

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.

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



ЗБОРНИК РАДОВА COLLECTED PAPERS

LIV 3 (2020)

НОВИ САД, 2020.

ЗРПФНС, година LIV Нови Сад, бр. 3 (2020)

УДК 3

ISSN 0550-2179

eISSN 2406-1255

САДРЖАЈ

<i>Др Војислав Ж. Сјанимировић, ванредни професор</i> Реликти првобитног поимања правичности, правде и права у првим државама старог века – један правно-антрополошки поглед	907
<i>Др Ранко И. Кеча, редовни професор</i> <i>Др Марко С. Кнежевић, доцент</i> Дозвољеност ревизијске контроле оцене доказа у парничном поступку	929
<i>Др Љубомир С. Сјајић, редовни професор</i> <i>Владан М. Мирковић, асистент</i> <i>Др Ненад П. Рагивојевић, доцент</i> Безбедносни менаџмент у области заштите критичне инфраструктуре у Републици Србији – стање и перспективе	953
<i>Др Маја Д. Сјанивуковић, редовни професор</i> Одређивање органа именовања у арбитражи по правилима УНЦИТРАЛ-а: грешке и несавршености	971
<i>Др Драгиша С. Дракић, редовни професор</i> <i>Др Иван Д. Милић, асистент са докљоратом</i> Изрицање и извршење казне затвора која се извршава у просторијама у којима осуђени станује (тзв. кућни затвор)	999
<i>Др Љиљана С. Мијовић, редовни професор</i> Интернет и слобода изражавања у пракси Европског суда за људска права . . .	1023
<i>Др Аиша И. Дугац, ванредни професор</i> Осврт на регулативу саобразности и гаранције у мађарском праву – Пример транспозиције Директиве 1999/44/ЕЗ у општа правила уговорног права.	1043
<i>Др Андреја Б. Каћанчевић, ванредни професор</i> Право на рударском земљишту у средњовековној Србији	1065
<i>Др Милана М. Писарић, асистент са докљоратом</i> Енкрипција као препрека откривању и доказивању кривичних дела	1079
<i>Др Рајко С. Рагошевић, асистент са докљоратом</i> Реформа управног спора: нови покушај – стари проблеми	1101

Лидија О. Живковић, асистент

Конференција уговорних страна: основ за продубљени мултилатерализам у пореској материји? 1123

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ АУТОРЕ

Др Жужана М. Јухас, ванредни професор

Приказ садашњег стања затворског система у Мађарској 1143

TABLE OF CONTENTS

<i>Vojislav Ž. Stanimirović, Ph.D., Associate Professor</i>	
Relicts of the Earliest Understanding of Fairness, Justice and Law in the First States of Antiquity – A Legal-Anthropological View	907
<i>Dr. Ranko I. Keča, ordentlicher Professor</i>	
<i>Dr. Marko S. Knežević, Dozent</i>	
Zulässigkeit revisionsrechtlicher Beweiswürdigungsüberprüfung im Zivilprozess .	929
<i>Ljubomir S. Stajić, Ph.D., Full Professor</i>	
<i>Vladan M. Mirković, Assistant</i>	
<i>Nenad P. Radivojević, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Security Management in the Field of Critical Infrastructure Protection in the Republic of Serbia – State and Perspectives	953
<i>Maja D. Stanivuković, Ph.D., Full Professor</i>	
Designating Appointing Authorities in Uncitral Arbitration: Wrong and Imperfect Designations	971
<i>Dragiša S. Drakić, Ph.D., Full Professor</i>	
<i>Ivan D. Milić, Assistant with Ph.D.</i>	
Sentencing and Enforcement of the Prison Sentence served in the Premises where the Convicted Person Resides (the So-Called House Arrest)	999
<i>Ljiljana S. Mijović, Ph.D., Full Professor</i>	
Internet and Freedom of Expression in the Case Law of the European Court of Human Rights	1023
<i>Attila I. Dudás, Ph.D., Associate Professor</i>	
Conformity of Goods and Guarantee in Hungarian Law – Example of Transposition of Directive 1999/44/EC by Amending the General Rules of Contract Law	1043
<i>Andreja B. Katančević, Ph.D., Associate Professor</i>	
Legal Regime of Land in the Mining Areas of Medieval Serbia	1065
<i>Milana M. Pisarić, Assistant with Ph.D.</i>	
Encryption as an Obstacle for Criminal Investigation and Evidence Collection . .	1079
<i>Ratko S. Radošević, Assistant with Ph.D.</i>	
Administrative Dispute Reform: New Attempt – Old Problems	1101

Lidija O. Živković, Assistant

The Conference of the Parties: A Future for a More Profound Multilateralism in Tax
Matters? 1123

SECTION FOR FOREIGN AUTHORS

Zsuzsanna M. Juhász, Ph.D., Associate Professor

Situational Picture about the Hungarian Prison System 1143

Др Војислав Ж. Станимировић, ванредни професор
Универзитета у Београду
Правни факултет у Београду
stanimirovic.vojislav@yahoo.com

РЕЛИКТИ ПРВОБИТНОГ ПОИМАЊА ПРАВИЧНОСТИ, ПРАВДЕ И ПРАВА У ПРВИМ ДРЖАВАМА СТАРОГ ВЕКА – ЈЕДАН ПРАВНО-АНТРОПОЛОШКИ ПОГЛЕД

Сажетак: Сва архаична друштва почивала су на једнакости и солидарности. Сва она изградила су механизме којима су регулисали понашање унутар друштва, јер је то био услов опстанка. У таквим друштвима постојала је архаична правичност, која се манифестовала кроз егалитарност, солидарност, али и сличност и конзервативност, а почивала је на обичајима који су важили за све без изузетка. Са раслојавањем архаичних друштава, њиховим ширењем и повезивањем са другим заједницама нестaje првобитне кохезије и сигурности и полако нестaje и она првобитна, архаична правичност и ступа уместо њој правде као вајају за изубљеном правичношћу и једнакошћу. Равношeжа која је до тада красила архаична друштва и била идеално стање заједнице неоправљиво је нарушена.

Писмо и настанак првих држава доводи и до првих закона човечанства. Прве држава и њихови владари наци су се између старој и новој. Повлашћени слојеви диктирали су ново право, ступавајући обичаје, присвајајући привилегије за себе које је право верификовало, док су сиромашнији слојеви друштва чезнули за прохујалим временима. Све су то древни законодавци владари, макар инстинктивно, осећали, изражећи неку златну средину која је јаранивала ред и мир у држави. У Египту, боинџа Ма’аи, мерење душа и Књига мртвих одблесак су архаичној друштва и древних схватања, која су се, уопштом, најдуже и задржала у правој. И творци клинписних закона наци су њихове и сирашће да се исказу као владари који воде рачуна о свим својим поданицима. Одредбе њих закона више неће о ма чему друћом сведоче о појме. Било да говоре о социјалним заслугама, било да исказују бригу о рањивим слојевима друштва, било да бојашима ускраћују одређене

привилегије зарад ошцијет добра, било да се окрећу традицији, било да шурују са бојовима или одређују мере и накнаде, они се пре свега труде да буду узорни владари свим својим поданицима, у први план стављајући владавину права.

Кључне речи: *архаична друштва, правичност, правда, право, клинописни законици.*

1. УВОД

Проучавање архаичних друштава представља, углавном, Сизифов посао, који са собом носи Танталове муке и бројне проблеме који висе над истраживањем као Дамоклов мач.

Већ само дефинисање појма *архаична друштва* није једноставан задатак. Овај појам обухвата све облике људских заједница од настанка човека до стварања првих држава, а ово његово одређење познатије је под именом *првобитна заједница*. То би у свом исходишту значило да настаanak првих држава у Месопотамији и Египту уједно означава крај архаичних друштава. Истини за вољу, рађање прве државе у Сумеру јесте крај првобитне заједнице, јер је она одређена хронолошки и почетак Старог века јесте њен душман и целат.¹ Међутим, иако је период првобитне заједнице завршен, архаична друштва су преживела све до данашњих дана. Свака она људска заједница која по већини својих одлика одудара од друштава са државном организацијом јесте архаично друштво и свака таква заједница и даље представља минијатурну лабораторију у којој етнологи и антрополози траже и налазе везе са најудаљенијом прошлошћу. Иако су последње деценије прошлог века и прве деценије новог миленијума презреле уопштавања сваке врсте, инсистирајући на специфичностима сваке људске заједнице, у трагању за самим пореклом друштва неминовно ваља указати и на неке заједничке обрасце понашања и промишљања древних људи који ће довести до уобличавања и развоја културе, а самим тим и бројних апстрактних категорија неопходних за опстанак не само сваке појединачне људске групе, већ и читаве цивилизације. Међу такве појмове свакако спадају правичност, правда и само право.²

¹ Пјер Кластр, *Археологија насиља*, превод К. Копрившек, Нови Сад 2004, 97.

² Ови појмови су готово увек повезани и испреплетани. Сликвит пример представљају грчки митови. Наиме, грчка богиња правде, Дика, је кћер Зевса и богиње Темиде (*Themis*). *Themis* (Уранова и Геина ћерка, друга Зевсова жена поред Хере, која оличава вечија законе који владају у космосу) персонификује „оно што је прописано“, „иранорму друштва“, схватање о томе што је право, обичај, који произлази из воље Зевса. – Сима Аврамовић, „*Gnōte dikaiotatē* – право, правда и правичност у атинској судници“, *Право и правда* – 2013, (приредила Ј. Хасанбеговић), Београд 2014, 18. Напоменимо и то да је богиња Дике имала и сестре *Eunotia* (законитост) и *Eirene* (мир), и да је њена ћерка била *Hesychia* (спокојство).

Људска бића су јединствена, јер само она од свих живих бића на Земљи имају способност да створе и развијају културу.³ На каквом год ступњу развоја били, удружени у заједницу, какве год сложености она била (хорда, род, братство, племе итд.)⁴, људи су имали представу о томе шта би подразумевали правичност, правда или право и то не због филозофски настројеног ума, већ зато што је то био услов њиховог опстанка утемељеног на кохезионом сагласју и униформном делању. Живот у непријатељском окружењу терао је све људске заједнице да *буду хомојене изнуџра, да изјраде сисџем љравила љонаџања који је љаранџовео кохезију љрује, њену самодовољносџ, њену солидарносџ и који јој је сџтворио јединсџвен иденџиџсџетџ*.⁵ Они су свакако имали одређене потребе и задовољавали су их унутар заједнице, а да би то уопште било могуће, морали су да имају и разрађене механизме за њихово задовољавање.⁶ Небројени покушаји појединаца искристалисали су шта је то што је по заједницу најцелисходније и она је то беспоговорно прихватала, понављала знајући унапред да позитиван исход неће изостати и тако је настао обичај. Од обичаја као најважнијих регулатора понашања у древним друштвима до настанка права као скупа норми чије поштовање гарантује прво организовано друштво, а потом држава, пут је био дуг и трновит, и све само не једносмеран, да би на крају, довео до антагонизма између ова два појма. На том путу стајала су три степеника која је требало прећи: правичност, правда и само право. Заогрнуте мистеријом искона, ма колико међусобно биле различите и удаљене једна од друге, све древне људске заједнице развиле су свест о појмовима правичности, правде и права, чини се баш тим редом.

Да би било која заједница опстала, она је морала да пронађе начин да се постигнуто јединство сачува и одржи. Првобитна егалитарност друштва почивала је на конзервативности и љубоморном очувању своје хомогености. Равнотежа унутар друштва морала се сачувати по сваку цену. Статичност заједнице је била јемац равнотеже у друштву и синоним за правичност. И

³ E. Adamson Hoebel, „The Nature of Culture“, *Man, Culture and Society*, (ed. H. L. Shapiro), New York 1965, 168.: *What is more, its continuity is safeguarded by punishment of those members of a society who refuse to follow the patterns for behavior that are laid down for them in the culture.*

⁴ Више о друштвеној организацији људи – G. David Mandelbaum, „Social Groupings“, *Man, Culture and Society*, (ed. H. L. Shapiro), New York 1965, 287-289.

⁵ Војислав Станимировић, „Осврт на поједине чланове клинописних законика кроз призму древних обичаја и веровања“, *Иденџиџсџетџски љреображај Србије – љрилози љројекџу 2019 – колекџивна моноџрафија*, Београд 2020, 39. ; G. D. Mandelbaum, op. cit. 290.

⁶ Поменимо овде само Малиновског (*Malinowski*) који препознаје седам основних чо- векових потреба и културне реакције које воде њиховом задовољењу: 1. метаболизам (интендантура), 2. репродукција (сродство), 3. телесне удобности (склониште), 4. сигурност (заштита), 5. кретање (активности), 6. растење (васпитање) и 7. здравље (хигијена) – Бронислав Малиновски, *Маџија, наука и релиџија*, превод с енглеског А. Тодоровић, Београд 1971, 326.

то није правичност која се као вапај за правдом даје појединцу било из са- милости или због свести да је неко његово право нарушено, као конкрети- зована правда, већ *архична*, правичност за све, као израз хомогености и једнакости.

Још је Аристотел поделио преступе на оне који погађају појединца и оне који се тичу читаве заједнице.⁷ Међутим, у архаичним друштвима, крхким и рањивим, свако одступање од зацртаног пута, од уређене стазе обичаја и утврђених и прихваћених правила понашања угрожавало је и доводило у питање све оно на чему та заједница почива и читава заједница је реаговала, исправљајући криво поступање, враћајући га у равнотежу. *Архаична правич- ност* важила је за све, што даље значи да нико, ама баш нико, није смео да крши утврђена правила понашања и да су сви, на неки начин, учествовали у исправљању грешке и отклањању последица. Такво друштво са својим примитивним правом било је далеко ефикасније од било ког постојећег правног система.

Цена напретка, цена стварања све већих друштава и на крају државе, биће свесни или несвесни поремећај равнотеже. Све што се потом дешавало у историји било је искрено или демагошко настојање да се она поврати. Скр- нављење ове *архичне правичности* утрло је пут идеји правде. Појам правде постао је крик за повратком правичности, јер се појавило оно од чега су све заједнице стрепеле од искона – неправда. Обичај као залог очувања архаич- них друштава, обичај као манифестација првобитне једнакости и демокра- тичности, устукнуће пред наметнутом новом вољом, вољом владајуће уз- дигнуте мањине, оличеној у праву. Отуда вечити охоли презир права према обичају. Присуство обичаја увек је подсећало право да и оно треба да важи за све, што у пракси никада није био случај. За узврат, право је демонстри- рало своју сирову снагу искорењујући обичај.

2. ПРАВИЧНОСТ, ПРАВДА И ПРАВО У СТАРОМ ЕГИПТУ

Оно што је започето раслојавањем архаичних друштава, оно што је ели- та унела са собом у Стари век је заправо растакање првобитне, *архаичне пра- вичности*, потискивање обичаја, замашније стварање и обликовање права, али и буђење идеје правде, нарочито код нижих слојева друштва. О томе су први владари, а самим тим и прве државе итекако морали да воде рачуна.

Прве државе и даље су у себи носиле одблесак архаичних друштава на чијем темељу су настале. То се, можда, најбоље види на примеру древног Египта. Заклоњен пустињом он је читав миленијум био поштеђен контаката

⁷ Аристотел, *Retorika*, XIII, 3

са другим народима. Без природног непријатеља безбрижно је уживао у својој конзервативности и статичности, у благој клими и питомом Нилу. *Status quo*⁸ било је најпожељније стање које је одржавало равнотежу у египатском друштву које је већ полако нагрижено раслојавањем становништва издвајањем дворских и храмовских елита. Да се древни поредак, ипак, најдуже задржао баш у Египту, од свих раних држава Старог века, сведочи и сјајан положај жене. Она је имала пуну правну и пословну способност, а то довољно говори о томе да патријархална матрица још није нашла своје упориште у Египту. Погоршавање њеног положаја почеће тек крајем Новог царства, а нарочито по успостављању македонске владарске династије Птолемеја током хеленистичког периода.

Из старог Египта није сачуван ниједан писани закон. То што су сачувани помени појединих египатских фараона-законодаваца попут Менеса, Рамзеса II или Бокхориса, може да значи да је закона можда и било. Пошто се у Египту користио папирус, тешко је замислити да би одолео зубу времена, те се тако може објаснити одсуство правних споменика општег карактера. Међутим, чини се да је друго објашњење више у духу египатске цивилизације. Њена урођеност у летаргију и традиционализам, непознавање других цивилизација и њихових домета и хронична незаинтересованост за такав напор, Египат су препустили свету обичаја, а како се виши слојеви нису умножили, јер није било веће потребе за војном машинеријом, бар током првих хиљаду година његовог трајања, они су остали на снази. Новог права није било. У друштву није било конфузије око исправног живота и система вредности. Погодни климатски услови, питоми Нил који гарантује предвидљивост издашних жетви и обилних приноса и натурална привреда још нису изродили жељу за богаћењем, а једноставан живот ниједног тренутка није могао да угрози опстанак египатског друштва. Ово непомућено трајање обичаја и веровања унутар хомогене државе, унутар које је једина подела, која није рађала већа ривалства, била она на Горњи и Доњи Египат, направила је од Египћана велике шовинисте. Много касније, Херодот наглашава да Египћани *чувају обичаје својих предака и не ђримају ниједан ђуђ*.⁹ Тако стање, наравно, пренело се и у египатску религију и митологију, а не треба ни помињати колико су стари Египћани били побожни и сујеверни.

У причи о очувању нетакнутог поретка у Египту кључно место припада богињи Ма'ат, метафизички схваћене правде, равнотеже у космосу која се рефлектује на свакодневни живот. Задатак фараона, богова на земљи, био је да, у складу са принципима богиње Ма'ат, одржавају равнотежу у друштву,

⁸ Тако је било и на древном Блиском истоку. Видети – Raymond Westbrook, „Social Justice in the Ancient Near East“, *Social justice in the Ancient World*, (eds. K. D. Irani, M. Silver), Westport 1995, 161.

⁹ Херодот, *Историја*, II, 79. У том смислу и II, 91

а то се постиже мудроm владавином која је праведна за све. *Архаична иправичности* се, у највећој мери, очувала у Египту, бар током трајања Старог царства. Сваки фараон је приказан тако да у својој руци држи *анкх*, симбол богиње Ма'ат, као својеврсни залог да ће његова владавина протети у настојању да праведно влада и не помути вековима одржавану равнотежу у држави.

Поред тога, после смрти, душа покојника је одлазила у Доњи свет, свет којим је владао бог Озирис, као Први праведник, и који је председавао суду праведних, тј. мерењу душа. Бог подземног света, први сарадник Озириса, бог Анупис, у рукама је држао теразије. На један тас стављала се душа покојника (приказана као срце), а на други тас се стављало перо или *анкх* (као знамење богиње Ма'ат). Баланс тасова и њихова потпуна симетрија, души би прибавили ореол честитости и праведности. Живот проведен у ненарушавању равнотеже, гарантовао је равнотежу теразија, а самим тим и место крај Озириса, међу праведницима. У супротном, душу је гутало чудовиште и она је тако несрећна и одбачена проводила вечност.

Малу привилегију у почетку су уживали само фараони, током Старог царства и малобројни богатији Египћани, а касније је она постала доступна свима. То је била тзв. Књига мртвих. Она се састојала од религијско-магијских текстова, стављала се под ноге мумифицираног и требало је да му олакша суђење на оном свету. То је, пре свега, била ода Доњем свету и пантеону египатских божанстава. Међутим, много важнија од удворичке поезије, била је тзв. *огречна исјовед*, која је била саставни део Књиге мртвих, а само мерење душа заправо је био древни полиграф на коме се проверавала истинитост изречених тврдњи. Покојник је тиме показивао исправност свог овоземаљског живота, живота у складу са богињом Ма'ат, живота којим никада није нарушио равнотежу у друштву и огресио се о исправан и пожељан начин живота попличан обичајима и традицијом. Између осталог, према Анијевом папирусу, он је морао да потврди да никада није учинио неправду, да није силом отимао, да није крао, да никоме није наудио, да није утајио дарове, да није умањивао жртве, да није пустошио храмове (*ја боја не ойљачках*), да није лагао, да није крао храну, да није другима нанео бол и учинио да се *сузе иролију*, да није починио прељубу, да никога није обмањивао, да се ни о кога није огресио, да се није служио лукавством, да није дозволио да *оранице зайусије*, да никога није прислушкивао, да није *своје усне йокренуо* против другог, да није био *срдий и њеван без иправој разлоја*, да није *окаљао жену било кој човека*, да се није опоганио, да није изазвао ужас, да није плануо у бесу, да никада није затворио уши пред Правдом и Истином, да никога није учвелио, да се није дрско понашао, да није заповедао свађе, да није судио непромишљено, да није брбљао (*ја речи не умножавах ипрекомерно*), да никоме није нанео зло, да никада није псовао, да није мутио воду, да није говорио са ниподаштавањем, да није крао, да није утајио дарове боговима, да није

отимао дарове блаженим покојницима, да није *йойкрагао храну деишињу*, да се није огрешио о богове родног града, нити је икада злонамерно заклао стоку божију.¹⁰

Овај папирус, настао током XVI или XV века нове ере, осим што је сведочанство о томе шта је чинило исправни живот у Египту, уједно је и доказ да је *архаична љавичност* већ ишчезавала, јер све побројано, очигледно да се није поштовало без изузетка, чим је морало да буде потврђено и изричитим негативним признањем кроз Књигу мртвих. Колико ће се ово пропадање убрзати током Новог царства, колико ће неповерење и сталешке разлике, уплив страних обичаја и утицаја, деградирати некадашњу чистоту и безазленост египатске свакодневице, илуструје довољно податак да је само, и то пуким случајем, Тутанкамонова гробница остала непохарана. Херодот, пишући о владару Старог царства, Азихису, који је наследио *љраведној* Микерина, наводи: *Када је за време њејове владе скоро несјало новца у оишицају ирицају да је у Еишију доней закон йо коме је ириликом узимања дуа свако морао давати леи своја оца као залој. А у догајку йоја закона дајо је йраво йовериоцу да расйолаже са сахраном дужника. Дужнику који је дао залој и није хйео да йлаши дуј одређена је казна да не може биши сахрањен у йородичној йробници кад буде умро, йа ни на неком друјом месйу, а исио йако не може сахраниши никоја из своје йородице...*¹¹

Већина владара првих држава Старог века била је свесна чињенице да ће њихова власт бити радије прихваћена и да ће остати запамћени уколико, без обзира на непобитну чињеницу да је друштво неповратно подељено на сталеше, на богату мањину и сиромашну већину, да не спомињемо робове, буду исказивали тежњу да владају праведно, оживљавајући сећање на срећну прошлост испуњену *архаичном љравичношћу* и мудрим обичајима који су били непроменљиви и важили за све, на време без повлашћених и недодирљивих. Са друге стране, промене у друштву одразиле су се и на право, које потискујући обичаје, постаје оружје у рукама владајућих и привилегованих структура. Оно није више неко исконско, *йприродно йраво* које важи за све због свих, већ је то право оних делова друштва који су за себе присвојили силом концесију стварања и тумачења права. То је *окйроисано* право. *Дамкари* и *авилуми* били су најбогатији слојеви друштва у Месопотамији. У старој Грчкој, виши слојеви су непрестано, са поносом, указивали на своје племенито порекло, називајући себе *aristoi* – најбољи или *eupatridi* – рођени од племенитих очева, благородни. И у Риму, од времена краљева, патрицији су извлачили своје порекло од првих сенатора које је именовао Ромул. Привилегије

¹⁰ *Анијев йаиурус*, листови XXXI и XXXII у Е. А. Волис Бац, *Еишијайска књија мрйвих* (превод с енглеског Б. Станић и Д. Јовић), Београд 1989.

¹¹ Херодот, II, 136

виших слојева у свим осталим државама Старог века вишеструко превазилазе оне које су имали виши слојеви у Египту. Најчешћа казна у Египту, батинање, погађала је све слојеве становништва, док су једино осуђеници на смртну казну из виших слојева имали ту привилегију да уместо черечења или убиства, сами испију отров.

Ипак, ваља напоменути и да је развој египатског права током дугог трајања Старог, Средњег и Новог царства прошао кроз неколико фаза растрзан између идеја једнакости и слободе, са једне, и повлађивања уздигнутим слојевима друштва, нарочито код система држања земљишта.¹²

3. ПРАВО, ПРАВДА И ПРАВИЧНОСТ У КЛИНОПИСНИМ ЗАКОНИЦИМА

Први законици човечанства, настали у Месопотамији, растрзани су између логичног повлађивања вишим слојевима друштва и настојања да правда, онако како је тумачи владар, надахнут боговима, врло изричито стигне до свих, уз такође изричито признање чињенице да то пре њих није био случај. И мада сви они нескривено фаворизују највише слојеве¹³, јер се законодавци готово искључиво њима обраћају, сви владари старог света развили су различите стратегије којима су проналазили пут до обичних људи подсећајући их да некадашња *архаична правичност* није сасвим заборављена, узалуд обећавајући повратак изгубљене и нарушене равнотеже у друштву. Сви су, ипак, у складу са суровим временом из кога потичу, успевали да буду хумани.¹⁴

Ове различите стратегије имале су исти циљ: учинити законике пријемчивим свима и обезбедити законцима што је могуће већи ауторитет, који би гарантовао њихову дуговечност и њихову примену у свакодневном животу. Свакако најзначајнији од свих клинописних зборника је Хамурабијев законик, али је Ур-Намуов законик (донет око 2100. године пре нове ере) поставио обрасце које ће следити сви потоњи законици. Иако је само фрагмен-

¹² Aristide Théodoridès, „The Concept of Law in Ancient Egypt“, *The Legacy of Egypt*, (ed. J. R. Harris), London 1971, 320.

¹³ Наведимо само један пример. Хетитски законик, иначе познат по својим благим казнама, у чл. 173 прописује: *Ако се неко сујројсџавља краљевској правди његова кућа по-сџаје развалина. Ако се неко сујројсџавља правди једној досџојансџвеника, ојсеца му се глава. Ако роб усџане јројшв свој јосџодара, одлази у лонац* – превод Хетитског законика Д. Поповић наведено у В. Станимировић, *Хресџомајџија за Ујорегну јравну јрадицију*, Београд 2016. Чланови свих осталих клинописних законика наведени су према преводу В. Станимировића у наведеном делу.

¹⁴ John Sassoon, *Ancient Laws and Modern Problems*, Bristol, Portland 2001, 29.

тарно очуван, сведочи о неочекиваној развијености Сумерске цивилизације за то време. Његове одредбе су у изражене у кондиционалу и то ће преузети сви остали клинописни законици. У уводу законика истичу се успеси владара и божанско надахнуће закона, јер су богови баш њега (или његовог сина Шулгија) изабрали да услиши *вајаје за љравдом* (и ово ће постати омиљена фраза у већини законика). Затим, наилазимо на бригу о рањивим слојевима друштва, стратешко поступање које исказује правичност у појединачном случају, која би требало у свом збиру да доведе до свеопште праведности, богатима се ускраћују одређене привилегије (у чему ће најдаље отићи Хамурабијев законик), позива се на светлу традицију и повратак истој, одређују се еталони мера и накнаде за поједине послове да не би било арбитрерности у том погледу. Творци првих законика човечанства исказују се тако као промишљени, мудри владари који ништа нису препустили случају и који су, иако на први поглед можда не делује тако, јако добро знали шта раде. То што ти законици нису систематични на начин који би задовољио правнике континенталног типа данас, не значи да у осмишљавању норми и стратегија нису били ингениозни.

3.1. Заслуге за народ

Већина клинописних законика почиње набрајањем заслуга владара. Његова достигнућа су за све, доносе добробит сваком појединцу, сваком становнику дотичне државе, без разлике.

Тако већ у Ур-Намуовом законуку читамо: *Дадох слободу Акађанима и сјираницима у земљама Сумера и Акада, оне који се баве љоморском љрљовином (ослободих) од морских вукова, љониче (ослободих) оних који љрисвајају волове, овце и мајарце. У љо време, снаљом Нане, мој љосљодара, ослободих Акшак, Марад, Гиркал, Казалу и њихова насеља, и Ушарум и све (обласљи) које беху љод јармом Аншана...*¹⁵ Ни Липит-Иштар¹⁶ не заостаје. Пун је лепих речи за себе: *Од љоља доба, Ја, Лјиљиљ-Иљљар, љонизни љасљир љрада Нљљура, и верни муж љрада Ура, онај који не најљсљи љрад Ериду, дољични љосљодар љрада Урука, краљ Исине, владар земаља Сумера и Акада, чежња у срцу бољшње Инане, љо заљоведи боља Енлила, усљосљавих љравду у земљама Сумера и Акада. Од љољ доба, ослободих синове и кљери љрада Нљљура, синове и кљери љрада Ура, синове и кљери љрада Исине, синове и кљери земаља Сумера и Акада, који бејаху љодјармљени и љовраљих рег.*¹⁷ У фрагментарно очуваном уводу Ешнунског законика из 18. века пре нове ере назире се успеси владара Билаламе.¹⁸

¹⁵ А iii 114 – 134

¹⁶ Липит-Иштаров законик донет је око 1920. године пре нове ере.

¹⁷ А ii 14 – iii 23

¹⁸ А i 1 – 7

Најзначајнији од свих клинописних законика је свакако Хамурабијев законик, донет пар деценија након Ешнунског. У складу са величином и цара и законика је и пролог у коме се Хамураби представља у свом најблиставијем издању. Више од 200 редова посвећено је његовим заслугама.¹⁹ Богови Ану и Енлил, *да би се изборио за добробит људи*, зазваше га именом његовим. Он је освајач све четири стране света, он је ујединитељ, обновитељ, он је савршен, праведан, милостив, непоколебљив, великодушан, неимар, ктитор, градитељ, ослободитељ, мудар, неустрашив, племенит, истинољубив, према боговима понизан и њихов миљеник, *рајник коме нема равној, ѿсјодар краљева, ѿасјир народа*. У епилогу законика чека нас још око 200 редова хвале и преко 260 редова претњи онима који се дрзну да мењају његове законе.²⁰ Резимирајући одредбе које је донео, Хамураби закључује: *Ово су ѿправичне одлуке које је Хамураби, сјособни владар, ѿройисао и ѿише земљу извео на ѿуѿ исиѿине и исиѿравној живљења*.

3.2. Брига о рањивим слојевима друштва

Једна од основних карактеристика на којој почивају скоро сва архаична друштва је међусобна солидарност њених чланова, што је посебно важно када су рањивији слојеви друштва у питању. Када настају државе друштво се шири и брига за друге уступа место себичнијем поимању стварности. У већим градовима-државама или већим урбаним срединама се јављају нуклеарне породице и многе раније развијене везе на крвном или духовном сродству се губе и разбијају. Уместо шефова великих породица, сада ту улогу радо преузимају владари, не толико из самилости и урођене племенитости већ зарад популизма, толико потребног турбулентним друштвима првих држава. Ово одсликавају и клинописни законици.

¹⁹ I 1 – V 24

²⁰ XLVII 1 – LI 91

²¹ A iv 162 – 168²² XLVII 59 – 68

кући свог оца и ако није имала деце, или сама њена деца, ако је живела у кући свог покојног мужа. Нема података о томе да ли се Хамураби на свом двору окружио сирочићима и удовицама и тако испунио обећање, или је на други начин успео да заиста брине о њима.

Идеја заштите слабијих, као израз некадашње солидарности архаичних заједница нашла је своје место у клинописним законцима. Хамураби је у чл. 7 прописао: *Ако човек буде прибавио сребро, злато, роба, робинју, вола, овцу или мајарца, или ма шта друго, од нечијеј сина или нечијеј роба, без сведока или уговора, или (какве) ствари прими (од њих) на чување, иако човек је лојов, и да се убије.*²³ У чл. 148 цар штити болесну супругу: *Ако се човек ожени женом, а њу касније обузме ишцешка болест и он одлучи да се ожени другом женом, он може да се ожени, (али) да се не растави од своје супруге ошкрване болешћу, она нека борави у одајама које јој он намени и ојреми и он нека је издржава док њој је жива.* Овај принцип, заштите слабијих, доведен је до апсурда и проширен и на животиње у Хетитском законнику.²⁴

3.3. Ускраћивање одређених привилегија богатима и ограничавање самопомоћи

Социјални мир је гарантовао мирну владавину. Свакој централној власти је циљ унутрашња стабилност. Владавина лишена унутрашњих трзавица дозвољавала је владарима првих држава да се окрену непријатељима и спољној политици. Свако незадовољство народа било је знак слабости централне власти, а свако слабљење изнутра, нагриза и позицију у међународним односима. Са друге стране, претерано повлађивање богатим слојевима значило би стварање потенцијалног непријатеља, јер се попустљивост тумачила као слабост која може довести до смене власти, ако би се неко из дворске свите или војничке и свештеничке аристократије превише осилио. Историја је пуна таквих примера, поменимо само Египат или Рим у доба царства, или средњовековну Франачку и Енглеску. То би за владаре првих држава било погубно. У очима својих поданика, они су били свемоћни богови и свака попустљивост и зазирање од енергичних мера лишавало их је ореола бесмртности и сводило их је на пуку марионету у политичким играма моћних, попут Тутанкамона. Овај несрећни дечак који се у најпогрешније време нашао на трону, био је присиљен да свештенству врати све раније привилегије које им одузео велики Аменофис IV, а онда када више није имао своју сврху био је убијен у дворској завери.

²³ Овај члан у суштини представља детаљнију разраду чл. 16 Ешнунског законика: *Човеком сину који још није добио свој наследни део или робу да се не одобрава зајам.*

²⁴ Видети чл. 197 и чл. 199 – 200А

Појава новца и развој трговине, убрзан брзим напретком у Месопотамији довео је до велике кризе пре 4000 година, када су сиромашнији слојеви грцали у дуговима, а многи од њих губили слободу и предавали себе или своје најближе у дужничко ропство.²⁵ Богаташи су могли, у прво време, и да произвољно одређују камате, а поседовали су и довољно снаге да путем самопомоћи хватају дужнике и бацају их у дужничко ропство. У почетку, није било механизма који би их обуздао, па многи од њих нису ни чекали да рок за повраћај зајма протекне и дужник падне у доцњу. Први који се са овим проблемом ухватио у коштац био је ешнунски владар Билалама. Прво је фиксирао камате, на жито (продуктивни зајам) 33% годишње, а на новац (потрошни зајам) 20% годишње (чл. 20-21). Потом је увео казне за незаконито отимање било слободних људи, било робова (чл. 22-24).²⁶ У чл. 113 Хамураби прописује: *Ако човек има досјело појшраживање у жишју или сребру према друћом човеку, ња без њејове дозволе буде узео жишју из њејовој амбара или са ђумна, они нека ојшјуже и осуде њој човека шјуо је узео жишју из амбара или са ђумна без дојшјуијења власника жишја, и он нека врајши сво жишју које је узео, ѡврх њоја, нека изјуби све шјуо је првобитно дао у зајам.*²⁷ Свестан да је било немогуће искоренити самопомоћ, колико год она подривала ауторитет државе, а самим тим и цара као њене персонификације, Хамураби настоји да је смести у законски оквир. Ако већ није могао да је укине, бар је прописао да отмицар особу заточену због дуга не сме физички и психички мучити и злостављати (чл. 116).²⁸ Тако је начињен први покушај да се самопомоћ, с једне стране, ограничи, а са друге, стави под државну контролу.²⁹ Први у историји, Хамураби је ограничио дужничко ропство на три године (чл. 117). Много касније, фараон Бокхорис ће први укинути дужничко ропство, у Атини ће то учинити Солон 594. године пре нове ере, својим реформама,

²⁵ Larry May, *Ancient Legal Thought*, I, Cambridge 2019, XVII

²⁶ Сличан је и чл.114 Хамурабијевог законика.

²⁷ Претеча наведеног члана је трећи члан Ур-Намуовог законика: *Ако човек ојме и пришвори (грујот), ѡтакав човек нека се зашвори и нека одмери и преда 15 шекеда сребра.*

²⁸ За разлику од Хамурабијевог законика, Средњоасирски закони, више од миленијума млађи, имају супротан став: *Ако Асирац или Асирка пребива у кући човека као zaloј за ѡвраћај гуја, који је њејове/њене вредносш, и он/а је узеш/а за ѡну вредносш (гуја), он (залојошримац) нека бичује (заложенош/у), чуја му/јој косу, (или) нека ѡа/је унакази или буши (заложеном/ој) уши (чл. А 44).*

²⁹ У првој колумни најстаријег сачуваног европског законика, Гортинског законика из V века пре нове ере, предвиђено је: *Ко жели да води сјор у ѡшледу слободној човека или роба, пре ѡарнице нека (ѡа) не одводи.* Тиме се самопомоћ не укида, али се ставља под окриље државе, зато што поверилац не може више по сопственом нахођењу да хапси и отима своје дужнике, јер му је сада та врста арбитрерности одузета, већ је држава (полис) та која одређује да ли има или нема правног основа за такав потез и тек на основу судске одлуке, која изричито одређује да му то право припада, он је слободан да путем самопомоћи своје право и оствари. (Гортински законик превео је С. Аврамовић).

док ће у Риму укидање дужничког ропства, 326. године пре нове ере, бити последња победа плебејаца који ће се, тада, коначно изједначити са патрицијима. Код Јевреја оно ће бити ограничено на седам година.

3.4. Правда као правичност у појединачним случајевима

Поменути одредбама Хамураби је направио један битан преседан у тада релативно краткој историји писаног права. Овако је то описао Меј (*May*): *Strict justice called for the creditors to receive what were due. But another legal concept, the emerging idea of equity, seemed to call for a different result – the use of law as a vehicle to free people from economic oppression.*³⁰

Оно што одмах упада у очи је жеља првих законодаваца Месопотамије да се својим законцима, или бар појединим одредбама, приближе оној некадашњој *архаичној правичности* која још није изгледела из свести обичног пука. То није био чист популизам, већ улагање у мирну будућност, неспутану унутрашњим раздором и конфликтима, а то је било и подесно средство којим се надирући слој аристократије, било световне, било духовне, држао под контролом и зауздавао од претеране охолости. На том трагу ће, у неким каснијим временима, кроз делатност Канцеларовог суда, настати *equity* у Енглеској. Обрнутом логиком у односу на архаична друштва, скуп појединачних правичности твориће појам правде, као што у исламу скуп свих хадиса (појединачних записаних *sunna*) чини *sunni*.

Овај покушај приближавања и враћања некадашњој, првобитној правичности може се наћи у свим клинописним зборницима. Сви они помињу *ваја-је за правдом*,³¹ а ниједан законодавац који држи до себе неће се оглушити о глас својих поданика, поготово ако то није обичан глас, већ вапај. Највише је на том плану учинио цар Хамураби који, како сам помало претенциозно за себе каже да је *обезбедио владавину правде за све људе над којима бди*.³² Важније од конкретних резултата, важније од жеље да се врати *архаичној правичности*, је умањивање једне далекосежније идеје од пресудне важности за развој права, видљиве из клинописних зборника, а нарочито из Хамурабијевог законика као њихове највише тачке, а то је идеја владавине права (*rule of law*).³³

³⁰ L. May, op.cit. I, XVII

³¹ Ур-Намуов законик, A iv 170; Законик Липит-Иштара, i 20 – 37. У епилогу Липит-Иштар наглашава: *У складу са истинијом речју бога Уџуа, учиних да земље Сумера и Акада држе правичне судске посмјуке. У складу са обзном бога Енлила, Ја, Липит-Иштар, син Енлилов, испробих мржњу и насиље. Ја учиних да неспрану вајаји, нарицања и крици за правдом и суђењем. Ја учиних да се право и истина испакну и заблестјају, и ја донех блаосијање земљама Сумера и Акада...*

³² XLVIII 59 – 70

³³ Треба ли напомињати да су у Средњем веку малобројни правни акти у себи носили трагове идеје владавине права. Часне изузетке представљају *Magna Carta Libertatum* и Душанов законик.

У епилогу законика цар подучава свог имагинарног наследника који треба да влада на добробий свој народа: ...ако йакав човек буде уман и (довољно) умешан да одржава (усйосйављени) йравични йоредак у земљи, нека обрайи йажњу на законе које урезав у моју сйелу, и нека му сйела ойкрије (свейлу) йтрадицију, долично владање, наредбе које йройсах и йресуде које донех...³⁴ Цар је обећао правду за све: Нека сваки оййећени йоведе сйор йред мојим кийом, (кийом) краља йравде, и нека му наїлас буду йрочийани закони са моје сйеле, да чује моје исйанчане објаве, нека му сйела йојасни који сйор да йоведе и нека изучи свој случај, нека умири своје (забринуйо) срце, (и нека ме слави)...³⁵

На крилима идеје правичности, Хамураби је увео многе новине у тадашње право. Прво што је морао да учини да би обезбедио солидну подлогу за владавину права је да сузбије корумпираност судија. Због тога су се, на самом почетку законика, нашле одредбе о судству. Судије су те које ће примењивати законик у пракси и од њиховог придржавања његових одредаба зависила је његова будућност. Или ће оживети у свакодневици или остати само утопија, део правне статике тог времена. Посебан проблем са којим се ваљало изборити била је поткупљивост и превртљивост судија. Због тога, цар у чл. 5 наређује: *Ако судија (води сйор и) изнесе своју одлуку, донесе йресуду или своје мищљење зайечаћено йохрани, ако (йоїом) своју одлуку измени, биће оййужен и осуђен йакав судија, јер је већ донейу одлуку йреиначио, на казну дванаесй йуїа ірђу од оне йрвобийно изречене, а йоврх йоїа биће ойеран са судијске сйолице и никада вище у йроцесу неће седеїи са судијама.*

Налик банкама у Србији које су ставиле мораторијум на кредите током ванредног стања због пандемије КОВИД 19, чл. 48 је предвидео: *Ако човек има досйели дуї (збої чеїа је оййужен), и бої олује Агад ойусйоци йоље, или бујица однесе леййину, или збої суще не роди жиїю, за йу йодину он неће даїи жиїю власнику дуїа; за йу йодину нека се дуї оййище из йаблице, и нека ни камайе не даје за йу йодину.*

Појам накнаде штете и свест о томе да се деликт може извршити и нечињењем, зачета у Ур-Намуовом законуку (чл. 31), детаљно је регулисана у Хамурабијевом законуку (чл. 53). *Шамалу*, трговачки агент који послује у име и за рачун *дамкара* (банкара) неће бити дужан да врати новац, ако током пословног путовања буде опљачкан од стране непријатеља (чл. 103). На трагу правичности је и увођење нехата (чл. 206-7).

³⁴ XLVIII 70 – 94

³⁵ XLVIII 3 – 19

3.5. Чувари традиције и породице

Свака архаична заједница била је поносна на своју традицију. За њих она је била сећање, она је била корен из кога је као стабло никла њихова садашњост. Имајући то на уму, древни законодавци су се радо позивали на светлу традицију и себи декларативно међу приоритете своје владавине убрајали очување светле традиције или повратак традицији. Тако још пре 4000 година, Урукагина спроводи реформе у држави, наглашавајући да, у суштини, он само обнавља поредак који је *постојао од почетка*.³⁶

Реликти архаичних друштава у Хамурабијевом законуку не значе његову назадност. Енергични и интелигентни цар који је толико тога новог и напредног унео у свој законик није то урадио омашком. Напротив. Колективна одговорност нашла је своје место у законуку из разлога правичности: *Ако љачкаш не буде ухваћен, ољачкани пред бојом треба да посведочи колики је љубиљак његов: и насеље и сјарецина насеља на чијој земљи је љачка извршена надокнадиће му оштећење* (чл.23). Талион, такође, није ту случајно. Он је заправо начистија манифестација идеје равнотеже, толико битне архаичним друштвима.³⁷ Извршењем кривичног дела нарушена је равнотежа. Одмазда у том смислу не би решила проблем, јер би само тас померила на другу страну и равнотежа између учињеног и санкције би изостала. Равномерност се постиже искључиво талионом, а за тадашње поимање реалности талион је био идеалан начин да се баланс поново постигне. Логично и једноставно решење. *Око за око, зуб за зуб*. Равнотежа.

Тежња за очувањем и учвршћавањем породице извире из клинописних законика, баш као што се, неминовно, до детаља разрађују питања брака, усвојења и наследства. У уводу свог законика Липит-Иштар се хвали да је натерао очеве да издржавају своју децу, али и да *деце њомаже свој оца*.³⁸ Он предвиђа и обавезу браће, као наследника очевог имања, да после његове смрти, они преузму бригу око удаје њихове сестре (чл. 23). Такође, овај законик први уводи поклон за случај смрти најмилијем сину (чл. 31). Ешнунски законик показује појачану бригу о деци: *Ако човек зачне децу, али се расипави од сујруће и ожани другом, он ће бити испушан из куће и оставиће за собом своје имање које је имао било и он ће ошћити...* (чл. 59).

Хамурабијев законик забрањује инцест, али прави разлику и оца који згреши са својом ћерком кажњава протеривањем, док ће син и мајка, који се после смрти оца препусте инцесту, бити обоје спаљени (чл.154 и 157).³⁹

³⁶ Gordon Childe, *What Happened in History*, Harmondsworth 1964, 107.

