical infrastructure for the future growth of manufacturing production.³⁶

4. CONCLUSION

Accession of the Republic of Serbia to the European Union requires the fulfillment of a whole range of legal and economic conditions. The most significant request in terms of legal conditions relates to the change of constitutional provisions regarding the manner of election of judges and prosecutors. The significance of this change is reflected not only in eliminating the influence of politics on the election of judicial functions holders, but rather in opening a door to a more successful fight against corruption and thus achieving another legal requirement. It is important to note that the Republic of Serbia does not abide by its own dynamics of amending the constitutional provisions regarding the manner of election of judges and prosecutors, while at the same time the expert and general public expresses the fear that the changes will go towards keeping the politics influence on the mentioned election.³⁷ At the same time, the fulfillment of these two legal conditions

³⁶ Opinion on the fiscal strategy for 2019 with projections for 2020 and 2021, 2018, 7.

³⁷ Venice Commission on Amendments to the Constitution of Serbia, 2018, 1-2.

requires the undertaking of a major legislative activity by the Serbian Parliament. Likewise, satisfying the last legal requirement – the rule of law – requires not only normative activity, but also the investment of additional financial resources for raising the capacity of the penitentiary system of the Republic of Serbia, as well as the change of a penal policy.

Fulfilling the economic conditions of EU accession implies, among other things, the further strengthening of independence of the National Bank of Serbia in terms of removing any doubts in the relevant legal text. Also, a major economic problem for the Republic of Serbia is a public debt, which although decreasing the relative values, keeps its absolute value at the same level. In other words, the relative decrease in a public debt of the Republic of Serbia was caused by certain external factors, not by the internal monetary and fiscal policy. One of the main challenges in the process of fulfilling economic conditions is the restructuring of public enterprises. Although the restructuring of public companies is one of the economic priorities of the Government of the Republic of Serbia, special efforts are needed not only to complete the initial reform of the railroad, but also to reform other public enterprises in order to improve their efficiency followed by proper financial support for the capacity building.

The analysis of legal and economic conditions has shown a challenge for the Republic of Serbia in fulfilling the legal and economic conditions for the EU membership. A greater degree of concrete steps should be taken in order to speed up the process and to ensure the quality of the undertaken actions. Only then international expert bodies, such as the Venice Commission, would evaluate the reform with a satisfactory mark.

REFERENCES

Professional literature

- Amichai Magen, Leonardo Morlino, *International Actors, Democratization and the Rule of Law: Anchoring Democracy?*, Routledge, New York, 2008;
- Darko Dimovski, „Politička korupcija“ (Political corruption), *Pristup pravosuđu – instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta, Nis, 2010;
- Darko Dimovski, Ivan Ilić, „Uzbunjivači kao sredstvo borbe protiv korupcije (Whistleblowers as a means of combating corruption)“, *Reformski procesi i poglavlje 23 (godinu dana posle): krivičnopravni aspekti*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2017;
- Darko Dimovski, Miomira Kostić, „Penološki pristup prevelikom broju osuđenih lica u penitencijarnom sistemu Republike Srbije“ (Penological approach to the excessive number of prisoners in the penitentiary system of the Republic of

- Serbia), *Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Kriminalističko-policijska akademija, Belgrade, 2/2015;
- Jelena Stanojević, Darko Dimovski, „Uloga države u privlačenju stranih direktnih investicija“ (The role of the state in attracting foreign direct investments), *Zbornik radova* „Pravna sigurnost kao pospešujući faktor za direktne strane investicije“, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, 2016;
- Jonathan Macey, *Getting the Word Out About the Fraud: A Theoretical Analysis of Whistleblowing and Insider Trading*, In: *Retaliation and Whistleblowers: Proceedings of the New York University 60th Annual Conference on Labor*, Editors: Secunda, P., Estreicher, S., Kluwer Law International, New York, 2009;
- Milica Kolaković Bojović, „Monitoring i evaluacija reformi u oblasti borbe protiv korupcije“ (Monitoring and evaluation of reforms in the field of fight against corruption), *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, 1/2019, 83-97
- Milica Kolaković-Bojović, „Pristupni pregovori Republike Srbije sa EU u okviru Poglavlja 23 i potreba za izmenom krivičnog procesnog zakonodavstva“ (Accession negotiations between the Republic of Serbia and the EU under Chapter 23 and the need to amend criminal procedural legislation), *Dominantni pravci razvoja krivičnog zakonodavstva i druga aktuelna pitanja u pravnom sistemu Srbije*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu – Intermex, 2016;
- Vojislav Đurđić, „Imenovanje i razrešenje sudija“ (Appointment and dismissal of judges), *Zakonodavni i institucionalni okvir nezavisnog sudstva u Republici Srbiji*, Niš, Pravni fakultet u Nišu i Konrad Adenaur, 2009;
- Wolfram Kaiser, Brigitte Leucht, Morten Rasmussen „The History of the European Union: Origins of a Trans- and Supranational Polity 1950-72“, New York: Routledge, 2008;
- Živojin Đurić, Dragan Jovašević, Mile Rakić, „Korupcija – izazov demokratiji“ (Corruption – A Challenge to Democracy), Institut za političke studije, Beograd, 2007;

Legal regulations

- Action Plan for Chapter 23, 2015;
- Case of Kalashnikov v. Russia, appl. no. 47095/99, judgement, Strasbourg, 15 July 2002;
- Constitution of the Republic of Serbia, Official Gazette of RS, no. 98/2006;
- High Judicial Council Act, Official Gazette of RS, no. 116/2008, 101/2010, 88/2011 and 106/2015;
- Law on the Anti-Corruption Agency, Official Gazette of RS, 97/2008, 53/2010, 66/2011 – decision CC, 67/2013 – decision CC, 112/2013 – authentic interpretation and 8/2015 – CC decision;
- Law on the Budget System, “Official Gazette of RS”, no. 54/2009, 73/2010, 101/2010, 101/2011, 93/2012, 62/2013, 63/2013 – correction., 108/2013, 142/2014, 68/2015 – other law, 103/2015, 99/2016, 113/2017 and 95/2018;
- Law on the Execution of Criminal Sanctions, Official Gazette of the Republic of Serbia, 55/2014;
- Law on the National Bank of Serbia, Official Gazette of the Republic of Serbia, 72/2003, 55/2004, 85/2005 – other law, 44/2010, 76/2012, 106/2012, 14/2015, 40/2015 – decision CC and 44/2018;

Law on the State Council of Prosecutors, Official Gazette of the Republic of Serbia, no.116/2008, 101/2010, 88/2011 and 106/2015;
National Judicial Reform Strategy for the period 2013-2018, 2013;
Opinion on the fiscal strategy for 2019 with projections for 2020 and 2021, 2018;
Rulebook on the house order of correctional institutions and district prisons, Official Gazette of the Republic of Serbia, 72/2010;
Screening Report Serbia Chapter 17 – Economic and Monetary Policy, 2015;
State debt condition and structure, 2017;
Venice Commission on Amendments to the Constitution of Serbia, 2018;
Whistleblowers Protection Act, Official Gazette of RS, 128/2014.

Internet sources

<http://rs.n1info.com/Biznis/a433278/Javni-dug-Srbije-se-smanjuje-a-i-dalje-duguje-mo-isto-novca.html>, retrieved 08. January 2019;
https://europa.eu/european-union/about-eu/history_en, retrieved 24. December 2018;
<https://fee.org/articles/the-european-economic-community/>, retrieved 24. December 2018;
<https://www.blic.rs/vesti/drustvo/bahati-drzavni-direktor-mile-bugarin-zaposlio-sinada-nam-mladi-ne-bi-odlazili-a/1jve5ps>, retrieved 03. January 2019;
https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017, retrieved 29. December 2018;
Treaty <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3Axy0022>, retrieved 24. December 2018.
The prison system in Serbia, https://www.ecoi.net/en/file/local/1283810/1788_1316773479_82760.pdf, 7 June 2019
Pretrpani zatvori u Srbiji, <http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/125/drustvo/3506804/pretrpani-zatvori-u-srbiji.html>, 7. June 2019.

Др Дарко Т. Димовски, ванредни професор
Универзитет у Нишу
Правни факултет у Нишу
darko.dimovski@yahoo.com

Др Јелена М. Станојевић, испираживач сарадник
Универзитет у Нишу
Природно-математички факултет у Нишу
jelenastanojevic83@yahoo.com

Правно-економски услови учлањења земље у Европску унију – пример Републике Србије

Сажетак: Европска унија има значајну улогу на међународном плану, доприносећи несметаном развоју светске привреде. Међутим, чланство у Европској унији подразумева прелиходно испуњавање низа услова. Аутори у раду као пример користе Републику Србију приликом анализе правних и економских услова које је неопходно испуњити како би једна земља постала члан Европске уније. С тим у вези у раду је прво дата анализа правних услова, прописаних у Поглављу 23, кроз преглед постојећег стања у областима правосуђа, борбе против корупције и основних права. Након анализе правних услова, аутори су посебну пажњу посветили проучавању неких од економских услова које Република Србија мора да испуни у процесу приступања Европској унији.

Кључне речи: Европска унија, приступање, Република Србија, правни услови, економски услови.

Датум пријема рада: 06.05.2019.

Др Драгана М. Ћорић, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Coric@pf.uns.ac.rs

СХВАТАЊЕ АРТУРА КАУФМАНА О ОДНОСУ ЈЕЗИКА И ПРАВА¹

Сажетак: У нашем раду представљамо укратко савремено немачко аутора Артура Кауфмана о односу језика и права, које је у једном моменду дефинисао и као „конституисање права језика“. Смањујући да право не постоји док му језик не да одговарајуће облике, Кауфман је заузео нешто другачији став од својих савременика у погледу односа језика и права, па и у погледу постојања самог правног језика као посебног језика. Смањали смо изузетно значајним, у контексту развоја мисли о односу језика и права и међусобним везама, изнећи основне мисли А. Кауфмана о овој теми која заокруља дуго не само правнике и лингвисте, већ и филозофе, социологе и друге стручњаке.

Кључне речи: Артур Кауфман, језик, право, правни језик.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Ранко Бугарски² је посматрао однос човека и језика са три аспекта. Општељудски или биолошки аспект овог односа одређује човека, појединца као члана људског рода јер од свих живих бића, једино човек користи језик као систем сложених знакова, гласова и израза. Та специфичност механизма и канала комуникације нас даље доводи, како сматра Бугарски, до другог

¹ Рад је резултат научноистраживачког пројекта „Правна традиција и савремени правни изазови“ који се финансира средствима Правног Факултета у Новом Саду

² Ранко Бугарски, *Увод у општу лингвистику*, Београд, 2003, 15. Напомена: у нашем раду наводимо углавном схватања проф. Бугарског о језику и његовом значају за комуникацију (као и још неколико других аутора), јер одговарају највише нашим личним ставовима и схватањима о овој теми, без потребе да улазимо у полемику са схватањима других аутора и лингвиста, што би нас одвукло од главне теме самог чланка.

аспекта односа човека и језика- социолошког, јер човек јесте део одређене заједнице, која има своја могућа раслојавања унутар себе, и могуће је сасвим да користи неки од специфичних језика тог дела заједнице, поред тога што користи и један језик, заједнички свим члановима те заједнице у целини. На крају, сваки човек је јединка, сам по себи специфичан и другачији од осталих јединки унутар исте групе, па га језик одређује и са психолошког односно индивидуалног аспекта, јер језик користи и као појединац и као део те исте групе којој припада.³

Језик је динамичка појава, јер „настаје, опстаје и еволуира у непрекидном међудејству са светом о којем говори а то је свеколико људско искуство... он је и облик стваралачког људског деловања током којег се мењају и језик и свет“⁴. Језиком човек саопштава сва своја искуства, одлуке и осећања⁵ која мењају и њега самог, и његов језик који користи. „Само тамо где јесте језик, јесте и свет, што значи -стално променљиво место одлуке и дела, чина и одговорности, али и самовоље, расула и вике“⁶. Због те променљивости и језик се мења, расте, сазрева и рађа даље.

Витгенштајн је сматрао да неке речи, реченице, „језичке игре“ због променљивог карактера језика самог, „застаревају и падају у заборав, док неке друге настају“⁷. Нејасна граница између старих и нових „језичких игара“ доводи до нових изазова – стварања уједначеног и јединственог кода за изражавање порука које се желе упутити другим људима.⁸

Дакле, људи се развијају међусобно користећи језик, и обрнуто, језик се развија коришћењем од стране људи. Људи не само да користе већ постојеће знакове који творе речи, већ стварају и нове знакове и нове речи а самим тим и нове језике⁹. Учење језика је континуирани процес¹⁰ а реализација језика је говор. Језик и говор, према речима Бугарског, стоје у односу поруке и кода, система и процеса; говор је језик у акцији, примена језика. Сама комуникација је могућа само и једино ако учесници у тој комуникацији располажу истим кодом (језиком) који се користи за састављање порука. – Ту

³ Р. Бугарски, *Увод у општи лингвистику*, 16.

⁴ Р. Бугарски, *Увод у општи лингвистику*, 17. Слично и даље „...језиком се може утицати на људе, оплемењивати их или заводити, јер се човеков свет језичким путем не само изражава, већ и ствара. Оно чега нема у стварности нема и не може га бити, у језику се очас посла створи. Језик оживљава не само нашу стварност, већ помаже и тачнијем и пунијем доживљавању садржаја наше свести“. Р. Бугарски, *Увод у општи лингвистику*, 43.

⁵ Martin Hajdeger, *Mišljenje i pevanje*, izabrao i preveo Božidar Zec, Beograd, 1982, 135.

⁶ M. Hajdeger, *Mišljenje i pevanje*, 134.

⁷ Ludvig Vitgenštajn, *Filozofska istraživanja*, Beograd, 1980, § 23.

⁸ L. Vitgenštajn, *Filozofska istraživanja*, § 77.

⁹ Под новим језицима овде подразумевамо било стварање новог говорног језика (у свакодневној употреби), или специјализованог језика одређене струке.

¹⁰ Р. Бугарски, *Увод у општи лингвистику*, 18.

настаје први „шум у комуникацији“, према овом аутору, када неки од учесника не познају у потпуности код, односно језик којим се поруке саопштавају.¹¹ Разлози за то могу бити недовољно познавање основног, говорног језика, или потпуно незнање специјалног језика и терминологије који се користе приликом преноса поруке од ствараоца поруке до примаоца поруке.

О том односу кода и поруке, где је језик заправо код а право порука коју језик конституише коју преноси даље адресатима, као и изазовима са којима се суочавају у том процесу конституисања и примењивања права и правници и неправници писао је и Артур Кауфман, познати немачки правник и филозоф. У наставку рада укратко износимо његово мишљење о односу језика и права, њиховим међусобним утицајима, као и о новим категоријама и резултатима који произилазе из односа језика и права, а које је Артур Кауфман у својим делима дефинисао.

2. СХВАТАЊЕ АРТУРА КАУФМАНА О ОДНОСУ ЈЕЗИКА И ПРАВА

Артур Кауфман (1923, Зинген – 2001, Минхен) је немачки правник и филозоф права, један из плејаде познатих правника, филозофа и теоретичара, који је својим радом¹² оставио неизбрисив траг у немачкој али и светској теорији, социологији и филозофији права. Најпознатији је због свог херменеутичког приступа основама филозофије права, као и због свог преданог редакторског подухвата – сакупљању свих дела и чланака свог учитеља Густава Радбруха у јединствену едицију.

¹¹ Р. Бугарски, *Увод у ојџију лингвистику*, 20. У том смислу можемо размислити колико већ постојеће везе међу члановима друштва(које између осталих чини и .припадност истој језичкој заједници) могу допринети отклањању овог „шума“. *Ibid*, 61.

¹² Артур Кауфман је био и судија, док није хабилитиран, тј произведен у професора прво на Правном факултету у Сарској области, 1960, да би 1969 године прешао на Универзитет у Минхену, где је предавао до краја свог живота. Звање академика је добио 1980, од стране Бајерне Академије наука и уметности, одељења за правне и друштвене науке. Најпознатија дела : *Das Schuldprinzip*, Winter, Heidelberg 1961, *Rechtsphilosophie im Wandel*. Athenäum-Verlag, Frankfurt am Main 1972., *Widerstandsrecht*, (als Hrsg.) Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1972; *Rechtsphilosophie*, C. H. Beck. 2. Auflage, München 1997, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, UTB. 7. Auflage 2004 (постхумно објављено), *Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*. Piper, München 1987-2000 (сабрана дела Густава Радбруха у 25 књига), Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.): *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* C.F. Müller, 8. Aufl. 2011, 9. Aufl. 2016 (уџбеник постхумно објављен, који из поштовања према професору и даље садржи и толико година после његове смрти, оригиналне делове првог издања које је он написао).

Под *правом је подразумевао „реч која се увек односи на појединачан случај“*¹³. Правне норме и принципи представљају само могуће право-право које се може али не мора применити у конкретном случају, и које због тога производи својеврсну процедуралну појединачну правду. Сматрао је да постоји *последица налажења права* а не његовог стварања; то налажење јесте стваралачко и креационистичко, но заправо представља препознавање нормe (из мноштва реченица којима смо у свакодневној комуникацији окружени) која се може применити на појединачни случај¹⁴. У том процесу препознавања права, право заправо и настаје и представља слагање, усаглашеност закона (као одређеног правног акта у коме се налазе нека правила понашања) и конкретног случаја. Право је, по Кауфману, дакле *релација* која се успоставља између два учесника у поступку налажења права¹⁵. Та релација проистиче из импликације, која гласи „Право (Р) је релација који постоји између случаја (х) и нормe (у), и постоји онда и само онда када је став $хРу$ истинит.“¹⁶ Без права нема ни релације, нема моста између х и у; а ако не постоји било х или у, ни право као релација не може настати. Но, у наставку нашег рада фокусираћемо се на други значајан сегмент Кауфманових размишљања – *на (чисти) однос језика и права*, тачније, „*како језик конституише право*“¹⁷.

На почетку свог значајног чланка о односу језика и права „О језичности и појмовности права“, Кауфман тврди да *право и закон нису и не могу бити исти*¹⁸, као што то сматрају правни позитивисти, јер право је релација а закон представља само једну од страна у том односу.¹⁹ *Правни језик не постоји као специјални језик*²⁰ – то је језик законодавца, који је „шкрт, без украсних додатака, не говори се никада ниједна сувишна реч, једноставно

¹³ *The Philosophy of Law: An Encyclopedia*, edited by Christopher Berry Gray, Routledge, 2013, 475.

¹⁴ „О научности правне науке-поставке за једну теорију истине као конвергенције“, у : Артур Кауфман, *Право и разумевање права*, Гутенбергова галаксија, 1998, 60.

¹⁵ Свој став да је право релација понавља на више места : „О језичности и појмовности права“, у : Артур Кауфман, *Право и разумевање права*, Гутенбергова галаксија, 1998, 26; „Развој правне филозофије у двадесетом веку“, у : Артур Кауфман, *Право и разумевање права*, Гутенбергова галаксија, 1998, 301.

¹⁶ Артур Кауфман, „Претходна разматрања о правној логици и онтологији релација“, у : Артур Кауфман, *Право и разумевање права*, Гутенбергова галаксија, 1998, 49.

¹⁷ Кауфманово схватање тумачења права а посебно путем аналогije су довољно обимни да их сматрамо подобнима за посебан чланак. Из тог разлога их овде ни не наводимо у неком већем обиму.

¹⁸ И у немачком језику постоји разликовање ова два појма: *Recht* је право, закон је *Gesetz*.

¹⁹ „О језичности и појмовности права“, у : Артур Кауфман, *Право и разумевање права*, 8.

²⁰ Због тога што одриче постојање правног језика, и ипак користи исти термин у току даљег текста, често га ставља под наводнике, тиме показујући да не мисли стварно да тај језик постоји. У самом тексту има доста коришћења наводника, јер Кауфман изражава неслагање са тренутном појмовном структуром и права и правног језика, али због немогућности

се заповеда и ништа више сем тога. Насупрот томе, језик судије је богатији у изразу, конкретнији је и судија се користи језиком уверавања²¹, јер судија, тврди Кауфман, не заповеда и не захтева, већ просуђује, промишља и саветује, уверава да нешто треба урадити или не урадити- самим тим његов речник је шири, богатији, и квантитативно и квалитативно. Речник судије је другачији јер он и тумачи, објашњава све оно што је исказано законима и тим штурим законским језиком; судија је својеврсни преводилац текста који потиче из реалма права и чије схватање, односно разумевање, преноси у реалм стварности, стварајући тиме решење конкретног правног проблема пред собом²².

Кауфман спомиње и језик адвоката²³ – који је врста правосудног језика поред језика судије, но другачији је од језика судије²⁴. Метафорички посматрано, ако кажемо да судија познаје оба језика- језик неправника и неуке странке али и језик права, и да оба истовремено користи- да онима у сваком од два реалма објасни своје деловање, то можемо рећи да адвокат такође користи такође оба језика (језик судије и језик неуке странке), при чему је језик неуке странке (или неправника, како често Кауфман наглашава) још више ублажен, и поједностављен: том верзијом језика адвокат говори са странком коју заступа у спору, и у присуству странке говори тим језиком чак и пред судом, док се у званичним писменима суду обраћа језиком судије, дакле, језиком права²⁵. Ти различити светови стварности и права, толико одвојени и различити, имају своје преклапајуће тачке- своје учеснике, од којих неки трајно остају ван права и његовог познавања и разумевања а неки

да исто дефинише другачије, једноставним коришћењем наводника показује свој тихи, филозофски протест утврђеној терминологији.

²¹ Ibid.

²² Arthur Kaufmann, „Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik“, у: *Das Naturrechtsdenken heute und morgen : Gedächtnisschrift für René Marcic*, 1983, S. 597-607.

²³ Arthur Kaufmann, *Die Parallelwertung in der Laiensphäre – Ein sprachphilosophischer Beitrag zur Allgemeinen Verbrechenslehre*; Vorgetragen am 15. Januar 1982, Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (philosophisch- historische Klasse), In Kommission bei der C.H. Beck; Jahrgang 1982, Heft 4, 3.

²⁴ На још неким местима налазимо на поделу стручних правних језика на језик судије, језик законодавца и језик адвоката, као на пример : *Fachsprachen Languages for Special Purposes: Ein Internationales Handbuch Zur Fachsprachenforschung Und Terminologiewissenschaft/an International Handbook of Special-Language and Terminology*, Ed. by Hoffmann, Lothar / Kalverkämper, Hartwig / Wiegand, Herbert Ernst, Publisher : Walter de Gruyter, 1997, 312; као и код : Ekkehard Felder, *Juristische Textarbeit im Spiegel der Öffentlichkeit (Studia Linguistica Germanica, Band 70) Gebundenes Buch*, Publisher :Walter de Gruyter, Reprint 2012.

²⁵ Кауфман адвокате прецизније назива „посебним, езотеричним друштвом“, еснафом пуним тајни чији рад, схватање и разумевање права нису увек толико видљиви и јасни обичним људима, за разлику од рада судије, који је више изложен суду (неуке) јавности. Arthur Kaufmann, *Die Parallelwertung in der Laiensphäre*, 7.

остају трајно у сфери симултаног превођења два веома различита језика, два веома различита кода.

Право представља посебан свет, „а сав свет је производ језика, постаје само путем језика и не постоји изван језика“²⁶, наставља Кауфман даље. Оно што је другачије јесте индивидуално схватање тог света, који се сходно томе изражава различитим језиком²⁷. Исто је и са правницима, сматра Кауфман – слика права и тумачење права једног правника се сигурно разликује од тумачења другог и био је дубоко убеђен да не користе сви исти језик (закон или права) него да се користе неким подјезичким групама и варијантама основног језика закона²⁸. С тим у вези, могуће је да ни двојица судија не користе исти језик – јер имају различито животно и стручно искуство и знање и самим тим могу различито тумачити исти закон пред собом. Из наведеног следи, да резултат тумачења може бити „релативно ваљан и исправан“²⁹, будући да га обликују претходно наведени елементи. Судије врше посебан утицај приликом доношења и писања својих пресуда, како на саме адресате тако и на језик права у целини.³⁰ Зато је потребно извршити стандардизацију језика судија (која не подразумева и стандардизацију мишљења судија у погледу схватања права и појединачних случајева које решавају).

Однос језика и права је вишезначан јер претпоставља : „однос правног језика и правне културе, стил правног језика, однос између стручног правничког језика и свакодневног језика, разлика између језика закона и језика правосуђа као и судског говора, синтаксички, семантички и херменеутички проблеми правног језика, језичко обухватање нормативног, социологија правног језика (однос правног језика, друштва и културе), правни језик као тема структуралистичке правне науке (како функционише правни језик), могућност формализовања правног језика (коришћење електронске обраде података)“³¹. Наведени аспекти не представљају коначни списак, већ основу за отварање нових димензија односа језика и права. Ипак као најзначајнији

²⁶ *Ibid.*

²⁷ При чему се под језиком код Кауфмана овде подразумева познавање одређене специфичне терминологије коришћене у комуникацији у оквиру одређене друштвене групе.

²⁸ Не језика права, нити правног језика, већ језика закона, како је раније објашњено.

²⁹ Arthur Kaufmann, „Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik“, 600.

³⁰ Коментаришући управо ово становиште Кауфмана, А. Олеро наводи да се потпуно погрешно сматра да се свака судска пресуда заснива искључиво на чињеницама утврђеним у неком поступку – напротив, она се, сходно схватању и самог Артура Кауфмана, заснива и на судијином стручном знању и схватању права, његовом унутрашњом стању и осећајима током поступка као и сумњама које он сам има приликом доношења одлуке. Вид.: Andres Ollero, „Die Rolle der Richterpersönlichkeit bei der rechtsfindung“, u : *Verantwortetes Recht: die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns [sic] : Tagung 10. bis 11. Mai 2003 in München*, (eds.) Ulfried Neumann, Winfried Hassemer, Ulrich Schroth, Franz Steiner Verlag, 2005, 5.

³¹ *Ibid.*, 12.

аспект односа права и језика, Кауфман издваја функцију и значај језика за право, односно његову улогу у стварању специјалног језика (који намерно не назива правним језиком јер је на почетку негирао његово постојање), који ће бити довољно једнозначан и формализован и свима прихватљив и разумљив. Полазећи од своје основне тезе о повезивању појединачног случаја са припадајућом правном нормом која ће се применити на њега, Кауфман даље тврди да законодавац мора да *познаје „све“ исправне појединачне одлуке* о свим могућим случајевима³² и да их синтаксички, семантички и логички преведе на уопштени, симболизовани, индуктивни језик знакова, подобан да се примени у сваком другом појединачном случају³³. Једино тако би било могуће створити аперсонално, уопштено право као систем знакова, једнако применљив и разумљив свим правницима (практичарима, теоретичарима; законодавцу, судији) али и неправницима.

Кауфман веома поетски наставља даље : „Полазиште за човека који тражи себе самог и свет, свој свет је језик. На почетку беше реч. Језик је *Humanum* (биће) сам по себи. Тиме се објашњава зашто је језик био означен као конституента стварности. Медијумом језика човек присваја свет и присваја друге људе“³⁴, јер језиком се изражавају заповести, сугестије; језиком се манипулише људима и њиховим стањима и радњама. Зато језик јесте начин изражавања света и стварности, *јер „право је један свет“*“³⁵. Пошто је право релација између појединачне ситуације и закона, остваривање права није ништа друго него успостављање односа између бивства (појединачног случаја) и требања (онога што закон или други правни акт прописују) путем језика.

*И свакодневни говорни и правни стручни језик су дводимензионални*³⁶, тврди Кауфман. Дводимензионалност језика се објашњава постојањем две функције језика:

а) ојеративна, знаковна функција – што је карактеристика живог, свакодневног језика.

³² У самом тексту нема даљег објашњења шта се подразумева под овим „свим,, исправним одлукама, но верујемо да је у питању скуп свих правоснажних судских одлука, које су у међувремену извршене, јер су тиме потврдиле сопствени значај, постојање и сврху.

³³ Напомињено да се овде говори о стварању правног језика индукцијом а не стварањем правила понашања као у прецедентном праву.

³⁴ А.Кауфман, „О језичности и појмовности права“, у : Артур Кауфман, *Право и разумевање права*, 33.

³⁵ „Не можемо говорити о стилу језика закона а да претходно нисмо указали на значај језика за право и правнике“. Драгиша Дракић, „О стилу језика закона“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2012, 369–381.

³⁶ Ово што је речено, тиче се односа говорног језика и стручног језика, при чему овде треба да се узме у обзир само правни стручни језик, нарочито језик закона. Arthur Kaufmann „Historischer Diskurs.“ In: A. Kaufmann/W. Hassemer/U. Neumann (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. Heidelberg etc.: C. F. Müller, 2011, 26–28.

б) функција саопшћавања (симболичка, карактеристична за специјалне језике специјалних професија, на пример). Говорни језик је богатији садржајем и има већу информативну и употребну вредност (јер користи га цела заједница), док други, стручни језик има сужену информативну вредност јер је употребљив само у ужем кругу целе заједнице. Својим постојањем су упућени један на други, при чему стручни језик, ради повећања своје информативне вредности и другима ван тог уског круга људи, мора да се усавршава – управо употребом говорног језика и имплементацијом његовог садржаја унутар своје садржине.³⁷ Циљ овог усавршавања јесте примена усклађеног јединственог језика, као моста између чињеничног стања у стварности на које треба применити неко правило понашања и саме норме која треба да буде примењена.

Језик увек живи и иде у корак са развојем друштва, или чак и корак испред. Због тога је утицај свакодневног, живог, говорног језика потребан стручном језику (језику закона у овом случају) јер ће он, следећи потребу за сопственом специфичношћу, изгубити контакт са стварношћу и постати метајезик³⁸, неразумљив не само неправницима, већ и многим правницима, одвојен од своје суштине и смисла.

Кауфман разматра и разлику између правног језика и научног правног језика, тј. језика који користе научни радници из области права. Суштинска разлика између правног језика и научног језика је у томе што законски језик **ипрописује** (*ипрескриптивност правног језика*), док научни језик, заједно са свиме другим, **смислено описује** правни језик (*дескриптивност правног језика*). Језик науке такође има значајну образовну и комуникативну моћ, као језик индивидуалних позитивно-правних наука, може активно да утиче на правни језик. Правни текстови су – или би требали бити – рад правосуђа и правних стручњака, где свакако припадају и људи који се баве правном науком и теоријом³⁹. Свакако је нужно и неопходно да терминологија коју користе буде довољно уједначена да би била разумљива и правницима практичарима и правницима теоретичарима.

Језик је друштвена нужност, наставља Кауфман, и истовремено и парадоксална појава. Док тежимо да уједначимо и једнообразимо језик ради што боље и прецизније комуникације, истовремено тежимо и ка јасном разликовању свакодневног од различитих стручних језика (па тако и правног), да би заштитили специфичност неке професије, начин изражавања, живљења. Кауфман се сложио са Паскаловом тврдњом да се у комуникацији, било

³⁷ А. Кауфман, „О језичности и појмовности права“, у: Артур Кауфман, *Право и разумевање права*, 20.

³⁸ А. Кауфман, „О језичности и појмовности права“, у: Артур Кауфман, *Право и разумевање права*, 34.

³⁹ Arthur Kaufmann „Historischer Diskurs.“ 30.

писаној или усменој, не може користити појам који није јасно дефинисан (или довољно објашњен) или да сви учесници у комуникацији нису потпуно уверени у његову тачност⁴⁰. Значење које неки појам има према науци о значењу, наставља даље Кауфман, не мора бити идентично оном које му придаје наука о језику – која се бави значењима знакова самостално или у одређеним скуповима⁴¹. Управо због тога, уједначавање значења речи је истински потребно.

„Човек који одраста не среће се са сфером нормативног у облику апстрактних норми под које би требало да супсумира своје понашање, него у норми конкретних образаца понашања, који му се откривају у свакодневној комуникацији, у конфронтацији са светом других, традирањем животних облика. Такви обрасци понашања, или парадигмата са извесним опрезом, нису статичне, затворене величине са садржајима које се могу апстрактно дефинисати, него вредносно различите језичке творевине које своју нормативну садржину добијају из ситуације, па се зато у језичкој употреби мењају према дотичној ситуацији. Они се не могу одвојити од своје употребе, своје одређено значење имају само у контексту ситуације и у *језичкој иџри*“⁴². А језичка игра, у смислу сталног новог комбиновања постојећих симбола у циљу стварања нових речи, реченица, значења је стална игра. Чак је и човеково сазнање о постојању права или неправа (тј. постојању нечега што није регулисано правом) једна језичка игра, на одређени начин. Као пример наводи разлог објављивања закона – обавештавање грађана о постојању нечега новог. То обавештавање иде посредно, сматра Кауфман, јер иако протекне *vacation legis*, и иако важи да *ignorantiam iuris nocet*, грађани ће о постојању закона и других правила сазнати посредно, тек обавештавањем о неком судском поступку, о некој пресуди која ће бити донета, јер је то конкретизована ситуација са којом се они могу или не могу поистоветити. Саопштавање путем апстрактних језичких форми у виду закона грађанима, који су на појединачном нивоу размишљања и посматрања света око себе, та апстрактна творевина мало или нимало значи.

Кауфман стално говори о „*живојним чињеничним околностима*“, што су заправо околности конкретног, појединачног случаја, којима треба

⁴⁰ Под тачношћу односно истинитошћу Кауфман овде подразумева потпуну једнакост између појма, речи којом се нешто означава и објашњења тог појма, односно речи, које је увек исто, и једнозначно у свакој комуникацији. Arthur Kaufmann, „Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsgeschichte“, у Arthur Kaufmann, Winfried Hassemer, Ulfrid Neumann (Hrsg.): *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart (Schwerpunktbereich)*, C.F. Müller; Auflage: 8, 2010, 1.

⁴¹ Ibid.

⁴² А.Кауфман, „О језичности и појмовности права“, у: Артур Кауфман, *Право и разумевање права*, 30.

дозволити „да уђу у процес проналажења права“⁴³ које ће бити примењено на њих, те да се „апстрактни појмови из норме морају отворити према животним чињеничним околностима“⁴⁴, да би тако створили конкретну стварност, касније оличену у некој судској пресуди или управном решењу. Те животне чињеничне околности су узрок неког чињења или нечињења, сагласности или противљења нечему; оне су заправо типови понашања које је пожељно да законодавац примети, схвати, класификује и предвиди даље понашање адресата у тим ситуацијама. „Идеал законодавца је да се фокусира на типичне случајеве (типове понашања), да их адекватно опише, или барем да предвиди средства за приближавање типичном животу. Овај циљ се најлакше постиже ако су типови већ формиран и значајно изоштрени свакодневном употребом (на пример, у областима које се колективно објашњавају појмом најразличитијих врста пристојног домаћина)“⁴⁵. Кауфман прецизира и сам процес налажења права: то је свака ситуација у којој тумачење права превазилази пуку директну примену права утврђивањем важећег права и једноставном применом неке норме директно на тај случај⁴⁶. Дакле, сваки пут када је потребно одређену ситуацију *суйсумирајти под садржину једне или више различитих норми*, постоји – налажење (или препознавање) права. Та стална узајамна игра кретања предања и кретања интерпретатора текста закона, како је тврдио Гадамер а Кауфман подржао његово становиште, чини суштину процеса налажења права, утолико логички дубљу и значајнију јер се користи мешовитом индуктивно – дедуктивном методом у свом раду.

Након свих ових уводних разматрања, Кауфман коначно говори о томе како језик ствара право: на два начина, *акћом прописивања норме и акћом доношења правне одлуке*. Норма је апстрактна, док је правна одлука, према његовом схватању, изједначена „животна чињенична околност“ са апстрактном нормом на коју се односи (појединачни правни акт). Због тога је праву потребан говорни језик, којим ће ублажити ефекте свог посебног језика и донекле приближити слику света правника слици света обичног човека – јер на крају, апстрактне норме се и обраћају више обичним људима. „*Норми је увек изнова појребна одлука да би могла да делује као норма, са друге стране, одлуци је појребна норма или принцип да би могла да прејендује на важење*“⁴⁷. Њихова спољна и унутрашња, формална и материјална

⁴³ А.Кауфман, „О језичности и појмовности права“, у: Артур Кауфман, *Право и разумевање права*, 33; „Претходна разматрања о правној логици и онтологији релација – заснивање једне персоналне теорије права“ у: Артур Кауфман, *Право и разумевање права*, 89.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Arthur Kaufmann „Historischer Diskurs“, 29.

⁴⁶ Артур Кауфман, „О проблему правнонаучног сазнања“, у: Артур Кауфман, *Право и разумевање права*, 161.

⁴⁷ А.Кауфман, „О језичности и појмовности права“, у: Артур Кауфман, *Право и разумевање права*, 33.

симбиоза долази посебно до изражаја при употреби неких речи које у различитим језичким световима немају исто значење. Тада је потребно пронаћи језички, симболички, семантички и значењски баланс.⁴⁸ „Идеја права се мора отворити и материјализовати а са друге стране животне чињеничне околности се морају идеалисати, нормативно појмовно формулисати“, што значи да свака страна у овом односу треба да учини одговарајући уступак у корист оних којима се порука треба саопштити. У супротном, нема сврхе од стварања поруке када неће бити саопштена, или ће бити тако саопштена да неће бити разумљива.

Језичка игра коју Кауфман спомиње као „*нейрекидно зајиварање и ојиварање и ојей зајиварање законских појмова*“ у циљу изједначавања споменуте животне чињеничне ситуације и законске норме, назива другачије и дијалектиком појмовне јуриспруденције и интересне јуриспруденције. Законодавац, наиме, има намеру да карактеристичне животне чињеничне околности што прецизније изрази појмовима који су апстрактни и самим тим им мањка прецизности, док са друге стране правосуђе мора те апстрактне појмове да поново „раздвоји“ и дедуктивно доведе до нивоа појединачног конкретног случаја на који ће применити ту норму. Овакав *језички ѱерјейуум мобиле* прати однос језика и права, заправо, он јесте суштина односа језика и права и представља основни механизам који језик користи када ствара, односно проналази право⁴⁹

На крају Кауфман спомиње и *урачунавање*, као језичко логички поступак оцењивања лица, која говоре различитим језицима, да ли је дошло до кривичног дела или не. Говорни језик обичног човека својим појмовним садржајем оцењује ситуацију у којој се налази, те даје свој суд о томе да ли је починио неко кривично дело или не. Тај суд ће се највероватније разликовати од суда судије, који користи језик посебне метаравни о починиочевој кривици или њеном непостојању, који је исказан другачијим језиком од говорног, а претходно је прошао процес проналажења права који је раније у нашем раду описан. Њихови судови се дакле не морају поклапати, но иако

⁴⁸ „Законодавац би требао да се уздржи од снажних нормативних и неодређених појмова, нарочито од генералних клаузула, јер право мора да нормира а то није могуће ако користи чисто емпиријске појмове. Уз ово долази и да се одређена реч не употребљава свугде у правном поретку у истом смислу“. А. Кауфман, „О језичности и појмовности права“, у: Артур Кауфман, *Право и разумевање права*, 36. Због тога у новијим законима и то не само у Републици Србији, све чешће наилазимо на самом почетку законског текста на „речник појмова „који се употребљавају у самом закону, чиме се смањује могућност погрешног разумевања значења речи у тексту. У речнику су дакле, одређена дефиниција појма за тај закон, контекст у ком се користи и неретко се из те дефиниције може доћи и до циља који се таквим суженим, проширеним или дословним дефинисањем неког појма жели постићи на крају.

⁴⁹ Кауфман, „О језичности и појмовности права“, у: Артур Кауфман, *Право и разумевање права*, 43.

ће донети пресуду користећи правни језик, судија је обавезан да обичном човеку свакодневним говорним језиком исту разјасни. Тиме се не умањује значај права које је примењено ни на који начин, већ се само повећава улога судије као својеврсног тумача и преводиоца права другим, неуким странкама.

Наиме, починилац неког кривичног дела, како Кауфман сматра, има само своју (обичну)свест о друштвеној штетности свог дела. Починилац своје недело не посматра кроз призму кажњивости или казне коју ће му суд одредити јер се он, његово постојање и чињење деликта налазе у потпуно другачијем свету од света судије, који користећи своју специјалну правну свест, након упознавања са околностима конкретног случаја, одређује правну квалификацију неког дела, превodeћи околности случаја на други, правни језик и доноси одлуку писану другим, правним језиком. Након што је судија донео одлуку (претпоставимо о кажњавању починиоца, не о ослобођењу) следи процес усаглашавања две различите представе о једном истом чину, при чему се усаглашавање врши према одлуци судије⁵⁰. Кауфман цео процес назива *паралелним оцењивањем (стања, дела) у лаичкој сфери*—где под лаичком сфером подразумева самог починиоца, а под паралелним оцењивањем процес усклађивања и својеврсног симултаног превођења⁵¹ који судија врши када доноси и саопштава пресуду.

Наведеним завршавамо овај кратак приказ схватања Артура Кауфмана о односу језика и права, резултатима тог односа као и ново дефинисаним аспектима тога односа. Схватање овог аутора у тумачењу права, посебно у немачком праву је довољно значајно и обимно да завређује посебан рад, те се тиме циљано нећемо бавити у овом раду.

ЗАКЉУЧАК

Новалис је једном истакао да „*нико не зна управо за својство језика да се брине једино о себи*“⁵². Језик може без свих нас, док ми, наше радње, животи не могу без језика. „Оно за шта немамо име, нити реч у својој свести, оно за нас и не постоји“⁵³. Језик ствара цео свет, па самим тим и право као

⁵⁰ Иако делује помало компликовано, Кауфман цео поступак објашњава прилично поетски: „Та магловита починиочева свест о социјалном значају његовог дела згушњава се у процесу комуникације пред судом и прелази у прецизну судијину свест о правном значају дела и његовим последицама“.Ibid.

⁵¹ Симултано превођење са говорног на језик суда и обрнуто је стално присутно у току судског поступка; једини тумач, односно преводилац је сам судија, довољно вешт и вичан изражавању на оба језика. Кауфман, „О језичности и појмовности права“, 46.

⁵² Цитат наведен према : Martin Hajdeger, *Mišljenje i pevanje*, 219.

⁵³ А. Кауфман, „О језичности и појмовности права“ „у: Артур Кауфман, *Право и разумевање права*, 22, фн 29.

један од делова тог истог света.⁵⁴ Он је медијум путем којег саопштавамо, објашњавамо наш унутрашњи свет и пуштамо га у спољни свет, али и којим дефинишемо своје схватање спољног света и односа у њему.

Однос језика, наше стварности и појмова права као друштвене творевине, који су у сталној динамици, покретању, промени је превазишао пуко теоријско промишљање и успостављање једне јединствене вредности и постао свеживотно питање. И то не само за правнике, већ и за обичне људе, јер и они морају разумети језик којим се њима додељује неко право и под којим условима, или одређује казна, на који начин и у колико дугом трајању. Разлика између ова два света, и два језика, две различите терминологије оптерећује комуникацију и самим тим пренос поруке адресату – јер код који треба бити средство преноса није довољно једнозначан, познат и разумљив обема странама у процесу у истом обиму. Наведено је посебно значајно због тога што „право дише заједно са језиком, посебно са речима, које имају моћ⁵⁵ чак и тамо где сви утицаји престају. „Чак и они који замишљају право, морају да прибегну језику како би артикулисали и учинили ефективним такав имагинарни или перципирани правни садржај“⁵⁶, сматра Кауфман. То значи да је право у нашој свести само магловита мисао, која свој живот добија једино – употребом језика (било да ту вербализовану мисао задржимо само за себе или је саопштимо и другима усмено или писаним путем)⁵⁷.

Зато неки савремени аутори, који се баве правном лексикографијом, сматрају да је један од кључних изазова у овој области „хватање у коштац са проблемом недоречености и неодређености правних појмова, те следствено томе, и са вишезначним правним називима који имају вишеструке референ-

⁵⁴ Sabine Gatt & Caroline Voithofer, „Ein Beitrag zum Thema Sprache & Recht“, доступно на: http://momentum-kongress.org/cms/uploads/documents/Gatt_Voithuber_2011_Paper11_10_2011_3301.pdf, Датум приступа : фебруар 2019. године.

⁵⁵ Marijan Pavčnik, „Recht und Sprache, Strukturierung einiger offener Fragen“, *Linguistica*, 53(2), 253. Доступно на <https://doi.org/10.4312/linguistica.53.2.253-263>. Датум приступа : фебруар 2019. године.

⁵⁶ Arthur Kaufmann : „Rechtsphilosophie“, 1997, 109, 113.

⁵⁷ Немачко министарство правде је издало 2008. године приручник правних термина (*Bekanntmachung des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit*), у коме се налазе и правила за писање одређених правних аката са посебним акцентом на граматичка правила и форму правних аката (*Allgemeine Empfehlungen für das Formulieren von Rechtsvorschriften*). Приручник је доступан на : http://www.bmfv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/Rechtssetzung-Buerokratieabbau/HandbuchDerRechtsfoermlichkeit_deu.pdf?__blob=publicationFile, датум приступа : фебруар 2019. године. Немачки правни текстови, духовито је приметио Кауфман, нису баш толико угодни за читање и инспирацију за писање књижевницима, као што је Француски грађански законик послужио Стендалу, али је дужност свих посленика права да својим уједначеним напорима постигну већи степен разумљивости правног језика и текстова, него што је раније постојао.

ције”⁵⁸, које је спомињао и сам Кауфман. Постизање потпуне изједначености говорног и правног језика није могуће, тврди он даље, али није ни потребно. Њихова стална интерференција и својеврсна конкурентност садржаја их, верујемо, наводи на сопствено константно побољшање. Као једно од могућих решења наведеног комуникационог и језичког „сукоба”⁵⁹ видимо свакако употребу различитих језичких поступака, процеса тумачења јер је „језик управо медиј у којем се право остварује”⁶⁰, који нужно морају водити ка изједначавању не само појмова, него и смисла и суштине речи, појмова термина које користи право са речима, појмовима, терминима који се користе у свакодневном језику.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- Martina Bajčić, *New Insights into the Semantics of Legal Concepts and the Legal Dictionary*, John Benjamins. Amsterdam – Philadelphia, 2017
- Bekanntmachung des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit*, доступно на : http://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/RechtssetzungBuerokratieabbau/HandbuchDerRechtsfoermlichkeit_deu.pdf?__blob=publication-File, датум приступа : фебруар 2019. године
- Ранко Бугарски, *Увод у општу лингвистику*, Београд, 2003.
- Ludvig Vitgenštajn, *Filozofska istraživanja*, Београд, 1980.
- Sabine Gatt & Caroline Voithofer, „Ein Beitrag zum Thema Sprache & Recht“, http://momentum-kongress.org/cms/uploads/documents/Gatt_Voithuber_2011_Paper11_10_2011_3301.pdf, Датум приступа : фебруар 2019. године.
- Драгиша Дракић, „О стилу језика закона“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2012, 369–381.
- Martin Hajdeger, *Mišljenje i pevanje*, izabrao i preveo Božidar Zec, Београд, 1982.
- Arthur Kaufmann, *Die Parallelwertung in der Laiensphäre – Ein sprachphilosophischer Beitrag zur Allgemeinen Verbrechenslehre*; Vorgetragen am 15. Januar 1982, Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (philosophisch-historische Klasse), In Kommission bei der C.H. Beck; Jahrgang 1982, Heft 4, 3.
- Arthur Kaufmann, „Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik“, у: *Das Naturrechtsdenken heute und morgen : Gedächtnisschrift für René Marcic*, 1983, S. 597-607
- Артур Кауфман, „О језичности и појмовности права“, у: Артур Кауфман, *Право и разумевање права* превод: Данило Баста, Гутенбергова галаксија, Београд, 1998, 7-48

⁵⁸ Martina Bajčić, *New Insights into the Semantics of Legal Concepts and the Legal Dictionary*, John Benjamins. Amsterdam – Philadelphia, 2017, 28.

⁵⁹ Стављамо реч *сукоб* под наводнике, јер га не сматрамо сукобом и супротстављањем у правом смислу те речи.

⁶⁰ Ibid.

- Артур Кауфман, „О научности правне науке-поставке за једну теорију истине као конвергенције“, у : Артур Кауфман, *Право и разумевање њрава*, превод: Данило Баста, Гутенбергова галаксија, Београд, 1998, 49-78
- Артур Кауфман, „О проблему правнонаучног сазнања“, у: Артур Кауфман, *Право и разумевање њрава*, превод: Данило Баста, Гутенбергова галаксија, Београд, 1998, 155-174
- Arthur Kaufmann „Historischer Diskurs.“ In: A. Kaufmann/W. Hassemer/U. Neumann (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. Heidelberg etc.: C. F. Müller, 2011
- Артур Кауфман, „Претходна разматрања о правној логици и онтологији релација“, у : Артур Кауфман, *Право и разумевање њрава*, Гутенбергова галаксија, 1998, 79-106
- Артур Кауфман, „Развој правне филозофије у двадесетом веку“, у: Артур Кауфман, *Право и разумевање њрава*, Гутенбергова галаксија, 1998, 279-306
- Arthur Kaufmann, „Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik“, у Arthur Kaufmann, Winfried Hassemer, Ulfrid Neumann (Hrsg.): *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart (Schwerpunktbereich)*, C.F. Müller; Auflage: 8, 2010
- Andres Ollero, „Die Rolle der Richterpersönlichkeit bei der rechtsfindung“, у: *Verantwortetes Recht: die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmannns [sic] : Tagung 10. bis 11. Mai 2003 in München*, (eds.)Ulfrid Neumann, Winfried Hassemer, Ulrich Schroth, Franz Steiner Verlag, 2005
- Marijan Pavčnik, „Recht und Sprache, Strukturierung einiger offener Fragen „, *Linguistica*, 53(2), 253. Доступно на <https://doi.org/10.4312/linguistica.53.2.253-263>. Датум приступа : фебруар 2019. године
- The Philosophy of Law: An Encyclopedia*, edited by Christopher Berry Gray, Routledge, 2013.
- Fachsprachen Languages for Special Purposes: Ein Internationales Handbuch Zur Fachsprachenforschung Und Terminologiewissenschaft/an International Handbook of Special-Language and Terminology*, Ed. by Hoffmann, Lothar / Kalverkämper, Hartwig / Wiegand, Herbert Ernst, Publisher : Walter de Gruyter, 1997
- Ekkehard Felder, *Juristische Textarbeit im Spiegel der Öffentlichkeit (Studia Linguistica Germanica, Band 70) Gebundenes Buch*, Publisher: Walter de Gruyter, Reprint 2012.

*Dragana M. Ćorić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Coric@pf.uns.ac.rs*

The Standpoint of Arthur Kaufman about Relationship between Law and Language

Abstract: *In our work, we briefly present the standpoint of german author Artur Kaufman about the relationship of language and law, which at one point was also defined as “the constituting of law through language.” Considering that there is no law until the language gives it the proper form, Kaufman took a slightly different standpoint from other authors regarding the relationship of language and law, and also regarding the existence of a legal, special language itself. Because Kaufman’s opinion about this issue was rarely and specifically mentioned, we considered it extremely important, in the context of the development of thought on the relationship of language and law and their mutual influences, and because this question involves not only lawyers and linguists, but also philosophers, sociologists and other experts.*

Keywords: *Arthur Kaufman, law, language, legal language.*

Датум пријема рада: 21.01.2019.

Др Бојан Н. Тубић, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
B.Tubic@pf.uns.ac.rs

ИЗВРШАВАЊЕ ПРЕСУДА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА¹

Сажетак: Европски суд за људска права смајра се најзначајнијим и најефикаснијим сисџемом надзора у обласџи међународне зашџиџије људских права. Уз њега постоји и један повезани механизам који омођуђава појединцима да дирекџно зашџиџије своја права на међународном плану. Управо овај механизам за подношење индивидуалних предсџавки треба да премосџи јаз између циљева међународне зашџиџије људских права и несавршеног извршења норми о људским правима на државном и локалном нивоу. Усјешина и брза примена његових пресуда на националном нивоу је од сушџинског значаја за сам Суд, јер од тога зависи и кредибилиџет и леђиџимџет овог сисџема зашџиџије. У овом раду ће биџи приказани најзначајнији асџекџи извршавања и примене пресуда Суда. Анализираће се улога појединих орђана Савеџа Европе – Комџиџеџа минисџара, Парламенџарне скупџиџине и самог Суда у посџуџку извршавања пресуда. Поред тога, биће приказани и начини на који се оне примењују и извршавају.

Кључне речи: Европски суд за људска права, пресуде, Комџиџеџа минисџара.

1. УВОД

Европски суд за људска права (у даљем тексту Суд) може да донесе пресуду у којој утврди постојање кршења Европске конвенџије за зашџиту људских права и основних слобода (у даљем тексту Конвенџија)² и уколико Суд наложи, морају се предузети одређене мере, како би се она применила

¹ Рад је посвећен пројекту „Правна традиџија и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

² Европска конвенџија за зашџиту људских права и основних слобода, Службени гласник СЦГ – Међународни уговори, бр. 9/2003.

на националном нивоу: плаћање обештећења за материјалну и нематеријалну штету, предузимање индивидуалних мера (на пример понављање поступка) или општих мера (доношење закона и слично). Уколико Суд само утврди повреду права из Конвенције, без наметања конкретних обавеза држави поводом тога, онда се ради о деклараторној пресуди.

Ипак, ако се ради о првопоменутих пресудама Суда, оне нису само-извршне, нити Суд има овлашћења да непосредно спроведе своје пресуде. То је посао одговорне државе за кршење људских права. У надзору над тим процесом, Суду помажу други органи Савета Европе. Према члану 46 ставу 2 Конвенције, Комитет министара Савета Европе се стара о извршавању и спровођењу пресуда Суда. Сматра се да тренутно постоји око 10 хиљада пресуда које чекају да буду извршене, односно примењене у државама чланицама.³

Пресуде међународних судова се у пракси углавном извршавају, иако не постоји централизован систем контроле или принуде. Тако је нпр. и са пресудама Међународног суда правде, па стога механизам контроле од стране Света безбедности није коришћен.

Није погрешно закључити да поштовање и извршавање пресуда највише зависи од политичких интереса држава него што то државе раде из страха од санкција. Тако је и у случају Суда правде ЕУ и Европског суда за људска права. Није, наравно, могуће очекивати апсолутно ефикасно и брзо извршавање пресуда у сваком конкретном случају. У пракси, више од неизвршавања проблем прави кашњење у њиховом извршавању.⁴ У систему Савета Европе забележени су бројни случајеви кашњења, па и за плаћање правичне сатисфакције, за коју је усвојен временски период од три месеца. Почетком овога века дошло је до повећања броја случајева пред Комитетом министара код којих није дошло до извршења пресуде.⁵ Такође, изазов је и да се обезбеди да се опште мере примењују брзо, како би се избегли случајеви који се понављају. Ово је главни изазов, пошто свако одлагање усвајања општих мера има за резултат нове представке пред Судом.

Проблеми примене пресуда су вишеструки и њихови узроци су политички разлози, разлози у вези са неопходним реформама у мање развијеним државама, практични разлози у вези са националним законодавним поступцима, буџетски разлози, затим пресуде које су формулисане на казуистички, или нејасан начин.⁶ Најчешћи разлози су они који се односе на потребне реформе и на природу националних законодавних поступака.

³ Harris, O'Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2018, 183.

⁴ Elisabeth Lambert Abdelgawad, *The execution of judgments of the European Court of Human Rights*, Strasbourg, 2008, 64.

⁵ Ibid., 65.

⁶ Resolution 1226 (2000) on "Execution of judgments of the European Court of Human Rights", adopted by the Parliamentary Assembly on 28 September 2000 (30th Sitting), члан 6.

Политички проблеми се ређе јављају, али могу да представљају значајне препреке за извршавање пресуда. Као пример за ово можемо да наведемо случај поводом међудржавне представке – Кипар против Турске.⁷

У даљем тексту биће анализирани начини, односно мере које су предмет извршавања пресуда, а након тога биће представљена и улога појединих органа Савета Европе у извршавању пресуда Суда.

2. ОБАВЕЗА ИЗВРШЕЊА ПРЕСУДЕ

Извршење пресуда Суда представља обавезу држава и у томе учествују судови, законодавна тела, владе и често припадници цивилног односно грађанског сектора. Највише судске инстанце у државама свакако имају централну улогу у примени пресуда Суда.

На основу члана 46 став 1 Конвенције, државе треба да предузму све мере како би се повиновале правоснажној пресуди Суда, у сваком предмету у којем су страна у спору.⁸ Државни органи имају обавезу да се понашају у складу са правном ситуацијом на основу Конвенције, али и да уклоне сваку препреку у њиховим домаћим правним системима, која може да спречи правично задовољење права подносиоца представке.⁹ Државе могу да бирају само средства извршења пресуда за која сматрају да су одговарајућа, али не могу да бирају да ли ће да их изврше. Поступање у складу са правоснажном пресудом се односи на поступање у конкретном случају, али се од државе може захтевати да преиспита своје законе или да реформише своју административну, или судску праксу, како би њен правни систем био у складу са Конвенцијом.¹⁰

Једно од најважнијих питања о којима Суд одлучује у пресуди је шта треба да предузме држава да би се исправила повреда Конвенције. Циљ је да државе поштују одлуке Суда и да се надокнади штета лицима која су жртве повреде.

Обавеза државе да изврши пресуде произлази из одговорности државе која је пропустила да испуни своју примарну обавезу на основу члана 1 Конвенције да обезбеди свакоме у оквиру своје надлежности права дефинисана Конвенцијом. Према правилима општег међународног права, обавезе

⁷ *Cyprus v. Turkey*, представка 25781/94, пресуда од 10. маја 2001. године. О овом случају видети: Сања Ђајић, Накнада нематеријалне штете у поступку пред Европским судом за људска права: Кипар против Турске, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 3/2014, 189-206.

⁸ Члан 46, став 1 Конвенције.

⁹ *Maestri v. Italy*, представка 39748/98, пресуда од 17. фебруара 2004. године, пасус 47.

¹⁰ Kerttu Mäger, Enforcing the Judgments of the ECtHR in Russia in Light of the Amendments to the Law on the Constitutional Court, *Juridica International* 24/2016, 16.

државе која буде проглашена одговорном су да прекине са кршењем, да надокнади штету, односно да уклони последице акта који је супротан међународном праву и постоји обавеза да не понавља кршења.¹¹ Ове обавезе постоје за државе и у случајевима када се утврде кршења Конвенције¹²

Сходно томе, у пресуди Суда се могу захтевати различите мере од државе. Као што је наведено, пре свега она је дужна да престане са кршењем Конвенције и треба да изабере опште или појединачне мере којима ће то постићи. Такође, она је и у обавези да уклони последице кршења. То се најчешће ради на начин да се ствари враћају у стање које је постојало пре него што је дошло до повреде – *restitutio in integrum*. Уколико то није могуће због природе саме повреде, Суд обично оштећеној страни пружа одговарајућу накнаду за повреду права, како би постигао правично задовољење.¹³

На пример, у случају повреде права на имовину, Суд је изјавио да би најбољи облик задовољења заправо био да држава врати конкретно земљиште.¹⁴ У случају Папамихалопулос и други против Грчке, Суд је понудио држави две могућности: да изврши враћање у пређашње стање, или да плати накнаду штете за материјалну штету у року од 6 месеци.¹⁵ У случају Раику против Румуније Суд је досудио да држава треба да врати стан а уколико то не буде урађено, биће исплаћен одговарајући новчани износ.¹⁶

Држава која је одговорна за кршење обавезе предвиђене Конвенцијом дужна је, дакле, да предузме опште, или појединачне мере у свом домаћем правном поретку, да оконча кршење које је Суд утврдио.¹⁷ Ова обавеза да се пружи правично задовољење је на снази *ab initio*, односно држава мора да елиминише све последице незаконитог поступања и да пружи накнаду за то као да није ни дошло до кршења

С тим у вези, у наставку рада сагледаћемо како у пракси изгледа имплементација различитих пресуда и какав приступ је установљен Препоруком 2 (2000) Комитета министара.

¹¹ Родољуб Етински, Сања Ђајић, Бојан Тубић, Међународно јавно право, Нови Сад, 2017, 330-333.

¹² Анђела Ђукановић, Извршење пресуда Европског суда за људска права: актуелна питања, Међународни проблеми 2/2018, 212.

¹³ Ibid.

¹⁴ Hentrich v. France, представка 13616/88, пресуда од 22. септембра 1994. године. О овоме видети: Бојан Тубић, Ограничења права на неометано уживање имовине у пракси Европског суда за људска права, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 7/2017, 1679-1680.

¹⁵ Paramichalopoulos and others v. Greece, 14556/89, представка пресуда од 31. октобра 1995. године.

¹⁶ Raicu v. Romania, представка 28104/03, пресуда од 19. октобра 2006. године.

¹⁷ Scozzari and Giunta v. Italy, представке 39221/98 и 41963/98, пресуда од 13. јула 2000. године, пасус 249.

2.1. Препорука бр. 2 (2000)

С обзиром да државе уживају приличну дискрецију у избору начина извршавања пресуде, Комитет министара је 2000. године усвојио препоруку упућену државама чланицама, у вези са поновним испитивањем или поновним отварањем одређених предмета на домаћем плану након доношења пресуда Суда.¹⁸ У њој се наводи да надлежни органи тужене државе треба да одлуче о томе које су мере одговарајуће да би се постигао повраћај у пређашње стање, узимајући у обзир стање у националним правним системима. Пракса овог тела у контроли извршавања пресуда Суда је показала да се у изузетним околностима, поновно испитивање предмета, или поновно отварање поступка показало као најефикасније, или чак једино средство за постизање повраћаја у пређашње стање. У препоруци се позивају државе уговорнице да обезбеде на националном нивоу одговарајуће претпоставке за постизање повраћаја у пређашње стање. Такође, охрабрују се државе чланице да испитају своје националне правне системе, како би обезбедили одговарајуће предуслове за поновно отварање и испитивање предмета, у случајевима када је Суд нашао да је дошло до кршења Конвенције. Ово се посебно односи на ситуације у којима повређена страна и даље трпи озбиљне негативне последице, због исхода конкретне домаће одлуке у питању. Те штетне последице се не могу отклонити правичним задовољењем и не могу да буду исправљене на други начин осим поновним испитивањем, или понављањем поступка. У овим случајевима, пресуда Суда доводи до закључка да је домаћа одлука у суштини супротна Конвенцији, или да је утврђено кршење засновано на процедуралним грешкама, или недостацима који су толико значајни да се баца озбиљна сумња на исход домаћих поступака.

3. ВРСТЕ ПРЕСУДА И РАЗЛИКЕ У НАЧИНУ ЊИХОВОГ ИЗВРШЕЊА

Уколико Суд утврди да је дошло до повреде Конвенције, држава која је одговорна за ову кршење обавезе треба да плати одговарајућу суму, на име правичног задовољења, али и да предузме појединачне, или опште мере у свом домаћем правном поретку, како би окончала кршење које је Суд утврдио.¹⁹ У даљем тексту ће бити објашњени ови поједини начини извршења пресуда.

¹⁸ Recommendation No. R (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights, adopted by the Committee of Ministers on 19 January 2000.

¹⁹ Scozzari and Giunta v. Italy, *op. cit.*, пасц 249.

3.1. Накнада штете због повреде права

Накнада штете има за циљ да се ствари врате у стање које је постојало пре повреде. Основни критеријум за њено досуђивање јесте постојање узрочне везе између повреде Конвенције и настале штете.²⁰ Поред тога, врло често, Суд у својој пракси прихвата да је само утврђивање да је дошло до кршења представља правичну сатисфакцију за подносиоца представке.²¹ Поједини аутори наводе да у садашњој пракси Суда не постоји јасан принцип када је потребно доделити материјалну накнаду штете и како се она одмерава.²²

У члану 41 Конвенције је предвиђено да уколико Суд утврди да је дошло до повреде Конвенције, или протокола уз њу, а унутрашње право Високе стране уговорнице у питању омогућава само делимичну одштету, Суд ће, уколико је то потребно, пружити правично задовољење оштећеној страни.²³ Питање правичног задовољења није прецизније дефинисано, остављајући широку дискрецију Суду, али уз запажање да то може имати одређене последице по легитимност рада Суда.²⁴ Суд је у својој пракси тумачио начине за пружање правичног задовољења. На пример, он одређује валуту за плаћање и обично користи евро.²⁵ Такође, Суд одређује и рок у којем треба да се плати накнада штете.²⁶ Обично тај рок износи три месеца. Комитет министара има надлежност да надгледа исплату.

3.2. Начини извршења пресуда којима се одређују индивидуалне мере

Поред новчаних накнада и општих мера, држава може да усвоји и низ индивидуалних неновчаних мера. Једна од њих је и понављање домаћих судских поступака. У великом броју случајева, Суд је предлагао управо поновно отварање домаћих правних поступака, сматрајући то као најбољи начин за пружање заштите и задовољења.²⁷

²⁰ Маја Насић, Примена Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у поступку пред националним уставним судовима, Ниш, 2014, 135.

²¹ *Jamil v. France*, представка 39748/98, пресуда од 8. јуна 1995. године.

²² *Veronika Fikfak, Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights*, *The European Journal of International Law*, 4/2018, 1114.

²³ Члан 41 Конвенције.

²⁴ *Mera Marinot, Martina Siegfried, Jacco Snoeijer, The competence of the European Court of Human Rights to order restitutio in integrum and specific orders as remedial measures in the case 46221/99*, *Amsterdam International Law Clinic*, 2000, стр. 2.

²⁵ https://www.echr.coe.int/Documents/PD_satisfaction_claims_ENG.pdf

²⁶ *Moreira de Azevedo v. Portugal*, представка 11296/84, пресуда од 28. августа 1991. године.

²⁷ *Abdullah Altun v. Turkey*, представка 66354/01, пресуда од 19. октобра 2006. године, *Majadallah v. Italy*, представка 62094/00, пресуда од 19. октобра 2006. године, *Zentar v. France*,

Међутим, услови за то морају да буду прецизно дефинисани, јер оно може да нанесе значајну штету правима трећих страна у спору, у грађанским и кривичним стварима, а ово доводи и до продужавања самог поступка. Такође, у кривичним поступцима ова мера може да доведе и до других проблема, у погледу губитка доказа у периоду који је прошао, као и до негативних последица по саму жртву, услед поновног отварања поступка. Већина држава данас дозвољава поновно отварање домаћих поступака.²⁸

У погледу тога, значајно је истаћи случајеве у којима су појединцима судили судови који нису испуњавали услов независности и непристрасности, као што је то случај Оцалан против Турске.²⁹ Велико веће је у овом случају подржало ставове Суда из претходних случајева³⁰ и истакло да је једини одговарајући начин за исправљање кршења поновно суђење, односно поновно отварање поступка.³¹

У случају Мореира Фереира против Португалије (случају број 2),³² радило се управо о овлашћењима Суда да наложи поновно отварање кривичног поступка. Држава није извршила пресуду Суда, односно државни органи нису применили ово правило у домаћем ванредном жалбеном поступку (*recurso extraordinário*) који је покренула жртва кршења Конвенције. Наиме, Врховни суд Португалије је донео одлуку да је довољно то што је подносиоцу представке исплаћена правична накнада. На тај начин он заправо није применио пресуду Суда. Велико веће је, међутим, донело одлуку да није дошло до кршења Конвенције због оваквог поступања Врховног суда. Истакнуто је да је у пресуди Већа наведено да је поновно отварање поступка „у принципу“ одговарајући правни лек за поменуто кршење, али да није једини.³³ Пресуда је донета тесном већином од девет према осам гласова чланова Великог већа, а један део судија је приложио и важна образложена издвојена и супротна мишљења.

Поред поменутих, могуће је предузимање других индивидуалних мера. На пример, држава може да донесе одлуку да не спроведе конкретну националну меру, укључујући и пресуду. Суд може да наложи извршење домаћих пресуда, као на пример у случајевима против Републике Србије, који ће бити приказани у наставку рада. Такође, може да дође и до поништаја неке мере.

представка 17902/02, пресуда од 13. априла 2006. године. *Sejdovic v. Italy*, представка 56581/00, пресуда од 1. марта 2006. године.

²⁸ Elisabeth Lambert Abdelgawad, The execution of judgments of the European Court of Human Rights, Human rights files, No. 19, Strasbourg, 2002, 16.

²⁹ *Ocalan v. Turkey*, представка 46221/99, пресуда од 12. маја 2005. године.

³⁰ На пример, *Gencel v. Turkey*, представка 53431/99, пресуда од 23. октобра 2003. године.

³¹ *Ocalan v. Turkey*, op. cit., пасус 210.

³² *Moreira Ferreira v. Portugal* (No. 2), представка 19867/12, пресуда од 11. јула 2017. године.

³³ *Ibid.*, пасус 92.

3.3. Начин извршења пресуда којима се одређују опште мере

Често се дешава да морају да буду усвојене опште мере, јер је обавеза да се спречи понављање кршења од суштинског значаја за европски систем. Може се десити да се Суд изричито, или прећутно, позива на конкретну општу законску норму. На пример, у случају Манусакис и остали против Грчке,³⁴ Суд је изричито навео да су Закон из 1938. године о православној цркви и верска пракса супротни члану 9 Конвенције.

Постоје и случајеви у којима само постојање општег законодавства крши права подносиоца представке. Као пример за ово можемо навести инкриминисање хомосексуалних радњи између два одрасла мушкарца у ирском закону.³⁵

Обавеза настаје на дан доношења пресуде и оне имају директно дејство. Могу се, такође, усвојити и прелазне мере како би се избегла нова кршења конвенције, док не дође до коначне законодавне реформе. У случају Соренсен и Расмусен против Данске, ова држава је донела нови закон за мање од месец дана од доношења пресуде Суда.³⁶

Суд нема увек средства да процени ефикасност домаћих мера. У својој пресуди у случају Сејдович против Италије, Суд је потврдио постојање једне мане у италијанском правном систему, која је спречавала поновно суђење онима који су осуђени у одсуству. Међутим, имајући у виду накнадну реформу италијанског Закона о кривичном поступку, он је сматрао да није неопходно доносити неке опште мере на основу тога да је превише рано да се процени да ли је ова реформа испунила услове предвиђене Конвенцијом.³⁷

4. ИЗВРШАВАЊЕ ПРЕСУДА СУДА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Пресуде Суда у поступцима у којима је Република Србија једна од странака преводе се и објављују у Службеном гласнику.³⁸ О њиховом извршавању стара се заступник Републике Србије пред Судом. Уколико је пресудом утврђено да је држава Србија прекршила Конвенцију, њен заступник пред Европским судом за људска права се стара о извршавању пресуде. Исплата

³⁴ *Manusakis and others v. Greece*, представка 18748/91, пресуда од 26. септембра 1996. године.

³⁵ *Norris v. Ireland*, представка 10581/83, пресуда од 26. октобра 1988. године.

³⁶ *Sorensen and Rasmussen v. Denmark*, представке 52562/99 и 52620/99, пресуда од 11. јануара 2006. године.

³⁷ *Sejdovic v. Italy*, *op. cit.*

³⁸ Уредба о заступнику Републике Србије пред Европским судом за људска права, Службени гласник РС бр. 61/2006.

износа назначеног у пресуди Суда врши се из средстава органа Републике Србије чији су акти проузроковали кршење људских права.³⁹ Такође, предвиђено је и да заступник, поводом поступка пред Судом утврди да домаћи пропис није у складу са Конвенцијом, обавештава о томе надлежне органе државне управе и Владу Републике Србије и указује на неопходност усклађивања прописа са Конвенцијом.⁴⁰

У предмету Качапор и друге подносиоце представки против Србије радило се о дуговањима друштвеног предузећа према (бившим) запосленим лицима у том предузећу, а ови привредни субјекти названи су „реликтом бившег југословенског комунизма и самоуправљања.“⁴¹ У пресуди је истакнуто да иако је конкретно предузеће претежно у друштвеном власништву, њиме, у великој мери управља Агенција за приватизацију. У овом, као и у неколико других предмета⁴², Суд је закључио да је тужена држава одговорна за поступање својих судова, због начина вођења стечајног поступка, те је због тога управо она дужна да плати потраживања на основу правноснажних судских одлука. Суд је зато и наложио Србији да исплати ове износе. Ова пресуда је, између осталог, довела и до измена и допуна Закона о стечају.⁴³

Нарочито важан предмет, у погледу извршења пресуда је Зорица Јовановић против Србије.⁴⁴ Подносиоца представке, Зорица Јовановић је 28. октобра 1983. године, у државној институцији – Медицинском центру у Ћуприји родила здравог дечака. У периоду од 28. до 30. октобра 1983. године, док је још била у болници, подносиоца представке је редовно виђала свог сина.⁴⁵ Лекари су је 30. октобра обавестили да ће и она и њен син сутрадан бити отпуштени из болнице. Дежурни лекар је, сутрадан око 6.30 часова, обавестио подносиоца представке да је „њена беба преминула“. Члановима породице је касније речено да ће обдукција новорођенчета бити обављена у Београду и да због тога његово тело није могло да буде предато родитељима. Обављање обдукције у Београду је било одступање од уобичајене праксе Медицинског центра у Ћуприји.⁴⁶ Никада није утврђено да ли је у Београду обдукција заправо и урађена. Од 2001. године српски медији

³⁹ Ibid., члан 6 став 2.

⁴⁰ Ibid., члан 7.

⁴¹ Качапор и друге подносиоце представки против Србије, представке 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06 и 3046/06, пресуда од 15. јануара 2008. године.

⁴² Крндија и други против Србије, представка 30723/09, пресуда од 27. јуна 2017. године; Влаховић против Србије, представка 42619/04, пресуда од 16. децембра 2008. године.

⁴³ Предлог Закона о изменама и допунама Закона о стечају, стр. 38 http://www.parlament.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/5079-13.pdf

⁴⁴ Зорица Јовановић против Србије, представка 21794/08, пресуда од 26. марта 2013. године.

⁴⁵ Ibid., пасус 8.

⁴⁶ Ibid., пасус 11.

су почели да извештавају о бројним случајевима као што је случај подносио-тељке представке. Она је 24. октобра 2002. године упутила захтев медицин-ском центру у Ћуприји у којем је тражила релевантну документацију у вези са смрћу њеног сина. Дана 12. новембра 2002. године обавештена је од стра-не Медицинског центра да је његова смрт сврстана као смрт без назнаке узрока. Ова институција је остала при ставу да нема других информација пошто је његова архива у међувремену поплавлена и многа документа су уништена.

Општина Ћуприја је 22. новембра 2002. године обавестила подноси-тељку представке, као одговор на њен захтев, да је рођење њеног сина реги-стровано у општинској евиденцији, а да смрт није. Супруг подносио-тељке представке, а отац детета је 10. јануара 2003. године поднео кривичну при-јаву Општинском јавном тужилаштву у Ћуприји, против медицинског особља Медицинског центра које је подносио-тељка представке сматрала одговорним за како је навела „отмицу њеног сина“. Ово тужилаштво је 15. октобра 2003. године одбацило пријаву подносио-тељке представке као непоткрепљену до-казима, пошто није било доказа да је њен син преминуо 31. октобра 1983. године. Даље образложење није дато и није било назнаке да ли је обављена претходна истрага. Општина Ћуприја је 19. септембра 2007. године потвр-дила да смрт сина подносио-тељке представке није никада званично регистро-вана. Тело подносио-тељкиног сина никада није предато подносио-тељки пред-ставке нити њеној породици. Они никада нису добили ни извештај о обдук-цији нити су обавештени када и где је он наводно сахрањен.

Суд је 26. марта 2013. године донео одлуку да је дошло до кршења члана 8 Конвенције, односно права на приватни и породични живот подносио-тељке представке и да је подносио-тељка представке претрпела нематеријалну штету и досудио јој је износ од 10.000 евра у том делу.⁴⁷ Суд је такође донео одлуку да држава мора, у року од једне године од дана када је пресуда по-стала коначна – а то је 9. септембар 2014. године – предузме све одговарају-ће мере да осигура успостављање механизма са циљем обезбеђења поједи-начног обештећења свим родитељима у ситуацији као што је или која је довољно слична ситуацији подносио-тељке представке.⁴⁸ Предвиђено је да овај механизам надзире независно тело, са одговарајућим овлашћењима, које ће моћи да пружи поуздане одговоре у вези са судбином сваког детета и пружи одговарајућу накнаду, у складу са сваким конкретним случајем.

Године 2013. Београдска група родитеља је, уз помоћ правних струч-њака, предложила усвајање Модела закона за истраживање случајева неста-лих беба из болница у Републици Србији. Државни органи, међутим, нису

⁴⁷ Ibid., пасус 84.

⁴⁸ Ibid., пасус 92.

званично одговорили на овај документ. Уместо тога, држава је одлучила да оснује нову радну групу, са јединим циљем да припреми нацрт закона о примени поменуте пресуде Суда. Ова радна група је одржавала састанке и састојала се од представника Министарства унутрашњих послова, правде и здравља, затим представника судства и представника удружења родитеља несталих беба. Међутим, није дошло до консултовања са родитељима, па је Влада одлучила да припреми нацрт закона да обезбеди успостављање механизма за обезбеђивање појединачне накнаде свим родитељима који су у истој или сличној ситуацији као и подносиатеља представке. Нацрт Закона о поступку утврђивања чињеница о положају новорођене деце за коју се сумња да су нестала у породициштва у Републици Србији⁴⁹ је ушао у скупштинску процедуру у октобру 2016. године.

Поједини захтеви родитеља нису били усвојени у предложеном тексту. Нацрт закона неће на одговарајући начин обезбедити задовољење свим родитељима који сумњају да су њихова деца нестала из породицишта у Србији.

Предвиђено је да ће се чињенице у овим случајевима утврђивати у ванпарничном поступку, што ће значити да неће постојати посебна истражна овлашћења која би могла да родитељима дају информацију о судбини њихове деце и идентификују починиоце ових тешких кршења људских права. На овај начин се неће створити услови за откривање истине о сваком случају несталих беба. Такође, уколико се овај нацрт усвоји он ће спречити подношење једног броја потенцијалних представки родитеља чије су тек рођене бебе нестале из других медицинских установа као што су Институт за неонатологију, Институт за негу мајке и детета и других. Такође, закон неће обухватити родитеље који нису контактирали државне органе до 9. септембра 2013. године, када је пресуда у случају Зорице Јовановић постала коначна. Деца која сматрају да су заправо отета из породицишта и да спадају у тзв. „нестале бебе“ не могу да поднесу представку суду.

Закон не обезбеђује родитељима задовољење за кршења људских права која су претрпели. У предлогу закона је предвиђено да уколико не могу да се утврде чињенице које објашњавају шта се десило са несталим дететом, суд ће потврдити да не може да утврди статус несталог новорођенчета и исплатиће родитељима накнаду нематеријалне штете, до износа од 10 хиљада евра.⁵⁰

Према мишљењу Савета Европе, судски систем Србије није пружио родитељима ефикасан правни лек, у случајевима који се односе на судбину несталих беба из српских породицишта. Уставни суд, до сада, није нашао ниједну повреду људских права родитеља и све представке је одбацио као

⁴⁹ Нацрт Закона о поступку утврђивања чињеница о положају новорођене деце за коју се сумња да су нестала у породициштва у Републици Србији <https://www.mpravde.gov.rs>

⁵⁰ Ibid., чланови 21, 22 и 23.

недопуштене.⁵¹ На пример, Г.Р. из Београда је поднео 7. октобра 2013. године Уставном суду уставну жалбу због повреда права на правно средство, права детета, права на поштовање приватног и породичног живота и права на делотворно правно средство.⁵² Ове повреде су биле везане за чињеницу да су близанци, синови подносиоца уставне жалбе, превремено рођени и умрли.

Последња активност поводом овог закона су били састанци Министарке правде и других високих званичника Републике Србије са директором за људска права Кристофом Поирелом, вршиоцем дужности шефа одељења за извршавање пресуда и осталим члановима делегације Савета Европе, који је одржан у Београду, 18. и 19. фебруара ове године. На овом састанку Министарка је обавестила делегацију Савета Европе о изазовима са којима се Република Србија сусреће код примене пресуде у случају Зорице Јовановић.⁵³ Изнет је став да нацрт овог закона остаје приоритет када је у питању реакција на пресуду Суда. У Народној скупштини је речено да ће нацрт закона бити на дневном реду током пролећног заседања ове године.⁵⁴

5. ДРУГА ПИТАЊА ИЗВРШЕЊА ПРЕСУДА СУДА У ДРЖАВАМА ЧЛАНИЦАМА

Улога Европског суда за људска права у извршавању својих пресуда временом је постајала све значајнија. Међутим, постоје случајеви у којима је Суд одбио да буде укључен у поступак извршења. Један од примера јесте и други случај Олсон против Шведске,⁵⁵ у којем су подносиоци представке навели да тужена држава није извршила пресуду донету у првом случају између ових страна у спору. У том првом случају, Суд је нашао да је дошло до кршења Конвенције, због повреде прописа о старатељству, али државни органи Шведске су наставили да спречавају виђање подносилаца представке са децом. Суд је сматрао да је другим поступком покренуто ново питање, које није било утврђено у пресуди у случају Олсон. У случају Хостајн против Француске Суд је констатовао да Конвенцијом није предвиђено право

⁵¹ „Missing babies“ in Serbia – Still without Redress, Information for the Human Rights Committee, on the Occasion of Committee’s Review of Serbia at the 119th Session (6 March 2017-29 March 2017) https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/SRB/INT_CCPR_CSS_SRB_26518_E.pdf

⁵² Видети: Марија Драшкић, Случајеви „несталих беба“: Уставни суд vs. Европски суд за људска права?, *Анали Правног факултета у Београду*, LXV, 1/2017, 200-233.

⁵³ <https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/-/meeting-with-the-serbian-minister-of-justice>

⁵⁴ Communication from the authorities (25/02/2019) in the case of Zorica Jovanovic v. Serbia (Application No. 21794/08)

⁵⁵ Olsson v. Sweden (No. 2), представка 13441/87, пресуда од 27. новембра 1992. године

подносиоца представке да захтева да механизам за ревизију у грађанским поступцима буде унет у домаће право.⁵⁶

Из свега наведеног јавља се питање, како одлуке домаћих судова утичу на оно што је прописано да се уради пресудом Суда? Када домаћи суд одреди накнаду штете подносилац представке пред Судом губи статус жртве чак и ако је износ који Суд додељује виши од износа који додељује домаћи суд. На пример, у случају Калајзић против Хрватске,⁵⁷ досуђена је накнада од 1130 евра за неоправдано дуге поступке. Суд је узео у обзир животни стандард у Хрватској и чињеницу да би према националном закону накнада подносиоцу представке била брже исплаћена. Без обзира на то, Суд стоји на становишту да је додељивање правичног задовољења спорадично у односу на улогу обезбеђивања надзора над извршавањем конвенцијских обавеза од стране држава чланица.⁵⁸

Поступак по пилот пресудама је на неки начин отворио пут за шире коришћење надлежности Суда да доноси препоруке. Оне су уведене у систем рада Суда како би се брже решавали одређени случајеви, чије чињенично стање је било исто или слично. Један од првих оваквих случајева је био Брониовски против Пољске.⁵⁹ У њему је Суд навео да опште мере треба да буду усвојене и одлучио је да застане са разматрањем сличних случајева док се не усвоје домаћа средства за постизање задовољења. У овом случају, Велико веће је сматрало да питање накнаде штете на основу члана 41 Конвенције није спремно за одлучивање. Овим је држави дата могућност да усвоји неопходне опште или појединачне мере у исто време и да настави са поступком пријатељског поравнања са подносиоцем представке, на основу споразума који садржи обе врсте мера, у исто време, када и опште мере. На тај начин је ојачан супсидијарни карактер система заштите људских права који је предвиђен Конвенцијом. Такође, ово је утицало и на извршавање одговарајућих задатака Суда и Комитета министара на основу чланова 41 и 46 Конвенције.⁶⁰

6. УЛОГА КОМИТЕТА МИНИСТАРА САВЕТА ЕВРОПЕ У ИЗВРШАВАЊУ ПРЕСУДА СУДА

Према самој Конвенцији, Комитет министара, којег чине министри спољних послова држава чланица има кључну улогу у извршавању пресуда Суда.⁶¹

⁵⁶ *Hostein v. France*, представка 76450/01, пресуда од 18. јула 2006. године.

⁵⁷ *Kalajzic v. Croatia*, представка 15382/04, пресуда од 28. септембра 2006. године.

⁵⁸ *Veronika Fikfak*, *op. cit.*, 1103.

⁵⁹ *Broniowski v. Poland*, представка 31443/96, пресуда од 28. септембра 2005. године.

⁶⁰ *Ibid.*, пасус 36.

⁶¹ Члан 46 став 2 Конвенције.

На основу Правила која је усвојио за примену члана 46 става 2, надзор над извршавањем пресуда Суда одвија се на посебним јавним састанцима посвећеним људским правима. Када се пресуда достави Комитету министара ставља се на дневни ред и Комитет позива тужену државу да га обавести о мерама које су предузете као последица пресуде. Обично се тада случај ставља на дневни ред следеће седнице Комитета, или седнице која ће се одржати не касније од шест месеци, све док не буде усвојена коначна резолуција. У члану 17 Правила се наводи да након што се установи да је конкретна држава уговорница предузела све неопходне мере како би извршила пресуду, или да су услови за пријатељско поравнање испуњени, Комитет министара усваја резолуцију којом закључује да је његова функција окончана.

Комитет министара потврђује да је правично задовољење постигнуто. Он тражи писани доказ о исплати досуђеног износа подносиоцу представке и може да провери да ли је то заиста и урађено. Поред плаћања правичне надокнаде, Комитет министара захтева и усвајање одређених појединачних неновчаних мера како би дошло до повратка у пређашње стање. Он охрабрује државе да поново отворе поступке када је то могуће, затим да врати странце који су били незаконито протерани, у супротности са чланом 8 Конвенције и да усвоји друге неопходне мере као што су на пример брисање кривичне осуде подносиоца представке.

Комитет захтева да држава пружи доказ о томе да је усвојила све опште мере, неопходне да би се спречила даља кршења. У горе представљеном случају Зорице Јовановић против Републике Србије, видимо да Комитет министара и даље захтева да наша држава усвоји закон којим би поступила по пресуди Суда. Надзор се такође спроводи када су стране у спору постигле пријатељско поравнање и када је случај пред Судом избрисан са листе предмета. Када је потребна промена законодавства, али држава тврди да непосредно дејство Конвенције и пресуда Суда спречава даља слична кршења, Комитет министара тада захтева доказ да је то довољно. Доказ би била пракса домаћих судова у периоду од неколико година након пресуде Европског суда за људска права. На пример, у случају Паувелс против Белгије у којем је очекивана законодавна реформа, Комитет је коначно након 13 година од доношења пресуде, усвојио коначну резолуцију у одсуству промене законодавства, ослањајући се на постојеће доказе да ће национални судови избећи слична нова кршења.⁶² У таквим случајевима објављивање и достављање пресуде, обавезно у свим случајевима, представља одговарајућу општу меру.

Понекад усвајање новог правног правила може наићи на значајне препреке које се налазе изван контроле државе. На пример, у случају пресуде из 1999. године, у случају Метјуз против Уједињеног Краљевства поводом

⁶² Pauwels v. Belgium, представка 10208/82, пресуда од 26. маја 1988. године.

кршења члана 3 Протокола 1 уз Конвенцију. Наиме, због избора на Гибралтару за Европски парламент, Уједињено Краљевство је предложило један амандман на Акт о Европској заједници из 1976. године, али није могло да обезбеди једногласну подршку у Савету ЕУ. Због тога је одлучило да делује једнострано и донело је закон 2003. године, којим је Гибралтар спојен са постојећим изборним регионом у Енглеској и Велсу и створен је нови изборни регион.⁶³

Проблеми у вези са извршењем пресуде су се појавили и у случају Костић против Србије,⁶⁴ у којем је Суд донео одлуку да је држава повредила право на мирно уживање имовине гарантовано чланом 1 Протокола 1, јер није реаговала на проблем нелегалне градње која је погодила породицу Костић са Вождовца. Суд је наложио држави да изврши решење општине Вождовац о рушењу и да надокнади нематеријалну штету подносиоцима представке.

Уколико Комитет министара сматра да држава није поступила по пресуди у конкретном случају може да, одлуком усвојеном двотрећинском већином, поднесе Суду питање о извршавању пресуде. Ова иницијатива одвија се у форми привремене резолуције. У истој форми Комитет може да изрази заборнутост и/или да пружи сугестије у погледу извршења пресуде.⁶⁵

7. ПРОТОКОЛ БРОЈ 14 УЗ КОНВЕНЦИЈУ

Уколико је пресуда Суда недовољно јасна и прецизна, то може да негативно утиче на њено брзо и адекватно извршење.⁶⁶ У циљу превазилажења овог проблема, усвојен је Протокол бр. 14,⁶⁷ који је ступио на снагу 1. јуна 2010. године и имао је значајан утицај на рад Комитета министара. Његова надлежност је проширена на контролу свих пријатељских поравнања а не само оних која су донета у форми пресуде. Такође, предвиђена је могућност враћања питања Суду, уколико Комитет има одређено питање у вези са тумачењем пресуде, или уколико је држава пропустила да испуни своју обавезу

⁶³ *Matthews v. the United Kingdom*, представка 24833/94, пресуда од 18. фебруара 1999. године

⁶⁴ Костић против Србије, представка 41760/04, пресуда од 25. новембра 2008. године.

⁶⁵ Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements (Adopted by the Committee of Ministers on 10 May 2006 at the 964th meeting of the Ministers' Deputies and amended on 18 January 2017 at the 1275th meeting of the Ministers' Deputies).

⁶⁶ Elisabeth Lambert Abdelgawad, *The Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights: Towards a Non-coercive and Participatory Model of Accountability*, ZaöRV 69 (2009), стр. 495-496.

⁶⁷ Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the Control System of the Convention, CETS 194, 13.05.2004.

да поступи у складу са пресудом. Протокол је довео до тога да су додата три става члану 46. У ставу 3 овог члана је предвиђено је да уколико Комитет министара сматра да је извршење правоснажне пресуде отежано постојањем неког проблема у вези са тумачењем пресуде, он може да се обрати Суду ради доношења одлуке поводом питања тумачења.⁶⁸ Ово право немају ни подносилац представке ни тужена држава, већ само Комитет министара двотрећинском већином. Није постављен рок до којег се ово мишљење може тражити, јер се потреба за тумачењем може појавити и много после дана доношења пресуде.

Такође, значајно је и питање обраћања Суду у случају пропуста државе да изврши пресуду. У одсуству изричите одредбе која даје Суду надлежност у овим случајевима, он је увек одбијао да прогласи државу одговорном за кршење члана 46 Конвенције. У случају Мехеми против Француске,⁶⁹ он је изричито одбио надлежност. Поступци у случају кршења су уведени у члан 46 Конвенције Протоколом бр. 14. Став 4 овог члана прописује да ако Комитет министара сматра да нека страна уговорница одбија да се повинује правоснажној пресуди у предмету у којем је странка, он може, након што званично обавести ту страну уговорницу, да се Суду обрати питањем да ли је та страна уговорница пропустила да испуни своју обавезу да се повинује правоснажној пресуди Суда.⁷⁰ Уколико Суд утврди да постоји повреда ове обавезе, упућује предмет Комитету министара ради разматрања мера које треба предузети. Уколико утврди да није дошло до повреде, тада враћа предмет Комитету министара који закључује расправу о предмету.

Овај поступак је у потпуности у рукама једног политичког тела – Комитета министара, које је одговорно за праћење извршења. Оно је у најбољој ситуацији да утврди да ли постоји континуирано кршење.

8. УЛОГА ПАРЛАМЕНТАРНЕ СКУПШТИНЕ У ИЗВРШАВАЊУ ПРЕСУДА СУДА

Надзор, односно праћење које обавља Парламентарна скупштина потиче формално од усвајања Наредбе бр. 485 из 1993. године, када је она овластила свој Комитет за правне послове и људска права да је извештава када се појаве проблеми о стању људских права у државама чланицама, укључујући њихово поштовање пресуда Суда. Такође, Наредбом бр. 488 из 1993. године, која је допуњена Наредбом бр. 508, донетом две године касније уведен је поступак надзора.

⁶⁸ Члан 46 став 3 Конвенције.