³⁷ L. May, op. cit. I, 150.

³⁸ A iii 24 – 26, iv 1 – 6

³⁹ За разлику од Хамурабијевог законика, Хетитски законик у чл. 189 све врсте комбинације инцеста униформно кажњава.

Колико је Хамурабију стало да се породица, као основна ћелија друштва, очува, показују и чланови који спречавају оца да олако разбаштини сина (чл. 168 и 169). Мираз се оставља деци и брачни пар је морао да га сачува за њих (чл. 173 и 174). Ћерки коју отац посвети храму, добиће једну трећину наследног дела браће (чл. 182). Мимо овог изузетка, законски наследни ред чинили су синови, док су се ћерке намиривале кроз мираз. За ударање оца, сину се одсецала рука (чл. 195). И Хамурабијев (чл. 209 – 214) и Хетитски законик (чл. 17) и Средњоасирски закони (чл. А21) штите трудницу.

3.6. Одређивање мера и цена

У клинописним законцима нашло се и пуно прописа који не спадају у оно што бисмо данас назвали правом или потражили у сопственим кодификацијама. То само сведочи о томе да су клинописни зборници били више водич кроз исправно и поштено делање, него чист нормативни текст. Први законодавци су, исправно, више водили рачуна шта у њиховим државама ваља поправити, које и какве интересе заштитити, него да се искључиво баве правом. Правда и правичност су однеле победу над правом и у томе је њихова величина.

Некада се трампа или размена поклона, толико есенцијалне за живот архаичних друштава, одвијала уз ритуале, унутар интимног круга, ослоњена на поверење (оно унутар заједнице или оно задобијено дуготрајним понављањем размене са прибављеним партнерима, пријатељима и савезницима). Развојем робно-новчане привреде, појавом *новца* као мерила вредности, порастом становништва, учестале су и преваре и закидања на мери, а сиромашнији слојеви, невешти када је трговина у питању, увек су извлачили дебљи крај.

Због тога се у клинописним зборницима посебна пажња посвећује мерама, одређивању еталона и уношењу реда у оно што бисмо данас назвали радним односима, будући да су пуно пажње посветили накнадама које припадају одређеним занимањима. Ур-Наму на самом почетку свог законика наглашава да је прописао редовна давања и установио мере. Липит-Иштаров законик на самом почетку одређује износе за најам волова. Ешнунски законик у првих једанаест чланова говори искључиво о мерама и поменутих накнадама за извршење различитих послова (најам волова, пловила, жетелаца итд.), док у чл. 14 фиксира накнаде делатност кројача. Наравно, највише таквих одредаба је у Хамурабијевом законнику. Читав његов пети део посвећен је томе. Кроз овај део законика промичу лекари, бербери, бродари, грађевинари, ветеринари, наполичари, земљорадници, гоничи стоке, пастири, ткачи, сукнари, каменоресци, резбари, ковачи, тесари, кожари, тршчари,

зидари.⁴⁰ Читаво вавилонско друштво смештено је у законик и нико није заборављен, никоме није остављено простора за арбитрерност. Свим поданицима посвећена је дужна пажња, јер нико за цара није небитан, јер нико не треба да дела на своју руку, мимо осталих поданика царства.

На жалост, једини члан Хетитског законика који уноси родну црту у ову материју и одређује колике су наднице за исти посао ако га обављају мушкарац и жена само је делимично сачуван, и недостају износи (чл. 150).

3.7. Митови као одблесак ранијих времена

Незаобилазни део ове приче су митови и религија, а давно је указано да су они неодвојиви део онога што називамо примитивно или архаично право. Чак и када је та веза, стварањем првих држава, почела да слаби и када је право почело да се ослобађа баласта давне прошлости, зарад додатног ауторитета новим, прокламованим законима, богови су били у приправности да ускоче кад год се за тим указала потреба. Законодавци Старог века нису се либили да у помоћ позову богове. Без обзира на то што су сви они световни текстови, без неке значајније везе са религијом, многи законици рачунају на божанско надахнуће, потврду или чак примају од самих богова законе, попут Мојсија или Мухамеда.

С друге стране, митови су били ту да сачувају везу са далеком прошлошћу и да и даље буде живе асоцијације на доба *архаичне њравичности*.

Ур-Намуов законик је и по том питању пробио лед и дао смернице својим клинописним наследницима. Ређају се богови од Ануа и Енлила до Нане и богиње Нинсун који доводе Ур-Намуа на трон и чувају га.⁴¹ Ану и Енлил су одабрали и Липит-Иштара,⁴² али и Хамурабија. Велику улогу код Хамурабија играју и врховни бог Вавилона, Мардук и бог правде Шамаш. На врху стеле у коју је урезан Хамурабијев законик и која се чува у Лувру приказан је бог Шамаш коме цар понизно предаје законе, вероватно да би их одобрио и дао им божански ауторитет својим прихватањем. Темелјан, какав један владар његовог калибра и треба да буде, Хамураби се тиме није задовољио. У епилогу законика, уз помоћ 15 месопотамских божанстава који стоје иза његовог дела, цар одлучно прети сваком оном будућем владару који покуша да се оглуши о његове законе или покуша да их мења, као дете које призива старију браћу да га бране од вршњака.

⁴⁰ У Хетитском законуку поменуте су накнаде за грнчаре, коваче, тесаре, обућаре, ужаре, кројаче, ткаче, али и *вешће ловце на њице* (чл. 176 – 178)

⁴¹ A i 1 – 30

⁴² i 20 – 37

4. ЗАКЉУЧАК

Сва архаична друштва почивала су на узајамности, поверењу, солидарности, учаурена у своју традицију.⁴³ Ако је већ свуда околу био неки стварни или имагинарни непријатељ, ако се већ свет и појаве у њему објашњавао преко духова, богова, магије и религије, заједница, како год се она звала била је уточиште, склониште, дом свих, једино место на ком се нису постављала питања. Сви одговори били су ту. Поверење, сигурност, опстанак. Обичаји су чували *status quo* и у друштво уносили равнотежу. Они су, како Редфилд (*Redfield*) каже: *...so rooted in sentiments and in explanations and justification that they have the force of what we speak of conscience: they are felt to be right, ultimately and necessarily right.*⁴⁴ До њеног ремећења долазило је ретко, а свака људска заједница развила је механизме којима се то брзо и ефикасно решавало, повратком у пређашње стање. Првобитна егалитарност изродила је осећање правичности код свих за све.

Неповерење, страх, бојазан остављени су за *оне групе*. Они су били све супротно од групе којој је појединац припадао. Неопходност контакта са *групама*, какви год били разлози који су до тога довели, убрзали су развој људског друштва уопште, али су, у исто време, полако нагризали кохезију архаичних друштава, уносећи пометњу и недоумице у свакодневни живот. Појединци су постали сведоци друштвеног раслојавања. Прихватање егзогамије само је још више учврстило везе између група, помогавши да се лакше превазиђе хронично неповерење, али је постепено водило слабљењу везе са матичном групом.

Све то је морало да остави трага на прве законодавце. Наоружани писмом, достигнутим положајем, сопственим постигнућима, државном организацијом, приступили су стварању првих законика. И право се, у међувремену, променило. Од исконског, интуитивно схваћеног природног права, умотаног у религију и морал, исказаног кроз обичај и табуе, смешано и тешко одвојиво од појма правде и правичности за све, постало је оружје моћних, оних који имају силу да диктирају шта је право, које ће се сада спознати разумом, као више него логичка творевина духа која почива на две премисе: диспозицији и санкцији. Некако стешњени између старог и новог, први законодавци, а пре свих Хамураби, покушали су да пронађу ону давно заборављену равнотежу и златну средину (и сам израз *златна средина* је заправо друго име за равнотежу).⁴⁵ Зато се у свакој оријенталној држави Старог века, у сваком древном закону, старо и ново преплићу. Оно што задивљује и оставља без даха и данас је чињеница да су уместо збуњених, контрадикторних домаша-

⁴³ Robert Redfield, „How Human Society Operates“, *Man, Culture and Society*, (ed. L. H. Shapiro), New York 1965, 348.

⁴⁴ Ibid. 359.

⁴⁵ Аристотел је први разрадио *теорију средине* – *Никомахова етика*, 107a

ја неуких и праву невичних првих законодаваца, пред нама величанствени споменици правичности, правде и права. У њима се нашло места и за осећања (покушај повратка *архаичној љравичности*), али и за чисту правничку логику. Нешто слично се дешавало у атинским судницама. Судије поротници били су лаици, људи невични праву, али одрасли у полису који је дао свету демократију, друштвене науке, уметност. При одлучивању, водили су се осећањима, интуитивним осећањем правде и правичности, али и доказима и законима који су им предочени.⁴⁶

Оно што извире из првих законика су *хуманисџичке џенгенције*,⁴⁷ које ће много касније захватити Грчку, пре свега Атину.⁴⁸ Та брига која се надвила над свим слојевима друштва је дирљив, ако већ није био сасвим успешан, покушај мирења раслојеног, класног друштва.

У архаичним друштвима, првобитно, примитивно право, које извире из обичаја, као један од најважнијих аспеката културе, обезбеђивало је правичност за све. Та правичност се разликује од Дворкиновог схватања правичности као скупа принципа, а не норми и правила, који обавезује само утолико што при доношењу одлуке мора бити узет у разматрање.⁴⁹ Правда се подразумевала и древном човеку, она и није била потребна као концепт, јер је живео у неконфликтном, хуманом друштву.⁵⁰ У архаичном друштву изузеци су потврђивали правило. Решавање сваког сукоба унутар једне заједнице, неутралисање конфликта и санирање последица, повраћај у пређашње стање, само су потврђивали кохезију и подстицали заједништво, а архаично, примитивно право⁵¹ излазило је из сенке правичности, само када је требало санкционисати понашање које је нарушило равнотежу заједнице. Антрополошки поглед на правичност, везану за архаична друштва, разликује се од *љравничкој* поимања. Наиме, данас правичност и хуманост налажу да се људи третирају као појединци, индивидуално, а не да се одређују по колективној припадности (било етничкој, расној, полној, верској, итд.). Напротив,

⁴⁶ Више о томе – С. Аврамовић, *op. cit.*, 29-37. То ће за последицу имати развој реторике, као вештине убеђивања, у Грчкој, и посебно Атини. Више о томе – Драгутин С. Аврамовић, Илија Д. Јованов, „Релативизација правде кроз реторику – Платонов дијалог „Горгија“ као парадигма, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Нови Сад 2020, 1, 245-265.

⁴⁷ L. May, *op.cit.* II, 681. Он потом закључује: *From ancient times until today humaneness of a legal system is seen in the way that justice is meted out, and in the way that equity is seen as amelioration of strict justice.*

⁴⁸ С. Аврамовић, *Рано грчко љправо и Горџински законик*, Београд 2020, 45.

⁴⁹ May L., *op.cit.* II, 690.

⁵⁰ Још у IV веку пре нове ере, кинески филозоф Менкијус је, задојен конфучијанизмом, заступао становиште да ако се људи понашају хумано један према другом, ту онда нема места формалном праву, па чак ни судијама.

⁵¹ Међу антрополозима нема сагласја о термину којим би се назвало ово првобитно право. Тако, на пример, Хобел (*Hoebel*) прави разлику између архаичног и примитивног права. – E. A. Hoebel, *The Law of Primitive Man*, Cambridge 1954, 5.

архаична ѡравичност се простира на читаву заједницу, без разлике и иста је за све. То друштво је праведно само по себи, јер је то био услов опстанка. Идеја правде дошла је са *груима*, када је требало, на пример, оправдати рат или крвну освету. Када је намера била да се са *груима* повеже, што је био много сложенији задатак него ратовање⁵², зазор и неповерење, довели су до даљег развоја права, јер су се на том терену проналазили механизми првобитног обезбеђења, фер размена и удруживања и склапања савеза.

Међутим, ширењем заједница, њиховим мешањем и повезивањем, издизањем појединих слојева друштва, који грабе и богатство и моћ својим статусом, стварањем првих држава, равнотежа, егалитарност и *архаична ѡравичност* нестају и утиру места идеји правде као појединачне правичности, како их тумачи Радбрух (*Radbruch*) у својој „Филозофији права“, која се материјализује кроз одлуке владара или судова. Правда као милост, била је у њиховим рукама. У Грчкој, Темида је богиња права, али и заштитница судова, раздвајају се појмови права (*номос*) и правде (*дике*), а сам термин *дике* може означавати и само суђење и судски спор.⁵³

Идеја појединачне правичности, преко Месопотамије, рашириће се даље. Гортински законик, у својој првој колумни, омогућио је судијама да суде или по слову закона (*dikazein*) или по сопственом осећању правичности уз претходно положену заклетву (*krinein*).⁵⁴ Делатност римских претора била је надахнута правичношћу, као и рабинска правна мисао. Цицерон је (*Topica*, V, 28) обичаје и правичност убрајао у изворе права, али их касније, класични римски правници више не помињу.⁵⁵ У исламу, кадије нису професионалне судије, већ угледни, учени људи који суде по свом осећању правичности надахнути Кураном и суном. Идеја владавине права раширила се из Месопотамије. Антрополошки поглед на клинописне зборнике, између осталог, баца ново светло на *оријенталне десјоитије* и поимање правичности, правде и права у њима.

Етнолошки материјал и антрополошки погледи на право и његову дубоку историју, можда су данас актуелнији него икада, јер показују да би правичност требало да буде за све, дата и достижна свима, а да се то постиже само ако правда буде доступна свима и ако право, без разлике, почне подједнако да се примењује на све. Ако је ХХI век пре нове ере изнедрио први законик човечанства и већ тад, у сред раслојеног друштва и свемоћне царске власти, упознао човечанство са концептима правде, правичности и магловитом визијом владавине права, онда ХХI век, век остварених људских слобода, са устоличеном владавином права, више не би требало да прави разлике међу људима,

⁵² G. D. Mandelbaum, op. cit. 299.

⁵³ С. Аврамовић, *Gnome dikaiotete...*, 18.

⁵⁴ С. Аврамовић, *Рано грчко ѡраво...*, 232-233.

⁵⁵ Магдолна И. Сич, „Тумачење права у складу са правичношћу у римском праву“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, Нови Сад 2015, 2, 619.

а време ће показати да ли ће тако и бити. Ако је истина да антропологија држи *велико ојледало* у коме се човек огледа у пуној својој бесконачној различитости⁵⁶, право води рачуна да човек не разбје то огледало.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

А. Извори

- Аристотел, *Никомахова еџика*, превод Р. Шалабалић, Београд, 1980.
Аристотел, *Реторика*, превод М. Вишић, Београд, 2017.
Херодотова историја, превод М. Арсенић, Нови Сад, 1980.
Војислав Станимировић, *Хресџомајџија за Ујоредну љравну џрагиџију*, Београд, 2016.
Волис Баџ Е. А., *Еџиџајска књиџа мрџивих* (превод с енглеског Б. Станић и Д. Јовић), Београд, 1989.

Б. Литература

- Аврамовић С. Драгутин, Јованов Д. Илија, „Релативизација правде кроз реторику – Платонов дијалог „Горгија“ као парадигма, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2020, 1, 245–265.
Аврамовић Сима, „*Gnome dikaiotote* – право, правда и правичност у атинској судници“, у *Право и љравџа – 2013*, (приредила Ј. Хасанбеговић), Београд, 2014.
Аврамовић Сима, *Рано џрчко љраво и Горџински законик*, Београд, 2020.
Childe Gordon, *What Happened in History*, Harmondsworth, 1964.
Hoebel E. A., *The Law of Primitive Man*, Cambridge, 1954.
Hoebel E. Adamson, „The Nature of Culture“ у *Man, Culture and Society*, (ed. Shapiro H. L.), New York, 1965.
Кластр Пјер, *Археологија насиља*, превод К. Копрившек, Нови Сад, 2004.
Малиновски Бронислав, *Мајџа, наука и релиџија*, превод с енглеског А. Тодоровић, Београд, 1971.
Mandelbaum G. David, „Social Groupings“, у *Man, Culture and Society*, (ed. Shapiro, H. L.), New York, 1965.
May Larry, *Ancient Legal Thought*, I – II, Cambridge, 2019.
Redfield Robert, „How Human Society Operates“, у *Man, Culture and Society*, (ed. Shapiro L. H.), New York, 1965.
Sassoon John, *Ancient Laws and Modern Problems*, Bristol, Portland, 2001.
Сич И. Магдолна, „Тумачење права у складу са правичношћу у римском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2015, 2, 617–633.
Станимировић Војислав, „Осврт на поједине чланове клинописних законика кроз призму древних обичаја и веровања“ у *Иденџиџејски љреобраџај Србије – љрилози љројекџу 2019 – колеџиџивна моноџрафија*, Београд, 2020.
Théodoridès Aristide, „The Concept of Law in Ancient Egypt“ у *The Legacy of Egypt*, (ed. Harris J. R.), London, 1971
Westbrook Raymond, „Social Justice in the Ancient Near East“ у *Social justice in the Ancient World*, (eds. Irani K. D., Silver M.), Westport, 1995.

⁵⁶ Е. А. Hoebel, *The Law...*, 10. Наводи речи Клајда Клакхона (*Kluckhohn*).

Vojislav Ž. Stanimirović, Ph.D., Associate Professor
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
stanimirovic.vojislav@yahoo.com

Relicts of the Earliest Understanding of Fairness, Justice and Law in the First States of Antiquity – A Legal-Anthropological View

Abstract: *All archaic societies were founded on the principles of equality and solidarity. Another common trait were the mechanisms for regulating social behaviour, as they were crucial for a society's survival. In such types of societies, archaic fairness existed. It manifested itself through egalitarianism, solidarity, but also through the static and conservative elements and was based on the customs which were binding on all the members of the society. When archaic societies became layered and started to expand and mix with other communities, the initial cohesion, security and archaic righteousness slowly started to disappear and instead, the concept of justice appeared. Unfortunately, that caused an irreversible damage to the balance that once existed as the ideal state in the archaic societies.*

The invention of the writing system and the creation of the first states eventually enabled the Cuneiform Law to develop and as the result, the first law codes of the humanity came to life. The first states and their rulers found themselves at the crossroads between “the old” and “the new”. The law was heavily shaped by the nobility, so all of the privileges were created explicitly for the nobles, while the poor were yearning for the past times which were more kind to them. The new law slowly started to suppress the old customs. The ancient rulers, at least instinctively, if not consciously, recognised the need for a balance which would guarantee order and peace in the state. In Egypt, where the archaic elements survived the longest, the echoes of archaic societies and ancient beliefs could be found in the principle of Ma'at, the weighing of souls and the Book of the dead. The creators of Cuneiform Law also found their ways and strategies to present themselves as just and caring rulers. The evidence for that can be found especially in the provisions of the law. Whether they are referring to their own achievements and merits, or offering protection and care to the vulnerable members of the society, or revoking privileges of the nobles for the sake of the greater good, or turning back to the tradition, or “buddying up” with the gods, or determining measures and compensation amounts, they are, above all, trying to be exemplary rulers to their subjects by putting the rule of law first.

Keywords: *Archaic societies. – Righteousness. – Justice. – Law. – Cuneiform law codes.*

Датум пријема рада: 23.09.2020.

*Др Ранко И. Кеча, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
rkeca@pf.uns.ac.rs*

*Др Марко С. Кнежевић, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
mknezevic@pf.uns.ac.rs*

ДОЗВОЉЕНОСТ РЕВИЗИЈСКЕ КОНТРОЛЕ ОЦЕНЕ ДОКАЗА У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

– О пољу примене чл. 407 ст. 2 у вези са чл. 403 ст. 2 ЗПП –

Сажетак: ревизија прозив пресуде у парничном процесу је и у српском праву традиционално схваћана као правни лек у којем се не може истицаћи погрешно утврђено чињенично стање – ревизијска контрола оцено доказа била је немогућа. Изворна редакција Закона о парничном процесу из 2011. године, међутим, изричитом одредбом омогућава у одређеним случајевима иако нешто. Темељно преуређење дозвољености ревизије Новелом 2014, макар на редакцијском плану, утицало је на поље примене ревизијске контроле оцено доказа. Литература и пракса ВКС садашње стање различито схватају. У раду се прво обрађује поље примене одредбе која уређује ово питање, да би се потом оценио процесни концепт. Резултати показују да је њиме додатно смањена функционална способност ВКС, имајући у виду режим дозвољености ревизије.

Кључне речи: ревизија прозив пресуде, Врховни касациони суд, оцена доказа, погрешно утврђено чињенично стање.

1. УВОД

1.1. Концепт врховне инстанце у парничном поступку као искључиве правне инстанце

У мору различитих модела правног лека против (другостепених) пресуда у парничном поступку о којем одлучује врховна инстанца,¹ чини се да постоји једна заједничка карактеристика: он је ограничен правни лек у том смислу, да се у њему не могу износити разлози коју указују на грешке у утврђивању чињеница. Ближе и правилније, што је заправо срж концепта, врховна инстанца не контролише правилност решавања чињеничних питања. Обрнуто, контрола је ограничена на тзв. правне грешке – предмет оваквог инстанционог поступка је питање примене и начина примене једне норме.² То значи да је врховна инстанца при испитивању побијане пресуде везана чињеничним стањем садржаном у њој. Сликовито већ *Bach (Wach)* истиче да је чињенични материјал дефинитивно обликован од стране нижих инстанци.³ Такав правни лек – а то је у домаћем праву скоро већ један век ревизија против пресуде – није *revisio in facto*, већ *revision in iure*.⁴ Отуда се – пре свега у литератури и судској пракси немачког говорног подручја – говори о врховној инстанци као правној инстанци (*Rechtsinstanz*), која је антипод чињеничној инстанци (*Tatsacheninstanz*).

Последица овакве традиционалне физиономије правног лека је нужност разграничења правних и чињеничних питања. Реч је о традиционалном⁵ и вечитом проблему,⁶ који одавно заокупља како литературу, у којој су успостављене различите теорије, тако и судску праксу.⁷ Апстрахујући све разлике, може се међутим рећи да постоји сагласност о средишту појма чињеничног

¹ О различитим типологијама теоријских модела, као и њиховој релативности у конкретним правним порецима вид. Michal Bobek, „Quantity or Quality – Reasoning the Role of Supreme Jurisdiction in Central Europe”, *American Journal of Comparative Law* 57 (2009), 36 и след.; Aleš Galič, „A Civil Law Perspective on the Supreme Court and its Functions”, *The functions of the Supreme Court – issues of process and administration of justice*, Warsaw, 11–14 June 2014, 2 и след., <http://colloquium2014.uw.edu.pl/wp-content/uploads/sites/21/2014/01/Ales-Galic.pdf>; упор. и Hans Prütting, у: B. Wiecezorek, R. Schütze, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 7. Band, Berlin 2014⁴, § 542 марг. бр. 7.

² H. Prütting, у: B. Wiecezorek, R. Schütze, § 546 марг. бр. 1.

³ Adolf Wach, „Die Tat- und Rechtsfrage bei der Revision im Civilprozeß“, *Juristische Wochenschrift* 1881, 74.

⁴ Ibid.

⁵ Упор. Hans Prütting, *Zulassung der Revision*, Köln 1977, 195.

⁶ Упор. Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд 2017⁹, 698.

⁷ О томе у домаћој литератури уместо свих, са даљим упућивањима, вид. Весна Ракић-Водинелић, *Ревизија прошив пресуде*, Нови Сад 1995, 177 и след.; за немачко право уместо свих, са даљим упућивањима, вид. H. Prütting, у: B. Wiecezorek, R. Schütze, § 546 марг. бр. 3 и след.

питања, које је изузето од контроле врховне инстанце. То је, принципијелно, правилност оцене доказа од стране нижестепених судова, и то као такве.⁸ Дакле, прототип чињеничног питања је резултат оцене доказа, који може да буде двојак: или да је постигнут тражени стандард доказивања (утврђење да је спорна чињенична тврдња истинита или неистинита), или да није постигнут (утврђење да не може са траженим стандардом да се закључи ни да је спорна чињенична тврдња истинита, ни да је неистинита – *non liquet*). При томе, важно је истаћи да у оваквом концепту само оцена доказа није предмет контроле; уколико је у процесу оцене доказа ипак погрешно примењена нека процесноправна одредба, онда је то питање правно, и доступно контроли највише инстанце.⁹

1.2. Начелно прихватање концепта у важећем српском праву

Закон о парничном поступку из 2011. године¹⁰ полази принципијелно од приказаног концепта. Погрешно утврђено чињенично стање (чл. 375 ст. 1 ЗПП), у које неспорно спада погрешна оцена доказа,¹¹ према чл. 407 ст. 2 ЗПП није ревизијски разлог. Међутим, у односу на раније важеће право, чл. 407 ст. 2 ЗПП садржи и клаузулу „изузетка“, која је конструисана кроз упућивање: дозвољено је истицање овог разлога „у случају чл. 403 ст. 2 ЗПП“. При томе, изворни чл. 403 ст. 2 ЗПП на који се врши упућивање је уређивао дозвољености ревизије по каузалном критеријуму (без обзира на вредност предмета спора), и гласио је: „Ревизија је увек допуштена када је то предвиђено посебним законом”.¹² Ова новина је нашла одјек и на другом месту у ЗПП, у смислу процесне операционализације: према чл. 416 ст. 3 ЗПП, ако ревизијски суд оцени да је чињенично стање погрешно утврђено „у случају из члана 403. став 2. овог закона“, он укида другостепену пресуду и враћа предмет другостепеном суду на поновно одлучивање.

⁸ Упор. В. Ракић-Водинелић (1995), 233;

⁹ Упор. *ВКС*, 6. 11. 2019 – Рев 5412/18; за немачко право уместо свих са даљим упућивањима вид. Wolfgang Ball, у: Hans-Joachim Musielak, Wolfgang Voit (Hrsg.), *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, München 2020¹⁷, § 546 марг. бр. 9 и след.; за аустријско право уместо свих са даљим упућивањима вид. Elisabeth Lovrek, у: Hans W. Fasching, Andreas Koncesny (Hrsg.), *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Band IV/1*, Wien 2019³, § 503 марг. бр. 51 и след.

¹⁰ *Службени гласник РС (СГ РС)* 74/11.

¹¹ Реч је о јединственом схватању доктрине, упор. само Боривоје Познић, *Коментар Закона о парничном поступку*, Београд 2009, 914.

¹² При томе, редакција је неодговарајућа, јер ревизија без ограничења може бити дозвољена и посебном одредбом самог ЗПП (нпр. чл. 441 ЗПП), на шта с правом указује Богдирога; вид. Никола Богдирога, „Приступ Врховном касационом суду у грађанским стварима“, у: С. Лилић (прир.), *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, књига 3, Београд 2013, 194.

ЗПП је битно новелиран 2014. године доношењем Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку (Новела 2014).¹³ Одредбе о могућности истицања погрешно утврђеног чињеничног стања непосредно нису промењене, тако да чл. 407 ст. 2 и чл. 416 ст. 3 ЗПП и даље исто гласе као у изворној редакцији. Међутим, чл. 403 ст. 2 ЗПП, на које се упућује у обе одредбе, је допуњен. У њему се сада уређује дозвољеност ревизије без обзира на вредност предмета спора, односно без обзира на карактер спора (имовински или неимовински), тако да је она увек дозвољена ако је: посебном законском одредбом прописано (т. 1); другостепени суд преиначио пресуду и одлучио о захтевима странака (т. 2); другостепени суд усвојио жалбу, укинуо пресуду и одлучио о захтевима странака (т. 3).

1.3. Постављање проблема

Јасно је да је истицање погрешно утврђеног чињеничног стања у ревизији у одређеним случајевима дозвољено; у том смислу, тада постоји ревизијска контрола оцјене доказа. Негирати тако нешто категорички, значи заступати став *contra legem*, што је за догматику недопустиво исто као и за судску праксу.¹⁴ Проблем је, међутим, одредити случајеве у којима је тако нешто дозвољено. Како ће се показати, већ је изворна редакција ЗПП изазвала недоумице у литератури, и довела до различитих схватања. С друге стране, о ставу ВКС у том периоду нема доступних информација, али итекако има о сада важећем праву – оном након Новеле 2014, што је прошло незапажено у литератури.

У складу са реченим, у овом раду ће се покушати дати одговор на постављено питање, водећи рачуна пре свега о вредновањима законодавца, која можда нису правнополитички оправдана, односно која нису резултат исправних догматичких ставова. Потом ће се на бази добијених резултата оценити постојећи концепт.

2. СХВАТАЊА У ЛИТЕРАТУРИ И СУДСКОЈ ПРАКСИ

3.1. Схватање изворног ЗПП

3.1.1. Литература

Већ по доношењу ЗПП теорија се позабавила овим питањем. Према схватању *Пејрушић/Симоновић*, када се ревизија изјављује по посебном закону (чл. 403 ст. 2 ЗПП), она може да се изјави и због „непотпуног или

¹³ *СГ РС* 55/14.

¹⁴ О *contra legem* суђењу, односно *contra legem* ставовима догматике, као смртним греховима, вид. Ernst A. Kramer, „Judizieren contra legem“, *recht* 2/2017, 180.

погрешно утврђеног чињеничног стања”.¹⁵ Истог схватања је био и *Јакшић*.¹⁶ Према томе, ови аутори су заступали став да је контрола оцене доказа дозвољена у свим случајевима дозвољености ревизије по каузалном критеријуму.

Супротно је, међутим, изворни режим схватала *Ракић-Водинелић*. По њој, чл. 407 ст. 2 у вези са изворним чл. 403 ст. 2 ЗПП подразумевао је да је нападање чињеничног стања у ревизији заиста могуће само ако је ревизија дозвољена посебним законом; али уз то, неопходно је и да посебан закон „изрично пропише да се ревизија може изјавити због чињеничних питања”.¹⁷ Додатна аругументација, међутим, није дата. Оно што је овде већ важно споменути јесте да у то време (2011) није постојао случај да се једном законском одредбом, за посебну врсту спорова, предвиђа могућност ревизијског нападања чињеничног стања. Такве одредбе ни данас нема.

Коначно, *Бодирога* је оставио отвореним ово питање, констатујући да „није јасно” да ли је нападање чињеничног стања дозвољено када је ревизија дозвољена по каузалном критеријуму, или је нужно и да постоји посебна одредба која тако нешто омогућава за конкретан спор.¹⁸

3.1.2. Сугска Ѣпракса

О схватању *ВКС* за овај период не може да се говори, уколико се има у виду чињеница нема званично објављених одлука у којима се макар посредно јавља проблем. То нужно не значи да се *ВКС* о томе није изјашњавао, с обзиром да је тек занемарљив број одлука из овог периода објављен.¹⁹

3.2. Схватање новелираног ЗПП – важећи режим

3.2.1. ЛиѢтературу

Нова редакција чл. 403 ст. 2 ЗПП, а тиме, макар на језичком плану, и промена поља примене чл. 407 ст. 2 и чл. 416 ст. 3 ЗПП, није донела било какве промене у схватањима литературе. Штавише, наведена промена није ни узета у разматрање.

¹⁵ Невена Петрушић, Драгољуб Симоновић, *Коментар Закона о Ѣарничном ѢосѢујуку*, Београд 2011, 770.

¹⁶ Александар Јакшић, *Грађанско Ѣроцесно Ѣраво*, Београд 2012⁶, 638.

¹⁷ Весна Ракић-Водинелић, „Закон о парничном поступку Србије 2011”, *Правни зајници* 2/2011, 554.

¹⁸ Никола Бодирога, *Нови Закон о Ѣарничном ѢосѢујуку*, Београд 2012, 237; Никола Бодирога, „Ванредни правни лекови у новом Закону о парничном поступку”, *Право и Ѣривреда* 7–9/2012, 116.

¹⁹ И то – важно је и овде напоменути – противно императивној законској одредби да се све одлуке *ВКС* објављују на његовој интернет страници (чл. 33 ст. 2 Закона о уређењу судова, с напоменом да законодавац овде користи термин „веб-страница“).

Ракић-Водинелић и даље заступа идентичну тезу као и за изворни ЗПП: нападање чињеничног стања у ревизији је могуће када је она дозвољена по каузалном критеријуму, и када поврх тога постоји посебна одредба која изричито тако нешто предвиђа.²⁰ У делу литературе се (прећутно) следи овај став. Тако се за антидискриминационе парнице, у којима је ревизија увек дозвољена (чл. 41 ст. 4 Закона забрани дискриминације),²¹ заступа став да нападање чињеничног стања није дозвољено, јер је потребно да закон тако нешто изричито пропише, што ноторно није случај.²²

С друге стране *Јакшић* и даље сматра да је истицање погрешно утврђеног чињеничног стања дозвољено када је ревизија дозвољена по каузалном критеријуму.²³

3.2.2. Сугска пракса

ВКС се након Новеле 2014 на колико-толико заокружен начин изјаснио о домаћају чл. 407 ст. 2 ЗПП у свега две одлуке. У њима се истиче да је нападање чињеничног стања начелно забрањено у смислу чл. 407 ст. 2 ЗПП, „осим у случају из члана 403. став 2. и то ако је посебним законом прописано, ако је другостепени суд преиначио пресуду и одлучио о захтевима странака и ако је другостепени суд усвојио жалбу, укинуо пресуду и одлучио о захтевима странака”.²⁴

Наведена реченица из две ревизијске одлуке, која иначе има какав-такав капацитет праве сентенце (нем. *Leitsatz*), значила би да *ВКС*, као и литература, не сматра да је за нападање чињеничног стања довољно да се ради о дозвољености ревизије посебном законском одредбом, већ да је поврх тога потребна законска одредба која тако нешто предвиђа; у резултату, пошто таквих одредаба нема, у споровима ревизибилним према чл. 403 ст. 2 т. 1 ЗПП нападање чињеничног стања је недозвољено, што потврђује мноштво одлука.²⁵ Међутим, она би значила и да *ВКС* за разлику од литературе при-

²⁰ Боривоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 2015¹⁷, 507.

²¹ *СГ РС* 22/09.

²² Анђелија Тасић, *Посебни улог у парницама за заштити од дискриминације*, докторска дисертација, Правни факултет у Нишу, Ниш 2016, 336 фн. 796.

²³ А. Јакшић (2017), 698.

²⁴ 29. 11. 2018 – Рев 5362/18; 28. 2. 2018 – Рев 602/18.

²⁵ За спор поводом отказа уговора о раду вид. 4. 12. 2019 – Рев2 37700/19; 31. 10. 2019 – Рев2 596/17; 30. 10. 2019 – Рев2 1569/18; 30. 10. 2019 – Рев2 2127/19; 16. 10. 2019 – Рев2 2120/19; 19. 9. 2019 – Рев2 181/19; 11. 9. 2019 – Рев2 751/19; 19. 9. 2019 – Рев2 581/19; 11. 7. 2019 – Рев2 713/19; 27. 6. 2019 – Рев2 1177/19; 13. 6. 2019 – Рев2 3136/18; 6. 6. 2019 – Рев2 2763/18; 29. 5. 2019 – Рев2 1290/18; 23. 5. 2019 – Рев2 2912/18; 11. 2. 2016 – Рев2 2091/15. – За спор о заштити узбуњивача вид. 21. 6. 2019 – Рев2 уз 7/17; 21. 6. 2019 – Рев уз 1/18. – За породичноправне спорове вид. 25. 10. 2019 – Рев 4114/19; 25. 9. 2019 – Рев 3599/19; 5. 9. 2019 – Рев 2729/19; 5. 9. 2019 – Рев 3210/19; 5. 6. 2019 – Рев 2096/19; 29. 8. 2019 – Рев 2906/19; 24. 5. 2019 – Рев 1867/19;

знаје дозвољеност нападања чињеничног стања и у случајевима дозвољености ревизије према чл. 403 ст. 2 т. 2 и 3 ЗПП. Ипак, у својој пракси *ВКС* је у том делу упадљиво контрадикторан.

У три случаја ревизије која је била дозвољена због другостепене преиначујуће пресуде (чл. 403 ст. 2 т. 2 ЗПП), *ВКС* је изричито негирао могућност нападања чињеничног стања.²⁶ Друге одлуке, у којима је евентуално признао такву могућност у овом случају, нису објављене, што не значи нужно да их није било, имајући у виду да се и данас проценутално мањи број одлука *ВКС* објављује, супротно од још увек важеће императивне законске одредбе (чл. 33 ст. 2 Закона о уређењу судова).

Заправо, само у случајевима пресуђења на основу обавезне другостепене расправе, *ВКС* је прећутно дозвољавао нападање чињеничног стања, тако што је проверавао такве ревизијске наводе.²⁷ Међутим, постоји и одлука 4. већа од 11. 7. 2019. године у којој је тако нешто негирано.²⁸ Та одлука је маркантна већ због тога што ју је донело исто веће које је годину дана пре тога очигледно заступало став да је нападање чињеничног стања у овом случају могуће.²⁹ Маркантна је поврх тога што нису дати било какви разлози за одступање од сопствене праксе, још мање да је она споменута у образложењу, што би према *ЕСЛП* само за себе представљало повреду права на правично суђење.³⁰

Ако се има у виду изложено, па и поред дигергентних ставова, може се поуздано констатовати једна основна линија праксе *ВКС*: нападање чињеничног стања у резултату је дозвољено само ако је ревизија изјављена против другостепене пресуде донете на основу обавезне другостепене расправе.

4. КРИТИЧКО ПРЕИСПИТИВАЊЕ

4.1. Схватање о изворном ЗПП

4.1.1. Критика схватања Ракић-Вогинелић

Суштина схватања *Ракић-Вогинелић* је у томе да упућивање у чл. 407 ст. 2 и чл. 416 ст. 3 на изворни чл. 403 ст. 2 ЗПП не треба схватити у класичном,

18. 4. 2019 – Рев 1392/19; 13. 2. 2019 – Рев 354/19; 24. 2. 2016 – Рев 247/16. – За спор о дискриминацији вид. 4.7.2019 – Рев2 1933/19.

²⁶ 19. 7. 2019 – Рев2 2111/19; 3. 7. 2019 – Рев 4718/18; 29. 5. 2019 – Рев2 2419/18.

²⁷ 17. 10. 2019 – Рев 3995/19; 19. 9. 2019 – Рев 2648/19; 27. 6. 2019 – Рев 603/17; 15. 5. 2019 – Рев 4256/18.

²⁸ Рев2 773/19.

²⁹ 15. 5. 2019 – Рев 4256/18. Не само да је исто веће (4. грађанско веће), већ је оно било у истом саставу (*Трифунковић/Лујцовац/Боровац*).

³⁰ Упор. само *Atanasovski/FYROM*, 14. 1. 2010 – 36815/03, § 38: „успостављена судска пракса намеће дужност врховној инстанци да пружи подробније разлоге за одступање од ње”;

језичком значењу, већ да је упућивање квалификовано, тако да се у резултату додаје један, неписани елемент законског чињеничног стања. По томе, да би се омогућило нападање чињеничног стања није било довољно да је ревизија дозвољена посебном законском одредбом, што би био резултат језичког схватања упућивања, већ је поврх тога било нужно и да је посебном законском одредбом изричито изричито дозвољено нападање чињеничног стања.

Приказаном схватању се може упутити основна критика у методолошком смислу, јер како је речено, оно није ни у назнакама аргументовано. За било који резултат тумачења нужно је давање разлога, аргумената, који се базирају на признатим методима. Било које тумачење се мора кретати у границама могућег језичког значења речи законског текста;³¹ како га, у оквиру тих граница, схватити – зависи од системског, историјског и циљног метода.

Тражење додатног услова за могућност нападања чињеничног стања у ревизији, с обзиром на тадашње редакцијско стање, већ на језичком плану је упитно. У чл. 407 ст. 2 и чл. 416 ст. 3 ЗПП се таква могућност везивала за „случај из чл. 403 ст. 2 ЗПП”. Дакле, просто се упућује на случај када је ревизија дозвољена по каузланом критеријуму, а не спомиње се додатан услов. Приписати намеру законодавцу да кроз један класичан случај упућивања створи прећутно и додатан елемент законског чињеничног стања, значи приписати му коришћење крајње неуобичајене законодавне технике. У том смислу основано би могло да се постави питање: уколико је то заиста била намера законодавца, због чега је користио овакав начин упућивања, а не да је просто у чл. 407 ст. 2 и чл. 413 ст. 3 ЗПП везао могућност нападања чињеничног стања за посебне случајеве у којима закон изричито тако нешто и предвиђа? Дакле, чл. 407 ст. 2 ЗПП је требао да гласи: „Ревизија не може да се изјави због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, осим када је то законом прописано”.

С обзиром да Образложење ЗПП уопште не спомиње овакву крупну редакцијску новину, чини отежаним откривање намере „законодавца”. Да је некаква промена ипак била жељена, требало би да буде неспорно: и поред површног, готово аљкавог рада на доношењу ЗПП,³² законодавцу који је разборит се мора приписати некаква намера у случају да мења дотадашње

упор. и Jens Meyer-Ladewig, Stefan Harrendorf, Stefan König, у: Jens Meyer-Ladewig, Martin Nettesheim, Stefan von Raumer (Hrsg.), *Europäische Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden 2017⁴, Art. 6 марг. бр. 93.

³¹ Тиме се свакако не негира дозвољеност тзв. допуњујућег стварања права путем аналогije, телеолошке редукције, телеолошке екстензије и сл.

³² Да је коришћење оштрих речи оправдано овде оправдано, нека послужи само констатација да је Владин Предлог ЗПП – предлог новог закона са 511 чланова – пратило свега 11 страна образложења, у коме се скоро ни не спомињу бројне новине које се предлажу, још мање да се ближе образлажу.

редакцијско стање. У том смислу, циљ јесте био да се у одређеним случајевима омогући нападање чињеничног стања.

Схватање које се овде критикује, системски гледано, значи и да је упућивање у чл. 407 ст. 2 и чл. 416 ст. 3 ЗПП на чл. 403 ст. 2 ЗПП заправо било сувишно и бесмислено. Јер, ако се могућност нападања чињеничног стања везује за посебну законску одредбу која то омогућава, онда је упућивање на тадашњи чл. 403 ст. 2 ЗПП управо било сувишно. Уколико постоји једна законска одредба која предвиђа одступање од општег режима, онда она представља изузетак од општег правила; она је *lex specialis*, и као таква, управо због такве карактеристике, важи без потребе да се у општем правилу „најави” постојање одступања. Коначно, таква посебна законска одредба ни у време доношења ЗПП, ни касније, није постојала. Тешко да може да се законодавцу припише намера да врши упућивање на одредбе које у време доношења закона ни не постоје.

Циљно гледано, итекако се могао бранити став да је законодавац желео да омогући нападање чињеничног стања у сваком случају у којем је ревизија дозвољена без било каквих ограничења. Већ околност да су одређени спорови увек ревизибилни, подразумева нарочито вредновање: они су у очима законодавца – оправдано или не, сасвим је друго, правнополитичко питање – толико значајни да треба омогућити пробијање правноснажности путем ревизије, без додатних услова; странкама мора да бити доступна врховна инстанца. Уколико је тако, онда омогућавање контроле оцене доказа представља део таквог вредновања – потребно је обезбедити у свим могућим аспектима правилно пресуђење. То није ништа ново у домаћем праву, већ је само квантум повећан: у претходницима садашњег ЗПП само за једну врсту спорова који су били увек ревизибилни ревизијски суд је проверавао и правилност чињеничног стања.³³

На крају, аргумент да би се тиме ревизија суштински претварала у жалбу, и да би већ због тако нешто било неприхватљиво као *lex lata* стање, управо због претходно наведеног не стоји. Нема препрека за законодавца да доноси правнополитичке одлуке мења физиономију правног лека, јер Уставом *ВКС* није успостављен као искључива правна инстанца.³⁴ Опет, да ли је то оправдано или не, ирелевантно је за *lex lata* закључак у правној држави

³³ У Закону о парничном поступку из 2004 (ЗПП 04), односно у Закону о парничном поступку из 1976 (ЗПП 76), било је предвиђено да ревизијски суд може да укине побијану пресуду уколико би посумњао у правилност чињеничног стања, али само у споровима у вези са нарушавањем равноправности на јединственом (југословенском) тржишту (чл. 409 у вези са чл. 394 ст. 4 т. 3 ЗПП 04; чл. 397 у вези са чл. 382 ст. 4 т. 5 ЗПП 76).

³⁴ Другачије је у било у Краљевини Србији, јер је уставним нормама било предвиђено да врховна инстанца – тадашњи Касациони суд – „не суди о делу него само о праву” (чл. 150 ст. 2 Устава из 1888, односно чл. 149 ст. 2 Устава из 1903).

у којој су судови и догматика³⁵ везани законом, односно можда правилније – да би се направила ограда од екстремног законског позитивизма – везани су законодавчевим вредновањима.

4.1.2. Закључак

У систему изворног текста ЗПП – пре Новеле 2014 – истицање погрешне оцене доказа кроз указивање на погрешно утврђеног чињеничног стања је било дозвољено у свим случајевима у којима је сама ревизија била дозвољена посебном законском нормом (дозвољеност ревизије по каузалном критеријуму, каузална ревизија). Није био потребан додатан услов да се поврх тога изричитом законском нормом тако нешто предвиђа.

4.2. Садашње стање: новелирани ЗПП

4.2.1. Рефлексно дејство новелираног чл. 403 ст. 2 ЗПП Новелом 2014 на могућност контроле оцене доказа?

Новелом 2014 је темељно преуређен систем дозвољености ревизије, и то пре свега у домену њене свакодобне дозвољености. Изворни чл. 403 ст. 2 ЗПП је постао чл. 403 ст. 1 т. 1, а додата су још два случаја дозвољености ревизије. Тако, она је дозвољена и када је другостепени суд преиначио првостепену пресуду и одлучио о захтевима странака (чл. 403 ст. 2 т. 2), као и када је другостепени суд усвојио жалбу, укинуо првостепену пресуду и одлучио о захтевима странака (чл. 403 ст. 2 т. 3).

С обзиром да се могућност нападања чињеничног стања везује и даље за „случај” из чл. 403 ст. 2 ЗПП – јер, чл. 407 ст. 2 и чл. 416 ст. 3 ЗПП су остали непромењени – поставља се питање да ли је на тај начин дошло и ширења ове могућности. Заиста чл. 407 ст. 2 и чл. 416 ст. 3 ЗПП нису промењени у том смислу да се уместо једине говори у множини. Норме су редиговане тако да одговарају изворном чл. 403 ст. 2 ЗПП: како је у потоњем био предвиђен само један случај дозвољености ревизије, тако чл. 407 ст. 2 и чл. 416 ст. 3 ЗПП везују могућност нападања чињеничног стања за „случај из чл. 403 ст. 2”. Па како је Новелом чл. 403 ст. 2 ЗПП обогаћен за још два случаја, а у чл. 407 ст. 2 и чл. 416 ст. 3 ЗПП још увек је реч о „случају“, а не „случајевима“, то би значило да постоји свесна одлука законодавца да се нападање чињеничног стања у ревизији не односи на све случајеве из новог чл. 403 ст. 2 ЗПП, већ на само један. Но, у таквом следу, колико год био заступљив, остаје питање – који је то заиста случај. Како је показано, садашњи чл. 403

³⁵ О „везаности правне догматике за закон”, не на основу правних разлога, већ због њене функције вид. Е. А. Крамер, 180 и след.

ст. 2 т. 1 је већ тај случај,³⁶ па онда нови случајеви из чл. 403 ст. 2 т. 2 и 3 ЗПП не би било обухваћени. То се ипак не може узети без резерве, јер тек треба да се „докаже” тако нешто. У том смислу, треба оставити као могућност да је непромењена редакција чл. 407 ст. 2 и чл. 416 ст. 3 ЗПП у назначеном смислу тек редакцијски пропуст, а не било каква индиција за намеру законодавца. Како је речено, и *ВКС* приципијелно полази од такве тезе.

Стога, поставља се питање могу ли се пронаћи стварни разлози за апсолутно упућивање на садашњи чл. 403 ст. 2 ЗПП, односно може ли се конкретизовати намера законодавца да се и у случајевима ревизије из чл. 403 т. 2 и 3 ЗПП омогући нападање чињеничног стања.

4.2.2. Ratio омоћућавања нападања чињеничног стања у ревизији из чл. 403 ст. 2 т. 3 ЗПП

Дозвољеност ревизије у случају да је другостепени суд усвојио жалбу, укинуо пресуду и одлучио о захтевима странака (чл. 403 ст. 2 т. 3 ЗПП) подразумева заправо да је другостепени суд по одржаној обавезној другостепеној расправи пресудио о делу предмета спора који је доспео у другу инстанцу. Увођење дозвољености ревизије у овом случају је без сумње последица схватања о нужности обезбеђивања уставног права на правно средство (чл. 36 ст. 2 Устава). Полази се од тога да је обавезна другостепена расправа функционално првостепена, те је и пресуда жалбеног суда суштински, по природи, првостепена;³⁷ она није ни потврђујућа, чак и да гласи исто као претходно укинута, ни преиначујућа, чак и да гласи другачије од претходно укинуте.³⁸ Због тога се странкама мора – пре свега према схватању УС и законодавца³⁹ – обезбедити могућност њеног нападања. Отуда дозвољеност ревизије.

³⁶ Вид. горе 4.1.

³⁷ О таквог схватању у литератури упор. Невена Петрушић, „Ревизиона овлашћења другостепеног суда у новом парничном процесном систему Републике Србије”, *Правни живот* 12/2005, 71; Ранко Кеча, „О новој регулативи правних лекова у Закону у парничном поступку”, *Правни живот* 12/2005, 28.

³⁸ Супротно Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, 493. Такав став је догматички погрешан, јер до потврђивања побијане пресуде не може доћи ако је она претходно укинута, што је код обавезне другостепене расправе увек случај. Не може доћи ни до преиначења, јер би жалбени суд већ када заказује обавезну главну расправу морао укинути пресуду. Једноставно, пресуђење након обавезне другостепене расправе је функционално право првостепено пресуђење. Упор. Ранко Кеча, Марко Кнежевић, „Дозвољеност ревизије у парничном поступку због преиначујуће жалбене пресуде: последица уставне гаранције права на правно средство или само правнополитичко питање?”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2017 1263 и след.

³⁹ Упор. Образложење Новеле 2014, 8: у случају пресуђења на основу обавезне другостепене расправе „треба обезбедити инстанциону контролу”.

Омогућити ревизијску контролу оцене доказа у овом случају, који је и једини – ако се изузме једна објављена супротна одлука – признат у пракси *ВКС*,⁴⁰ чини се да је доста лако оправдати. Другостепени суд пресуђује на основу одржане главне расправе, на којој сам утврђује чињенично стање. По правилу, то значи, да изводи доказе и сам их цени; он не контролише чињеничне закључке првостепеног суда, већ их сам доноси. Штавише, уколико се обавезна другостепена расправа одржава због тога што је чињенично стање у првостепеној пресуди непотпуно, жалбени суд сам утврђује дефицитарне чињенице, и то оценом доказа ако су оне спорне. Стога је идеја да се управо у тим случајевима омогући контрола *de facto* првостепених утврђења. То је на крају и, с обзиром на домаће схватање уставног права на правно средство, изгледа и уставни императив. Колико је сâмо неограничено и апсолутно уставно правно на правно средство правнополитички оправдано и пожељено, али и исправно као важећи концепт, сасвим је друго питање.⁴¹ Чврсти аргументи говоре да је законодавац пошао од таквог схватања,⁴² што на крају и *ВКС* у једном броју случајева – додуше само у резултату – потврђује.

4.2.3. Ratio омоућавања најдања чињеничног стања у ревизији из чл. 403 ст. 2 т. 2 ЗПП

Дозвољеност ревизије из чл. 403 ст. 2 т. 2 ЗПП се везује за случај када је другостепени суд побијану пресуду преиначио.⁴³ До преиначења другостепене преиначујуће пресуде долази у четири случаја, који се могу систематизовати у две групе. Прва подразумева да је без промене чињеничног стања утврђеног у првостепеној пресуди жалбени суд исправио грешку у виду погрешне примене материјалног права (чл. 394 т. 4 ЗПП). Друга се односи на случајеве када сам жалбени суд утврди другачије чињенично стање, и то тако што након другостепене главне расправе другачије оцени доказе

⁴⁰ Вид. горе 3.2.2.

⁴¹ Треба само истаћи да у словеначком праву, у којем такође постоји уставна гаранција права на правно средство, не постоји дозвољеност ревизије у случају пресуђења на основу другостепене расправе.

⁴² Вид. фн. 39.

⁴³ Према владајућем схватању судске праксе, ревизија по овом основу није дозвољена уколико је посебном законском одредбом она недозвољена у одређеној врсти спорова, попут спорова мале вредности, државинског (посесорног) спора итд.; вид. *УС*, 21. 3. 2019 – *Уж* 4885/17 са даљим упућивањима; *ГО ВКС*, 3. и 15. 3. 2015, Билтен ВКС 1/2015, 334 (335); *ВКС*, 1. 6. 2017 – Рев 944/17; 28. 12. 2016 – Рев 2321/16; 17. 3. 2016 – Прев 195/15; 18. 12. 2015 – Рев 2194/15; 16. 9. 2015 – Рев 1613/15. Но, и сам *ВКС* одступа у појединачним случајевима – додуше без осврта на ранију праксу и правни став *ГО ВКС* за који је везан (чл. 43 ст. 3 Закона о уређењу судова) – па тако сматра да је дозвољена ревизија због преиначујуће другостепене пресуде у спору за исправку информације, иако је она недозвољена према чл. 126 ст. 3 Закона о јавном информисању и медијима; вид. *ВКС*, 16. 5. 2018 – Рев 2679/18.

које сам изведе, а које је већ извео првостепени суд, или је одбио да их изведе (чл. 394 т. 1 ЗПП), или тако што у седници већа другачије оцени исправе или друге посредно оцењене доказе, а побијана пресуда је заснована искључиво на тим доказима (чл. 394 т. 2 ЗПП), или тако што изведе другачији закључак о постојању битних чињеница на основу индиција од оног који је извео првостепени суд (чл. 394 т. 3 ЗПП).⁴⁴

Промена чињеничног стања у свим наведеним случајевима јесте последица делатности жалбеног суда, која заиста спада у оцену доказа у смислу чл. 8 ЗПП.⁴⁵ Због тога се може бранити став да је законодавац у тим случајевима желео да обезбеди додатну контролу правилности чињеничног стања. Просто, да онда када жалбени суд измени чињенично стање, његова правилност буде подвргнута ревизијској контроли. По среди би била радикална теза о суштински првостепеном чињеничном закључку. Да је то по правилу догматички погрешно, већ је показано на другом месту.⁴⁶ Но, то не значи да законодавац није пошао од таквог схватања. Он је већ – засигурно преузимајући доктрину УС – пошао од тога да је било која преиначујућа пресуда суштински првостепена, и због тога је, зарад обезбеђивања уставног права на правни лек, дозвољеност ревизије нужна. Према томе, и овде треба имати у виду вредновања законодавца, која су можда правнополитички промашај, али и даље везују.

С друге стране, речено не може да се примени на другостепену преиначујућу пресуду из чл. 394 т. 4 ЗПП, која је далеко најчешћи случај. Тада нема промене чињеничног стања, већ другостепени суд преузима чињенична утврђења из побијане пресуде, и то зашто што сматра да је оно правилно утврђено, што претпоставља да је у жалби било истакнуто погрешно утврђено чињенично стање као жалбени разлог, или зато што оно није ни било нападано жалбом. Образложење се мора тражити на другом месту. Стога је питање да ли постоји било какав стварни разлог да се и у овом случају омогући ревизијска контрола оцено доказа.

Преиначујућа пресуда жалбеног суда у овом случају никако није суштински првостепена на општем плану, како је то, међутим, сматрао УС и тиме натерао законодавца да уведе дозвољеност ревизије по овом основу.⁴⁷

⁴⁴ Подробије о случајевима другостепене преиначујуће пресуде Р. Кеча, М. Кнежевић, 1260 и след.

⁴⁵ И закључивање путем индиција јесте метод који је обухваћен концептом слободне оцено доказа. Индицијалне чињенице се утврђују као и правно релевантне чињенице. Међутим, тада оне имају функцију доказа, јер утичу на оцену истинитости спорне тврдње о правно релевантим чињеницама. О доказивању путем индиција вид. Ulrich Foerste, у: Н. Ј. Musielak, W. Voit, § 284 марг. бр. 7.

⁴⁶ Р. Кеча, М. Кнежевић, 1278 и след.

⁴⁷ УС, 30. 6. 2011 – IУз 1242/10, *Билтен УС* 1/2011, 292 и след.; Писмо Народној скупштини Републике Србије, 30. 6. 2011 – IУз 1242/10, *Билтен УС* 1/2011, 645 и след.

Промена правне оцене никако не значи да се тиме жалбена пресуда „претвара суштински у првостепену”, па да због тога странци која је успела у првом степену, а оштећена је преиначењем, мора бити омогућен правни лек.⁴⁸ Оно што се ипак може десити јесте да жалилац није ни нападао чињенично стање, већ само правну оцену, а да је жалбени суд усвојио жалбу и преиначио пресуду. У таквом случају је сасвим замисливо да су неки делови чињеничног стања утврђени „на штету” противника жалиоца, дакле странке која је успела у првом степену, и која је оштећена другостепени пресуђењем. Та странка није ни могла да изјави жалбу, јер јој је недостајао правни интерес (чл. 378 ст. 3, 389 ЗПП). У одговору на жалбу она не може да истиче своје „жалбене разлоге”, односно да у одговору на жалбу напада чињенично стање; тако нешто је страно домаћем праву.⁴⁹ Тек пошто изгуби у другом степену показује се значај првостепених чињеничних закључака по њену правну позицију. Пример треба то да покаже.

У тужби ради опозива поклона због неблагодарности, тужилац тврди да је тужени њега вређао на одређени начин; тужени то оспорава, и наводи да то уопште није истина. Првостепени суд утврђује истинитост тужиоцевих тврдњи, али закључује да у таквом чињеничном комплексу није остварен разлог за опозив поклона. По жалби тужиоца – који једини има правни интерес за изјављивање жалбе – у којој се истиче погрешна примена материјалног права, другостепени суд преиначава побијану пресуду, јер сматра да такав чињенични комплекс ипак представља разлог за опозив поклона.

На основу изложеног се показује да постоји и смисао омогућавања нападања чињеничних закључака код овог случаја преиначујуће пресуде другостепеног суда. Он је дубоко укореењен у вредновању позиције противника жалиоца. Да је позиција противника жалиоца, а потоњег губитника у другој инстанци, вредна заштите у овом смислу, изричито показује референтно упоредно право. Тако се у аустријском праву противнику жалиоца омогућава да напада за њега штетну првостепену оцену доказа већ у одговору на жалбу (§ 468 ст. 2 реч. 2 аГрпп);⁵⁰ штавише, уколико другостепени суд намерава да преиначи пресуду на подлози резултата првостепене оцене доказа, онда начелно мора претходно да омогући противнику жалиоца да је

⁴⁸ Види већ Р. Кеча, М. Кнежевић, 1277 и след.

⁴⁹ Функција одговора на жалбу се своди само на оповргавање истакнутих жалбених разлога; упор. Б. Познић, 920.

⁵⁰ О томе у појединостима са даљим упућивањима на судску праксу Herbert Pimmer, у: H. W. Fasching, A. Konecny (2019), § 468 марг. бр. 19 и след.; Annelise Kodek, у: Walter H. Rechberger, Thomas Klicka (Hrsg.), *ZPO. Zivilprozessordnung*, Wien 2019⁵, § 468 марг. бр. 5 и след.

нападне (§ 473а аГрпп).⁵¹ У немачком праву не само да другостепени суд суштински пази по службеној дужности на правилност чињеничних закључака,⁵² већ се противнику жалиоца омогућава да указује на погрешну оцену доказа као такву, односно на повреде поступка које су утицале на погрешну оцену доказа.⁵³ Према томе, види се да је интересно стање идентично, али се оно решава другачијим методом: не омогућава се ревизија због другостепеног преиначења, у којој би се нападало и чињенично стање, већ се све решава у оквиру другостепеног поступка. Но, то управо показује, како је речено, да је у садашњем контексту српског жалбеног поступка омогућавање ревизијског нападања чињеничног стања једино решење којим се интересно стање решава на задовољавајућ начин. Супротно би имало значај озбиљног системског поремећаја у виду непотпуности правне заштите.

5. ОЦЕНА ПОСТОЈЕЋЕГ КОНЦЕПТА

5.1. Основна последица: смањивање функционалне способности *ВКС*

Оно што је очигледна последица постојећег концепта, јесте (додатно) оптерећење *ВКС*. Више посла – а дозвољеност истицања погрешне оцене доказа јесте додатни посао за ревизијски суд, јер тада постоји дужност да се изјасни на такав ревизијски навод – подразумева и дуже трајање ревизијских поступака. То је историјски гледано иначе и разлог за негирање ревизијског суда као чињеничне инстанце. Због тога што је ревизија ванредни правни лек, то на крају и додатно угрожава правну сигурност; што више могућности за пробијање правноснажности, то мање поверења у правноснажност, чији је неспоран циљ и правна сигурност.⁵⁴ Пракса *ВКС* о могућности ревизијске контроле оцене доказа, за коју се у овом раду сматра да је погрешна, имајући у виду речено донекле је разумљива. Рестриктивнијим приступом *ВКС* сам покушава да изађе на крај са растућим оптерећењем, које

⁵¹ О томе у појединостима са даљим упућивањима на судску праксу Н. Pimmer, у: Н. W. Fasching, А. Конеспу (2019), § 473а марг. бр. 1 и след.; А. Kodek, у: W. H. Rechberger, Т. Klicka, § 473а марг. бр. 1 и след.

⁵² О томе вид. Wolfgang Ball, у: Н. J. Musielak, W. Voit, § 529 марг. бр. 23; Reinhard Gaier, „Das neue Berufungsverfahren in der Rechtsprechung des BGH“, *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, 2043; BGH, 12.3.2014 – V ZR 257/03, *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, 1876.

⁵³ Уместо свих Bruno Rimmelspracher, у: Т. Rauscher, W. Krüger, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, München 2016⁵, § 529 марг. бр. 33.

⁵⁴ Уп. само Ранко Кеча, „Редовни и ванредни правни лекови у парничном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1983, 306 и след.

је последица Новеле 2014. Ипак, то није начин санирања, како ће се испоставити, крупног правнополитичког промашаја законодавца.

Оптерећење *ВКС* има далекосежније последице од пуког дужег трајања ревизијских поступака. То је разумљиво само ако се проблематизује његова улога која је примарна, или како је то на другом месту речено, његова самосвојна улога.⁵⁵ Другим речима, концепт ревизијског суда као чињеничне инстанце – када се има у виду речено – смањује његову функционалну способност.

Иако није у пуном капацитету постављено као догматички и правнополитички проблем, о улози ревизије, последично о улози *ВКС* у парничном поступку, у последње време се артикулишу ставови.⁵⁶ Говори се о врховној инстанци која треба да се бави само важним правним питањима, што је умногоме последица читања неких пасуса из одлука *ЕСЉП*, односно неких Препорука Савета Европе,⁵⁷ које су од почетка реформе парничног поступка (од 2004) постале незаобилазно, понекад и јединио штиво.⁵⁸ У том смислу, ревизија треба да служи првенствено уједначавању судске праксе и развоју права.⁵⁹ С друге стране, ми смо већ указали на околност да упркос дефициту изричите уставне одредбе, наведено је заправо уставна улога *ВКС* у грађанским стварима.⁶⁰ И даље, смисао постојања *ВКС* је у темељном и пажљивом решавању правних питања, што не значи просто бављење списима предмета и законским текстовима, већ истраживање литературе и постојеће сопствене или туђе судске праксе. Решити једно начелно правно питање није просто давање одговора „да или не”, већ давање опсежног образложења, у којем се на проверљив начин излаже пут до одговора. Није неумесно рећи да грађани имају право на такву врховну инстанцу, која није просто трећа инстанца,⁶¹ већ квалитативно

⁵⁵ Упор. Р. Кеча, М. Кнежевић, 1281.

⁵⁶ Проблематизовање улоге ревизије и врховне инстанце ипак није потпуно ново, с обзиром да је *Ракић-Водинелић* пре више од 30 година то учинила, али без утицаја на тадашњи дискурс; упор. В. Ракић-Водинелић (1995), 269 и след.

⁵⁷ Тако репрезентативно *УС*, 14. 3. 2013, *ИУз* 2/10, *СГ РС* 53/13, 132.

⁵⁸ О томе, са негативном оценом у виду „маније за препорукама Савета Европе”, вид. Марко Кнежевић, *Расправно начело у српском парничном поступку*, Београд 2016, 347, 359, 386; упор. и А. Јакшић (2017), 176: државе настале распадом бивше СФРЈ „служе као експериментална поља за имплементацију разних Препорука”.

⁵⁹ Упор. *УС*, 14. 3. 2013, *ИУз* 2/10, *СГ РС* 53/13, 132; Никола Бодирога (2013), 196; Н. Бодирога (2012а), 234: „не заслужује сваки предмет да дође пред ВКС, већ само уколико је реч о предмету где је то неопходно ради заузимања начелног става ради јединствене судске примене права, давања новог тумачења и сл.”.

⁶⁰ Р. Кеча, М. Кнежевић, 1280 и след.

⁶¹ Да ли је ревизијски суд уопште трећа инстанца веома је спорно, с обзиром да је ревизија ванредни правни лек; одрично В. Ракић-Водинелић (1995), 59; потврдно Б. Познић, 954. С друге стране, *УС* – без проблемазизовања – говори о трећој инстанци, односно о тростепеном суђењу; упор. *УС*, 14. 3. 2013, *ИУз* 2/10, *СГ РС* 53/13, 131. – Теза о негирању треће

другачија инстанца.⁶² У том смислу, видљива драстична разлика између садржаја и стила немачких, аустријских, па и словеначких ревизијских одлука с једне, и одлука *ВКС* с друге стране,⁶³ може се делимично објаснити оптерећењем *ВКС* стварима које немају везе са решавањем начелних правних питања.⁶⁴ Само судије које имају пре свега временске ресурсе јесу у стању да одговоре изазову своје улоге. То није ништа ново гледано у упоредноправном контексту, већ сасвим обрнуто, дискусије о овом питању се воде деценијама. Резултат је нажалост мало познат у домаћој јавности: у правном кругу Средње Европе, закључно са неким државама насталим распадом СФРЈ, схватање о врховној инстанци која остварује пре свега јавну функцију је однело предност.⁶⁵ Реформе аустријског,⁶⁶ немачког,⁶⁷ чешког,⁶⁸ пољског,⁶⁹ словеначког и

инстанце (*Пакић-Вогинелић*) тешко може да се одбрани уколико се користи француски аргумент „да ревизијски суд не суди о предмету спора”, с обзиром да је то неспојиво са српским (и ранијим југословенским) правом.

⁶² У том смислу и Н. Бодирога (2013), 196: „ВКС не сме да се претвори у првостепени суд”. Томе треба додати да *ВКС* не сме да се претвори ни у другостепени суд.

⁶³ Стил образложења *ВКС* се може окарактерисати као доста крути, бирократски и недискурсивни, у којем нема упућивања или полемисања са ранијом судском праксом и доктрином. Немачки и швајцарски стилови су традиционално потпуно супротни, а аустријски одавно све више личи на њих. Словеначки Врховни суд колико је видљиво све више и више иде у том правцу.

⁶⁴ Свакако да је једнако значајан фактор разлике и саморефлексија судија, као и методолошка оријентација. Дискурсивном и аргументативном стилу одговара судијина представа о сопственој улози која се не своди на супсумпциони апарат, односно представа о суђењу као потпуно транспарентном вршењу једне државне власти, што нужно захтева излагање методолошког пута решења правних питања.

⁶⁵ Упор. Alan Uzelac, Aleš Galič, „Changing Faces of Post-socialist Supreme Courts: Croatia and Slovenia Compared”, у: C. van Rhee, Y. Fu (eds.), *Supreme Courts in Transition in China and the West*, Cham 2017, 207 и след.

⁶⁶ Од 80тих година прошлог века постепено се уводио систем ревизије по допуштењу, да би од 2002. године он био једини; исцрпно Alfons Zechner, у: H. W. Fasching, A. Konecny (Hrsg.), *Kommentar zur Zivilprozessgesetzen, Band IV/1*, Wien 2005², vor §§ 502 ff марг. бр. 1 и след.; Elisabeth Lovrek, Gottfried Musger, у: H. W. Fasching, A. Konecny (2019), vor §§ 502 ff марг. бр. 25 и след.; вид. и Andreas Geroldinger, „Der Zugang zum OGH in Zivilsachen“, у: E. Kodek (Hrsg.), *Zugang zum OGH*, Wien 2012, 68 и след.; A. Kodek, у: W. Rechberger, T. Klicka, vor § 502 марг. бр. 2 и след.

⁶⁷ Реформом од 2001. године уведен је у потпуности систем ревизије по допуштењу, вид. Н. Prütting, у: B. Wiczorek, R. Schütze, § 543 марг. бр. 2 и след.; Leo Rosenberg, Karl-Heinz Schwab, Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, München 2010¹⁷, 819 и след.; Matthias Jacobs, у: Friedrich Stein, Martin Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 6*, bearb. von Christoph Althammer, Matthias Jacobs und Christian Berger, Tübingen 2018²³, vor § 542 марг. бр. 3, § 543 марг. бр. 1 и след.; Ludger T. Traut, *Der Zugang zur Revision in Zivilsachen*, Köln 2006, 9 и след.

⁶⁸ Упор. Michal Bobek, „Quantity or Quality – Reasoning the Role of Supreme Jurisdiction in Central Europe”, *American Journal of Comparative Law* 57 (2009), 46 и след.

⁶⁹ Tadeusz Ereciński, „Entwicklung der Regelung der Kassation in Zivilsachen in Polen”, у: L. Bittner (Hrsg.), *Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag*, Wien 2005, 122 и след.

хрватског права⁷⁰ то показују. С друге стране, и у другим земљама се јавља потреба за преиспитивањем улоге врховне инстанце.⁷¹

Када се има у виду речено, тражити од судија *ВКС* да проверавају и оцену доказа значи спутавати их од остварења самосвојне улоге.

5.2. Смештање ревизијске контроле оцене доказа у шири контекст

Претходни закључак не може изоловано да се посматра. Постојећи концепт ревизијске оцене доказа није усамљени фактор смањивања функционалне способност *ВКС*, већ обратно, садашњи ревизијски систем као такав је пре успостављен тако да се онемогући остварење назначене самосвојне улоге *ВКС*. Тако како је уређена, дозвољеност ревизије показује да законодавац изгледа ни не жели функционално способну врховну инстанцу. Она је ту да би се првенствено обезбедила појединачна правичност (правилност пресуђења као такво), и то да ли зато што један спор то завређује због социјалних, привредних и сл. критеријума (каузлана и вредносна ревизија), или зато што је је то – према *УС*, делу доктрине и самом законодавцу – нужно због остварења уставног права на правно средство, које је опет сâмо израз вредновања појединачне правичности. Тек ако ревизија није дозвољена по тим критеријумима, онда *ВКС* треба да буде суд који се бави начелним правним питањима (чл. 404 ЗПП).

Упоредноправно гледано, како у правцу земаља насталих распадом СФРЈ, тако и у правцу земаља које су под традиционалним утицајем немачког и аустријског права, домаћи систем ревизије је готово усамљен. И то с разлогом: акценат на обезбеђивању јавне функције врховне инстанце нужно захтева успостављање одговарајућих филтера њене доступности. Дозволити ревизију само зашто што се ради о нпр. спору о ауторском или сродним правима, па и о законском издржавању или отказу уговора о раду, или зато што побијана вредност предмета спора прелази некакав цензус, значи успоставити филтере доступности врховне инстанце који су контрапродуктивни. Коначно, чак и да се инсистира на појединачној заштити као примарном циљу, исправно *Бобек* (*Bobek*) за чешко стање поставља питање, „каква појединачна правна заштита се нуди кроз површно и брзоплето решавање хиљада

⁷⁰ Реформом од 2019. године уведен је систем ревизије по допуштењу, уз задржавање каузалне ревизије, вид. Dejan Bodul, „Rasprave o novom modelu revizije u hrvatskom procesnom pravu“, *Harmonius* 1/2019, 68 и след.

⁷¹ О стању у Француској, где судије тамошњег Касационог суда пледирају за увођење система сличног немачком или аустријском, као и у отпору доктрине вид. Frederique Ferrand, „Der fragwürdige Wille des französischen Kassationshofes zur Selbstreform“, у: B. Gsell, W. Hau (Hrsg.), *Rechtsmittel im Zivilprozess – Hommage an Bruno Rimmelspracher*, Baden-Baden 2019, 47 и след.

предмета годишње”.⁷² Наиме, грађанска већа *ВКС* у 2019. години, састављена од укупно свега 19 судија, одлучила су мериторно о 2.891 ревизији.^{73, 74}

Уколико се жели врховна инстанца која ће бити налик упоредноправним парњацима, а то значи суд који чија је делатност квалитативно другачија од других судова, онда је ревизијска контрола оцене доказа тек другоразредно страни тело. Основна системска грешка – ако се пође од овде заступане улоге *ВКС* – јесте уређење дозвољености ревизије.⁷⁵ На трагу реченог је на крају сам *ВКС*, који се, може се слободно рећи, побунио против законодавца, тражећи укидање чл. 403 ст. 2 т. 2 и 3 ЗПП. Како се истиче у Иницијативи *Ојциће седнице ВКС* за промену ЗПП, постојање ових основа дозвољености ревизије, између осталог, „не води у ефикасно трећестепено одлучивање и не одговара улози коју треба да има Врховни касациони суд као највиши суд у Републици Србији“.⁷⁶

5.3. Уставно право на правно средство као кост у грлу?

Генератор садашњег уређења дозвољености ревизије, али и ревизијске контроле оцене доказа, несумњиво је уставно право на правно средство (чл. 36 ст. 2 Устава). Боље речено, то је владајуће схватање о његовој садржини и природи. Познато је да је *УС* формулисао до сада незабележену доктрину о преиначујућој пресуди жалбеног суда као увек новој, дакле, првостепеној пресуди у „материјалноправном смислу”,⁷⁷ и тиме отворено натерао законодавца да уведе дозвољеност ревизије.⁷⁸ Такође, и сам законодавац је пошао од тога да је пресуђење на основу обавезне другостепене расправе увек заправо првостепено, па је увео дозвољеност ревизије и по том основу.⁷⁹ Омо-

⁷² М. Bobek, 56.

⁷³ Вид. Статистика о раду судова опште надлежности у Републици Србији за период 01.01.2019. – 31.01.2019. године, 9, доступно на <https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/STATISTIKA%20-%20OPSTA%20NADLEZNOST%202019.pdf>

⁷⁴ Примера ради, аустријски *Врховни суд (Oberster Gerichtshof)* је у 2019. години мериторно решио 915 ревизија. При томе, у грађанским стварима је поступало 42 судија. Вид. *Oberster Gerichtshof (Hrsg.), Tätigkeitsbericht 2019*, Wien 2020, 10.

⁷⁵ О томе само за случај дозвољености ревизије из чл. 403 ст. 2 т. 2 ЗПП вид. већ Р. Кеча, М. Кнежевић, 1280 и след.

⁷⁶ Иницијатива Опште седнице Врховног касационог суда за измену Закона о парничном поступку од 25.12.2019. године, 2; доступно на <https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Inicijativa%20Opste%20sednice%20Vrhovnog%20kasacionog%20suda%20za%20izmenu%20Zakona%20o%20parnicnom%20postupku.pdf>.

⁷⁷ *УС*, 30. 6. 2011 – *ИУз* 1242/10, *Билићен УС* 1/2011, 292/293. Шта заиста значи одредница „материјалноправни смисао”, *УС* не образлаже.

⁷⁸ Вид. *УС*, Писмо Народној скупштини Републике Србије, 30. 6. 2011 – *ИУз* 1242/10, *Билићен УС* 1/2011, 645 и след.

⁷⁹ Вид. фн. 39.

гућавање контроле и оцене доказа у тим случајевима ревизије, просто је природна последица – против сваке првостепене пресуде треба обезбедити пуну контролу правилности пресуђења.

Категорички бранити наведено на општем плану је немогуће, чак и да се прихвати апсолутно схватање уставно права на правно средство. Да је теза УС вишеструко мањкава, детаљно је образложено на другом месту.⁸⁰ Овде треба напоменути да и онда када је другостепено пресуђење заиста у догматичком смислу првостепено, постоји простор за другачије гледиште.

Утврђење једне чињенице доказивањем у жалбеном поступку, која уопште није била садржана у првостепеном чињеничном стању, јесте суштински првостепено утврђење. Тако нешто је замисливо у случају обавезне другостепене расправе. Омогућити ревизију само због реченог, а поврх тога омогућити и контролу оцене доказа, значи поћи од једног апсолутног схватања уставног права на правно средство (чл. 36 ст. 2 Устава), и то свесно на уштрб других вредности и циљева. Како је речено, фундаментално се смањује функционална способности ВКС. Штавише, све што се желело са забраном двоструког укидања првостепених пресуда (чл. 387 ст. 3 ЗПП), чија је последица концепт обавезне другостепене расправе (чл. 383 ст. 4 ЗПП) – убрзање поступка и смањење трошкова⁸¹ – губи се кроз свакодобну дозвољеност ревизије, у којој се, као додатно оптерећење ВКС, и оцена доказа може контролисати. Но, у амбијенту апсолутног схватања уставног права на правно средство, то је једино решење.

Другачије решење ове, наизглед пат позиције, могуће је уколико се другачије схвати уставно право на правно средство (чл. 36 ст. 2 Устава). Тако, и ово право би било доступно ограничењима која су оправдана другим, уставним разлозима.⁸² Иако се претходно о томе заузео категорички одричан став,⁸³ чини се да постоји ипак могућност за релативизовање.⁸⁴ Примери за тако нешто постоје управо у правима земаља које и даље баштине југословенски концепт уставног права на правно средство. Наиме, у словеначком, хрватском и црногорском праву жалбени суд може сам на другостепеној расправи

⁸⁰ Р. Кеча, М. Кнежевић (2017), 1251 и след.

⁸¹ Упор. Ранко Кеча (2005), 27; Н. Петрушић, 68. *ГО ВКС* такође резонује у истом смислу, вид. Билтен ВКС 1/2015, 327.

⁸² О томе из пре свега хрватске перспективе Alan Uzelac, „Ustavno pravo na žalbu u građanskim stvarima: jamstvo ispravnog presuđenja ili relikv prošlosti?“, у: A. Uzelac et. alt. (ur.), *Djelotvorna pravna zaštita u pravničkom postupku*. Zagreb 2013, 236 и след.

⁸³ Вид. Р. Кеча, М. Кнежевић (2017), 1259 и след.; Марко Кнежевић, „О жалби против пресуде у поступку у спору мале вредности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Сагу* (ЗбоНС) 4/2012, 397.

⁸⁴ Међутим, и даље је концепт ограничене жалбе у спору мале вредности противан уставном праву на правно средство, јер је због неприхватљивих цензуса реч о непропорционалном ограничењу уставног права, упор. М. Кнежевић (2012), 397 и след.

утврђује чињенице које су дефицитарне; другим речима, да сам санира непотпуно чињенично стање.^{85,86} Међутим, ревизија није дозвољена искључиво због таквог поступања, још мање да је омогућена ревизијска контрола другостепених, нових чињеничних утврђења. С друге стране, и у овим правним системима постоји уставно право на правно средство, и то у мање-више истој редакцији као у домаћем Уставу.⁸⁷ Када се то има у виду, чини се да је вредновање функционалне способности ВКС оправдан разлог да се уставно право на правно средство ограничи у случајевима када је другостепена пресуда макар и само у одређеним деловима суштински првостепена. У супротном, или ће се остати при садашњем стању, што је погубно по функционисање ВКС, или ће се зарад тог циља укинути концепт, пре свега, обавезне другостепене расправе, тј. забране двоструког укидања првостепених пресуда. Потоње значи повратак у систем пинг-понг суђења, који је био карактеристичан за парнични поступак у СФРЈ и СРЈ, а што је важније, он је био генератор другог трајања поступака.⁸⁸

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- Бодирога Никола, „Ванредни правни лекови у новом Закону о парничном поступку”, *Право и привреда* 7–9/2012
- Бодирога Никола, „Приступ Врховном касационом суду у грађанским стварима”, у: С. Лилић (прир.), *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, књига 3, Београд 2013
- Бодирога Никола, *Нови Закон о парничном поступку*, Београд 2012
- Јакшић Александар, *Грађанско процесно право*, Београд 2012⁶
- Јакшић Александар, *Грађанско процесно право*, Београд 2017⁹
- Кеча Ранко, „Редовни и ванредни правни лекови у парничном поступку”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1983
- Кеча Ранко, „О новој регулативи правних лекова у Закону у парничном поступку”, *Правни животи* 12/2005
- Кеча Ранко, Кнежевић Марко, „Дозвољеност ревизије у парничном поступку због преиначујуће жалбене пресуде: последица уставне гаранције права на правно средство или само правнополитичко питање?”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2017

⁸⁵ У словеначком праву санирање непотпуног чињеничног стања на жалбеној расправи је опција која стоји на располагању жалбеном суду, вид. чл. 355 словеначког ЗПП.

⁸⁶ Хрватско и црногорско право, као и домаће, полазе од концепта забране двоструког укидања првостепених пресуда, односно од обавезне другостепене расправе, на којој се санира и евентуално непотпуно чињенично стање; вид. чл. 366а ст. 2 хрватског ЗПП, односно чл. 375 ст. 2 црногорског ЗПП.

⁸⁷ Упор. чл. 25 словеначког Устава, чл. 18 хрватског Устава, и чл. 20 ст. 1 црногорског Устава.

⁸⁸ Упор. Р, Кеча (2005), 27.

- Кнежевић Марко, „О жалби против пресуде у поступку у спору мале вредности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2012
- Кнежевић Марко, *Расправно начело у српском парничном процесу*, Београд 2016
- Петрушић Невена, „Ревизиона овлашћења другостепеног суда у новом парничном процесном систему Републике Србије“, *Правни живот* 12/2005
- Петрушић Невена, Симоновић Драгољуб, *Коментар Закона о парничном процесу*, Београд 2011
- Познић Боровоје, *Коментар Закона о парничном процесу*, Београд 2009
- Познић Боровоје, Ракић-Водинелић Весна, *Грађанско процесно право*, Београд 2015¹⁷
- Ракић-Водинелић Весна, „Закон о парничном поступку Србије 2011“, *Правни записи* 2/2011
- Ракић-Водинелић Весна, *Ревизија процеса пресуде*, Нови Сад 1995
- Тасић Анђелија, *Поступак у парницама за заштити од дискриминације*, докторска дисертација, Правни факултет у Нишу, Ниш 2016
- Bobek Michal, „Quantity or Quality – Reasoning the Role of Supreme Jurisdiction in Central Europe“, *American Journal of Comparative Law* 57 (2009)
- Bodul Dejan, „Rasprave o novom modelu revizije u hrvatskom procesnom pravu“, *Harmonius* 1/2019
- Ereciński Tadeutz, „Entwicklung der Regelung der Kassation in Zivilsachen in Polen“, у: L. Bittner (Hrsg.), *Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag*, Wien 2005
- Fasching Hans W., Konecny A (Hrsg.), *Kommentar zur Zivilprozessgesetzen, Band IV/1*, Wien 2005²
- Fasching Hans W., Konecny A (Hrsg.), *Kommentar zur Zivilprozessgesetzen, Band IV/1*, Wien 2019³
- Ferrand Frederique, „Der fragwürdige Wille des französischen Kassationshofes zur Selbstreform“, у: B. Gsell, W. Hau (Hrsg.), *Rechtsmittel im Zivilprozess – Hommage an Bruno Rimmelspracher*, Baden-Baden 2019
- Gaier Reinhard, „Das neue Berufungsverfahren in der Rechtsprechung des BGH“, *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, 2043
- Galič Aleš, „A Civil Law Perspective on the Supreme Court and its Functions“, *The functions of the Supreme Court – issues of process and administration of justice*, Warsaw, 11–14 June 2014, 2 и след., <http://colloquium2014.uw.edu.pl/wp-content/uploads/sites/21/2014/01/Ales-Galic.pdf>
- Geroldinger Andreas, „Der Zugang zum OGH in Zivilsachen“, у: E. Kodek (Hrsg.), *Zugang zum OGH*, Wien 2012
- Kramer Ernst A., „Judizieren contra legem“, *recht* 2/2017
- Meyer-Ladewig Jens, Nettesheim Martin, von Raumer Stefan (Hrsg.), *Europäische Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden 2017⁴, Art. 6 мапр. бр. 93.
- Musielak Hans-Joachim, Voit Wolfgang (Hrsg.), *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, München 2020¹⁷
- Prütting Hans, *Zulassung der Revision*, Köln 1977
- Rauscher T., Krüger W. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, München 2016⁵

- Rechberger Walter H., Klicka Thomas (Hrsg.), *ZPO. Zivilprozessordnung*, Wien 2019⁵
- Stein Friedrich, Jonas Martin, *Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 6*, bearb. von Christoph Althammer, Matthias Jacobs und Christian Berger, Tübingen 2018²³
- Traut Ludger T., *Der Zugang zur Revision in Zivilsachen*, Köln 2006
- Uzelac Alan, „Ustavno pravo na žalbu u građanskim stvarima: jamstvo ispravnog presuđenja ili relikv prošlosti?“, у: A. Uzelac et. alt. (ur.), *Djelotvorna pravna zaštita u pravničnom postupku*. Zagreb 2013
- Uzelac Alan, Galič Aleš, „Changing Faces of Post-socialist Supreme Courts: Croatia and Slovenia Compared“, у: C. van Rhee, Y. Fu (eds.), *Supreme Courts in Transition in China and the West*, Cham 2017
- Wach Adolf, „Die Tat- und Rechtsfrage bei der Revision im Civilprozeß“, *Juristische Wochenschrift* 1881
- Wieczorek Bernhard, Schütze Rolf, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 7. Band*, Berlin 2014⁴

*Dr. Ranko I. Keča, ordentlicher Professor
Universität Novi Sad
Juristische Fakultät
rkeca@pf.uns.ac.rs*

*Dr. Marko S. Knežević, Dozent
Universität Novi Sad
Juristische Fakultät
mknezevic@pf.uns.ac.rs*

Zulässigkeit revisionsrechtlicher Beweiswürdigungsüberprüfung im Zivilprozess

– Zum Anwendungsbereich des Art. 407 Abs. 2 iVm Art. 403
Abs. 2 serbischer ZPO –

Zusammenfassung: *Die Revision gegen Urteil im Zivilprozess wurde traditionell im serbischen Recht als ein Rechtsmittel verstanden, in dem unrichtige Tatsachenfeststellung als Revisionsgrund unzulässig ist, dh revisionsrechtliche Überprüfung der Beweiswürdigung wurde ausgeschlossen. Stammfassung der ZPO aus 2011 erlaubte aber – in einem Fall – eine solche Überprüfung (Art. 407 Abs. 2 iVm Art. 403 Abs. 2 a.F. serbischer ZPO). Die in der ZPO Novelle aus 2014 vorgenommene gründliche Bearbeitung der Zulässigkeit der Revision hatte, zumindest auf der redaktionelle Ebene, den Anwendungsbereich der revisionsrechtliche Beweiswürdigungsüberprüfung bewirkt. Dabei ist noch nicht geklärt – weder in der Rechtsprechung noch in der Lehre – inwieweit es reicht. Im Abhandlung wird zuerst Anwendungsbereich des Art. 407 Abs. 2 iVm Art. 403 Abs. 2 n.F. serbischer ZPO) aufgegriffen, um eine schließende Bewertung des geltende Revisionsmodell zu ermöglichen. Die Ergebnisse zeigen zusätzliche Bedeutungsverluste des Revisionsgerichtes, die aber ohnehin spürbar sind, wenn man das geltende Revisionszulässigkeitsmodell in Betracht zieht.*

Schlüsselwörter: *Revision gegen Urteil, Oberstes Kassationsgericht, Beweiswürdigung, unrichtige Tatsachenfestellung, Revisionsgrund.*

Датум пријема рада: 27.10.2020.

*Др Љубомир С. Стајић, редовни професор
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
Lj.Stajic@pf.uns.ac.rs*

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

*Др Ненад П. Радивојевић, доцент
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
N.Radivojevic@pf.uns.ac.rs*

БЕЗБЕДНОСНИ МЕНАџМЕНТ У ОБЛАСТИ ЗАШТИТЕ КРИТИЧНЕ ИНФРАСТРУКТУРЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ – СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ*

Сажетак: Појам „критична инфраструктура“ постојеће део безбедносног дискурса после Хладног рата када настају први правни и политички акти који садрже овај појам. Закон о критичној инфраструктури у Републици Србији усвојен је 2018. године, а као једно од важнијих питања које је уређено Законом јесу надлежности и одговорности субјеката у систему заштите критичне инфраструктуре. Предмет нашег истраживања био је безбедносни менаџмент у области заштите критичне инфраструктуре, а као резултати сprovedеног истраживања у раду су: 1. Идентификовани нивои, врсте и надлежности безбедносног менаџмента у области заштите критичне инфраструктуре; 2. Утврђен њихов међусобни однос и 3. Дате препоруке мера и решења које је потребно предузети ради успостављања универзалног система заштите у овој области.

* Рад је настао као резултат рада на научно-истраживачком пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ у 2020. години, а чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

Кључне речи: безбедносни менаџмент, управљање ризиком, управљање кризом, критична инфраструктура, систем заштите, оператори критичне инфраструктуре.