⁶⁹ *Mehemi v. France*, представка 85/1996/704/896, пресуда од 26. септембра 1997. године.

⁷⁰ Члан 46 став 4 Конвенције.

Чланови Парламентарне скупштине у писаној форми постављају питања како би добили образложења од Комитета министара о пропусту да се изврше одређене пресуде. Комитет министара је у обавези да достави писани одговор. На пример, питање број 378 је упућено 10. септембра 1998. године и њиме је тражено од Комитета да објасни колико је времена потребно за потпуно извршавање свих пресуда које чекају више од три године, без икаквог наговештаја да ће бити извршене. Комитет се позвао на обим предузетих реформи, тешкоће са којима се сусрећу државе чланице при примени одређених реформи и потребу, у одређеним околностима, да се сачека исход одређених других сличних случајева који чекају на решавање пред органима Конвенције, како би се разјаснили услови предвиђени Конвенцијом у датој области и обезбедиле смернице за предложене реформе.⁷¹ Поред овог начина, питања се могу постављати и усмено.

Усвајањем Резолуције 1226 о извршавању пресуда Европског суда за људска права уведена је пракса редовних расправа о извршавању пресуда. Ставови о томе се заузимају на основу два критеријума. То су протек времена од доношења одлуке Суда и хитност извршавања обавеза државе по одлуци Суда. Парламентарна скупштина утиче на то да државе извршавају своје обавезе проистекле из пресуда Суда. Наиме, у десетогодишњем периоду од усвајања Резолуције 1226 до 2010. године, Парламентарна скупштина је усвојила шест извештаја и шест резолуција, као и пет препорука.⁷²

Парламентарна скупштина утиче на овај процес позивајући националне делегације да надзиру извршавање појединих пресуда Суда које се односе на њихове владе и то посредством њихових парламената, како би биле створене све претпоставке за брзо и ефикасно извршавање пресуда.⁷³

Предвиђено је да Парламентарна скупштина, у ситуацији када држава одбија да изврши пресуду има могућност да тражи од министра правде да те државе да изнесе саопштење пред њеним члановима. Такође, може да се покрене поступак надзора, уколико држава чланица одбије да примени одлуку Суда.⁷⁴ Слично томе, када држава намерно не извршава пресуду, може да се одржи хитна расправа.

Значај ових процедра огледа се у заједничком напору са Комитетом министара, усмереном ка свеобухватној систематизацији извршавања пресуда.

⁷¹ Written Question No. 378. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-Vi-ewHTML.asp?FileID=8623&lang=EN>

⁷² Andrew Drzemczewski, *The Parliamentary Assembly's Involvement in the Supervision of the Judgments of the Strasbourg Court*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 28/2, 2010, 164-178, 170.

⁷³ Elisabeth Lambert Abdelgawad, *The Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights: Towards a Non-coercive and Participatory Model of Accountability*, *op. cit.*, 484.

⁷⁴ Resolution 1226 (2000), *op. cit.*

Штавише, оцењено је да је правовремено извршавање пресуда, уз интервенцију Известног Парламентарне скупштине, од највећег значаја за кредибилитет Савета Европе.⁷⁵ Зато се посебно истиче улога Парламентарне скупштине у том процесу, путем притиска на националне делегације, у садејству са низом других фактора без којих овај сложен процес не може бити успешно комплетиран.⁷⁶

9. ЗАКЉУЧАК

Питање ефикасности система примене пресуда Суда било је често истичано. Као један од главних аргумената навођен је политички карактер Комитета министара којем је поверено доношење квази-судских одлука у поступку извршења пресуда Суда. Проблем се јавља код држава које упорно одбијају да поступе у складу са пресудом, или одлажу њено извршење. Ипак, његова улога је веома значајна у овом процесу и политички притисак на државу није остао без резултата. У поступак извршења су, на различите начине, укључени и Парламентарна скупштина и сам Суд. На тај начин, заједничким деловањем, систем извршавања пресуда је постао ефикаснији. Ипак, сарадња у оквиру Савета Европе, у складу са његовим циљевима и стандардима, као и примена одлука Суда остаје обавеза и самих држава чланица Конвенције. Може се рећи да се цео овај систем значајним делом ослања на добру вољу држава чланица које поштују своје међународне обавезе.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Стручна литература

Анђела Ђукановић, Извршење пресуда Европског суда за људска права: актуелна питања, *Међународни проблеми* 2/2018, 208-230.

Бојан Тубић, Ограничења права на неометано уживање имовине у пракси Европског суда за људска права, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 7/2017, 1669-1683.

Маја Насић, Примена Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у поступку пред националним уставним судовима, *Ниш*, 2014.

Марија Драшкић, Случајеви „несталих беба“: Уставни суд vs. Европски суд за људска права?, *Анали Правног факултета у Београду*, LXV, 1/2017, 200-233.

Родољуб Етински, Сања Ђајић, Бојан Тубић, *Међународно јавно право*, Нови Сад, 2017.

⁷⁵ Marinella Marmo, The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights – A Political Battle, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2/2008, 258.

⁷⁶ Lorena Bachmaier Winter, The Implementation of the ECTHR's Case-Law and the Execution Procedure after Protocol No. 14, *Lex ET Scientia. Juridical Series*, Vol. 2, 2010, 9-21, 21.

- Сања Ђајић, Накнада нематеријалне штете у поступку пред Европским судом за људска права: Кипар против Турске, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 3/2014, 189-206.
- Andrew Drzemczewski, The Parliamentary Assembly's Involvement in the Supervision of the Judgments of the Strasbourg Court, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 28/2, 2010, 164-178, 170.
- Elisabeth Lambert Abdelgawad, The execution of judgments of the European Court of Human Rights, Strasbourg, 2008.
- Elisabeth Lambert Abdelgawad, The execution of judgments of the European Court of Human Rights, *Human rights files*, No. 19, Strasbourg, 2002.
- Elisabeth Lambert Abdelgawad, The Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights: Towards a Non-coercive and Participatory Model of Accountability, *ZaöRV* 69 (2009), стр. 471-506.
- Harris, O'Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2018.
- Kerttu Mäger, Enforcing the Judgments of the ECtHR in Russia in Light of the Amendments to the Law on the Constitutional Court, *Juridica International* 24/2016, 14-22.
- Lorena Bachmaier Winter, The Implementation of the ECtHR's Case-Law and the Execution Procedure after Protocol No. 14, *Lex ET Scientia. Juridical Series*, Vol. 2, 2010, 9-21.
- Marinella Marmo, The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights – A Political Battle, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2/2008, 235-258.
- Mera Marinot, Martina Siegfried, Jacco Snoeijer, *The competence of the European Court of Human Rights to order restitutio in integrum and specific orders as remedial measures in the case 46221/99*, Amsterdam International Law Clinic, 2000.
- Veronika Fikfak, Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights, *The European Journal of International Law*, 4/2018, 1091-1125.

Правни прописи

- Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Службени гласник СЦГ – Међународни уговори, бр. 9/2003.
- Нацрт Закона о поступку утврђивања чињеница о положају новорођене деце за коју се сумња да су нестала у породициштим у Републици Србији <https://www.mpravde.gov.rs>
- Предлог Закона о изменама и допунама Закона о стечају, стр. 38 http://www.parlament.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/5079-13.pdf
- Уредба о заступнику Републике Србије пред Европским судом за људска права, Службени гласник РС бр. 61/2006.
- Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the Control System of the Convention, CETS 194, 13.05.2004.
- Recommendation No. R (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following

judgments of the European Court of Human Rights, adopted by the Committee of Ministers on 19 January 2000.

Resolution 1226 (2000) on “Execution of judgments of the European Court of Human Rights“, adopted by the Parliamentary Assembly on 28 September 2000 (30th Sitting).

Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements (Adopted by the Committee of Ministers on 10 May 2006 at the 964th meeting of the Ministers’ Deputies and amended on 18 January 2017 at the 1275th meeting of the Ministers’ Deputies).

Судска пракса

Влаховић против Србије, представка 42619/04, пресуда од 16. децембра 2008. године.

Зорица Јовановић против Србије, представка 21794/08, пресуда од 26. марта 2013. године.

Качапор и друге подносиоце представки против Србије, представке 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06 и 3046/06, пресуда од 15. јануара 2008. године.

Костић против Србије, представка 41760/04, пресуда од 25. новембра 2008. године.

Крндија и други против Србије, представка 30723/09, пресуда од 27. јуна 2017. године.

Abdullah Altun v. Turkey, представка 66354/01, пресуда од 19. октобра 2006. године.

Broniowski v. Poland, представка 31443/96, пресуда од 28. септембра 2005. године.
Communication from the authorities (25/02/2019) in the case of Zorica Jovanovic v. Serbia (Application No. 21794/08)

Syrpus v. Turkey, представка 25781/94, пресуда од 10. маја 2001. године.

Gencel v. Turkey, представка 53431/99, пресуда од 23. октобра 2003. године.

Hentrich v. France, представка 13616/88, пресуда од 22. септембра 1994. године.

Hostein v. France, представка 76450/01, пресуда од 18. јула 2006. године.

Jamil v. France, представка 39748/98, пресуда од 8. јуна 1995. године.

Kalajzic v. Croatia, представка 15382/04, пресуда од 28. септембра 2006. године.

Maestri v. Italy, представка 39748/98, пресуда од 17. фебруара 2004. године.

Majadallah v. Italy, представка 62094/00, пресуда од 19. октобра 2006. године.

Manusakis and others v. Greece, представка 18748/91, пресуда од 26. септембра 1996. године.

Matthews v. the United Kingdom, представка 24833/94, пресуда од 18. фебруара 1999. године.

Mehemi v. France, представка 85/1996/704/896, пресуда од 26. септембра 1997. године.

Moreira de Azevedo v. Portugal, представка 11296/84, пресуда од 28. августа 1991. године.

Moreira Ferreira v. Portugal (No. 2), представка 19867/12, пресуда од 11. јула 2017. године.

Norris v. Ireland, представка 10581/83, пресуда од 26. октобра 1988 године.

Ocalan v. Turkey, представка 46221/99, пресуда од 12. маја 2005. године.
Olsson v. Sweden (No. 2), представка 13441/87, пресуда од 27. новембра 1992. године.
Pauwels v. Belgium, представка 10208/82, пресуда од 26. маја 1988. године.
Paramichalopoulos and others v. Greece, 14556/89, представка пресуда од 31. октобра 1995. године.
Raicu v. Romania, представка 28104/03, пресуда од 19. октобра 2006. године.
Scozzari and Giunta v. Italy, представке 39221/98 и 41963/98, пресуда од 13. јула 2000. године.
Scozzari and Giunta v. Italy, представке 39221/98 и 41963/98, пресуда од 13. јула 2000. године.
Sejdovic v. Italy, представка 56581/00, пресуда од 1. марта 2006. године.
Sorensen and Rasmussen v. Denmark, представке 52562/99 и 52620/99, пресуда од 11. јануара 2006. године.
Zentar v. France, представка 17902/02, пресуда од 13. априла 2006. године.

Интернет извори

https://www.echr.coe.int/Documents/PD_satisfaction_claims_ENG.pdf
„Missing babies“ in Serbia – Still without Redress, Information for the Human Rights Committee, on the Occasion of Committee’s Review of Serbia at the 119th Session (6 March 2017-29 March 2017) https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/SRB/INT_CCPR_CSS_SRB_26518_E.pdf
<https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/-/meeting-with-the-serbian-minister-of-justice>
Written Question No. 378. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=8623&lang=EN>

Bojan N. Tubić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
B.Tubic@pf.uns.ac.rs

The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights

Abstract: *The European Court of Human Rights is considered as the most significant and most effective system of supervision in the field of international protection of human rights. It involves a supranational mechanism which enables the individuals to achieve their right on the international level. This mechanism of individual applications should overcome the discrepancy between the goals of international protection of human rights and execution of human rights norms at the state and local level. Successful and fast implementation of its judgments on the national level is of great importance for the Court, because the credibility and legitimacy of this system of protection depends on it. This paper will present the most significant aspects of execution and implementation of the judgments of the Court. The role of certain organs of the Council of Europe: Committee of Ministers, Parliamentary Assembly and the Court, in the procedure of execution of judgments, will be analyzed. Additionally, there will be presented the various manners in which the judgments are implemented and executed.*

Keywords: *European Court of Human Rights, judgments, Committee of Ministers.*

Датум пријема рада: 20.02.2019.

ТАМНА СТРАНА СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Кључне речи: сјоразум о ѓризнању кривичног дела, лажно ѓризнање ѓређђосђавка невиносђђи.

У САД-у је крајем деведесетих година прошлог века основана невла-
дина организација (*The Innocence Project*) са циљем да помогне лицима осу-
ђенима на смртну казну или казну доживотног затвора да докажу своју
невиност. У томе је успело 362 осуђеника и то махом захваљујући посебном
правном средству, захтеву за накнадно ДНК тестирање, који је у америчко
право уведен Законом о заштити невиних (*Innocence Protection Act*) из 2004.
године. Поједини осуђеници провели су и више од 20 година иза решетака док
ДНК анализе нису доказале да са кривичним делом нису имали никакве везе.¹

¹ Више о томе доступно на: <https://www.innocenceproject.org/all-cases/> (07. мај 2019.)

Несумњиво је да би овај број био још већи да Закон не ограничава примену овог правног средства само на лица која су осуђена на смртну казну или на казну доживотног затвора. Поред тога, ДНК трагови се протеком времена губе или уништавају, а у великом броју случајева је и немогуће пронаћи биолошке трагове који садрже узорке за ДНК анализу.² Међутим, оно што заслужује пажњу је чињеница да је четрдесеторо лица ослобођених на овај начин, првобитно било осуђено на основу споразума о признању кривичног дела, дакле на основу признања злочина који нису извршили. И званични подаци из националног регистра САД показују да је 12 % погрешних осуда последица лажног признања,³ а верује се да је овај број знатно већи имајући у виду прилично лимитиране могућности окривљених у америчком праву да правним лековима „нападају” пресуду.

Слична истраживања у нашем праву нису рађена а и тешко их је спровести имајући у виду да се пресуда донета на основу споразума не може нападати жалбом, али је чињеница да је од самог увођења овај институт пратило доста контроверзи. Првобитно је споразум у јавности перципиран као „привилегија богатих и моћних” имајући у виду да су први споразуми закључивани у медијски познатим и експонираним случајевима.⁴ Временом је овај институт заживео у пракси и из године у годину наилази на све чешћу примену закваљујући непобитној чињеници да знатно скраћује и поједностављује кривични поступак, доприносећи тиме ефикасности правосуђа у целини.

Међутим, наведени подаци из државе оснивача „нагодбе” опет су ставили споразум под критичку лупу стручне јавности и наметнули питање колико овај институт доприноси основном циљу кривичног поступка да „нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу изрекне казна у складу са законом”. У америчкој литератури наилази се на констатације да је споразум о признању кривичног дела „скоро па савршен систем за осуду невиних”.⁵

² По неким проценама свега 10-20 % случајева садржи ДНК трагове. Види: Daniel S. Medwed, „Beyond Biology: Wrongful Convictions in the Post-DNA World”, *Utah Law Review* 1/2006, 6.

³ Реч је о регистру лица која су првобитно била осуђена како на основу одлуке пороте тако и на основу Споразума, а касније је, у поступцима који су пандан нашим ванредним правним лековима доказана њихова невиност. Регистар је основан 2012. године и у њему се чувају подаци о свим погрешним осудама након 1989. године. The National Registry of Exonerations, <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/False-Confessions.aspx>, 11. мај 2019.

⁴ Први споразуми закључени су у медијаки експонираним случајевима са познатом фолк звездом, телохранитељем контроверзног бизнисмена, оснивачем тиражних дневних листова, окривљеним чију су екстрадицију захтевале власти САД итд. Вид.: Вања Бајовић, „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и суђење у разумном року“, у С. Бејатовић (ур.) *Суђење у разумном року и дружи кривичној правни инструменти државне реакције на криминалитет*, Београд, 2015, 407, фн. 10.

⁵ Albert Alschuler, „A Nearly Perfect System for Convicting the Innocent,” *University of Chicago Public Law & Legal Theory Paper Series*, 612/2017, 918.

Проблем првенствено треба посматрати у контексту погрешних осуда до којих долази услед лажног признања окривљеног или лажног оптуживања других лица, чиме се доводи у питање и заштитна функција кривичног права у целини, будући да невина лица служе затворске казне док прави учиниоци остају на слободи.

1. ЗАШТО НЕВИНИ ПРИЗНАЈУ КРИВИЦУ?

По неким ауторима проблем нагодбе и лажних признања је толики да доводи у питање легитимност кривичноправног и правосудног система у целини,⁶ док други сматрају да је овај проблем преувеличан и да је вероватноћа да невино лице призна дело које није извршило минимална.⁷ Полази се наиме од тога да закључивање споразума није обавеза већ само могућност, те да ће лице које је невино оптужено одбити тужиочеву понуду и инсистирати на суђењу у уверењу да ће га невиност заштитити од осуде. У идеалном свету идеалних људи невино лице никада и не би ни било оптужено, а када би се тужиоцу и омакла грешка, оно никада не би признало кривицу већ би након суђења било ослобођено. Али свет у коме живимо је далеко од идеалног и лажна признања нису реткост.

Процентуално је тешко, малтене немогуће установити тачан број лажних признања у кривичном поступку, али психолошке студије показују да ће и невино лице пристати да лажно призна да је нешто урадило, како би тиме избегло казну или извукло одређене бенефите. У том смислу је илустративна тзв. Русано студија спроведена у САД. Студенти су се током писменог испита налазили у две учioniце, подељени у две групе. Једној групи су професори дозвољавали да преписују, тако што су излазили из просторије или се правили да читају новине, док је у другој групи контрола била знатно строжија и студентима је преписивање било онемогућено. Сутрадан су обе групе биле оптужене да су варале на тесту и дата им је могућност нагодбе – ако признају да су преписивали последица ће се огледати у томе што ће за пар дана морати поново да полажу тест, али ако то негирају случај ће се решити пред дисциплинском комисијом. Нагодбу је прихватило 87% студената из просторије у којој се заиста преписивало али и 43% студената из групе која

⁶ Lucian E. Dervan, *Bargained Justice: Plea-Bargaining's Innocence Problem and the Brady Safety-Valve*, *Utah Law Review* 51/2012, 97; Gregory M. Gilchrist, „Plea Bargains, Convictions and Legitimacy”, *American Criminal Law Review*, 48/2011, 147.

⁷ David L. Shapiro, „Should a Guilty Plea Have Preclusive Effect?”, 70 *Iowa Law Review* 27 (1984), 40; Avishalom Tor et al., „Fairness and the Willingness to Accept Plea Bargain Offers”, *Empirical Legal Studies* 97/2010; Josh Bowers, „Punishing the Innocent”, *University of Pennsylvania Law Review* 156/2008, 117.

се није служила недозвољеним методама.⁸ Иако је оптужбу за преписивање на испиту неадекватно поредити са оптужбом за убиство или друга кривична дела, страх од казне и могућих последица, осећај немоћи, очаја и стреса неосновано оптужених лица је, психолошки посматрано, адекватан пандан за поређење.⁹

Примарни мотив који окривљене наводи да признају кривицу и закључе споразум иако нису извршили кривично дело је страх од строже казне која им се може изрећи након суђења. У вези са тим се истиче да ће и лице које је невино пристати на „добру понуду” посебно ако постоји и минимални ризик да на суђењу буде оглашено кривим и осуђено на строжу казну, што је посебно случај код кривичних дела за која се може изрећи смртна казна или казна доживотног затвора.¹⁰ Није занемарљив ни психолошки аспект, а верује се да „нагодба растеређује психолошког притиска и страха од изненадних заокрета на главном претресу”.¹¹ Невино лице не може знати ни на основу чега га је тужилац оптужио па полази од тога да ако је тужилац имао довољно основа да га погрешно оптужи, не постоји никаква гаранција да се и суд неће водити истом логиком и тужиочеве доказе сматрати довољним за осуду.¹²

1.1. Пракса Врховног суда САД

Америчка политика нулте толеранције према криминалитету која подразумева постојање смртне казне, казне доживотног затвора и закона „три удараца” (тзв. *three strike law*) за вишеструке повратнике, више него подстицајно делује на закључивање споразума, приморавајући чак и невине да пристану на „нагодбу”. Илустративан у том смислу је случај *Brady v. United States* у коме је Врховни суд САД први пут испитивао уставност споразума. Окривљеног је тужилаштво теретило за отмицу за коју му се, по федералном

⁸ Melissa B. Russano et al., „Investigating True and False Confessions with a Novel Experimental Paradigm”, *Psychological Science* 16/2005, 481-486.

⁹ Снежана Бркић даје добру анализу стреса коме је лице изложено приликом давања исказа, а несумњиво је да лажна оптужба за невино лице представља трауму, која се издваја као један од стресатора. Вид.: Снежана Бркић, „Утицај стреса на давање сведочког исказа”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)*, 4/2015, 1597-1632.

¹⁰ Блум и Хелм сматрају да ће окривљени пристати на нагодбу дело ако постоји и најмањи ризик да га порода огласи кривим и пошаље на електричну столицу. John H. Blume, Rebecca K. Helm, „The Unexonerated: Factually Innocent Defendants Who Plead Guilty”, *Cornell Law Review*, 100/2014, 170.

¹¹ Иштван Фејеш, „Амерички модел нагодбе у кривичном поступку посебно неки њени негативни аспекти”, *Зборник радова ПФНС*, 4/2012, 131.

¹² Alexandra Natapoff, „Negotiating Accuracy: DNA in the Age of Plea Bargaining” in D. Medwed, *Wrongful Conviction and the DNA Revolution: Twenty-five Years of Freeing the Innocent*, Cambridge University Press, 2017, 92.

закону, могла изрећи смртна казна. Видевши да су му шансе на суђењу минималне јер је саокривљени сведочио против њега, окривљени је пристао на нагодбу којом му је изречена казна затвора од 50 година, али је касније захтевао да повуче признање, наглашавајући да му је оно било „изнуђено” страхом од смртне казне. Међутим, Врховни суд САД је ово одбио истакавши да је окривљени био свестан свих последица закљученог споразума и датог признања, да признање које је добровољно дато мора остати на снази, као и да је споразум неопходан у правном систему САД јер би у супротном „правосудни систем колабирао под превеликим бројем предмета.” У пресуди је даље наведено да би „имали озбиљне сумње у вези са овим случајем да постоји вероватноћа да ће окривљени, саветовани од стране компетентних бранилаца, лажно признавати кривична дела и тиме осуђивати сами. Али наш став је супротан јер смо уверени да судови проверавају да ли је признање добровољно дато од стране разумног окривљеног који је имао стручну правну помоћ, те ништа не доводи у питање истинитост и поузданост таквог признања.”¹³

Исте године донета је прилично контроверзна одлука и дозвољено тзв. Алфордново признање којим суд прихвата споразум закључен од стране окривљеног који тврди да је невин. Верује се да оваква признања датирају још из средњег века и имају претечу у тзв. *nolo contendere plea*, али су озваничена тек 1970 године одлуком у случају Алфорд.¹⁴ Тужилаштво је теретило окривљеног за тешко убиство, за које му се могла изрећи смртна казна, али му је дало „понуду” да ову казну избегне тако што ће признати кривицу за обично убиство и прихватити казну од 30 година затвора. Након што је извршио увид у прибављене доказе и изјаве сведока, бранилац је саветовао окривљеног да „прихвати понуду”, што је окривљени на крају и учинио, све време инсистирајући на томе да је невин и наглашавајући да на споразум пристаје само да би избегао могућност да му порота изрекне смртну казну. Врховни суд САД је истакао да окривљени има могућност да закључи споразум чак и ако тврди да је невин, те да код ових осуда нема ништа спорно све док суд располаже и другим доказима који поткрепљују кривицу окривљеног и док је закључивање споразума ствар слободног и разумног избора.¹⁵ Алфордovo признање данас је дозвољено у свим америчким државама са изузетком Индијане, Мичигена и Њу Џерзија. Реч је о прилично „интересантној” правној конструкцији која дозвољава лицу које тврди да је невино

¹³ *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 743 (1970).

¹⁴ *Nolo contendere* или *no contest* (нема дилеме) потиче из поступка у коме би окривљени у нади да избегне затворски казну настојао да прекине кривично гоњење тако што би краљу дао одређену своту новца, и без изричитог признања кривичног дела. Овакав гест је сматран прећутним признањем и несумњиво је указивао да је окривљени крив, иако одбија да изричито призна. John H. Blume, Rebecca K. Helm, „The Unexonerated: Factually Innocent Defendants Who Plead Guilty”, *Cornell Law Review*, 100/2014, 172.

¹⁵ *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970).

да закључи споразум, а правда се принципом аутономије воље која окривљенима омогућава да и мимо признања закључе споразум и искористе његове бенефите, ако сматрају да им је тако нешто у интересу.

Судска аргументација у овим случајевима се заснива на претпоставци да је мала вероватноћа да стварно невини лица признају кривицу и пристају на нагодбу, међутим поменута ДНК тестирања су овај аргумент оповргла. И уместо да се више инсистира на доказној поткрепљености признања, америчка пракса отишла је у супротном смеру предвиђајући нову обавезну клаузулу споразума- да се окривљени изричито одрекне права да накнадно захтева ДНК тестирање?! Аналогно одрицању од права на жалбу у нашем праву, споразум у појединим америчким државама сада садржи клаузулу којом се окривљени одриче права да захтева ДНК тестирање и увид у материјалне доказе којим тужилаштво располаже?! Даље се наводи да је потписивањем споразума окривљени у потпуности свестан да тужилаштво нема обавезу да чува материјалне доказе, те да сходно томе они и неће бити расположиви за ДНК анализу.¹⁶

Овако нешто је омогућено ставом Врховног суда САД из 2002. године по коме тужилаштво није дужно да упозна окривљеног са доказима којима располаже, што се аргументује тиме да је увид у доказе неопходан за правичност суђења, али не и за добровољност признања које треба да буде последица слободне одлуке окривљеног.¹⁷ Полази се од тога да је признање добровољно ако није резултат физичке силе, претње или принуде,¹⁸ док је страх од строжије казне која може бити изречена након суђења ирелевантан и верује се да без овог „страха” ни сам институт нагодбе не би био могућ, јер је блаже кажњавање главни мотив окривљеног да пристане на споразум. Са друге стране, главне критике добровољности признања базирају се на томе да окривљеном, разлике у казни које му се могу изрећи након суђења, и не остављају разуман избор осим да призна кривично дело.¹⁹ Зато драконске

¹⁶ Оригинално, клаузула гласи: „By entering this plea of guilty, your client waives any and all right your client may have, pursuant to 18 U.S.C. § 3600 [the federal Innocence Protection Act], to require DNA testing of any physical evidence in the possession of the Government. Your client fully understands that, as a result of this waiver, any physical evidence in this case will not be preserved by the Government and will therefore not be available for DNA testing in the future. Наведено према: Samuel R. Wiseman, „Waiving Innocence”, 96 *Minnesota Law Review* 14/2012, 963.

¹⁷ *United States v. Ruiz*, 536 U.S. 622, 633 (2002).

¹⁸ „Изјава guilty plea се само тада сматра неслободним, ако је оно резултат стварне или припремене телесне повреде или ја дата под таквим психичким притиском који је паралисао вољу окривљеног. Другим речима, *добровољност* је задовољена, ако окривљени предности и или непогодности давања признања у односу на излазак на главни претрес може рационално проценити помоћу свог адвоката”. И. Фејеш, 2012, 137.

¹⁹ Вид. примера ради: John H. Langbein, „Torture and Plea Bargaining”, 46 *University of Chicago Law Review* 18 (1978); Ronald F. Wright, „Trial Distortion and the End of Innocence in Federal Criminal Justice”, 154 *University of Pennsylvania Law Review* 79 (2005).

казне и институти попут забране ублажавања казне испод законског минимума, подизање оптужнице на основу закона о повратницима и слично, чине моћно оружје у рукама тужилаца да издејствују нагодбу и споразуме чине принудним механизмом на који окривљени пристају само из страха од непримерено високе казне.

1.2. Пооштравање казнене политике као подстрек за закључивање споразума

У америчкој литератури се истиче да „како је законодавац повећао број кривичних дела и пооштрио санкције, тужиоцу је дао савршено оружје да издејствује нагодбу са окривљеним,”²⁰ а ова констатација примењива је и у нашем праву у светлу константног пооштравања казни, увођења казне доживотног затвора, забране ублажавања казне испод обавезног законског минимума за бројна кривична дела, посебних правила кажњавања вишеструких повратника и слично. По речима једног америчког аутора, „у временима када криминалитет постаје важно политичко питање законодавцу је најсигурније да инкриминише што више понашања и пооштри санкције како би јавност била намирена.”²¹

Како овај систем и закон „три удараца” функционише у пракси илустративно показује случај *Bordenkircher v. Hayes* у коме се окривљени теретио за прибављање имовинске користи од 88,30 долара издавањем чека без покрића. Тужилац му је споразумом понудио казну од 5 година затвора, што је окривљени одбио сматрајући казну престрогом за дело које је учинио. Како је окривљени раније био осуђиван, тужилац је подигао оптужницу по закону о повратницима (*Kentucky Habitual Criminal Act*) који је омогућавао да се сваком лицу које је раније два пута осуђиван за било које кривично дело, за следеће кривично дело изрекне казна доживотног затвора. Након што је порота нашла да је окривљени крив, суд га је осудио на казну доживотног затвора са могућношћу условног отпуста. Случај се нашао пред Врховним судом САД који је потврдио санкцију истакавши да се тужилац само служио својим законским могућностима и да је окривљени имао могућност избора да прихвати нагодбу која му је првобитно понуђена, а све док се окривљеном оставља могућност избора, признање је добровољно.²² Овај став је америчкој литератури доста критикован и истицано је да сама могућност избора не чини признање добровољним, јер „и разбојник са упереним пиштољем оставља жртви могућност да бира паре или живот.”²³

²⁰ William J. Stuntz, „Plea Bargaining and Criminal Law’s Disappearing Shadow”, *Harvard Law Review* 117/2004, 2548-2549.

²¹ W. J. Stuntz, „The Pathological Politics of Criminal Law”, *Michigan Law Review* 100/2001, 549.

²² *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978).

²³ Maximo Langer, „Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure”, *American Journal of Criminal Law*, 33/ 2006, 232.

Предложеним Нацртом Кривичног законика и у наше право се уводе посебне одредбе за кажњавање вишеструких повратника, по коме за кривично дело учињено са умишљајем за које је прописана казна затвора суд мора изрећи казну изнад половине распона прописане казне, под условом да је учинилац два или више пута осуђен за кривична дела учињена са умишљајем на затвор од најмање једну годину и да од дана отпуштања учиниоца са издржавања изречене казне до извршења кривичног дела није протекло пет година (чл. 9 Нацрта КЗ). Поред тога, уводи се казна доживотног затвора, поопштравају се казне за одређена кривична дела и шири се круг кривичних дела код којих је забрањено ублажавање казне испод посебног минимума.²⁴ Имајући у виду наведена искуства из САД овако строга казнена политика не доприноси сузбијању криминалитета, већ само подстицајно делује на закључивање споразума о признању кривичног дела. У оваквим случајевима окривљени, из страха од строге казне, радо пристају на нагодбе и договоре са тужилаштвом, без обзира на њихову стварну кривицу. Истиче се да „суштински проблем нагодбе и није у притиску на стварног учиниоца, да се одрекне свог права на главни претрес, већ понајвише у томе, да се врши притисак и на невиног, а врло често, на овог другог још и више... највеће повластице у замену за признање јавни тужилац ће понудити окривљеном који има највеће шансе за ослобођење.”²⁵

Крајња последица тога је да тужилац као извршно-судски орган постаје главни „пресудитељ” и стварни носилац власти кажњавања, док се инхерентне прерогативе суда у овом домену смањују. Тиме се фактички враћамо на озлоглашен инквизиторски систем у коме је исто лице и подизало оптужницу и одређивало казну. Стога не изненађује да се у САД где се 95% случајева решава нагодбама тужилац преузео улогу суда па се све више говори о „тужилачком пресудитељском систему” (*Prosecutorial Adjudication System*), у коме тужилац подиже оптужницу, одређује ко је крив, за које кривично дело и која му се казна треба изрећи.²⁶ Све чешћа примена споразума у нашем праву, која се индиректно додатно подстиче поопштравањем казни, прети да доведе до истог исхода претварајући јавног тужиоца у централну и најмоћнију фигуру кривичног поступка. Проблем је у томе што по уставној дефиницији тужилаштво није независно, већ само самостално, из чега следи његова начелно израженија веза са извршном влашћу.²⁷

Поред тога, фактор који прилично подстицајно делује на закључивање споразума у нашем праву је и велики број притворских предмета код којих

²⁴ Нацрт закона о изменама и допунама Кривичног законика доступан на: Република Србија, Министарство правде, <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, 12. мај 2019.

²⁵ И. Фејеш, 2012., 139.

²⁶ M. Langer, 2006., 248-265.

²⁷ Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2014, 109.

окривљени радо пристају на споразуме мотивисани тиме да што пре изађу из притвора или да се предложеном казном „покрије” време проведено у притвору. Окривљени се неретко воде и логиком да ће, ако одбију споразум и инсистирају на суђењу судија „намерно да их казни” тежом кривичном санкцијом. Исто тако, обележја појединих кривичних дела су прилично комплексна па стога и не изненађује констатација да „окривљени понекад признаје кривицу јер ни сам није сигуран да ли је крив или не”.²⁸ Примера ради, лице окривљено за нека кривична дела често ни само не зна да ли је својим понашањем извршило кривично дело, да ли има статус одговорног лица, да ли је оштетило повериоце, да ли је за производњу или прераду робе била потребна дозвола надлежног органа и слично. У оваквим случајевима лако може доћи до погрешног признања. Разлика између лажног и погрешног признања је у томе што код лажног признања окривљени свесно признаје кривично дело из најразличитијих разлога иако зна да га није извршио, док погрешна признања потичу из његове заблуде о околностима случаја па ни сам није сигуран да ли је кривично дело извршио или не.²⁹ Окривљеном је зато неопходна помоћ браниоца али проблем је у томе што су браниоци постављени по службеној дужности мотивисанији да што пре реше случај него да доказују невиност свог клијента. Сходно одредбама Законика о кривичном поступку (ЗКП),³⁰ код закључивања споразума окривљени мора имати браниоца од почетка преговора са јавним тужиоцем (чл. 74 ст. 1 т. 8), а браниоца му по логици ствари у том случају поставља јавни тужилац јер се пре почетка преговора предмет најчешће налази у тужилаштву. Сасвим је нелогично да бранилац постављен од стране јавног тужиоца инсистира на суђењу, када му се ангажман по службеној дужности односи управо на закључивање споразума.

1.3. Доказна (не) поткрепљеност признања

Приликом склапања нагодбе уопште се и не утврђује да је је окривљени крив или не, јер „када је понуда довољно примамљива, рационално је да окривљени одбије ризик суђења без обзира на то да ли стварно и постоје докази који указују на његову кривицу ван разумне сумње.”³¹ Шта више,

²⁸ Kevin C. McMunigal, „Guilty Pleas, Brady Disclosure, and Wrongful Convictions”, *Case Western Reserve Law Review* 57/2007, 653.

²⁹ М. Грубач истиче да „погрешна признања потичу из заблуде о околностима случаја и халуцинације, а лажна из великог броја разноврсних разлога.” Момчило Грубач, *Кривично процесно право-увод и општи део*, Службени гласник, Београд 2004, 308.

³⁰ Законик о кривичном поступку- ЗКП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

³¹ Russell D. Covey, „Longitudinal Guilt: Repeat Offenders, Plea Bargaining, and the Variable Standard of Proof”, *Florida Law Review* 63/2011, 437.

ниједна законска одредба и не обавезује орган поступка да приликом закључивања споразума квалитативно проверава признање у смислу члана 88 ЗКП. Ако окривљени призна кривично дело на припремном рочишту (члан 350 ЗКП) или на главном претресу (чл. 394 ЗКП), Законик обавезује суд да провери да ли признање испуњава услове из члана 88 ЗКП односно да ли постоји сумња у његову истинитост као и да ли је оно непотпуно, противречно, нејасно или у супротности са другим доказима. За разлику од тога код споразума се само проверава да ли је признање свесно и добровољно дато, а више се не захтева ни да оно буде „доказно поткрепљено”.

Док је раније законско решење као један од услова за прихватање споразума предвиђало и то да је признање „поткрепљено другим доказима” (чл. 282в ст. 8 т. 4 ЗКП/2001),³² сада се само захтева да признање „није у супротности са другим доказима.” (чл. 317 ст. 1 т. 3 ЗКП). Творци Законика ову разлику илуструју следећим примером- доказ који би *йойккрейио* признање окривљеног да је обио одређену продавницу био би на пример отисак папеларних линија окривљеног или пронађених ствари из обијене продавнице код окривљеног. С друге стране, записник о увиђају којим се констатује да је наведена продавница обијена уз одузимање робе, био би доказ који *није у суйројносџи* са признањем окривљеног и као такав „потпуно довољан да његово признање учини прихватљивим за суд”.³³ Не захтева се дакле да постоје докази који говоре у прилог истинитости признања окривљеног, већ је довољно да постојећи докази нису у супротности са његовим признањем. Непостојање било каквог доказа по логици ствари не може бити супротно признању из чега произилази да је само признање довољно за закључивање споразума. И у наведеном примеру, записник о увиђају само говори у прилог чињенице да је продавница обијена, али ни на који начин не доказује да је то учинио окривљени. Сходно томе, како ни ЗКП више не захтева доказну поткрепљеност признања, не постоји никаква гаранција да окривљени неће лажно признавати кривична дела и пристајати на закључење споразума подстакнути најразличитијим мотивима.

У нашој литератури је истицано да признање може бити лажно из много разлога – признање малолетника из разлога спасавања одраслих сродника, за награду, из другарске солидарности, признање душевно поремећених и др.³⁴ „Лажно признају родитељи да би од кривичне одговорности заштитили своју децу и обрнуто, малолетници којима се не може изрећи смртна казна

³² Законик о кривичном поступку, *Службени лисџ СРЈ*, бр. 70/2001 и 68/2002 и *Службени гласник РС*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005- др. закон, 49/2007, 20/2009-др. закон и 72/2009.

³³ Горан П. Илић *et al*, *Коменџар Законика о кривичном йосџујуку*, Службени гласник, Београд 2012, 675.

³⁴ Тихомир Васиљевић, *Сисџем кривичног йпроцесног йправа СФРЈ*, Београд 1981, 333.

тј. сада казна доживотног затвора (*йрим. ауѿора*), да би је избегао пунолетни сродник коме би могла бити изречена. Туђа одговорност се лажно признаје за награду (професионални окривљеници), некада да би бескућник себи обезбедио затворски смештај и храну, неки окривљени лажно признају због тежње да уз помоћ публицитета привуку на себе пажњу и да као као „хероји дана” дођу у центар интересовања јавности итд.”³⁵ Свим овим разлозима се данас, у времену споразумевања о кривици, може додати и онај пресудни и највећи а то је страх окривљеног да ће му након суђења бити изречена строжија казна или да ће их судија намерно строжије казнити ако одбију споразум и инсистирају на суђењу.

Због тога је дуги низ година у нашем праву признању негиран доказни значај, а начело утврђивања материјалне истине је налагало да се докази изводе, а поступак наставља упркос признању. Полазило се од тога да суд као државни орган поступа у јавном интересу а тај интерес подразумева тачно историјско утврђивање онога шта се заправо десило, без обзира на то да ли су странке сагласне око постојања одређених чињеница или не. Како је кривично дело „јавна ствар” која не погађа само странке већ и заједницу у целини, странке и не могу својом сагласношћу у погледу неких чињеница елиминисати потребу за њиховим доказивањем. Овакав третман признање окривљеног у мешовитом процесном моделу дугује и историјском наслеђу инквизиторског поступка у коме је признање сматрано краљицом доказа (*regina probationem*), па су и најокрутнија средства тортуре била дозвољена само да се до њега дође.³⁶ Након што просветитељи у 18. веку предвођени Волтером, Русоом и Бекаријом подижу јаке критичке гласове против оваквог система, настаје нови, мешовити модел кривичног поступка у коме се признању негира сваки доказни значај, превасходно из бојазни од поновног увођења тортуре.³⁷

Међутим интересантно је да данас наилазимо на поређења савременог „адверзијалног” поступка са средњевековном тортуром, а кључна карика налази се управо у споразуму о признању кривичног дела. Овај став аргумендује се следећим чињеницама: а) и код споразума је, као у средњевековној

³⁵ М. Грубач, 308-309.

³⁶ Од средине 13 до средине 18 века тортура је представљала окосницу континенталног (инквизиторског) кривичног поступка. Тадашње „право” дозвољавало је примену најразличитијих облика свирепог мучења како би изнудило признање окривљеног. То је била последица формалне оцене доказа која је креирана у 13 веку као замена за ранији систем Божјег суда који је католичка црква укинула 1215. године. Након тога су глосатори развили систем по коме осуда треба да се заснива на сведочењу два очевидца, а ако је очевидце било немогуће наћи, алтернатива за осуду била је признање окривљеног. Више о томе: Иштван Фејеш, „Положај окривљеног у истрази у неким историјским моделима кривичног поступка”, *Зборник радова ПФНС*, 4/2014, 103-129.

³⁷ В. Бајовић, *О чињеницама и исјини у кривичном йосѿујуку*, Београд, 2015, 79-83.

инквизицији признање окривљеног кључни доказ јер се на основу њега доноси пресуда; б) као у средњовековном инквизиторском поступку и у случају закључивања споразума о признању кривичног дела иста она особа која подиже оптужницу тј. јавни тужилац фактички и одређује казну; в) психолошки притисци на окривљеног да призна кривицу који се огледају у страху од капиталне санкције могу се поредити са некадашњим физичким притисцима- принцип је дакле исти само су средства суптилнија.³⁸

2. „ПРОШИРЕНО ДЕЈСТВО” ПРЕСУДЕ ДОНЕТЕ НА ОСНОВУ СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Друга опасност споразума не произилази из саме природе овог института већ из његове примене у нашој пракси. Она се огледа у томе што се пресуде донете на основу споразума користе као доказ у другим кривичним поступцима, против других окривљених. Врховни касациони суд је 2014. године заузео став да се саоптужени односно осуђени према коме је кривични поступак већ окончан правноснажном пресудом донетом на основу споразума о признању кривичног дела не може позивати на претрес и испитивати у својству сведока, него да се уместо тога, само врши увид у његов исказ наведен у пресуди донетој на основу споразума, а у складу са чланом 406. став 1. тачка 5. ЗКП.³⁹

У складу са овим ставом су и касније одлуке да се „на записнику о исказу саоптуженог према којем је, на основу споразума о признању кривице поступак већ окончан правноснажном осуђујућом пресудом, може заснивати судска одлука”⁴⁰; да је „читањем и упознавањем са садржином правноснажне пресуде донете на основу споразума суд извео дозвољен доказ упознавањем са садржином исправа – правноснажних пресуда донетих против других окривљених на основу споразума о признању кривичних дела”⁴¹; да се „докази прибављени увидом у правноснажну пресуду којом је прихваћен споразум о признању кривичног дела између надлежног тужиоца и окривљеног, као и његов исказ о кривичном делу за које није оптужен, могу користити у кривичном поступку као законити и дозвољени тако да на њима може да буде заснована судска одлука.”⁴² итд.

³⁸ J. H. Langbein, "Torture and Plea Bargaining", The University of Chicago Law Review, <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=ucilrev>, 5. мај 2019.

³⁹ Утврђено на седници Кривичног одељења Врховног касационог суда 31. марта 2014. године

⁴⁰ Пресуда Врховног касационог суда, Кзз 1185/2014 од 24.12.2014. године.

⁴¹ Пресуда Врховног касационог суда, КЗЗ ОК 8/2014 од 22.05.2014. године.

⁴² Пресуда Врховног касационог суда, Кзз 608/2018(1) од 7.6.2018. године.

Произилази да се судови руководе следећом логиком. Као прво, пресуда донета на основу споразума се као и свака друга пресуда сматра јавном исправом, а ЗКП као доказну радњу предвиђа увид у садржину исправа. Као друго, саокривљени који закључи споразум не може се испитивати у поступку против других саокривљених већ ће се само извршити увид у његов исказ садржан у исправи тј. пресуди којом је споразум прихваћен, а у складу са чланом 406 став 1 тачка 5 ЗКП. Обе премисе заслужују критику.

Исправом се, у смислу члана 2. став 1. тачка 26. ЗКП сматра сваки предмет или рачинарски податак који је подобан или одређен да служи као доказ чињенице која се утврђује у поступку. Правноснажна пресуда се у том смислу може сматрати јавном исправом будући да ју је „издало” тачније донело лице у вршењу јавног овлашћења које му је поверено законом. Како се ради о јавној исправи, полази се од претпоставке њене тачности, а лице које тврди супротно може да доказује да садржај исправе није веродостојан или да исправа није правилно састављена (члан 138 став 3 ЗКП).

Пресуда донета на основу споразума може се сматрати јавном исправом, али као веродостојне чињенице из те пресуде чија се тачност претпоставља, могу се сматрати само оне чињенице које је утврдио суд и то: а) да је окривљени у споразуму са тужиоцем признао кривично дело; б) да је суд прихватио тај споразум; в) да је окривљени оглашем кривим и да му је изречена санкција. Са друге стране, чињенични опис кривичног дела наведен у оваквој пресуди није *ујиврђен* од стране суда већ *договорен* од стране странака, па се не може сматрати „веродостојним” садржајем издаваоца јавне исправе. тј. суда.

Чињенични опис дела је изворно садржан у споразуму о признању кривичног дела, па би суд као доказ у другом кривичном поступку евентуално могао да користи овај споразум, а не пресуду која је на основу њега донета. Имајући у виду уговорну природу споразума,⁴³ он се не може сматрати јавном већ обичном исправом, што би тужиоцу налагало да докаже његову веродостојност извођењем других доказа. Ово је наравно нерално очекивати јер је тужилац и закључио споразум како не би морао да доказује чињенице, па је апсурдно од њега очекивати да те чињенице доказује у другом кривичном поступку против другог окривљеног. Међутим, подједнако је апсурдно и ове „договорене чињенице” користити као доказ у другом поступку против другог окривљеног.

Приликом закључивања споразума окривљени фактички „тргује” својим процесним правима рачунајући да му се тако нешто „исплати” због блаже

⁴³ Споразум о признању кривичног дела је по својој правној природи уговор између тужиоца и одбране потврђен од стране суда. О правној природи споразума опширније: В. Бајовић, „Правна природа и правно дејство Споразума о признању кривичног дела”, *Правни живот* 9/2015, 671-685.

санкције и ништа га не спречава ни да лажно призна кривицу ни да својим исказом терети друга лица. Утолико је проблематичнији став судске праксе да се овакав исказ користи као доказ у поступку против других саокривљених. Као *љрво*, овакав исказ нема никакву тежину. Не ради се о исказу сведока кога би заклетва и страх од кривичне одговорности терали на истинито исказивање, већ о исказу окривљеног који није дужан да говори истину и не може одговарати за кривично дело давања лажног исказа. Не ради се ни о пресуди донетој у редовном кривичном поступку, на основу извођења других доказа којим би се поткрепили или оповргнули наводи оптуженог, већ о исказу датом приликом закључивања споразума који се нити проверава, нити доказно поткрепљује. *Друго*, овакав став ВКС широм отвара врата за бројне злоупотребе. Тужилац може намерно закључити споразум са једним или више саокривљених како би они у свом исказу теретили друге саокривљене или навели друге околности који ће тужиоцу знатно олакшати доказни терет. Примера ради тужилац који нема чврсте доказе да се лице А бавило препродајом опојне дроге може закључити споразум са лицем Б и договорити се да лице Б у свом исказу наведе да је опијате набављало од лица А. Како се лице Б и не испитује у поступку који се води против лица А, лице А и нема могућност да оспори чињенице наведене споразумом и докаже да лице Б није говорило истину. Тиме је тужиочев доказни терет знатно олакшан, али је обесмишљено постојање кривичног поступка као таквог, будући да се пресуде заснивају на произвољним договорима и уступцима уместо на доказима.⁴⁴

Стога не изненађује да је у многим државама изричито забрањено коришћење оваквих исказа. Примера ради, члан 250. немачког Законика о кривичном поступку изричито прописује да „ако се доказ за неке чињенице заснива на запажању неког лица, неопходно је да се то лице испита на главном претресу. Испитивање се не може заменити читањем записника о ранијем саслушању или писаном изјавом”.⁴⁵ Чак и англосаксонским прецедентним системима институт *stare decisis* дејствује у том смислу да прецедентни значај могу имати само правни закључци суда али не и чињенице утврђене у том другом поступку. Верује се наиме да унакрсно испитивање сведока има главну улогу у заштити основних људских права и сматра се „најбољом машинеријом која је икада осмишљена за откривање истине.”⁴⁶ Заснивање

⁴⁴ В. Бајовић, „Исказ саокривљеног као доказ у кривичном поступку”, *Правни живои* 9/2017, 715-730.

⁴⁵ *Законик о кривичном љосјујуку* – Strafprozeßordnung (StPO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die durch Artikel 5 Absatz 4 des Gesetzes vom 10. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3799), верзија на енглеском језику доступна на: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 7. мај 2019.

⁴⁶ Татјана Бугарски, „Испитивање сведока”, *Зборник радова ПФНС*, 4/2013, 138-139.

пресуде на чињеницама у погледу којих окривљеном није дата могућност да се изјасни, испита сведоке и изведе друге доказе доводи у питање право на одбрану а самим тим и правичност поступка у целини.⁴⁷

Пре пар година се пред Европским судом за људска права нашао предмет у коме је подносилац представке тврдио да му је повређена претпоставка невиности, јер су остали саокривљени, у споразуму који су закључили са тужилаштвом, наводили и његов допринос у извршењу кривичног дела, иако му је суђено у одвојеном поступку (*Караман њројив Немачке*).⁴⁸ ЕСЈП је истакао да је „у комплексним кривичним поступцима који укључују више окривљених у погледу којих се воде одвојени кривични поступци, немогуће избећи да се на суђењима и у пресудама помињу и друга лица, којима се одвојено суди. Суд је дужан да што прецизније утврди све релевантне чињенице везане за кривично дело које је предмет кривичног поступка, а неизбежно је да те чињенице понекад обухватају и понашања трећих лица. У случају да се такве чињенице наводе, треба их свести на најмању могућу меру, тачније ону меру која је неопходна да се утврди кривица оптужених у конкретном поступку.”⁴⁹ ЕСЈП је ипак нашао да претпоставка невиности није повређена првенствено из разлога што немачко право јасно и недвосмислено прописује да никави закључци о кривици неког лица не могу бити извучени из поступка у коме то лице није учествовало.⁵⁰

Међутим позивање наше праксе на случај Караман је неадекватно из једног више него очигедног разлога. Наши судови наимае, када врше увид у пресуде донете на основу споразума позивају се на члан 406 став 1 тачка 5 ЗКП који дозвољава да се на главном претресу изврши увид у исказ саоптуженог према коме је кривични поступак раздвојен или правноснажно окончан, уместо његовог непосредног испитивања на главном претресу. Немачки ЗКП, супротно томе, у члану 250. изричито забрањује да се на главном претресу читају записници о ранијем саслушању неког лица или њихове писане изјаве, већ налаже њихово непосредно испитивање. Дакле, за разлику од нашег окривљеног, окривљени у Немачкој има право да на главном претресу непосредно испита саокривљене који су му нагодбом стављали

⁴⁷ У америчкој литератури је истицано да се преузимањем чињеница из других предмета као утврђених било супротно Уставу САД јер се тиме доводи у питање основно права окривљеног да испита сведоке против себе, негира се претпоставка невиности и право окривљеног на правично суђење. Види: Patricia M. Wald, "The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Comes of Age: Some Observations on Day-to-Day Dilemmas of an International Court", *Washington University Journal of Law & Policy*, Vol. 5. (2001), pp. 111-112.

⁴⁸ *Karaman v. Germany* (Application no. 17103/10) Judgement of 27 February 2014.

⁴⁹ *Karaman v. Germany*, *op. cit.*, пар. 64.

⁵⁰ *Karaman v. Germany*, *op. cit.*, пар. 65. ЕСЈП се наимае позвао на поменути члан 250 немачког ЗКП који забрањује читање записника о ранијем саслушању или писаном изјавом неког лица, већ налаже његово непосредно испитивање на главном претресу.

одређена понашања на терет, што је и дало основа Европском суду за аргументацију да претпоставка невиности није повређена из разлога што „немачко право јасно и недвосмислено прописује да никакви закључци о кривизи неког лица не могу бити извучени из поступка у коме то лице није учествовало”. Управо због тога у конкретном случају је и било постављено само питање кршења претпоставке невиности, не и права окривљеног да испитује сведоке против себе из члана 6. став 3. тачка д. ЕКЈП, које се поступањем домаће праксе, константно доводи у питање.

ЗАКЉУЧАК

Основне опасности нагодбе произилазе из лажних исказа окривљеног који се нити проверавају нити доказно поткрепљују, јер се полази од претпоставке да ниједно разумно лице неће признати кривицу и пристати на закључивање споразума уверено да ће га невиност заштитити од осуде. Међутим, вековна пракса кривичног поступка оборила је ову претпоставку показавши да су лажна признања чешћа него што се претпоставља и мотивисана најразличитијим разлозима. Ти разлози првенствено се огледају у страху од теже казне која може бити изречена након суђења, психолошком притиску и агонији у којој се невини оптужени налази, потреби да се заштити друго лице или за новчану надокнаду преузме туђа одговорност и слично. На тај начин случај бива формално решен, али кривично право не остварује своју заштитну функцију имајући у виду да невини лице служи казну, а стварни извршиоци остају на слободи.

Пооштравање казнене политике додатно подстиче овакво стање, имајући у виду да је страх од могуће казне код окривљених већи, те се проценуално повећава и број споразума. Крајња последица тога је да тужилац, као извршно судски орган, постаје и фактички „пресудитељ” и носилац стварне власти кажњавања. Дакле уочљив је парадокс да се у временима инсистирања на „заштити људских права и демократских вредности” враћамо на озлоглашена обележја средњовековне инквизиције у коме је исто лице вршило кривични прогон, изнуђивало признање и одређивало казну. Стога не изненађује да је “нагодба” предмет оштрих критика у држави из које и потиче и у којој је доминантан механизам за решавање кривичних случајева.

Додатни разлог за забринутост изазива „проширена примена” овог института у нашој пракси која омогућава да се чињенице договорене споразумом користе као доказ у поступцима против других окривљених, без да им се остави могућност да чињеничне наводе оповргну испитивањем сведока, односно окривљеног који је споразум закључио. Лажно признање окривљеног „на своју штету” може се и правдати теоријом аутономије воље и слободним

избором лица да одлучује о својој судбини, али за коришћење пресуде донете на основу споразума у поступцима против других лица не може се наћи ниједно рационално и правно утемељено оправдање. У оваквој ситуацији се заправо као доказ користи исказ лица које законски није дужно да говори истину, без да се окривљенима оставља могућност да се са тим лицем непосредно суоче и испитају га на главном претресу.

На тај начин сви бенефити споразума који се огледају у бржем, ефикаснијем и јефтинијем поступку падају у воду пред Пандорином кутијом процесних неправилности, доказујући тачност констатације да је споразум о признању кривичног дела „скоро па савршен систем за осуду невиних”.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Литература

- Avishalom Tor et al., „Fairness and the Willingness to Accept Plea Bargain Offers”, *Empirical Legal Studies* 97/2010
- Alschuler Albert, “A Nearly Perfect System for Convicting the Innocent,” *University of Chicago Public Law & Legal Theory Paper Series*, 612/2017
- Бајовић Вања, *О чињеницама и истини у кривичном поступку*, Београд, 2015
- Бајовић Вања, „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и суђење у разумном року”, у С. Бејатовић (ур.) *Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет*, Београд, 2015
- Бајовић Вања, „Правна природа и правно дејство Споразума о признању кривичног дела”, *Правни живот* 9/2015
- Бајовић Вања, „Исказ саокривљеног као доказ у кривичном поступку”, *Правни живот* 9/2017
- Blume John H., Helm Rebecca K., „The Unexonerated: Factually Innocent Defendants Who Plead Guilty”, *Cornell Law Review*, 100/2014
- Bowers Josh, „Punishing the Innocent”, *University of Pennsylvania Law Review* 156/2008
- Бркић Снежана, „Утицај стреса на давање сведочког исказа”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)*, 4/2015
- Бугарски Татјана, „Испитивање сведока”, *Зборник радова ПФНС*, 4/2013
- Васиљевић Тихомир, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Београд 1981
- Gilchrist Gregory M., „Plea Bargains, Convictions and Legitimacy”, *American Criminal Law Review*, 48/2011
- Грубач Момчило, *Кривично процесно право-увод и општи део*, Службени гласник, Београд, 2004.
- Dervan Lucian E., *Bargained Justice: Plea-Bargaining's Innocence Problem and the Brady Safety-Valve*, *Utah Law Review* 51/2012
- Илић Горан П. et al, *Коментар Закона о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд 2012

- Langbein John H., „Torture and Plea Bargaining”, 46 *University of Chicago Law Review* 18 (1978);
- Langer Maximo, „Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure”, *American Journal of Criminal Law*, 33/ 2006
- Medwed Daniel S., „Beyond Biology: Wrongful Convictions in the Post-DNA World”, *Utah Law Review* 1/2006.
- McMunigal Kevin C., „Guilty Pleas, Brady Disclosure, and Wrongful Convictions”, *Case Western Reserve Law Review* 57/2007
- Natapoff Alexandra, „Negotiating Accuracy: DNA in the Age of Plea Bargaining” in D. Medwed, *Wrongful Convictiona and the DNA Revolution: Twenty-five Years of Freeing the Innocent*, Cambridge University Press, 2017
- Russano Melissa B. et al., „Investigating True and False Confessions with a Novel Experimental Paradigm”, *Psychological Science* 16/2005.
- Stuntz William J., „The Pathological Politics of Criminal Law”, *Michigan Law Review* 100/2001
- Stuntz William J., „Plea Bargaining and Criminal Law’s Disappearing Shadow”, *Harvard Law Review* 117/2004
- Shapiro David L., „Should a Guilty Plea Have Preclusive Effect?”, 70 *Iowa Law Review* 27 (1984)
- Фејеш Иштван, „Амерички модел нагодбе у кривичном поступку посебно неки њени негативни аспекти”, *Зборник радова ПФНС*, 4/2012
- Фејеш Иштван, „Положај окривљеног у истрази у неким историјским моделима кривичног поступка”, *Зборник радова ПФНС*, 4/2014
- Covey Russell D., „Longitudinal Guilt: Repeat Offenders, Plea Bargaining, and the Variable Standard of Proof”, *Florida Law Review* 63/2011
- Шкулић Милан, *Кривично процесно право*, Београд 2014
- Wald Patricia M., „The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Comes of Age: Some Observations on Day-to-Day Dilemmas of an International Court”, *Washington University Journal of Law & Policy*, Vol. 5. (2001)
- Wiseman Samuel R., „Waiving Innocence”, 96 *Minnesota Law Review* 14/2012
- Wright Ronald F., „Trial Distortion and the End of Innocence in Federal Criminal Justice”, 154 *University of Pennsylvania Law Review* 79 (2005)

Интернет извори:

- Bundesministerium der Justiz und fur Verbraucherschutz,
Innocence Project, <https://www.innocenceproject.org/all-cases/>
- Република Србија, Министарство правде, <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>
- Karaman v. Germany* (Application no. 17103/10) Judgement of 27 February 2014. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-141197%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-141197%22]})
- The National Registry of Exonerations, <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/False-Confessions.aspx>

*Vanja M. Bajović, Ph.D., Assistant Professor
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
bajovic@ius.bg.ac.rs*

Dark Side of the Plea Bargaining

Abstract: *Plea bargaining is a procedural mechanism through which criminal case is resolved without trial, by consensus of the parties. The agreement consists of the defendant pleading guilty in exchange for prosecutor's promise to charge him less serious than is supported by the evidence, not to charge him for some crimes or to request certain sentence. Plea bargaining is product and significant part of the American criminal justice, where the vast majority of criminal cases are settled on that way. This institute was introduced in Serbian law in 2009, with the aim to simplify criminal procedure, making it more efficient and faster.*

In the Article is discussed the extent of plea bargaining's innocence problem. The basic question is whether is true the statement of Professor Alshuler that a plea bargaining is „a nearly perfect system for convicting the innocent”. In regard with that, the questions that are discussed are why innocent plead guilty, whether policy of ‘zero tolerance’ on criminality favour plea agreements, how the prosecutor becomes the most importunate figure of the criminal justice system etc.

According to Serbian CPC defence is not allowed to cross-examine co-defendant who is already convicted or prosecuted in severed criminal proceedings, but instead of that judge just read the transcript of his testimony (Art. 406). The Highest Court of Cassation even more broadened the effects of this problematic provision, allowing as evidence against defendant the statement of co-defendant given in the plea agreement, instead of his direct examination! In the last part of the paper is analysed this problematic view and the extended effect of plea agreement in Serbian case law.

Keywords: *plea agreement, false confession, presumption of innocence.*

Датум пријема рада: 31.05.2019.

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

ЕВИДЕНЦИЈЕ „МОГУЋИХ НАСИЛНИКА“

Сажетак: По Кривичном законнику сваки учинилац кривичног дела уписује се у казнену евиденцију (КЕ). Реч је о лицима која су правноснажном судском одлуком олажена кривим за кривично дело за које су жонени. КЕ води надлежна организациона јединица министарства унутрашњих послова. Од 2005. године прописује се вођење једне посебне евиденције, у које се уписују само лица којима је надлежни суд изрекао једну или више мера заштитне од насиља у породици. На крају, 2006. године уводи се вођење евиденција у које се уписују могући учиниоци кривичних дела. Предмети највећег аутора су евиденције о лицима којима је изречена мера заштитне од насиља у породици и евиденција о могућим учинилаца кривичних дела.

Кључне речи: насилник, могући насилник, учинилац кривичног дела, евиденција, правне последице.

УВОД

Доношење нових казnenих закона као и измена и допуна постојећих у Републици Србији није реткост.¹ Често се приликом доношења измена и допуна закона не води рачуна о усклађености са осталим текстом истог закона који се не мења или допуњује.² Такође, нису занемарљиви случајеви да

¹ Као што се у науци наводи: Обим и учесталост промена и измена у нашем кривичном праву и праву кривичног поступка (у даљем тексту: кривичног права) нужно води питању одакле је порекло све те законодавне динамика и ужурбаности и како је могуће да је она узела маха? Бранислав Ристивојевић, Истина као главна жртва англоамериканизације домаћег кривичног права: Дарвинов расад у српској шуми, Зборник радова – LV Редовно годишње саветовање удружења – Суђење у разумном року и дружи кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет – Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Златибор, септембар 2015, 1. Доступно на: <http://www.propisionline.com/Books/Books/1668> (14.4.2018.)

² На пример вид. Иван Милић, Шта ново доноси Закон о изменама и допунама Закона о прекршајима?, *Безбедности, полиција, грађани*, 1-2/2017, 115–125.

се приликом доношење новог закона уопште „не прочита“ шта пише у другим законима који регулишу исту казнену област. С тим у вези, примена неусклађених и/или контрадикторних прописа ствара огромне проблеме у пракси, док је правна сигурности посебно питање.

Доношењем „специјалних закона“ између осталог се одступа од основних начела „основних закона“ која уређују казнену материју. Ми ћемо у овом раду указати на одређене нелогичности које се тичу евиденција *могућих насилника њородичног насиља*. Реч је о томе да се лица иако нису учинила кривично дело уписују у *одређене евиденције*, с тим да се из једне евиденције никад не бришу. Уписују се у евиденције јер су *могући учиниоци* одређених кривичних дела, пре свега насиља у породици.

Наслов рада Евиденција „могућих насилника“ је криминолошки. Наслов је могао и да гласи, уколико би га одредили посматрано из угла кривичног права, Евиденције „могућих учинилаца“ кривичног дела насиља (у породици). Такође, наслов би могао да гласи и Евиденција „могућих осуђеника“ због кривичног дела насиља (у породици), уколико бисмо наслов дефинисали са аспекта процесног или извршног кривичног права. Ми смо се одлучили за овакав наслов из разлога што се лице иако *није* учинило кривично дело (није учинилац, односно осуђени) уписује у одређене евиденције и добија етикету насилника³ – иако то (још увек) није.

Циљ рада огледа се у томе да се утврди, пре свега, која је сврха вођења евиденција, ко их води, коме се подаци из њих могу дати, када се подаци из њих бришу. Једна од хипотеза рада јесте и да се потпуно неоправдано воде одређене евиденције, јер постоји основна евиденције (КЕ)⁴ у којој се уписују само они учиниоци кривичних дела за које је правноснажном судском одлуком утврђено да су криви. С тим да се нећемо много бавити казненом евиденцијом, осим онолико колико је то потребно да би се боља сагледали предметна проблематика, из разлога што се о њој расправљало у науци.⁵

1. ОПШТА РАЗМАТРАЊА О ЕВИДЕНЦИЈАМА УЧИНИЛАЦА КАЗНЕНИХ ДЕЛА

У Републици Србије постоје три врсте казнених дела, и то: кривична дела, прекршаји и привредни преступи. Законима којима се уређује одређена

³ Насилник: особа склона насиљу, силеџија (...). Мило Бошковић, *Криминолошки лексикон*, Нови Сад, 1999, 202.

⁴ Предмет пажње аутора свакако нису „оперативне евиденције“ МУП-а и служби безбедности.

⁵ О томе посебно вид. Емир Ћоровић, Казнена евиденција у кривичном законодавству Србије, *LVI Савештовање Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу*, Златибор, 2016, 199-201.

казнена област уређује се и вођење евиденција учинилаца казних дела. Свако *осуђено лице* у кривичном поступку уписује се у казнену евиденцију (КЕ), на законом прописани временски период, с тим да постоје и *осуђена лица* која се никад не бришу из казнене евиденције.⁶ У *казнену евиденцију* уписују се само она окривљена лица за које је суд у својој правноснажном судској одлуци утврдио да су крива. Тек када *окривљени* постане *осуђени* следи и уписивање у КЕ.⁷ У Кривичном законiku се налазе одређене одредбе којима се уређује поједина питања КЕ, али се Правилником о казненој евиденцији⁸ ближе уређује само вођење казнене евиденције. Уколико је суд у кривичном поступку изрекао казну малолетничког затвора или васпитну меру, та осуда се не уписује у КЕ већ се води посебна евиденција од стране надлежног суда.⁹ На крају, води се и посебна евиденција у којој се уписују *осуђена права лица*.¹⁰

Према Закону о прекршајима¹¹ свако прекршајно кажњено лице уписује се у регистар санкција на одређено време. Реч је о посебној „прекршајној евиденцији“, коју воде надлежни прекршајни судови.¹² У вези са трећом врстом казних дела, привредним преступима, према Закону о привредним преступима¹³ свако лице које је осуђено због овог казног дела уписује се у евиденцију који воде надлежни суд. За све ове евиденције једно је заједничко, а то је да се лица уписују у евиденције само онда када стекну статус *осуђеног/кажњеног лица*.

⁶ Учиниоци појединих кривичних дела, осим у КЕ, уписују се и у посебну евиденцију. О томе вид. Бранислав Ристивојевић, «Пунитивни популизам» српског законодавца критичка анализа тзв. Маријиног закона, Педесето Саветовање Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, 2013, 332-334.

⁷ У КЕ се уписују и лица за које је у поступку утврђено да су неурачунљива, тј. лица којима су изречене мере безбедности психијатријског карактера. О тим проблемима вид. Иван Милић, *Индивидуализација казне затвора – криминолошки, кривичноправни и психолошки аспекти*, Нови Сад, 2017, 255-266. (докторска дисертација).

⁸ Правилник о казненој евиденцији, *Службени лист СФРЈ*, бр. 5/79.

⁹ Реч је о евиденцији која се *водила* на основу Правилника о начину вођења евиденције о изреченим васпитним мерама и казни малолетничког затвора, *Службени гласник РС*, број 63/06. Међутим, Уставни суд је утврдио да овај Правилник није у сагласности са Уставом и законом. Вид. Одлуку УС број – ИУо-194/2013, објављена у Сл. гласнику РС, бр. 24/2017 од 17. марта 2017. г.

¹⁰ Уређује се Законом о одговорности правних лица за кривична дела, *Службени гласник РС*, бр. 97/2008.

¹¹ Закон о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 65/2013, 13/2016, 98/2016 (Одлука Уставног суда).

¹² О овој евиденцији вид. Иван Милић, Евиденција прекршајно кажњених лица, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2015, 239–251.

¹³ Закон о привредним преступима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 4/77, 36/77, 14/85, 74/87, 57/89, 3/90, „Службени лист СРЈ“, бр. 27/92, 24/94, 28/96, 64/2001, „Службени гласник РС“, бр. 101/2005.

2. ЕВИДЕНЦИЈА НА ОСНОВУ ПРАВИЛНИКА О ЕВИДЕНЦИЈИ И ДОКУМЕНТАЦИЈИ О ЛИЦИМА ПРЕМА КОЈИМА ЈЕ ИЗВРШЕНО НАСИЉЕ У ПОРОДИЦИ И О ЛИЦИМА ПРОТИВ КОЈИХ ЈЕ ОДРЕЂЕНА МЕРА ЗАШТИТЕ ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

Породичним законом¹⁴ предвиђају се одређене *мере заштити* које се могу изрећи уколико се врши насиље у породице. Пресуду у спору за заштиту од насиља у породици суд је дужан да одмах достави како органу старатељства на чијој територији има пребивалиште односно боравиште члан породице према коме је насиље извршено, тако и органу старатељства на чијој територији има пребивалиште односно боравиште члан породице против кога је мера заштите одређена.¹⁵ Орган старатељства дужан је да води *евиденцију и документацију* како о лицима према којима је насиље извршено, тако и о лицима против којих је одређена мера заштите.¹⁶ Начин вођења евиденције и документације прописује министар надлежан за породичну заштиту.¹⁷

Министар рада, запошљавања и социјалне политике 2005. године донео је Правилник о евиденцији¹⁸ и документацији о лицима према којима је извршено насиље у породици и о лицима против којих је одређена мера заштите од насиља у породици.¹⁹ У вези са предметом нашег интересовања, ми имамо циљ да укажемо на вођење евиденције о лицима против којих је одређена мера заштите од насиља у породици,²⁰ односно да одговоримо, пре свега, на следећа питања: 1. ко се уписује у евиденцију? 1. ко води евиденцију? 3. коме се подаци из ње могу дати? 4. када се подаци из евиденције бришу?

На самом почетку, потребно је да видимо која су то лица против којих је одређена *мера заштити од насиља у породици*. Наима, на основу Породичног закона против члана породице који врши насиље *суд може* одредити једну или више мера заштите од насиља у породици, којом се привремено забрањује или ограничава одржавање личних односа са другим чланом породице.²¹

¹⁴ Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011, 6/2015.

¹⁵ Чл. 289 ст. 1 Породичног закона.

¹⁶ Чл. 289 ст. 2 Породичног закона.

¹⁷ Чл. 289 ст. 3 Породичног закона.

¹⁸ У даљем тексту у овом делу рада и Евиденција.

¹⁹ Правилник о евиденцији и документацији о лицима према којима је извршено насиље у породици и о лицима против којих је одређена мера заштите од насиља у породици *Службени гласник РС*, бр. 56/2005. (у даљем тексту и Правилник). Правилник је донет на основу члана 289. став 3. Породичног закона („Службени гласник РС“, број 18/05).

²⁰ Ми се у овом раду нећемо бавити евиденцијом о лицима према којима је извршено насиље у породици. Настојаћемо да у наредном научном раду укажемо на евиденцију *жртва и моћућих жртва насиља у породици*.

²¹ Мере су прописане у чл. 198 ст. 1, 2 и 3 Породичног закона.

Свако лице којем је одређена *мере* уписује се у евиденцију.²² Овде није реч о лицу које је у *кривичном њосџуџу* оглашено кривим због учињеног кривичног дела, већ је реч о лицу којем је суд изрекао меру заштите од насиља у породици. Евиденцију не води организациона јединица МУП-а, већ *орџан сџиарашељсџива* на чијој територији има пребивалиште, односно боравиште лице против кога је одређена мера заштите од насиља у породици.²³

Важно питање које се поставља, свакако, је коме се могу дати подаци из евиденције. Правилником се уређује коме се могу *даџи њодаци* из ове евиденције. Орган старатељства може *издаџи уверење* из Евиденције на *обра-зложен захџев*: 1) лицу које је претрпело насиље у породици; 2) законском заступнику; 3) другом органу старатељства; 4) правосудним органима; 5) министарству надлежном за унутрашње послове; 6) здравственим и образовним установама.²⁴ Иако није реч о *казненој евиденцији* поставља се питање за шта могу да се користе подаци из ове евиденције? Могуће је да ће лице које се налази у овој евиденцији трпети одређење „правне последице“, посебно ако то лице тражи остваривање одређеног права, а надлежни орган одлучују на основу *дискреџионоџ овлашћења*.

Уверење из ове Евиденције се издаје на *обрасцу* који представља саставни део Правилника. Реч је о *бланко обрасцу* који попуњава надлежан орган старатељства. Иако би било логично да се у уверењу налазе, пре свега, подаци који се тичу лица којем је одређена мера и мере која је одређења, у обрасцу се уписују и подаци који заиста нарушавају основне принципе вођења казнене евиденције и брисање података из ње. Наиме, у уверење се уписују и подаци које се тичу „ранијег живота“ лица које је у евиденцију уписано. Тако се у уверењу налазе подаци о томе да ли је лице *осуђивано* или *џрекращајно кажњавано*.

Сада долазимо да једне *џарадоксалне џравне сџџуације*, која се огледа у томе да се подаци о осуђиваности и прекршајном кажњавања могу давати и на основу овог *Правилника*.²⁵ Како је сада могуће да се једним подзаконским актом прописује одредба која је у супротности са законима, осим тога регулише и одређену област иако то није њена предметна материја? Подаци о осуди за кривично дело или о прекршајном кажњавању могу се односити само до оног периода до кад је лице уписано у евиденцију о лицима против

²² У евиденцију се следећи подаци: А. основни подаци; Б. подаци о овлашћеном подносиоцу тужбе за одређивање мере заштите од насиља у породици; В. подаци о суду и судској пресуди којом је одређена мера заштите од насиља у породици; Г. подаци о врсти насиља које је извршено према члану породице; Д. подаци о члану породице према коме је извршено насиље у породици; Ђ. подаци о одређеној мери заштите од насиља у породици. Вид. чл. 5 Правилника.

²³ Вид. чл. 2 Правилника.

²⁴ Вид. чл. 7 Правилника.

²⁵ Тачније, из овог уверења могуће је доћи до таквог податка.

којих је одређена мера заштите од насиља у породици, јер се након уписа у евиденцију подаци не могу мењати. У вези са овим подацима, могуће је да је лице које је уписано у ову евиденцију у моменту уписа било осуђивано или прекршајно кажњавано, али да је у наредном периоду наступила рехабилитација и да је осуђено, односно прекршајно кажњено лице избрисано из КЕ, односно регистра санкција. Међутим, без обзира на то што су избрисани из КЕ или регистра санкција њима ће се податак о осуђиваности или прекршајном кажњавању налазити у уверењу које се издаје на основу овог Правилника.

Када је реч о томе када се бришу података из евиденције, одговор је следећи – *никада*. Правилником се не прописује брисање из евиденције, што значи да ће једно лице које је уписано у ову евиденцију остати до краја живота у њој.²⁶

3. ЕВИДЕНЦИЈЕ НА ОСНОВУ ЗАКОНА О СПРЕЧАВАЊУ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

Године 2016. донет је Закон о спречавању насиља у породици.²⁷ Иако је насиље у породици као социопатолошка појава позната и присутна одавно, српски законодавац се тек недавно одлучио на један специјалан законодавни захват. Тако је последњег месеца 2016. године Народна скупштина РС у српско законодавство унела „Закон о спречавању насиља у породици“.²⁸ У вези са овим Законом, нас интересују само *евиденције* које се воде на основу њега. Међутим, нужно је предочити у чему се огледа примена овог Закона. Овим Законом уређује се спречавање насиља у породици и поступање државних органа и установа у спречавању насиља у породици и пружању заштите и подршке жртвама насиља у породици. Овај Закон се *не примењује* на малолетна лица која учине насиље у породици.²⁹ Укратко, Закон се не примењује према учиниоцу кривичног дела, већ према *моћућем учиниоцу кривичног дела*. Постоји неколико евиденција у које се уписује могући учинилац кривичног дела,³⁰ а које води

²⁶ Тачније, и након смрти – све док евиденција постоји.

²⁷ Закон о спречавању насиља у породици, *Службени гласник РС*, бр. 94/2016. О неким аспектима овог Закона вид. Darko Dimovski, Ivan Milić, Normative obstacles to the implementation of the act on prevention of domestic violence, *International Scientific Conference “GLOBALISATION AND LAW”*, Niš, 2017, 253–268. О насиљу у породици вид. М. Брюкнер, Насилие в семье: локальные действия – международная проблема, *Журнал исследований социальной политики*, том 7, № 2/2009, 261–271.

²⁸ Branislav Ristivojević, Da li je novi Zakon o sprečavanju nasilja u porodici opredmećenje pojave tzv. bezbednosnog prava?, *CRIMEN (VIII)* 1/2017, 4.

²⁹ Чл. 1 Закона о спречавању насиља у породици.

³⁰ Осим евиденција о могућем учиниоцу кривичног дела, надлежан центар за социјални рад води евиденцију о примени индивидуалних планова заштите и подршке жртви.

надлежна полицијска управа, основни суд и основно јавно тужилаштво. Иако сваки надлежан орган води посебну евиденцију, с друге стране, евиденције полицијских управа, основних судова, основних јавних тужилаштава и центара за социјални рад воде се у електронском облику и чине *Централну евиденцију* о случајевима насиља у породици, коју води Републичко јавно тужилаштво.

3.1. Евиденција надлежне полицијске управе

Према Закону³¹ надлежна полицијска управа води евиденције о *иријављеним случајевима* насиља у породици и о изрицању и извршењу хитних мера и извршењу мера заштите од насиља у породици. Иако се из овог става може закључити да се воде три евиденције, из даљих одредаба Закона произлази да је реч, заправо, о једној евиденцији.³²

3.2. Евиденције надлежног основног суда

Осим полицијске управе, на основу Закона о спречавању насиља у породици и надлежан основни суд је дужна да води две евиденције, и то евиденцију о својим одлукама о предлозима за продужење хитних мера и о одређеним мерама заштите од насиља у породици.³³

3.3. Евиденција надлежног основног јавног тужилаштва

Основно јавно тужилаштво води евиденцију о предлозима за продужење хитних мера и захтевима за одређивање мера заштите од насиља у породици. Иако се чини да се и у овом случају воде две евиденције, из одредаба Закона закључује се да се, ипак, води само једна евиденција.³⁴

3.3.1. Чему служе евиденције?

Законодавац се потрудио да уведе вођење евиденција у које се уписује могући учинилац кривичног дела. Сада се поставља питање који је разлог

Међутим, ми се у овом раду нећемо бавити *евиденцијама жртва*, већ ће та тема, како смо већ напоменули, вероватно бити предмет интересовања у неком наредном раду.

³¹ Чл. 32 ст. 1 Закона о спречавању насиља у породици.

³² Законом је наведено шта све од података мора да садржи полицијска евиденција. Вид. чл. 32 ст. 2.

³³ Законом се прописује који се све подаци уписују у ову евиденцију. Вид. чл. 32 ст. 4 и 5 Закона о спречавању насиља у породици.

³⁴ Законом се прописује који се све подаци уписују у ову евиденцију. Вид. чл. 32 ст. 6 и 7 Закона о спречавању насиља у породици.

постојања ових евиденција?³⁵ Да ли лице које је уписано у евиденцију трпи или може да трпи одређење *йравне йоследице уйиса у евиденције*?³⁶ У образложењу Закона нејасно се одређује који је циљ ових евиденција: *сврха евиденција је да надлежним орґанима омогући йрисйуи йодацима значајним за йосйуиање и доношење одлука. Тако, евиденције су један од услова усйеине йроцене ризика од нейосредне ойасностйи насиља у йородици, йредлаґања и йродужења хийних мера*.³⁷ Чини се да евиденције служе да се из њих сазна само чињеница да ли се могући учинилац кривичног дела (само за она дела на која се примењују Закон о спречавању насиља у породици), већ налази у евиденцији – да ли је већ једном или више пута регистрован као могући учинилац кривичног дела. Уколико је лице раније уписано у евиденцију, па ја након тога поново пријављен као могући учинилац, то ће би један од *главних* разлога за одређивање *хийних мера*. У самом Закону о спречавању насиља у породици, приликом процене ризика на првом месту се као критеријум, управо, цени чињеница да ли је лице раније *чинило насиље*.

Иако би се можда на први поглед могло рећи да је чињеница да је неко лице раније евидентирано као могући учинилац, заиста, од важности приликом процене ризика, то ипак не мора бити тачно. Реч је о евиденцијама у које се уписују лица која нису учиниоци кривичног дела, већ су само *моћући учиниоци*. Морамо да напоменемо и то да су то лица у смислу казnenих закона *невина лица*.³⁸ У евиденцијама се налазе лица независно од тога да ли је надлежни суд утврдио да су учинила кривично дело. Сада долазимо до ситуације, да ће *одређене йоследице* у смислу примене овог Закона трпети лице које се налази у евиденцији, без обзира на исход казненог поступка.

³⁵ Сматрамо да је приликом доношења овог Закона требало свестрано сагледати ову проблематику. Пре свега, јасно је да се сва осуђена лица уписују у КЕ, па зашто постоји и ова евиденција, у којој се уписује могући учинилац кривичног дела? Чини се да ће лица која су уписану у њима трпети *йоследице* иако ниси учинили кривично дело, већ постоји само „пријављен случај насиља“. Оваквом логиком законодавац је могао да установи и евиденције о „пријављеним случајевима“ свих других кривичних дела.

³⁶ Важно је напоменути и један „детал“ који је Фуко давно учио: „(...) у другој половини XVIII века почињу да се уводе досијеи чак и за оне који су само дошли у контакт са полицијом или оне које она због нечег сумњичи; службеници полиције добијају, мислим око 1760-тих година, задатак да саставе, поводом сумњивих особа, извештај у два примера, од којих један треба да остане њима па тако омогући контролу појединаца где се он налази – извештај који разуме се треба да буде уредно вођен – док се копија извештаја упућује у Париз, у министарство где се извештаји сакупљају и шаљу другим великим подручјима који су у делокругу других полицијских поручника да би особа, уколико промени место боравка, могла да буде брзо пронађена“. Мишел Фуко, *Психијатријска моћ – Предавања на Колеж де Франсу 1973-1974*, Нови Сад, 2005, 75-76.

³⁷ Вид. Образложење Закона (стр. 15. и 16.). доступно на: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/2675-16%20lat.pdf (28.3.2018.)

³⁸ Осим ако се у судском поступку утврдила њихова кривица, али се у том случају уписују и у КЕ, која је прописана Кривичним закоником.

3.3.2. Приступ подацима из евиденције

Поставља се важно питање – коме се могу дати подаци из ових евиденција? За разлику од КЕ и евиденције која се води на основу Правилника о евиденцији и документацији о лицима према којима је извршено насиље у породици и о лицима против којих је одређена мера заштите од насиља у породици, Законом се не уређује давање података из било које евиденције. Долазимо до закључка да се подаци ником не могу дати, што је сасвим оправдано. С друге стране, одређена „овлашћена лица“ имају право „приступа подацима из ових евиденција“ и то само из одређених разлога. Наиме, приступ подацима из Централне евиденције дозвољен је само у *сврху остваривања надлежности предвиђених овим законом* и уз коришћење заштићених приступних шифри.³⁹ Видимо да се само из овог разлога може остварити приступ подацима. *Заменик јавног тужилаштва* који остварује надлежности јавног тужилаштва у спречавању насиља у породици и гоњењу учинилаца кривичних дела одређених овим законом има право на приступ свим подацима из Централне евиденције. Надлежни полицијски службеник има право на приступ Централној евиденцији само у делу који садржи податке из евиденција подручних полицијских управа и надлежних центара за социјални рад, док надлежни судови само у делу који садржи податке из евиденција које воде основни судови (...).⁴⁰

3.3.3. Брисање података из евиденција

Кад је реч о брисању података из евиденција Законом се прописује само да се подаци чувају у евиденцијама и у Централној евиденцији *десет година и после тога бришу*. Сасвим је логично да се прописује и брисање података из евиденција, да се не би десило да се једно уписано лице никад не брише из евиденције. Мада, није јасно зашто се законодавац одлучио за временски период од десет година. Који су, ако се о томе уопште размишљамо, били главни критеријуми за овај временски период?

ЗАКЉУЧАК

Основно правило о томе да се води казнена евиденција у којој се уписују само лица која су *осуђена* због учињеног кривичног дела, више у Републици Србији не важи. Новим прописима, како подзаконским актом тако и законом прописује се вођење других евиденција. Законодавац је у Породичном закону

³⁹ Чл. 33 ст. 1 Закона о спречавању насиља у породици.

⁴⁰ Чл. 33 ст. 2 и 3 Закона о спречавању насиља у породици.

предвидео доношење подзаконског аката о вођењу евиденције о лицима према којима је извршено насиља и о лицима против којих је одређена мера заштите од насиља у породици. На основу Правилника свако лице којем је одређена „мера заштите“ уписује се у евиденцију и из ње се *никад* не брише. На основу Закона о спречавању насиља у породици води се неколико евиденција, и то само на основу „пријаве“ да је учињено насиље. С тим да се лице из тих евиденција брише након протекла десет година. Приликом доношења Закона о спречавању насиља у породице требало је „прочитати“ шта пише у Породичном закону у погледу мера заштите, јер сматрамо да није оправдано да након доношења Закона о спречавању насиља у породици мера заштите које прописује Породични закон и даље егзистирају. С тим у вези, и само вођење евиденције на основу Правилника нема своје оправдање.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- Бошковић Мило, *Криминолошки лексикон*, Нови Сад, 1999.
- Dimovski Darko, Milić Ivan, Normative obstacles to the implementation of the act on prevention of domestic violence, *International Scientific Conference "GLOBALISATION AND LAW"*, Niš, 2017.
- Брюкнер М., Насилие в семье: локальные действия – международная проблема, Журнал исследований социальной политики, том 7, № 2/2009.
- Милић Иван, Евиденција прекршајно кажњених лица, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2015.
- Милић Иван, *Индивидуализација казне зајворца – криминолошки, кривичноправни и педолошки аспекти*, Нови Сад, 2017, 255-266. (докторска дисертација).
- Милић Иван, Шта ново доноси Закон о изменама и допунама Закона о прекршајима?, *Безбједнос, полиција, грађани*, 1-2/2017.
- Ristivojević Branislav, Da li je novi Zakon o sprečavanju nasilja u porodici opredmećenje pojave tzv. bezbednosnog prava?, *CRIMEN* (VIII) 1/2017.
- Ристивојевић Бранислав, «Пунитивни популизам» српског законодавца критичка анализа тзв. Маријиног закона, Педесето Саветовање Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, 2013.
- Ристивојевић Бранислав, Истина као главна жртва англоамериканизације домаћег кривичног права: Дарвинов расад у српској шуми, *Зборник радова – LV Редовно годишње саветовање удружења – Суђење у разумном року и друштво кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет* – Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Златибор, септембар 2015.
- Ђоровић Емир, Казнена евиденција у кривичном законодавству Србије, *LVI Саветовање Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу*, Златибор, 2016.
- Фуко Мишел, *Психијатријска моћ – Предавања на Колеж де Франсу 1973-1974*, Нови Сад, 2005.

* * *

Закон о одговорности правних лица за кривична дела, *Службени гласник РС*, бр. 97/2008.

Закон о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 65/2013, 13/2016, 98/2016 (Одлука Уставног суда).

Закон о привредним преступима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 4/77, 36/77, 14/85, 74/87, 57/89, 3/90, «Службени лист СРЈ», бр. 27/92, 24/94, 28/96, 64/2001, «Службени гласник РС», бр. 101/2005.

Закон о спречавању насиља у породици, *Службени гласник РС*, бр. 94/2016.

Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011, 6/2015.

Правилник о евиденцији и документацији о лицима према којима је извршено насиље у породици и о лицима против којих је одређена мера заштите од насиља у породици *Службени гласник РС*, бр. 56/2005.

Правилник о казненој евиденцији, *Службени лист СФРЈ*, бр. 5/79.

Правилник о начину вођења евиденције о изреченим васпитним мерама и казни малолетничког затвора, *Службени гласник РС*, бр. 63/06.

* * *

Образложење Закона о спречавању насиља у породици (доступно на: http://www.parliament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/2675-16%20lat.pdf (28.3.2018.))

* * *

Одлука УС број – ИУо-194/2013, објављена у «Сл. гласнику РС», бр. 24/2017 од 17. марта 2017. г.

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

Records of “Possible Violators”

Abstract: *According to the Criminal Code, every perpetrator of a criminal offense is signed up in a criminal record (CR). These are persons who were found guilty for the criminal offense they were prosecuted by a final court decision. The CR is headed by the competent organizational unit of the Ministry of Internal Affairs. Since 2005, the keeping of a special record has been prescribed, in which only persons who have been pronounced one or more measures of protection against domestic violence have been inscribed. In the end, a record in which the possible offenders are inscribed is introduced in 2006. The author's attention are the records of persons who have been issued a measure of protection against domestic violence and the records of possible perpetrators of criminal acts.*

Keywords: *violator, potential violator, perpetrator of criminal act, record, legal consequences.*

Датум пријема рада: 24.05.2019.

Др Тамара В. Ђурђић Милошевић, асистент
Универзитета у Крагујевцу
Правни факултет у Крагујевцу
tdjurdjic@gmail.com

ОГРАНИЧЕЊА СВОЈИНСКЕ И ЗАВЕШТАЈНЕ СЛОБОДЕ

Сажетак: У раду се, најпре, излаже о својинској слободи која се поима као део опште слободe човека, и приказују њена ограничења кроз многобројне теоријске класификације, условљене позитивним правом и доктринарним поимањем саме својинске слободe. Посебно се указује на значај дефинисања ограничења својинске слободe за одређивање правних лимита слободe шесирања. Други део рада посвећен је општим правним границама завештајне слободe, у оквиру којег се излаже о јавном поретку, принудним прописима и добрим обичајима. Основно полазиште аутора је да општа правна ограничења слободe завештања изискују посебно научно интересовање због разлика између доктринарног схватања јавног поретка и његове законске дефиниције у српском праву. Проблем постаје још сложенији кад се узме у обзир чињеница да су и нормe којима се прописују посебна ограничења завештајне слободe такође саставни део правног поретка. На тим полазним основама анализиране су законске формулације општих правних ограничења и њихов конкретан утицај на слободу завештајних располагања. На основу поређења експлицитних законских одређења општих правних ограничења и теоријске дефиниције јавног поретка, произаили су аргуменати којима аутор правда гледиште о појмовном разликовању „јавног поретка у ширем смислу“, који обухвата сва три општа ограничења, и „јавног поретка у ужем смислу“, кога чине правни принципи који нису обухваћени имплицитним нормама и добрим обичајима.

Кључне речи: својинска слобода, слобода завештања, јавни поредак, принудни прописи, добри обичаји.

1. О СВОЈИНСКОЈ СЛОБОДИ

Полазећи од дефиниције имовине, својина се јавља као категоријални и друштвени основ слободе завештања. Из оваквог поимања корелације ових грађанскоправних института и начела, као и полазне поставке да слобода није апсолутна, неограничена, извире потреба за експликацијом категорија слободе, својине и ограничења својинске слободе.