1. УВОД

Међународним документима на глобалном¹ и регионалном нивоу² утврђена је обавеза држава да предузму мере и активности на плану стварања стабилног и безбедног друштва у коме ће грађани бити заштићени од последица нежељених догађаја изазваних природним катастрофама, људским делатностима и техничким акцидентима. Ради испуњавања наведених обавеза потребно је изградити систем заштите који ће смањити ризик од наступања нежељеног догађаја односно који ће отклонити или умањити штетне последице уколико нежељени догађај наступи. У том смислу Народна скупштина донела је Националну стратегију заштите и спасавања у ванредним ситуацијама³ чија је сврха „заштита живота, здравља и имовине грађана, животне средине и културног наслеђа Републике Србије“, док је Законом о смањењу ризика и управљању у ванредним ситуацијама (у даљем тексту: ЗоСРиУВС)⁴ успостављен институционални оквир интегралног система заштите и спасавања у ванредним ситуацијама у Републици Србији. У ЗоСРиУВС утврђена су начела система заштите, одређени нивои на којима је потребно предузети мере и активности, одређени субјекти надлежни да предузимају мере и активности на сваком нивоу, уређен међусобни однос и конкретне обавезе обвезника овог закона.

¹ Вид. Миленијумску декларацију ОУН у којој се као један од приоритета помиње заштита рањивих категорија, пре свега деце, али и уопште грађана односно цивила у ванредним ситуацијама изазваних ратом, природним катастрофама и сл. United Nations Millennium Declaration, A/55/L2, General Assembly, 18 September 2000. <https://undocs.org/A/RES/55/2>, 14.8.2020. Такође вид. Оквир за смањење ризика од катастрофа из Сендаија за период 2015-2030 усвојен на Трећој светској конференцији Организација уједињених нација која је одржана 18. марта 2015. године у Сендаију, <http://ruczrs.org/wp-content/uploads/2019/09/Okvir-za-smanjenje-rizika-od-katastrofa-iz-Sendaija-za-period-2015.-2030..pdf>, 12.8.2020.

² Вид. Директиву 2007/779/ЕС којом се предвиђа успостављање Механизма за цивилну заштиту као механизма за сарадњу у државама чланицама ЕУ на плану спречавања односно смањења последица у случају већих катастрофа изазваних природним, технолошким или људским фактором. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:l28003>, приступљено 20.8.2020.

³ Национална стратегија заштите и спасавања у ванредним ситуацијама, *Службени гласник РС*, бр. 86/11.

⁴ Закон о смањењу ризика од катастрофа и управљању ванредним ситуацијама – ЗоСРиУВС, *Службени гласник РС*, бр. 87/18.

У исто време усвојен је и Закон о критичној инфраструктури⁵ (у даљем тексту: ЗоКИ) којим је дефинисан систем заштите критичне инфраструктуре (у даљем тексту: систем заштите КИ). Систем заштите КИ као предмет заштите има само оне објекте, системе и мреже који су од егзистенцијалне важности за друштво у смислу да њиховим оштећењем, уништењем или нефункционисањем настају штетне последице по живот и здравље грађана, националну безбедност, јавно здравље или редовно функционисање државних органа. У том смислу систем заштите КИ и систем заштите и спасавања у ванредним ситуацијама комплементарни су системи који се заснивају на готово идентичним начелима. Због тога ЗоСРиУВС у општим питањима која нису регулисана ЗоКИ може имати супсидијарну примену и карактер општег закона (*lex generalis*), док директну примену има у ситуацијама када наступи нежељени догађај и када надлежност у управљању кризом прелази на Републички штаб за ванредне ситуације (у даљем тексту: РШВС).

Систем заштите КИ у Републици Србији представља сложен систем кога чине субјекти различитог нивоа, статуса, функције и овлашћења, а који предузимају низ мера и активности у циљу заштите критичне инфраструктуре (у даљем тексту: КИ) чиме се остварују претпоставке за нормално и редовно функционисање друштва и државе. Имајући у виду велики број различитих актера који предузимају мере и спроводе активности на плану заштите КИ у Републици Србији, улога безбедносног менаџмента у систему заштите намеће се као питање од изузетне важности. Из тог разлога, предмет нашег истраживања је безбедносни менаџмент у области заштите КИ у Републици Србији.

2. КРИТИЧНА ИНФРАСТРУКТУРА И СИСТЕМ ЗАШТИТЕ КРИТИЧНЕ ИНФРАСТРУКТУРЕ

Концепт КИ представља релативно нов концепт. Међутим, новина у овом концепту није свест о томе да је потребно заштити најважнију инфраструктуру која је *condicio sine qua non* опстанка друштва и државе. Још је у Првом додатном протоколу Женевске конвенције из 1949. године (Протокол 1)⁶ била предвиђена заштита инфраструктуре која је неопходна да цивилно становништво преживи. У истом акту у делу који се односи на заштиту цивила као предмет заштите наведени су и животна средина и инсталације

⁵ Закон о критичној инфраструктури – ЗоКИ, *Службени гласник РС*, бр. 87/18.

⁶ Вид. чл. 53 – 56, Првог додатног протокола Женевске конвенције из 1949. године. У: Извори међународног хуманитарног права, (ур. Весна Кнежевић-Прегић, Сања Аврам и Жељко Лежак), Београд, 2007. <http://www.mfa.gov.rs/sr/images/stories/komisija/MKCK%20-%20Izvori%20MHP.pdf>, 14.8.2020.

које садрже опасне силе (броне, насипи, нуклеарни објекти и сл.), а чијим би оштећењем или уништењем били проузроковани велики цивилни губици. У том смислу новина у концепту КИ јесте свест о потреби за јединственим приступом у заштити целокупне КИ која се остварује деловањем интегрисаног система заштите. Терористички напади у Њујорку (2001), Вашингтону (2001), Мадриду (2004), Лондону (2005) и другим европским и светским градовима само су учврстили идеју о стварању интегрисаног система заштите због чега је и појам КИ постао заступљенији у јавном дискурсу.

Први корак у успостављању јединственог система заштите КИ представља дефинисање појма КИ. Значење именице „инфраструктура“⁷ указује да је реч о материјалној основи која је претпоставка обављања функција државе или организације, а придев „критична“ ближе одређује материјалну основу као виталну, суштинску односно од егзистенцијалне важности за обављање најважнијих функција државе односно организације. Анализа политичких⁸, правних⁹, стручних¹⁰ и теоријских¹¹ одређења КИ потврдила

⁷ Вид. Речник српског језика, Матица српска, Нови Сад, 2011, стр. 462 или Longman Dictionary of Contemporary English 5th Edition.

⁸ Вид. на пример: Austrian Cyber Security Strategy, Federal Chancellery of the Republic of Austria, Vienna, 2013, p. 20.; https://www.bmi.gv.at/504/files/130415_strategie_cybersicherheit_en_web.pdf, 12.8.2020. An Emergency Management Framework for Canada – Third Edition, Emergency Management Policy and Outreach Directorate, May 2017, p. 21.; <https://www.public-safety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/2017-mrgnc-mngmnt-frmwrk/index-en.aspx>, 12.8.2020. Presidential Police Directive – Critical Infrastructures Security and Resilience, The White House, February 12 2013. <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2013/02/12/presidential-policy-directive-critical-infrastructure-security-and-resil>, 12.8.2020.; National Strategy for Critical Infrastructure Protection (CIP Strategy), Federal Ministry of the Interior, Berlin, 17th June 2009, p. 4. https://www.bbk.bund.de/SharedDocs/Downloads/BBK/EN/CIP-Strategy.pdf?__blob=publicationFile, 12.8.2020.

⁹ Вид. Council Directive, 2008/114/EC on the identification and designation of European critical infrastructures and the assessment of the need to improve their protection, *Official Journal of the European Union*, L 345/75.

¹⁰ Вид. Protection of Critical Infrastructures against Terrorist Attacks: Compendium of Good Practices, Compiled by Counter – Terrorism Committee Executive Directorate (CTED) and United Nations Office of Counter – Terrorism (UNOCT) in 2018, p. 19. https://www.un.org/sc/ctc/wp-content/uploads/2018/06/Compendium-CIP-final-version-120618_new_fonts_18_june_2018_optimized.pdf, 12.8.2020. или Protection of Critical Infrastructures – Baseline Protection Concept, Federal Ministry of the Interior, www.bmi.bund.de, 12.8.2020.; Nicolas Castellon and Erik Frinking, Securing Critical Infrastructures in the Netherlands – Towards a National Testbed, The Hague Security Delta, 2015. https://www.thehaguesecuritydelta.com/media/com_hsd/report/53/document/Securing-Critical-Infrastructures-in-the-Netherlands.pdf, 12.8.2020.

¹¹ Вид. Давор Милошевић, „Противтерористичка заштита енергетских постројења”, *Војно дело* 6/2018, 363-382; Danijela Protić, “Critical Infrastructures: Threats, Vulnerabilities and Protection”, *Military Technical Courier*, 2016., Vol 64, No 3, 812-837; Мирко Шкоро, Владимир Атељевић, „Заштита критичне инфраструктуре и основни елементи усклађивања са Директивом Савета Европе 2008/114/ES”, *Војно дело* 3/2015, 192-207; Марија Мићовић, *Безбедносни*

је да су основни елементи за дефинисање критичне инфраструктуре управо материјална основа (путеви, железнице, постројења, техничко – технолошки системи и средства и сл.) и инструментални карактер такве основе у смислу да се њеним постојањем или нормалним функционисањем доприноси задовољењу потреба друштва, државе и појединца. Решење прихваћено у ЗоКИ у складу је са резултатима наведене анализе и према њему критичну инфраструктуру чине „системи, мреже, објекти или њихови делови, чији прекид функционисања или прекид испоруке роба односно услуга може имати озбиљне последице на националну безбедност, здравље и животе људи, имовину, животну средину, безбедност грађана, економску стабилност, односно угрозити функционисање Републике Србије“¹².

Следећи корак у успостављању јединственог система заштите јесте одређивање сектора у којима постоји инфраструктура која има критични значај. Одређивање критичних сектора увек је повезано са функцијама које неко друштво сматра условом опстанка и нормалног живота. Историјско – компаративним методом утврђено је да се временом ширио број кључних функција¹³, па се према томе ширио и круг сектора¹⁴. Овом ширењу функција допринели су политички процеси који су вредности појединца и његове потребе истакли у први план државних приоритета, али и развој технологије која је данас претпоставка редовног функционисања свих појединачних сектора, због чега се говори о критичној информационој инфраструктури¹⁵, као посебном сегменту заштите у систему заштите целокупне КИ.

аспекти функционисања критичне инфраструктуре у ванредним ситуацијама – докторска дисертација, Факултет безбедности, Београд 2016, 31.

¹² ЗоКИ, чл. 4. ст. 1.

¹³ У САД је председничка директива из 1996. године третирала критичну инфраструктуру кроз призму утицаја на економску и одбрамбену моћ, да би након терористичких напада 2001. године критичну инфраструктуру чинили објекти, системи и мреже које доприносе националној безбедности, економској безбедности, јавном здрављу и безбедности. Упор. Critical Infrastructures: What Makes Infrastructure Critical? Report for Congress, Congressional Research Service, The Library of Congress, updated January 29, 2003. и National Infrastructures Protection Plan, Department for Homeland Security, 2019, https://www.dhs.gov/xlibrary/assets/nipp_consolidated_snapshot.pdf, 14.8.2020.

¹⁴ Првобитно америчко решење садржало је 8 сектора, да би касније било 13 и на крају 16 сектора критичне инфраструктуре. Види претходни извор. У теоријским радовима у Републици Србији у којој до 2018. године није било закона у овој области као сектори критичне инфраструктуре идентификовани су енергетски сектор, телекомуникације, банкарство, транспорт, водоснабдевање, хитне службе и сл. Вид. Давор Милошевић, „Противтерористичка заштита енергетских постројења”, *Војно дело* 6/2018, 365-366. или рад у коме је идентификовано 6 сектора критичне инфраструктуре Danijela Protić, “Critical Infrastructures: Threats, Vulnerabilities and Protection”, *Military Technical Courier*, 3/2016.

¹⁵ Идентификовање посебне важности информационих технологија као критичне информационе инфраструктуре као основе за целокупну критичну инфраструктуру присутно је у Стратегији развоја информационе безбедности у Републици Србији за период од 2017.

„Анализом сектора у којима се врши идентификација КИ у Републици Србији, можемо видети да је одређивање КИ код нас у значајној мери хармонизовано са решењима других држава. Међутим, оно што до сада није разматрано јесте степеновање елемената КИ јер, објективно гледано, нису сви елементи истог значаја. То би значило да би заштита појединих елемената морала да се одвија према степену њиховог значаја (1, 2, 3 степен). Даље то значи да треба одредити и критеријуме за степеновање елемената КИ што ни у једном документу (правном, безбедносном или другом) није учињено.“¹⁶ У Холандији¹⁷ постоји подела на А и Б категорије сектора КИ, при чему је на пример категорија А дистрибуција електричне енергије на националном нивоу, производња нафте и гаса, складиштење нуклеарних материја и сл., а категорија Б дистрибуција електричне енергије на регионалном нивоу, финансијски сектор, државни органи који рад заснивају на доступности и поузданости информационих система. Формално истицање значаја одређених сектора, али без категоризације на више и ниже секторе, присутно је и у Директиви 2008/114 Европског савета која је донета ради предузимања мера и активности у енергетском сектору и у области саобраћаја на нивоу ЕУ, док је председничком директивом у САД¹⁸, којом је формулисана политика у области заштите КИ у САД, истакнут значај истих сектора (енергетика и саобраћај).

Трећи корак у успостављању јединственог система заштите јесте одређивање места, улоге, обавеза и међусобног односа свих субјеката који чине система заштите КИ и прописивање планова и процедура по којима поступају. Одговорност за уређивање, организовање, координацију, надзор и контролу система заштите КИ има неколико субјеката са управљачким овлашћењима који чине безбедносни менаџмент у овој области. Четврти корак подразумева поступак идентификације и одређивања конкретних система,

до 2020. године (*Службени гласник РС*, бр. 53/17) и у Закону о информационој безбедности (*Службени гласник РС*, бр. 6/2016, 94/2017 77/2019). У другим државама такође је истакнут значај информационих технологија у овој области. Види: Austrian Cyber Security Strategy, Federal Chancellery of the Republic of Austria, Vienna, 2013, 20.; Protection of Critical Infrastructures against Terrorist Attacks: Compendium of Good Practices, Compiled by Counter – Terrorism Committee Executive Directorate (CTED) and United Nations Office of Counter – Terrorism (UNOCT) in 2018; An Emergency Management Framework for Canada – Third Edition, Emergency Management Policy and Outreach Directorate, May 2017, 21.

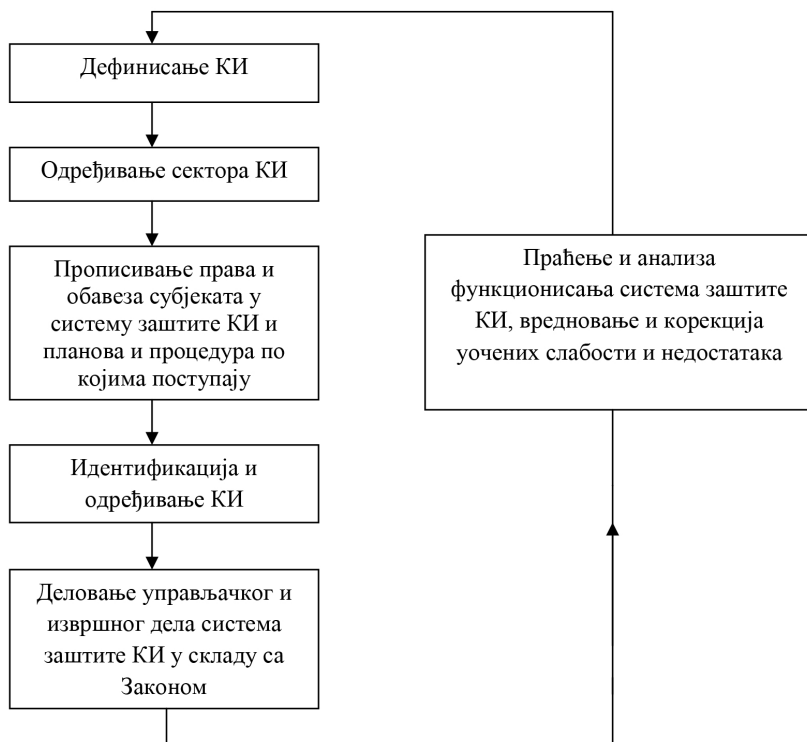
¹⁶ Љубомир Стајић, „Заштита критичне инфраструктуре и приватно обезбеђење”, У *Хармонизација српској и мађарској права са правом Европске уније*, (ур. Љубомир Стајић), Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2018, 124-125.

¹⁷ Вид. Nicolas Castellon and Erik Frinking, *Securing Critical Infrastructures in the Netherlands – Towards a National Testbed*, The Hague Security Delta, 2015, 9.

¹⁸ Вид. Presidential Police Directive – Critical Infrastructures Security and Resilience, The White House, February 12, 2013. <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2013/02/12/presidential-policy-directive-critical-infrastructure-security-and-resil>, 12.8.2020.

објеката и мрежа као КИ из чега следе обавезе за операторе тако одређених система, мрежа и објеката. Пети корак подразумева предузимање конкретних мера и активности на плану смањења ризика односно отклањања штетних последица у складу са претходно дефинисаним улогама у систему заштите. На крају, последњи корак подразумева континуирано праћење и анализу функционисања система заштите КИ, вредновање резултата и евентуално отклањање уочених недостатака.

Шема 1. Поступак организовања и функционисања система заштите КИ



3. БЕЗБЕДНОСНИ МЕНАЏМЕНТ У ОБЛАСТИ ЗАШТИТЕ КРИТИЧНЕ ИНФРАСТРУКТУРЕ

3.1. Управљачки део система заштите КИ

У сложенем систему заштите КИ разликује се управљачки и извршни део система. Управљачки део чине они субјекти који су овлашћени да планирају, уређују, организују, координирају и врше надзор и контролу над

извршним делом система заштите КИ, док извршни део чине они субјекти који су дужни да предузимају мере и активности на плану смањења ризика односно спречавања и/или отклањања штетних последица. Субјеката са управљачким функцијама има више и они представљају безбедносни менаџмент у овој области. Стратегијски ниво менаџмента чине Народна скупштина и Влада. Народна скупштина донела је Националну стратегију заштите и спасавања у ванредним ситуацијама као политички и стратешки оквир за деловање на плану смањења ризика и управљања у ванредним ситуацијама, као и ЗоКИ и ЗоСРиУВС којима су дефинисани правни и институционални оквири система заштите КИ и система заштите и спасавања у ванредним ситуацијама.

ЗоКИ дефинише КИ (чл. 4), прописује поступак идентификације и одређивања КИ (чл. 5 – 7), субјекте који учествују у наведеним поступцима и њихова овлашћења и дужности, идентификује основне принципе организовања и функционисања система заштите КИ (чл. 3) и др. ЗоСРиУВС је комплементаран правни акт у области заштите КИ, због чега решења из ЗоСРиУВС могу бити модел приликом предузимања мера у области заштите КИ. Поред тога, ЗоСРиУВС има директну примену у области заштите КИ у оном делу¹⁹ који уређује питање надлежности РШВС чија надлежност се успоставља у случају наступања угрожавања, ометања рада или уништења КИ. Влада прописује критеријуме за идентификовање КИ, одлучује о предлозима нових сектора КИ који нису предвиђени ЗоКИ и одлуком одређује КИ.

Координирајући ниво менаџмента чини МУП који уређује, планира, координира, контролише активности, комуницира и даје информације у вези са КИ²⁰ и РШВС који предузима мере на отклањању или смањивању штетних последица нежељеног догађаја. Министарства надлежна за секторе КИ чине оперативни део менаџмента који, по унапред прописаним критеријумима, спроводе поступак идентификације КИ и достављају предлоге измена и допуна КИ у својим секторима најкасније до 31. октобра сваке године.

3.2. Безбедносни менаџмент оператора КИ

Извршни део система заштите КИ чине оператори КИ чији безбедносни менаџмент је дужан да изради Безбедносни план за управљање ризиком²¹ (у даљем тексту: Безбедносни план) и да га поднесе на сагласност МУП-у. Безбедносни план садржи мере смањења ризика, дефинише одговорност и

¹⁹ ЗоКИ, чл. 11.

²⁰ ЗоКИ, чл. 4, ст. 2.

²¹ ЗоКИ, чл. 8.

одређује дужности, те успоставља оквир за поступање у циљу отклањања, односно смањења последица безбедносних претњи дефинисаних у анализи ризика, која је саставни део плана. Овде би требало размислити о томе да процена ризика и Безбедносни план буду два одвојена аката и за то постоји више разлога. Прво, процена ризика је акт који садржи потенцијалне облике угрожавања КИ, опис њиховог садржаја, вероватноћу наступања, последице које би настале, где се могу јавити и које су слабе тачке система, индикаторе и сл. У том смислу процена ризика је акт који претходи Безбедносном плану и на основу кога се безбедносне процедуре које су саставни део плана израђују. Сагласност МУП-а на процену ризика била би основа за израду адекватног и квалитетног Безбедносног плана.

Друго, процена ризика има фундаментални значај за израду адекватног система заштите КИ, па је због тога на стратегијском нивоу потребно прописати методологију израде процене ризика која би била јединствена и заједничка за операторе у сваком сектору, што би омогућило боље уочавање проблема и размену информација између оператора и оператора и управљачког дела система заштите КИ. Методологија у области заштите од катастрофа може послужити као основа и пример за методологију израде процене ризика и планова у области заштите критичне инфраструктуре. Треће, имајући у виду значај система заштите КИ и ниво одговорности оператора КИ требало би донети процену ризика за КИ на националном нивоу, затим на секторском нивоу и тек на крају на нивоу појединачног оператора КИ. У том смислу процени ризика било би дато место које акт такве врсте има у систему заштите КИ у упоредним решењима²², у нашем систему смањења ризика и управљања у ванредним ситуацијама и у нашим решењима поводом неких других питања као што је борба против прања новца и финансирања тероризма²³.

Процена ризика на нивоу оператора КИ требало би да обухвати:

1. Анализу пословног, безбедносног, правног, економског и социјалног окружења у коме функционише оператер КИ;
2. Анализу секторске и међусекторске зависности са посебним освртом на последице секторске и међусекторску зависност КИ у сектору енергије, информационих технологија и саобраћајне инфраструктуре;
3. Анализу могуће секторске и међусекторске сарадње у управљању ризиком и управљању кризом;

²² Вид. примере Уједињеног Краљевства, Канаде, САД и др. у Protection of Critical Infrastructures against Terrorist Attacks: Compendium of Good Practices, Compiled by Counter – Terrorism Committee Executive Directorate (CTED) and United Nations Office of Counter – Terrorism (UNOCT) in 2018.

²³ Вид. Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма, *Службени гласник РС*, бр. 113/17.

4. Анализу постојеће инфраструктуре са идентификованим слабостима и могућим алтернативним решењима у случају наступања уништења или оштећења (на пример мостова или саобраћајница и сл.);
5. Анализу извора и облика угрожавања са посебним освртом на намерне и ненамерне акциденте; угрожавање у физичком и виртуелном простору; појединачне или серијске нападе; спољне или унутрашње облике угрожавања; облике угрожавања у једном сектору и оне који су део напада на друге секторе и др.

На основу извршене процене на нивоу оператора КИ потребно је изградити Безбедносни план који треба да садржи мере које треба предузети (административне, организационе, правне, техничке, санитарне и сл.) ради смањења ризика односно смањења последица уколико штетни догађај наступи, дефинисати одговорност у систему заштите оператора КИ и изградити безбедносне процедуре као прописане стандарде поступања у свакој ситуацији која је у процени ризика идентификована као угрожавајућа. Иако Закон то не предвиђа, Безбедносни план могао би да садржи и листу индикатора односно показатеља да непосредна опасност поштићени систем предстоји, како би активности на организовању и функционисању система заштите биле благовремене и отклониле угрожавање односно смањиле последице у случају да штетни догађај наступи.

Законом је прописано да оператор одређује официра за везу²⁴ као лице које је одговорно за координацију и комуникацију оператора са МУП. Официра за везу бира МУП на предлог оператора. Официр за везу је лице које служи као контакт између оператора и МУП-а, које обезбеђује сталну контролу ризика и претњи, обавештава о променама у односу на критичну инфраструктуру, обавештава МУП о евалуацији ризика, претњи и рањивости, координира Безбедносним планом, врши тестирања кроз вежбе и друге активности предвиђене планом и обавља све друге послове везане за критичну инфраструктуру.

3.3. Неки проблеми безбедносног менаџмента у систему заштите КИ

Идентификација КИ је поступак у коме министарства надлежна за секторе КИ идентификују инфраструктуру која испуњава одређене услове као критичну инфраструктуру. Да би надлежно министарство спровело поступак идентификације КИ потребно је претходно утврдити шта је инфраструктура у сваком сектору и утврдити критеријуме на основу којих надлежно министарство врши тзв. процену критичности односно идентификује одре-

²⁴ ЗоКИ, чл. 9.

ђену инфраструктуру као критичну. У Методологији израде и садржаја процене ризика од катастрофа и плана заштите и спасавања (у даљем тексту: Методологија) која се налази у прилогу Упутства о методологији израде и садржају процене ризика од катастрофа и плана заштите и спасавања наведено је шта обухвата инфраструктура у сваком сектору²⁵ КИ и то може бити полазна основа при идентификацији КИ.

Влада треба да утврди опште, секторске и међусекторске критеријуме²⁶ према којима би се наведена инфраструктура идентификовала и одредила као КИ. Упоредна решења не дају јединствен одговор у вези начина идентификације критеријума²⁷, али постоје адекватни предлози који могу послужити као основа за српско решење. Као полазна основна може послужити Директива 2008/114²⁸ у којој се као критеријуми наводе: број жртава (који се процењује спрам могућег броја мртвих и рањених); последице по привреду (економска вредност, последице по животну средину, степен смањења квалитета услуге или производа) и утицај на јавност (утицај на редовно задовољавање потреба, телесне патње, поверење у функционисање јавних служби). У заједничкој студији Комитета за борбу против тероризма ОУН и Интерпола²⁹ као критеријуми се помињу: обим територије на којој оштећење, уништење односно поремећај у обављању функција производи последице; трајање последица; озбиљност последица с обзиром на то које и колике су економске последице, број мртвих и повређених, утицај на животну средину и поверење према власти.

²⁵ Тако на пример, енергетску инфраструктуру чине: термо и хидроелектране, термоелектране – топлане и други објекти за производњу електричне енергије, као и електроенергетски водови, далеководи и трансформаторске станице; објекти за производњу електричне енергије из обновљивих извора; високе бране и акумулације напуњене водом; објекти за производњу и прераду нафте и гаса, производњу биогорива и биотечности. Саобраћајну инфраструктуру чине: друмски, железнички, ваздушни саобраћај (ауто-пут, државни путеви I и II реда; категорисани и некатегорисани путеви, мостови, тунели, надвожњаци и аутобуске станице; железничка мрежа, железничке станице; аеродроми), речни пловни путеви, луке и гранични прелази итд. Види Упутство о методологији израде и садржају процене ризика од катастрофа и плана заштите и спасавања, *Службени гласник РС*, бр. 80/19.

²⁶ Упркос законском року од 6 месеци, Влада до тренутка предавања текста рада у часопис Зборник радова Правног факултета у Новом Саду није донела подзаконски акт који регулише ово питање.

²⁷ Вид. Protection of Critical Infrastructures against Terrorist Attacks: Compendium of Good Practices, Compiled by Counter – Terrorism Committee Executive Directorate (CTED) and United Nations Office of Counter – Terrorism (UNOCT) in 2018, 44.

²⁸ Вид. чл. 2 Директиве Европског савета, Council Directive, 2008/114/EC on the identification and designation of European critical infrastructures and the assessment of the need to improve their protection, Official Journal of the European Union, L 345/75.

²⁹ Protection of Critical Infrastructures against Terrorist Attacks: Compendium of Good Practices, Compiled by Counter – Terrorism Committee Executive Directorate (CTED) and United Nations Office of Counter – Terrorism (UNOCT) in 2018, 44.

У Републици Хрватској као критеријуми³⁰ се наводе: живот и здравље људи; трајање штетне последице односно поремећаја у раду; обим поремећаја односно колико ће производи односно услуге бити погођене; законски, регулаторни и уговорни значај; привредна односно финансијска штета. Анализом претходних решења утврђено је да општи критеријуми за одређивање КИ могу бити квантитативни, квалитативни и временски. Ове врсте критеријума Александер Фекете³¹ дефинисао је и детаљније разрадио као: критичну размену (квантитативно исказивање последица у апсолутним или релативним износима – величина територије, број жртава, износ материјалне штете и сл.), критично време (време трајања нефункционисања КИ, време потребно да се последице отклоне и сл.) и критични квалитет (одређени ниво квалитета пружене услуге, произведеног добра или поверење грађана у пружаоца услуга односно државне органе, постојање одрживих алтернативних решења и др.).

Опште критеријуме потом је потребно даље разрадити у смислу утврђивање специфичних квантитативних, квалитативних и временских критеријума за сваки сектор. Сваки критеријум има својствене показатеље, па тако квантитативни критеријуми могу бити изражени кроз број људских жртава, број објеката или елемената који су уништени, износ материјалне штете, површину територије и сл.; временски критеријуми могу се изразити у сатима, данима, недељама, месецима или годинама, док се квалитативни критеријуми могу изразити описно (на пример: висок, умерен, низак ниво или степен оштећења и сл.). Утврђивање специфичних критеријума за идентификацију КИ даље захтева њихово укрштање унутар сектора, а затим утврђивање секторске међузависности (која је нарочито присутна код енергетског сектора, саобраћаја и информационих система) и на крају њихово вредновање.

Ради лакшег и егзактнијег одређивања прага критичности, по узору на један модел бодовања поводом одређивање критичне информационе инфраструктуре³², све показатеље у оквиру свих врста критеријума могуће је изразити одређеним бројем бодова. У табели испод дата је оријентациона дистрибуција бодова по критеријумима од 0 до 100, при чему укупан износ бодова указује на обим поремећаја у пружању услуга, задовољавању потреба и сл. уколико дође до оштећења или уништења КИ. Што је збир бодова свих

³⁰ Pravilnik o metodologiji za izradu analize rizika i poslovanja kritičnih infrastruktura, *Narodne novine* 47/2016, čl. 5.

³¹ Александар Фекете запослен је у Савезној канцеларији за цивилну заштиту и помоћи при катастрофама у Немачкој. Вид. Alexander Fekete, Common Criteria for the Assessment of Critical Infrastructures, *International Journal of Disaster Risk Science*, 2011, 2 (1): 18-19.

³² Soontai Park, Wans Yi, The Evaluation Criteria for Designation of Critical Information Infrastructure, *8th WSEAS International Conference on E-Activities and information security and privacy*, December 2009, <https://www.researchgate.net/publication/262257062>, 16.8.2020.

показатеља ближи максималном износу (100 бодова), то је значај такве инфраструктуре критичнији. На крају, потребно је одредити границу преко које инфраструктура постаје КИ. Бодовање може допринети утврђивању оптималног решења за КИ у Републици Србији јер би се инфраструктура у зависности од исказаног броја бодова могла разврстати према степену њеног значаја.

Табела 1. Дистрибуција бодова према критеријумима за одређивање КИ

Врста критеријума	Бодови (max)
Квантитативни критеријуми	25
Квалитативни критеријуми	25
Временски критеријуми	10
Секторска међузависност	10
Међусекторска зависност	30
Укупно:	100

По спроведеном поступку идентификавања „обједињен и дефинисан предлог система, мрежа, објеката и њихових делова идентификованих у наведеним секторима МУП подноси Влади која одређује КИ.“³³ Законом је прописано да се акт о одређивању критичне инфраструктуре ажурира сваке године, а најкасније до 31. децембра, због чега су министарства надлежна за секторе КИ дужна да редовно, а најмање једном квартално извештавају МУП о новонасталим променама у свом сектору. Одлуком о одређивању КИ одређује се шта је конкретно КИ у Републици Србији чиме настају обавезе за конкретне субјекте који се у смислу овог Закона називају оператори КИ.

Следећи важан проблем који је идентификован у току истраживања јесте неадекватност положаја, функције и састава организационе јединице МУП-а односно РШВС у систему заштите КИ. У редовним околностима организациона јединица МУП-а која по Закону треба да се организује ради вршења послова на уређивању, планирању, координацији, контроли активности, комуникацији и размени информација у вези са КИ, има кључну координирајућу улогу у систему заштите КИ. Међутим, у случају наступања угрожавања односно у случају ометања рада или уништења КИ руковођење и координација мера и послова је у надлежности РШВС у складу са ЗоСРиУВС.

Релевантна упоредна решења³⁴ прописују посебно тело или постојећи орган као координирајући ниво менаџмента у овој области који би требало

³³ Јб. Стајић, 124. И у том смислу види члан 5. ЗоКИ којим је прописан поступак идентификације.

³⁴ Вид. решење у САД, Немачкој, Француској и Уједињеном Краљевству. Поред тога преглед неких решења у Protection of Critical Infrastructures against Terrorist Attacks:

да обезбеди јединствен и интегрисан одговор на угрожавање КИ. У Аустралији постоји Поуздана мрежа за размену информација, у САД постоје координациона тела на нивоу сектора и на међусекторском нивоу, у Уједињеном Краљевству постоји Секретаријат за цивилне послове, у Канади координацију врши Национални међусекторски форум, у Шпанији постоји Национални сектор за заштиту критичне инфраструктуре и тд. Заједничка карактеристика ових тела јесте партиципација представника управљачког и извршног дела система заштите КИ у циљу бољег разумевања, размене информација, уједначавања праксе у секторима и међу секторима и сл.

Овде је реч о вишем координирајућем нивоу безбедносног менаџмента. Такву улогу према Законом о смањењу ризика и управљању у ванредним ситуацијама може да има РШВС који, као национална платформа у области смањења ризика и управљања ванредним ситуацијама, може да окупи стручњаке, научне раднике и сл. Међутим, надлежност РШВС успоставља се само изузетно, а комуникација са МУП-ом врши се поводом конкретних догађаја. Отуда би Влада требало да оснује сталну координациону групу (по узору на ону из области спречавања прања новца и финансирања тероризма³⁵) која би окупила све релевантне субјекте управљачког и извршног дела система заштите, али и друга лица која могу да допринесу успешном раду, ради сталне комуникације, координације, размене искустава и проблема и сл., а која би била виши координациони ниво и у односу на МУП у редовним околностима и у односу на РШВС у ванредним ситуацијама. Тако би се обезбедила континуирана сарадња и комуникација на нивоу који може да обезбеди интеграцију јавног и приватног сектора. Такво тело, аналогно решењу у области спречавања прања новца и финансирања тероризма, могло би оснивати стручне тимове, ангажовати експерте, али и успоставити и водити регистар КИ и регистар ризика.

4. ЗАКЉУЧАК

Интегрисан и функционалан систем заштите КИ представља императив сваке државе. У том смислу у раду је извршена анализа постојећег политичког и правног оквира система заштите КИ у Републици Србији, извршена

Compendium of Good Practices, Compiled by Counter – Terrorism Committee Executive Directorate (CTED) and United Nations Office of Counter – Terrorism (UNOCT) in 2018, 51-55.

³⁵ Вид. Одлуку о образовању Координационог тела за спречавање прања новца и финансирање тероризма, *Службени гласник РС*, бр. 54/18 и Одлуку о образовању Сталне координационе групе за надзор над спровођењем Националне стратегије за борбу против прања новца и финансирања тероризма, *Службени гласник РС*, бр. 37/15 и 90/17.

упоредна анализа неких кључних питања у вези улоге безбедносног менаџмента у овој области и утврђени предлози који би требало да допринесу успостављању интегралног и ефикасног система заштите КИ.

У Републици Србији не постоји посебна стратегија у области заштите критичне инфраструктуре која је у студији ОУН и Интерпола наведена као пример добре праксе у овој области. Међутим, постојећа Стратегија у области спасавања и управљања у ванредним ситуацијама може представљати добру основу за организовање и деловање система заштите КИ, док се не усвоји посебна стратегија или усвоји стратегија која обухвата све аспекте смањења ризика и управљања кризама. На организационом плану Влада би требало да утврди критеријуме за идентификацију КИ, образује сталну координациону групу која би била централно место координације и комуникација свих субјеката система заштите КИ, изради методологију за процену ризика и израду безбедносних планова, усвоји националну процену ризика и др.

Као важна мера на плану успостављања интегрисаног система заштите било би оснивање сталне координационе групе која би као виши координирајући ниво била задужена за: координацију послова свих субјеката у систему заштите КИ; утврђивање методологије за израду процене ризика; израду предлога националне процене ризика коју би усвајала Влада; давање препорука у вези критеријума на основу којих се врши идентификација КИ; комуникацију и размену информација између свих обвезника ЗоКИ поводом питања која се односе на заштиту КИ; утврђивање смерница за комуникацију и сарадњу МУП-а и РШВС у редовним и ванредним ситуацијама; организовање округлих столова, семинара и конференција на којима би се разговарало о позитивним решењима, слабостима и утврђивале препоруке у циљу отклањања слабости у систему заштите КИ; развијање безбедносне културе и подстицање свести о потреби интегрисаног институционалног одговора на угрожавање КИ и др.

На нижем координирајућем нивоу МУП и РШВС задржали би своје надлежности на плану координације и комуникације са обвезницима Закона ради смањења ризика односно отклањања штетних последица. На оперативном нивоу министарства надлежна за секторе КИ, поред поступка идентификације требало би да израде секторску процену ризика и прате стање у својим областима. Безбедносни менаџмент оператора КИ остао би одговоран за израду аката (одговарајућих правних аката, процене ризика, безбедносног плана и листе индикатора), одређивање официра за везу и спровођење конкретних мера и активности којима се оператор КИ штити од свих облика и носилаца угрожавања.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- Alexander Fekete, Common Criteria for the Assessment of Critical Infrastructures, *International Journal of Disaster Risk Science*, 2011, 2 (1): 15–24;
- Austrian Cyber Security Strategy, Federal Chancellery of the Republic of Austria, Vienna, 2013;
- An Emergency Management Framework for Canada – Third Edition, Emergency Management Policy and Outreach Directorate, May 2017;
- Compendium of Good Practices, Compiled by Counter – Terrorism Committee Executive Directorate (CTED) and United Nations Office of Counter – Terrorism (UNOCT) in 2018;
- Critical Infrastructures: What Makes Infrastructure Critical? Report for Congress, Congressional Research Service, The Library of Congress, updated January 29, 2003;
- National Infrastructures Protection Plan, Department for Homeland Security, 2019;
- Давор Милошевић, Противтерористичка заштита енергетских постројења, *Војно дело* 6/2018;
- Danijela Protić, Critical Infrastructures: Threats, Vulnerabilities and Protection, *Military Technical Courier*, 2016., Vol 64, No 3;
- Љубомир Стајић, Заштита критичне инфраструктуре и приватно обезбеђење, У Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније, (ур. Љубомир Сџајић), Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2018.
- Мирко Шкоро, Владимир Атељевић, Заштита критичне инфраструктуре и основни елементи усклађивања са Директивом Савета Европе 2008/114/ES, *Војно дело* 3/2015;
- Марија Мићовић, Безбедносни аспекти функционисања критичне инфраструктуре у ванредним ситуацијама – докторска дисертација, Факултет безбедности, Београд, 2016;
- Nicolas Castellon and Erik Frinking, Securing Critical Infrastructures in the Netherlands – Towards a National Testbed, The Hague Security Delta, 2015;
- Soontai Park, Wans Yi, The Evaluation Criteria for Designation of Critical Information Infrastructure, *8th WSEAS International Conference on E-Activities and information security and privacy*, December 2009;
- United Nations Millennium Declaration, A/55/L2, General Assembly, 18 September 2000;
- Оквир за смањење ризика од катастрофа из Сендаија за период 2015-2030 усвојен на Трећој светској конференцији Организација Уједињених нација која је одржана 18. марта 2015. године у Сендаију;
- National Strategy for Critical Infrastructures Protection (CIP Strategy), Federal Ministry of the Interior, Berlin, 17th June 2009;
- Presidential Police Directive – Critical Infrastructures Security and Resilience, The White House, February 12, 2013;
- Protection of Critical Infrastructures – Baseline Protection Concept, Federal Ministry of the Interior;

Council Directive, 2008/114/EC on the identification and designation of European critical infrastructures and the assessment of the need to improve their protection, Official Journal of the European Union, L 345/75;

Први додатни протокол Женевске конвенције из 1949. године. У: Извори међународног хуманитарног права, (ур. *Весна Кнежевић-Прегућ, Сања Аврам и Жељко Лежаја*), Београд, 2007;

Национална стратегија заштите и спасавања у ванредним ситуацијама, *Службени њласник РС*, бр. 86/11;

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

Закон о смањењу ризика од катастрофа и управљању ванредним ситуацијама, *Службени њласник РС*, број 87/18;

Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма, *Службени њласник РС*, бр. 113/17;

Одлука о образовању Координационог тела за спречавање прања новца и финансирање тероризма (Одлука), *Службени њласник РС*, бр. 54/18;

Одлука о образовању Сталне координационе групе за надзор над спровођењем Националне стратегије за борбу против прања новца и финансирања тероризма, *Службени њласник РС*, бр. 37/15 и 90/17;

Упутству о методологији израде и садржају процене ризика од катастрофа и плана заштите и спасавања, *Службени њласник РС*, бр. 80/19;

Pravilnik o metodologiji za izradu analize rizika i poslovanja kritičnih infrastruktura, *Narodne novine* br. 47/2016;

Речник српског језика, Матица српска, Нови Сад, 2011, стр. 462 или Longman Dictionary of Contemporary English 5th Edition.

Ljubomir S. Stajić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
Lj.Stajic@pf.uns.ac.rs

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

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

Security Management in the Field of Critical Infrastructure Protection in the Republic of Serbia – State and Perspectives

Abstract: *Term „critical infrastructure” became part of the post-Cold War security discourse when the first legal and political acts, containing this term, emerged. The Law on Critical Infrastructure in the Republic of Serbia was adopted in 2018, and some of the most important issues regulated by the Law are the competences and responsibilities of entities in the critical infrastructure protection system. The subject of our research was security management in the field of critical infrastructure protection. As a result of the research in the paper: 1. Levels, types and competencies of security management in the field of critical infrastructure protection have been identified; 2. Their mutual relationship has been determined and 3. Recommendations of measures and solutions that need to be taken in order to establish an integrated protection system in this area have been given.*

Keywords: *security management, risk management, crisis management, critical infrastructure, protection system, critical infrastructure operators.*

Датум пријема рада: 16.11.2020.

*Maja D. Stanivuković, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Stanivukovic@pf.uns.ac.rs*

DESIGNATING APPOINTING AUTHORITIES IN UNCITRAL ARBITRATION: WRONG AND IMPERFECT DESIGNATIONS*

Abstract: *In an international arbitration, the parties have a right to designate an appointing authority that will select and appoint the arbitrators in case the parties cannot agree on their appointment, and decide on challenges to arbitrators. However, if the parties lack experience, knowledge or are simply not careful enough, they can make wrong designations which result in appointing authorities that are not neutral. Sometimes, also, errors in drafting clauses that designate the appointing authority lead to imperfections and incoherence, which may frustrate the parties' choice of the appointing authority and adversely affect the entire arbitration. This paper examines the operation of arbitration clauses designating appointing authorities on two relatively recent examples from the combined UNCITRAL-ICC practice, with the aim to identify potential problems arising from wrong and imperfect designations and to suggest solutions.*

Keywords: *International Arbitration, Appointing authorities, UNCITRAL Arbitration Rules, ICC as appointing authority.*

1. INTRODUCTION

National arbitration statutes generally confirm the parties' right to designate an appointing authority that shall select the arbitrators and possibly decide on challenges to arbitrators in an international arbitration.¹ The Serbian Arbitration

* This paper has been written as a result of research conducted in 2020 in the framework of the Novi Sad Faculty of Law Research Project: "Legal Tradition and the New Legal Challenges" („Правна традиција и нови правни изазови“).

E.g. The Federal Arbitration Act, *U.S. Code* Volume 9, Title 9 § 5, Arbitration Act 1996, *UK Public General Acts*, 1996 c.23 § 18(1), Swiss Private International Law Act, Art. 179(1), French Code of Civil Procedure, Art. 1508, etc.

Act makes provision for such appointments in Articles 16 (3), 17(2) and 17(3)¹: the designated appointing authority has the power (1) to select the sole arbitrator or presiding arbitrator of a tribunal if the parties or their appointed arbitrators do not reach an agreement on who to appoint; (2) to select an arbitrator on behalf of a party (where that party fails to make its own selection), and (3) to determine the number of arbitrators. In case no appointing authority is designated the appointments are made and the number of arbitrators is determined by the competent state court. Similar provisions are found in Articles 6-10 of the 2010/2013 UNCITRAL Arbitration Rules. However, the UNCITRAL Arbitration Rules provide for additional powers for the appointing authority, in particular to appoint the entire tribunal and, in doing so, to revoke any appointment already made, and to designate who would be the presiding arbitrator in case of multiple parties as claimant or respondent.² The UNCITRAL Arbitration Rules also provide a different fallback solution in case the parties do not designate an appointing authority. According to Article 6(3), any of the parties may then request the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration (hereinafter: the PCA)³ to designate an appointing authority. The PCA therefore has the function of a „designating authority“ under the 2010 UNCITRAL Rules.⁴

An appointing authority is a person or entity that has the power to appoint arbitrators without the disputing parties' consent to the appointment of that particular person.⁵ In addition to this principal role, the appointing authority is often attributed additional roles, such as deciding on challenges of arbitrators and arbitration

¹ Zakon o arbitraži (The Arbitration Act), „Službeni glasnik Republike Srbije“, No. 46/06.