Слобода је вредносни елемент правног поретка¹ и може се рећи да представља најузвишенију људску вредност. То је једино добро које човек не може да поседује ако га не дели са другима. Будући да ограничава људско понашање, право се јавља као „неслобода“ и оно, иако то на први поглед изгледа противречно, треба да уреди и омогући остваривање слободе човека. Право и није ништа друго него „покушај да се с једне стране лична и колективна слобода заштити и што потпуније оствари, а истовремено, с друге, да се разумно ограничи како не би нашкодила ни човеку ни друштву“.² Слобода се састоји у повећаној нормативној и свакој другој самосталности субјекта права, и управо та самосталност чини бит њихових индивидуалних и колективних права.³

„Својинска слобода је део опште слободе као природног права човека“ и дели њену судбину, па је зато и она, поред осталих заједничких атрибута, ограничена својинском слободом других.⁴ Својина је, дакле, есенцијални елемент егзистенције личности, па је сасвим разумљиво што је Хегел устврдио: „Да би личност била стварна, она мора имати својину. Стога је приватна својина тако велики принцип грађанског друштва“.⁵ Својина је категорија позитивног права, па се својинска слобода штити позитивноправним нормама, будући да се јавља у условима друштвености, и увек има значење узајамног признавања.⁶ Паралелно са разним законским ограничењима права својине, у науци грађанског права јављају се нове теорије о својини, и управо на хипотези права својине настале су две теорије – теорија забране злоупотреба субјективних права и теорија субјективних права као социјалних функција.⁷

¹ У општој теорији права распрострањено је учење да правни поредак чине нормативни, фактички и вредносни елемент, а будући да се законитошћу утврђује одвијање свих делова нормативног и фактичког, законитост се јавља као његов посебан елемент. Вредносни елемент правног поретка, поред правде, правичности, сигурности и других друштвених вредности, инволвира и слободу човека. (Драган Митровић, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 208-209).

² Радомир Лукић, *Систем филозофије права*, Београд 1992, 27.

³ Роналд Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, Београд – Подгорица 2001, 297.

⁴ Слободан Перовић, „Границе својинске слободе“, *Правни живот* 5-6/2001, 7.

⁵ Georg Vilhelm Fridrih Hegel, *Pravni i politički spisi*, Београд 1981, 235.

⁶ С. Перовић (2001), 7.

⁷ Драгољуб Стојановић, Миодраг Орлић, *Свјарно право*, Службени лист СФРЈ, Београд 1990, 108.

У сваком правном али и друштвеном поретку, својина је централна правна установа. Нарочито у правним порецима римско-германске правне традиције, централно место заузима грађанскоправно уређење, а правна установа својине, уз слободу уговарања и слободу наслеђивања, један је од три носећа стуба тог уређења.⁸ Својина је фундамент стварног права, које заједно са облигационим и наследним правом изграђује материјално грађанско право. Што је нека правна област из ових двеју грана права ближа стварном праву, то је утицај својине на њу непосреднији и јачи, па су следствено томе, слобода уговарања и слобода завештања, као основне установе облигационог и наследног права, директно зависне од слободе коју дати правни систем јемчи титуларима права својине.⁹

Право својине је субјективно право и састоји се из овлашћења његовог титулара да држи, користи и располаже стварима. Међутим, својина никад није неограничена, апсолутна. Већ од самог настанка и у свим историјским периодима, ограниченост тих овлашћења, у мањој или већој мери, општа је карактеристика права својине. Чак и у време либерализма, када су романисти извршили рецепцију својине класичне римске јуриспруденције и када је доминирало учење о неограниченом и апсолутном праву својине – у појму својине садржана су извесна ограничења. Будући да својина постоји само у конкретним правним порецима датог времена, сва та ограничења настају и зависе од концепцијског модела по коме правни пореци изграђују својину као правну установу – индивидуалистичког или колективистичког модела. На позитивноправне различитости надовезују се доктринарне разлике у поимању и врстама ограничења својине.

2. СВОЈИНСКОПРАВНА ОГРАНИЧЕЊА

У свим савременим правним системима постоје ограничења права својине у општем интересу,¹⁰ али се у грађанскоправној теорији различито класификују. По једном схватању, ограничења својине се најпре деле на ограничења у ширем и ужем смислу. У најширем смислу, као ограничења својине сматрају се све границе објективног права и сва оптерећења субјективним правима трећих лица која сужавају власникову слободу најпотпунијег коришћења и располагања, док се под својинска ограничења у ужем

⁸ Nikola Gavela *et al.*, *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb 1998, 259.

⁹ Оливер Антић, *Слобода завештања и нужни део – докторска дисертација*, Правни факултет у Београду, Београд 1983, 51.

¹⁰ О социјалној функцији права својине вид. Душан Николић – Слобода Мидоровић, „Савремена европска правна теорија о социјалној функцији права својине: немачка доктрина“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2008, 65-78.

смислу подводе само ограничења постављена правним поретком (не и она која произлазе из правних послова).¹¹ Ова ограничења у ужем смислу класификују се на јавноправна, тј. ограничења својине у јавном интересу којима се на основу јавноправних прописа утврђује њен садржај, и приватноправна ограничења, код којих ограничења својине извиру из прописа грађанског права и установљавају се у корист суседа (суседскоправна ограничења). Јавноправна ограничења регулисана су императивним прописима, те се не могу мењати ни укидати споразумом заинтересованих странака, тј. уговором. Сва та јавноправна (општа) и приватноправна (узајамна) ограничења даље се класификују на непосредна и посредна. Непосредним ограничењима се одређују садржај и маргине својине, у којима власник користи својину по сопственом нахођењу, и њима се детерминише социјална садржина својине. Поред општих и узајамних ограничења, постоје још и једнострана ограничења својине, која само посредно свој основ настанка имају у закону.¹²

Према дејству на субјекта својине, сматра се да ограничења имају за последицу (1) пропуштање, (2) трпљење или (3) чињење, а према интензиту захвата у својину, деле се на „ограничење својине“ и „експропријацију“.¹³

Према другом гледишту, сва ограничења се могу разврстати у три групе: с обзиром на субјект својине, с обзиром на предмет својине и с обзиром на њена овлашћења.¹⁴

Има мишљења да правну власт титулара својине одређују следећи чиниоци: с једне стране (1) власниково право својине, а са друге стране (2) законска ограничења, (3) туђа права у погледу ствари која су предмет својине и (4) правни послови, којима власник може ограничити своје право својине.¹⁵ Поменута законска ограничења својине могу бити општа (генерална) и посебна. По овом схватању, општа ограничења се односе на свако право својине и редовно су у савременим правним порецима изричито предвиђена уставним и законским нормама, а и да нису експлиците прописана, постојала би јер су имплиците садржана у правном поретку. У општа законска ограничења разврстана је дужност обзирног (пажљивог) поступања, забрана шикане, крајња нужда, те трпљење захвата изван домета власникових интереса. Посебна законска ограничења везују се за вршење права својине

¹¹ Dragoljub Stojanović, *Позитивно-правна ограничења приватне својине*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1963, 37.

¹² Опширније о јавноправним и приватноправним ограничењима, те о даљој подели на непосредна и посредна ограничења својине, вид. Драгољуб Стојановић, *Стиварно право* Правни факултет, Крагујевац 1998, 59-61.

¹³ Д. Стојановић (1963), 39-41.

¹⁴ Андрија Гамс, *Основи сиварног права*, Научна књига, Београд 1961, 49.

¹⁵ N. Gavella et al., (1998), 299.

одређених ствари у одређеним ситуацијама.¹⁶ Поред ових законских, друга група ограничења својине настаје деловањем туђих права: на правну власт коју титулар права својине има, утичу субјективна права која друга лица имају у погледу његове ствари. Под законским претпоставкама, на власниковој ствари настају туђа права, било на основу одлуке судског или управног органа или на основу закона, чак и против воље власника. Ради се о различитим оптерећењима – о оптерећењу туђим правом службености или закупа у поступку експропријације или о оптерећењу присилним заснивањем zaloжаног права у извршном поступку или по основу мера осигурања.¹⁷

Међу српским теоретичарима грађанског права скоро општеприхваћено је становиште да „битну карактеристику савременог концепта својине чине и њена ограничења, како правним, тако и моралним нормама“, која се односе на начин и садржину својине (у српском грађанском праву нема више ограничења обима својине, као што је то некад било).¹⁸ Сва та схватања о ограничењима својине и њиховим класификацијама, са извесним разликама у појединостима, могу се свести на следећи резиме: садржина својине може бити ограничена нормама јавног права, у општем интересу, или нормама приватног права, у корист суседа; обим и врста ограничења зависе од врсте ствари; ограничења могу бити позитивна (титулар има обавезу на чињење) и негативна (титулар има обавезу да трпи или да се уздржи од чињења).¹⁹

Приказана гледишта и класификације ограничења својине, заснивају се на историјском погледу развоја права својине и карактеристикама конкретних правних поредака у одређеном времену, пре свега оних који баштине римско-германску традицију. Промене у уређењу својине кретале су се у правцу успостављања баланса између индивидуалистичког и колективистичког поимања својине, отклањањем недостатака сваког од ових модела. Из историјског развоја и упоредноправних решења на која се ослањају изложена доктринарна гледишта о својини и њеним ограничењима, произлазе рефлексије значајне за завештајно располагање. Нормама и принципима датог правног поретка детерминишу се границе и садржина својине, што се непосредно одражава на границе својинске слободе, па следствено одређују и границе слободе уговарања, односно слободе завештајног располагања.

Ограничења права својине у значајној мери дефинишу границе слободе тестирања, с обзиром да је предмет завештајног располагања најчешће право својине на стварима. У том смислу, располагање туђим стварима неће бити дозвољено, јер је противно правном поретку, као и располагање стварима

¹⁶ *Ibid.*, 303-308.

¹⁷ N. Gavella *et al.*, (1998), 310-314.

¹⁸ Нина Планојевић, „Мирослав Лазић: Практикум за Наследно право“, *Гласник права* 1/2010, 153-155.

¹⁹ *Ibid.*

које су искључене из правног промета (*res extra commercium*) и др.²⁰ Међутим, нису сва ограничења својине од утицаја на слободу завештајног располагања, већ пре свега ограничења установљена прописима јавног права којима се садржина својине ограничава у јавном интересу, јер су регулисана императивним прописима и не могу се мењати.

3. ОПШТЕ ПРАВНЕ ГРАНИЦЕ СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА²¹

Гаранција слободе тестирања произлази из Уставом зајемченог права мирног уживања својине и других имовинских права стечених у складу са законом.²² Како је у бити слободе тестирања овлашћење располагања, које представља есенцију права својине, гаранцијом мирног уживања својине управо је овом овлашћењу пружена правна заштита.²³ Везаност слободе завештања и својине произлази и из Повеље о основним правима Европске уније, где се изричито наводи да „Свако има право да своју законито стечену имовину поседује, користи, њоме располаже и завешта (чл. 17 ст. 1 Повеље).²⁴ Слобода завештања се поима као основно начело наследног права, кога чине „овлашћења једног лица установљена јавним поретком и законом једне државе да *самостално одлучи хоће ли сачиниити завештање и оидредели се за законом ипредвиђену форму тестаментa, да слободно одреди његову садржину и по својој вољи оидозове завештање до своје смрти*“.²⁵

Ограничења слободе завештања могу се класификовати према различитим критеријумима (порекао ограничења, природа интереса који се штити прописаним ограничењем, правне последице непоштовања прописаних ограничења и др).²⁶ Једна од најзаступљенијих класификација ових ограни-

²⁰ Нпр. код породичног фидеикомиса, привремени наследник нема овлашћење располагања наслеђеним добрима (Вид. Обрен Станковић, Оливер Антић, *Сиварно право*, Београд, 1999, 7).

²¹ У овом одељку основу излагања чини текст преузет из докторске дисертације *Ограничење слободе завештајних располагања*, коју сам одбранила на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, 2018. године, 54-66.

²² Одредбом чл. 58 ст. 1 Устава „Јемчи се мирно уживање својине и других имовинских права стечених на основу закона“, а чланом 59 ст. 1 „Јемчи се право наслеђивања, у складу са законом“ (Устав Републике Србије – Устав, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006).

²³ Вид. Dieter Leipold, *Erbrecht-Grundzüge mit Fällen und Kontrollfragen*, Tübingen 2002, 12 и 81.

²⁴ Charter of fundamental Rights of the European Union (2010/C, 83/02); доступно на <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>, април, 2019.

²⁵ Тамара Ђурђић Милошевић, *Ограничење слободе завештајних располагања – докторска дисертација*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2018, 25.

²⁶ Т. Ђурђић Милошевић (2018), 50-52.

чења је она према критеријуму општости на општа и посебна ограничења.²⁷ Док се у правној теорији у општа ограничења типично сврставају јавни поредак, принудни прописи и добри обичаји,²⁸ под категорију посебних ограничења, по правилу се подводи установа нужног дела као најзначајније ограничење слободе тестирања,²⁹ али и нека друга законом прописана ограничења (нпр. забрана фидеикомисарне супституције у ужем смислу и располагања са сличним правним дејством).³⁰ Од свих посебних ограничења завештајне слободе, нужно наслеђивање је најчешће предмет доктринарних истраживања и научних радова,³¹ али његова комплексност и значај изискују обим излагања који надилази обим овога рада, те ћемо расправу усмерити само ка општим правним границама.

Упоредно законодавство карактерише разноликост појмовних и садржинских одређења општих правних граница слободе завештања. Отуда, поједине европске кодификације не само да оперишу различитим појмовима за означавање општих ограничења (нпр. у немачком праву „добри обичаји“³², у француском праву „јавни поредак и добри обичаји“³³ итд.), већ се и различито садржински одређује исто опште ограничење слободе имовинскоправног располагања.³⁴ Оваква разноликост у доктринарном приступу импликација је „културног диверзитета одређене правно организоване заједнице“.³⁵

Када је реч о српском праву, још је *Грађански законик Кнежевине Србије* из 1844. године предвиђао „јавни поредак“ и „благонаравље“ као установе којим се ограничава индивидуална воља.³⁶ Данас су за основ успостављања општих ограничења слободе тестирања узета општа ограничења слободе

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Чл. 10 Закона о облигационим односима РС – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

²⁹ Дејан Ђурђевић, *Институције наследног права*, Службени гласник, Београд 2011, 33.

³⁰ О. Antić (1983), 113.

³¹ Вид. Јелена Видић Трнинић, „Сличности и разлике у положају нужних наследника на простору бивше СФРЈ“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2014, 217-238.

³² Вид. §138 тачка 1, „Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2 – BGB, Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151) geändert worden ist“, <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>, 22. април 2019.

³³ Вид. Art. 6 Code civil-a (Code Civil – Version consolidée du code au 19 mai 2013, Edition: 2013-07-2; http://www.lexinter.net/ENGLISH/ci-vil_code.htm, 22. април 2019.

³⁴ Т. Ђурђић Милошевић (2018), 54.

³⁵ С. Перовић, „Аутономија воље и принудни прописи“, *Правни животи* 5-6/2007, 7.

³⁶ У § 13 било је прописано да „воља и наредба човечија заступа закон, а закон наклања вољу и наредбу човечију. Но, у ономе „што се ишче јавног поретка и благонаравља, не може се ништа изменили вољом или уговором“.

уговарања која су прописана Законом о облигационим односима РС^{37 38}, па је под претњом ништавости предвиђено да завештање не сме бити противно „принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима“³⁹

3.1. Јавни поредак

3.1.1. Поимање јавног поретка

Иако се већ дуго времена о томе води доктринарна расправа, о појму јавног поретка још увек нема јединственог доктринарног гледишта, што указује на његову перманентну актуелност. Начелно узев, такво стање је последица два одлучујућа фактора. С једне стране, у грађанским кодификацијама коришћени су различити појмови (изрази) за означавање истог општег ограничења слободе располагања имовином. Управо због те разноликости, настало је теоријско гледиште, према коме се сва општа ограничења могу подвести под један појам, према којем, различити изрази којим имовински законици обележавају исту садржину, оправдавају да се сва та поливалентна гледишта означе као „теорија о јавном поретку“, коју треба схватити као „општу теорију о границама слободе уговарања“.⁴⁰ С друге стране, у теоријским експликацијама исти појам има различиту садржину, што проблем дефинисања појма јавног поретка чини још комплекснијим.

Према професору Перовићу, без обзира на разноликост свих гледишта о јавном поретку, она би могла бити обухваћена „теоријом о јавном поретку“, као „општом теоријом о границама слободе уговарања“.⁴¹ У том смислу би сва поливалентна гледишта о јавном поретку могла бити класификована у четири групе: а) гледишта која негирају потребу, па и могућност, дефинисања јавног поретка; б) гледишта према којим се, кроз практичну примену, а следећи одређена упутства, дефинишу основни елементи јавног поретка, као и његове одлике; в) гледиште према којем се појам јавног поретка одређује енумерацијом закона који га чине⁴² и г) гледиште које се заснива на

³⁷ „Стране у облигационим односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи“ (чл. 10 ЗОО).

³⁸ Оправдано је мишљење да строго треба правити разлику између појмова „аутономија воље странака“ (*Parteiautonomie*) од „слободе уговарања“ (*Privatautonomie*). Вид. Александар Јакшић, „Устав, Европска конвенција о људским правима и аутономија воље странака“, *Правни животи* 12/2003, 729.

³⁹ Чл. 155 Закона о наслеђивању РС – ЗОН, *Службени гласник РС*, бр. 46/95, 101/2003 и 6/2015.

⁴⁰ Слободан Перовић, „Установа јавног поретка у савременом уговорном праву“, *Правни животи* 1/1976, 14.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Baudry-Lacantinerie – Houques-Fourcade, *Traité théorique et pratique de droit civil, t. I*, Paris 1907, 239-247 (Nav. prema S. Perović, (1976), 18, fn. 21).

методу синтезе, уместо енумерације, настојећи да кроз истраживање јединственог критеријума за конструкцију појма јавног поретка, да његову општу дефиницију.⁴³

У српској грађанскоправној теорији општеприхваћено је гледиште које припада четвртој групи теорија о јавном поретку, које је доктринарно уобличио професор Перовић, који даје следећу дефиницију: јавни поредак је „скуп принципа на којима је засновано постојање и трајање једне правно организоване заједнице, а који се испољавају преко одређених друштвених норми (правних и моралних) које странке у својим односима морају поштовати“.⁴⁴ Из ове дефиниције може се закључити да је реч о установи која представља симбиозу елемената правног и друштвеног поретка уопште, и уочити ове битне одлике: јавни поредак је сачињен од *мноштва фундаменталних принципа* прихваћених у једној друштвеној заједници, економске, филозофске, етичке, политичке и правне природе; ови принципи улазе у регуле правног поретка путем *принудних правних норми* и *моралних империјатива*; и на крају, то је установа променљива у времену и простору, па је зато *релативност* њена одлика.⁴⁵

3.1.2. Дефинисање јавног поретка у ужем смислу

Да би се видела применљивост наведене дефиниције јавног поретка на позитивно право, треба сагледати да ли она обухвата сва законом прописана општа ограничења слободе уговарања, односно слободе завештања, која су садржински и појмовно иста. У чл. 155 ЗОН-а прописано је, под претњом ништавости, да завештање не сме бити противно „принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима“. Потпуно исти изрази коришћени су да се означе општа ограничења слободе уговарања прописана у чл. 10 ЗОО. Кад се усвојена доктринарна дефиниција и њене одлике упореде са наведеним законским формулацијама општих правних ограничења, недвосмислено произлази да јавни поредак обухвата императивне прописе и моралне норме, односно добре обичаје. Будући да су ти појмови садржани у законским нормама, то би значило да су законска и усвојена доктринарна дефиниција усклађене. Међутим, специфичност је да позитивно право предвиђа и треће опште ограничење означено управо изразом „јавни поредак“,⁴⁶ па се поставља питање значења овог ограничења и рачуна његовог увођења у законску норму.

⁴³ Valeries – Sommières, Les lois d'ordre public et la dérogation aux lois, *Revue de Lille*, 1899; Duguit, *Études de droit public*, t. I, 1901, 55 (Нав. према С. Перовић (1976), 20); ову групу гледишта ипак карактерише разнородност, због нејединствености критеријума који су узети као основ класификације (Вид. Т. Ђурђић Милошевић (2018), 53).

⁴⁴ С. Перовић (2007), 58.

⁴⁵ С. Перовић (1976), 22.

⁴⁶ У чл. 155 ЗОН-а прописано је, под претњом ништавости, да завештање не сме бити противно „принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима“. Потпуно исти

У правној теорији су заступљена мишљења да јавни поредак обухвата и добре обичаје, и да се та два израза често употребљавају заједно, јер се тиме уноси више јасноће.⁴⁷ На тај начин се, истовремено, скреће пажња суду да јавни поредак представља установу моралног поретка,⁴⁸ те да се тиме жели истаћи правило према коме „уговор не може произвести дејства ако је у супротности са одређеним нормама моралног поретка“⁴⁹. Иако се такав циљ чини прихватљивим, мислимо да се томе противи законодавна лексика – у закону се поред основног појма наводе и други појмови који чине његову садржину, али не као равноправни појмови, већ методом *exempli causa*, да би се омогућила примена аналогije *intra legem*.⁵⁰ Осим тога, у изнетом гледишту не даје се објашњење зашто се поред појма „јавни поредак“ у закону истовремено користи и појам „принудни прописи“, кад је он као такав већ обухваћен појмом јавног поретка. Отуда се логички намеће питање зашто би законодавац приликом одређивања општих ограничења завештајне слободе употребљавао три појма од којих један садржи друга два појма?⁵¹

Ако би се пошло од премисе да је на тај начин законодавац хтео да направи разлику између принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, то би значило да се сва три појма из законског текста могу подвести под један виши појам који би био заједнички именитељ за сва општа ограничења слободе завештања.⁵² Полазећи од теорија о општим ограничењима слободе завештања, то би могао бити појам „јавни поредак“ који као такав инволвира императивне прописе и моралне норме. Иако је у закону тај појам већ употребљен приликом набрајања општих ограничења, сматрамо да се појам „јавни поредак“ може схватити у ширем и ужег смислу, аналогно тумачењу да исти израз може бити појам вишег реда и појам нижег реда који је њиме обухваћен,⁵³ што методолошки није реткост у правној теорији.

изрази коришћени су да се означе општа ограничења слободе уговарања прописана у чл. 10 ЗОО.

⁴⁷ У бити је реч о аргументима (да се законском тексту да сва *појребна јасноћа*) који су у корист коегзистенције ових појмова навођени у расправи након увођења појма *boni mores* у француско право. Vid. Carey Miller, D. L. i Zimmermann, R., *The Civil Law in European codes, The Civilian Tradition and Scots Law*, Berlin 1997 (Nav. према М. Rodin, „Protivnost moralu (*contra bonos mores*) kao razlog nevaljanosti ugovora“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2/2013, 1117).

⁴⁸ С. Перовић (2007), 41.

⁴⁹ *Ibid.*, 59.

⁵⁰ Т. Ђурђић Милошевић (2018), 57.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ Ово учење заступа професор Антић (Вид. О. Антић, „Морал (етика) у грађанском праву“, у: *Хармонизација грађанског права у региону*, Правни факултет у Источно Сарајеву, Источно Сарајево 2013, 7-10).

На сличан начин се настоји решити унутрашња противречност законских норми и у упоредном праву. У оквиру теорије о јавном поретку, неки француски аутори у границама појма *ordre public* разликују јавни поредак који се манифестује у „изричито или потенцијално принудним правним прописима“ (означавају га називом јавни поредак у ужем смислу – *ordre public stricto sensu*) и јавни поредак који се испољава кроз добре обичаје (*bonnes moeurs*).⁵⁴

Отуда произлази да појмови „принудни прописи“, „јавни поредак у ужем смислу“ и „добри обичаји“, нису „укрштени појмови“, и као садржински елементи, могу се подвести под појам „јавни поредак у ширем смислу“. Јавни поредак у ширем смислу, дакле, представља „скуп свих ограничавајућих правила која чине границу између допуштеног и недопуштеног“ у домену слободе завештања, који инволвира императивне прописе, добре обичаје, односно моралне норме, као и јавни поредак у ужем смислу.⁵⁵

Јавни поредак у ужем смислу, пак, чине сви они обавезни прописи који нису обухваћени конкретним императивним прописима или добрим обичајима, и имају форму начела садржаних у уставним и законским прописима. Управо у том смислу нека законодавства и означавају општа ограничења слободног уређења облигационих односа, па предвиђају да учесници у промету ове односе не могу уређивати противно *усијаву, йпринудним йройисима и моралу друшйива*.⁵⁶ Овде је, заправо реч о општим клаузулама као правним стандардима којима се судији дају смернице приликом примене грађанско-правних норми. Исти метод се примењује и у домену наследног права кад је реч о ограничењима завештајне слободе.

3.1.3. Границе слободе завештања и јавни поредак у ужем смислу

О конкретним утицајима јавног поретка у ужем смислу на границе завештајне слободе, најчешће се у наследноправној литератури излаже заједно са добрим обичајима, вероватно зато што су оба ова ограничења одређена применом опште клаузуле, док се код императивних прописа користи систем енумерације.⁵⁷

⁵⁴ J. Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 1: Le contrat – Le consentement*, Paris 2013, 382 (Нав. према Марко Ђурђевић, Драган Павић, „Неколико мисли о ограничењима слободе уређивања садржине уговора у нашем савременом праву“, *Право и йривреда* 7-9/2016, 54 и 55 фн. 48).

⁵⁵ О. Антић (2013), 7.

⁵⁶ Vid. čl. 2. Zakona o obveznim odnosima Hrvatske, *Narodne novine*, br. 35/2005, 41/2008, 125/2011 i 78/2015.

⁵⁷ Д. Ђурђевић (2011), 200, 201.

Приликом разматрања да ли је нешто у супротности с јавним поретком, треба поћи од чињенице да је и сама слобода завештања везана за правни поредак, пошто је гарантована Уставом (чл. 59) и прописана ЗОН-а (чл. 2). Зато завешталац сачињавањем завештања не сме вређати не само појединачне законске забране већ и принципе на којима је изграђен правни поредак, на које упућује општа клаузула о ништавости. Суд је дужан да поништи тестамент за кога утврди да је у супротности са принципима јавног поретка – уставним, или принципима наследног и грађанског права. Повреда тих принципа одражава се на недозвољеност предмета, каузе и садржаја теста-мента, а такође се испољава кроз недозвољеност мотива који код завештања улазе у каузу правног посла. Завештаочева побуда код тестаментарног распо-лагања биће недозвољена у различитим случајевима: када завешталац настоји да путем тестаментa утиче на наследника или легатара на понаша-ње које је у супротности са принципима јавног поретка (нпр. да изврши неко кривично дело); када завешталац условавава стицање користи неког лица по основу завештања незаконитим утицајем на личну слободу наслед-ника задирањем у његову приватну животну сферу (у погледу закључења брака, избора религије и сл.).⁵⁸

Са становишта заштите људских и права слобода, сасвим је оправдано да јавни поредак у овим случајевима забрањује да тестамент буде средство којим се наследник или легатар присиљава да своје животне односе уреди по жељи завештаоца, и тако ограниче њихова основна људска права и слободе, нпр. право на правну личност, слобода вероисповести, слобода изражавања националне припадности, право на закључење брака и др. Противно јавном поретку је настојање завештаоца да путем тестаментарног располагања на-гради или казни наследника или легатара за понашање које није у складу са јавним поретком (нпр. завешта нешто у корист терористе као награду за терористичку акцију).⁵⁹

3.2. Принудни прописи

Принудни прописи су једно од општих ограничења слободе воље, одно-сно слободе располагања имовином, које инволвира јавни поредак (схваћен у ширем смислу). Њих чине правила понашања која се морају поштовати у конкретним правним односима која та правила регулишу. Принудни про-писи садрже правне норме које правни субјекти не могу мењати својом вољом приликом уређења својих грађанскоправних односа. У грађанскоправној

⁵⁸ Драгица Живојиновић, „Границе слободе завештања“, *Правни живот* 10/2002, 199 и 200.

⁵⁹ Дејан Ђурђевић, „Утицај недозвољеног мотива на пуноважност тестаментa“, *Анали Правног факултета у Београду* 3-4/2004, 452 и 453.

доктрини се за означавање принудних прописа користи више израза са истим значењем: принудне, конгентне или императивне правне норме. Тим изразима се означавају норме које су супротне диспозитивним, а то су оне норме које се примењују ако стране другачије не уреде свој правни однос. Супротно диспозитивним нормама, стране не могу искључити принудне норме и свој однос уредити другачије. У прописима императивног карактера изражени су општи друштвени интереси и зато су они један „виши“ закон који субјекти права, под претњом санкције морају поштовати.⁶⁰

Императивни карактер норме може бити видљив из самог законског текста или произлазити из смисла правне норме. Императивни карактер норме је очигледан кад се у самом тексту наводи да њено непоштовање има за последицу ништавост правног посла или неке његове клаузуле, или кад се у пропису користе изрази „мора“, „није допуштено“ и сл. Потенцијални принудни карактер правне норме открива се из њеног смисла помоћу телеолошког тумачења, а кад се утврди да је циљ правне норме заштита друштвених интереса, значи да је утврђена њена конгентност.

Са аспекта слободе завештања, правне границе ове слободе посебно су дефинисане императивним нормама чије непоштовање има за последицу ништавост завештања, у целости или у неком делу, па се тако јављају као опште ограничење слободе тестирања. Ништавост завештања може бити изричито предвиђена у самој императивној норми, као што је случај са наследноправним императивним нормама, или употребом израза који упућују на императивност норме, ко што су „мора“ или „није допуштено“ и сл. У случајевима кад ништавост није изричито предвиђена, норму треба тумачити применом граматичког метода, а ако се ни тада не открије право значење норме, треба применити телеолошко тумачење.⁶¹ Може се сматрати да је норма императивног карактера, само кад се утврди да је у њој садржана заповест установљена у циљу заштите друштвеног интереса.

Границе слободе тестирања постављене су императивним нормама које се односе на: недостатак завештајне способности (чл. 156 ЗОН); фалсификовано завештање (чл. 157 ЗОН); фидеикомисарну супституцију у ужем смислу и располагања са сличним правним дејством (чл. 159 ЗОН). Под ова ограничења могу се подвести и случајеви у којима је законом изричито предвиђено да су ништаве одредбе тестаментa којима се нешто оставља: (а) овлашћеном лицу које је сачинило јавни тестамент, његовом супружнику као и одређеном кругу сродника овлашћеног лица и (б) тестаментарном сведоку који је присуствовао сачињавању завештања, одређеном кругу његових срод-

⁶⁰ Slobodan Perović, „Sloboda uređivanja obveznih odnosa i javni poredak“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 56 /2006, 417.

⁶¹ Д. Живојиновић (2002), 195.

ника, као и супружнику завештајног сведока (чл. 160 ЗОН). Циљ је ових за-
брана да се спречи злоупотреба тестаментa и очува заштитна функција форме
тестаментa, па су зато ова ограничења оправдана.

3.3. Добри обичаји

Под обичајима се подразумевају неписана правила понашања, настала
спонтано дуготрајним понављањем фактичког понашања, и која постају
прихваћена у одређеној друштвеној групи. „Обичај, дакле, представља нор-
му која се ствара дугим понављањем и која своју обавезну снагу вуче баш
из дугог понављања.“⁶² Свест о обавезности понашања мора бити заснована
на убеђењу да такво понашање правно обавезује (*opinio iuris*), и управо таква
свест о обавезности трансформише фактичко понашање у обичај. Две су
врсте обичаја: а) фактички обичаји, који за непоштовање обичајне норме
имају друштвену, најчешће моралну санкцију (бојкот, презир и сл.) и б)
правни обичаји, код којих закон упућује на примену обичаја и обезбеђује
правну санкцију. Код правних обичаја, упућивање може бити генерално и
специјално.⁶³

Има мишљења да бит *boni mores* од античких времена представља „осе-
ћај дужности и природне наклоности према боговима, родитељима или
ближој родбини, поштовање које ужива особа у друштву и урођени осећај
срамоте“.⁶⁴ За разлику од философског поимања, у правној теорији нема
оваквих синтетичких дефиниција.

О томе шта су добри обичаји, у правној теорији, нема јединственог гле-
дишта, а сам појам добрих обичаја није тако исцрпно и свеобухватно доктри-
нарно обрађиван као појам правног поретка. Уопштено узев, два су теоријска
приступа дефинисању појма добрих обичаја.⁶⁵ Теоретичари који су припада-
ли школи егзегезе тражили су дефиницију добрих обичаја у законским тек-
стовима, али је њихов домаћај због скучености самог законског израза, сведен
на навођење неколико неморалних уговора и на констатацију да се њима не
могу вређати добри обичаји.⁶⁶ Присталице социолошке школе полазе од
става да у свакој епохи неког друштва постоји један „јавни морал“ који је

⁶² Радомир Лукић, *Теорија државе и права II. Теорија права*, Завод за уџбенике и на-
ставна средства, Београд 1995, 30.

⁶³ О. Антић (2013), 10 и 11.

⁶⁴ R. Zimmermann, „Testamentary Formalities in Germany“, in *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities*, ed. Kenneth G C Reid, Marius J De Waal and Reinhard Zimmermann, University Press, Oxford 2011, 65.

⁶⁵ *Ойшурније*: С. Перовић (2007), 61.

⁶⁶ Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, Paris 1885, 330 (Нав. према С. Перовић,
2007, 61, фн. 100).

усвојен у општој свести. Уговори супротни том моралу самим тим су супротни добрим обичајима и као такви погођени су санкцијом ништавости.⁶⁷

Шта се има сматрати добрим обичајем, то је правно питање које цени суд у сваком конкретном случају на основу моралних норми датог друштва у време тумачења. Управо садржај ове оцене отвара питање односа добрих обичаја и морала друштва.

Теоретичари који подводе појам добрих обичаја под јавни поредак и не раздвајају те појмове, изједначавају појам добрих обичаја и морала друштва.⁶⁸ Подвођењем морала под јавни поредак, мења се природа њихове санкције – уместо да повреда моралне норме буде праћена само јавном осудом и грижом савести, бива санкционисана правном санкцијом – ништавошћу уговора.

У правосудној пракси се добри обичаји поимају као „норма о моралности“, па судским одлукама оглашавају неморалним и поништавају уговоре којима је циљ био постизање неморалне користи (нпр. уговор о враџбинама, зајам дат у сврху коцкања и сл.), као и уговоре који су противни моралу у брачним односима.⁶⁹

Без обзира да ли се добри обичаји схватају као елемент јавног поретка у ширем смислу, или просто као опште ограничење које инволвира јавни поредак, општеприхваћено је да се њихово непоштовање правно санкционише, па се зато поништавају правни послови за које суд утврди да су закључени противно добрим обичајима. Непоштовање добрих обичаја распростире се на читаву материју грађанског права, а у наследном праву утиче на недопуштеност предмета и каузе завештања. Зато се као противно добрим обичајима, с правом сматра „оно завештање или завештајна одредба чија је садржина неморална или завештање чији је предмет допуштен али је такво располагање за случај смрти било подстакнуто неморалним циљевима“.⁷⁰

Који су то добри обичаји који утичу на пуноважност завештања, јесте правно питање, које суд цени у сваком конкретном случају, имајући на уму свеукупност моралних норми које су владајуће у тренутку оцене.⁷¹ Први је задатак судије да установи да ли се добри обичај, односно морална норма која би могла у конкретном случају имати утицај на предмет или каузу завештања, може подвести под јавни поредак (схваћен у ширем смислу). Само кад утврди да је завештајно располагање противно неком принципу јавног поретка који извире из морала и добрих обичаја, то омогућава да се неморални предмет или неморална сврха завештања, у конкретном случају санкционише ништавошћу завештања. Зато што се противност добрим обичајима

⁶⁷ *Ibid.*, 82-88 (Нав. према С. Перовић, 2007, 61, фн. 101).

⁶⁸ Вид. С. Перовић (2007), 60 и 61; Д. Живојиновић (2002), 192-195.

⁶⁹ Опширније: М. Ђурђевић, Д. Павић (2016), 52 и 53.

⁷⁰ Д. Живојиновић (2002), 195.

⁷¹ О. Антић (2013), 11.

цени у сваком конкретном случају, није могуће њихово набрајање. Треба сматрати да је противан моралу и добрим обичајима тестамент којим се вређа владајући морал у нашем друштву у домену породичних односа.⁷²

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Правни поредак детерминише границе и садржину својине, што се непосредно одражава на границе својинске слободе, па следствено и на границе слободе уговарања и слободе завештања. Слобода уговарања и слобода завештања, као основна начела облигационог и наследног права, директно су зависна од слободе коју дати правни систем јемчи титуларима права својине. Од разноликих ограничења својине, за слободу завештања пре свих значајна су ограничења установљена прописима јавног права којима се садржина својине ограничава у јавном интересу.

Поље примене јавног поретка надилази уговорно право и распростире се на читаву грађанскоправну област. Са становишта одређивања правних лимита слободе тестирања, посебно је значајна функција јавног поретка, чији је задатак да одреди границу између допуштеног и недопуштеног располагања имовином *mortis causa*.

У грађанским кодификацијама коришћени су различити појмови за означавање истог општег ограничења слободе располагања имовином, а с друге стране, у теоријским експликацијама исти појам има различиту садржину, што проблем дефинисања појма јавног поретка и других општих ограничења чини још комплекснијим. Из критичке анализе законских формулација општих ограничења слободе располагања изведен је закључак о потреби појмовног разликовања свих трију општих ограничења. Резултат је гледиште о разликовању „јавног поретка у ширем смислу“, као појма вишег ранга који инволвира принудне прописе, добре обичаје и „јавни поредак у ужем смислу“, као појмове нижег ранга. На другој страни је „јавни поредак у ужем смислу, који чине правни принципи садржани у уставним и законским прописима који нису обухваћени императивним нормама и добрим обичајима.

Разлике између доктринарних и законских дефиниција слободе тестирања могле би се отклонити усвајањем одговарајућих нормативних решења (уместо прибегавања тумачењу опште теорије права) тако да се у законској норми о општим ограничењима имовинских располагања, где спада и завештајно располагање, изостави појам „јавни поредак“. Законска формулација

⁷² На пример, ништава је одредба којом завешталац одређује сина за наследника под условом да се не ожени распуштеницом или да се разведе од садашње жене; одредба којом сину оставља кућу или неку другу непокретност, под условом да син своје ванбрачно дете никада не доведе у кућу (Вид. Д. Живојиновић (2002), 199 и 200).

забране могла би гласити да је ништаво свако тестаментарно располагање „противно уставу, принудним прописима и моралу друштва“. Тиме би сва три вида општих ограничења слободе завештања била инволвирана у појам јавног поретка, као појма вишег ранга, који је изградила грађанскоправна теорија, и истовремено би се отклониле неодоумице око садржаја сваког од трију општих ограничења завештајне слободе.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- Александар Јакшић, „Устав, Европска конвенција о људским правима и аутономија воље странака“, *Правни живоић* 12/2003.
- Андрија Гамс, *Основи стварног права*, Научна књига, Београд 1961.
- Baudry-Lacantinerie – Houques-Fourcade, *Tratîé théorique et pratique de droit civil, t. I*, Paris 1907.
- Carey Miller, D. L. i Zimmermann, R., *The Civil Law in European codes, The Civilian Tradition and Scots Law*, Berlin 1997.
- Дејан Ђурђевић, „Утицај недозвољеног мотива на пуноважност тестаментарног завештања“, *Анали Правног факултета у Београду* 3-4/2004.
- Дејан Ђурђевић, *Институције наследног права*, Службени гласник, Београд 2011.
- Dieter Leipold, *Erbrecht-Grundzüge mit Fällen und Kontrollfragen*, Tübingen 2002.
- Драган Митровић, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010.
- Драгица Живојиновић, „Границе слободе завештања“, *Правни живоић* 10/2002.
- Драгољуб Стојановић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Службени лист СФРЈ, Београд 1990.
- Dragoljub Stojanović, *Pozitivno-pravna ograničenja privatne svojine*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1963.
- Драгољуб Стојановић, *Стварно право* Правни факултет, Крагујевац 1998.
- Duguit, *Études de droit public, t. I*, 1901.
- Душан Николић – Слобода Мидоровић, „Савремена европска правна теорија о социјалној функцији права својине: немачка доктрина“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2008.
- Georg Vilhelm Fridrih Hegel, *Pravni i politički spisi*, Beograd 1981.
- J. Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, *La formation du contrat. Tome I: Le contrat – Le consentement*, Paris 2013.
- Јелена Видић Трнинић, „Сличности и разлике у положају нужних наследника на простору бивше СФРЈ“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2014.
- Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, Paris 1885,
- Марко Ђурђевић, Драган Павић, „Неколико мисли о ограничењима слободе уређивања садржине уговора у нашем савременом праву“, *Право и привреда* 7-9/2016.

- Mirella Rodin, „Protivnost moralu (*contra bonos mores*) kao razlog nevaljanosti ugovora“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2/2013.
- Nikola Gavella *et al.*, *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb 1998.
- Нина Планојевић, „Мирослав Лазић: Практикум за стварно право“, *Гласник права* 1/2010.
- Обрен Станковић, Оливер Антић, *Стварно право*, Београд, 1999.
- Оливер Антић, „Морал (етика) у грађанском праву“, у: *Хармонизација грађанског права у региону*, Правни факултет у Источно Сарајеву, Источно Сарајево 2013.
- Оливер Антић, *Слобода завештања и нужни део – докторска дисертација*, Правни факултет у Београду, Београд 1983.
- Reinhard Zimmermann, „Testamentary Formalities in Germany“, in *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities*, ed. Kenneth G C Reid, Marius J De Waal and Reinhard Zimmermann, University Press, Oxford 2011.
- Радомир Лукић, *Систем филозофије права*, Београд 1992.
- Радомир Лукић, *Теорија државе и права II. Теорија права*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд 1995.
- Роналд Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, Београд – Подгорица 2001.
- Слободан Перовић, „Аутономија воље и принудни прописи“, *Правни животи* 5-6/2007.
- Слободан Перовић, „Границе својинске слободе“, *Правни животи* 5-6/2001.
- Slobodan Perović, „Sloboda uređivanja obveznih odnosa i javni poredak“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 56 /2006.
- Слободан Перовић, „Установа јавног поретка у савременом уговорном праву“, *Правни животи* 1/1976.
- Тамара Ђурђић Милошевић, *Ограничење слободе завештајних располађања – докторска дисертација*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2018.
- Valeries – Sommières, Les lois d'ordre public et la dérogation aux lois, *Revue de Lille*, 1899.
- Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.
- «Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2 – BGB, Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151) geändert worden ist», <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>, 22. april 2019.
- Charter of fundamental Rights of the European Union (2010/C. 83/02); <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>, 22. april, 2019.
- Code Civil – Version consolidée du code au 19 mai 2013, Edition: 2013-07-2; http://www.lexinter.net/-ENGLISH/ci-vil_code.htm, 22. april 2019.
- Закон о наслеђивању РС – ЗОН, *Службени гласник РС*, бр. 46/95, 101/2003 и 6/2015.
- Закон о облигационим односима РС – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повелја.
- Zakon o obveznim odnosima Hrvatske, *Narodne novine*, br. 35/2005, 41/2008, 125/2011 i 78/2015.

Tamara V. Đurđić Milošević, Ph.D., Assistant
University of Kragujevac
Faculty of Law Kragujevac
tdjurdjic@gmail.com

Limitations of Freedom of Ownership and Testamentary Freedom

Abstract: *The first issue discussed in this paper relates to freedom of ownership, which is perceived as a part of the general freedom of individual, which limitations are presented through numerous theoretical classifications, conditioned by positive law and doctrinal perception of the freedom of ownership itself. The norms and principles of a legal order determine the boundaries and the content of property, governed by the rules of public law, which directly reflects on the limits of freedom of ownership, and consequently on the boundaries of freedom of testation, as well. The second part of the paper is devoted to the general legal limitations of freedom of testation, in which public order, imperative regulations and good customs are discussed. In the presentation of the conceptual definition, it has been pointed out that in the civil codifications different concepts are used for denoting the same general restriction of the freedom of disposition, while in theoretical explanations, the same term has different content, which makes the problem of defining the term of public order and other general restrictions even more complex. Through a critical analysis of legal formulations of general restrictions on the freedom of disposition, the need for a conceptual distinction between all three general restrictions are explained. The result of this explanation is the observation of distinction between «public order in the broader sense», which includes imperative regulations, good customs and «public order in the narrow sense», that involves legal principles that are not covered by imperative regulations.*

Keywords: *Freedom of ownership. – Freedom of testation.- Public order.- Enforced regulations.- Good customs.*

Датум пријема рада: 23.04.2019.

Nenad Z. Stekić, *Research Assistant*
Institute of International Politics and Economics
nenad.stekic@diplomacy.bg.ac.rs

EXTREMISM AS A FACTOR OF SYSTEMIC DYNAMICS OF COMMON SECURITY AND DEFENSE POLICY DURING THE MIGRATORY CRISIS¹

Abstract: *This paper aims at explaining causes of key changes of European Union's Common Security and Defense Policy (EU CSDP) characteristics as a reference object in relation to the five-year influx of migrants to the EU between 2013 and 2017. Author casts his assumption according to which the measurable outcome of a large wave of migrants from the Middle East and North Africa to Europe, as well as phenomena such as terrorist and other extremist acts, significantly influence and alter the nature of this supranational policy. Based on theoretical debates about forced migration, the author deployed a relatively new concept of regional humanitarian identity, which is based on norms and values of particular hosting states. The overall performance of the subdivisions of the region – the state, their institutions, and citizens – is conditioned by internal norms that arise as a result of traditional and cultural factors. Analytical and systematic presentation of the conceptual model identified numerous variables whose interactions significantly influence the functioning of a complex system such as the EU CSDP. After having applied systemic dynamics approach, author concludes that by changing the European Union's regional humanitarian identity, a precondition for normative and institutional change of this policy was also made possible.*

Keywords: *regional humanitarian identity, CSDP, CFSP, migrations, MENA region, systemic dynamics.*

¹ The article was realised within the project: "Serbia in contemporary international relations: Strategic directions of development and consolidating the position of Serbia in international integrative processes – foreign affairs, international economic, legal and security aspects", Ministry of Education and Science of the Republic of Serbia, no. 179029 (2011–2019).

1. INTRODUCTORY NOTES

The Common Security and Defense (hereinafter CSDP) is an integral part of the Common Foreign and Security Policy (CFSP), and as such presents a unique type of integration in the sphere of defense and security in the world. Established at the European Council Summit in Saint Malo in 1999, as the “European Security and Defense Policy”, since the Lisbon Treaty entered into force in December 2009, this policy is renamed into Common Security and Defense Policy of the European Union (EU CSDP). The tracking of its genesis can best be complied through the elements that make its integral part, as well as the elements gradually being added under its umbrella. Currently, this policy consists of 10 elements, although some scholarly views count 11 of them.²

The largest number of academic community’s dealing with CSDP research agrees upon that it’s most visible and most important element are crisis management operations, or civilian missions and military operations.³ Through these mechanisms, the European Union is trying, in the global context, to obtain a global player title, through promotion of global leadership concept. Bearing in mind that the CSDP (still) does not represent a substitute for the joint military forces of the European Union, military operations also contribute to further defense integration at the supranational level. For now, this is the only possible way of engaging national member states’ contingents outside the European Union. The basic specificity of participation in military operations, following the Lisbon Treaty, is the possibility of participating in military operations by armed forces of EU candidate countries. A similar situation exists with the countries in the Western Balkans region, each of which participates not only in military operations, but also in European Union civilian missions around the world.⁴ In addition, both Turkey and Canada actively participate in crisis management operations. Article 44 of the Lisbon Treaty provides for the possibility that several EU Member States can independently create and transmit military operations under the flag of the European Union.⁵ Article 44 does not represent a qualitatively new form of participation in multinational operations, but it only facilitates the participation of several member

² The CSDP elements are: disarmament, prohibition of the proliferation and proliferation of weapons of mass destruction, the maritime security, the sanctions policy, the fight against pirates, crisis management operations, crisis response, conflict prevention, and Instrument for stability. In some respects, crisis management operations are broken down into civilian missions and military operations, as in two separate parts of the policy. More on CSDP elements: https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/area/security-and-defence_en (Accessed on: 4.4.2018, 14:32)

³ Official website of the EEAS, available at: https://eeas.europa.eu/topics/common-security-and-defence-policy-csdp_en, (Accessed on: 11.06.2018, 15:56)

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

states in case of urgency and existence of a lack of consensus regarding the deployment of the operation. Through these mechanisms, European Union tries to become so-called “Global player” and thus to promote a concept of “global leadership”. With no existing military capabilities at the supranational level, it is clear that the officials of this state-of-the-art creation are trying to project the national interests of their states by using the only existing mode of providing such interests, which can be achieved through this policy. The institutional structure of CSDP is extremely complex (see Scheme 1). The prevailing viewpoints for analytical needs, point to the consideration of CSDP institutions in several different levels. At supranational level, European Union bodies in the area of defense and security are differentiated into three subgroups: strategic, operational and tactical.

The first one includes the EU’s largest institutions, while the Political–Security Committee, the Military Committee (as a subcommittee of the previous one), the Committee on Civilian Aspects of Crisis Management (CIVCOM), and the Center for EU Operations operate on the operational and supranational level.⁶ Tactical level is occupied by certain working bodies and groups within the mentioned structures and institutions.⁷ At the national level differentiation is not so complex, considering that the working bodies and representatives of the defense ministries, and those in charge of foreign affairs and internal affairs are in charge of security and defense issues. This paper seeks to show the most significant theoretical views on migration studies, as well as to inspect contribution of *pull & push* mechanism/concept to migratory flows towards the EU Member States. Thus, it aims at identifying variables that contribute to the development of extremism and radicalism in Europe and in that sense significantly affect the systemic dynamics of the CSDP.

The scientific goal of exploring the interrelation between the change of basic policy characteristics as a reference object in relation to the five-year migration flow into the European Union was applied for the period 2013–2017. The application of the system dynamics model will provide an important basis for understanding the change of nature, the way it operates and develop this policy. For this migratory period, the author will offer vector directions among the identified variables, or key extremist and terrorist events that might have led to the change of the security and defense paradigm of the European Union. In the first part of the article, author presents the development and key elements of the EU CSDP as the reference object of the examination. The intention of the author is to present development and

⁶ Weiler Kathleen, *European constitutionalism beyond the state*, Cambridge University Press, 2003.

⁷ Such spots for instance are taken by the Logistical department, Situational Centre, counsellor groups, and the COREPERs, as the permanent representative body of Military Committee and Political–Security Committee. More available at: https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/area/security-and-defence_en (Accessed on: 4.6.2018. 15:13)

key CSDP elements as a reference object. The intention of the author is to determine whether and under what conditions a change in the functioning and development of CSDP is possible, in the case of simulating all variables that do not (indirectly) contribute to the policy change, and to the rise of violent extremism in Europe.

2. CONCEPTUALISATION OF MIGRATION STUDIES

According to Giovanna Zincone and Tiziana Caponio, the development of studies in the field of migration has been underway in several different waves. The first generation of studies was essentially interested in the demographic composition and the evolution of migratory waves into European countries. While the second generation of research was primarily focused on the economic integration of immigrants and their social behavior, the third generation was based on integration policies and political participation of immigrants.⁸ The last generation has touched on issues and problems of understanding the way immigrants and immigration policies are adopted and adopted. More recently, the new generation is striving to conduct research on multi-level governance policies related to immigrants, but also to immigration in general.⁹ These consequences of migrant waves are mostly far-reaching, and in particular, they are visible from the “most recent” which began in 2013. Zinkone and Caponio cite several factors that, as they claim, are highly variable, varying degrees of migration studies within European countries.

The main ones are the maturity and development of public policies in political science, in various countries.¹⁰ These authors also state that migration studies in Austria developed only during the 1980s, while they later developed in Germany and Sweden, and then in the academic work of authors from the Mediterranean countries.¹¹ The response of the state (or group of countries) to the housing of non-residents in its territories is a central thesis in the development of contemporary academic debates on migration and extremism. Edward J. Newman begins an analysis of the current scientific thematization of European humanitarian practices, offering the concept of “regional humanitarian identity”.¹² In article published in 2018 “The Limits of Liberal Humanitarianism in Europe: Responsibility for Protection and Forced Migration”, Newman points to the values on which the modern European Union rests. These values represent a prerequisite and determining the element on which European humanitarian practice rests.

⁸ Zincone, Giovanna & Tiziana Caponio, “The Multilevel Governance of Migration”, *The Dynamics of International Migration and Settlement in Europe*, 2006, p.269.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid., p. 206.

¹² Newman, Edward, “The Limits of Liberal Humanitarianism in Europe: The ‘Responsibility to Protect’ and Forced Migration”, *European Review of International Studies*, 2018, p.5.

Furthermore, he claims that some authors rightfully question the legitimacy of this concept, because of great discrepancy between normative principles and foreign policy demonstrated by the European Union.¹³ The EU Global Strategy from 2016 proclaims that

*“...in preserving the quality of democracy, the European Union respects national, European and international law in all spheres, from migration and asylum, through energy, and the fight against terrorism. Resigning these values is a matter of law, but also of ethics and of our identity.”*¹⁴

Key critiques relate to the fact that the European Union’s norms are more important in situations where the CSDP does not oppose different normative frameworks (such as cooperation with democratic states), as well as when the European Union conducts its relations with relatively weak countries and regions.¹⁵ Newman acknowledges that the normative concept of regional humanitarian identity is still largely based on the credibility enjoyed by the European Union in the global arena, or, as this author calls, “moral leadership” and commitment to the principle of responsibility to protect.¹⁶ Changing the regional humanitarian identity inducts the direction of action and acts of political entities such as states and international organizations.

2.1. Pull and Push factors

According to classical pull & push formulations, potential migrant weighs negative trends which push him/her out of domicile country (low wages, low living standards, bad working conditions etc.) to the positive factors and wellbeing which they could consume in the destination country. In this case, the decision to migrate is led by conditions that can be obtained in destination state.¹⁷

Rejection and attraction model implies a static perspective of study, focusing on external factors as the main drivers of migration. Thus, it is unable to analyze migration, as it went through a transformation, which in turn diminished its scientific value.¹⁸ Srisankarajah et al., claim that in terms of migration studies, the

¹³ Ibid.

¹⁴ Global Strategy of the European Union, *Official EU Journal*, Brussels, 2016.

¹⁵ Ian Manners, *Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?*, 2002, *Journal of Common Market Studies*, Vol.40, No.2

¹⁶ Newman, Edward, “The Limits of Liberal Humanitarianism in Europe: The ‘Responsibility to Protect’ and Forced Migration”, *European Review of International Studies*, 2018, p.5.

¹⁷ For more on theoretical and operational inputs and determinants of the *pull-push* factors, consult: Schoorl, Heering et al., “Push and pull factors of international migration: a comparative report”, *European Communities*, Luxembourg, 2000.

¹⁸ De Haas, H., “The myth of invasion: The inconvenient realities of African migration to Europe”, *Third world quarterly*, 2008, 29(7)

pull & push factors failed to provide any reasonable responses to the most basic issues, as well as to the visibility of reactions by the national state.¹⁹ Certainly, recent academic literature is saturated with discussions about the reaction of a particular entity in relation to immigrants. Intending to determine what precedes the response (response) of the country of residence, Everett Lee identified four groups of factors that influence the decision to migrate: factors related to the area of origin; factors related to the destination area; possible obstacles of migration between areas of origin and destination, (such as distance, physical barriers, immigration laws, and others); and personal factors of migrants themselves which modify other factors in terms of decision to migrate.²⁰ On this trail, Douglas Massey and his associates developed their argument about the pull and push factors.

They believe that migration is not triggered by push factors in countries of origin (low wages or high unemployment), but by attracting factors (pull factors) in destination countries.²¹ Economically highly developed countries produce the so-called division of the labour market structure, securitized well-paid jobs sector, as well as a managerial, or socially highly-valued position, is created on the one hand, and on the other, a sector with insecure, poorly paid and low-value jobs – in the literature these jobs are popularly called 3D – dirty, dangerous and difficult.²² The factors of attraction and suppression do not necessarily have to be categorized, nor are their classification generally accepted. However, certain authors claim that it is possible to create a pull & push factor matrix for each individual case, making them essentially *sui generis*. In this sense, Martin and Zurcher propose an analytical matrix of factors that can be useful in studying migratory movements.

Table 1. Migration targeting factors

Migration type	<i>Pull factors</i>	<i>Push factors</i>	Networking/other
Economic	Labour force recruitment	Unemployment or low salary level	Jobs and salaries information
Non-economic	Personal moments (family reunion)	War, civil war, any other type of international or domestic violence	Communication, transportation, new experiences willingness

Source: Martin, P. & G. Zurcher (2008). *Managing Migration: The Global Challenge*.

¹⁹ Sriskandarajah, Dhananjayan, Laurence Cooley, and Howard Reed, “Paying their way: The fiscal contribution of immigrants in the UK”, *Institute for Public Policy Research*, London, 2005. p.1.

²⁰ Lee, Evans, “A theory of migration”, *Demography*, 1966, 3(1), p.47-57.

²¹ Massey, Douglas et al., “Theories of international migration: A review and appraisal”, *Population and development review*, 1993, pp.431-466.

²² Ibid.

Based on the distinction shown in Table 1, it is possible to determine the pull & push migration factors that can contribute to the development of extremism in Europe. Such outcome factors come from both migratory geo spaces – the MENA region²³ and Europe.²⁴ With respect to the postulate of pull & push concept, according to which they exist in the area of emigration and immigration, Table 2 presents modified migration factors that can be characteristic in the context of extremism.

Table 2. Modified migratory factors potentially causing more violent behaviour

Region	Pull factors	Push factors	Catalytic factors
MENA	• Sporadic ceasefire • Permanent international humanitarian help	• Conflicts and Civil Wars • Repressive political regimes • Endangered individual security • Devastated settlements and urban conurbations	• Forced migratory flows • Group flows; displaced family members
CSDP	Massey et al.		
	• Democratic and normative “regional humanitarian identity” of the EU • „Forced quality“ of living conditions in the EU	• Creation of “no-go” zones • Local populations aversions • Religious and political freedoms	• Immigrants’ camps and settlements • Ghettoization of Western Europe’s cities

Source: Compiled by author

The classical classification of economic and non-economic migration factors in the analytical matrix has now being replaced by the geographic regions of a concrete case study. The area of emigration is, as previously mentioned, the MENA region, while the inflow area is migration (Western) Europe, that is, the European Union. Presenting the findings of a survey conducted in several countries (France, Germany and Switzerland), on a representative sample of 2,400 respondents, Friedrich Heckmann points to several types of integration of descendants of the first generation of immigrants. It is important to note that the survey was carried out in 2004 and that immigrants entered the sample from the territory of Turkey, the former Yugoslavia, the Maghreb, and Portugal. Heckmann defines cultural integration as a complex and heterogeneous area that relates to beliefs

²³ The MENA region (*Middle East and Northern Africa*) is a vast geospace of the North Africa and the Middle East. According to some figures of the UNHCR, number of illegal migrants has reached 60 millions by the end of 2014, which is the second largest migration flow ever since the Second World War occurred (The New York Times, 2015).

²⁴ Under “Europe” in terms of this paper, author shall observe the EU without Great Britain and Denmark, both having opted out from the militarily segments of the CFSP.

and values, cultural competences, practiced pop culture, and everyday's behaviour.²⁵ Likewise, social integration is determined as interpersonal interactions and membership in associations.²⁶ Findings from his research indicate a reduced level of tolerance for the local population in all three countries in terms of accepting immigrants and even their descendants. As the main determinant of structural integration, Hackmann lists the acquisition of rights and access to positions, or status in key institutions of the society. He believes that structural integration is a two-way process that involves the desire of both sides (local population and immigrants) to inclusion in social flows, while it also includes identification integration that is reflected in the sense of belonging and identification in the broader sense.²⁷ In the end, this author identifies functional integration, arguing that there is "a justified need for immigrants in different sectors of the economy in relation to their peculiarities".²⁸

3. SYSTEMIC DYNAMICS OF THE EU CSDP IN MIGRATORY CRISIS

As it was initially emphasized, CSDP is a subpart of the CFSP system, and an extremely complex system consisting of several elements, which are the product of a much more complex of decision making process, cooperation, negotiation, as well as interactions with other entities, countries, international organizations and other important international bodies. In this sense, this policy represents a fruitful reference object for the application of system dynamics, with extensive academic discussion regarding its realization and interpretation. System dynamics allows the analysis of migratory phenomena by including the qualitative and quantitative variables that influence and determine it.²⁹ The interest in system dynamics came about when it was understood that it could uniquely contribute to the presentation of the real world. Jay W. Forrester warns that dynamics can show the non-linearity, complexity, and return effects inherent in the study of social and physical phenomena.³⁰ Thomas Gehring & Benjamin Faud in their article "*Dynamics of complex systems: micro-based and systemic effects*" pointed to the theo-

²⁵ Heckman, Friedrich, "National modes of immigrant integration", *Comparative European Research in Migration, Diversity and Identities University of Duesto, Bilbao*, 2005

²⁶ Ibid., p.106.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ninković V. et al., "Dynamic Migration Flow Modeling", *Security Dialogues*, Vol 8, No.1–2. Skopje: St. Cyril and Methodius University, pp.149–169

³⁰ Forrester, J. "System dynamics, systems thinking, and soft OR", *System dynamics review*, 1994, Vol.10 (2-3), 245-256

retical void in terms of the functioning of complex systems, made up of several sides.³¹

They argue that as long as there is a sincere interest in co-operation between a large number of stakeholders delegating the system, there is a great chance that the interaction between the institutional elements can be transferred from the state of an open conflict to the state of a well-regulated “labour division”. Such division of labour always assigns clearly defined roles, and the efficient functioning of the system.³² They further state that at the level of the units of the system of international relations – the state, they are just superpowers, which influence the development (or, on the other hand, the disabling) of a particular system. In the case of the EU CSDP, these were the United States, which first promoted security and defense cooperation among EU Member States, and now it is disabling.³³ They suggest managing complex regimes as an adequate term for centralizing system management. Therefore, in order to understand the complexity of this policy, it is necessary to point out the normative and institutional differentiation of the EU CSDP.

Table 3. Normative and institutional differentiation of the EU CSDP

Level	Normative	Institutional
MACRO	Lisbon Treaty EU Global Strategy (2016), Strategic decision making process	European Commission (EEAS) EU High Representative/EU Commission Vice President
MESO	Strategic & operational decisions of the Council of Ministers, Politico-Security Committee and of the Military Committee	Directorates General (DGs) Politico-Security Committee (Military Committee) Politico-military group and Civil Planning Committee
MICRO	Regulations, acts, operational plans, crisis management plans, tasks and other legislation proposals coming from the EU institutional elements	• European Security and Defence College • European Situation / Satellite Center / EDA • Diplomatic representatives of the EU • European Institute for Security Policy • Multi sector working groups / units within the EEAS

Source: Author

³¹ Gehring, Thomas and Benjamin Faude, “The dynamics of regime complexes: Microfoundations and systemic effects”, *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, 2013, 19, no. 1, 119-130

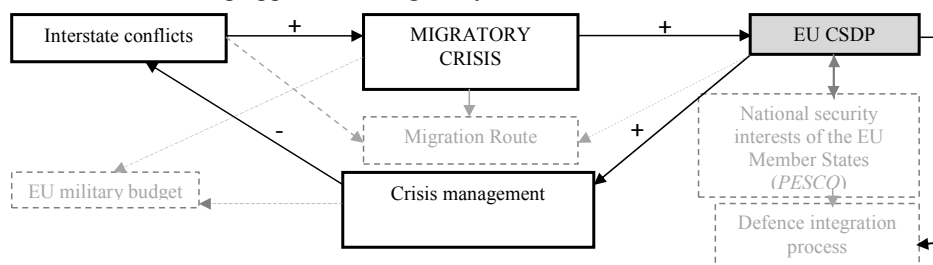
³² Ibid., p.127

³³ Ibid., p.128

They believe that in a system where there is no central management, it is necessary to establish secretariats through which decisions will be made, in the absence of an organizational center.³⁴ Forester's idea builds upon the previous arguments, as it points to the necessity of validating models that simulate changes in the policies of complex entities such as the European Union.³⁵ In their article "System Dynamics of Problem Solving to Improve the Condition", these authors suggest seven steps characteristic of changing the state of a particular entity/policy: describing the system, simulating the model, designing alternative policies, education and debate, and finally, the implementation of changes in policies and structures.³⁶ In such a matrix, the simulation of feedback model is the most appropriate tool by which it is possible to "measure" the CSDP's efficiency and operation. Namely, the return matrix could even be adequate for presenting, and establishing new variables and factors in further study of the development of CSDP elements. In this sense, in finding an adequate model it is necessary to present the CSDP functioning from a holistic perspective. If Member States do not have a consensus on the most important issues related to the EU CSDP, then institutions and regulatory bodies will function significantly more inadequately or inconsistently.

Therefore, the effect of the Member States on the CSDP is direct, but this process is two-tailed as in case of CSDP and Member States relations. In the holistic perspective of CSDP, external factors have a direct two-tailed effect on the mentioned policy, unlike the CFSP, with which they are associated with a weaker connection without clear vector directions, since the latter policy is an indirect link to the CSDP. Beside holistic approach, CSDP can be seen as a model that can be systemically simulated and bottom-up approach.

Scheme 3. Bottom-up approach in migratory crisis of the CSDP



Source: Author, adapted scheme

³⁴ Ibid., p.128

³⁵ Op.cit. Forrester, J. "System dynamics, systems thinking, and soft OR", p.104

³⁶ Ibid.

It is clear that the model of return action is incomplete, and represents only the starting point for further studies of CSDP in application to a specific migratory crisis. Stronger defense integrations in the Old Continent can be seen through analysis of its qualitative features, as a variable that is significant in modern European security architecture. Thus, in the broadest sense the migratory crisis and problems on the route have a balancing effect on CSDP. The CSDP military budget is increasing dramatically from year to year,³⁷ so it has a stabilizing effect on the security of financing (and survival) of crisis management operations. They largely determine the amount of the overall budget of the CSDP (nearly 80%), but at the same time point to the needs for budget trends for the coming period in line with the needs on the ground.³⁸ Also, operations ensure the assertiveness of the European Union and the status of a “global player” in the international arena. The intensity, but also the number of armed conflicts, has a stabilizing effect on the quality, mandate and number of members in operations/missions. An essential feature is the interests of Member States, which do not always match all security issues. Countries also participate in the decision to establish missions/operations, as well as the degree of integration in the security and defense sphere, thus influencing the further defense integrations within the European Union. Implication tests of a particular policy according to Senge and Forrester consist of system improvement tests, predictions in behavioral changes, marginal adequacy, and policy sensitivity.³⁹ Following the logic of the previously presented system dynamics matrix, after modelling, it is necessary to design alternative policies and structures. The European Union, as a complex decision-making mechanism, very difficultly adopts acts at a strategic level, as it requires the consent of all Member States (in the case of substantive decisions like the ones adopted within CSDP). As will be presented in the next chapter, the EU authorities adopted a number of normative acts during the migration crisis, replacing the CSDP system.

3.1. CSDP characteristics as the Model variables

As a key reference model of this paper, author identified CSDP change-related variables, which represent an analytical tool for simulating its dynamics. The following variables can also serve as a measurable indicator of the change in the basic CSDP characteristics in relation to extremist events in Europe between 2013 and 2017. The values on which the existence and CSDP functioning are based are the values on which the European Union rests as such: the rule of law, respect

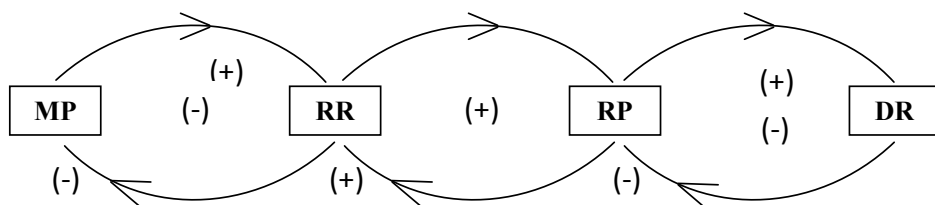
³⁷ About the CSDP, EEAS, available at: https://eeas.europa.eu/topics/common-security-and-defence-policy-csdp_en, accessed on: 11.06.2018

³⁸ Ibid.

³⁹ Senge, P. M., & Forrester, J. W., “Tests for building confidence in system dynamics models”, *System dynamics, TIMS studies in management sciences*, 1980, 14, 209-228

for human rights, democracy, idea of federalism, and justice. The standards on the functioning of CSDP are regulated by the acts on the organization of work and activities of each Directorate-General, but also of the European Commission as a whole. Standards also concern the direct action of European Union soldiers and experts on the ground in civilian missions and military operations.⁴⁰ Principles in the daily operation of CSDP institutions and organizational units are openness, publicity/transparency, equal representation of Member States, professionalism in work, continuous control of system parts, hierarchical subordination of system parts and continuous evaluation.⁴¹ This policy is an extremely adaptable system, and at the same time determined by external factors. In the presented analytical matrix, CSDP is a system that is adapted to the needs of forced migration in both regions at the same time. In the MENA region, through permanent diplomatic, civilian and military presence (civilian missions and military operations), while on the other, within Europe, it adapts itself to social problems and potential extremist behavior of immigrants. However, according to many authors, CSDP is characterized by relatively slow adaptability, caused by the specificity of the decision-making process in the assembly bodies and committees.⁴² Also, this system is determined by external factors from different aspects; from the bottom up, because the system is managed and made by Member States, and on the other hand, it adapts to global geopolitical realities, but also responds to current crises outside EU territory. These three determinants of the system relate to its behaviour in relation to the external environment. On the basis of the theoretical points of view, and then the recognized migratory factors, variables that can be used in the software simulation of the CSDP model of functioning and development are proposed.

Scheme 4: Causal diagram of reverse de-radicalisation⁴³



Source: Author, adapted scheme

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

⁴² Sriskandarajah, Dhananjayan, Laurence Cooley, and Howard Reed, "Paying their way: The fiscal contribution of immigrants in the UK", *Institute for Public Policy Research*, London, 2005.

⁴³ Whereas: MP – migratory population; RR – radicalisation ratio; RP – radicalised part of population; DR – deradicalisation ratio;

The causal diagram of the de-radicalisation shows the dynamics of the rate of radicalization, according to which it is lower if the positive feedback is less than negative, since the number of those de-radicalised is increased at the expense of those who have already been radicalized. A larger migratory population can potentially cause a higher rate of radicalization, which consequently leads to a larger population that is radicalized. The greater the rate of de-radicalisation, the rate is reversing, and the reduced radicalized population leads to a reduction in the rate of radicalization which reflects on the migratory population.

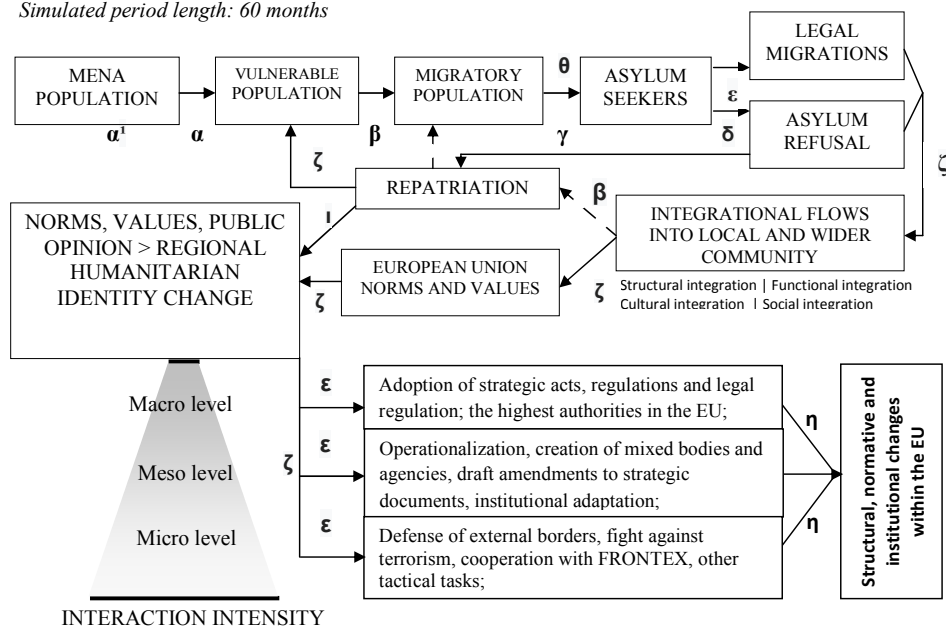
Equation 1: Population under the extremism risk

$$EP = \zeta \times K \times MP \times \frac{EP}{MP}$$

The likelihood of extremism implies the likelihood that a person will conduct an extremist act after learning that a similar act has already been carried out, and in most cases not being sanctioned by the official judicial authorities.

Scheme 5. Analytical matrix of variables

Simulated period length: 60 months



Source: Author

In this sense, it is possible to express mathematically the rate of extremism, which is equal to the combination of factors (the total number of migrants exposed to the risk of extremism) multiplied by the likelihood of those with whom they come into contact to radicalize.⁴⁴

There are a number of factors that make up the rate of radicalization in the overall migratory population, and in this way the effects of the CSDP on the internal plan result in de-radicalisation of the mentioned population. If the positive relationship is less than negative, the number of those who are de-radicalized will increase at the expense of those who have already been radicalized. The same applies to the duration of exposure due to the failure of the crisis. Then the weaker the negative reverse flow is, it will affect weaker radicalization and the more likely the extremist act will be. The geographical distribution of conflicts (α) is a precondition that determines the vulnerable population of the MENA region. In addition to the purely geographical criteria, the intensity of the conflict as well as the number of victims is extremely important.⁴⁵ A certain part of the emigrating population establishes a migratory population with an important variable (β) that relates to pull factors such as normative–democratic “regional humanitarian identity” and “forced quality” living conditions in Europe. On their route towards Western Europe, migrants face various obstacles (γ) such as frequent changes in national legal regulations, border closures, conflicts with local populations, environmental pollution, etc. Once established in the country of its ultimate destination (δ), they face uncertainty about (non) granting asylum/residence (ϵ , η) and indirectly confronting decisions made by the highest authorities of the Union. In a certain number of cases, immigrants confront the local population (ζ) and create the perception of individual risks in terms of their own security (θ). The immigrants, according to the proposed model, are stimulating factors of the conducted violent acts (i). In this way, the combined effect of a number of factors (variables) on immigrant groups creates a feeling of frustration that can lead to sociopathological forms of behaviour, and consequently to extremist acts. Such actions lead, on a strategic, operational and tactical plan, to structural changes in the CSDP, which will be discussed.

⁴⁴ Whereas EP stands for population under the extremism risk, ζ – radicalisation ratio, K – extremism development possibility, and MP – migratory population.

⁴⁵ Regarding this variable, it is also important to point out the objective economic difficulties that occur in the MENA region, and which are an important factor that contributes to the decision of immigrants to leave a certain area.

Table 4. Variables index

	Variable	Variable variances
α	Geographical dispersion of conflict α^1 Economic difficulties in MENA	• Conflict intensity and casualties • Geographical criterion
β	Pull factors (Massey et al.)	
γ	Migrant route, legal barriers	• Frequent regulatory changes • Attacks on the local population • Environmental problems
δ	Settlement into the reception country	
ε	Policies of Member States, supranational decisions, asylum refusal	η – CSDP Normative change, institutional structure establishment, new tasks
ζ^{46}	Extremism, radicalization, and other sociopathological activities	• Disappointment of migrants by treatment of the local population • Terrorist acts
θ	Risks perception	• Uncertainty regarding the final outcome
ι	Conducted extremism acts factor (Nazli Choucri et al.)	Contact with local population
κ	Extremism possibility index	
λ	Deradicalisation measurement (deradicalisation feedback diagram)	

4. DISCUSSION: CSDP IN *SUI GENERIS* CIRCUMSTANCES

According to the Society for System Dynamics, each system (and especially one characterized by a complex political network of interconnections) is distinguished by the so-called “Systemic behaviour”.⁴⁷ Based on Scheme 4 and Scheme 5, it can be concluded that the behaviour of a system such as the EU CSDP depends to a large extent on the will of the Member States who make it, but also on the challenges of an external type (crises, wars, natural hazards) all other socio-political factors that the EU CSDP interacts with.⁴⁸

⁴⁶ This variable signifies extremist behavior on the territory of Europe in the analyzed period. Over 40 terrorist acts carried out, and much more extremist activities of lower intensity were recorded in the period between 2013 and 2017. Although the trend of the total number of attacks declined (in 2014 it was 226, 2015 in total 193, while in 2016 – 142), the total number of victims and injured persons is measured by thousands. The number of people arrested is also declining, with the exception of France, while the average sentence imposed in the United Kingdom is 27 years in prison. It is also interesting that in France, the average sentence was only 7 years, and the number of court trials was led in 580 cases in 2016 and 2017 (Europol, 2017).

⁴⁷ More information about the Society and its publication available at the following link: <https://www.systemdynamics.org> (Accessed on: 06.03.2018. 13:23)

⁴⁸ Evaluation of the EU CSDP is possible through the quarterly and annual reports submitted by the European Commission to the European Parliament. In addition to these, there are extraor-

In this regard, this paper offered an analysis of the key variables and factors that influence the functioning and development of this *sui generis* policy in the case of migration that took place between 2013 and 2017, and then a review of the potential internal change of CSDP, followed by the development of a series of extremist events in Europe in the same period. Although in earlier academic conceptualizations, there were efforts to avoid the link between extremism as a form of sociopathological phenomena and CSDP,⁴⁹ current developments in the past five years, normative changes, but also the reform of institutional structures, disprove such claims. Writing about the possible causes of the lack of CSDP's deployment in countering extremism, Bruno Oliveira Martins sublimates them into several categories: the lack of consensus among Member States, the weakness of the EU as a supranational organization, and different views on CSDP capacities.⁵⁰ He further refines his view that the CSDP can act against extremism in the territory of Europe only in the event of "disturbing the vital democratic values on which it rests",⁵¹ and includes strategic documents, but also the principle of "act locally, exist globally" in analysis.⁵² The break point in model simulation is the results of integration (functional and social), of which the further fate of individuals and immigrant groups depends on. A similar model of radicalization presented by Erik Pruyt & John Kwakkel is based on the principle of persuading members of the community in relation to a particular issue, where it is irrelevant where the mentioned conviction comes from. The central outcome of this model is the existence of a "frustration of a certain part of the population" which is convinced that some social change is wrong,⁵³ and in a return coupling that occurs between a part of a population that is not convinced.

In the model (Scheme 6) illustrated in this paper, such feelings of immigrants appear at the moment of a Member State's refusal of asylum (variable "ε") and the initiation of the repatriation process, while at a lower, more direct level such frustration occurs in the event of failure to integrate (functionally, and then socially)

dinary reports submitted by the High Representative for Foreign Affairs and Security Policy to the European Commission and the European Council. Although the reports are predominantly descriptive and qualitative, they can still quantify indicators of the success of security and defense policy. It is very important to provide an answer to the question of which CSDP elements are most relevant to the change due to the operation of an integral group of factors.

⁴⁹ Meyer, C., "The purpose and pitfalls of Constructivist forecasting: Insights from strategic culture research for the European Union's evolution as a military power", *International studies quarterly*, 2011, 55(3)

⁵⁰ Bruno Oliveira Martins & Laura C. Ferreira-Pereira, "Stepping inside? CSDP missions and EU counter-terrorism", *European Security*, 2012

⁵¹ Ibid., p.17

⁵² Ibid.

⁵³ Pruyt, E. & Kwakkel, J., "Radicalization under deep uncertainty: a multi-model exploration of activism, extremism, and terrorism", *System Dynamics Review*, 2014

in the community. In the later developed model by Pruyt,⁵⁴ extremist behaviour arises as the outcome of a long-lasting gradual process. A part of the population, unhappy with its acceptance within its community, is convinced that it is discriminated and in that way gradually forms its position regarding the way it wants to contribute to change. However, Pruyt assumes that this part of the population becomes marginalized by the deepening of the crisis, and thus creates frustration that in the long run leads to extremist acts.⁵⁵ The model offered in this paper points to the relative longevity of the simulated process – the migratory crisis. In five years simulation length, there are many events and phenomena that have (indirectly) provoked antipathies for immigrants on the European continent. The last model important for this discussion is that developed by Choukri and associates.⁵⁶ This model presupposes the effect of conducted extremist events on future ones, and emphasizes the “motivating” significance of creating the extrusion of a certain part of the population, caused by the effects of the previous acts. The model in this paper points to repatriation as a turning point in relation to the new variable. Namely, if immigrants perceive repatriation as an exclusively hostile act, the radicalization of their behaviour can be enhanced by awareness of the “positive effects” of extremist acts committed on the territory of Europe. Accordingly, the exposed mathematical formula for the likelihood of the emergence of extremism must be supplemented by additional relationships between variables,⁵⁷ which affect the systemic dynamics of this policy.

Equation 2: Likelihood of the emergence of extremism

$$CSDP \eta = \frac{\gamma + \delta + (\lambda \times \frac{\zeta}{K}) \times (\zeta \times K \times UMP \times \frac{EP}{MP})}{\varepsilon}$$

Institutional and normative systemic dynamics (and changes) of CSDP can be understood as the ratio of products of “previous” factors (migratory route, residence, probability of extreme and radicalization) and populism extreme (EP), and the interests of Member States, or supranational decisions related to with the stated factors. The interests of the Member States act on the change in the CSDP in the opposite direction in relation to the listed factors listed in the numerator of

⁵⁴ Pruyt, Erik, “Small system dynamics models for big issues: Triple jump towards real-world complexity”, *Complex World*, 2013, 39(3)

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Choucri N. et al., “Using system dynamics to model and better understand state stability”, 2007, Working Paper 4661-07, Available at: <https://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/39650/4661-07.pdf?sequence=1>, MIT Sloan School of Management, Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, MA.

⁵⁷ See Table 4.

the equation. In all three comparative cases, as well as in the model presented in Scheme 6, the regional humanitarian identity from bottom to bottom is gradually changing, from public opinion to pressure on the policies of national governments, and consequently the EU institution to react first on the normative plan, radicalization asylum policies, a more robust border control, and then at the structural–institutional level, by establishing new bodies and organs. Paradoxically, but slowly, by creating specific public opinion views on the issue of immigrants, European leaders have proposed rigorous reforms of the CSDP, or greater Union assertiveness in helping the national police services in maintaining the borders of illegal crossings.

This has led to innumerable changes to acts, institutional structures, the creation of new bodies and agencies, and even the integration of competencies with the police forces of the Member States. Environment change, but also within the Union itself in relation to immigrants led to a gradual change in its supranational policies. Thus, the European Union adopted its Global Strategy in 2016, which explicitly cited the Union's readiness to strengthen its southern and eastern member states through the development of "more effective migration policies and practices".⁵⁸ The interaction of the elements of the CSDP system increases further from the macro to the micro level. The pyramidal institutional organization and the structure of the elements made it possible exactly this outcome.

5. CONCLUDING REMARKS

This article has demonstrated the possibility of Common Security and Defense Policy inclusion in the analytical framework and context of migration movements from the MENA region to Europe. Based on the review of the most significant theoretical debates, key variables have been identified for the analysis of CSDP's functioning and development, which are not inherent in other subsystems within the institutional structure of the European Union. The central thesis of this paper was to determine the prognostic validity of the theoretical concept of regional humanitarian identity. Changing the collective norms and values, as well as individual attitudes toward newly–coming immigrants, indirectly changes the CSDP nature. At the beginning of 2016, a new supranational policy of "integrated approach to conflicts and crises" was adopted, which paved a new way of involving national contingents in CSDP operations on the ground.⁵⁹ Observed from the aspect of temporal and spatial activities of this policy, these are definitely crises

⁵⁸ An integral EU Global Strategy text is available at: http://eeas.europa.eu/archives/docs/top_stories/pdf/eugs_review_web.pdf (Accessed on: 13.06.2018. 15:34)

⁵⁹ The European External Action Service, 2018, https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/area/security-and-defence_en (Accessed on: 4.4.2018. 14:43)

management operations that occur at the very beginning of the crisis focus (in certain cases pre-mediation), in area where the conflict is taking place. This process is not final or unilateral; on the contrary, the rational elements of CSDP can be implemented in various phases of events and crises. The simulation of the variables in the model presented in this article and its comparison with the so far known models demonstrated the confirmation of the assumption about the cause-and-effect relationship between the intensification of extremist acts and the structural changes of the CSDP. The migratory crisis, and the culminating waves of extremism that took place between 2013 and 2017, undoubtedly contributed to the change of regional humanitarian identity, thereby indirectly changing the legislative and institutional settings on which the CSDP rests. The so-called frustration with the treatment of destination states, provoke migrants' desire for extremist forms of action, which can be caused by gradual spiral development of negative events concerning their status, or they can be motivated by previous extremist acts, of which CSDP is not isolated. Interaction among CSDP elements is intensified by lowering to lower institutional levels, while supranationality of the system embodied in the fact that it consists of representatives of 27 Member States. This system is in its process of creation, that is, its full integration has not yet been completed. Therefore, it is very important that Marry Kritz and Hane Zlotnik conclude that the analysis of modern international migrations imposes the need for a systemic approach, ie a dynamic perspective of study – from recognition to a detailed insight into changing trends and forms of contemporary migration movements in the world.⁶⁰

Consideration of the causes or consequences of international migrations, either from the perspective of the countries of origin or reception, often fails to explain the dynamics associated with the development of migration movements as a process.⁶¹ The findings of this paper indicate the ability of CSDP to adapt and change. The management of complex regimes, such as Ghering and Fod named CSDP,⁶² proved to be extremely uncertain, due to the huge number of variables that alter their course of action, but also because of the nucleus of the migratory crisis. The future academic endeavours in the radicalization examination should move in the direction of simulating the offered model in this paper. Model simulation should answer the question of how the migratory population is radicalized, i.e. under whose influence, at the speed and intensity, which can be the basis for

⁶⁰ Kritz, Mary & Hania Zlotnik, "Global interactions: migration systems processes and policies", Clarendon Press Oxford, 1992, 1-16.

⁶¹ Predojević-Despić, Jelena, "Ka razumevanju determinanti međunarodnih migracija danas-teorijska perspektiva", *Stanovništvo*, 2010, 48/1.

⁶² Gehring, Thomas and Benjamin Faude, "The dynamics of regime complexes: Microfoundations and systemic effects", *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, 2013, 19, no. 1, 119-130

the decision makers in terms of a comprehensive approach to a particular problem. At this level, it is impossible to derive a prediction of how the European Union will develop in security and defense capacity. It is clear theoretical settings of international relations, and safety studies as a sub discipline, significantly determine further analysis of these phenomena, however, it is not possible to circumvent the systemic approach in analyzing the interaction between elements, as well as external factors contributing to CSDP functioning. Hence the dynamics of complex regimes, as an adequate theoretical foundation for the study of CSDP, is one of the recommended ways of researching security and defense integration at the supranational level. In the end, it is important to point out the existence of significant interdisciplinarity in the study of the links between migratory movements and CSDP as a type of system. Therefore, in further academic efforts to examine the change of such a complex policy, it is necessary to apply different disciplinary approaches that include sociological, political, historical and legal aspects.

REFERENCES

- Bruno Oliveira Martins & Laura C. Ferreira-Pereira, "Stepping inside? CSDP missions and EU counter-terrorism", *European Security*, 2012, 21:4, 537-556
- Choucri N. et al., "Using system dynamics to model and better understand state stability", 2007, Working Paper 4661-07, Доступно на: <https://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/39650/4661-07.pdf?sequence=1>, MIT Sloan School of Management, Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, MA.
- De Haas, H., "The myth of invasion: The inconvenient realities of African migration to Europe", *Third world quarterly*, 2008, 29(7), 1305-1322.
- Europol, (2017). *EU Terrorism Situation and Trend Report 2017*. The Hague: Europol, ISBN 978-92-95200-79-1.
- Forrester, J. "System dynamics, systems thinking, and soft OR", *System dynamics review*, 1994, Vol.10(2□3), 245-256.
- Gehring, Thomas and Benjamin Faude, "The dynamics of regime complexes: Micro-foundations and systemic effects", *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, 2013, 19, no. 1, 119-130.
- Global Strategy of the European Union, Official EU Journal, Brussels, 2016.
- H. Sijrsen, "The EU as a 'Normative' Power: How Can this be?", *Journal of European Public Policy*, 2005, Vol.13, No.2.
- Heckman, F., "National modes of immigrant integration", *Comparative European Research in Migration, Diversity and Identities University of Duesto: Bilbao*, 2005, 99-112.
- Heckman, Friedrich, "National modes of immigrant integration", *Comparative European Research in Migration, Diversity and Identities University of Duesto, Bilbao*, 2005
- Ian Manners, *Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?*, 2002, *Journal of Common Market Studies*, Vol.40, No.2

- Kritz, Mary & Hania Zlotnik, "Global interactions: migration systems processes and policies", Clarendon Press Oxford, 1992, 1-16.
- Lee, Evans, "A theory of migration", *Demography*, 1966, 3(1), p.47-57.
- Massey, Douglas S., Joaquin Arango, Graeme Hugo, Ali Kouaouci, Adela Pellegrino, and J. Edward Taylor, "Theories of international migration: A review and appraisal", *Population and development review*, 1993, pp.431-466.
- Meyer, C., "The purpose and pitfalls of Constructivist forecasting: Insights from strategic culture research for the European Union's evolution as a military power", *International studies quarterly*, 2011, 55(3), 669-690.
- Newman, Edward, "The Limits of Liberal Humanitarianism in Europe: The 'Responsibility to Protect' and Forced Migration", *European Review of International Studies*, 2018.
- Ninković V. et al., "Dynamic Migration Flow Modeling", *Security Dialogues*, Vol 8, No.1-2. Skopje: St. Cyril and Methodius University, pp.149-169
- Parkins, N., "Push and pull factors of migration", *American Review of Political Economy*, 2010, 8(2), 6.
- Predojević-Despić, Jelena, "Ka razumevanju determinanti međunarodnih migracija danas—teorijska perspektiva", *Stanovništvo*, 2010, 48/1, str.25-48.
- Pruyt, E. & Kwakkel, J., "Radicalization under deep uncertainty: a multi-model exploration of activism, extremism, and terrorism", *System Dynamics Review*, 2014, 30(1-2), 1-28.
- Pruyt, Erik, "Small system dynamics models for big issues: Triple jump towards real-world complexity", *Complex World*, 2013, 39(3)
- Schoorl, Heering et al., "Push and pull factors of international migration: a comparative report", *European Communities*, Luxembourg, 2000.
- Schoorl, J., Heering, L., Esveldt, I., Groenewold, G., & Van der Erf, R. (2000). Push and pull factors of international migration: a comparative report. Luxembourg: European Communities
- Senge, P. M., & Forrester, J. W., "Tests for building confidence in system dynamics models", *System dynamics, TIMS studies in management sciences*, 1980, 14, 209-228.
- Sriskandarajah, Dhananjayan, Laurence Cooley, and Howard Reed, "Paying their way: The fiscal contribution of immigrants in the UK", *Institute for Public Policy Research*, London, 2005.
- Stekić N., "Nadnacionalne bezbednosne i odbrambene integracije u studijama bezbednosti na primeru Zajedničke bezbednosne i odbrambene politike Evropske unije", Master rad, Beograd: Fakultet bezbednosti
- System Dynamics Society, <https://www.systemdynamics.org/> (Пристапљено 06.03.2018. 13:23)
- The Global Refugee Crisis, Region by Region". The New York Times. 26 August 2015.
- Weiler Kathleen, *European constitutionalism beyond the state*, Cambridge University Press, 2003.
- Zarate, M. A., Garcia, B., Garza, A. A., & Hitlan, R. T. (2004). Cultural threat and perceived realistic group conflict as dual predictors of prejudice. *Journal of experimental social psychology*, 40(1), 99-105.