² In addition to those powers provided in Art. 10(1), the UNCITRAL Arbitration Rules provide several other functions for the appointing authority: to decide on challenges – Art. 13(4), to appoint a substitute arbitrator – Art. 14, review the arbitral tribunal's proposal on determining its fees and expenses and make adjustments – arts. 41(3) and 41(4), make comments to the arbitral tribunal concerning the amount of the deposits – Art. 43(3), etc. See in more detail: Brooks W. Daly, „Permanent Court of Arbitration“, in: C. Giorgetti (ed.), *International Litigation in Practice: The Rules, Practice and Jurisprudence of International Courts and Tribunals*, Leiden – Boston 2012, 42. Sarah Grimmer, „Expanded Role of the Appointing Authority under the UNCITRAL Arbitration Rules 2010“, *Journal of International Arbitration*, 28/2011, 501-518. For the enumeration of six main functions for the appointing authority see Recommendations to assist arbitral institutions and other interested bodies with regard to arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010), para. 30.

³ Basic information on the Secretary-General of the PCA and the list of all previous holders of the function is available at: Introduction: Secretary General, <https://pca-cpa.org/en/about/introduction/secretary-general/>, 27 October, 2020. The Secretary-General has always been a Dutch national.

⁴ The term „designating authority“ appears in the title to Article 6 of the 2010/2013 UNCITRAL Rules. It did not appear in the 1976 version of the Rules. Under the 2010/2013 UNCITRAL Rules, Article 6.1. the PCA can also be designated as an „appointing authority“.

⁵ David Gaukrodger, „Appointing Authorities and the Selection of Arbitrators in Investor-State Dispute Settlement: An Overview“, *A Consultation Paper* 2018, 22. <https://www.oecd.org/investment/investment-policy/ISDS-Appointing-Authorities-Arbitration-March-2018.pdf>, 27 October, 2020.

costs, and providing administrative support to the arbitral tribunal. The term “appointing authority” seems to have been coined by the UNCITRAL Secretariat during the drafting of the UNCITRAL Arbitration Rules.⁶ The term, as such, does not appear in earlier international documents such as the European Convention on Commercial Arbitration (hereinafter: ECICA) and the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards. Fouchard, Gaillard and Goldman observe that the list system that was introduced together with appointing authorities was used by the American Arbitration Association and the Netherlands Arbitration Institute, and that the American and the Dutch practitioners involved in the drafting of the UNCITRAL Rules “pushed for the adoption of that system”.⁷ Pieter Sanders, Special Consultant to the UNCITRAL Secretariat, said that “the appointment of arbitrators was the most delicate issue in the entire set of arbitration rules”.⁸ This is not surprising considering the central importance of these appointments for the quality and outcomes of arbitral decision-making.

The topic of appointing authorities does not appear too often in law journals. A title search in the HeinOnline Law Journal Library and Index to Foreign Legal Periodicals renders only a few results.⁹ However, the topic has attracted more attention recently in connection with ISDS.¹⁰

⁶ The author could not find the previous international documents that were used as models for the rules (such as the Rules of Procedure of the Inter-American Commercial Arbitration Commission), and therefore could not check whether they contained this term proper. The assumption that the term was coined by UNCITRAL is based on the fact that the UNCITRAL *travaux préparatoires* occasionally refer to appointing authorities under quotation marks which indicates that the term, although not the function itself, was new. See e.g. “International Commercial Arbitration”, U.N. Commission on International Trade Law Yearbook, 1/1968-1970, 260-284, 266; Report of the Secretary-General: revised set of arbitration rules for optional use in *ad hoc* arbitration relating to international trade (UNCITRAL Arbitration Rules) (A/CN.9/112), para.15, undocs.org/en/A/CN.9/112, 27 October, 2020. The 1976 UNCITRAL Arbitration Rules provide for designation of appointing authorities in arts.3(4), 6-8, 12, 38, 39 and 41(3).

⁷ Emmanuel Gaillard, John Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague – Boston 1999, 538.

⁸ UNCITRAL, Committee of the Whole (II), Summary record of the 3rd Meeting, A/CN.9/9/C.2/SR.3, 15 April 1976, para. 53. The initial version of the draft arbitration rules was prepared by the UNCITRAL Secretariat in consultations with the Dutch Professor Pieter Sanders. Report of the Secretary-General: revised set of arbitration rules for optional use in *ad hoc* arbitration relating to international trade (UNCITRAL Arbitration Rules) (A/CN.9/112) undocs.org/en/A/CN.9/112, 27 October, 2020”.

⁹ Tibor Varady, “On Appointing Authorities in International Commercial Arbitration, *Emory Journal of International Dispute Resolution*”, 2(2)/1988, 311-358; Gaius Ezejiakor, “Appointment of an Arbitrator under the Nigerian Law: The Procedure and Powers of an Appointing Authority – Nigerian Paper Mills Ltd. v. Pithawalla Engineering GMBH”, *African Journal of International and Comparative Law*, 7 (3)/1995, 663-671; Serge Lazareff, “Fostering and Rating Arbitrators’ Efficiency: The View of the Appointing Authorities”, *Journal of World Investment & Trade*, 5 (1)/2004, 77-88; Ruth Teitelbaum, “Challenge of arbitrators and the Iran-United States Claims Tribunal: defining the role of the appointing authority”, *Journal of International Arbitration*, 23/2006, 547-562; S. Grimmer, 3, 501-518.

¹⁰ D. Gaukrodger, 7

It is not accidental that the designation of an appointing authority comes into focus mainly in the context of the UNCITRAL Arbitration Rules. These rules were drafted for the purpose of *ad hoc* arbitration, and it is in the *ad hoc* arbitration that the need for an alternative appointment mechanism usually arises. If the arbitration clause provides for arbitration under the rules of an arbitral institution, there is no need to designate an appointing authority, since the mechanism of appointment of arbitrators, in case the parties cannot agree, will be one of the principal themes of the institutional rules.¹¹

2. SIMPLY WRONG DESIGNATIONS: WHEN THE CHOSEN AUTHORITY IS NOT NEUTRAL

Difficulties in selection of impartial judges are well known in domestic judicial systems.¹² They are no less pronounced in selection of international adjudicators. For example, the Hague Conference of 1907 failed in the establishment of an international court of justice (which it was hoped this conference would establish), only because of its inability to reach an agreement as to the method of election of judges.¹³ Mr. Elihu Root, the Secretary of State of the United States of America, and one of the leading figures at the Conference, said that:

“There can be no doubt that the principal objection to arbitration rests not upon the unwillingness of nations to submit their controversies to impartial arbitration, but upon an apprehension that the arbitrations to which they submit may not be impartial.”¹⁴

It is common knowledge that the selection of arbitrators depends on who is making the selection. The organ that is to perform that task must not be biased towards the parties or the subject-matter of the dispute. However, designating a neutral appointing authority ahead of a dispute may prove to be a challenging task for parties unversed in arbitration, because it requires knowledge of the underlying context of different arbitration bodies and of the competences of various players on the international arbitration scene.¹⁵ Also, the circumstances may change from

¹¹ The Serbian Arbitration Act also provides in Article 16(4): “If an arbitration is administered by a permanent arbitral institution, the institution shall act as an appointing authority.”

¹² Attila Bado, *Izbor sudija – nepristrasnost i politika*, *Zbornik radova*, Vol. 48, Issue 1, 2014, pp. 277-316.

¹³ Frank B. Kellogg, *Limits of the Jurisdiction of the Permanent Court of International Justice*, *The American Journal of International Law*, Vol. 25, No. 2, 1931, pp. 203-213, 208.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Gus van Harten, “Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law”, in Stephan Shill, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, New York 2020, 643-648. Also available as: All Papers. Paper 13. http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/all_papers/13, 27 October, 2020.

the time the contract is concluded until the arbitration clause in the contract needs to be activated. The arbitral practice is full of examples of mistakes and unexpected turns of events which make the designation of the appointing authority defective for one reason or another. It is worth mentioning the example of *Losinger*¹⁶ that resulted in the claim by Switzerland against Yugoslavia, before the Permanent Court of International Justice in 1935. The failure of arbitration in that case could be said to have originated in the lack of neutrality of the appointing authority. The relevant contract was originally entered into between an American company and a Yugoslav municipality. The arbitration clause provided for two arbitrators each to be appointed by one party. "If these two arbitrators fail to agree, or if one of the Parties fails to appoint an arbitrator within the time specified, the case shall be referred either to the President of the Swiss Federal Court or to a neutral person, who shall be appointed by the latter, and who shall, in the capacity of umpire, give his decision alone upon the dispute." The arbitration clause thus contemplated a dispute between the American company and the Yugoslav municipality, in which a Swiss high-ranking judge as appointing authority would be a neutral. Eventually, the contractual parties changed. The American company as the contractor was replaced by Losinger, a Swiss company. On the other side, the Yugoslav Kingdom stepped into the shoes of the previous employer, the Municipality of Požarevac. Oddly enough, the arbitration clause remained unchanged. When the first claim was filed in 1933, the two arbitrators appointed by the parties, one Swiss and one Yugoslav national, met for the hearing and deliberation in June 1934 in Belgrade but could not agree. The dispute was then referred to the President of the Swiss Federal Tribunal, Henri Thélín who, acting in the capacity of umpire, rendered an award in favor of the claimant, the Losinger company, on 31 October 1934. Several weeks later, in November 1934, a second arbitration was instituted by the Losinger company. This time the Yugoslav government failed to appoint its arbitrator within the time-limit fixed by Losinger. On 24 December 1934, the claimant reappointed Henri Thélín as umpire, less than a week before he would retire and cease to be President of the Swiss Federal Tribunal. Although the Yugoslav government expressed the view that Mr. Thélín could not be arbitrator because he was not a neutral, and suggested modification of the arbitration clause, this did not materialize. Mr. Thélín submitted the respondent's proposal for the modification to Losinger, who did not accept it, so the arbitration continued. Mr. Thélín did not recuse himself and continued to act as umpire. His jurisdic-

¹⁶ PCIJ, *Losinger & Co., Switzerland v. Yugoslavia*, order of 27 June 1936, series A/B no. 67 (joining preliminary objections to merits); PCIJ, *Losinger & Co., Switzerland v. Yugoslavia*, order of 14 December 1936, series A/B no. 69 (discontinuance of proceedings). See in more detail: Maja Stanivuković, Sanja Đajić, "From Losinger to ATA v. Jordan: Retroactive application of national law to arbitration agreements", *Yearbook on International Arbitration and ADR*, (eds. Roth Marianne Herausgeber, Michael Geistlinger) VI/NWV/Wien/2019, 149-170, 156.

tional decision eventually led to the international dispute between the two countries, Switzerland and Yugoslavia. The defect of the arbitration clause in this case lay in the fact that it empowered the President of the Swiss Federal Tribunal to be an appointing authority or arbitrator, at his own choice, in a contractor-state dispute involving a national of Switzerland. Judging by today's rules and standards, such as the ICSID or ICC rules of arbitration, a national of an investor's state could not act as the sole arbitrator without both parties' express consent, and would never be appointed by those institutions.¹⁷ Also, under the UNCITRAL Rules, the appointing authority "shall take into account the advisability of appointing an arbitrator of a nationality other than the nationalities of the parties."¹⁸

The same rule should apply *mutatis mutandis* to the designated appointing authority. Although *Losinger* and Yugoslavia failed to amend the arbitration clause at the time of subrogation of the Swiss company into the rights of the American company, the fundamental rule of neutrality of arbitrators -- and also neutrality of appointing authorities -- should have prevailed over the original agreement under the changed circumstances. *Losinger* shows that selecting an office-holder as appointing authority is not always a risk-free decision. It carries similar risks as appointing an individual:¹⁹ the risks that the incumbent will eventually become unavailable (gone out of office) or conflicted.

The question of nationality of the appointing authority, that is an individual holding an office in an international body, has not been regulated in international arbitration law. Nationality is a parameter that is recognized as directly affecting the neutrality of the arbitrator, and for that reason, it is considered when appointing sole and presiding arbitrators, and sometimes even the whole tribunal. Chiara Giorgetti says that: "the nationality requirement, which bars parties from selecting arbitrators who are their nationals [in investment arbitration], is a good example of a guidepost", which is a tool used "to ensure that choice of an arbitrator by the parties is fair and not abused."²⁰ Pierre Lalive speaks of the "national

¹⁷ Under both ICSID and UNCITRAL Arbitration Rules, as well as under the ICC Rules, certain nationality restrictions apply with regard to appointment of arbitrators.

¹⁸ 2013 UNCITRAL Rules, Art. 6(7); 1976 UNCITRAL Rules, Art.6(4). For example, in an UNCITRAL arbitration between a Serbian branch of the major software producer and the Serbian Republic Geodetic Authority under the World Bank financed software procurement contract, the respondent, upon receiving the notice of arbitration, failed to appoint an arbitrator. The Claimant then applied to the Secretary-General of the PCA, who designated a Belgian national as appointing authority, who appointed a Swiss national as the second arbitrator. See more detail about this case in: Maja Stanivuković, "Adjudication as a Preliminary Step to Arbitration: A Case of First Impression in Serbia", in: *Harmonisation of Serbian and Hungarian Law with the European Union Law*, Novi Sad Faculty of Law, Novi Sad 2018, 137-167.

¹⁹ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, second edition, Kluwer Law International, Netherlands 2014, 1704.

²⁰ Chiara Giorgetti, "Who decides who decides in international investment arbitration", University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 35, Issue 2, 2013, 431-486, 471.

neutrality” of the third arbitrator as the symbol of impartiality.²¹ Nationality should be treated with the same precaution as regards the appointing authorities who are individuals. Nationality of those individuals may affect their actual or perceived neutrality. However, neither the UNCITRAL Rules,²² nor other international sources of arbitration law,²³ mention this requirement, nor for that matter, the requirement that the appointing authority must be neutral.²⁴ Before designation, the Secretary-General of the PCA advises the potential appointing authority that it should be and remain independent and impartial.²⁵ Impartiality presumes that the appointing authority is neutral, i.e. impartiality comes as a result of neutrality.²⁶ However, there is no recourse under the UNCITRAL Rules in case the appointing authority, designated by the parties, ceases to be neutral for some reason (e.g.

²¹ Pierre Lalive, “On the Neutrality of the Arbitrator and of the Place of Arbitration“, *Recueil des travaux suisses sur l'arbitrage international*, Lausanne, 1984, pp. 23-33, 28.

http://www.lalive.ch/data/publications/43_-_On_the_Neutrality_of_the_Arbitrator_and_of_the_Place_of_Arbitration_Recueil_de_travaux_suisses_sur_l'arbitrage_international.pdf 30 October 2020.

²² The *travaux preparatoires* of the UNCITRAL Rules 1976 contain the following remark: „The Chairman said that the question of the nationality of the appointing authority also arose. It is not very practicable to model paragraph 3 on the procedure for the choice of a sole arbitrator and allow the party which named one arbitrator to have the second arbitrator named by a national authority. Thus under article 8, paragraph 3(b), the claimant would be able to apply to the international authority, and if that was the Permanent Court of Arbitration at the Hague, the Court would designate an appointing authority which would designate an arbitrator, without, of course, using a list-procedure.“ A/CN.9/9/C.2/SR.5, 2, para. 3.

²³ An example of an agreement that takes into account the possibility that the designated appointing authority might eventually become conflicted is the 1933 Concession Agreement between the Government of Persia and the Anglo-Persian Oil Company, Art. 22, which provided that in default of the parties’ agreement the third arbitrator was to be appointed by the President of the Permanent Court of International Justice (hereinafter: the PCIJ). If the President of the PCIJ was a British or Persian national or a national of another closely related country designated in that Article, the third arbitrator was to be appointed by the Vice President of the PCIJ. *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)*, Written Proceedings, Memorial submitted by the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, 10 October 1951, 256. [icj-cij.org/en/case/16/written-proceedings](http://www.icj-cij.org/en/case/16/written-proceedings). A more contemporary example is the India Model BIT (2016), Article 18.3., which provides that the appointing authority, whether in ICSID or UNCITRAL should not be a national of either party. If their nationality is the same, the arbitrators shall be appointed by the President of the ICJ, or Vice-President, or the next most senior judge, who is not a national of either party. See in more detail, Prabhash Ranjan and Pushkar Anand, “Chapter 19: Investor State Dispute Settlement in the 2016 Indian Model Bilateral Investment Treaty: Does it Go Too Far?” in: Julien Chaisse and Luke Nottage, *International Investment Treaties and Arbitration Across Asia*, Brill, Nijhoff, 2018, 579-611, 595.

²⁴ This is perhaps implied but not expressly stated in the Rules. See Chiara Giorgetti who states that: “International arbitrators are selected by parties or *neutral* appointing authorities after much vetting and thought...” [emphasis added]. C. Giorgetti, 21, 472.

²⁵ S. Grimmer, 3, 502.

²⁶ Tibor Varadi, “O nepristrasnosti u rešavanju međunarodnih sporova“, *Zbornik radova*, Vol. 23, 1989, 163-180, 169.

because of the change of his or her nationality).²⁷ It is interesting to note that at its eighth session, the UNCITRAL had given overwhelming support to the establishment of a single appointing authority under the United Nations auspices, probably looking for a completely neutral organ.²⁸ At the proposal of the Soviet representative, Mr. Lebedev, it was later decided that no additional organ or body except the Secretary-General of the PCA was to be established under the UN auspices for the designation of the appointing authority.²⁹

During the negotiations leading to the ECICA, finding a neutral appointing authority in *ad hoc* arbitrations was a difficult issue for the negotiating states because of the then prevailing divide between the East and the West.³⁰ Ultimately, the contracting parties agreed on a very elaborate procedure that involves: (a) the President of the competent Chamber of Commerce of the respondent's habitual place of residence or seat at the time of notification of the request for arbitration, (b) the President of the Chamber of Commerce of the agreed place of arbitration; and (c) the Special Committee established under the Convention. In case the respondent fails to appoint its arbitrator, the claimant may apply to (a), and subsidiarily to (c), whereas in case the parties cannot agree on the appointment of a sole arbitrator or presiding arbitrator, the claimant may apply either to (a) or (b) if the place of arbitration has been agreed upon by the parties. If no place of arbitration has been agreed upon, the claimant may apply either to (a) or to (c). The Parties may, of course, agree upon a different appointing authority. These provisions that strive to preserve neutrality are rarely put into action, as *ad hoc* arbitrations are nowadays mostly submitted to the UNCITRAL Arbitration Rules, in which case, Article 6 of the UNCITRAL Rules prevails.³¹

Serbia has recently demonstrated that it is not a very good student in arbitration as it did not learn much from the historical experience of Losinger, when it accepted, in negotiations of a BIT with Canada, the following provision on the appointing authority:

“If a Tribunal, other than a Tribunal established under Article 28, has not been constituted within 90 days from the date that a claim is submitted to arbitration, a

²⁷ Sarah Grimmer notes a case where the claimant requested that the Secretary-General of the PCA replace the appointing authority on the ground of bias in favor of the respondent. The request was rejected for lack of competence to act. The Secretary-General found that he was not empowered to remove the appointing authority on that ground. S. Grimmer, 3, 503.

²⁸ UNCITRAL, Ninth session, Committee of the Whole (II), Summary Record of the First Meeting, A/CN.9/9C.2/SR.1 14 April 1976, para. 13.

²⁹ Summary Record of the Fourth Meeting, A/CN.9/9C.2/SR.4 14 April 1976, para. 37.

³⁰ Markus Schifferl, “Article IV: Organization of the Arbitration”, in Gerold Zeiler and Alfred Siwy, *The European Convention on International Commercial Arbitration: A Commentary*, Kluwer Law International, The Netherlands 2018, 71-80, 73, para. 6. The detailed provisions on the appointment of arbitrators in *ad hoc* arbitration are found in Article IV of the Convention.

³¹ *Ibid.*, 74, para. 8.

disputing party may ask the Secretary-General of ICSID to appoint the arbitrator or arbitrators not yet appointed. The Secretary-General of ICSID shall make the appointment at his or her own discretion and, to the extent practicable, this appointment shall be made in consultation with the disputing parties. The Secretary-General of ICSID may not appoint as presiding arbitrator a national of a Party.”³²

It seems that it is Canada’s general policy to identify the Secretary-General of ICSID as the appointing authority in each investment treaty.³³ Such treaty designations of an appointing authority by other countries remain exceptional.³⁴

At the time of negotiating the draft of the Treaty, and at the time of writing this Article, the Secretary-General of the ICSID was and is a Canadian national.³⁵ There is no mechanism in the BIT that would enable a challenge of the appointing authority for lack of neutrality.³⁶ The scope of the power to designate is broad: it applies regardless of arbitration rules selected, i.e., not only in ICSID arbitrations,³⁷ but also in UNCITRAL arbitrations that are envisaged under Article 24.³⁸ In the event of consolidation of several actions which may happen if a disputing party (usually a claimant) seeks a consolidation, the Secretary-General of ICSID is empowered to appoint the entire tribunal, including an arbitrator who is a national of the respondent

³² Agreement Between Canada and the Republic of Serbia for the Promotion and Protection of Investments, signed on 1 September 2014, entry into force 27 April 2015, Art. 26(4).

³³ Those are the Canada-Moldova BIT (2018), Art.25(4), Canada-Mongolia BIT (2016), Art.25(4), Canada-Hong-Kong BIT (2016), Art.25(4), Canada-Guinea BIT (2015), Art.26(4), Canada-Burkina-Faso BIT (2015), Art.27(4), Canada-Cote-d’Ivoire BIT (2014), Art.25(4), Canada-Mali BIT (2014), Art.25(4), Canada-Senegal BIT (2014), Art.26(4), Canada Nigeria BIT (2014), Art.26(4) (not in force), Canada Cameroon BIT (2014), Art.25(4), Canada-Tanzania BIT (2013), Art.25(3), Canada-Benin BIT (2013), Art. 28(4), Canada-China BIT (2012), Art. 24(5), Canada-Kuwait BIT (2011), Art.25(4), Canada-Jordan BIT (2009), Art.30, etc. The BITs concluded by Canada in or after 2009 when the current Secretary-General of ICSID was appointed, that did not designate this office-holder as appointing authority are the BITs with the Slovak Republic (2010), Latvia (2009), Romania (2009) and the Czech Republic (2009). The benefit of being part of the EU club and therefore a more powerful or more sophisticated negotiator comes out very clearly in this enumeration. Data taken from the UNCTAD Investment Policy Hub, investmentpolicy.unctad.org 30 October 2020.

³⁴ D. Gaukrodger, 6, 7.

³⁵ The current Secretary-General of ICSID is a former government official with extensive ISDS experience as counsel of the Canadian government.

³⁶ Soon after the entry into force of the Agreement, a first ICSID case was initiated against Serbia by a Canadian investor. The Parties have managed to reach agreement on the appointment of the arbitral tribunal and there was no need for action of the appointing authority (Article 26(1) of the BIT provides that the presiding arbitrator shall be appointed by agreement of the disputing parties). The case is still pending.

³⁷ In ICSID arbitrations, the Secretary-General has an important role in making appointments anyway. For example, the formal appointing authority, the Chairman of the Administrative Council, performs this function as an appointing authority on the recommendation of the Secretary-General. Carolyn Lamm, Ciara Giorgetti and Mairée Uran-Bidegain, “International Centre for Settlement of Investment Disputes”, in C. Giorgetti (ed.), 3, 86.

³⁸ Such broad scope of appointing authority’s power used to be provided in NAFTA Article 1124(1).

Party (Serbia).³⁹ One could imagine a scenario similar to the Argentinian case *Abaclat*,⁴⁰ but initiated instead by a multitude of Canadian investors in Serbian state bonds, with a Canadian national designating the entire tribunal. Any potential national bias towards the bondholders on the part of the Secretary-General could easily lead to appointment of investor-friendly arbitrators that could wreak a financial catastrophe on the respondent Party (Serbia) equal to a tsunami. Winston Churchill wrote, “Those that fail to learn from history are doomed to repeat it.”

3. IMPERFECT DESIGNATIONS

An *ad hoc* arbitration clause can be vulnerable. Its survival depends on the quality of the drafting. If the drafting is poor, this may cause disputes regarding which institution was designated as the appointing authority. In case of such preliminary disputes, the cooperation of both parties, as well as their knowledge of the basics of arbitration, would be essential and would determine whether the arbitral tribunal would be properly constituted and empowered to render an award. If some of this is lacking, the process of constitution of the arbitral tribunal may become excessively time-consuming and expensive, and may even be “quashed” at a later stage by the selected arbitrators themselves, or by the state court.

Errors in designation of the appointing authority are a common defect affecting arbitration clauses⁴¹ and can make them ineffective or inoperative. The operation of imperfect (pathological) arbitration clauses designating appointing authorities can be demonstrated on two relatively recent examples from the combined UNCITRAL-ICC practice -- *Econet Wireless v. First Bank of Nigeria* and *X, Isle of Man v. Y, Bosnia and Herzegovina* – with the aim to identify the problems and the ways by which they can be overcome.

3.1. Econet Wireless v. First Bank of Nigeria⁴²

A Bermuda corporation created a Nigerian corporation to bid for a GSM (cellular telephone) license in 2000. A Shareholders’ Agreement was signed by

³⁹ The power to establish the entire tribunal in case of consolidation is provided under Article 28 of the Serbia-Canada BIT.

⁴⁰ ICSID, *Abaclat and others v. Argentine Republic*, Case No. ARB/07/05, Decision on Jurisdiction and Admissibility of 4 August 2011. This was an investment arbitration where more than 180.000 Italian bondholders claimed that Argentina’s sovereign debt restructuring violated their rights under the Italy-Argentina BIT.

⁴¹ G. Born, 20, 1723-1724.

⁴² *Econet Wireless Ltd. (UK/South Africa) v First Bank of Nigeria, et al. (Nigeria)*, Award, 2 June 2005 in, Albert Jan van den Berg (ed), *Yearbook Commercial Arbitration*, Volume XXXI, Kluwer Law International, The Netherlands 2006, 49 – 65 (hereinafter: *Econet Wireless*).

twenty-one persons and entities, some of them local Nigerian companies, including the First Bank of Nigeria. The Shareholders' Agreement included an arbitration clause which provided:

“Any dispute, controversy or claim between the Parties arising out of or in relation to the interpretation or execution of this agreement or the breach, termination or invalidity thereof shall be finally settled by arbitration in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules in effect as at the date of the dispute. The number of arbitrators shall be three and they shall be appointed by the Chief Judge of the Federal High Court of Nigeria upon an application by any of the Parties. The Chief Judge shall specify which of the three arbitrators shall serve as the Chairman of the arbitral tribunal. The venue of arbitration shall be Nigeria and the language of the arbitration shall be English.”

A dispute eventually arose between the shareholders. In August 2003, the Bermuda corporation initiated arbitration by serving the First Bank of Nigeria, and several other respondents, with a Notice of Arbitration in accordance with the 1976 UNCITRAL Arbitration Rules and the arbitration clause in the Shareholders' Agreement. A copy of this Notice was sent to the Chief Judge, as the designated appointing authority, asking her to appoint the tribunal. The respondents objected to the appointment of arbitrators, arguing that no dispute has yet arisen between the parties. They also argued that the Nigerian court had exclusive jurisdiction for the case as the dispute arose both from the Shareholders' Agreement and from the operation of the Nigerian Companies Act, and it was doubtful whether the scope of the parties' agreement to arbitrate encompassed matters other than their rights and obligations under the Shareholders' Agreement. A litigation in the Federal Court of Nigeria ensued regarding the arbitrability of the case. In those circumstances, the Chief Judge refrained from appointing the arbitrators.

The claimant then addressed the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration (PCA) in The Hague with a request to designate a substitute appointing authority pursuant to Article 7(2) of the 1976 UNCITRAL Rules.

As a rule, when the Secretary-General receives a request to designate an appointing authority, he first conducts a screening of the documents submitted by the party in order to determine that he is competent to act.⁴³ If the Secretary-General is requested to designate a replacement appointing authority, he or she may remove the existing appointing authority only where the original appointing authority “refuses to act” or “fails to appoint an arbitrator.”⁴⁴ This *prima facie* review in *Econet Wireless* resulted in a decision reached in November 2003, by which the PCA designated the International Court of Arbitration of the International

⁴³ S. Grimmer, 3, 502.

⁴⁴ *Ibid.* 503.

Chamber of Commerce (hereinafter: ICC) as a substitute appointing authority. In December 2003, the Bermuda corporation submitted a request to the ICC to appoint all three members of the arbitral tribunal. In February 2004, the ICC informed the parties that it had appointed the arbitral tribunal. The Chairperson of the tribunal was Professor Jan Paulsson.

At the outset of the proceedings, the tribunal carried out a *de novo* analysis of the validity of its own composition, noting that it was not bound by the preliminary decisions of the PCA and the ICC, which acted in a purely administrative capacity, without the benefit of full pleadings, evidence and oral arguments from the parties.⁴⁵ The tribunal considered that, in determining whether it was properly constituted, it should first refer to the arbitration clause, then to the 1976 UNCITRAL Rules and finally, where neither of those offered a solution, to the relevant provisions of the Nigerian Arbitration Act.

The tribunal noted that the arbitration clause was somewhat unusual in that the parties abandoned the more common practice whereby one arbitrator is appointed by each side, and the chairperson is appointed by the two arbitrators or an outside institution. This commonplace manner of constituting the tribunal, that is also contained as the default rule in Article 7(1) of the 1976 UNCITRAL Rules, was in this case replaced with an entirely different system, providing for the appointing authority, namely the Chief Justice, to appoint all three arbitrators. Nonetheless, the tribunal understood the parties' motivation. The parties to the Shareholders' Agreement could not have known at the outset how many "sides" would be to any future dispute. Therefore, they chose to delegate the appointment of the entire tribunal to an outside person, presumably one viewed as neutral and trustworthy. Such modification was fully consistent with the spirit and letter of the UNCITRAL Rules according to which "disputes shall be settled in accordance with these rules subject to such modification as the parties may agree in writing".⁴⁶ It was also in accordance with the expectations of the parties, who viewed the Nigerian legal system as having a close connection to their activities and their contract.⁴⁷ However, the provision offered no fallback procedure to follow, should the Chief Judge fail to carry out her duty.⁴⁸

The tribunal then turned to the 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, which the parties incorporated by reference. Article 7 of the UNCITRAL Rules provided:

"1. If three arbitrators are to be appointed, each party shall appoint one arbitrator. The two arbitrators thus appointed shall choose the third arbitrator who will act as the presiding arbitrator of the tribunal.

⁴⁵ *Econet Wireless*, para. 5

⁴⁶ *Ibid.* para. 16.

⁴⁷ *Ibid.* para. 23.

⁴⁸ *Ibid.* para. 13-14.

2. If within 30 days after the receipt of a party's notification of the appointment of an arbitrator the other party has not notified the first party of the arbitrator he has appointed:

(a) The first party may request the appointing authority previously designated by the parties to appoint the second arbitrator; or

(b) If no such authority has been previously designated by the parties, or if the appointing authority previously designated refuses to act or fails to appoint the arbitrator within 30 days after receipt of a party's request therefor, the first party may request the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration at The Hague to designate the appointing authority. The first party may then request the appointing authority so designated to appoint the second arbitrator. In either case, the appointing authority may exercise its discretion in appointing the arbitrator.

3. If within 30 days after the appointment of the second arbitrator the two arbitrators have not agreed on the choice of the presiding arbitrator, the presiding arbitrator shall be appointed by an appointing authority in the same way as a sole arbitrator would be appointed under article 6.”

The claimant argued that by adopting an alternative appointment procedure, which replaced Article 7(1) of the UNCITRAL Rules, the parties had implicitly agreed to also modify Arts. 7(2) and 7(3) as necessary to ensure, in case of failure of the Chief Justice to appoint, the same outcome as would arise where one of the parties failed to appoint under the standard wording of UNCITRAL Rules Article 7(1): that the vacancies are filled by an appointing authority selected by the PCA.

This argument was rejected. The tribunal compared the text of Arts. 7(2) and 7(3) and the suggested modifications and concluded that “the implicit modification of UNCITRAL Rules Art. 7 suggested by the Claimant would require substantial wordsmithing to be effective.”⁴⁹ It would “constitute a major departure from the written text of the Parties’ agreement.”⁵⁰ The tribunal did not outright reject the possibility of such interpretation. Instead, it examined the intentions and expectations of the parties considering that such an interpretation could be justified if it clearly served “to advance the parties’ intent”. The evaluation of the parties’ expectations was based on the following indications: the parties chose Nigerian procedural and substantive law to govern the arbitration; they entrusted the Chief Judge with the appointment of all the arbitrators. On the basis of these factors, the tribunal concluded that the parties must have contemplated that all three arbitrators chosen would be Nigerian jurists, with whom the Chief Judge would naturally be most familiar.⁵¹ The literal interpretation of Arts. 7(2) and 7(3) of the UNCITRAL Rules would not lead to the collapse of the arbitration, because there was the

⁴⁹ Ibid. para. 21.

⁵⁰ Ibid. para. 22.

⁵¹ Ibid. para. 23.

gap-filling function to be served by the *lex arbitri*. Therefore, the tribunal turned to the Nigerian Arbitration and Conciliation Act (hereinafter: NACA), because neither the Shareholders' Agreement nor the UNCITRAL Rules provided a satisfactory answer to the question posed. The NACA provided that the following procedure should be applied:

“(3) Where, under the appointment procedure agreed upon by the parties –

.....

(c) a third party, including an institution, fails to perform any duty imposed on it under the procedure, any party may request the court to take the necessary measure, unless the appointment procedure agreed upon by the parties provides other means for securing the appointment.”

The claimant argued that the “safety net” created by the NACA was illusory. This provision merely permitted a petition to the same instance – the Chief Judge of the Federal High Court – that failed to appoint the tribunal in the first place. The tribunal rejected this argument as unpersuasive. It did not matter for the purpose of the tribunal’s analysis whether the NACA provided an effective mechanism to constitute an arbitration tribunal after the Chief Judge failed to carry out her duty. The only questions that the tribunal had to answer were whether the parties reasonably expected that such recourse could be unsuccessful and whether they agreed the PCA would be charged with the task of preventing that eventuality.⁵² The tribunal found that there was insufficient evidence to support the notion that the parties agreed or intended to agree to the PCA as the appropriate alternative designating authority. Therefore, the tribunal found that the parties did not agree to any specific procedure to follow should the Chief Judge fail to appoint all three arbitrators:

“While the Parties may have signed an imperfect arbitration agreement, and one which leads to an undesired result for the Claimants in the present specific circumstances, it is not for us to repair it for them after the fact.”⁵³

The PCA was therefore not authorized to act as designating authority and to designate the ICC as the appointing authority,⁵⁴ and the tribunal, as the product of the ICC’s subsequent appointments, therefore declared itself lacking jurisdiction

⁵² Ibid. para. 38.

⁵³ Ibid. para. 40.

⁵⁴ Some authors misunderstood the role played by the PCA in this case to had been the role of an appointing authority: “...the arbitral tribunal decided that the PCA had not in fact been authorized to act as appointing authority in the parties’ arbitration agreement (despite doing so)... The PCA was not proper appointing authority under parties’ arbitration agreement, which incorporated Nigerian law, requiring Nigerian courts to select arbitrators in default of contractually-agreed mechanism.” G. Born, 20, 1708, fn. 400.

to adjudicate the parties' dispute.⁵⁵ As it had no jurisdiction, the tribunal declined to apportion the costs and to order the claimant as the losing party to pay them.⁵⁶

The parties drafting the contract in this case have opted to designate the holder of an office, a State-court judge, as appointing authority. Such a choice makes little sense, as State-court judges usually have focuses and competences other than selecting international arbitrators,⁵⁷ and concerns other than just the smooth unfolding of an arbitration. Some State-court judges will refuse to act as appointing authority due to their views on the validity of the arbitration clause and/or priority of the court proceedings in which that validity is challenged. Another mistake that the parties made, out of the best intention, was to provide appointment of all three arbitrators at once. This arrangement replaced Article 7 of the UNCITRAL Rules in its entirety, and thus took away authorization from the PCA to substitute the designated appointing authority with another one.

Econet Wireless illustrated not only that there can be imperfect, "pathological" designations of an appointing authority,⁵⁸ but also that the 1976 UNCITRAL Rules were insufficient to cure this imperfection.⁵⁹ When the time came to amend the UNCITRAL Rules in 2010, this insufficiency was not forgotten. The Rules were appropriately amended. If the appointing authority designated in the contract failed to appoint the arbitrators, the parties to an arbitration agreement similar to the one in *Econet Wireless*, but falling under the 2010 UNCITRAL Rules, could nowadays turn to the PCA and request the PCA to appoint an alternative appointing authority in reliance on Art. 6(4) of the 2010/2013 UNCITRAL Rules:

"Except as referred to in Article 41, paragraph 4, if the appointing authority refuses to act, or if it fails to appoint an arbitrator within 30 days after it receives a party's request to do so, fails to act within any other period provided by these Rules, or fails to decide on a challenge to an arbitrator within a reasonable time after receiving a party's request to do so, any party may request the Secretary-General of the PCA to designate a substitute appointing authority."

In spite of the improved wording, the provision could still raise some interpretative issues because it mentions only a failure to appoint one arbitrator ("or if

⁵⁵ *Econet Wireless*, para. 43.

⁵⁶ The information on the amount of costs that the parties have incurred to obtain the award of no jurisdiction is not available. However, since the jurisdictional phase of the arbitral proceedings lasted for more than a year, those costs must have been considerable.

⁵⁷ G. Born, 20, 1704.

⁵⁸ Francisco Gonzalez de Cossio, *El Caso Econet: Réquiem por un Acuerdo Arbitral Frustrado*, *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. IV, 2007, pp. 168-171, 168.

⁵⁹ It seems that eventually, another arbitration tribunal was empaneled and the claimant *Econet Wireless* succeeded with its claims. See, <https://www.freshfields.com/en-gb/what-we-do/case-studies/econet-case-study/>

it fails to appoint an arbitrator”), whereas in *Econet Wireless*, the Chief Judge failed to appoint all three arbitrators. Nevertheless, the non-appointment of all three arbitrators undoubtedly represents a breakdown in the process of constituting an arbitral tribunal that would trigger the application of the first clause of the provision – “if the appointing authority refuses to act”. Such interpretation is plausible and would not require the “wordsmithing” that was required under previous Article 7(2) and 7(3) UNCITRAL in *Econet Wireless* to become operative. The revised Article 6 of the 2010/2013 UNCITRAL Rules⁶⁰ thus seems to resolve the ambiguity resulting from the situation when the appointing authority refused to act.⁶¹

3.2. X, Isle of Man v. Y, Bosnia and Herzegovina⁶²

In 2010, when the new UNCITRAL Arbitration Rules were revised, the provision on their temporal scope of application was inserted into Article 1(2). According to that provision “the parties to an arbitration agreement concluded after 15 August 2010 shall be presumed to have referred to the Rules in effect on the date of commencement of the arbitration, unless the parties have agreed to apply a particular version of the Rules.” Accordingly, the arbitration agreements concluded before 15 August 2010 are not presumed to be governed by the 2010 Rules, irrespective of the date of commencement of the proceedings.⁶³ As a rule, those old agreements remain governed by the 1976 Rules. Thanks to that provision, there are still, even today, a considerable number of arbitrations going on pursuant to the original UNCITRAL Arbitration Rules. One of them was *X, Isle of Man v. Y, Bosnia and Herzegovina* initiated in 2015.

The case concerned a dispute between the claimant, a limited company incorporated in the Isle of Man, and the first respondent, a joint-stock company incorporated in Bosnia and Herzegovina. The dispute arose from a Joint Venture Contract incorporating a company in Bosnia and Herzegovina [the Joint-Venture Company]. In the section on the applicable law, Article 61 provided for the application of the substantive laws of Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina, while Article 64 provided a dispute resolution clause as follows:

⁶⁰ The UNCITRAL Arbitration Rules have been amended in 2013, by introducing Article 1(4) on transparency in investor-state arbitration. However, this change is of no direct concern to our present topic.

⁶¹ Clyde Croft, *The Revised UNCITRAL Arbitration Rules of 2010: A commentary*, 9, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/VicJSchol/2010/55.pdf>, 28 October, 2020.

⁶² The case has not been reported.

⁶³ This approach to *ratione temporis* application of the chosen arbitration rules is distinct from the usual approach as reflected in the ICC Rules 2012/2017, Art. 6(1) which provides for the application of “the Rules in effect on the date of commencement of the arbitration, unless [the parties] have agreed to submit to the Rules in effect on the date of their arbitration Agreement.”

“The contracting parties agree to amicably solve disputes that might arise from this contract. In case that is not possible they agree to go to arbitration nominating one representative each who will nominate president by mutual consent. If they do not succeed, the president will be nominated by the Chamber of Commerce Arbitration in Vienna whose decision shall be final and executive.

Arbitration procedure shall apply the rules of UNCITRAL“.

As the Joint Venture Contract was signed in 2003, the dispute entailed the application of the 1976 UNCITRAL Arbitration Rules.

The notice of arbitration was sent on 28 April 2015. The claimant invoked Article 64 of the Contract, proposed that the seat of the arbitration be London and the language of the arbitration English, and informed that the details of its nominated arbitrator would be communicated to the respondent once the appointment was made. On 1 October 2015, the claimant informed the respondent that it nominated an English QC as its arbitrator. The claimant invited the respondent to nominate its arbitrator within 30 days from the date of the letter and warned: “Failure to do so will result in the Court appointing the arbitrator on your behalf.”

As no response was received from the respondent, the claimant took steps to constitute the tribunal turning to the ICC as if the ICC was the appointing authority designated in the Joint Venture Contract. A Request for Appointment of Arbitrator accompanied with the Notice of Arbitration was sent to the Secretariat of the ICC International Court of Arbitration on 13 November 2015, asking it to appoint an arbitrator on behalf of the respondent pursuant to Article 9(2) of the UNCITRAL Rules and Article 5(1) of the Rules of ICC as Appointing Authority in UNCITRAL or Other *Ad Hoc* Arbitration Proceedings. Noting that the respondent had failed to nominate an arbitrator within 30 days in accordance with the UNCITRAL Rules, the claimant requested the ICC to nominate a suitable arbitrator on behalf of the respondent. At the same time, the claimant remitted the payment of 3000 US\$ to the ICC as a fee payable for the Request.

On 25 November 2015, the ICC Secretariat asked the respondent to respond to the Request for Appointment of Arbitrator. In its letters sent on 3 and 11 December 2015, the respondent wrote that it was challenging jurisdiction of the “International Court of Arbitration Headquarters” in this arbitration and would not propose an arbitrator for the following reasons, *inter alia*: the contract did not designate the place of arbitration, the parties should first try to resolve disputes amicably, and in the event they fail, each party shall appoint one arbitrator and the arbitrators of both parties shall mutually agree on the president. In case they do not agree, the president shall be appointed by the International Court of Arbitration of the Chamber of Commerce in Vienna.

On 24 December 2015, the claimant amended the notice of arbitration, but the proposals regarding the place and language of arbitration, and the nominated arbitrator, remained the same.

On 13 January 2016 the ICC Secretariat notified the parties that the matter would be submitted to the Special Committee of the Court shortly. On 27 January 2016, the claimant urged the ICC to act, without undue delays, to avoid causing prejudice to the rights of the claimant.

On 28 January, the respondent's counsel wrote to the claimant, with a copy to the ICC Secretariat, acknowledging the receipt of the amended notice of arbitration and invoking the respondent's right to appoint their own arbitrator or representative, pursuant to Article 7 of the UNCITRAL Arbitration Rules. The counsel stated that the arbitration clause contained in the Contract did not provide for a strict time limit for appointment of the second arbitrator. Even if the thirty-day limit from Article 7(2) of the UNCITRAL Arbitration Rules were applicable, it would start to run, in the respondent's opinion, from the date of receipt of the amended notice of arbitration, which was 4 January 2016. The counsel further noted, regarding the claimant's request to appoint the second arbitrator, that the ICC Court of Arbitration was not designated by the Parties as the appointing authority in Article 64 of the Contract. Firstly, the parties had departed from the mechanism provided in Article 7 of the 1976 UNCITRAL Rules, and had set their own mechanism for appointment of arbitrators. Within the contractual mechanism, the appointing authority was not authorized to appoint the second arbitrator, but only the third, presiding arbitrator. Secondly, even if the appointment of the presiding arbitrator was at stake, the parties had not designated the ICC Court of Arbitration in Paris, but had instead designated the Arbitration Institution of the Chamber of Commerce in Vienna as the appointing authority. For those reasons, the respondent would challenge any appointment of the second arbitrator by the ICC Court as not being made in accordance with the agreement of the parties. The counsel continued by appointing an arbitrator on behalf of the respondent. Regarding the place of arbitration, the respondent's counsel rejected London as an unsuitable venue for the arbitration. Since the Joint Venture Contract was entered into in the Bosnian language (Article 66), and the parties had chosen Bosnian law as the applicable law to the substance of the dispute (Article 61), and since the dispute concerned a company governed by Bosnian law, the most suitable place of arbitration, according to the respondent's assessment, would be Sarajevo. The respondent alternatively proposed Vienna as the place of arbitration. The respondent also proposed that the language of arbitration should be Bosnian, due to the closest connection of the Joint Venture Contract with BiH and the applicability of Bosnian law. As the parties have agreed that the language of their contract was Bosnian (Article 66), the arbitration should also be conducted in the Bosnian language.

After receiving a copy of the respondent's counsel's letter, the ICC Court decided not to act as Appointing Authority for the appointment of a co-arbitrator on behalf of the respondent. However, the Secretariat drew the parties' attention to Article 7(2)(b) of the 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, which provides that

in case of the refusal or failure of the appointing authority to appoint an arbitrator within 30 days following the receipt of a party's request, such party may request the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration at The Hague to designate the appointing authority. Should the Secretary General of the PCA designate the ICC as appointing authority, the ICC was ready to proceed with the parties' request without them having to pay another filing fee.

The last-mentioned notice prompted the claimant to address the Secretary-General of the PCA on 1 February 2016, and to request it to designate the ICC Court of Arbitration as the appointing authority pursuant to Article 7(2)(b) of the 1976 UNCITRAL Rules. The claimant remitted the fee of 750 euros to the PCA. The respondent informed the Secretary-General of the PCA on 8 February 2016, that it had appointed the arbitrator on 28 January 2016, enclosing a copy of the letter sent to the claimant on that date. The respondent argued that the request to designate the ICC Court of Arbitration as the appointing authority should be rejected by the Secretary-General since the parties have already designated the appointing authority in their contract. The respondent submitted that the two arbitrators nominated by the parties should proceed to nominate the president by mutual consent. Only if they would not succeed, the power to appoint the president would pass to the designated appointing authority, the Arbitration Institution of the Chamber of Commerce in Vienna. The Secretary-General of the PCA informed the parties that considering that the respondent had appointed the arbitrator on January 28, 2016, the two arbitrators had 30 days (i.e. until February 29, 2016) to agree on the choice of a presiding arbitrator in accordance with Article 7(3) of the UNCITRAL Rules. An unexpected development took place on 15 February 2016 when the arbitrator appointed by the claimant filed a declaration of matters falling under the Orange list of the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration.⁶⁴ The claimant then appointed another arbitrator on 22 February 2016. In the letter informing the respondent of this new appointment, the claimant stated that the two arbitrators were required to agree on the choice of the presiding arbitrator by 29 February 2016. The two arbitrators informed the parties on 18 March 2016 that they could not agree on the presiding arbitrator. Finally, on 21 March 2016, the claimant contacted the Vienna International Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber (VIAC), requesting VIAC to act as appointing authority and nominate a suitable presiding arbitrator in the case, pursuant to Article 7(3) of the 1976 UNCITRAL Rules. The claimant remitted the sum of 2000 euros to the VIAC's bank account. After the VIAC sought some clarifications as to the place and language of arbitration, the parties agreed that the seat of arbitration should be Vienna, but could not agree on the language of the arbitration,

⁶⁴ The arbitrator had been appointed by the claimant in two other ongoing arbitrations, which fell under paragraph 3.1.3 of the Orange list.

the claimant persisting on English, and the respondent on the Bosnian language. As a result, on 29 April 2016, the VIAC appointed a presiding arbitrator capable of conducting the arbitration proceedings in both English and Bosnian.

The difficulties in constituting the arbitral tribunal in this case (the process of constitution took exactly one year) stemmed from an imprecise designation of the appointing authority and the claimant's misinterpretation of that designation. Pursuant to Article 64 of the Contract, the parties agreed that the authority to nominate the presiding arbitration is "the Chamber of Commerce Arbitration in Vienna". However, this was the translation of the Bosnian text (pursuant to Article 66, the contract was made in the Bosnian language), which stated: "predsjednika arbitraže će imenovati Arbitraža trgovinske komore u Beču". If translated correctly, this would mean that the authority to nominate the presiding arbitrator was the *Arbitration Institution* of the Chamber of Commerce in Vienna (the common way of naming the arbitral institution in the Bosnian language is "Arbitraža", the capital letter indicating the reference to an arbitral institution). However, in the claimant's understanding, the reference to "the Chamber of Commerce Arbitration in Vienna" meant ICC. Supposedly for that reason, the claimant addressed the ICC Secretariat in Paris when the respondent initially failed to appoint an arbitrator. The 2004 Rules of ICC as Appointing Authority in UNCITRAL or other *Ad Hoc* Arbitration Proceedings at that time in force provided that "the present Rules shall also apply where an authority within ICC is requested to act as appointing authority in accordance with the parties' agreement". In a footnote, the 2004 Rules explained that such authority within ICC could be the Chairman or Secretary General of ICC or the President or Secretary General of the ICC International Court of Arbitration. However, it could also be the national committee of the International Chamber of Commerce in Vienna. In that sense, the designation made in Article 64 of the contract could be stretched by a broad interpretation, so as to point to the ICC. In one case before the Paris *Tribunal de grande instance*, the court interpreted a designation of "the official Chamber of Commerce in Paris" as a designation of the ICC as appointing authority.⁶⁵ If the ICC court had endorsed such broad interpretation and appointed the second arbitrator on the respondent's behalf, it could have happened that the arbitrators so appointed would later deny jurisdiction as had happened in *Econet Wireless*. The result would have been a waste of time and money spent, only to find out that the whole arbitration procedure had to be commenced anew. The potential disaster was prevented by the respondent's belated appointment of an arbitrator. Such late appointments of co-arbitrators by the parties are often taken into consideration and accepted out of the desire to protect the parties' equal rights in the process of constituting the arbitral tribunal,

⁶⁵ Judgment of 13 December 1988, *Societe Asland v. Societe Euro'n Energy Corp.*, *Revue de l'arbitrage*, 1990, 521; referred to in: G. Born, 20, 1724.

and to avoid the potential lopsidedness of an arbitral tribunal, in which one party has appointed its chosen co-arbitrator while the other has not.⁶⁶ Nevertheless, some uncertainties remained, and the constitution of the tribunal in *X, Isle of Man* did not immediately enter safe waters after that appointment. When addressing the Secretary-General of the PCA, the claimant invoked Article 7(2)(b), the provision which was intended for the situations when:

“no such authority has been previously designated by the parties, or if the appointing authority previously designated refuses to act or fails to appoint the arbitrator within thirty days after receipt of a party’s request therefor...”

The Secretary-General of the PCA could have interpreted that the clause in question did not validly designate the appointing authority, and could have designated the ICC as appointing authority, as was suggested in the letter from the ICC Secretariat. This scenario could also have led to the arbitrators’ declaration of lack of jurisdiction due to the constitution of the tribunal not in accordance with the parties’ intentions. The parties have pointed out the close connection of the contract with Bosnia and Herzegovina. Also, the reference to Vienna in the arbitration clause was surely not accidental. Vienna is geographically and culturally far closer to Bosnia than Paris, and the parties’ choice of Vienna arbitration institution as the appointing authority made sense, because that institution was more likely to select an arbitrator capable of conducting proceedings in both English and Bosnian languages, as it ultimately did. In this case the *Econet Wireless* disaster was avoided thanks to the timely intervention of the respondent’s counsel.

What would have happened if VIAC refused to appoint the presiding arbitrator because it considered, for example, that it was not correctly designated? In that case, Articles 7(3) of the 1976 UNCITRAL Rules could have been invoked by the claimant, and the Secretary-General of the PCA could have been asked to designate a new appointing authority, which would appoint the presiding arbitrator. Thus, although the parties did not determine the place of arbitration, their choice of the 1976 UNCITRAL Rules, provided they did not fundamentally change

⁶⁶ G. Born, 20, 1691. See for more detail on this common situation, S. Grimmer, 3, 508-509. For example, in the first case of *Mytilineos Holdings v. State Union of Serbia and Montenegro and the Republic of Serbia* (<https://www.italaw.com/cases/documents/726>, 28 October, 2020), the governments of the State Union of Serbia and Montenegro and the Republic of Serbia initially failed to appoint their arbitrator in the UNCITRAL arbitration, initiated pursuant to the 1997 Greece-Serbia BIT. The claimant therefore applied to the Secretary-General of the PCA to designate the appointing authority who would appoint the arbitrator on behalf of the respondent. The Secretary-General designated Professor Christoph Schreuer. In the meantime, the governments had decided to participate in the arbitration and sent a letter nominating Professor Dobrosav Mitrović as their arbitrator. Professor Schreuer accepted this belated initiative and appointed Professor Mitrović as the second arbitrator.

them, would ensure that the arbitral tribunal would be appointed, although with considerable delay.

Another hypothetical situation would arise if the respondent simply refused to appoint the second arbitrator.⁶⁷ The arbitration clause was incomplete in the sense that the parties provided, for the intervention of an appointing authority only in the event the third arbitrator could not be appointed. However, the parties failed to provide for the intervention of the same appointing authority if the second arbitrator could not be nominated. If the claimant had turned to VIAC for this appointment, the arbitral institution could have refused to make the appointment due to lack of power to appoint the second arbitrator, pursuant to the arbitration agreement. The question that would then arise is whether, by agreeing on a procedure of appointment of the party arbitrators that was equivalent to Article 7(1) of the UNCITRAL Arbitration Rules, and by expressly providing for a procedure similar to Article 7(3) for the appointment of the presiding arbitrator (similar although not equivalent, since no time limit was provided for the appointment of the presiding arbitrator), the parties have replaced the entirety of Article 7, including Article 7(2).

In his 1988 article on appointing authorities,⁶⁸ Varady discusses two historical cases where a similar issue arose. In the *Peace Treaties Case*,⁶⁹ Bulgaria, Hungary and Romania declined to appoint their representatives on the arbitration commissions. By the terms of the Treaties, the Secretary-General of the UN was authorized to appoint the third member of the arbitration commission, in the absence of agreement between the parties in respect of this appointment. The question that the ICJ had to answer was whether the Secretary-General could proceed to make this appointment, even if one of the parties had failed to appoint its representative. In its second Advisory Opinion of 18 July 1950, the Court, reaching its decision by majority, replied that this method could not be adopted since it would result “only in the constitution of a two-member Commission. A Commission consisting of two members is not the kind of commission for which the Treaties have provided.”⁷⁰ Thus, the issue in this case was not whether the appointing authority could appoint the party-appointed arbitrator, but whether it could fulfil its mission by making its own appointment, which would result in a truncated tribunal. The Court further explained:

“As the Court has declared in its Opinion of March 30th 1950, the Governments of Bulgaria, Hungary and Romania are under an obligation to appoint their represent-

⁶⁷ It was noted that since 2005, approximately 70% of all requests to the Secretary-General of the PCA for the designation of an appointing authority were triggered by a respondent’s failure to appoint a second arbitrator. S. Grimmer, 3, 504.

⁶⁸ T. Varady, 10, 320-321.

⁶⁹ *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Rumania*, 1950 I.C.J. 65, 221.

⁷⁰ *Ibid.* 228.

atives to the Treaty Commissions, and it is clear that refusal to fulfil a treaty obligation involves international responsibility. Nevertheless, such a refusal cannot alter the conditions contemplated in the Treaties for the exercise by the Secretary General of his power of appointment. These conditions are not present in this case, and their absence is not made good by the fact that it is due to the breach of a treaty obligation. The failure of machinery for settling disputes by reason of the practical impossibility of creating the Commission provided for in the Treaties is one thing; international responsibility is another. The breach of a treaty obligation cannot be remedied by Creating a Commission which is not the kind of Commission contemplated by the Treaties. It is the duty of the Court to interpret the Treaties, not to revise them.”⁷¹

In the second case, the arbitration clause provided a panel of two arbitrators, and in the event they do not agree, an appointment of an umpire (*tiers arbitre*), to be made by the president of the Paris *Tribunal de grande instance*, who would render a binding award.⁷² The *Tribunal de grande instance*, that was designated as appointing authority, when addressed by the claimant, because the respondent had refused to appoint the second arbitrator, considered that this was a simple difficulty in constituting the arbitral tribunal that the court was competent to resolve (“*une simple difficulté dans la constitution du tribunal arbitral qu’il appartient au Président du Tribunal de grande instance de trancher, en application de l’article 1444 du nouveau Code de procédure civile*”).⁷³ Accordingly, the Court set forth a period of one month in which the respondent was bound to appoint the arbitrator, and stated that the two appointed arbitrators had to appoint the third arbitrator within the shortest time, so that the arbitral tribunal is completed. Finally, the Court scheduled the following hearing for some forty days later, at which time it would decide on the difficulties that could arise in the constitution of the arbitral tribunal. Although Varady cites this decision as an example of broader powers of state courts in comparison to contractually designated appointing authorities, and concludes that “the Paris court proceeded to nominate an arbitrator”,⁷⁴ such an outcome is only looming from the published decision of the Paris *Tribunal de grande instance*. The Court was cautious, and obviously reluctant, to deprive the respondent of its power to appoint the second arbitrator contrary to the parties’ agreement.

⁷¹ Ibid. 228-229. See the overview and the documents of this case at the International Court of Justice website: [icj-cij.org/en/case/8](https://www.icj-cij.org/en/case/8), 28 October, 2020.

⁷² The umpire system (*tiers-arbitre*) was valid in 1976, at the time when the contract was concluded, but was abrogated in 1980 under Article 1453 of the New Code on Civil Procedure. As a rule, the problem of this kind of arbitration clause was resolved by application of provisions of Article 1454 of the NCCP, under which the court was to appoint the third arbitrator who was to participate in the decision-making from the outset of the proceedings. Philippe Fouchard, Note, *Tribunal de grande instance de Paris (Ord. référé)* 26 mars 1986, *Revue de l’arbitrage*, 191.

⁷³ *Judgment, mars 26, 1986*, *Tribunal de grande instance Paris, Revue de l’arbitrage* 179, 1987.

⁷⁴ T. Varady, 10, 321

In the hypothetical scenario in which, first the respondent, and then the VIAC in the *X, Isle of Man* would refuse to appoint the second arbitrator, the claimant would surely turn to the PCA for an appointment of a substitute appointing authority pursuant to Article 7(2)(b) of the 1976 UNCITRAL Rules. The PCA would then, perhaps, designate ICC as the appointing authority. As stated before, the ICC was ready to proceed with the claimant's request to appoint the second arbitrator without the claimant having to pay another filing fee. Since the decision of the ICC would be purely administrative in nature,⁷⁵ the arbitral tribunal so appointed could engage in a *de novo* analysis of the validity of its own composition. Thus, ten years later, the *Econet Wireless* drama could have been replayed.

4. CONCLUSION

The real problem with imperfect designation of appointing authorities is not that the arbitrators will not be appointed, but that the parties' intention on who the appointing authority should be and what qualities it should have, may be frustrated. Professional arbitral institutions that often act as appointing authorities follow certain rules that need to ensure a timely constitution of arbitral tribunals, and prevent obstruction of arbitration by a party, usually a recalcitrant respondent. Oriented towards this goal, they may sometimes lose sight of the parties' intent and accept the empowerment that was intended for someone else. There is no legal remedy against their decisions, except asking the very arbitrators that have been appointed by them, to review the validity of that decision. Once the tribunal is constituted, and the empowerment is confirmed by the arbitrators, the parties can do little to prevent their dispute from being arbitrated by the arbitrators appointed by an appointing authority that they did not intend to designate. The last resort is the annulment action before the court, after the whole procedure has been completed and the award rendered. An annulment would certainly not be the most efficient way to correct the issues related to the un contemplated designations. The key factor is ensuring the participation of the parties in the appointment procedure from the very beginning, and their representation by competent counsel. If those two factors are ensured, it is unlikely that an arbitral institution would accept to act as appointing authority without unequivocal entitlement in the parties' agreement.

Appointing authorities are placed in a key position in an UNCITRAL arbitration. As stated by Gaukrodger,⁷⁶ they are positioned at the apex of the arbitral

⁷⁵ "[T]he assessments made by the appointing authority (the I.C.C. Court of Arbitration) leading to appointment are by no means *res judicata* for the arbitrator. On the contrary, it appears that the arbitrator must review these assessments, and the decision of the arbitrator may eventually be subject to court review. [references omitted]" T. Varady, 9, 353.

⁷⁶ Gaukrodger, 12.

dispute resolution system. They have the power to decide on the selection and appointment of the sole and presiding arbitrators, players who are widely seen as the most important figures for the outcome of the arbitration game, and can also make decisions concerning an appointment of a co-arbitrator on behalf of a non-co-operative party. It is, therefore, of primary importance for the parties to an *ad hoc* arbitration agreement, to designate a neutral appointing authority, and to designate it with sufficient precision, so that no doubts can exist once the dispute arises, on who has the appointing power. The discussed practice of the 1976 UNCITRAL Rules demonstrates that they are not perfect in their regulation of appointing authorities. They do not provide fully developed fallback rules if the party-designed appointment mechanism fails. They do not protect the parties against designation of non-neutral appointing authorities, which raises concerns about possible bias. They also do not provide any recourse for challenging the acceptance of an individual, office holder or an institution to act as appointing authority, when their designation as appointing authority is questioned.⁷⁷ Some of these flaws have been mended in 2010 when the new UNCITRAL Rules were promulgated, but some of them remain unamended. In the current system, it is the responsibility of arbitrators to keep in check the possible irregularities in their own appointment procedure. The decision of appointing authorities interpreting *ad hoc* arbitration agreements should be scrutinized so that the true intentions of the parties about their arbitration are implemented. In today's world of increased transparency and accountability, no player in the arbitration game should be exempt from control.

REFERENCES

- Attila Bado, Izbor sudija – nepristrasnost i politika, Zbornik radova, Vol. 48, Issue 1, 2014, pp. 277-316.
- Gary B. Born, International Commercial Arbitration, Second Edition, Kluwer Law International, 2014.
- Philippe Fouchard, Note, Tribunal de grande instance de Paris (Ord. refere) 26 mars 1986, Revue de l'arbitrage, 1987, p. 191.
- Clyde Croft, The Revised UNCITRAL Arbitration Rules of 2010: A commentary, p. 9. <http://www.austlii.edu.au/au/journals/VicJSchol/2010/55.pdf>
- Brooks W. Daly, Permanent Court of Arbitration, in: C. Giorgetti (ed.), International Litigation in Practice: The Rules, Practice and Jurisprudence of International Courts and Tribunals, 2012, pp. 37-73.
- Francisco Gonzalez de Cossio, El Caso Econet: Réquiem por un Acuerdo Arbitral Frustrado, Revista Brasileira de Arbitragem, Vol. IV, 2007, pp. 168-171.

⁷⁷ Article 16 of the 2010/2013 UNCITRAL Arbitration Rules provides that the parties waive, to the fullest extent permitted under the applicable law, any claim against the appointing authority based on any act or omission in connection with the arbitration safe for intentional wrongdoing.

- Gaius Ezejiofor, Appointment of an Arbitrator under the Nigerian Law: The Procedure and Powers of an Appointing Authority – Nigerian Paper Mills Ltd. v. Pithawalla Engineering GMBH, *African Journal of International and Comparative Law*, 7 (3)/1995, 663-671.
- Emmanuel Gaillard, John Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague – Boston 1999
- David Gaukrodger, Appointing Authorities and the Selection of Arbitrators in Investor-State Dispute Settlement: An Overview, A Consultation Paper, March 2018. <https://www.oecd.org/investment/investment-policy/ISDS-Appointing-Authorities-Arbitration-March-2018.pdf>
- Chiara Giorgetti, Who decides who decides in international investment arbitration, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 35, Issue 2, 2013, pp. 431-486.
- Sarah Grimmer, Expanded Role of the Appointing Authority under the UNCITRAL Arbitration Rules 2010, The notes, *Journal of International Arbitration*, Vol. 28, 2011, pp. 501-518.
- Gus van Harten, Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law, in Stephan Shill, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2020, pp. 643-648. Also available as: All Papers. Paper 13. http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/all_papers/13
- Frank B. Kellogg, Limits of the Jurisdiction of the Permanent Court of International Justice, *The American Journal of International Law*, Vol. 25, No. 2 (Apr., 1931), pp. 203-213.
- Pierre Lalive, On the Neutrality of the Arbitrator and of the Place of Arbitration, *Recueil des travaux suisses sur l'arbitrage international*, Lausanne, 1984, pp. 23-33, 28. http://www.lalive.ch/data/publications/43_-_On_the_Neutrality_of_the_Arbitrator_and_of_the_Place_of_Arbitration_Recueil_de_travaux_suisses_sur_l'arbitrage_international.pdf
- Serge Lazareff, Fostering and Rating Arbitrators' Efficiency: The View of the Appointing Authorities, *Journal of World Investment & Trade*, 5 (1)/2004, 77-88.
- Carolyn Lamm, Ciara Giorgetti and Mairée Uran-Bidegain, International Centre for settlement of Investment Disputes, in C. Giorgetti (ed.), *International Litigation in Practice: The Rules, Practice and Jurisprudence of International Courts and Tribunals*, 2012, pp. 77-110.
- Prabhash Ranjan and Pushkar Anand, Chapter 19: Investor State Dispute Settlement in the 2016 Indian Model Bilateral Investment Treaty: Does it Go Too Far? In: Julien Chaisse and Luke Nottage (eds), *International Investment Treaties and Arbitration Across Asia*, Brill, Nijhoff, 2018, pp. 579-611.
- Markus Schifferl, Article IV: Organization of the Arbitration, in Gerold Zeiler and Alfred Siwy, *The European Convention on International Commercial Arbitration: A Commentary*, Kluwer Law International, 2018, pp. 71-80.
- Maja Stanivuković, Sanja Đajić, From Losinger to ATA v. Jordan: Retroactive application of national law to arbitration agreements, *Yearbook on International Arbitration and ADR*, (eds. Roth Marianne Herausgeber, Michael Geistlinger) Vol. VI, NWV, Wien, 2019, pp. 149-170.

- Maja Stanivuković, Adjudication as a Preliminary Step to Arbitration: A Case of First Impression in Serbia, in: *Harmonisation of Serbian and Hungarian Law with the European Union Law*, Novi Sad Faculty of Law, Novi Sad 2018, 137-167.
- Ruth Teitelbaum, Challenge of arbitrators and the Iran-United States Claims Tribunal: defining the role of the appointing authority, *Journal of International Arbitration*, 23/2006, 547-562.
- Albert Jan van den Berg (ed), *Econet Wireless Ltd. (UK/South Africa) v First Bank of Nigeria, et al. (Nigeria)*, Award, 2 June 2005 in *Yearbook Commercial Arbitration*, Volume XXXI, Kluwer Law International, 2006, pp. 49 – 65.
- T. Varadi, O nepristrasnosti u rešavanju međunarodnih sporova, *Zbornik radova*, Vol. 23, 1989, pp. 163-180.
- T. Varady, On Appointing Authorities in International Commercial Arbitration, *Emory Journal of International Dispute Resolution*, Vol. 2, 1988, Issue 2, 1988, pp. 311-358.

Др Маја Д. Стјанивуковић, редовни професор
Универзитет у Новом Сагу
Правни факултет у Новом Сагу
M.Stanivukovic@pf.uns.ac.rs

Одређивање органа именовања у арбитражи по правилима УНЦИТРАЛ-а: грешке и несавршености

Сажетак: Стјанке у међународној арбитражи имају право да одреде орган именовања који ће одабрајти и именовајти арбитра у случају да стјанке не могу да се споразумеју о томе и који ће одлучивајти о изузећу арбитра. Међутим, ако стјанке немају довољно искуства и знања, или једноставно не посвеће томе довољно пажње, може се десити да начине грешке у именовању које ће имати за последицу одређивање органа именовања који није неутралан. Понекад, иакође, грешке у састављању одредаба којима се одређују органи именовања чине те одредбе несавршеним и некохерентним, што може да осујети намере стјанка о избору органа именовања и да се недовољно одрази на арбитражу у целини. У овом раду, истражићемо примену арбитражних клаузула којима се одређују органи именовања користећи два релевантна нова примера из праксе у којима су била уговорена Арбитражна правила УНЦИТРАЛ-а, а било је спорно да ли Међународни арбитражни суд МТК (ICC) може да поступи као орган именовања. Циљ овог истраживања је да се утврде проблеми који могу настати због грешака и несавршености у одређивању органа именовања и да се понуде решења.

Кључне речи: међународна арбитража, органи именовања, Арбитражна правила УНЦИТРАЛ-а, Међународни арбитражни суд МТК (ICC) као орган именовања.

Датум пријема рада: 4.11.2020.

*Др Драгиша С. Дракић, редовни професор
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Drakis@pf.uns.ac.rs*

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

ИЗРИЦАЊЕ И ИЗВРШЕЊЕ КАЗНЕ ЗАТВОРА КОЈА СЕ ИЗВРШАВА У ПРОСТОРИЈАМА У КОЈИМА ОСУЂЕНИ СТАНУЈЕ (ТЗВ. КУЋНИ ЗАТВОР)*

Сажетак: *Правило да осуђена лица издржавају казну затвора искључиво у казним заводима у Републици Србији одавно не важи. Казна затвора може да се извршава и у просторијама у којима осуђени станује. Такво решење се уводи Законом о изменама и допунама Кривичног законика из 2009. године.*

Кривични законик не предвиђа посебну казну – казну кућног затвора, већ се учиниоцу кривичног дела изриче казна затвора која се извршава у просторијама у којима станује. Суд је у кривичном поступку у обавези да кривичну санкцију индивидуализује, на начин што цени објективне и субјективне околности – околности које се односе на учињено кривично дело и на његовог учиниоца. Постоје и ипак учиниоци кривичног дела којима је потребно изрећи казну затвора, али их не треба слаћи на издржавање казне у казни завод. Казну затвора могу да издржавају и у просторијама у којима станују (која може бити са или без електронског надзора).

Иако је у једнакој судској пресуди ојуженом изречена казна затвора која ће се извршавати у казном заводу – то и даље не значи да ће осуђеник бити упућен на издржавање казне у њему. Измене и допуне Закона о извршењу кривичних санкција оснивају још једну „иприлику“ осуђенику да казну

* Рад је настао као резултат рада на Пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“, чији носилац је Правни факултет у Новом Саду, Универзитет у Новом Саду. Рад је презентован на Међународној научној конференцији Правна традиција и нови правни изазови, одржаној 2020. године на Правном факултету Универзитета у Новом Саду.

затвора, уколико су испуњени законски услови, издржава у условима у којима станаује. То је само могућност за осуђеника о којој одлучује судија за извршење кривичних санкција.

Уколико је одређено да осуђеник издржава казну затвора у прописи-
јама у којима стићује, следећи корак који следи је извршење казне. Нису сва
осуђена лица која казну затвора издржавају на овакав начин у истом прав-
ном положају, јер и у прописују извршења постоји индивидуализација. Она
се огледа пре свега у томе колико ће времена осуђеник моћи да проводи ван
прописија у којима стићује.

У фокусу пажње аутора јесте, уједно, казна зајвора која се извршава у просторијама у којима осуђени ситанује (изв. кућни зајвор). Аутори се баве материјалним и извршним аспектима. У раду ће се, између осталог, посветити пажња условима за изрицање, моделима извршења и положају осуђеника за време издржавања казне.

Кључне речи: казна зајџвора, кућни зајџвор, изрицање, извршење, суд, индивидуализација.

УВОД

Одласком у казнени завод на издржавање казне затвора, осуђеник одређено време живи у једној вештачкој заједници са другим осуђеним лицима у којој су правила понашања уређена строгим, пре свега, тзв. затворским правилима. Не тако мали број осуђених лица која су била на издржавању казне затвора у казним заводима поново учине кривично дело и враћају се, опет, у казнени завод на издржавање казне затвора. Често се може чути да се у тим случајевима осуђена лица нису ресоцијализовала, односно да нису успела да се реинтегришу у заједницу након изласка из казног завода. Након изласка из казног завода осуђена лица по правилу добијају етикету „бивши осуђеник“ или „бивши робијаш“, што свакако утиче на њихов живот на слободи.

Казна затвора се изриче само када се у кривичном поступку приликом индивидуализације кривичне санкције утврди да је то потребно. С тим у вези, ако се утврди да се и другом ванзаводском кривичном санкцијом може постићи сврха кажњавања, онда се изриче та друга санкција. Наравно, то зависи од учињеног кривичног дела и самог учиниоца.

Са друге стране, ни казна затвора није као што је некад била, нарочито у погледу извршења.¹ Права која се гарантују осуђеним лицима која казну

¹ О томе како је затворски систем пролазио одређење етапе вид. В. Б. Малинин, Л. Б. Смирнов, *Уголовно-исполнительное право*, Москва, 2009, 1-2.

затвора издржавају у казненом заводу су, посебно када се има у виду положај других друштвених група и појединаца у држави, на високом нивоу. Осим тога, постоји могућност да осуђени којем је изречена затворска казна ту исту казну издржава у својој кући/стану.

Савремени кривични законици прописују и казну *кућног затвора*. Не треба сваког осуђеника слати у казнени завод на издржавање казне затвора, јер се *сврха кажњавања* може постићи и ако осуђеник издржава казну у својој кући (у просторијама у којима станује). У зависности од свих олакшавајућих и отежавајућих околности учиниоцу кривичног дела се може „одредити“ да казну затвора извршава у просторијама у којима станује.

У Републици Србији казна затвора може да се извршава у просторијама у којима осуђени станује, наравно, под условом да су за то испуњени законом прописани услови. Осуђени који на такав начин издржава казну затвора има одређена права и обавезе. Индивидуализација тако издржаване казне затвора траје све док се казна не изврши.

1. КУЋНИ ЗАТВОР – ВРСТА КАЗНЕ ИЛИ САМО МОДЕЛ/НАЧИН ИЗВРШЕЊА КАЗНЕ ЗАТВОРА?

У овом делу рада биће указано на решења у важећим прописима Републике Србије која се тичу изрицања казне затвора која се извршава у просторијама у којима осуђено лице станује (тзв. казне кућног затвора). Такође, указаће се и на то зашто је важно да ли наше важеће кривично законодавство прописује или не прописују казну кућног затвора.

1.1. Решења у важећим прописима Републике Србије

У медијима се често може чути/прочитати да је оптуженом лицу изречена казна *кућног затвора*. Такође се и у научној и стручној литературу говори о казни кућног затвора, што је сасвим оправдано. Међутим, говорити о казни кућног затвора у Републици Србији је доста *проблематично* имајући у виду одредбе, пре свега, Кривичног законика². Логично је говорити о казни *кућног затвора* ако се има у виду начин на који се она извршава.

Са друге стране, да бисмо донели закључак о томе да у Републици Србији постоји казна кућног затвора прво морамо погледати решења законодавца. Према решењу Кривичног законика (чл. 43): учиниоцу кривичног дела могу се изрећи следеће казне: 1) доживотни затвор; 2) казна затвора; 3) новчана казна; 4) рад у јавном интересу; 5) одузимање возачке дозволе. Дакле,

² Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019. (у даљем тексту и КЗ).

јасно се види да наш КЗ *не њројисује* казну кућног затвора. Кривичним закоником се у члану 45 уређује „одређивање извршења“ казне затвора у просторијама у којима осуђени станује.

Закоником о кривичном поступку³ такође се ништа не *јовори* и изрицању казне кућног затвора, већ се у члану 424 ставу 2 прописује да ако је оптужени осуђен на казну затвора до једне године, у пресуди се може навести да ће се казна затвора *извршији* у *јросјоријама* у којима осуђени *сја-нује*, са или без примене електронског надзора.⁴ Дакле, суд у својој одлуци *не изриче* казну кућног затвора, већ само *наводи* да ће се казна затвора извршавати у просторијама у којима осуђени станује.

Закон који уређује извршење казне затвора у просторијама у којима осуђени станује је Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера,⁵ *јовори* о кућном затвору, али на одређен *сјецифичан* начин. Наиме, њиме се прописује да су послови извршења, између осталих и организација, спровођење и праћење извршења казне затвора у просторијама у којима осуђени станује (у даљем тексту: кућни затвор). Иако је *јројисано* „кућни затвор“ то је учињено из *јрактијчних разлоја*.

Неспорно је да у Републици Србији *не јосјоји* казна кућној *затвора* као врста казне, већ се изречена казна затвора може извршавати⁶ у просторијама у којима осуђени станује. Реч је о моделу извршења/начину извршења казне затвора. Законодавац би морао, ако би имао намеру да пропише казну кућног затвора, да на другачији начин уреди услове под којима се она може изрећи као и друге појединости у вези са таквом казном.

1.2. Зашто је значајно да ли је прописана казна кућног затвора?

Да ли је реч о врсти казне или о начину извршења казне затвора није само *јуко теоријско јијтање*, већ и практично. Није реч само о томе „како се казна зове“, већ се ради и о појединим суштинским питањима која ће се обавезно јавити у току али и након извршења казне. Наиме, поставља се питање примене појединих кривично материјалних института који се примењују према учиниоцима којима је одређено да се казна затвора извршава

³ Закоником о кривичном поступку, *Службени јласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019. (у даљем тексту и ЗКП).

⁴ Историјски посматрано, први пример електронског надзора забележен је у САД 1983. године. Вид. Здравко Грујић, Електронски надзор у кривичном законодавству Републике Србије и усклађеност са актима Савета Европе, *Зборник радова са међународној научној скуја* „Однос јрава у рејоу и јрава Евројске Уније“, Источно Сарајево, 2015, 447.

⁵ Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера, *Службени јласник РС*, бр. 55/2014, 87/2018. (у даљем тексту и ЗИВСМ).

⁶ Имајући у виду решење Кривичног законика оправдано је говорити о „одређивању“, а не о „изрицању“ оваквог начина извршења казне затвора.

у просторијама у којима станује. Поставља се питање да ли се сва „правила“ која се односе на казну затвора која се извршава у казненом заводу сходно примењују и на казну која се извршава у просторијама у којим осуђени станује, као на пример условни отпуст, амнестија, помиловање, правне последице осуде? Чини се да је интенција законодавца ишла у правцу да за казну затвора која се извршава у просторијама у којима осуђени станују важе иста „кривично материјална правила“ као и према осуђеним лицима која казну затвора издржавају у казним заводима.

Свакако да постоје и поједина правила која су једноставно некомпатибилна. Када је реч о оваквом начину извршења казне затвора, свакако да постоје многобројне специфичности о којима законодавац није водио рачуна. На пример: према *члану 46 ЗоИВСМ* суд може осуђеног да условно отпусти уз електронски надзор, те би било нелогично да се осуђени који издржава казну затвора у просторијама у којим станује уз електронски надзором исто тако условно отпушта (уз електронски надзор). Такође, и одредба *Кривичног законика* којим се прописује да ће се осуђени *дисциплински казнији* уколико за време издржавања казне затвора учини кривично дело за које закон прописује новчану казну или казну затвора до једне године⁷ се не може применити и на осуђеника који казну издржава у просторијама у којима станује.⁸

Даље, у кривичном праву постоји и тзв. *султејорни затвор*. Реч је о случају када се под одређеним условима, по правилу ако осуђени не изврши неку изречену казну, изречена казна замењује казном затвора. Суштина је у томе, да осуђеном лицу у судској одлуци *није изречена* казна затвора, већ се изречена незатворска казна замењује казном затвора као последице неизвршења казне. Тако на пример наш *Кривични законик* предвиђа да ако осуђени не плати новчану казну у одређеном року, суд ће је заменити казном затвора, тако што ће за сваких започетих хиљаду динара новчане казне одредити један дан казне затвора (...).⁹ Дакле, сада се поставља питање да ли се у овом случају може одредити да се „заменења казна затвора“ (*султејорни затвор*) извршава у просторијама у којима осуђени станује? Без улажења у превелику расправу, оправдано је прихватити став да се у овом случају замењена казна затвора *не може* извршавати у просторијама у којима осуђени станује. Не би било оправдано да осуђени суплеторни затвор издржава у просторијама у којима станује, јер је суплеторни затвор у овом случају намењен за „дужника“ који није поступио по судској одлуци. Осим тога, овакав став се поткрепљује и одредбама два прописа у делу којима се

⁷ Чл. 62 ст. 3 КЗ.

⁸ Јер он не може да учини дисциплински преступ.

⁹ Чл. 51 ст. 2 КЗ.

уређује одређивање извршења казне затвора у просторијама у којима осуђени станује. Прво, Кривичним закоником се прописује ако учиниоцу кривичног дела *изрекне казну затвора* (...). Дакле, према слову КЗ чини се да се овакав начин извршења казне затвора може одредити само за *изречену* казну затвора а не и за *заменећу* казну затвора. Друго, према Закону о извршењу кривичних санкција¹⁰ (...) осуђени може поднети молбу да *изречену* казну затвора издржава у просторијама у којима станује (...).¹¹ Видимо да је и за ЗИКС важна *изречена казна затвора*, а не замењена казна.

Навешћемо још једна пример зашто је важно да ли је реч о посебној казни или само начину извршења казне. 1. децембра 2019. године ступио је на снагу Закон о изменама и допунама Кривичног законика,¹² који уводи и новине које се тичу *ћоврајћа*.¹³ За нас је интересантан сада актуелна члан 55 КЗ којим се уређује *обичан ћоврајћ*,¹⁴ јер у том случају, суд не може изрећи казну испод границе прописане законом или *блажу врсту казне* (...).¹⁵ Нама је значајан део којим се забрањује изрицање *блаже казне*. Да је којим случајем прописана *казна кућној затвора*, било би неспорно да је она *блажа казна* у односу на казну затвора, те да би у том случају њено изрицање било *забрањено*. Са друге стране, имајући у виду да казна која се извршава у просторијама у којима осуђене станује није *ћосебна казна*, она би могла да се и у овом случају одреди без обзира на то што је реч о *обичном ћоврајћу*, уколико су, наравно, испуњени и остали услови.

1.3. Покушај увођења казне кућног затвора

У Републици Србији било је покушано да се пропише *казна кућној затвора*. Нацртом Закона о изменама и допунама Кривичног законика¹⁶ била

¹⁰ Закону о извршењу кривичних санкција, *Службени листник РС*, бр. 55/2014, 35/2019. (у даљем тексту и ЗИКС).

¹¹ Чл. 41а ст. 1 ЗИКС.

¹² Закон о изменама и допунама Кривичног законика, *Службени листник РС*, бр. 35/2019. (у даљем тексту и ЗоИДКЗ).

¹³ Вид. Иван Милић, Новине у Општем делу Кривичног законика, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, 1/2020, 375-378.

¹⁴ Детаљно о поврату вид. Emir Ćorović, Povrat u Krivičnom zakoniku Srbije: kritički osvrt na njegovo normativno uređenje, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 1-2/2020, 9-27; Иван Милић, Поврат у кривичном праву Србије, *LX Савештовање Српској удружења за кривичноправну теорију и праксу*, Оштећено лице и кривичноправни инструменти заштите (међународни правни стандарди, норма и пракса) Златибор, 2020, 263-277.

¹⁵ О индивидуализацији казне затвора повратнику вид. В. Н. Воронин, Критерии индивидуализации наказания при рецидиве преступлений, *Актуальные проблемы российской права*, 2016. № 8 (69), 121-128; В. Н. Воронин, *Индивидуализация наказания*, Москва, 2017, 222-230.

¹⁶ Нацрт Закона о изменама и допунама Кривичног законика. Доступан на: <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php%20> на дан: 19. 5. 2020.

је предвиђена и казна кућног затвора. Између осталог било је предвиђено и да се казна кућног затвора може изрећи за кривична дела за која је прописан затвор до *осам година*. Казна кућног затвора *не може* се изрећи у трајању дужем од *две године*. Казна кућног затвора изриче се на пуне године и месеце, а до шест месеци и на дане. Међутим, све се завршило само на *покушају*.

2. ИЗРИЦАЊЕ КАЗНЕ ЗАТВОРА КОЈА СЕ ИЗВРШАВА У ПРОСТОРИЈАМА У КОЈИМА ОСУЂЕНИ СТАНУЈЕ

Законодавац је од увођења казне затвора која се извршава у просторијама у којима осуђени станује доносио одређене измене у погледу тога *ко може да одреди такав начин извршења*, односно ко има овлашћење да након донете правноснажне пресуде измени начин извршења казне затвора. Реч је о томе да су се појединим изменама закона којима се уређује извршење кривичних санкције мењале и одредбе о измени правноснажне судске одлуке у погледу промене начина извршења казне затвора. У овом делу рада бавићемо се правилима изрицања казне затвора која се извршава у просторијама у којима осуђени станује.

2.1. Измена правноснажне пресуде у погледу начина извршења казне затвора: измена од стране председника суда – раније решење

Закон о извршењу кривичних санкција¹⁷ који је донет 2005. а који је ступио на снагу 1. јануара 2006. године је два пута мењан и допуњаван. Праве измене и допуне уследиле су 2009. када је донет Закон о изменама и допунама Закона о извршењу кривичних санкција.¹⁸ 2011. године донет је Закон о изменама и допунама Закона о извршењу кривичних санкција.¹⁹ Управо се последњим изменама и допунама уводи и одређена новина која је значајна за наш предмет интересовања. Прописује се нови члан 174е, којим се уводи могућност измене *начина извршења казне затвора*. Уводи се могућност да након правноснажности пресуде, као и у току издржавања казне, осуђени, јавни тужилац и²⁰ директор Управе за извршење кривичних санкција (у даљем тексту и директор Управе) поднесу *предлог* да се осуђеном

¹⁷ Закон о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005.

¹⁸ Закон о изменама и допунама Закона о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 72/2009.

¹⁹ Закон о изменама и допунама Закона о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011.

²⁰ Законодавац је на овом месту направио једну грешку. Уместо „и“ требало је да пише „или“, јер је било које од наведених лица могло самостално да поднесе молбу. Такво решење је логично, и оно произлази и из осталих одредаба закона.

коме је изречена казна затвора до једне године казна изврши без напуштања просторија у којима осуђени станује.

Радило се о заиста значајној могућности која је ишла у корист осуђеника. О предлогу је одлучивао *председник суда* који је донео првостепену пресуду. У истом члану није било прописано које околности ће се ценити приликом доношења одлуке, већ је било само прописано да ће пре доношења одлуке о замени начина извршења казне суд водити рачуна о техничким могућностима извршења казне, као и о другим околностима од значаја за њено извршење. *Председник суда* је могао да одредити да се извршење казне затвора без напуштања просторија у којима осуђени станује одређује уз примену мера електронског надзора или без његове примене. На одлуку председника суда осуђени и јавни тужилац су могли да изјаве жалбу, у року од три дана од дана достављања одлуке, о којој је одлучивао *председник апелационог суда*.

Није јасно зашто је законодавац одлучио да баш *председник суда* одлучује о измени начина извршења казне затвора? Могуће је да су законодавцу послужила као пример правила о *одлагању извршења казне затвора* – јер и о том важном питању одлуку доноси председник суда. Председник суда нема могућност више да одлучује о овој изузетној корисној „погодности за осуђено лице“. Наиме, 2014. године донет је нови Закон о извршењу кривичних санкција²¹ који не предвиђа овакву могућност.²²

2.2. Актуелна законска решења

Према актуелним законским решењима казна затвора која се извршава у просторијама у којима осуђени станује може да одреди суд који је донео

²¹ Закон о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 55/2014. Овај Закон је 2019. године измењен и допуњен.

²² *Из судске праксе*: Пошто је по старом ЗИКС-у, који је важио од 01. септембра 2014. године, било предвиђено да суд може, на предлог тужиоца и окривљеног (тј. осуђеног), одредити да осуђени може безусловну казну затвора до једне године издржати на тај начин што не сме напуштати просторије у којима станује (тзв. „кућни затвор“), док ЗИКС који је ступио на снагу 01. септембра 2014. године ту могућност не предвиђа, шта треба предузети у следећој ситуацији: осуђујућа пресуда којом је осуђеном изречена казна затвора до једне године постала је правноснажна пре 01. септембра 2014. године (тј. пре почетка важења новог ЗИКС-а), а предлог да осуђени ту казну издржава на тај начин што не сме напуштати просторије у којима станује је упућен суду након 01. септембра 2014. године (тј. након почетка важења новог ЗИКС-а)? Одговор: Ако је пресуда којом је изречена осуда на безусловну казну затвора до једне године постала правноснажна пре 01. септембра 2014. године, на предлог да осуђени ту казну издржава тако што не сме напуштати просторије у којима станује се примењују одредбе ЗИКС који је био на снази до 01. септембра 2014. године. (Одговор на питања нижестепених судова дати од стране судија Кривичног одељења Апелационог суда у Београду на седници одржаној дана 30. октобра 2014. године) – Из Билтена Апелационог суда у Београду, број 8/2016, Интермех, Београд. Извор: <http://www.propisition-line.com/Practice> на дан: 4. 6. 2020.