Zincone, Giovanna & Tiziana Caponio, “The Multilevel Governance of Migration”, *The Dynamics of International Migration and Settlement in Europe*, 2006, p.269.
European External Action Service, https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/area/security-and-defence_en (Пристапљено 4.4.2018. 14:43)
European External Action Service, 2018, https://eeas.europa.eu/topics/common-security-and-defence-policy-csdp_en, 11.06.2018. 11:23

Ненад З. Стекић, истраживач и управник
Института за међународну политику и привреду
nenad.stekic@diplomacy.bg.ac.rs

Екстремизам као чинилац системске динамике Заједничке безбедносне и одбрамбене политике Европске уније током миграторне кризе

Сажетак: Циљ овог рада јесте експликација међуодноса промене основних карактеристика Заједничке безбедносне и одбрамбене политике Европске уније као референцијалног објекта у односу на петогодишњи прилив миграната у Европску унију у периоду између 2013. и 2017. године. Аутор полази од претпоставке да мерљив исход великог таласа миграната из простора Блиског Истока и Северне Африке у Европу, као и појаве попут терористичких и других екстремистичких аката, у значајној мери посредно утичу и мењају природу ове наднационалне безбедносне политике. На бази теоријских дебата у вези са присилним миграцијама, аутор је користио релативно нов концепт регионалног хуманитарног идентитета, који почива на принципу норми и вредности на којима се заснива постојање одређене државе или групе држава, а које су државе домаћини за имигранте. Свеукупно деловање поделомата региона – држава, њихових институција, али и грађана, условљено је интерним нормама које настају као последица традиционалних и културолошких фактора. Аналитичким и систематским приказом концептуалног модела, идентификован је велики број варијаблаци међуодноси значајно утичу на функционисање комплексног система каква је наведена политика Европске уније. Применом системске динамике установљено је да је изменом регионалног хуманитарног идентитета Европске уније, настао предуслов за нормативну и институционалну промену Заједничке безбедносне и одбрамбене политике.

Кључне речи: Европска унија, ЗБОП, регионални хуманитарни идентитет, миграције, екстремизам, имиграције, системска динамика.

Датум пријема рада: 09.09.2018.

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ
АУТОРЕ

*Réka M. Pusztahelyi, Ph.D., Associate Professor
University of Miskolc
Faculty of Law
reka.pusztahelyi@gmail.com*

REFLECTIONS ON CIVIL LIABILITY FOR DAMAGES CAUSED BY UNMANNED AIRCRAFTS¹

Abstract: *As the competence of the EU has been extended to cover the regulation of all drones involved in international air navigation regardless of their maximum take-off masses, and in accordance with the Single European Sky concept, a new Regulation (EU) 2018/1139 of the European Parliament and Council (Regulation) came into force in August 2018 regarding common rules in the field of civil aviation that also addresses the main questions relating to the utilisation of unmanned aircrafts, i.e. drones. While the Regulation and the implementative acts were elaborated, and comprehensive regulation at the EU level is becoming complete, the civil liability issues related to drone usage seem to remain on the national level, with the exception of the Product Liability Directive, provided that the cause of the drone accident was the defect of the product.*

In this essay, the Hungarian strict liability statute, the rule of liability for highly dangerous activity, will be examined, especially from the viewpoint of the dangerousness of the activity, in order to assess how it can be applied to drone utilisation in the future.

Keywords: *unmanned aircraft, EU regulation, drone categorisation, liability for highly dangerous activity, product liability.*

¹ This research was supported by the project nr. EFOP-3.6.2-16-2017-00007, titled *Aspects on the development of intelligent, sustainable and inclusive society: social, technological, innovation networks in employment and digital economy*. The project has been supported by the European Union, co-financed by the European Social Fund and the budget of Hungary.

1. INTRODUCTION

As the competence of the EU has been extended to cover the regulation of all drones² involved in international air navigation³ regardless of their maximum take-off masses (MTOMs), and in accordance with the concept of Single European Sky⁴, a new Regulation (EU) No. 2018/1139 of the European Parliament and Council came into force in August 2018 (hereinafter: Regulation). It also addresses the main questions relating to the utilisation of unmanned aircrafts⁵. According to the principle of proportionality, this Regulation states that “*for some types of unmanned aircraft, the application of the provisions of this Regulation related to registration, certification, identification, oversight and enforcement, as well as of the provisions regarding the Agency is not necessary in order to reach adequate levels of safety. Market surveillance mechanisms provided by Union product harmonisation legislation should be made applicable to those cases.*”⁶ In the field of aviation, implementing and delegated acts should come into force to cover the special issues relating to drones flying within EU airspace.

Relating to the open category in which many drones are sold as a consumer good for non-commercial use, the EU legislation exploits the fact that drones are a special kind of product in the EU market while also being aircrafts. For the sake

² Classically ‘drone’ means a remotely piloted aircraft systems (RPAS) propelled by multi rotors (multi rotors helicopters, i.e. multicopters). They are also called as unmanned aerial vehicle (UAV) or unmanned aircraft system (UAS). Hereby the drone, the unmanned aircraft or the unmanned aircraft system terms are used for the same meaning, for the sake of simplicity, parallelly with the Regulation definition of unmanned aircraft. The scope of the EU regulation covers all types of unmanned aircrafts (for recreational or for business use, but for only in civil aviation); such as remotely piloted, autonomous or optionally piloted UAs, with the exception of so-called tethered aircrafts.

³ Commission’s Communication EU about “*A new era for aviation – Opening the aviation market to the civil use of remotely piloted aircraft systems in a safe and sustainable manner*” (No. COM(2014)207); See: Chicago Convention on international civil aviation of year 1944. The Chicago Convention deals with unmanned aircrafts and lays down the general priority rule in favor of manned aircrafts in its Article 8. See also: *Riga Declaration on Remotely Piloted Air Systems: Framing the future of aviation*, 6 March 2015, and the *Resolution of the European Parliament on the safe use of remotely piloted aircraft systems (RPAS)*, commonly known as UAVs, in the field of civil aviation No. 2014/2243(INI), published: 20 October 2015.

⁴ It was an initiative of the European Commission which provides a complex legislative framework for using EU airspace.

⁵ The European Aviation Safety Agency (EASA) has got a key role in preparing and proposing new measures. Therefore, the EASA Opinion No. 01/2018, published on February 2018, entitled “*Introduction of a regulatory framework for the operation of unmanned aircraft systems in the ‘open’ and ‘specific’ categories*” was a significant step towards the regulation of drones as aircraft vehicles within the framework of the Single European Sky airspace concept. The main features of this regulatory proposal to the Commission were the risk-based approach, the principle of proportionality, and flexibility.

⁶ Point 30, Preamble of Regulation (EU) No. 2018/1139.

of mass production of drones, the EU legislation strives towards as simple a way of regulation as possible, with special regard to administrative rules concerning drone utilisation such as conformity for aeronautical usage, their identification and the administrative requirements for the devices. The existing method and, what is more, the existing rules of EU regulation of product safety, seem to be an appropriate way of setting the legal framework for drones in the category of lesser risk.

The first level of the proportionate regulation of drone utilisation is the set of these obligations for manufacturers. As the drones become safer and comply with the criteria of airworthiness, the risk of damage emerging from defects of the device could diminish.

For this reason, it is not the operators but the manufacturers who should perform a conformity assessment process on the drone prior to placing it on the market and affix a special CE marking on the product that indicates in the broad sense that the product is comply even with the requirements for aeronautical usage.

But the factor of human failure remains, therefore it is necessary to also touch upon the civil law liability questions, especially in light of a Communication with the title “*Artificial Intelligence for Europe*” that was released in spring 2018⁷ and its accompanying document “*Liability for emerging digital technologies*”⁸ that emphasised the great necessity to revise civil law liability regulations on an EU-wide level.

2. REGULATIVE INTENTIONS AT BOTH THE NATIONAL AND EUROPEAN LEVELS

It is obvious that harmonised EU regulation is unavoidable taking into account the geographical conditions of Europe, but the relatively slow legislative process of the EU and the great need for regulation⁹ led more Member States to establish national regulations (mainly addressing administrative questions such as licensing or limitation of use) for the purpose of public policy and the security and safety of individuals.¹⁰ Indeed, national regulations came into force beyond

⁷ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: “*Artificial Intelligence for Europe*” COM(2018) 237 final.

⁸ Commission Staff Working Document SWD(2018) 137 final.

⁹ In the light of the sales data and the crashes reported in the media from time to time.

¹⁰ Kenneth Kuhn, *Small Unmanned Aerial System Certification and Traffic Management Systems*, RAND corporation, online, 2017 (https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/perspectives/PE200/PE269/RAND_PE269.pdf, 12 December 2018.). See: Italian regulation on remotely piloted aerial vehicles (of year 2015) (https://www.enac.gov.it/ContentManagement/information/N1068541283/Regulation_RPAS_Issue_2_Rev_3_eng.pdf, 15 January 2019) ; or: German regulation on operation of unmanned aerial vehicles (of 2017) (<https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/>

Europe¹¹ with the same intention for general and comprehensive regulation. In Hungary, the Civil Aviation Act No. 97 of 1995 was amended according to the aforementioned EASA Opinion and the EU regulation (No. 2018/1139), but the implementing ministerial or governmental regulations are still missing due to waiting for the next step of EU implementing legislation.

The issues to be regulated in the national regulations were the following: drone categorisation, registration, authorisation for license, the subjective (operator) and objective (device) general criteria of operation, the actual conditions and limits of use.¹² As far as civil law is concerned, all the rules for licensing and authorisation and operating standards belong to public law, and any unlawful or non-compliant conduct governed by these new regulations and measures explicitly triggers only public law sanctions (penalty or fine). These new regulations address civil law liability questions only indirectly.

On 4th July 2018, the European Parliament and Council adopted the aforementioned EU regulation No. 2018/1139 which amends the common rules and regulations existing in the field of civil aviation. The Preamble states that “(s)ince unmanned aircraft also operate within the airspace alongside manned aircraft, this Regulation should cover unmanned aircraft, *regardless* of their operating mass.”¹³ It also affirms that a risk-based approach and principle of proportionality will be observed throughout implementation, as the implementing acts (the implementing regulation¹⁴ and the delegated regulation of the Commission¹⁵) reflect them, as well.

It is an important detail that the regulative intention covers all types of UAVs regardless of their operating mass.¹⁶ It means that the Single European Sky airspace

Anlage/LF/verordnung-zur-regelung-des-betriebs-von-unbemannten-fluggeraeten.pdf, 15 January 2019). See: Guido Noto La Diega: Machine Rules. Of Drones, Robots, and the Info-Capitalist Society. *The Italian Law Journal* 2/2016, 367–404.

¹¹ Among studies with a comparative perspective see: Therese Jones, *International Commercial Drone Regulation and Drone Delivery Services*, RAND Publications https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR1718z3.html; (12 December 2017) Adem Ilker, Regulating Commercial Drones: Bridging the Gap between American and Europe Drone Regulations, *The Journal of International Business & Law* 15/2016, 313–335. ; The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, *Regulation of Drones. Australia • Canada • China • France • Germany • Israel Japan • New Zealand • Poland • South Africa • Sweden • Ukraine • United Kingdom • European Union* (April 2016).

¹² Veronika Szikora; Gabor Szilagyi, New Dangerous Practice on the Horizon: Legal Aspects of Drone Usage, 51 *Zbornik Radova Pravnog Fakulteta*, Novi Sad, 2/2017 499–519.

¹³ Point 26 Preamble, Regulation (EU) No. 2018/1139. The registry will be kept by national aviation authorities, but the communication between national registers will be essentials. Therefore, in our opinion, the first, i.e. the lowest level degree of the flexible regulation system is the duty of registration of UAVs.

¹⁴ Draft for implementing regulation of the Commission ref.No. Ares(2018)5119803.

¹⁵ Delegated Regulation of the Commission on unmanned aircraft systems and third country operators of unmanned aircraft systems. C(2019) 1821 final.

¹⁶ Point 26, Preamble, Regulation (EU) No. 2018/1139.

concept is the focus point and that all users of the airspace are under the scope of this regulation. It should be mentioned that the compliance of unmanned aircrafts is regulated by Section 7 of Chapter 3 of the Regulation. This Section is dedicated to UAs and covers their design, production, maintenance and operation.¹⁷ Article 56 para. 6 provides the possibility of not applying the airworthiness requirements listed in Chapter 4 and 5 of the Regulation for unmanned aircrafts. Instead, EU market harmonisation legislation would apply¹⁸ for mass-produced drones for mainly recreational use. That is, the UAs whose operation present the lowest risk should not be subject to classic aeronautical compliance procedures (establishing its airworthiness).¹⁹

Annex IX of the Regulation establishes the essential requirements for unmanned aircrafts, for registration of the devices and their operators and for marking of unmanned aircraft, as well. The operators should be registered if they operate an unmanned aircraft which, in the case of impact, can transfer to a human kinetic energy above 80 Joules or in the case of unmanned aircraft the operation of which presents risks to privacy, protection of personal data, security or the environment etc.²⁰ The registration will be done by national aviation authorities, but communication between national registers will be essential. Therefore, in our opinion, the first, i.e. the lowest level of the flexible authorisation system is the duty of registration of UAVs.

The first EU delegated act to which attention must be paid is the Commission's Draft for a delegated regulation on unmanned aircraft systems and third-country operators of unmanned aircraft systems which was adopted by the Commission on 12th March 2019.²¹ This act consists of rules mainly for mass drone production. The detailed rules in Chapter II of this act apply to the drone in the 'open' category as commercial product with the exception of privately built UAs. Two relatively short chapters concern the 'certified' and 'specific' operational categories of UAs and third-country operators.

In order to ensure that the drones placed on the EU market in the open category comply with airworthiness and other technical requirements, first and foremost the manufacturers are obliged to perform a conformity assessment of the product²² to establish its conformity with the EU-level harmonised standards. These small drones fall under the scope of EU product safety regulations and therefore the manufacturers must indicate their name, registered trade name or trademark, website address and postal address on the product, or, if it is not possible because

¹⁷ With the exception of third country operators' activities in, out or within the territory of EU.

¹⁸ E.g. CE marks.

¹⁹ Commission delegated regulation C (2019) 1821 Final.

²⁰ Section 4.2. Annex IX.

²¹ Commission delegated regulation C(2019) 1821 Final.

²² Article 13 of Commission Regulation No. C (2019) 1821 Final.

of the small dimensions of the UAs, on the packaging. The manufacturer must draw up an EU declaration of conformity and must affix to the product a CE marking, with the identification number of the notified conformity assessment body, with an UAS class identification label and the indication of the sound power level.²³

All economic operators who are participating in the supply and distribution chain should cooperate with each other and with the authorities in order to ensure the traceability of the product and to exclude the ones who did make non-compliant UASs available on the market.

Although an exception to the stringent compliance rules is made for the benefit of model aircraft operators, the regulation should also apply to second-hand UASs imported from third countries.

To summarise, the determining factor in the ‘open’ category is compliance with product safety regulations which ensure that the drone can be operated in a safe manner with no risk to human life or property. The manufacturers are also responsible for making sure their product is not able to be altered or misused for a malevolent purpose. The product safety requirements can substitute the airworthiness requirements on the lowest subcategory of drones.

3. LIABILITY FOR UTILISATION OF DRONES

3.1. Possible injurers and victims, concurrent bases of claims

First and foremost, it needs to be clarified that the user, the owner himself or a third party may be in the position of the injured person with regard to the damage caused by drone usage. Taking into focus the other side, the persons who are held liable can be the producers on the basis of liability for defective products; the operators, drivers or keepers on the basis of strict liability (see below) or the person who caused the damage by their own conduct on the basis of the general rule of liability for damages. As far as we can see, the EU policymaker prefers product liability in situations when the injured person can claim compensation on more bases of liability.

In the case when the damage is caused by the defective nature of a drone (as product), the provisions of defective product liability are applicable. This strict liability for damages is harmonised EU-wide according to Council Directive No. 85/374/EEC on liability for defective products. In our opinion this strict liability will be applied to drone accidents many times in the future if the causal link between the damage and the defect is proven. According to the report of the Commission on the application of Product Liability Directive, the vehicle is one of the most concerned defective products in the product liability case law between 2000 and

²³ Article 16 of Commission Regulation No. C (2019) 1821 Final.

2016..²⁴ The aforementioned solution, which substitutes the airworthiness requirements with product safety rules in mass product categories of drones, also serves the goal of liability problems being treated as product liability if possible. The Commission Staff Working Document on the liability for emerging digital technologies²⁵ (hereinafter: Working Document) states that product liability and product safety are closely linked and outlines both the existing safety and liability frameworks, which are pillars of the internal market.

The Council Directive imposed on Member States an obligation for exhaustive harmonisation. That is to say, Article 13 of the Directive must be interpreted as meaning that the rights conferred under the legislation of a Member State on the victims of damage caused by a defective product under a general system of liability having the same basis as that put in place by the Directive may be limited or restricted as a result of the Directive's transposition into the domestic law of that State.²⁶ It means that within a relationship between producers and customers, the product liability has a priority compared with other national strict liability rules being as bases of the claims for damages, provided that the damage was caused by the defect of the product.

However, the product liability is only one element of the complex system for proper allocation of responsibility. The Working Document continues:

“The EU approach to the internal market is based on common safety rules, underpinned by provisions on product liability, while the regime for contractual or extra-contractual liability for services and the regime for specific contractual or extra-contractual liability for products are left to national law.”²⁷

Taking into account this statement, our opinion is that the EU policymakers do not intend to override national civil liability rules, thus it is still worth examining how the Hungarian judicature can address the liability issues emerging from new technologies, especially from the utilisation of drones. The extra-contractual liability issues will be treated in detail in the following chapter. Nevertheless, it should be highlighted here that the national extra-contractual liability rules (not only fault-based but even strict liability) with their complexity (see below) generally

²⁴ Section 3, Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC) COM(2018) 246 final.

²⁵ COM(2018) 237 final.

²⁶ See EU Case C-183/00 *María Victoria González Sánchez vs. Medicina Asturiana SA*, Simon Whittaker, (ed.): *The development of product liability*, Cambridge University Press, 2014, 175–176.

²⁷ Working Document COM(2018) 237 final p. 5.

do not enable victims to obtain compensation because of the burden of proof on victims or evidential difficulties.

“As the accident of the drone may be a result of a rather large set of unknown circumstances, for instance a defect of the device, exceptional weather conditions or other circumstances such as a cyber-attacker, it will be difficult for the victim to prove the elements of a liability claim.”²⁸

Finally, we should mention the fundamental issue that the new Hungarian Civil Code (hereinafter HCC) draws a line between the two regimes of contractual and delictual liability for damages. The HCC excludes parallel compensation claims: “The obligee shall enforce his claim for compensation against the obligor in accordance with the provisions of contractual liability even if the obligor’s non-contractual liability also exists.” – (i.e. principle of non-cumul).²⁹ It is essential to establish whether one of the contracting parties can cause damage to the other party irrespective of their contractual relationship. Furthermore, it is important to identify the legal grounds of claims for damages that are not related to non-performance or performance of a contract.

The judicial practice of rule of non-cumul is taking shape nowadays. Nonetheless, it can be stated that the rule will be interpreted very strictly, that is, the contractual relationship practically excludes the victim’s claims on the ground of extra-contractual liability.³⁰

3.2. Drone utilisation as highly dangerous activity

Although technological development makes everyday life easier, it keeps challenging each member of society to adapt to them.

Fear of an unknown, unassessable or unavoidable risk emerging from activities carried out by others is the key element of the rationale establishing typical strict liability. The negative consequences of non-attributable conduct will be relocated from the victim of damage to another individual and indirectly to the whole society.

²⁸ Cf. Working Document COM(2018) 237 final p 12.

²⁹ Para. 6:145 of HCC: *The obligee shall enforce his claim for compensation against the obligor in accordance with the provisions on liability for damages for loss caused by non-performance of an obligation even if the obligor’s non-contractual liability also exists.*

³⁰ Fazekas Judit showed that the principle of non-cumul could endanger the enforcing of the right to damages based upon the defective product liability. Fazekas Judit, “A kontraktuális és deliktuális felelősség viszonya az új Polgári törvénykönyvben, különös tekintettel a párhuzamos igényérvényesítést kizáró non-cumul szabályra”. *Állandóság és változás. Tanulmányok a magánjogi felelősség köréből* (eds. Ákos Köhidi, Judit Fazekas, Béla Csítei) Gondolat Kiadó, Budapest, 2017, 24–52. p 29 .

If the rationales are surveyed which are listed by Géza Marton as theorems of strict liability—beside the principle of prevention (deterrence)—the principle of *active interesse* (within the same conceptual scope as the principle of *cuius commodum eius periculum*)³¹ and the principle of societal distribution of damages should also be mentioned. The principle of active interesse has effects upon the rule of deterrence through two channels: At the individual level it heightens liability, but at the societal level it lightens it as a rule of equity.³² According to the principle of societal distribution of damages one can better allocate the losses among the members of the society than the victim could those who shall bear the burden of the risk of damage.³³

In surveying the development of strict liability rules of national laws for highly dangerous activities, it can be stated that technological changes are accompanied by strict liability. The reasons can be due to the lack of adequate public regulation in the beginning, or imperfection of new technologies. The strict liability approach would acknowledge that the damage resulting from the use of these devices cannot be entirely avoided.³⁴

In the future, when the new technology of drones will be part of everyday life and will become a matter of common usage³⁵, strict liability may be disengaged. A similar phenomenon was reported by Vivek Sehrawat. In American judicial practice, the assessment of drone use as nuisance is changing. The disturbance caused by drones as a “noise of progress” may be granted better public acceptance in the future.³⁶ The stringency of liability will not serve the principle of deterrence anymore. Victim compensation will be more important and it also addresses other instruments such as mandatory liability insurance or social insurance.

At the present, however, policymakers should face emerging technologies as they challenge national liability regulations. In the lack of stringent but acceptable administrative rules for drone utilisation, the deterrence function of liability for

³¹ The law may attribute liability to the person that carries out the activity, because this person has created a risk, which materialises in a damage and at the same time also derives an economic benefit from this activity. See Working Document p. 8 (briefly: the one who takes the advantage also shall bear the risk.)

³² Géza Marton: “Veszélyes üzem” I. *Polgári Jog* 4/1931. 147–161., II, 6/1931 242–255.

³³ “...every enterprise has to bear its own costs, damages included, or it has no place under the sun.” See Gyula Eörsi, The Validity of Clauses Excluding or Limiting Liability, *The American Journal of Comparative Law*, 2/1975, 215–235. For the approach of law and economics, see Gerhard Wagner, Robot Liability. Presentation. „Münster Colloquium on EU Law and Digital Economy, Liability for Robotics and the Internet of Things”, Mars 2018. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3198764, 5 December 2018.)

³⁴ See Working Document p. 21.

³⁵ Cf. Principles of European Tort Law. Art. 5:101. (Abnormally dangerous activities) Section (2) An activity is abnormally dangerous if ...[...] b) it is not a matter of common usage.

³⁶ Vivek Sehrawat, Liability Issue of Domestic Drones, *Santa Clara High Technology Law Journal* 1/2018 110–125, p 126.

damages becomes more essential. Endre Nizsalovszky, whose words have a particular convincing power, noticed the following while he argued for the strict responsibility of the animal keeper established by the draft Private Law Code of Hungary³⁷ in 1928:

*“The individual, as the actual victim, is a member of human society. Therefore, he or she should be ready to suffer encroachments emerging from the human coexistence and they should be prepared for defending against suffering harms. In the determination of the extent or scope of strict liability, the question will gain a special role what extent the individual exposed to damage can be in a position to prevent suffering damage. In this viewpoint the fact is particularly relevant how the dangerous object is bound to place.”*³⁸

His opinion is that the damaging effect of railway and road traffic is relatively fixed and that the accidents occur in well-defined places. On the contrary, this feature is lacking in air traffic accidents or damage caused by animals. At this time, drones still do not have full automation; they are not a kind of animal with free will. Their runaway or drifting away are more the direct consequences of lost control on them, but drone operation is a kind of activity in the airspace in which the potential victims have much fewer means to defend against intrusions or damage.

The question is still raised whether the liability for drone utilisation is equivalent to liability for highly dangerous activities. The Hungarian Civil Code applies a blanket clause (Generalklausel) to establish strict liability for highly dangerous activities, leaving undefined which activities are highly dangerous. Thus, the category is unspecified by legislation (with the exemption of special acts e.g. for nuclear power plants and referring rules e.g. keeping dangerous animals or pollution of the environment) but is, however, specified by jurisprudence of the courts (e.g. motor propelled vehicles or machinery, explosive or toxic materials, firearms, etc.).

The dangerousness as a conceptual element hides some inner contradiction, highlighted by Géza Marton.³⁹ It is obvious that all liability rules react to some kind of risk of damage. Gyula Eörsi shows that, in conclusion, the liability for damages is also one of the tools for risk management, but with the condition that the damage should have occurred.

³⁷ ‘Magyarország Magánjogi Törvénykönyve’ of 1928

³⁸ Endre Nizsalovszky, Az objektív felelősség a magánjogi törvénykönyvben *Jogállam* 4-6/1933, 141–150. pp 147–148.

³⁹ Marton *ibid.* 242.–255. If the dangerous activity is carried out with fault, then the liability is based on fault. If the dangerous activity is not unlawful to carry out, then the liability for damages resulting from this activity is not based on fault, because carrying out this permitted activity is not a fault.

Therefore, the risk of damage, i.e. the dangerousness of an activity, is not a distinguishing factor.⁴⁰ Based on this premise, one can justify that all special liability rules react to some kind of danger. The elaboration of the strict liability rules also shows that. The German liability rule (*Gefährdungsprinzip*) also means strict liability, or liability without fault.

It is still a challenge to determine the degree of dangerousness (how high or extraordinary it is). As mentioned before, the Hungarian blanket clause provides the opportunity for the judge to form the above-mentioned test (criteria) in order to help determine the appropriate assessment of the case.

Under judicial practice, in order to assess the highly dangerous nature of an activity, one should take into account the characteristic features of the device applied in the course of activity and the potential consequences of the events triggered by this activity. The issue should be assessed on a case-by-case basis whether a slight abnormality occurring under normal conditions of use can cause damage in a disproportionately wide range or disproportionately large amount.⁴¹

If one examines these criteria in the case of drone usage, it can first be observed that among the land accidents, the physical harmful effect caused during the utilisation of small drones for recreational purposes is relatively small—apart from the buildings and infrastructure requiring special protection. Thus, a small hobby drone is not a source of significant danger. The larger ones, however, especially ones for commercial purposes, can be deemed a device with highly dangerous features such as significant take-off mass and/or kinetic energy, which makes the activity carried out with them highly dangerous, as well.

It can be a question whether future Hungarian judicial practice will take into consideration, for example, the aforementioned EU (draft) rules for drone registrations, that is, whether the lack of the duty of registration does mean that the usage of these smallest drones is not a highly dangerous activity and that the user will be held liable for damages only under the general extra-contractual liability rule (i.e. fault-based rule).

Nevertheless, the obligation of registration is not the only factor which shows how dangerous an activity is. We can mention the example of motor-assisted cycles in Hungarian judicial practice. Although previous academic writing was divided about the issue, the most dominant argument was that despite the lack of registration, mandatory liability insurance and all of the facilitated administrative requirements of utilisation, these vehicles have significant kinetic energy, thus their use is deemed a highly dangerous activity. Nowadays, judicial practice is moving towards establishing strict liability in new cases related to motor-assisted cycles

⁴⁰ Cf Géza Marton *ibid.*

⁴¹ BDT 2010. 2358.

and two- or three-wheel motor vehicles.⁴² The effect of compulsory liability insurance can also be observed. As the distinction between the dangerous cars and the slower two- or three-wheeled motor vehicles started to disappear, so does the distinction between airplanes and multicopters.

It should be mentioned here that Péter Miskolczi-Bodnár has an opinion that the analogical application of the *model aircraft case*⁴³ can be an option for drone crash liability issues.⁴⁴

At the end of this Chapter, one more question will be raised in the scope of drone usage. As mentioned before, drones can be equipped at relatively low cost with cameras and other video or voice recorders, which means that the operation of AUSs can infringe on personal rights (privacy, personal data, right of personal portrayal, etc.) as well.

The concept of risk (dangerousness) is determined alongside the statute of liability for highly dangerous activities as a *physical risk* to which a personal or property right or an interest is exposed. This danger does not have an immaterial meaning. For example, electronic bank account services involve a significant risk of immaterial damage, but the Curia (Supreme Court of Hungary) did not establish strict liability for highly dangerous activities.⁴⁵ How the drone usage cases can be assessed when the drone usage does not result in physical harm and damage, but the usage itself does constitute an infringement and may cause significant immaterial damage as it harms privacy. In the case when the nature of the harmful effect is physical, i.e. causes death or personal injuries, it is clear that under HCC provision 2:52 (restitution—grievance award for personal rights’ infringement), the provisions of extra-contractual liability for damages are applicable for the claim of restitution, not only the general clause but also the special rules establishing strict liability.⁴⁶

⁴² An interesting detail is the judgement of Curia (BH2017.406.) establishing strict liability for damage caused by a kids quad bike and referred the judicial practice about motor-assisted cycles also.

⁴³ A fatal accident during a model aircraft racing in Hungary in 2006, which kills two human and harms more. Interference in radio signals was the reason why the model PITTS 12S got out of control, cf. judgment No. BDT 2010.2236. Cf. also Final Report of Hungarian Transportation Safety Bureau No. 2006-130-4.

⁴⁴ Cf. Péter Miskolczi-Bodnár, „Felelősség az új technológiák alkalmazása során keletkezett károkért”, *Technológia jog. Új globális technológiák jogi kihívásai* (ed. András Tóth), Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar, Budapest, 2016, p. 211.

⁴⁵ Judgment of Curia No. Gfv. 30.086/2012/4.

⁴⁶ Sec. 2:52 HCC Par. 1 Any person whose rights relating to personality had been violated shall be entitled to restitution for any non-material violation suffered. Par. 2 As regards the conditions for the obligation of payment of restitution – such as the definition of the person liable for the restitution payable and the cases of exemptions – the rules on liability for damages shall apply, with the proviso that apart from the fact of the infringement no other harm has to be verified for entitlement to restitution. Par. 3 The court shall determine the amount of restitution in one sum, taking into account the gravity of the infringement, whether it was committed on one or more

First, the following issue should be taken into consideration: whether the strict liability rule for highly dangerous activities is overall adequate for any cases and harms to be covered stemming from all types of drone usage. Second, whether it is possible to develop the concept of liability for highly dangerous activities in a direction of response for the significant risk of mass immaterial harms.

4. CONCLUSIONS

As taking into consideration the applicability of the liability rule for highly dangerous activities, the first issue is to determine the dangerousness of the drones, precisely of the drone usage. Where the national legal provision (France, Italy, Portugal and the Netherlands) requires the assessment of a movable thing, the issue will be raised about whether the damage is caused by the inherent dangerous nature of the drone or by a defect of the drone. Comparing with the Hungarian solution, the activity, not the movable thing is to be assessed as dangerous.

It should also be mentioned here, however, that at the level of EU harmonisation of liability for damage, the literature predicts no future for the French liability rule for damage caused by things (*responsabilité du faire des choses*). Gerhard Wagner highlighted that the EU model rules (both the Principles of European Tort Law [PETL] and the Draft of Common Frame of References [DCFR]) rejected the parallel regulation for highly dangerous activities and for keeping a thing and preferred the strict liability of highly dangerous activities.⁴⁷ To tell the truth, these model rules however narrow the scope of application only for ultra-hazardous (extraordinary) activity⁴⁸ or for damage caused by motor vehicles in traffic.⁴⁹

Focusing on Hungarian legislation and judicial practice, it can be observed that the recently published judgments hold the operators (owners) liable more and more frequently and for less and less dangerous activity. Following this path, most types of drones and their usage seem to be dangerous “enough” to establish the strict liability of the pilot (e.g. the model aircraft case). Traditionally, the definition of dangerousness reflects the risk of physical harms, not immaterial ones, thus this strict liability rule does not serve well for the compensation of personal injuries.

occasions, the degree of responsibility, the impact of the infringement upon the aggrieved party and his environment.

⁴⁷ Gerhard Wagner, „Custodian’s Liability in European Private Law”, *Handbook of European Private Law Custodian’s Liability* (eds. Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann), (<http://ssrn.com/abstract=1766138>, 16 January 2019).

⁴⁸ PETL art. 5:101.

⁴⁹ DCFR art. VI.-3:205. It should be mentioned that the traffic law is also changing because of the appearance of the autonomous cars on the roads. Cf. Ágnes B. Juhász, *The Regulatory Framework and Models of Self-Driving Cars*, *Zbornik radova Pravnog Fakulteta*, Novi Sad, 3/2018, 1371–1389.

The significant risk of infringement of privacy creates a need to establish a rule of strict liability to successfully protect these rights.

The general clause of non-contractual liability under Section 6:519 of HCC⁵⁰ is grounded on fault. However, the concept of fault (principle of reasonable conduct attributability) in Hungarian law is regulated and interpreted with relatively objective meaning: *“Unless otherwise provided for by this Act, in civil law any reference to what can be expected of or by a person, or in a particular situation, is a reference to what can reasonably be expected.”*⁵¹ The reversal of the burden of proof is also a general feature in the regime of extra-contractual liability. The tortfeasor can exonerate himself if he proves that his conduct was complying with general standard of reasonable conduct. These two characteristics enable the Hungarian tort law to renew itself and adapt to technological and societal challenges and make the general rule for liability relatively objective.

Focusing on the recent tendencies of EU harmonisation, although the liability rule for damage caused by things is not accepted EU-wide, a similarly strict liability rule for drone usage would be a possible way to allocate fairly the damages and react to the above-mentioned risk of immaterial harms of personal rights. As we have experienced, the existing strict liability statute for unlawful data processing, a statute with defences resembling the liability rule for hazardous activities, the new method of data collecting by drone usage will be subject to similar strict liability rules.

REFERENCES

- Adem Ilker, Regulating Commercial Drones: Bridging the Gap between American and Europe Drone Regulations, *The Journal of International Business & Law* 15/2016, 313–335.
- Ágnes B. Juhász, The Regulatory Framework and Models of Self-Driving Cars, *Zbornik radova Pravnog Fakulteta, Novi Sad*, 3/2018, 1371–1389.
- Endre Nizsalovszky, Az objektív felelősség a magánjogi törvénykönyvben *Jogállam* 4-6/1933, 141–150. pp 147–148.
- Judit Fazekas, “A kontraktuális és deliktuális felelősség viszonya az új Polgári törvénykönyvben, különös tekintettel a párhuzamos igényérvényesítést kizáró non-cumul szabályra”. *Állandóság és változás. Tanulmányok a magánjogi felelősség köréből* (eds. Ákos Köhidi, Judit Fazekas, Béla Csitéi) Gondolat Kiadó, Budapest, 2017, 24–52. p 29.

⁵⁰ Any person who causes damage to another person wrongfully shall be liable for such damage. The tortfeasor shall be relieved of liability if able to prove that his conduct was not actionable.

⁵¹ The duty of care principle is general in these cases and compares the defendant's behavior, act or omission to what is generally expected from a reasonable person under the given circumstances.

- Gerhard Wagner, „Custodian’s Liability in European Private Law”, Handbook of European Private Law Custodian’s Liability (eds. Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann), (<http://ssrn.com/abstract=1766138>, 16 January 2019).
- Gerhard Wagner, Robot Liability. Presentation. “Münster Colloquium on EU Law and Digital Economy, Liability for Robotics and the Internet of Things”, Mars 2018. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3198764, 5 December 2018.)
- Géza Marton: “Veszélyes üzem” I. Polgári Jog 4/1931. 147–161., II, 6/1931 242–255.
- Guido Noto La Diega: Machine Rules. Of Drones, Robots, and the Info-Capitalist Society. The Italian Law Journal 2/2016, 367–404.
- Gyula Eörsi, The Validity of Clauses Excluding or Limiting Liability, The American Journal of Comparative Law, 2/1975, 215-235.
- Kenneth Kuhn, Small Unmanned Aerial System Certification and Traffic Management Systems, RAND corporation, online, 2017 (https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/perspectives/PE200/PE269/RAND_PE269.pdf, 12 December 2018.).
- Péter Miskolczi-Bodnár, „Felelősség az új technológiák alkalmazása során keletkezett károkért”, Technológia jog. Új globális technológiák jogi kihívásai (ed. András Tóth), Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar, Budapest, 2016, p. 211.
- Simon Whittaker, (ed.): The development of product liability, Cambridge University Press, 2014, 175–176.
- The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, Regulation of Drones. Australia • Canada • China • France • Germany • Israel Japan • New Zealand • Poland • South Africa • Sweden • Ukraine • United Kingdom • European Union (April 2016).
- Therese Jones, International Commercial Drone Regulation and Drone Delivery Services, RAND Publications https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR1718z3.html; (12 December 2017)
- Veronika Szikora; Gabor Szilagyi, New Dangerous Practice on the Horizon: Legal Aspects of Drone Usage, 51 Zbornik Radova Pravnog Fakulteta, Novi Sad, 2/2017 499–519.
- Vivek Sehrawat, Liability Issue of Domestic Drones, Santa Clara High Technology Law Journal 1/2018 110–125. p 126.

Др Река М. Пусџахељи, ванредни професор
Универзитет у Мишколцу
Правни факултет
reka.pusztahelyi@gmail.com

Осврт на грађанскоправну одговорност за штете узроковане беспилотним летелицама

Сажетак: С обзиром на то да је надлежност ЕУ проширена тако да обухвати регулисање свих беспилотних летелица укључених у међународну ваздушну пловидбу без обзира на њихове максималне масе за полетање и у складу са концепцијом јединственог европског неба, нова Уредба (ЕУ) 2018 / 1139 Европског парламента и Савета (Уредба) ступила је на снагу у августу 2018. године и односи се на заједничка правила у области цивилног ваздухопловства која се такође ипче главних питања у вези са коришћењем беспилотних летелица, тј. дронова. Док су Уредба и акти за имплементацију разрађени, а свеобухватна регулатива на нивоу ЕУ постоје још увек, питања грађанскоправне одговорности која се односе на употребу дронова изгледа да остају на националном нивоу, с изузећком Директиве о одговорности за производе, под условом да је узрок несреће која је настала у вези са дроном био недостатак производа.

У овом раду, мађарска правила о стројој одговорности, правило о одговорности за веома опасну делатност, биће испитани, посебно са становишта опасности делатности, са циљем да се одреди начин на који се она може применити на коришћење дрона у будућности.

Кључне речи: беспилотна летелица, ЕУ регулатива, категоризација дронова, одговорност за веома опасну делатност, одговорност за производе.

Датум пријема рада: 01.05.2019.

*Biljana M. Činčurak Erceg, Ph.D., Assistant Professor
Josip Juraj Strossmayer University of Osijek
Faculty of Law Osijek
bcincura@pravos.hr*

LEGAL REGULATION OF UNMANNED AIRCRAFT SYSTEMS IN THE EUROPEAN UNION WITH REFERENCE TO THE LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF CROATIA

Abstract: *Unmanned aircrafts are rapidly developing, and they are becoming more widespread. The number of unmanned aircraft users is increasing, and it is necessary to harmonise the existing legislation at the EU level and amend the regulatory framework accordingly. In accordance with the development of new solutions within the European Union, the Republic of Croatia amended the 2015 Ordinance on unmanned aircraft systems (Official Gazette, Nos. 49/2015 and 77/2015) in 2018 (Official Gazette, No. 104/2018).*

Although the Croatian Civil Aviation Agency stated that the main reason for drafting a new Ordinance was to adjust the national system to the future European Union system in order to facilitate the implementation of the new Regulation on unmanned aircraft operations after its entry into force, it is surprising that the Republic of Croatia decided to amend the Ordinance before the said Regulation was adopted, especially if we know that it takes several years to adopt the European Regulation.

The use of unmanned aircraft systems will certainly increase. However, it should be emphasised that the use of unmanned aircrafts is not a game and that safety rules must be respected. We must commend adjustment of the legal framework aimed at improving the use of unmanned aircrafts. It remains to be seen what the EU will do, what the dynamics will be when we talk about the regulation of unmanned aircrafts and how the Member States will adapt.

Keywords: *unmanned aircraft, the Croatian Ordinance on unmanned aircraft systems, the Republic of Croatia, European Union, legal regulation.*

1. INTRODUCTION

Unmanned vehicles are nowadays used in every mode of transport and imply the use of a vehicle without a crew, without a person on board who operates the vehicle. Bernauw explains that there are two categories of unmanned ('driverless', 'pilotless') vehicles: 1. Remotely Operated Vehicles (ROV) or Remotely Controlled Vehicles (RCV)¹, and 2. Autonomous Vehicles (AV)².

When speaking of unmanned aircrafts (hereinafter: UA), it should be noted that there is no established terminology regulating this matter. "The current nomenclature for unmanned civilian or military aircraft is varied: drone, unmanned aerial vehicle (UAV), unmanned aircraft system (hereinafter: UAS), remotely piloted aircraft system (hereinafter: RPAS)"³ or remotely piloted aircraft (RPA) as well as unmanned aircraft (UA), Pilotless Aircraft, Pilotless Aerial Vehicles" (PAV), Remotely Operated Aircraft (ROA), and Unmanned Combat Aerial Vehicle (UCAV).⁴ "The addition of the word "system" intends to reflect the ancillary remote equipment component required to operate the vehicle as opposed to the aircraft component."⁵ The term 'drones' is now firmly established in public parlance.

According to Art. 3, point 30, of Regulation (EU) 2018/1139 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2018 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Union Aviation Safety Agency,⁶ "unmanned aircraft means any aircraft operating or designed to operate autonomously or to be piloted remotely without a pilot on board". Similarly, the Croatian Ordinance

¹ They are "operated in real time by humans, not on board, but external to the craft, from a distance at a remote location, on the basis of interpretation of data collected via an on-board camera, radar, satellite or other means. The remote station can be a ground station, but also an airborne or seaborne station." Kristian Bernauw, "Drones: The Emerging Era of Unmanned Civil Aviation", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2–3/2016, 227.

² It is "a robot, self-guided, self-navigating, self-driving, self-steering/self-managing/self-controlling/self-governing, on the basis of pre-programmed instructions or artificial intelligence, processing data collected from on-board sensors and from other sources (e.g. radar or satellite tracking). They take decisions about navigation independently, without real-time human command, intervention or input, and are therefore called "autonomous". *Ibid.*

³ Biljana Činčurak Erceg, Aleksandra Vasilj, Aleksandar Erceg, "Unmanned Aircrafts ('Drones') – The Need for Legal Regulation and Harmonisation of Legislation in the European Union", *SEE | EU Cluster of Excellence in European and International Law – Series of Papers*, 3/2018, 10.

⁴ K. Bernauw, 226.

⁵ *Ibid.*

⁶ Regulation (EU) 2018/1139 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2018 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Union Aviation Safety Agency, and amending Regulations (EC) No 2111/2005, (EC) No 1008/2008, (EU) No 996/2010, (EU) No 376/2014 and Directives 2014/30/EU and 2014/53/EU of the European Parliament and of the Council, and repealing Regulations (EC) No 552/2004 and (EC) No 216/2008 of the European Parliament and of the Council and Council Regulation (EEC) No 3922/91, *OJ L* 212, 22. 8. 2018, pp. 1–122.

on unmanned aircraft systems⁷ defines unmanned aircraft as an aircraft used for flights without a pilot on board, that is remotely controlled or programmed and autonomous (Art. 2, point 1). According to the same Ordinance (Art. 2, point 21), an Unmanned Aircraft System is a system consisting of an unmanned aircraft and other equipment, software or add-ons necessary for its remote control.

Unmanned aircrafts are used for various purposes⁸ (surveillance, military, science, research, entertainment, delivery, search, rescue, filming, inspecting infrastructure, environmental monitoring, but can also be used maliciously) and they have great potential which should be exploited. Therefore, it is necessary to adequately regulate their usage. In that sense, when talking about unmanned aircrafts, “general rules or other special rules currently known are not fully applicable, which justifies the creation of specific rules for it.”⁹

In literature and the media, the problems with using UAs are highlighted as problems with air transport safety and privacy protection. It is necessary to consider these issues thoroughly and regulate them legally in an appropriate way. Namely, even if the majority of UAs is expected to be operated in safe conditions and by qualified operators, there are areas where uncontrolled access by UAs could cause serious danger and damage. “The use of a drone is generally an activity with increased risk.”¹⁰ The use of UAs is not a game and users must be aware of not only the danger they represent, but also possible damage they cause to objects they can collide with, the ground, and people. Other issues such as liability, security, insurance, and environment protection, are not less important, as well as the legal status of the persons involved (a remote pilot, an operator), but they are the subject of another paper.

⁷ Ordinance on unmanned aircraft systems, *Official Gazette*, Nos. 47/2015, 77/2015 and 104/2018.

⁸ For examples, see: Kurt W. Smith, “Drone Technology: Benefits, Risks, and Legal Considerations”, *Seattle Journal of Environmental Law*, 1/2015, 293–295, 299–300; Adem Ilker, “Regulating Commercial Drones: Bridging the Gap between American and Europe Drone Regulations”, *Journal of International Business and Law*, 2/2016, 320–324, 326–327; Irena Devčić, “Bespilotne letjelice u službi šumarstva”, *Hrvatske šume*, 253–254/2018, 16–17; Mišo Mudrić, Tihomir Katulić, “Regulacija sustava bespilotnih zrakoplova u hrvatskom, europskom i međunarodnom pravnom okviru”, *Pravo u gospodarstvu*, 2/2016, 127; Aleksandar Erceg, Biljana Činčurak Erceg, Aleksandra Vasilj, “Unmanned Aircraft Systems in Logistics – Legal Regulation and Worldwide Examples toward Use in Croatia”, *Proceedings of the 17th International Scientific Conference Business Logistics in Modern Management*, October 2017 Ekonomski fakultet Osijek, Osijek, 2017, 43–62; Veronika Szikora, Gabor Szilagyi, “New dangerous practice on the horizon? Legal aspects of drone usage“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2/2017, 502, K. Bernauw, 224; European Maritime Safety Agency (EMSA), Possible operational scenarios for RPAS use, <http://www.emsa.europa.eu/operational-scenarios.html>, 27 February 2019.

⁹ V. Szikora, G. “New dangerous practice on the horizon? Legal aspects of drone usage“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2/2017, 518.

¹⁰ *Ibid.*, 509.

As UAs are aircrafts, a number of provisions regulating manned aviation apply indiscriminately. However, a revision and improvement of the existing regime at the European level are necessary. Work on the adoption of a Regulation that will regulate the use of UAs in the European Union is still going on, and it does not seem to be over yet. The Republic of Croatia adopted the Ordinance on unmanned aircraft systems in 2015 (*Official Gazette*, No. 49/2015 and 77/2015), and amended it in 2018 (*Official Gazette*, No. 104/2018). Namely, amending legislation is absolutely necessary to adapt to the growing unmanned aircraft industry. Considering ongoing work on unmanned aircraft at the European level, the question arises as to whether this new Ordinance is premature.