пресуду, али и судија за извршење кривичних санкција.²³ Одредбе о *огређивању* да се казне затвора извршава у просторијама у којима осуђени станује сада се налазе у Кривичном законнику и Закону о извршењу кривичних санкција.

2.2.1. Одредбе Кривичног законика

Услови под којима се кривичне санкције учиниоцу кривичног дела могу изрећи прописују се Кривичним закоником. Такође се Кривичним закоником уређују и правила која се односе на индивидуализацију кривичне санкције. То је основно правило, од којег постоје изузеци. Тако се на пример појединим законима прописују одређени изузеци у односу на правила која се прописују кривичним закоником, као што је случај са Законом о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима²⁴ – којим се, на пример, *зобрањује* ублажавање казне за одређена кривична дела.²⁵

Када је реч о казни затвора која се извршава у просторијама у којима осуђени станује, Кривичним закоником се прописују *услови* под којим се може одредити овакав начин извршења казне. По КЗ: ако учиниоцу кривичног дела изрекне казну затвора до једне године, суд може истовремено одредити да ће се она извршити тако што ће је осуђени издржавати у просторијама у којима станује уколико се с обзиром на личност учиниоца, његов ранији живот, његово држање после учињеног дела, степен кривице и друге околности под којима је дело учинио може очекивати да ће се и на тај начин остварити сврха кажњавања.²⁶ Ово је још један од *показатеља* да је реч само о посебном начину извршења казне затвора, а не о посебној казни. Могло би се рећи да постоје услови за *огређење* оваквог начина извршења казне затвора. Први је висина изречене казне затвора, а то је казна до једне године. Интересантно је да законодавац није одредио и услов које се тиче *запређене казне*, као што је то био случај у поменутом Нацрту Закона о изменама и допунама Кривичног законика. Независно од *запређене казне* за учињено кривично дело може се одредити да се казне *не извршава* у казненом заводу.²⁷

²³ Судија за извршење кривичних санкција има значајну улогу у поступку извршења кривичних санкција. Драгиша Дракић, Иван Милић, *Основи кривичног извршног права*, Нови Сад, 2019, 101.

²⁴ Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима, *Службени гласник РС*, бр. 32/2013.

²⁵ Вид. чл. 5 Закона.

²⁶ Чл. 45 ст. 3 КЗ.

²⁷ Вид. Емир Ђоровић, Иван Милић, „Кућни затвор“ у казненом законодавству Републике Србије (*de lege lata* и *de lege ferenda*), *Научно-стручни скуп са међународним учешћем*,

Само ако се може остварити сврха кажњавања²⁸ суд може одредити да се казна извршава у просторијама у којима осуђени станује. Да ли се може оствари сврха кажњавања утврђује се тако што се цени: личност учиниоца, његов ранији живот, његово држање после учињеног дела, степен кривице и друге околности под којима је дело учинио. Реч је о појединим околностима које су наведене у чл. 54 ст. 1 КЗ. Према КЗ суд је у обавези да *два њуџа цени* исте околности приликом одлучивања да ли ће осуђени да издржава казну затвора у просторијама у којима станује. Наиме, све ове околности је већ једном ценио приликом индивидуализације кривичне санкције. Као да је била намера законодаваца да суд два пута процени околности пре него што одредити овакав начин извршења казне.

За одређена кривична дела, независно од тога што би се постигла сврха кажњава иако осуђени не би издржавао казну затвора у казненем заводу, под одређеним условима, не може се одредити овакав начин извршења казне. Реч је о осуђеном за кривично дело против брака и породице који живи са оштећеним у истом породичном домаћинству.²⁹ Могу се наћи аргументи да је оправдано овакво законско решење. Међутим, можда је законодавац и у овом случају требао да остави суду да он процени да ли је или није оправдано одредити овакав начин извршења казне. С тим у вези, може се поставити питање, ако се гледа логика законодавца, да ли је било оправдано да се уведе оваква забрана и за осуђеног за *било које кривично дело* уколико живи са оштећеним у истом породичном домаћинству?

Кривични законик *не љроисује* да ли је осуђени за време издржавања казне затвора под *елекџронским надзором или није*. Из оваког решења долази се до закључка да се осуђени *не налази* под електронским надзором. До таквог закључка се долази, пре свега, јер се ни осуђени у казненем заводу не налази под електронским надзором. Међутим, Законик о кривичном поступку предвиђа да се у пресуди може навести да ће се казна затвора извршити у просторијама у којима осуђени станује *са или без љримене елекџронској надзора*.³⁰ Чини се да *није* оправдано да ЗКП прописује овако ре-

Полиција и љравосудни орђани као љаранџи слобоне и безбедносџи у љравној грђжави, Тематски зборник радова. Том 1. Тара, 2017, 337-338.

²⁸ У оквиру опште сврхе кривичних санкција (члан 4. став 2), сврха кажњавања је: 1) спречавање учиниоца да чини кривична дела и утицање на њега да убудуће не чини кривична дела; 2) утицање на друге да не чине кривична дела; 3) изражавање друштвене осуде за кривично дело, јачање морала и учврђивање обавезе поштовања закона; 4) остваривање праведности и сразмерности између учињеног дела и тежине кривичне санкције. Чл. 42 КЗ.

²⁹ Чл. 45 ст. 5 КЗ.

³⁰ О примени електронског надзора вид. Здравко Грујић, Примена електронског надзора у извршењу алтернативних кривичних санкција и мера, *Зборник радова међународне научне конференције "Правни сисџем и зашџиџија од дискриминације"*, Правни факултет у Приштини – Косовска Митровица, 23. јун 2015. године, 203-215.

шење, јер сматрамо да се у овом случају не ради о процесном већ о материјалном питању.³¹

2.2.1.1. Напуштање просторије у којима осуђени станује – одредбе Кривичног законика

Ако се казна затвора извршава у просторијама у којима осуђени станује, логично је да осуђени те просторије *не сме* да напусти. Уколико би осуђени напустио просторије, таква његова радња би морала да се на одговарајући начин санкционише. О томе је законодавац водио рачуна, те је у КЗ прописао да осуђени којем је одређено извршење казне затвора *не сме* напуштати просторије у којима станује, осим у случајевима прописаним законом који уређује извршење кривичних санкција. У КЗ је остављена могућност да се другим „извршним законом“ пропише када осуђени може да напусти просторије у којима станује, јер је то област кривичног извршног права.

Предвиђена је и „последница“ уколико осуђени напусти просторије у којима станује. Уколико осуђени једном у трајању преко шест часова или два пута у трајању до шест часова самовољно напусти просторије у којима станује, суд ће одредити да остатак казне затвора издржи у заводу за извршење казне затвора.³²

2.2.2. Одредбе Закона о извршењу кривичних санкција

Уколико је суд донео правноснажну одлуку којом је учиниоцу кривичног дела изречена казна затвора која ће се извршавати у казненом заводу, то и даље *не значи* да ће осуђени бити упућен у казнени завод на издржавање казне затвора. Овакво решење у наш правни систем поново се *уводи* 2019. године. Наиме, 2019. године донет је Закон о изменама и допунама Закона о извршењу кривичних санкција,³³ којим се, између осталог, уведе и одређене новине у вези са одређивањем да се казна затвора извршава у просторијама у којима осуђени станује. Према сада актуелном решењу ЗИКС³⁴, осуђени има могућност да поднесе *молбу* да казну затвора која је изречена до једне године, која по правоснажној одлуци суда треба да се извршава у казненом заводу, издржава у просторијама у којима станује. Реч је о заиста великој погодности за осуђено лице о којој одлучује *судија за извршење кривичних санкција*. При-

³¹ То би исто био случај када би се у Законику о кривичном поступку прописало да се лицу којем је изречена условна осуда може одредити и заштитни надзор а да такву могућност не предвиђа Кривични законик.

³² Чл. 45 ст. 4 КЗ.

³³ Закон о изменама и допунама Закона о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 35/2019. (у даљем тексту и ЗоИДЗИКС).

³⁴ Чл. 41а ЗИКС.

ликом доношења одлуке по молби, судија за извршење кривичних санкција водиће рачуна да ли се променом начина извршења казне затвора може остварити *сврха кажњавања*. Судија за извршење кривичних санкција, уколико усвоји молбу осуђеника, треба и да одлучи да ли ће или неће одредити електронски надзор. Против одлуке судије за извршење, *осуђени и јавни њужилац* могу изјавити жалбу ванрасправном већу истог суда, преко судије за извршење који је донео првостепену одлуку, у року од три дана од дана пријема одлуке.

Овакво решење је слично решењу које је било прописано ЗИКС-2005. Међутим, постоје неколико суштинских разлика. Прво, видимо да сада само *осуђени* може да поднесе *молбу*. Друго, осуђени *молбу* може да поднесе само до ступања на издржавање казне. Треће, о молби одлучује *судија за извршење кривичних санкција*, а по жалби *ванрасправно веће* истог суда.

Посматрано из угла индивидуализације казне затвора овакво решење је оправдано, али и оно није без мана.³⁵ Међутим, овде је важно истаћи једну чињеницу која се односи на *врсту казне*. Уколико би законодавац *прописао* казну кућног затвора (као врсту казне), онда не би било оправдано да судија за извршење кривичних санкција има могућност „замене начина извршења казне затвора“. Разлог је тај што би у том случају изрекао другу *врсту казне* у односу на ону која је изречена правноснажном судском одлуком, а то није никако оправдано.

3. ИЗВРШЕЊЕ КАЗНЕ ЗАТВОРА КОЈА СЕ ИЗВРШАВА У ПРОСТОРИЈАМА У КОЈИМА ОСУЂЕНИ СТАНУЈЕ

Извршење казне затвора у просторијама у којима осуђени станује следи након што судска одлука постане правноснажна и извршна. Имајући у виду да је место извршења казне затвора просторија у којима осуђени станује свакако да постоје огромне разлике у погледу извршења у односу на случај када се казна затвора извршава у казненом заводу. Извршење казне затвора (било у казненом заводу или у просторијама у којима осуђени станује) спада у област *кривичног извршног права*, која се уређује кривичним извршним прописима. Мада, не сме се заборавити и да се поједина питања у вези са извршењем казне затвора уређују Кривичним закоником, као што је на пример *условни отпуст*. Такође се морају имати у виду и одредбе Законика о кривичном поступку којима се уређује поступак у вези са одређеним питањима које се тичу осуђеника, као што је на пример поступак за пуштање на условни отпуст.

³⁵ Вид. Иван Милић, Индивидуализација казне затвора на основу Закона о изменама и допунама Закона о извршењу кривичних санкција из 2019. године, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4/2019, 1276-1277.

У вези са прописима којима се уређује извршење казне затвора у просторијама у којима осуђени станује, пре неколико година дошло је до појединих значајних новина у вези са оваквим начином извршења казне. Наиме, 2014. године донет је Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера, а на основу њега и неколико подзаконских аката од којих је, за наш предмет интересовања, најзначајнији Правилник о начину извршења ванзаводских санкција и мера и организацији и раду Повереника³⁶. У њима се налазе одредбе о извршењу казне затвора у просторијама у којима осуђени станује.

3.1. Када казна почиње да се извршава?

Казна затвора која се извршава у казненом заводу почиње да тече оног дана када се осуђени јавио у казнени завод на издржавање казне.³⁷ Логично је да постоје одступања када је реч о почетку издржавања казне у просторијама у којима осуђени станује. Да би казна почела да се извршава потребно је да се донесе *одређени акти* о томе. Од тада се осуђени налази у посебном „правном режиму“, у „режиму извршења казне“.³⁸

Одређење специфичности постоје у зависности од тога да ли се казна извршава уз електронски надзор или без њега. ЗИВСКМ уређује извршење казне уз електронски надзор, али се на извршење казне *без примене* мера електронског надзора, сходно примењују његове одредбе којима се уређује извршење казне *са применом* мере електронског надзора.³⁹

³⁶ Правилник о начину извршења ванзаводских санкција и мера и организацији и раду Повереника, *Службени листник РС*, бр. 30/2015.

³⁷ Чл. 57 ст. 1 ЗИКС.

³⁸ *Из судске праксе*: Недоступност осуђеног који казну затвора треба да издржава у кућним условима – обезбеђење присуства. (...) Да ли се код недоступности осуђеног који казну затвора треба да издржи у просторијама у којима станује имају применити мере за обезбеђење присуства осуђеног након чега би он отпочео са издржавањем казне у просторијама у којима станује или се пак имају применити одредбе члана 29. став 2. и став 3. Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера и члана 45. став 6. КЗ у смислу доношења решења којим се одређује да осуђени остатак казне издржи у заводу за извршење казне затвора? „Присуство осуђеног који је тренутно недоступан има се обезбедити на исти начин као и када осуђени казну затвора треба да издржи у Заводу за извршење казне затвора па се у таквој ситуацији осуђени који казну затвора треба да издржи у кућним условима има привести на издржавање казне затвора у кућним условима. Одредбе члана 29. став 2. и 3. Закона о извршењу заводских санкција као и одредбе члана 45. став 6. КЗ које прописују замену казне затвора у кућним условима казном у Установи за извршење казне затвора односе само на ситуацију када осуђени након што је већ отпочео са издржавањем казне затвора у просторијама у којима станује, самовољно напусти исте у трајању од преко шест часова или два пута у трајању до шест часова.“ (*Усаглашени стави јоводом сјорних иишања, уиврђен на заједничкој седници Ајелационих судова и Врховној суда, одржаној – 25.03.2016. – Пејроварадин*) – *Из Билјена Врховној касационој суда, број 1/2017, Инјермех, Беојраг*. Извор: <http://www.propisionline.com/Practice> на дан: 4. 6. 2020.

³⁹ Чл. 32 ЗИВСКМ.

Правноснажну и извршну одлуку суд доставља *Повереничкој служби*. По пријему судске одлуке о изрицању казне затвора у просторијама у којима осуђени станује, са или без примене електронског надзора, Повереник позива осуђеног ради процене његове личности и *обавештава га о дану инсталације опреме за електронски надзор, односно дану почетка казне*.⁴⁰ Повереник израђује појединачни програм поступања, који садржи методе, поступке и рокове за његово спровођење, носиоце појединих активности и остале податке од значаја за испуњавање сврхе извршења.⁴¹ Дакле, осуђени мора да зна од када је почело да тече извршење казне.

3.2. Правни положај осуђеника за време издржавања казне

Није сваки осуђеник у истом правном положају за време издржавања казне у просторијама у којима станује. Иако се чини да се тај положај највише разликују у погледу чињенице да ли је осуђени под електронским надзором или није, то заправо није тачно. У принципу исти правни положај имају осуђена лица која казну затвора издржавају у просторијама у којима станују без обзира на то да ли су под електронским надзором или нису. Разлика је пре свега у погледу тога да ли осуђени носи „уређај за лоцирање“, тзв. „наруквицу/наногицу“.⁴²

Са друге стране, осуђенику се могу одобрити значајне погодности, које се огледају у *напоштању просторија у којима станује*. Те погодности могу бити у мањем или већем обиму. Реч је о факултативним могућностима. Међутим, (не)ношење уређаја за праћење може да буде показатељ да ли осуђеном треба дати одређене погодности за време издржавања казне.⁴³

3.3. Обавеза осуђеника

Осуђено лице за време издржавања казне затвора у просторијама у којима станује има једну најважнију обавезу⁴⁴ – *не сме* да напушта просторије у којима станује, осим када је то дозвољено. Осуђени може да има и *групе*

⁴⁰ Чл. 7 ст. 1 Правилника о начину извршења ванзаводских санкција и мера и организацији и раду Повереника.

⁴¹ Вид. чл. 10 ЗИВСМ и чл. 7 Правилника о начину извршења ванзаводских санкција и мера и организацији и раду Повереника.

⁴² Иако кажемо да је разлика само у погледу тога, за поједина осуђена лица и таква разлика значи много. Многа осуђена лице не жели да знају да су на издржавање казне затвора, а то је знатно отежано *сакрити* уколико се носи уређај за лоцирање, посебно у *лепшем периоду* када је ношењем одеће „отежано“ сакрити уређај за лоцирање.

⁴³ У овом раду указаћемо само на индивидуализацију у делу које се тиче напуштања просторија у којима осуђени станује.

⁴⁴ Можда је исправније рећи да за њега важи само једна *забрана* „забрана напуштања просторија у којима станује“.

обавезе, али су оне зависне од тога да ли осуђеник остварује погодности које су, опет, повезане са напуштањем просторија у којим а станује.

3.4. Права осуђеника на напуштање просторија

Било би *нехумано* када осуђеник не би ни под којим условом могао да напушта просторије у којима станује. Наиме, и осуђени који казну затвора издржава у *казненом заводу* има право да борави на *свежем ваздуху* одређено време у току дана. С обзиром на то да је основна обавеза осуђеника да борави у просторијама у којима станује, *право* осуђеника се огледа у томе да напушта те исте просторије.⁴⁵ У вези са напуштањем просторија у којима осуђени станује, можемо рећи да постоји неколико основа под којима осуђени може да их напушта, као што је: основно право када осуђеник може да напушта просторије у којима станује; посебно право/погодност које може да се добије од стана надлежног органа; напуштање просторија из разлога позива надлежног органа; и напуштање просторија из разлога хитне медицинске интервенције.

3.4.1. Право свих осуђеника да напуштају просторије у којима станује два часа

Видели само да КЗ прописује последице у вези са напуштањем просторија. Са друге стране, ЗИВСМ конкретно уређује када осуђени може да напушта просторије у којима станује. Осуђени има право на боравак *ван просторија* у којима станује у трајању од највише два часа дневно у периоду од 7 до 17 часова.⁴⁶

Претпостављамо да је законодавац по угледу на осуђенике у казним заводима предвидео време од *два часа*. Ово право осуђеника може да се ограничи. Директор Управе за извршење кривичних санкција, на образложени *предлог* Повереника, донеће одлуку о *одузимању* овог права ако се утврди да је дошло до *злоупотребе* тог права.⁴⁷ Оваквим решењем законодавац је оставио значајно *дискреционо* овлашћење Поверенику и директору Управе (Поверенику у погледу подношења предлога, а директору Управе у могућности увођења забране напуштања просторија).⁴⁸ Дискреционо овлашћење из разлога што ЗИВСМ не прописује када постоји злоупотреба од

⁴⁵ Ово није једино право осуђеника који казну затвора издржава на овакав начин. Тако на пример и он има право на *условни отпуст*.

⁴⁶ Чл. 23 ст. 2 ЗИВСМ.

⁴⁷ Чл. 23 ст. 3 ЗИВСМ.

⁴⁸ Против одлуке директора Управе осуђени може изјавити жалбу у року од три дана од дана достављања судији за извршење, с тим да жалба не задржава извршење одлуке. Чл. 23 ЗИВСМ.

стане осуђеника. С тим у вези, нејасно је како осуђени може да злоупотреби право? Могуће је да за време издржавања казне учини *казнено дело*, али се поставља питање да ли је у том случају оправдано укинути забрану напуштања просторија или се само треба/мора реаговати другим *процесним мерама* које се спроводе у односу на ново казнено дело? Такође је могуће да се осуђени не придржава *одређеној времена* у којем може да напусти просторије или да незнатно време остаје дуже ван њих. За очекивати је да ће поједини осуђеници остајати и незнатно дуже од два сата ван просторија у којима станују. Сада се наравно поставља питање да ли је у овим случајевима оправдано одредити да се казна затвора извршава у *казненим заводу* имајући у виду одредбе КЗ и ЗИВСМ о томе да ако осуђени *једном* у трајању *преко шест часова* или *два дана* у трајању *до шест часова* самовољно напусти просторије у којима станује, суд ће одредити да остатак казне затвора издржи у заводу за извршење казне затвора?⁴⁹

3.4.2. Напуштање просторија у којима станује преко два часа

У појединим случајевим је оправдано да се осуђеном дозволи да напусти просторије у којим станује и преко *два сата*. За очекивати је да ће се осуђеном за време издржавања казне десити неки предвиђени или непредвиђени разлози који су оправдани да му се дозволи да напусти просторије у којима станује на одређено време. Постоје неколико *основа* под којима осуђеник може да напусти просторије у којима станује у друго време и преко два часа.

3.4.2.1. Напуштање просторија по одобрењу директора Управе

У поступку извршења казне затвора у *казненом заводу* затворске власти имају значајна овлашћења приликом доношења одлуке о *положају осуђеника*. Када је реч о осуђенику који казну затвора издржава у просторијама у којима станује значајна овлашћење има директор Управе, а оно се огледа у могућности да осуђенику дозволи да напусти просторије у којим станује *преко два часа дневно*.

Директор Управе може само из законом прописаних разлога да дозволи осуђенику ово право. Реч је о следећим разлозима:

- 1) због пружања нужне медицинске помоћи осуђеном или члану његовог породичног домаћинства, ако је за пружање медицинске помоћи неопходно напуштање просторија;
- 2) ради одласка на посао, ако кривично дело за које је осуђен није у вези са радом;
- 3) ради похађања наставе током редовног школовања;

⁴⁹ Чл. 45 ст. 4 КЗ; чл. 29 ст. 1 ЗИВСМ.

- 4) због одласка на полагање испита;
- 5) због тешке, акутне или хроничне болести, ради одласка на редовне здравствене прегледе или стационарног лечења;
- 6) због свог венчања или венчања крвног сродника до другог степена сродства;
- 7) због смрти блиског сродника;
- 8) због обавезе старања према члановима уже породице предвиђене законом, у случају да ту обавезу не може да обавља друго лице;
- 9) због сезонских пољопривредних радова, ако се осуђени бави пољопривредом као сталном делатношћу;
- 10) због других нарочито оправданих разлога за које осуђени може поднети образложену молбу.⁵⁰

Осуђени може да оствари ово право само ако поднесе *молбу*, уз коју треба да приложи и одговарајућу документацију којом поткрепљује разлог за напуштање просторија. Коју ће документацију осуђени да поднесе зависи од разлога због којег подноси молбу. На пример, ако је разлог похађање наставе током редовног школовања осуђени уз молбу треба да поднесе потврду надлежне образовне установе о редовном школовању, распореду предавања, те дану и часу испита.⁵¹ Осуђеник *нема* право жалбе уколико његова молба буде одбијена. Чини се да овакво решење није била интенција законодавца, имајући у виду да осуђени има право жалбе судији за извршење на остале одлуке директора Управе. Колико ће се временски дуго осуђеном дозволити на напушта просторије у којима станује зависи од конкретног разлога. Свакако да осуђени може и више пута да подноси молбу и то из истих или различитих разлога.

Одлука којом је дозвољено напуштање просторија може и да се опозове. Директор Управе опозива одлуку, ако:⁵²

1) више не постоје околности које су биле разлог за напуштање просторије (на пример, осуђени је завршио школовање, није више у радном односу, итд.)

2) се накнадно утврди да су подаци наведени у молби осуђеног, на основу којих је донета одлука о дозволи напуштања просторија у којима осуђени станује, неистинити (на пример, ако осуђени није дао тачне податке);

3) осуђени злоупотребљава дозволу напуштања просторије (на пример, ако је осуђеном дозвољено да напушта просторије ради похађања наставе а он је не похађа).

⁵⁰ Чл. 24 ст. 1 тач. 1 до 11 ЗИВСМ.

⁵¹ Вид. чл. 9 Правилника о начину извршења ванзаводских санкција и мера и организацији и раду Повереника.

⁵² Чл. 27 ЗИВСМ.

Свакако да се поставља питање како ће директор Управе сазнати да постоје разлози за опозивање одлуке. Логично је да ће Повереник бити тај који ће га обавестити. Против одлуке којом се *ојозива дозвола* за напуштање просторија у којима осуђени станује, осуђени може изјавити жалбу *судији за извршење*, у року од три дана од дана пријема одлуке.⁵³ Дакле, сада осуђени има право жалбе (а видели смо да не постоји право жалбе ако његова молба *није усвојена*).

3.4.2.2. Напуштање просторија због позива суда или другог државног органа

Без обзира на то што осуђени издржава казну затвора могуће је да је његово присуство неопходно у судском или неком другом поступку пред државним органом (на пример: парничном, управном или прекршајном). По правилу неодазивање на позив суда и државних органа повлачи и одређене *йравне йоследице* (на пример: губитак одређеног права или новчано кажњавање). Имајући у виду да је донета одлука да осуђени издржава казну затвора у просторијама у којима станује, логично је да осуђеном начело треба омогућити да се одазива позивима суда и других државних органа, а такво решење прописује ЗИВСМ.

Међутим, поставља се питање *йроцедуре* у којој се остварује ово право. Решења законодавца у погледу поступка су се мењала. Првобитно решење је било да о томе одлуку доноси *дирекйор Уйраве*, по истој процедури као и када одлучује и мало пре наведеним разлозима за напуштање просторија. Међутим, 2018. године донет је Закон о изменама и допунама закона о извршењу ванзаводских санкција и мера⁵⁴ који предвиђа другачије решење.⁵⁵ Према актуелном решењу осуђени може напустити просторије у којима станује на позив суда или другог државног органа. Повереник позив доставља *Повереничкој служби*, а време које је осуђени провео ван просторија у којима станује евидентира се у листи праћења и у досијеу који се води у Повереничкој служби у електронској форми.⁵⁶ Чини се да према оваквом решењу доносиоца прописа, у овом случају, осуђенику нико не даје дозволу да напусти просторије у којима станује, већ само он доставља позив Повереничкој служби. Овакво решење је практично, али са друге стране има и своје мане. Чини се да је, ипак, било нужно уредити одређени поступак, те прописати одређена решења у вези са остваривањем овог права. Посебан проблем се јавља у вези са временом које је неопходно осуђенику да би се

⁵³ Жалба не одлаже извршење одлуке.

⁵⁴ Закон о изменама и допунама закона о извршењу ванзаводских санкција и мера, *Службени тласник РС*, бр. 87/2018

⁵⁵ С тим у вези, потребно је у том делу изменити чл. 9. ст. 3 тач. 4 Правилника о начину извршења ванзаводских санкција и мера и организацији и раду Повереника.

⁵⁶ Чл. 23 ст. 6 ЗИВСМ.

одазвао на примљени позив (у зависности да ли осуђени мора да иде у другу општину, итд.)⁵⁷, и поново вратио у просторије које су одређене за извршење казне. Оправдано је да о том времену не одлучује осуђеник, јер је могуће да се догоди да је услед његово прецене прекорачио време за напуштање просторија, те да му се из тог разлога одреди да казну затвора настави са издржавања у казненом заводу.

3.4.2.3. Напуштање просторија у случају хитне медицинске интервенције

Осуђена лица која издржавају казну затвора у просторијама у којима бораве су, између осталог, различитог узраста, пола, друштвеног статуса, али и здравственог стања. Такође су и чланови домаћинства осуђеника, ако их има, различитог здравственог стања. У појединим случајевима осуђени „нема времена или није у могућности“ да поднесе молбу за напуштање просторија у којима станује. Није оправдано очекивати да осуђени не напусти просторије у којима станује уколико му је из *здравствених разлога* угрожен његов или живот члана његове породице. Законодавац је о овоме водио рачуна, те је прописао да осуђени *може* напустити просторије у којима станује у случају када није у могућности да унапред поднесе молбу, због потребе пружања хитне медицинске помоћи себи или члану свог породичног домаћинства.⁵⁸

О напуштању просторија осуђени или члан његовог породичног домаћинства у најкраћем могућем року телефоном или на други начин обавештава Повереника и доставља му извештај здравствене установе о здравственом стању осуђеног, односно члана његовог породичног домаћинства.⁵⁹ Повереник одмах обавештава руководиоца Повереничке службе.⁶⁰ По прибављеном извештају здравствене установе, ако је осуђени задржан на даљем лечењу, а на предлог руководиоца Повереничке службе, директор Управе у најкраћем року доноси одлуку о дозволи напуштања просторија у којима осуђени станује.⁶¹

ЗАКЉУЧАК

Иако је учиниоцу кривичног дела изречена казна затвора, то и даље не значи да је изречена најстрожа кривична санкција – јер се може одредити

⁵⁷ Посебно се јавља као спорно питање у случају ако би осуђеник морао да иде у иностранство.

⁵⁸ Чл. 26 ст. 1 ЗИВСМ.

⁵⁹ Чл. 26 ст. 2 ЗИВСМ.

⁶⁰ Чл. 26 ст. 3 ЗИВСМ.

⁶¹ Чл. 26 ст. 4 ЗИВСМ.

да се казне затвора издржава у просторијама у којима осуђени станује. У Републици Србији оваква могућност постоји од 2009. године. Такође, иако по правноснажној пресуду осуђеник треба да казну затвора издржава у казненем заводу, то још увек не значи да осуђеник нужно мора да издржава казну у њему – јер судија за извршење кривичних санкција може да одреди да осуђеник изречену казну затвора до једне године издржава у просторијама у којима станује. Оваква могућа „погодност“ за осуђеника постоји од 2019. године.

Сврха кажњавања се може постићи и ако се казна затвора издржава на овакав начин, али само ако се она изрекне у оним случајевима који су, заиста, оправдани. У том случају, казна затвора која се извршава на овакав начин може бити, у зависности и од других околности, много блажа кривична санкција у односу друге санкције које су алтернативне у односу на казну затвора.

Имајући у виду важеће прописе у Републици Србији можемо извући неколико најважнијих закључака у вези са темом овог рада, и то:

1. Наш Кривични Законик не предвиђа казну кућног затвора, то је и разлог зашто се у овом раду говори о тзв. кућном затвору;
2. Извршење казне затвора у просторијама у којима осуђени станује је само начин/модел извршења казне затвора;
3. Суд не изриче, већ одређује да се казна затвора извршава у просторијама у којима осуђени станује;
4. Да би суд одредио да се казна затвора извршава у просторијама у којима осуђени станује морају бити испуњени субјективни и објективни критеријуми;
5. По правилу се само за једно кривично дело уз постојање и других услова не може одредити да се казна затвора извршава у просторијама у којима осуђени станује;
6. Казна затвора у просторијама у којима осуђени станује може да се извршава са или без електронског надзора;
7. У Републици Србији је било покушано прописивање казне кућног затвора;
8. Судија за извршење кривичних санкција има могућност да донесе одлуку да осуђени казну затвора издржава у просторијама у којима станује;
9. Правило је да о индивидуализацији извршења казне затвора у просторијама у којима осуђени станује одлучује директор Управе за извршење кривичних санкција;
10. Уколико осуђени напусти просторије у којима станује супротно закону или одлуци директора Управе суд одређује да остатак казне затвора издржава у казненем заводу.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- Воронин В. Н., Критерии индивидуализации наказания при рецидиве преступлений, *Актуальные проблемы российской права*, 2016. № 8 (69).
- Воронин В. Н., *Индивидуализация наказания*, Москва, 2017.
- Грујић Здравко, Електронски надзор у кривичном законодавству Републике Србије и усклађеност са актима Савета Европе, *Зборник радова са међународној научној скупштини "Однос права у региону и права Европске Уније"*, Источно Сарајево, 2015.
- Грујић Здравко, Примена електронског надзора у извршењу алтернативних кривичних санкција и мера, *Зборник радова међународне научне конференције "Правни систем и заштити од дискриминације"*, Правни факултет у Приштини – Косовска Митровица, 23. јун 2015. године.
- Дракић Драгиша, Милић Иван, *Основи кривичној извршној права*, Нови Сад, 2019.
- Малинин В. Б., Смирнов Л. Б., *Уголовно-исполнительное право*, Москва, 2009.
- Милић Иван, Индивидуализација казне затвора на основу Закона о изменама и допунама Закона о извршењу кривичних санкција из 2019. године, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 4/2019.
- Милић Иван, Новине у Општем делу Кривичног законика, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, 1/2020.
- Милић Иван, Поврат у кривичном праву Србије, *LX Савештовање Српској угружења за кривичноправну теорију и праксу*, Оштећено лице и кривично-правни инструменти заштите (међународни правни стандарди, норма и пракса) Златибор, 2020.
- Ћоровић Emir, Povrat u Krivičnom zakoniku Srbije: kritički osvrt na njegovo normativno uređenje, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 1-2/2020.
- Ђоровић Емир, Милић Иван, „Кућни затвор“ у казненем законодавству Републике Србије (*de lege lata* и *de lege ferenda*), *Научно-стручни скуп са међународним учешћем, Полиција и правосудни органи као гаранџи слободе и безбедности у правној држави*, Тематски зборник радова. Том 1. Тара, 2017.

* * *

- Закон о изменама и допунама Кривичног законика, *Службени гласник РС*, бр. 35/2019.
- Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера, *Службени гласник РС*, бр. 55/2014, 87/2018.
- Закон о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 55/2014.
- Закон о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 55/2014, 35/2019.
- Закон о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005.
- Закон о изменама и допунама закона о извршењу ванзаводских санкција и мера, *Службени гласник РС*, бр. 87/2018.
- Закон о изменама и допунама Закона о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 72/2009.

Закон о изменама и допунама Закона о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011.

Закон о изменама и допунама Закона о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 35/2019.

Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима, *Службени гласник РС*, бр. 32/2013.

Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019.

Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019.

Правилник о начину извршења ванзаводских санкција и мера и организацији и раду Повереника, *Службени гласник РС*, бр. 30/2015.

* * *

Одговор на питања нижестепених судова дати од стране судија Кривичног одељења Апелационог суда у Београду на седници одржаној дана 30. октобра 2014. године – Из Билтена Апелационог суда у Београду, број 8/2016, Интермех, Београд. Извор: <http://www.propisionline.com/Practice> на дан: 4. 6. 2020.

Усаглашени став поводом спорних питања, утврђен на заједничкој седници Апелационих судова и Врховног суда, одржаној – 25.03.2016. – Петрова-радин – Из Билтена Врховног касационог суда, број 1/2017, Интермех, Београд. Извор: <http://www.propisionline.com/Practice> на дан: 4. 6. 2020.

* * *

Нацрт Закона о изменама и допунама Кривичног законика. Доступан на: <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php%20> на дан: 19. 5. 2020.

Dragiša S. Drakić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Drakić@pf.uns.ac.rs

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

Sentencing and Enforcement of the Prison Sentence served in the Premises where the Convicted Person Resides (the So-Called House Arrest)

Abstract: *The rule that convicted persons serve their sentences exclusively in prisons has not been valid in the Republic of Serbia for a long time. Prison sentences may also be executed in the premises where the convicted person resides. Such a solution is introduced by the 2009 Law on Amendments and Supplements to the Criminal Code.*

The Criminal Code does not prescribe the punishment of a prison sentence served in the premises where the convicted person resides as a special punishment. Instead, the offender is sentenced to imprisonment, which is then executed in the premises where he lives. In criminal proceedings, the court is obliged to individualize the criminal sanction in a way that takes into account objective and subjective circumstances – the circumstances relating to the committed crime and its perpetrator. There are such perpetrators who it is necessary to sentence to prison, but who should not be sent to a penal institution. The prison sentence may also be served in premises where they reside (with or without electronic surveillance).

Although, in a legally-binding sentence, the accused is sentenced to imprisonment in a penal institution, this does not necessarily mean that he will be placed into a penal institution to serve his sentence. The amendments and supplements of the Criminal Code leave an „opportunity“ for the convict to serve his sentence in the premises where he resides, if the prescribed conditions are met. This is only a possibility which may be decided on by the judge in charge of executing criminal sanctions.

If it is decided that the convicted person shall serve his sentence in the premises where he resides, the next step is the execution of the sentence. Not all convicted persons who are serving their sentence in this way are in the same legal

position, as there is individualization in the process of executing a sentence as well. This difference is apparent, above all, in the amount of time that a convict is allowed to spend outside of the premises in which he resides.

The focus of the authors' attention is precisely the punishment of imprisonment served in the premises where the convict resided (the so-called house arrest). The authors deal with material aspects and aspects of execution of the sentence. This paper focuses, among other matters, on the conditions for sentencing, models of execution of the sentence and the legal position of the convicted person while serving his sentence.

Keywords: *prison sentence, house arrest, sentencing, execution, court, individualization.*

Датум пријема рада: 14.11.2020.

Др Љиљана С. Мијовић, редовни професор
Универзитет у Бањалуци
Правни факултет у Бањалуци
ljiljana.mijovic@pf.unibl.org

ИНТЕРНЕТ И СЛОБОДА ИЗРАЖАВАЊА У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА*

Сажетак: Интернет као средство комуникације, без обзира на врсту информација за коју се користи, сада у остваривање права на слободу изражавања, загарантованог чланом 10. Европске конвенције за заштити људских права и основних слобода. Као што је утврђено у судској пракси Европског суда, слобода изражавања представља једну од основа демократске друштва, па се ограничења те слободе предвиђена чланом 10, став 2 Конвенције морају тумачити строго. Да би се остварила ефикасна заштита слободе изражавања на интернету, државе имају позитивну обавезу да створе одговарајући регулаторни оквир, уравнио жељући право на слободу изражавања с једне, и ограничења прописана чланом 10, став 2, Конвенције, с друге стране. При томе се посебна пажња треба посветити питању равножеже између слободе изражавања и остваривања и уживања других људских права и слобода загарантованих Европском конвенцијом, посебно права на поштовање приватног живота. Иако је чињеница да електронска мрежа, која ослужује милијарде корисника широм света, никада неће бити подложна истим прописима и контроли, због разноликости присиуја националних власти, Европски суд је успоставио одијејримјењива начела у вези са интернетом као средством комуникације.

Кључне речи: интернет, слобода изражавања, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Европски суд за људска права, судска пракса.

* Рад је изложен на Међународној научној конференцији „Правна традиција и нови правни изазови“, одржаној на Правном факултету у Новом Саду, 3. и 4. октобра 2019. године.

ИНТЕРНЕТ И СЛОБОДА ИЗРАЖАВАЊА У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

1. УВОД

Као средство комуникације, без обзира на врсту информација за коју се користи, интернет спада у домен остваривања права на слободу изражавања, загарантованог чланом 10. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту ЕКЉП). Као што је утврђено у пракси Европског суда за људска права (у даљем тексту ЕСЉП), слобода изражавања представља једну од основа демократског друштва, услијед чега се ограничења те слободе предвиђена чланом 10, ст. 2 Конвенције, морају тумачити строго. Да би се осигурала ефикасна заштита слободе изражавања на интернету, државе имају позитивну обавезу да створе одговарајући легислативни оквир, уравнотежујући право на слободу изражавања с једне, и ограничења прописана чланом 10, ст. 2., с друге стране. У постизању те равнотеже, посебну пажњу је потребно посветити могућој повреди других људских права и слобода, првенствено права на приватност, до чије повреде може доћи било самом комуникацијом на интернету, или пак, постављањем и дијељењем одређеног садржаја на интернету. Поред овог, у новије вријеме, значајним проблемом у контексту слободе изражавања посредством интернета сматра се и говор мржње као специфична злоупотреба права на слободу говора која у свом најекстремнијем облику може послужити као оправдање или чак посредан позив на злочин из мржње¹.

Иако је чињеница да интернетска мрежа, која опслужује милијарде корисника широм свијета, никада неће бити подложна идентичним прописима и контроли, због поштовања границе слободне процјене (коју ЕСЉП дозвољава државама чланицама), ЕСЉП је успоставио општепримјенљива начела у вези са остваривањем слободе изражавања на интернету. У креирању тих начела, ЕСЉП је пошао од неколико основних питања која се тичу општег појма слободе изражавања, а која су питања стандардизована дугогодишњом праксом ЕСЉП.

¹ Детаљније: Tarlach McGonagle, *“The troubled relationship between free speech and racist hate speech: the ambiguous roles of the media and internet”*, Expert Paper, Day of Thematic Discussion *“Racist Hate Speech”* (28 August 2012), UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 81st Session, Geneva, 6-31 August 2012, доступно на <https://dare.uva.nl/search?identifier=8e4ab7c8-cc1c-4d05-81ef-5c65a63410a7>, на дан 20. октобра 2019. године.

2. ПОЈАМ СЛОБОДЕ ИЗРАЖАВАЊА У ЕКЉП И ПРАКСИ ЕСЉП

Слобода изражавања предвиђена чланом 10. ЕКЉП подразумева слободу посједовања сопственог мишљења², примања и саопштавања информација и идеја без мијешања јавне власти и без обзира на границе, као и могућност да се иста слобода³ подвргне формалностима, условима, ограничењима или казнама прописаним законом и неопходним у демократском друштву у интересу националне безбједности, територијалног интегритета или јавне безбједности, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, заштите угледа или права других, спречавања откривања информација добијених у повјерењу, или ради очувања ауторитета и непристрасности судства. Потребно је напоменути да се под појмом „изражавање“ у ЕКЉП и пракси ЕСЉП подразумева сваки говор, писање, осликавање, рекламирање, умјетност, радијско и телевизијско емитовање, новине, књиге, леци, па чак и симболично понашање/употреба симбола и да се не мора нужно радити о информацијама и идејама које су афирмативне и неувредљиве, већ и о оним које вријеђају, шокирају или узнемиравају⁴, јер су „такви захтјеви плурализма, толеранције и широкоумности, без којих нема демократског друштва.“⁵ Слобода изражавања не спада, дакле, у категорију апсолутних слобода, односно подложна је ограничењима која морају бити прописана законом, имати легитиман циљ и бити неопходна у демократском друштву. Управо стога, у процјени постојања повреде слободе изражавања, ЕСЉП примјењује тростепени тест⁶ у коме, у складу са поменутим, испитује да ли су ограничења слободе изражавања била допуштена (прописана законом), да ли је постојао легитиман циљ таквих ограничења, те да ли су та ограничења неопходна у демократском друштву. Вишедеценијска пракса ЕСЉП изродила је читав низ правних принципа (*case-law*) везаних за поменути процјену постојања повреде, који су принципи основ

² О слободи мишљења видјети: Robert Trager, Donna L. Dickerson, *Freedom of Expression in the 21st Century*, Pine Forge Press, London, New Delhi, 1999., стр. 14.

³ чл. 10., ст. 2. ЕКЉП.

⁴ ЕСЉП, *Handyside v. the United Kingdom*, бр. 5493/72, 7 December 1976, § 49, *Editions Plon v. France*, no. 58148/00, § 42, ECHR 2004-IV; *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* [GC], nos. 21279/02 and 36448/02, § 45, ECHR 2007-IV; and *Axel Springer AG v. Germany* [GC], no. 39954/08, § 78, 7 February 2012), све пресуде доступне на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

⁵ ЕСЉП, *Handyside v. United Kingdom*, бр. 5493/72, 7 December 1976, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

⁶ О принципима судског мериторног одлучивања видјети Љ. Мијовић, „Слобода изражавања у легислативи и пракси у БиХ“, *Српска правна мисао* бр. 51., Бањалука, 2018. стр. 16.

одлучивања у поступању у сваком наредном предмету исте врсте и налазе се у сталном дограђивању, зависно од околности сваког случаја понаособ ⁷.

3. СПЕЦИФИЧНОСТ ИНТЕРНЕТА КАО СРЕДСТВА ИЗРАЖАВАЊА⁸

За разлику од осталих средстава изражавања, интернет представља „потенцијал без преседана“⁹ у погледу вишеструкости и вишестраности комуникације, јер су приступне баријере интернета, у односу на традиционалне медије, релативно ниске. Док је у прошлости било неопходно информацију или идеју пласирати путем институционализованих медија, што је подразумијевало и вршење одређених контрола или испуњавање одређених услова, данас то, захваљујући интернету, више није случај. Традиционална зависност креатора информације или идеје од институционалних медија је избрисана, чиме је омогућено свакоме да, у правцу пласирања идеје или информације, сачини интернетску страницу или комуницира посредством друштвених мрежа на којима шири или дијели информације и идеје. У пласирању истих идеја и информација, сваки корисник има на располагању различите технике и стратегије, иако је циљ пласмана исти и подразумијева што масовнији приступ постављеном садржају. Оваква могућност пласирања информација и идеја несумњиво има своје предности када је у питању демократизација друштва и поштовање слободе изражавања, но, са друге стране, креира и могућност „ниског нивоа дигиталног говора“¹⁰, пласирање увреда, клевета и говора мржње, односно повреде права других, на различите начине и у различитим контекстима, укључујући и пласман лажних информација, теорија завјере, говора мржње, ширење пропаганде, (пре)усмјеравање претраживача, привлачење случајних корисника злоупотребом назива или лажним ознакама, као и у организационе сврхе, попут планирања догађаја, протеста, прикупљање финансијских средстава, а неријетко и у сврху злостављања одређене особе (*cyber bulling* или *cyber stalking*). Имајући на уму бројне технолошке могућности и неслућене начине њихове експлатације у пракси, извјесно је да је ријеч о проблему који је, с правне

⁷ У образложењу сваке пресуде ЕСЉП наводи принципе сопствене праксе, а онда их примјењује на конкретне околности случаја који разматра.

⁸ О интернету као средству изражавања детаљније: Jan Oster, *European and International Media Law*, Cambridge, 2017, стр. 44.

⁹ Tarlach McGonagle, *The Council of Europe against online hate speech: Conundrums and challenges*, 2013, р. 28, доступно на https://www.ivir.nl/publicaties/download/Expert_paper_hate_speech.pdf, на дан 20. октобра 2019. године.