In this paper, we focus on the adoption of European regulations and the announcement of work that follows. The provisions of the Croatian Ordinance on unmanned aircraft systems is presented in detail and in particular the parts that have been changed. The author also critically addresses the aforementioned provisions.

2. LEGAL REGULATION OF UNMANNED AIRCRAFTS

“The legal issues of drones are considered at three levels: international¹¹ (International Civil Aviation Organisation¹² – ICAO), European (European Aviation Safety Agency – EASA), including the European Organisation for the Safety of Air Navigation (EUROCONTROL), Joint Authorities for Rulemaking on Unmanned Systems (JARUS), etc.) and national.”¹³ Since air transport is of particularly international character, the use of UAs should be adjusted accordingly. Therefore, it is necessary to adopt specific regulations and create globally (or at least European) harmonised rules.

Unmanned aircrafts in the European Union are still used under a fragmented regulatory framework since every Member State has its own regulation. There is no regulation *de lege lata* in the EU, which regulates all unmanned aircrafts in detail, but the EU has been working on this issue in the last few years. European

¹¹ According to Article 8 of the Convention on International Civil Aviation (the Chicago Convention), no aircraft capable of being flown without a pilot shall be flown without a pilot over the territory of a contracting State without special authorisation by that State and in accordance with the terms of such authorisation. Each contracting State undertakes to ensure that flight of such aircraft without a pilot in region open to civil aircraft shall be so controlled as to obviate danger to civil aircraft. Convention on International Civil Aviation, *Official Gazette – International Agreements*, No. 1/1996.

¹² It should be mentioned that the ICAO published Circular 328 (2011) on Unmanned Aircraft Systems (UAS) and amended Annexes 2, 7 and 13 to the Chicago Convention to accommodate Remotely Piloted Aircraft Systems (RPAS) intended to be used by international civil aviation.

¹³ B. Činčurak Erceg, A. Vasilj, A. Erceg, 13.

countries are increasingly adopting ordinances governing a legal framework for the implementation of unmanned aircraft system flight operations. Most of the adopted legal frameworks regulate this matter in a similar way and differ according to the categories of unmanned aircrafts, the areas above which flight operations are performed, conditions for flying operations, etc.¹⁴ The Republic of Croatia was among the first states that regulated unmanned aircrafts.

2.1. Legal regulation of unmanned aircrafts in the European Union

Work on the adoption of rules regulating UAs in the European Union is still in progress. The reason why the legislation process has not finished yet can be found in the facts that there are many different stakeholders involved and that unmanned aircrafts evolve every day.

Since work on creating new regulations on UAs is time-consuming and extremely slow, and the procedure is still ongoing because of many changes, in this chapter, we will outline the data that has been repeatedly reported in the literature. Still, steps in drafting a regulation (whose passing is likely to take longer) were announced in early 2019 and will be specifically mentioned. So, although in our opinion, the adoption of regulations is slow, it should be said that it is mainly within the rulemaking programme set by the EASA.

Under the 2015 Aviation Strategy for Europe¹⁵, the European Commission has proposed a risk-based framework for all types of unmanned aircraft operations, which will ensure their safe use in civil airspace and create legal certainty for the industry. The Regulation will also cover items related to data and privacy protection, security, insurance, liability, and the environment.¹⁶ The rules must be proportionate to the risk to ensure that new developments are not hampered by unnecessarily heavy and costly rules and procedures.

Regulation (EC) No 216/2008 of the European Parliament and of the Council of 20 February 2008 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Aviation Safety Agency¹⁷, known as ‘the Basic Regulation’, mandates the EASA to regulate unmanned aircraft (UA) and remotely piloted aircraft system (RPAS) when used for civil applications and with an operating mass of 150 kg or

¹⁴ M. Mudrić, T. Katulić, 126.

¹⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, An Aviation Strategy for Europe, COM (2015) 598 final.

¹⁶ European Commission, Air, Unmanned aircraft (drones), https://ec.europa.eu/transport/modes/air/uas_en, 2 March 2019.

¹⁷ Regulation (EC) No 216/2008 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Aviation Safety Agency, and repealing Council Directive 91/670/EEC, Regulation (EC) No 1592/2002 and Directive 2004/36/EC, *OJ L* 79, 19. 3. 2008, pp. 1–49.

more. According to this Regulation, experimental or amateur-built RPAS, military and non-military governmental RPAS flights, civil RPAS below 150 kg, as well as model aircraft, are regulated by individual Member States. In 2015, the European Commission published the Proposal for a Regulation on common rules in the field of civil aviation,¹⁸ which provides for new demands in aviation based on past experience and problems encountered (mainly regarding safety and environmental issues). It also contains provisions that create the legal basis to provide for more detailed UA related rules. The European Commission correctly stated in the said Proposal that the current division of competences between the European Union and the Member States regarding UA regulation, which is based on a threshold of 150 kg, is generally deemed to be outdated. The rules applying to UAs should develop towards an operation centric approach, where the risk of operation is made depending on a range of factors.¹⁹ This operation centric approach means that the focus shifts from the aircraft (aircraft-centred approach) to the particular risk of a particular UA operation.

In the same year, i.e. 2015, the EASA published the Advance Notice of Proposed Amendment (A-NPA 2015-10) and Technical Opinion²⁰. The Technical Opinion shows the contents of draft changes to the Basic Regulation and serves as guidance for the Member States to develop or modify UA regulations. It includes 27 concrete proposals for a regulatory framework and low-risk operations of all UAs irrespective of their maximum certified take-off mass (MTOM). This regulatory framework is operation centric, proportionate,²¹ risk-based²² and performance-based,²³ and establishes the following three operation categories, i.e., ‘open’, ‘specific’ and ‘certified’.

According to the Technical Opinion, considering the risks involved, ‘open category’ operations require neither an authorisation by the competent authority nor a declaration by the UAS operator before the operation takes place. Safety is ensured through compliance with operational limitations, mass limitations as a proxy of energy, product safety requirements, and a minimum set of operational

¹⁸ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Union Aviation Safety Agency, and repealing Regulation (EC) No 216/2008 of the European Parliament and of the Council, COM (2015) 0613 final – 2015/0277 (COD).

¹⁹ COM (2015) 0613 final – 2015/0277 (COD), p. 7.

²⁰ European Aviation Safety Agency, ‘Prototype’ Commission Regulation on Unmanned Aircraft Operations, <https://www.easa.europa.eu/system/files/dfu/UAS%20Prototype%20Regulation%20final.pdf>, 2 March 2019.

²¹ Proportionality is a key feature of the regulatory framework and means that the operation of UA should be regulated in a manner proportionate to the risk of the specific operation.

²² The risk-based principle means that the level of risk depends on a range of factors, such as the energy, the size and the complexity of the UA; the population density of the overflown area; the design of the airspace, the density of traffic and the services provided therein.

²³ Performance-based regulation focuses on desired, measurable outcomes instead of focusing on the method or the technical solution.

rules. In terms of the risks involved, 'specific category' operations do require an authorisation by the competent authority before the operation takes place and consider the mitigation measures identified in an operational risk assessment, except for certain standard scenarios for which a declaration by the UAS operator is sufficient. Considering the risks involved, 'certified category' operations require the certification of the UAS and its operator, as well as flight crew licensing. Requirements are comparable to those for manned aviation.²⁴ As stated in the Technical Opinion, the 'open' and 'specific' categories will have priority in rule-making activities. "The work on the 'certified' category could start as large unmanned aircraft are already within the Agency's scope and today unmanned aircraft can receive a restricted type certificate (RTC) or a permit to fly. The full integration in non-segregated airspace may take some more time as essential technologies are not yet fully mature for implementation."²⁵ Further proposals for amending the implementing rules for the 'certified' category need to be aligned with the modifications of the Basic Regulation, progress in technical development and international activities (JARUS, ICAO).²⁶

Furthermore, in 2016, the EASA also produced a 'Prototype' Regulation on Unmanned Aircraft Operations that presents a 'prototype' for the operation of unmanned aircraft in the 'open' and 'specific' categories.²⁷ "Based on the market's needs, priority has been given to the development of a regulation for operations in the 'open' and 'specific' categories. The development of the regulation framework for operations in the 'certified' category is planned for 2018 and 2019."²⁸ A 'Prototype' was a first draft of the unmanned aircraft systems regulation. After receiving a great number of comments on the 'Prototype', the EASA published the Notice of Proposed Amendment (NPA) 2017-05 (A) 'Unmanned aircraft system operations in the open and specific categories'²⁹ in 2017, in which the quality of the 'Prototype' regulation was improved.

²⁴ European Aviation Safety Agency, Civil drones (Unmanned aircraft), <https://www.easa.europa.eu/easa-and-you/civil-drones-rpas>, 5 March 2019.

²⁵ European Aviation Safety Agency, Technical Opinion, Introduction of a regulatory framework for the operation of unmanned aircraft, p. 30. <https://www.easa.europa.eu/system/files/dfu/Introduction%20of%20a%20regulatory%20framework%20for%20the%20operation%20of%20unmanned%20aircraft.pdf>, 2 March 2019.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ European Aviation Safety Agency, 'Prototype' Commission Regulation on Unmanned Aircraft Operations, <https://www.easa.europa.eu/system/files/dfu/UAS%20Prototype%20Regulation%20final.pdf>, 2 March 2019. The development of the NEP for operations in 'certified' category is planned for 2019 and the beginning of 2020.

²⁸ European Aviation Safety Agency, Drones – regulatory framework background, <https://www.easa.europa.eu/easa-and-you/civil-drones-rpas/drones-regulatory-framework-background>, 9 March 2019.

²⁹ European Aviation Safety Agency, Notice of Proposed Amendment 2017-05 (A), https://www.easa.europa.eu/system/files/dfu/NPA%202017-05%20%28A%29_0.pdf, 2 March 2019.

Other measures for the use of UAs have also been undertaken. In June 2017, the Single European Sky Air Traffic Management Research Joint Undertaking (SESAR Joint Undertaking), whose role is to develop the new generation European air traffic management system, presented its blueprint to make UA use in low-level airspace safe, secure and environmentally friendly. This “U-Space” covers altitudes of up to 150 metres.³⁰

As already stated, pursuant to Regulation (EC) No 216/2008, the regulation of civil UAS with MTOMs of less than 150 kg falls within the competence of the EU Member States. “On 22 December 2017, Member States endorsed an agreement reached with the European Parliament for the revision of the Basic Regulation, extending the competence of the EU to all UAS, except those used for ‘state’ operations (e.g. military, customs, police, firefighting, etc.), and defining the essential requirements to ensure the safety of UAS. In addition, the said Regulation includes the possibility of ‘opting in’ for MSs wishing to place ‘state’ UAS under EU regulation.”³¹ Lastly, Regulation (EU) 2018/1139 of the European Parliament and of the Council on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Union Aviation Safety Agency³² was adopted in July 2018. Unmanned aircrafts are regulated, among others, by Art. 55 (Essential requirements for UA), Art. 56 (Compliance of UA), Art. 57 (Implementing acts as regards UA), Art. 58 (Delegated powers) as well Annex IX (The design, production, maintenance and operation of aircraft).

According to Regulation (EU) 2018/1139, UA related rules provide the basic principles to ensure safety, security, privacy and the protection of personal data. Higher-risk UA operations will require certification, while UA presenting the lowest risk will simply need to conform to the normal EU market surveillance mechanisms.³³ The other detailed rules on UA will be set by the Commission with the help of the EASA, based on the principles outlined in this Regulation.

³⁰ European Commission, Aviation: Commission is taking the European drone sector to new heights, https://ec.europa.eu/transport/modes/air/news/2017-06-16-aviation-commission-taking-european-drone-sector-new-heights_en, 9 March 2019. See also SESAR Joint Undertaking, U-space Blueprint, <https://www.sesarju.eu/u-space-blueprint>, 9 March 2019.

³¹ European Aviation Safety Agency, Opinion No. 01/2018, Introduction of a regulatory framework for the operation of unmanned aircraft systems in the ‘open’ and ‘specific’ categories, p. 5, <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/Opinion%20No%2001-2018.pdf>, 9 March 2019.

³² Regulation (EU) 2018/1139 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2018 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Union Aviation Safety Agency, and amending Regulations (EC) No 2111/2005, (EC) No 1008/2008, (EU) No 996/2010, (EU) No 376/2014 and Directives 2014/30/EU and 2014/53/EU of the European Parliament and of the Council, and repealing Regulations (EC) No 552/2004 and (EC) No 216/2008 of the European Parliament and of the Council and Council Regulation (EEC) No 3922/91, *OJ L* 212, 22. 8. 2018, pp. 1–122.

³³ European Council, Council of the European Union, Updated aviation safety rules and new rules on drones approved by the Council, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/>

In order to ensure the uniform implementation of and compliance with the essential requirements the Commission must adopt implementing acts³⁴, laying down detailed provisions concerning the specific rules and procedures, *inter alia*: for the operation of UA as well as for the personnel, including remote pilots, and organisations involved in those operations; for issuing, maintaining, amending, limiting, suspending, or revoking the certificates, or for making declarations, for the operation of UA; for the registration and marking of UA and for the registration of operators; for establishing national registration systems, the privileges and responsibilities of the holders of certificates and of natural and legal persons making declarations (see Art. 57 of the Regulation (EU) 2018/1139). The work on Implementing Act is still in progress, and we hope that it may be passed before the deadline, due to legal certainty and quicker harmonisation/unification of the rules.

For the design, production and maintenance of UA, their engines, propellers, parts, non-installed equipment and equipment to control the aircraft remotely, as well as for the personnel, including remote pilots and organisations involved in those activities, the Commission is empowered to adopt delegated acts, laying down detailed rules as defined in Art. 58 of Regulation (EU) 2018/1139.

It must be mentioned that according to Art. 56(8), Member States can “lay down national rules to make subject to certain conditions the operations of unmanned aircraft for reasons falling outside the scope of the Regulation, including public security or protection of privacy and personal data in accordance with the Union law“.

Annex IX to Regulation (EU) 2018/1139 regulates essential requirements for the design, production, maintenance and operation of unmanned aircraft (obligations for the operator and the remote pilot³⁵, organisation³⁶); additional essential requirements for the design, production, maintenance and operation of unmanned aircraft that must be met to ensure safety for people on the ground and other airspace users during the operation of unmanned aircraft, taking into account the level of risk of the operation as necessary: airworthiness,³⁷ organisations, persons

2017/12/22/updated-aviation-safety-rules-and-new-rules-on-drones-approved-by-the-council/, 11 March 2019.

³⁴ Let us mention here that according to Art. 140(2) of Regulation (EU) 2018/1139, the implementing rules adopted on the basis of Regulations (EC) No 216/2008 and (EC) No 552/2004 shall be adapted to Regulation 2018/1139 no later than 12 September 2023.

³⁵ In Art. 3, point 31, Regulation (EU) 2018/1139 defines a remote pilot as “a natural person responsible for safely conducting the flight of an unmanned aircraft by operating its flight controls, either manually or, when the unmanned aircraft flies automatically, by monitoring its course and remaining able to intervene and change the course at any time.”

³⁶ The organisation responsible for the production or marketing of the unmanned aircraft must provide information to the operator of an unmanned aircraft.

³⁷ According to Annex IX, point 2.1.1. and point 2.1.4., UA “must be designed in a way that, or contain features or details that, the safety of the person operating the unmanned aircraft or of

involved in the operation of unmanned aircraft, operations; essential environmental requirements as set out in Annex III to Regulation (EU) 2018/1139; essential requirements for the registration of UA and their operators and marking of UA.

According to Annex IX, point 1.1, the operator and the remote pilot of UA “must be aware of the applicable Union and national rules relating to the intended operations, in particular regarding safety, privacy, data protection, liability, insurance, security and environmental protection. The operator and the remote pilot must be able to ensure the safety of operation and safe separation of the unmanned aircraft from people on the ground and from other airspace users. This includes good knowledge of the operating instructions provided by the producer, of safe and environmentally-friendly use of unmanned aircraft in the airspace, and of all relevant functionalities of the unmanned aircraft and applicable rules of the air and ATM/ANS procedures.” A UA must be designed and constructed so that it is fit for its intended function, and can be operated, adjusted and maintained without putting persons at risk.

Pursuant to essential requirements for the registration of a UA and their operators, as prescribed in Annex IX, a UA the design of which is subject to certification has to register in accordance with the implementing acts. Operators of UA have to register in accordance with the implementing acts, where they operate: a) UA which, in the case of impact, can transfer, to a human, kinetic energy above 80 Joules; b) UA the operation of which presents risks to privacy, protection of personal data, security or the environment; c) UA the design of which is subject to certification (Annex IX, point 4. 2.). Where a requirement of registration applies pursuant to Annex IX, point 4.1 or 4.2, the UA concerned shall be individually marked and identified, in accordance with the implementing acts.

After the consultation period on the NPA 2017-05, the EASA published the Opinion³⁸ in January 2018, including a proposal for a new Regulation referring to UAS operations in the ‘open’ and ‘specific’ categories (for more information about the ‘open’, ‘specific’ and ‘certified operation categories, see *supra*). The Opinion is submitted to the European Commission to be used as a technical basis for preparing EU regulations. The proposed Regulation will be accompanied by appropriate Alternative Means of Compliance (AMC) and Guidance Material (GM) in 2019. The proposed Regulation provides for a framework to safely operate UAS while respecting the development of the industry, defines the technical and operational

third parties in the air or on the ground, including property, can be satisfactorily demonstrated.” UA and their engines, propellers, parts, non-installed equipment, and equipment to control the UA remotely “must function as intended under any foreseeable operating conditions, throughout, and sufficiently beyond, the operation for which the aircraft was designed.”

³⁸ European Aviation Safety Agency, Opinion No. 01/2018, Introduction of a regulatory framework for the operation of unmanned aircraft systems in the ‘open’ and ‘specific’ categories, <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/Opinion%20No%2001-2018.pdf>, 9 March 2019.

requirements for the UAS and pilot qualifications, combines product legislation and aviation legislation,³⁹ allows a high degree of flexibility for the EASA Member States,⁴⁰ and provides special alleviations for people flying model aircraft.⁴¹ In February 2019, the EASA Committee gave its positive vote to the European Commission's proposal for an Implementing Act regulating the operations of UAS in the open and specific categories. The Delegated act which contains the technical requirements for UAS including the requirements for the CE marking of the UAS in the open category was adopted by the European Commission on 12 March 2019. "If no objections are raised by the EU Parliament or by the EU Council, both acts will be published before the summer of 2019 and the regulation will become gradually applicable within a year of publication. By 2022 the transitional period will be completed, and the regulation will be fully applicable."⁴²

As already mentioned, Regulation (EU) 2018/1139 mandates the EASA to create legislation or basic rules that apply across the EU. The EASA continues its work that will enable safe operations of UAS and their integration into the airspace.⁴³ "It is not meant to be a catchall for all drones and all rules across the EU, but rather a starting point for EU drone rules and a building block for standards in the Member States."⁴⁴ Furthermore, according to transitional provisions, Art. 140(3), relevant provisions of Regulation (EC) No 216/2008 continue to apply until the delegated and the implementing acts of Regulation 2018/1139 enter into force. In practice, this

³⁹ Design requirements for small UA will be implemented by using the legislation relative to making products available on the market (CE marking). The standard CE mark will be accompanied by the identification of the class of the UA (from C0 to C4) and by a do's and don'ts consumer information that will be found in all UA boxes. Based on the UA class an operator will know in which area he can operate and what competence is required. The proposal allows a high degree of flexibility for EASA Member States which will be able to define zones in their territory where either UA operations are prohibited or restricted, or where certain requirements are alleviated. European Aviation Safety Agency, Drones – regulatory framework background, <https://www.easa.europa.eu/easa-and-you/civil-drones-rpas/drones-regulatory-framework-background>, 9 March 2019.

⁴⁰ They will be able to define zones in their territory where either UA operations are prohibited or restricted or where certain requirements are alleviated. *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² European Aviation Safety Agency, Civil drones (Unmanned aircraft), <https://www.easa.europa.eu/easa-and-you/civil-drones-rpas>, 14 March 2019.

⁴³ EASA is working on the Opinion with 2 standards scenarios declarative which will be an appendix to the Implementing Act, the Notice of Proposed Amendment (NPA) for the UAS in the Certified Category which will include a comprehensive package addressing all aviation domains (airworthiness, continuing airworthiness, remote pilot license, aircraft operations and aerodromes) and the Opinion of U-space including a high level framework. European Aviation Safety Agency, Civil drones (Unmanned aircraft), <https://www.easa.europa.eu/easa-and-you/civil-drones-rpas>, 5 March 2019.

⁴⁴ DroneRules, European Council Passes New Regulation for Aviation Safety, <http://drone-rules.eu/en/recreational/news/european-council-passes-new-regulation-for-aviation-safety>, 5 March 2019.

means that national regulations ruling today's operations of UA lighter than 150 kg will be progressively replaced in 2019 and 2020 by new European legislation.

Incorporating UA into controlled airspace is a demanding and long-lasting process, as can be seen from the aforementioned overview of UA regulations in the European Union. Here, it was necessary not only to adopt rules on UA, but also to amend the Regulation on common rules in the field of civil aviation. A new regulation is also needed in order to meet all safety requirements for the use of UA. After several years of preparation, consultations with numerous stakeholders and work on drafting the text, a new Regulation (EU) 2018/1139 of the European Parliament and of the Council on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Union Aviation Safety Agency was finally adopted in 2018.

This Regulation now applies to unmanned aircrafts regardless of their operating mass, since UAs operate within the airspace alongside manned aircraft. However, Member States will have a degree of flexibility to implement a risk-based approach and the principle of proportionality in operations. The adoption of the implementing and delegated acts follows. Finally, these rules should result in the harmonised legislation of EU Member States.

2.2. Legal regulation of unmanned aircrafts in the Republic of Croatia

All civil aviation activities carried out on the territory and in the airspace of the Republic of Croatia are regulated by the Air Traffic Act.⁴⁵ It does not regulate in detail the rules for the use of UA, but only prescribes a general provision that conditions for the safe use of UAs, UAS and model aircrafts and conditions for persons involved in the operation of these aircrafts and systems shall be established by a regulation adopted pursuant to the Air Traffic Act or by EU regulations (Art. 93a).

As already stated, the Republic of Croatia adopted the Ordinance on unmanned aircraft systems in 2015 and amended it in 2018. The Croatian Civil Aviation Agency (CCAA) stated that the main reason for drafting this new Ordinance is to adjust the national system to the future EU system in order to facilitate the implementation of the new Regulation on UA operations when it enters into force⁴⁶. It is surprising that the Republic of Croatia has decided to amend the Ordinance before the said Regulation was adopted. In what follows, the provisions of both ordinances are compared and analysed.

⁴⁵ *Official Gazette*, Nos. 69/2009, 84/2011, 54/2013 and 92/2014.

⁴⁶ Hrvatska agencija za civilno zrakoplovstvo, Pravilnik o sustavima bespilotnih zrakoplova i Pravilnik o izmjenama i dopunama Pravilnika o upravljanju zračnim prostorom, http://www.ccaa.hr/hrvatski/detalji-novosti_31/pravilnik-o-sustavima-bespilotnih-zrakoplova-i-pravilnik-o-izmjenama-i-dopunama-pravilnika-o-upravljanju-zracnim-prostorom_984/, 13 March 2019.

In accordance with Article 1(1), the Ordinance of 2018 prescribes the requirements for the safe use of unmanned aircraft with an operating mass of 150 kg and less and the requirements for the persons taking part in the operation of these aircrafts. Pursuant to Article 2(2), the provisions of the Ordinance shall not apply to unmanned aircraft when: a) they are used for military, customs or police activities, search and rescue, firefighting, border control and coast guarding, or similar activities undertaken in the public interest, or b) when used indoors. In this place, we mention that conditions for aerial photography flights are defined by the Regulation on Aerial Photography⁴⁷ and not by the Ordinance on unmanned aircraft systems. The Ordinance no longer prescribes technical and operational conditions, as was regulated by the Ordinance of 2015. By comparing the legal definitions in both ordinances, it can be concluded that the Ordinance of 2018 is more precise, linguistically aligned and clearer.

The Ordinance differentiates unmanned aircraft⁴⁸ from an unmanned aircraft system⁴⁹ (UAS). According to Art. 3(1), UA must be marked with an identification label (applicable to UA weighing less than 5 kg) or a non-flammable identification plate containing the name, address and other operator or owner contact information) by the operator⁵⁰. In particular, the flight rules and duties and responsibilities of a remote pilot⁵¹ are regulated.

⁴⁷ Uredba o snimanju iz zraka, *Official Gazette*, No. 70/2016.

⁴⁸ In accordance with Art. 2, point 1 of the Ordinance, an unmanned aircraft is an aircraft intended for the conduct of flight without a pilot on board, which is either remotely controlled or programmed and autonomous.

⁴⁹ According to point 21, an unmanned aircraft system (UAS) is a system that consists of unmanned aircraft and other equipment, software or add-ons necessary for its remote control.

⁵⁰ Operator is a natural or legal person engaged in flight operations by a UAS (Art. 2, point 15). Operator duties and responsibilities pursuant to Art. 9 of the Ordinance are to ensure that flight operations are conducted in accordance with applicable regulations, the Flight Manual or Instructions for Use and the Operations Manual when applicable, that flight operations are conducted without endangering life, health or property on the ground or in the air, and without disturbing the public order and peace, as well as that the remote pilot has received the correct instructions, has demonstrated the ability to conduct flight operations and is aware of responsibilities and the relation of such tasks with the operation as a whole. The operator establishes a reporting system on safety related events in civil aviation according to the applicable regulation.

⁵¹ Remote pilot is a natural person responsible for the safe conduct of a UA flight by operating its flight controls, either by manual use of remote control, or when an unmanned aircraft flies automatically, by monitoring its course with the possibility of intervention and a change of direction at any time. In terms of provisions of the Air Traffic Act, a remote pilot is considered to be the pilot-in-command, (Art. 2, point 16). Pursuant to Art. 15, mandatory documentation that the remote pilot must have when performing flight operations includes the Flight Manual or Instructions for Use of UAS, the original or a certified true copy of the Croatian Civil Aviation Agency (CCAA) Approval (if applicable), the insurance policy issued in accordance with a dedicated regulation, and the Operations Manual (if applicable). Duties and responsibilities of a remote pilot are prescribed in Article 5.

Rules for flying are prescribed in Art. 4 of the Ordinance.⁵² It is not allowed to transport dangerous goods, freight, people or animals with UA, drop items during the flight, and conduct a flight over an assembly of people (Art. 4(3)). Numerous exceptions to the rules set out in Art. 4 are listed in Art. 7 of the Ordinance.

Flight operation categorisation and derogations to flight operations have been changed in relation to the Ordinance of 2015.⁵³ Now, there are five flight operation categories, i.e., A, B1, B2, C1 and C2⁵⁴, as prescribed in the Ordinance on unmanned

⁵² Pursuant to Art. 4(1), it is allowed to fly a UA: a) by day, b) in uncontrolled airspace up to 120 m above the surface or up to 50 m above the obstacle, whichever is greater, c) in controlled airspace outside a radius of 5 km from the aerodrome reference point up to 50 m above the surface, d) at a distance of at least 3 km from thresholds and edges of an uncontrolled airport runway, except where specific procedures for the flights of UA are defined in the airport's instructions for use, e) in such a way that the horizontal distance of a UA from an assembly of people is not less than 50 m, except when a UA is taking part in a flying display, f) in such a way that the horizontal distance from uninvolved people is not less than the flight altitude and not less than i) 5 m when the low-speed mode is activated on the UA, and when the maximum speed of 3 m/s is set, or ii) 30 m in all other cases, g) in visual line of sight, and h) upon establishment of the *ad hoc* structure in accordance with the applicable airspace management regulation. See also Art. 7 for the exceptions to these rules. For more information about the establishment of the *ad hoc* structure, see the Ordinance on Airspace Management, *Official Gazette*, Nos. 32/2018, 104/2018.

⁵³ In terms of operating mass, according to Art. 3 of the Ordinance of 2015, unmanned aircrafts were divided into three classes (1. Class 5: to 5 kilograms, 2. Class 25: from 5 kilograms to 25 kilograms, 3. Class 150: from 25 kilograms to and including 150 kilograms). Flight areas were classified in relation to buildings, population, and the presence of people (Class I, Class II, Class III and Class IV). In accordance with Annex 1 of the Ordinance of 2015, the flight operations category was determined by the level of risk that their performance represents for the environment. A combination of operating mass and a flight area defined one of the four categories of flight operations (A, B, C and D).

⁵⁴ Category A – operating mass is less than 250 g and the highest speed is less than 19 m/s. Flight operation can be conducted during the day and/or at night in an unpopulated and/or a populated area. There are no requirements for the minimum age of the remote pilot and taking theoretical/practical exams. There are also no requirements for the operator.

Category B1 – $250\text{ g} \leq \text{OM} \leq 900\text{ g}$ and the highest speed is less than 19 m/s. Flight operation can be conducted during the day in an unpopulated area. The minimum age of the remote pilot is 14 years or less than 14 years but under adult supervision. There are no requirements for taking theoretical/practical exams. There are no requirements for the operator.

Category B2 – $\text{OM} < 5\text{ kg}$, no speed limits. Flight operation can be conducted during the day and/or at night in an unpopulated and/or a populated area. The minimum age of the remote pilot is 16 years. There are no requirements for taking theoretical/practical exams. The operator must be registered. There are no requirements for operator documentation.

Category C1 – $5\text{ kg} \leq \text{OM} < 25\text{ kg}$, no speed limits. Flight operation can be conducted during the day in an unpopulated area. The minimum age of the remote pilot is 18 years. The remote pilot must pass theoretical knowledge examinations provided by the CCAA. The operator must be registered. There are no requirements for operator documentation.

Category C2 – $5\text{ kg} \leq \text{OM} \leq 150\text{ kg}$, no speed limits. Flight operation can be conducted during the day and/or at night in an unpopulated and/or a populated area. The minimum age of the remote pilot is 18 years. The remote pilot must pass theoretical knowledge examinations provided

aircraft systems, Article 6, Table 1. Each of these categories is defined by the UA operating mass and the maximum speed according to the manufacturer's technical specifications. For each category, the following is defined: when (day/night) and where (unpopulated/populated area) flight operations are permitted, the requirements for the remote pilot (the minimum age and the necessity of taking theoretical/practical exams) and the requirements for the operator (obligation to register/approve the operator and operator documentation).

The most criticised provisions of the Ordinance of 2015 are: one on flight during daylight (Art. 11(2), point a) as it disables the full exploitation of the technological capabilities of unmanned aircrafts; a provision on the absence of a UAS register;⁵⁵ and provisions on technical requirements relating to flight operations⁵⁶ (operator age, the psychophysical ability, knowledge of the aviation regulations and the ability to manage the system depending on the category of flight operations). Were there any changes in relation to these issues? In its Art. 13(1), the Ordinance of 2018 prescribes that the Croatian Civil Aviation Agency (CCAA) keeps records of unmanned aircraft operators. However, there is no obligation for all operators to register (A and B1 flight operations categories are excluded from the registration obligation).⁵⁷ Pursuant to Art. 4(1) point a) of the Ordinance, it is allowed to fly a UA during the day; however, in accordance with Art. 7(1), flight operations may also be conducted at night in A, B2, and C2 flight operations categories. In this case, a UA must be equipped with lights that ensure the determination of orientation of the UA in airspace, and these lights must be visible to the remote pilot during the whole flight.⁵⁸ Requirements to conduct flight operations are not strict (see *supra* the description of all five flight operations categories), and the Croatian Ordinance is pretty liberal in this part. Therefore, we stress concerns related to the safety of conducting flights, especially in A, B1 and B2 categories.

When analysing the provisions relating to UA, we believe it is necessary to set out clear rules referring to the requirements for the operator and the remote pilot. The operator and the remote pilot⁵⁹ are responsible for the entire flight operation

by the CCAA and demonstrate flight preparation and flying. The operator needs approval. The operator has to take care of the following: a) the operations manual, b) flight records, and c) safety risk assessment.

⁵⁵ See M. Mudrić, T. Katulić, 147, and B. Činčurak Erceg, A. Vasilj, A. Erceg, 19.

⁵⁶ A. Erceg, B. Činčurak Erceg, A. Vasilj, 54.

⁵⁷ Ordinance on unmanned aircraft systems, Art. 6, Table 1.

⁵⁸ Ordinance on unmanned aircraft systems, Art. 8.

⁵⁹ According to Art. 5(1) of the Ordinance, a remote pilot shall: a) operate an UA in a safe manner, without jeopardizing life, health or property on the ground or in the air, and without disturbing the public order and peace, b) operate an UA in accordance with applicable regulations, the Flight Manual or Instructions for Use and the Operations Manual, when applicable, c) check the integrity of the UAS before flight, d) check if the UA is marked, e) secure the perimeter of the take-off and landing area, f) collect all necessary information for the planned flight and make

and for the safe conduct of the flight, respectively. The operator and the remote pilot may be the same person. The main questions regarding the flight are as follows: where is it allowed to conduct the flight, what rules must be respected, what are the requirements for the operator and the remote pilot, what is allowed and what is not allowed, and is it necessary to register UA or to get an approval. Therefore, it is of great importance to educate any person who wants to use UA and raise awareness of conducting the flight in a safe manner. Since this paper provides an overview of the European and the Croatian regulation regarding UA, a detailed analysis of these issues is a topic for further research and another paper.

Considering ongoing legislative work at the European level, amendments to the Ordinance will be required.

3. CONCLUSION

Unmanned aircraft operates within the airspace together with manned aircraft; therefore, they must be regulated in an appropriate manner. In accordance with Regulation (EC) No 216/2008 (the Basic Regulation), the regulation of unmanned aircraft systems (UAS) with a maximum take-off mass of less than 150 kg was within the competence of the EU Member States which led to a fragmented regulatory system. With the adoption of the 'new' Basic Regulation (Regulation (EU) 2018/1139), the EU became competent for all UA, irrespective of their mass. Thus, it is necessary to adopt a whole new set of rules (specific rules and procedures for the operation of UA; the rules and procedures for issuing, maintaining, amending, limiting, suspending, or revoking the certificates; the rules and procedures for the registration and marking of UA and for the registration of UA operators; the requirements for the design and manufacture of UAS, etc).

The work of the European Aviation Safety Agency (EASA) on drafting a regulation on UA and consequently on developing harmonised European rules is significant. However, the final adoption of the regulation will require some more time. Harmonised rules for safe UA operation should bring legal certainty for users (operators, remote pilots), the UA industry, persons involved in air transport and all citizens who can be harmed by using UA. It will take some more time to adopt European regulation on rules and procedures for the operation of UA. Unmanned aircraft operations are subject to rules that are proportionate to the risk of a particular operation or type of operations. The operations of UAS in Europe will be

sure that weather and other conditions in the flight area ensure the safe flight conduct, g) ensure that all equipment or cargo is properly attached to an UA in a way to prevent an unintentional fall, h) operate an UA in a manner to clear all obstacles during take-off or landing, i) constantly scan the airspace in which the flying of UA is conducted so as not to endanger other aircraft, and j) give way to manned aircraft.

classified into 3 main categories: 1. the ‘open’ category that, considering the risks involved, requires neither a prior authorisation by the competent authority nor a declaration by the UAS operator before the operation takes place; 2. the ‘specific’ category that requires an authorisation by the competent authority before the operation takes place, and 3. the ‘certified’ category that requires the certification of the UA, a licensed remote pilot and an operator approved by the competent authority, in order to ensure an appropriate level of safety.

As mentioned in the paper, relevant provisions of Regulation (EC) No 216/2008 continue to apply until the delegated acts and the implementing acts of Regulation 2018/1139 enter into force. In practice, this means that national regulations ruling today’s operations of UAS lighter than 150 kg will be applied and progressively replaced in the coming years by the new European legislation. Although we will have a fragmented regulatory framework for UA for some time, we hope that it will not last long.

The Republic of Croatia was among the first states that have regulated UA. As already stated, the Republic of Croatia adopted the Ordinance on unmanned aircraft systems in 2015 and amended it in 2018. The new Ordinance extends its application to UA regardless of the kinetic energy it can achieve, amends the general conditions referring to UA flights (flight at night, flight near the airport, flight over a group of people, limitation of flight height, the distance from people, etc.) and no longer prescribes technical requirements for performing flight operations. Since the adoption of rules at the European level is still in progress, in our opinion, changes of the Croatian Ordinance may have been premature. The adoption of new European regulations will certainly require national re-amendment.

Adopting the new rules and their implementation will certainly contribute to the harmonisation of regulation. However, Member States must have a degree of flexibility regarding UA operations. In order to conduct flight operations in a safe and secure way, we advocate the necessity of education for all UA users and subjects involved.

REFERENCES

Books and articles

- Kristian Bernauw, “Drones: The Emerging Era of Unmanned Civil Aviation”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2–3/2016, 223–248.
- Biljana Činčurak Erceg, Aleksandra Vasilj, Aleksandar Erceg, “Unmanned Aircrafts (‘Drones’) – The Need for Legal Regulation and Harmonisation of Legislation in the European Union”, *SEE | EU Cluster of Excellence in European and International Law – Series of Papers*, 3/2018, 9–21.
- Irena Devčić, “Bespilotne letjelice u službi šumarstva”, *Hrvatske šume*, 253–254/2018, 16–17.

- Aleksandar Erceg, Biljana Činčurak Erceg, Aleksandra Vasilj, “Unmanned Aircraft Systems in Logistics – Legal Regulation and Worldwide Examples toward Use in Croatia”, *Proceedings of the 17th International Scientific Conference Business Logistics in Modern Management, October 2017* Ekonomski fakultet Osijek, Osijek, 2017, 43–62.
- Adem Ilker, “Regulating Commercial Drones: Bridging the Gap between American and Europe Drone Regulations”, *Journal of International Business and Law*, 2/2016, 313–335.
- Mišo Mudrić, Tihomir Katulić, “Regulacija sustava bespilotnih zrakoplova u hrvatskom, europskom i međunarodnom pravnom okviru”, *Pravo u gospodarstvu*, 2/2016, 123–158.
- Kurt W. Smith, “Drone Technology: Benefits, Risks, and Legal Considerations”, *Seattle Journal of Environmental Law*, 1/2015, 290–301.
- Veronika Szikora, Gabor Szilagyi, “New dangerous practice on the horizon? Legal aspects of drone usage”, *Збірник роботах Правної факультету у Новом Саду*, 2/2017, 499–519.

Legislative acts

- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, An Aviation Strategy for Europe, COM (2015) 598 final.
- Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Union Aviation Safety Agency, and repealing Regulation (EC) No 216/2008 of the European Parliament and of the Council, COM (2015) 0613 final – 2015/0277 (COD).
- Regulation (EC) No 216/2008 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Aviation Safety Agency, and repealing Council Directive 91/670/EEC, Regulation (EC) No 1592/2002 and Directive 2004/36/EC, *OJ L* 79, 19. 3. 2008, pp. 1–49.
- Regulation (EU) 2018/1139 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2018 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Union Aviation Safety Agency, and amending Regulations (EC) No 2111/2005, (EC) No 1008/2008, (EU) No 996/2010, (EU) No 376/2014 and Directives 2014/30/EU and 2014/53/EU of the European Parliament and of the Council, and repealing Regulations (EC) No 552/2004 and (EC) No 216/2008 of the European Parliament and of the Council and Council Regulation (EEC) No 3922/91, *OJ L* 212, 22. 8. 2018, p. 1–122.
- Konvencija o međunarodnom civilnom zrakoplovstvu (Convention on International Civil Aviation), *Official Gazette – International Agreements*, No. 1/1996.
- Pravilnik o sustavima bespilotnih zrakoplova (Ordinance on unmanned aircraft systems), *Official Gazette*, Nos. 47/2015, 77/2015 and 104/2018.
- Pravilnik o upravljanju zračnim prostorom (Ordinance on Airspace Management), *Official Gazette*, Nos. 32/2018 and 104/2018.
- Uredba o snimanju iz zraka (Regulation on Aerial Photography), *Official Gazette*, No. 70/2016.

Zakon o zračnom prometu (Air Traffic Act), *Official Gazette*, Nos. 69/2009, 84/2011, 54/2013 and 92/2014.

Website references

- DroneRules, European Council Passes New Regulation for Aviation Safety, <http://dronerules.eu/en/recreational/news/european-council-passes-new-regulation-for-aviation-safety>, 5 March 2019.
- European Aviation Safety Agency, 'Prototype' Commission Regulation on Unmanned Aircraft Operations, <https://www.easa.europa.eu/system/files/dfu/UAS%20Prototype%20Regulation%20final.pdf>, 2 March 2019.
- European Aviation Safety Agency, Civil drones (Unmanned aircraft), <https://www.easa.europa.eu/easa-and-you/civil-drones-rpas>, 5 March 2019.
- European Aviation Safety Agency, Civil drones (Unmanned aircraft), <https://www.easa.europa.eu/easa-and-you/civil-drones-rpas>, 14 March 2019.
- European Aviation Safety Agency, Drones – regulatory framework background, <https://www.easa.europa.eu/easa-and-you/civil-drones-rpas/drones-regulatory-framework-background>, 9 March 2019.
- European Aviation Safety Agency, Notice of Proposed Amendment 2017-05 (A), https://www.easa.europa.eu/system/files/dfu/NPA%202017-05%20%28A%29_0.pdf, 2 March 2019.
- European Aviation Safety Agency, Opinion No. 01/2018, Introduction of a regulatory framework for the operation of unmanned aircraft systems in the 'open' and 'specific' categories, <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/Opinion%20No%2001-2018.pdf>, 9 March 2019.
- European Aviation Safety Agency, Technical Opinion, Introduction of a regulatory framework for the operation of unmanned aircraft, <https://www.easa.europa.eu/system/files/dfu/Introduction%20of%20a%20regulatory%20framework%20for%20the%20operation%20of%20unmanned%20aircraft.pdf>, 2 March 2019.
- European Commission, Air, Unmanned aircraft (drones), https://ec.europa.eu/transport/modes/air/uas_en, 2 March 2019.
- European Commission, Aviation: Commission is taking the European drone sector to new heights, https://ec.europa.eu/transport/modes/air/news/2017-06-16-aviation-commission-taking-european-drone-sector-new-heights_en, 9 March 2019.
- European Council, Council of the European Union, Updated aviation safety rules and new rules on drones approved by the Council, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/12/22/updated-aviation-safety-rules-and-new-rules-on-drones-approved-by-the-council/>, 11 March 2019.
- European Maritime Safety Agency (EMSA), Possible operational scenarios for RPAS use, <http://www.emsa.europa.eu/operational-scenarios.html>, 27 February 2019.
- Hrvatska agencija za civilno zrakoplovstvo, Pravilnik o sustavima bespilotnih zrakoplova i Pravilnik o izmjenama i dopunama Pravilnika o upravljanju zračnim prostorom, http://www.ccaa.hr/hrvatski/detalji-novosti_31/pravilnik-o-sustavima-bespilotnih-zrakoplova-i-pravilnik-o-izmjenama-i-dopunama-pravilnika-o-upravljanju-zracnim-prostorom_984/, 13 March 2019.
- SESAR Joint Undertaking, U-space Blueprint, <https://www.sesarju.eu/u-space-blueprint>, 9 March 2019.

Др Биљана М. Чинчурак Ерцеџ, доцент
Универзитет Јосипа Јурџа Штросмајера у Осиеку
Правни факултет Осиек
bcincura@pravos.hr

Правно регулисање беспилотних ваздухопловних система у Европској унији са освртом на законодавство Републике Хрватске

Сажетак: Беспилотни ваздухоплови се брзо развијају, а њихова примена је све шира. Број корисника беспилотних ваздухоплова расте ие је иошребно ускладити иосиојеће законодавство на нивоу ЕУ и одговарајуће измении регулаторни оквир. Република Хрватска, у складу са развојем нових решења у оквиру Европске уније, 2018. године (Народне новине, број 104/2018) изменила је Правилник о системима беспилотних ваздухоплова из 2015. године (Народне новине, број 49/2015 и 77/2015).

Иако је 'Хрватска агенција за цивилно зракопловство' навела да је главни разлог за израду новог Правилника да се национални систем прилагоди будућем систему Европске уније како би се олакшала примена нове Уредбе о беспилотним ваздухопловима када она стиуи на снагу, изненађује чињеница да је Република Хрватска одлучила измении Правилник ирије усвајања Уредбе. Посебно с обзиром на чињеницу да рад на усвајању Уредбе ираје већ неколико година.

Коришћење беспилотних ваздухоплова свакако ће се ширити. Треба, међуиим, нагласити да уиошреба беспилотних ваздухоплова није игра и да се безбедносна иравила морају иошповати. Прилагођавање иравног оквира у циљу његовог иобољшања свакако ипреба иохвалити. Осиаје да се види иија ће и са каквом динамиком ЕУ урадити када говоримо о регулисању беспилотних ваздухоплова ие како ће се државе чланице прилагодити.

Кључне речи: беспилотни ваздухоплови, хрватски Правилник о системима беспилотних ваздухоплова, Република Хрватска, Европска унија, законска регулатива.

Датум пријема рада: 28.04.2019.

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 Боривоје 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 Heinz Mayer (Аустрија),
prof. dr Peter Mader (Аустрија), prof. dr Suphawatchara Malanond (Тајланд),
проф. др Бранислав Ристивојевић, проф. др Татјана Бугарски, доц. др Бојан Тубић.

Менаџер часописа

Др Лука Батуран

Секретаријат Уредништва

Проф. др Владимир Марјански, доц. др Драгана Ћорић,
доц. др Марко Кнежевић, доц. др Цвјетана Цвјетковић Иветић, др Урош Станковић,
др Милана Писарић, др Наташа Рајић, др Стефан Самарџић,
др Сандра Самарџић, др Ратко Рadoшевић, Милица Ковачевић, мр Радмила Дабановић.

Компјутерска обрада текста

Владимир Ватић, „Графит“

Штампа:

„Футура“, Петроварадин
Тираж: 200 примерака

2019