¹⁰ *Ibid.* стр. 29.

стране посматрано, изузетно сложен, како због легислативног оквира, надлежности за поступање, тако и због круга одговорних субјеката и/или врсте њихове одговорности.

4. ЛЕГИСЛАТИВНИ ОКВИР СЛОБОДЕ ИЗРАЖАВАЊА ПОСРЕДСТВОМ ИНТЕРНЕТА

Специфичне технолошке карактеристике интернет чине феноменом у цивилизацији људске комуникације, јер се ради о универзалном медију који карактерише децентрализована структура и глобално слободан приступ за све технолошки опремљене кориснике. Колико год афирмативно звучало претходно речено, не може се занемарити и негативна страна ове лакоће приступа, а она се манифестује првенствено у чињеници да се националне правне баријере установљене сувереношћу држава, у области кориштења интернета лако прескачу и заобилазе у циљу избјегавања поштовања националне легислативе. Наиме, неопходан услов за приступ корисника интернету је постојање пружатеља услуге повезивања на интернет (провајдера)¹¹, посредством којег корисник поставља или дијели садржај на интернету. Уопштено говорећи, с обзиром на глобалну структуру интернета, свако лице је слободно да изабере провајдера чији услови кориштења му највише одговарају, при чему корисник и провајдер не морају нужно потпадати под исте правне прописе, односно припадати истој националној легислативи. Уобичајена пракса је да лица која постављају или дијеле недозвољен садржај бирају приступне тачке у оквиру националних легислатива које се сматрају толерантнијим или имају недостатне законске прописе у погледу санкционисања недозвољеног или непримјереног садржаја. Оваква стратешка пракса се у дигиталном жаргону назива форум-шопингом (*forum-shopping*), чиме таква лица избјегавају регулаторну, а самим тим и судску надлежност за садржај који пласирају на интернет. Често се такође дешава да се форуми на којима је пласиран недозвољен (противправан) садржај „селе” из једне у другу јурисдикцију, с намјером избјегавања одговорности, а лакоћа с којом се „пресељење” *web*-странице изводи заправо негира мјеру забране или блокирања рада изречену у оквиру једне јурисдикције, услијед чега иста мјера забране или блокаде постоје неефикасна.

Поред разлика које постоје у легислативи, у погледу (не) дозвољених садржаја, различити *ISP*-ови у оквиру исте јурисдикције такође могу имати различите политике према садржају и понашању на интернету. Уговори о услугама/кориштењу неких *ISP*-ова, политике приступања *web*-страницама,

¹¹ „пружатељ услуге повезивања на интернет“, енг. *Internet Service Provider (ISP)*.

услови преузимања садржаја и сл. битно се разликују дакле, не само од једне до друге јурисдикције, већ и од једног до другог пружаоца услуга повезивања на интернет, услјед чега су присутне и разлике и у погледу толеранције према недозвољеним облицима садржаја и понашања. Веома често, исти услови постављања или преузимања садржаја са интернета нису транспарентни, јер су власници оператора или пружатеља услуге повезивања углавном приватна лица, те се њихово учешће у регулацији садржаја потенцијално може сматрати и приватном цензуром. У погледу примјене одређене легислативе, односно утврђивања судске надлежности, одговоре на одређена питања дала је и пресуда Европског суда правде у предмету *Гуїл йроїшв (француске) Државне комисије за информационе тешнолїије и слободe*¹², која се бавила питањем просторног дјеловања обавезе оператора на уклањање садржаја (у овом случају повезница). Тако је у овој пресуди Европски суд правде стао на становиште да прописе Европске уније „треба тумачити на начин да оператор претраживача, кад уважи захтјев за уклањање повезница, није дужан извршити уклањање повезница на свим верзијама свог претраживача, већ само на верзијама претраживача које постоје у државама чланицама (Европске уније)“¹³.

Питање правне одговорности за постављање спорног садржаја на интернету није компликовано само због утврђивања надлежности, већ и у односу на круг лица која се јављају као актери комуникације или пласмана садржаја на интернету. Тако, примјера ради, у стварање и ширење говора мржње може бити укључено мноштво различитих актера, од креатора садржаја, преко *web* дизајнера, домаћина (енг. *host*), лица која даље дијеле (енг. *share*) садржај, оних који учествују на форумима итд., услјед чега би се одговорност могла утврђивати за свако од ових лица, у зависности од природе и врсте комуникације, обима и детаља релевантних националних закона и других контекстуалних варијабли. Различити актери имају различите односе са садржајем, услјед чега се отвара низ додатних питања, од питања одговорности оператора за садржај који генерише аутор садржаја, па до начина на који исти садржај конзумира корисник. Оваква питања су још сложенија кад је ријеч о ситуацији у којој наведени актери не потпадају под исту легислативу, односне не припадају истој јурисдикцији.

Још један проблематичан аспект питања одговорности и надлежности тиче се основа и интензитета кривичног гоњења код нпр. злоупотребе слободе изражавања говором мржње, које је неуједначено у различитим земљама.

¹² Пресуда од 24. септембра 2019., *Google LLC v. Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL), ECLI:EU:C:2019:772, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218105&pageIndex=0&doclang=hr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6367226>, на дан 1. новембра 2019. године.

¹³ *Ibid.* ст. 73.

Спорадична или неодмјерена, односно недоследна кривична гоњења имају низак одвраћајући ефекат, јер чине постојеће законске прописе „папирнатим тигровима или безубим булдозима”¹⁴. Такође је могуће и да, на другој страни, преригидно тужилаштво има негативне ефекте на слободу изражавања и демократску потребу вођења јавне расправе, односно креира простор за гушење политичке критике, или пак, од одређених лица, направи идеолошке или активистичке „мученике” и хероје, односно жртве слободног говора.

Потенцијалним проблемом када је у питању слобода изражавања посредством интернета сматра се и фактор трајности садржаја постављеног на интернет. Непостојање ограничења у складиштењу података додатно је увећано креирањем повезница („хиперлинковањем”), односно претраживачима, захваљујући чему садржај остаје видљив и у великој мјери доступан и након првобитне дисеминације, па чак и у ситуацијама када је изворни садржај уклоњен. Ако је дошло до вишеструког или унакрсног објављивања или опсежног дијељења недозвољеног садржаја, уклањање одређеног материјала из неког *online* извора не може гарантовати недоступност истог материјала негдје другдје, чиме се јачају његови недозвољени аспекти. Стратегије оптимизације претраживача могу умножити резултате претраживања за одређеним врстама садржаја, укључујући (посебице) говор мржње. Повезнице веома често креирају или указују на „друштвени значај” садржаја у оној мјери у којој се жели остварити популарност одређеног садржаја. Ово има своје предности када је ријеч о нпр. истраживачком новинарству, али ако је креирана повезница према забрањеним садржајима, одговорност би морала постојати и на страни креатора повезнице.

5. ПРАКСА ЕСЉП У ОДНОСУ НА СЛОБОДУ ИЗРАЖАВАЊА НА ИНТЕРНЕТУ

Злоупотреба слободе изражавања на интернету питање је које нужно стављамо у констелацију са другим правима регулисаним ЕКЉП – забраном мучења и нечовјечног и понижавајућег поступања (код говора мржње, нпр. члан 3.), забраном дискриминације (члан 14.), правом на лични и породични живот (члан 8.), или правом на слободу окупљања (члан 11.). Иако слобода изражавања укључује слободу посједовања сопственог мишљења, примања и саопштавања информација и идеја без мијешања јавне власти и без обзира на границе, чл. 10. не спречава државе да захтијевају дозволе за рад медијских предузетника. У досадашњој пракси ЕСЉП установљено је да слобода изражавања подразумемијева првенствено слободу посједовања мишљења,

¹⁴ Т. McGonagle, 2013, p. 30.

као предуслова слободног изражавања, улијед чега се државама забрањује индоктринација својих грађана. Поред слободе посједовања мишљења, у опсег слободе изражавања спада и слобода да се утиче на информације и идеје саопштавањем истих, имајући на уму и умјетничко стваралаштво, као и слобода да се прими информација или идеја¹⁵. Како не представља апсолутно право, слобода изражавања подразумијева и одређене одговорности, односно обавезе, садржане у ставу 2. чл. 10. ЕКЉП. Како је раније већ у неколико наврата наглашено, интернет спада у домен слободе изражавања, тако да ЕСЉП у свим предметима који се тичу изражавања посредством интернета као медија, примјењује опште принципе установљене у односу на слободу изражавања, иако је у посљедње двије деценије у пракси присутна и skupина пресуда које се односе на слободу изражавања посредством интернета као спецификама. Иако формулисани првенствено у односу на штампане медије, општи принципи несумњиво се примјењују и на аудио-визуелне и електронске медије¹⁶. Приликом мериторног одлучивања ЕСЉП, као саставни дио пресуде, увијек наводи принципе установљене дотадашњом праксом, а онда исте принципе примјењује на конкретан случај.

У свим својим пресудама везаним за слободу изражавања, Европски суд за људска права посебно наглашава значај медија за креирање и развој демократског друштва, улијед чега се и у великом броју случајева бавио питањем слободе изражавања на интернету и специфичностима *online* комуникација. Тако је, примјера ради, у пресуди у предмету *Ahmet Yildirim v. Turkey*¹⁷, ЕСЉП децидно утврдио важност интернета у савременом комуникацијском окружењу као једног од главних средстава практиковања слободе изражавања сваког појединца. Пресуђујући да је Турска блокирањем приступа сервису *Google* повриједила слободу изражавања, ЕСЉП је признао интернету својство медија као средства слободног изражавања, односно уврстио комуникацију на интернету у круг инструмената унапређења јавне дебате као правних категорија заштићених чланом 10. ЕКЉП. У предмету сличном наведеном, *Cengiz and Others v. Turkey*¹⁸, ЕСЉП је потврдио наводе подносилаца представке да блокирање *Youtube*-а у Турској представља повреду слободе изражавања, односно права на добијање и пренос информа-

¹⁵ ЕСЉП, *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, no. 37374/05, 14 April 2009. године, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

¹⁶ О примјени општих принципа на различите врсте медија видјети пресуду ЕСЉП *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG v. Switzerland*, no. 34124/06, 21 June 2012, §62-65., доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

¹⁷ ЕСЉП, *Ahmet Yildirim v. Turkey*, no. 3111/10, 18 December, 2012, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

¹⁸ ЕСЉП, *Cengiz and Others v. Turkey*, nos. 48226/10 and 14027/11, 1 December 2015, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

ција и идеја, констатујући да је *Youtube* јединствена платформа за ширење информација и самим тим, од великог значаја за слободно новинарство. Право на информисање посредством интернета ЕСЉП је потврдио и у односу на лица која се налазе на одслужењу казне лишења слободе у предмету *Kalda v. Estonia*¹⁹, којом приликом је пресудом констатовано да и та лица треба да имају приступ одређеним интернет локацијама, чак и када се информације садржане на тим мјестима могу добити алтернативним каналима комуникације. У овом сегменту, пригодно је поменути и пресуду у предмету *Mosley v. the United Kingdom*²⁰, у којој је ЕСЉП, одлучујући по представи лица о чијем је учешћу у сексуалним оргијама објављен чланак у штампаним медијима и на интернету, а које је лице, иако је добило задовољење одлуком домаћег суда, тражило утврђивање опште обавезе за медије на претходно обавјештавање лица да ће одређене информације бити јавно објављене, утврдио да се медијима, подразумијевајући и интернет, таква обавеза не може наметнути.

У досадашњој пракси ЕСЉП је потврдио својим пресудама и предности интернета над другим штампаним и аудиовизуелним медијима у погледу олакшавања вођења демократске и јавне дебате у питањима од јавног интереса, а посебно се фокусирао на обавезе и одговорност *ISP*-ова за садржај *web*-страница, те питања одговорности код информативних *online* издања штампаних медија и одговорности за дијељење садржаја на интернету. С обзиром на различитост и бројност питања о којима је ЕСЉП расправљао, немогуће је у форми чланка навести све принципе које је изградила судска пракса у погледу слободе изражавања примјениве и на интернет, баш као што је немогуће и предвидјети о којим ће све питањима ЕСЉП у том смислу расправљати у будућности. На основу досадашње праксе, међутим, могуће је закључити да ЕСЉП опште принципе прилагођава специфичностима интернета као средства комуникације. Тако је, одлучујући о представи у предмету *Perrin v. the United Kingdom*²¹, који се тичао казне изречене за објављивање опсценог садржаја на интернету, ЕСЉП утврдио да је мијешање у слободу изражавања утврђено у овом предмету, било предвиђено законом, имало легитиман циљ и било пропорционално казни изреченој подносиоцу представке од стране домаћих судова, чиме је потврђен стандард тростепеног теста и у односу на изражавање посредством интернета. Када је ријеч о опсценом, неморалном, расистичком, или, једном рјечју, недозвољеном

¹⁹ ЕСЉП, *Kalda v. Estonia*, no. 17429/10, 19 January 2016, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

²⁰ ЕСЉП, *Mosley v. the United Kingdom*, no. 48009/08, 10 May 2011, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

²¹ ЕСЉП, *Perrin v. the United Kingdom*, no. 5446/03 18 October 2005, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

садржају, значајно је поменути пресуду у предмету *Féret v. Belgium*²², у којој је установљено непостојање кршења слободе изражавања на које се позивао подносилац представке, лидер политичке партије у Белгији који је у штампаној публикацији и на интернету објавио расистички антимигрантски политички говор. Унеколико сличним проблемом ЕСЉП се бавио и у предмету *Sinkova v. Ukraine*²³, у којем је утврђено да изрицање трогодишње условне казне подносиоци представке за провокативни перформанс при ратном меморијалу у Украјини који је постављен и на интернет, није представљало повреду права на слободу изражавања. Случај се односио на хапшење, притвор и осуду Ане Синкове, која је, у својој изведби пекла јаја на пламену Гробнице непознатог војника у Кијеву, у знак наводног протеста против трошења природног гаса, након чега је ухапшена и осуђена за скрнављење гробнице. ЕСЉП је утврдио да је осуда утицала на њено право на слободу изражавања, али да је мијешање било „неопходно у демократском друштву“, с обзиром на то да је само понашање подносиоци представке представљало кривично дјело. У погледу садржаја манифестације слободе изражавања у контексту интернета, карактеристична је и пресуда у предмету *Alekhina and Others v. Russia*²⁴, у којој је ЕСЉП утврдио да су притвор и осуда три чланице групе „Pussy Riot“ због контроверзног јавног наступа у цркви, као и забрана дистрибуције снимка њиховог наступа на интернету, представљали кршење права на слободу изражавања, с обзиром на непропорционалност изречене казне. Садржај и начин упражњавања слободе изражавања посредством интернета били су предмет и пресуде *PETA Deutschland v. Germany*²⁵ у којој је ЕСЉП утврдио да Њемачка није прекршила члан 10. ЕКЉП када је спрјечила објављивање плаката на јавним мјестима и постављање истих на интернет на којима су слике животиња у кавезима упоређене са сликама затвореника у концентрационим логорима²⁶. У предмету донекле сличном претходном, *Tierbefreier e.V. v. Germany*²⁷, разматрајући да ли ће потврдити одлуке њемачких судова о издавању забране за сузбијање илегално прику-

²² ЕСЉП, *Féret v. Belgium*, no. 15615/07, 16 July 2009, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

²³ ЕСЉП, *Sinkova v. Ukraine*, no. 39496/11, 27 February 2018, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

²⁴ ЕСЉП, *Alekhina and Others v. Russia*, no. 38004/12, 17 July 2018, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

²⁵ ЕСЉП, *PETA Deutschland v. Germany*, no. 43481/09, 8 November 2012, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

²⁶ Случај је настао када су преживјели жидовског холокауста затражили забрану љепљења плаката на којима се истичу сличности између малтретирања животиња и патње жртава у нацистичким логорима.

²⁷ ЕСЉП, *Tierbefreier e.V. v. Germany*, no. 45192/09, 16 January 2014, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

плених снимака тестирања на животињама, ЕСЈП је утврдио да су домаћи судови постигли одговарајући баланс између члана 10. ЕКЈП и права компаније да заштити свој углед, у коначници подржавајући забрану која се односила на постављање истих снимака на интернет, с обзиром на то да је „предметни снимак сачињен од стране особе која је злоупотребила свој службени статус и у тајности направила снимак у оквиру приватних просторија послодавца.“²⁸

О одговорности различитих актера у односу на комуникацију посредством интернета ЕСЈП је расправљао у предмету *K.U. v. Finland*²⁹, који се примарно тичао повреде права на приватност, заштићеног чланом 8. ЕКЈП. У овом предмету се радило о огласу који је садржавао слику и телефонски број, а који је непознато лице у малољетничково име поставило на интернет дејтинг сајту. Након што је отац малољетника затражио од полиције да идентификује особу која је поставила оглас како би поднио тужбу против тог лица, провајдер услуга је одбио да открије идентитет власника *IP* адресе, позивајући се на уговор о повјерљивости и заштити података корисника његових услуга. Полиција је потом затражила од суда да обавезе провајдера да објелодани тражене информације, но, према важећем финском законодавству, полиција и судови нису могли захтјевати од провајдера да идентификује особу која је објавила оглас. ЕСЈП је установио да „иако су слобода изражавања и повјерљивост комуникација од примарног значаја, и иако корисници телекомуникационих и интернетских услуга морају имати гаранцију да ће се поштовати њихова приватност и слобода изражавања, таква гаранција не може бити апсолутна и повремено мора одступити пред другим легитимним императивима, попут спречавања нереда и криминала или заштите права и слобода других. Занемарујући питање да ли понашање особе која је поставила недозвољени оглас на интернет подразумијева примјену чланова 8. и 10., ипак је задатак законодавца да обезбједи оквир за помирење различитих захтјева за заштиту у овом контексту.“³⁰ Такав оквир, међутим, у то вријеме није постојао у легислативи Финске, услед чега је ЕСЈП установио кршење ЕКЈП. Одлуку супротну овој, ЕСЈП је донио у предмету *Węgrzynowski and Smolczewski v. Poland*³¹ у погледу навода двојице адвоката да пољски судови нису успјели да заштите њихово право на приватност, јер су одбили да издају налог за уклањање чланка са *web*-странице. Подносиоци су тражили такав налог двије године након што су успјешно тужили

²⁸ *Ibid.*, пара. 53.

²⁹ ЕСЈП, *K.U. v. Finland*, no. 2872/02, 2 December 2008, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

³⁰ *Ibid* ст. 49.

³¹ ЕСЈП, *Węgrzynowski and Smolczewski v. Poland*, no. 33846/07, 16 July 2013, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

исте новине за исти чланак у њиховом штампаном издању. ЕСЉП је био став да су пољски судови успоставили одговарајућу равнотежу између права на слободу изражавања и права на поштовање приватности, посебно имајући у виду да није на судовима да уклоне из јавности све трагове публикација, те да су подносиоци имали на располагању правни оквир за исхођење жељеног резултата и у оквиру националног правосуђа, што није био случај у претходно поменутој пресуди *K.U. v. Finland*. Одговорности различитих актера у погледу упражњавања слободе изражавања посредством интернета била је предмет и пресуде *Delfi AS v. Estonia*³², у којој је утврђено да Естонија није прекршила члан 10. када је установила одговорност портала за клевету почињену коментарима објављеним на чланке портала. У провођењу тростепеног теста установљено је да је постојало ограничење слободе изражавања изрицањем казни, али да су исте казне биле прописане законом, имале легитиман циљ и биле пропорционалне и неопходне у демократском друштву. Овом пресудом је ријешена дотада спорна ситуација усмјерена на питање да ли се власник портала сматра одговорним за коментаре које корисници постављају на *web*-страницу или је *web*-страница просто складиште садржаја за који власник не одговара. Сличним проблемом ЕСЉП се бавио и у предмету *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary*³³, у коме се такође радило о казни изреченој порталу за коментар корисника, иако је у овој пресуди ЕСЉП утврдио да Мађарска није успјела да уравни тежи право на приватност и право на слободу изражавања, када је домаћи суд додијелио штету због повреде пословног угледа учињене коментаром на порталу. Коментар на блогу био је предмет и пресуде у случају *Savva Terentyev v. Russia*³⁴, у којој је утврђено да изрицање условне казне лицу због објављивања коментара о злоупотреби полиције представља кршење права на слободу изражавања³⁵, узевши у обзир контекст у којем је коментар дат. У истој пресуди је упозорено и на то да закони који санкционишу говор мржње и подстицање на насиље морају бити јасни и прецизно дефинисани, како би се избјегла ситуација у којој држава има прешироко и потенцијално подложно злоупотреби дискреционо право да процесуира таква дјела.

³² ЕСЉП, *Delfi AS v. Estonia*, no. 64569/09, 10 October 2013, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

³³ ЕСЉП, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary*, no. 22947/13, 2 February 2016, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

³⁴ ЕСЉП, *Savva Terentyev v. Russia*, no. 10692/09, 28 August 2018, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

³⁵ Предметни коментар у овом предмету био је објављен као одговор на извјештај о политички мотивисаном претресу просторија новина. Подносилац представке је у свом коментару полицијске назвао „свињама“ и „кукавицама“, након чега је добио једногодишњу условну казну за јавно подстицање мржње и непријатељства и понижавање достојанства групе људи на основу њихове припадности одређеној друштвеној групи.

Принцип установљен праксом ЕСЈП у погледу одговорности аутора/издавача/уредника штампаних медија, прихваћен је и у односу на ауторе/издаваче/уреднике *web*-издања, те је тако у предмету *Růžový panter, o.s. v. the Czech Republic*³⁶ утврђено да није било кршења чл. 10. у случају домаће осуде због објављивања чланка о чешком министру и његовим ”мутним везама”, при чему је у пресуди наглашено да чак и када се предметна публикација бави питањима од јавног значаја, издавачи морају дјеловати пажљиво и одговорно и обезбједити да се „право на углед“ трећих страна заштити на одговарајући начин.

У случају кад је ријеч о архивирању, односно преузимању одређеног садржаја са интернета, значајно је поменути пресуду *Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2)*³⁷, у којој се радило о садржају објављеном у штампаном медију који је био предмет судског поступка, у тренутку кад је исти садржај постављен и на интернет. Овдје се као битно појавило питање рокова за подношење тужбе, односно наступања застарјелости у односу на, у овом случају, дјело клевете. Иако је ЕСЈП утврдио како питање рокова спада у оквир граница државне процјене, ипак је заузео став по којем се у овом предмету није радило о кршењу члана 10. ЕКЈП.

Креирање повезница, као основ одговорности, било је предмет просуђивања у случају *Magyar Jeti ZRT v. Hungary*³⁸, у којем је ЕСЈП потврдио одговорност медијских компанија за хиперлинкован садржај у њиховим чланцима. Случај се односио на мађарску медијску компанију и оператера популарног интернет информативног портала, на коме је објављен чланак о инциденту у који су били умијешани фудбалски навијачи који су скандирали расистичке пароле и пријетили ромској дјечи. Чланак је укључивао повезницу на *Youtube* видео снимак ромског лидера у коме он говори о навијачима као члановима десничарске странке одговорне за антиромску политику. Поменута странка је након тог тужила ромског лидера и подносиоца представке због клевете. Мађарски судови утврдили су да је ромски лидер извршио дјело клевете, као и да је подносилац представке одговоран јер је извршио ширење клеветничке изјаве. Овом пресудом ЕСЈП је констатовао да мађарски судови нису постигли равнотежу између слободе изражавања, на једној, и права на углед, на другој страни, те да примјена принципа објективне одговорности од стране мађарских судова представља несразмјерно ограничење права на слободу изражавања подносиоца представке.

³⁶ ЕСЈП, *Růžový panter, o.s. v. the Czech Republic*, no. 20240/08, 2 February 2012, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

³⁷ ЕСЈП, *Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2)*, nos. 3002/03 and 23676/03, 10 March 2009, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

³⁸ ЕСЈП, *Magyar Jeti ZRT v. Hungary*, no. 11257/16, 4 December 2018, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

О значају вођења јавне дебате и потреби слободног изражавања у тој сфери, а посредством интернета, ЕСЉП је одлучивао у предмету *Renaud v. France*³⁹, у којем је подносилац представке, оснивач локалног удружења које се противило великом грађевинском пројекту планираном у граду Сенс, покренуо *web*-страницу, оштро критикујући градоначелника, као одговорног за пројекат изградње. Сматрајући да су критике јавних личности дио друштвене дебате и пожељне политичке расправе, те да кривична осуда за клевету и увреду представља кршење слободе изражавања гарантоване чланом 10., ЕСЉП је пресудио у корист подносиоца. Питање јавног интереса, као предмета дебате која доприноси демократизацији друштва нужно се и у великом броју пресуда ЕСЉП тиче и приватне сфере живота јавних личности. Тако је Велико вијеће ЕСЉП у предмету *Couderc and Hachette Filipacchi Associes v. France*⁴⁰ једногласно утврдило да су француски судови прекршили члан 10. ЕКЉП кажњавајући магазин који је објавио чланак о непризнатом дјетету принца од Монака. Пресудом је утврђено да је постојање непризнатог дјетета у контексту монархије неспорно у јавном интересу и да француски судови нису успјели правилно да уравнотеже принчеве интересе о приватности са слободом изражавања. Иако се пресуда односила на чланак објављен у штампаном медију, исти чланак је био постављен и на интернет, и то на великом броју различитих *web*-страница.

Пресуда која је изазвала изузетну пажњу, како због политичког, тако и због значаја у односу на инволвирана конвенцијска права била је пресуда у предмету *Fatullayev v. Azerbaijan*⁴¹, у којем се, након што је осуђен за клевету и пријетњу тероризмом у новинама и на *web*-посту, током издржавања затворске казне, оснивач и главни уредник двоје новина, подносилац представке обратио ЕСЉП наводима да је поступцима азербејџанских власти дошло до кршења његове слободе изражавања и права на поштено суђење. Анализирајући околности случаја, ЕСЉП је устврдио да је у објављеним чланцима подносилац представке „имао право на скретање пажње јавности на питања од легитимног јавног интереса“⁴², те да је дугогодишња затворска казна која му је изречена непропорционална и обесхрабрујућа по принцип слободе медија⁴³, услјед чега је утврђено кршење чл. 10. и чл. 6 ЕКЉП и наређење азербејџанским властима да подносиоца представке пусте на слободу.

³⁹ ЕСЉП, *Renaud v. France*, no. 13290/07, 25 February 2010, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

⁴⁰ ЕСЉП, *Couderc and Hachette Filipacchi Associes v. France*, no. 40454/07, 10 November 2015, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

⁴¹ ЕСЉП, *Fatullayev v. Azerbaijan*, no. 40984/07, 22 April 2010, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

⁴² *Ibid* ст. 126.

⁴³ *Ibid* ст. 128.

Општи принцип да се код процјене постојања кршења слободе изражавања релевантним сматра изношење чињеница, не и вриједносних судова, ЕСЉП је у односу на интернет примијенио у пресуди у предмету *Aleksey Ovchinnikov v. Russia*⁴⁴, у којем је била ријеч о сексуалном злостављању дјецака у кампу од стране дјете државних функционера, о чему је подносилац представке објавио чланак у новинама и на интернету, након чега је осуђен на новчану казну и објављивање изјаве којом повлачи раније написано, услед јед недозвољеног „мијешања у истрагу“. Иако је општи принцип да јавне личности уживају ужи обим заштите кад је ријеч о слободи медија ЕСЉП нагласио и у овој пресуди⁴⁵, ипак је у диспозитиву стао на становиште да у овом предмету није било кршења слободе изражавања, с обзиром на чињеницу да казна која је изречена подносиоцу представке није била непримјерена и претјерана. Разликовање у изражавању вредносних судова, на једној, и саопштавању чињеница, на другој страни, своје опредмећење је нашло и у пресуди у предмету *Szima v. Hungary*⁴⁶. Исти предмет се тицао подносиоцке представке, која је као високи полицијски дужносник у пензији на веб-страници полицијског синдиката објавила низ написа о неисплаћеним накнадама, наводном непотизму и недоличном политичком утицају у круговима полиције, након чега је ражалована и новчано кажњена. ЕСЉП је стао на становиште да у овом предмету није било кршења слободе изражавања, јер су изнешени наводи представљали тврдње које би, чак и да су у питању вредносни судови, морале имати одређени чињенични основ⁴⁷. Сличан став ЕСЉП је заузео и у пресуди у предмету *De Lesquen du Plessis-Casso v. France (no. 2)*⁴⁸, у коме је подносилац тврдио да су француски судови повриједили његову слободу изражавања тиме што су га кривично казнили због клевете политичара, извршене објавом отвореног писма на интернету у коме је дотичног политичара осудио за избјегавање војне службе у Алжиру. ЕСЉП је потврдио став француских судова о осуди, сматрајући да је мишљење које је подносилац исказао у отвореном писму било без икаквог чињеничног основа. Истим питањем ЕСЉП се бавио и у пресуди *Egill Einarsson v. Iceland*⁴⁹ у којој је утврђено да су исландски судови повриједили право на

⁴⁴ ЕСЉП, *Aleksey Ovchinnikov v. Russia*, no. 24061/04, 16 December 2010, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

⁴⁵ ст.43. Пресуде.

⁴⁶ ЕСЉП, *Szima v. Hungary*, no. 29723/11, 9 October 2012, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

⁴⁷ Принцип установљен у пресуди ЕСЉП *Jerusalem v. Austria*, no. 26958/95, § 43, 2001, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

⁴⁸ ЕСЉП, *De Lesquen du Plessis-Casso v. France (no. 2)*, no. 34400/10, 30 January 2014, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

⁴⁹ ЕСЉП, *Egill Einarsson v. Iceland*, no. 24703/15, 7 November 2017, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

приватност подносиоца представке одбацивши његову тужбу против корисника интернета који га је назвао „силоватељем“⁵⁰. ЕСЉП се није сагласио са приступом националних суда, сматрајући да домаћа пресуда није успоставила равнотежу између права на приватност и права корисника *Instagram*-а на слободу изражавања, услјед чега је установљено кршење права на поштовање приватног живота према члану 8. ЕКЉП.

Кориштење web-адреса у сврху оглашавања било је предмет одлучивања од стране ЕСЉП у пресуди *Mouvement raëlien Suisse v. Switzerland*⁵¹, којом је утврђено да забрана оглашавања путем плаката организације подносиоца представке представља ограничавање слободе изражавања, али да је исто ограничавање слободе изражавања било оправдано и друштвено потребно. Образлажући одлуку, ЕСЉП је констатовао да, иако није било спорно да дотични плакат не садржи ништа незаконито или шокантно, ни у тексту ни у илустрацијама, оглашавање web-странице организације на истом плакату је одређене садржаје, укључујући промоцију клонирања људи и сензуалне медитације, учинило доступним свима, укључујући и малолетнике. Примјећујући да су швајцарски судови пажљиво образложили своје одлуке, а такође узимајући у обзир ограничени опсег оспорене забране, који се није проширио ни на удружење, нити на његову web-страницу, ЕСЉП је заузео став да надлежни органи нису прекорачили слободну границу процјене која им се пружа у погледу регулације кориштења јавног простора⁵². Кршење слободе изражавања ЕСЉП није установио ни у предмету *Animal Defenders International v. the United Kingdom*,⁵³ који се тицао забране емитовања телевизијског спота усмјереног на злоупотребу животиња, изречену подносиоцу представке. Образлажући своју одлуку, ЕСЉП је констатовао да забраном политичког оглашавања на телевизији и радију није забрањен политички говор у цјелини, јер постоје и други начини оглашавања, међу којима предњачи интернет који „представља моћно средство у остварењу активности невладиних организација“⁵⁴.

Веома значајним питањем у оквиру слободе медија сматра се питање заштите извора информација. Опште принципе у погледу ове слободе ЕСЉП

⁵⁰ Случај се односио на познатог блогера и писца кога је жена оптужила за силовање. Недуго након што је њена тужба одбачена, на *Instagram*-у се појавио недолучан коментар у коме је писац назван силоватељем, а који су исландски судови одбили да санкционишу као клевету, сматрајући да се ради о вредносном суду, на шта корисник има право у контексту слободе изражавања.

⁵¹ ЕСЉП, пресуда у предмету *Mouvement raëlien Suisse v. Switzerland*, no. 16354/06, 13 July 2012, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

⁵² *Ibid.*, para. 76.

⁵³ ЕСЉП, *Animal Defenders International v. the United Kingdom*, no. 48876/08, 22 April 2013, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

⁵⁴ *Ibid.*, para. 124.

је примјенио и на извјештавање посредством интернета у низу предмета. У једном од скорашњих, *Becker v. Norway*⁵⁵, ЕСЉП је утврдио да је Норвешка прекршила члан 10. наређујући новинару да свједочи о свом контакту са извором, упркос чињеници да се сам извор идентификовао. Особа која је била извор информација суочила се са кривичним гоњењем након објављивања чланка у интернет издању часописа. Новинарка која је написала чланак одбила је да одговори на било каква питања о могућем контакту између ње и извора информација, ослањајући се на право на заштиту новинарских извора, иако се лице само идентификовало као извор информација. Став ЕСЉП, исказан у овој пресуди, био је усмјерен на то да заштита извора од стране новинара не може бити искључена понашањем самог извора, те да постоји ограничавање слобода штампе у сваком случају вршења притиска на новинаре да открију извор информација.

6. ЗАКЉУЧАК

Имајући у виду значај који слобода изражавања има када се говори о демократизацији друштва у контексту савремених технологија, потребно је, у складу са праксом ЕСЉП вршити измјене постојећих законодавних оквира на државном нивоу свих земаља чланица ЕКЉП, у смислу прецизнијег дефинисања процесних аспеката поступања према злоупотреби слобода изражавања. Различите правне квалификације, или у неким земљама чак и њихово непостојање, кад је у питању интернет као модерно средство комуникације, засигурно ће довести до пораста броја предмета ове врсте пред ЕСЉП. Поред наведеног, у контексту поштовања принципа установљених праксом ЕСЉП, неопходан корак усклађивања стања у погледу слобода изражавања посредством интернета у оквиру држава чланица, представљала би и обука поступајућих тужилаца, судија и полицијских службеника у идентификовању и доказивању дјела која представљају злоупотребу слобода изражавања. Одсуство правног средства и/или неефикасно правно средство, неефикасно спровођење истраге, неиспитивање мотива за извршење противправних дјела (код говора мржње, нпр.), одлагање кривичног гоњења, дужина трајања истраге, само су неки од проблема на које указује пракса ЕСЉП. Из тог разлога, од изузетног је значаја да се поред неопходних измјена закона спроведе и системска кампања у друштву, која би обухватила све слојеве и чиниоце друштва у подизању свијести о штетности и посљедицама злоупотребе слобода изражавања на интернету.

⁵⁵ ЕСЉП, *Becker v. Norway*, no. 21272/12, 5 October 2017, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/>, на дан 20. октобра 2019. године.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- Tarlach McGonagle, *The troubled relationship between free speech and racist hate speech: the ambiguous roles of the media and interne*, Expert Paper, Day of Thematic Discussion “Racist Hate Speech” (28 August 2012), UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 81st Session, Geneva, 6-31 August 2012.
- Robert Trager, Donna L. Dickerson, *Freedom of Expression in the 21st Century*, Pine Forge Press, London, New Delhi, 1999.
- Jan Oster, *European and International Media Law*, Cambridge, 2017.
- Tarlach McGonagle, *The Council of Europe against online hate speech: Conundrums and challenges*, 2013, p. 28, https://www.ivir.nl/publicaties/download/Expert_paper_hate_speech.pdf,
- Љ. Мијовић, *Слобода изражавања у легислативи и пракси у БиХ, Српска љравна мисао* бр. 51., Бањалука, 2018.

Пресуде:

- ЕСЉП, *Handyside v. the United Kingdom*, бр. 5493/72, 7 December 1976.
- ЕСЉП, *Editions Plon v. France*, no. 58148/00, § 42, ECHR 2004-IV.
- ЕСЉП, *London, Otchakovsky-Laurens and July v. France* [GC], nos. 21279/02 and 36448/02, § 45, ECHR 2007-IV; ЕСЉП, *Axel Springer AG v. Germany* [GC], no. 39954/08, § 78, 2012).
- ЕСП, *Google LLC v. Commission nationale de l’informatique et des libertés (CNIL)*, ECLI:EU:C:2019:772, 24. септембра 2019., <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218105&pageIndex=0&doclang=hr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6367226>, 1. 11. 2019.
- ЕСЉП, *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, no. 37374/05, 14 April 2009.
- ЕСЉП *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG v. Switzerland*, no. 34124/06, 21 June 2012 .
- ЕСЉП, *Ahmet Yildirim v. Turkey*, no. 3111/10, 18 December, 2012.
- ЕСЉП, *Cengiz and Others v. Turkey*, nos. 48226/10 and 14027/11, 1 December 2015.
- ЕСЉП, *Kalda v. Estonia*, no. 17429/10, 19 January 2016.
- ЕСЉП, *Mosley v. the United Kingdom*, no. 48009/08, 10 May 2011.
- ЕСЉП, *Perrin v. the United Kingdom*, no. 5446/03 18 October 2005.
- ЕСЉП, *Féret v. Belgium*, no. 15615/07, 16 July 2009.
- ЕСЉП, *Sinkova v. Ukraine*, no. 39496/11, 27 February 2018.
- ЕСЉП, *Alekshina and Others v. Russia*, no. 38004/12, 17 July 2018.
- ЕСЉП, *PETA Deutschland v. Germany*, no. 43481/09, 8 November 2012.
- ЕСЉП, *Tierbefreier e.V. v. Germany*, no. 45192/09, 16 January 2014.
- ЕСЉП, *K.U. v. Finland* , no. 2872/02, 2 December 2008.
- ЕСЉП, *Węgrzynowski and Smolczewski v. Poland*, no. 33846/07, 16 July 2013.
- ЕСЉП, *Delfi AS v. Estonia*, no. 64569/09, 10 October 2013.
- ЕСЉП, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary*, no. 22947/13, 2 February 2016.
- ЕСЉП, *Savva Terentyev v. Russia*, no. 10692/09, 28 August 2018.
- ЕСЉП, *Růžový panter, o.s. v. the Czech Republic*, no. 20240/08, 2 February 2012.

- ЕСЈП, *Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2)*, nos. 3002/03 and 23676/03, 10 March 2009.
- ЕСЈП, *Magyar Jeti ZRT v. Hungary*, no. 11257/16, 4 December 2018.
- ЕСЈП, *Renaud v. France*, no. 13290/07, 25 February 2010.
- ЕСЈП, *Couderc and Hachette Filipacchi Associes v. France*, no. 40454/07, 10 November 2015.
- ЕСЈП, *Fatullayev v Azerbaijan*, no. 40984/07, 22 April 2010.
- ЕСЈП, *Aleksey Ovchinnikov v. Russia*, no. 24061/04, 16 December 2010.
- ЕСЈП, *Szima v. Hungary*, no. 29723/11, 9 October 2012.
- ЕСЈП *Jerusalem v. Austria*, no. 26958/95, 2001.
- ЕСЈП, *De Lesquen du Plessis-Casso v. France (no. 2)*, no. 34400/10, 30 January 2014.
- ЕСЈП, *Egill Einarsson v. Iceland*, no. 24703/15, 7 November 2017.
- ЕСЈП, пресуда у предмету *Mouvement raëlien Suisse v. Switzerland*, no. 16354/06), 13 July 2012);
- ЕСЈП, *Animal Defenders International v. the United Kingdom*, no. 48876/08, 22 April 2013.
- ЕСЈП, *Becker v. Norway*, no. 21272/12, 5 October 2017.

*Ljiljana S. Mijović, Ph.D., Full Professor
University of Banjaluka
Faculty of Law in Banjaluka
ljiljana.mijovic@pf.unibl.org*

Internet and Freedom of Expression in the Case Law of the European Court of Human Rights

Abstract: *Internet as a means of communication, whatever the type of information it might be used for, falls within the exercise of the right to freedom of expression, as guaranteed by Article 10 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. As established in the European Court's case law, freedom of expression constitutes one of the essentials of a democratic society, therefore limitations on that freedom foreseen in Article 10 § 2 of the Convention are to be interpreted strictly.*

In order to ensure effective protection of one's freedom of expression on the Internet, States bear a positive obligation to create an appropriate regulatory framework, balancing the right to freedom of expression on one and the limitations prescribed in Article 10 § 2, on the other hand. Special attention in doing so is to be paid to the risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of other human rights and freedoms guaranteed by the European Convention, particularly the right to respect for private life. While it is the fact that the electronic network, serving billions of users worldwide, will never be subject to the same regulations and control, because of the national authorities' margin of appreciation, the European Court established commonly applicable general principles regarding the Internet as a media of exercising right to freedom of expression.

Keywords: *Internet, Freedom of Expression, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Court of Human Rights, Case Law.*

Датум пријема рада: 14.12.2019.

Др Аиџила И. Дудаџ, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
A.Dudas@pf.uns.ac.rs

ОСВРТ НА РЕГУЛАТИВУ САОБРАЗНОСТИ И ГАРАНЦИЈЕ У МАЂАРСКОМ ПРАВУ – Пример транспозиције Директиве 1999/44/ЕЗ у општа правила уговорног права*

Сажетак: Мађарска је Директиву 1999/44/ЕЗ о одређеним аспектима продаје робе широко пошрошће и праћећим гаранцијама транспоновала у домаће право изменама Грађанског законика из 1959. године, усвојених 2002. године, уместио инкорпорисањем правила Директиве у Закон о заштити пошрошача из 1997. године. Такав приступ показао је бројне предности када се упоређи са правом Србије. Код нас је, наиме, Закон о заштити пошрошача из 2010. године уредио саобразност и гаранцију, што нужно намеће потребу разграничења домена примене ових институција, с једне, и одговорности за материјалне недостатке испуњење и гаранције за исправно функционисање продаје ствари из Закона о облигационим односима, с друге стране. Транспонованом Директиве у одређена правила уговорног права у мађарском Грађанском законiku из 1959. године јединствено су уређене одговорности за материјалне недостатке и гаранција. Ова правила важе за све уговоре, при чему је број одредаба које се примењују само у пошрошачком контексту релативно мали.

Осим тога, мађарско право може да послужи као пример правног система у којем усклађено функционишу уговорна и законска гаранција. Уговорна гаранција, као и одговорност за материјалне недостатке испуњења (саобразност), јединствено је уређена у Закону како за пошрошачке уговоре, тако и за оне који то нису. Осим ње, постоји неколико случајева обавезне (законске) гаранције усвојених уредбама Владе. При том је домен примене обе врсте гаранције јасно одређен. Нејасна правна природа и домен

* Чланак је настао као резултат рада на научноистраживачком пројекту Правног факултета Универзитета у Новом Саду под називом *Правна традиција и нови правни изазови*.

примене гаранције из Закона о облигационим односима Србије по усвајању Закона о заштити и поштовању из 2010. године, који уводи уговорну гаранцију у поштовачком контексту, иако је је једна од неативних последица трансформационе Директиве 1999/44/ЕЗ у посебан закон о заштити и поштовању, а не у оштра правила уговорног права.

Овај процес је задржао и нови мађарски Грађански законик из 2013. године: одговорност за материјалне недостатке испуњења (саобразност) и гаранција остају уређене у оквиру оштрих правила уговорног права. Задржан је систем обавезних гаранција усвојених уредбама Владе. Значајну новину представља увођење непосредне одговорности произвођача за несаобразност робе у домаће право. У ишању је инсистирајући који се помиње у Директиви 1999/44/ЕЗ, али је државама чланицама остварена слобода да ли ће га увести, односно задржати у својим правима. Мађарска је искористила ову могућност и уредила непосредну одговорност произвођача за несаобразност, додуше више од десет година по трансформационој Директиви. И овај инсистирајући је уређен у оквиру оштрих правила уговорног права, при чему се примењује само у поштовачком контексту.

Кључне речи: саобразност, одговорност за материјалне недостатке испуњења, уговорна гаранција, законска гаранција, непосредна одговорност произвођача за несаобразност.

1. ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК ИЗ 1959. ГОДИНЕ ПРЕ ТРАСПОНОВАЊА ДИРЕКТИВЕ 1999/44/ЕЗ

Први грађански законик Мађарске усвојен је 1959. године, у друштвеним околностима и времену који уопште нису погодвали развоју потрошачког права. У то време једино је Закон о унутрашњој трговини садржавао спорадичне одредбе о заштити потрошача. У тзв. „економији оскудице“, у којој се налазила привреда Мађарске пре промене са државно-планске на тржишну економију крајем осамдесетих година прошлог века, ниво правне заштите потрошача и тзв. потрошачка свест били су на врло ниском нивоу.¹

Након закључења уговора о придруживању Европској заједници 1994. године, интензивирају се радови на хармонизацији домаћег права са заједничком правном тековином, што је обухватало и потребу транспоновања директива из области правне заштите потрошача. Први значајан резултат

¹ Éva Nagy, *A vevő-fogyasztó tradicionális jogai ingó adásvétel hibás teljesítése esetén* [Традиционална права купца-потрошача у случају извршења са недостатком уговора о продаји покретне ствари], докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Сегедину, 2014, 278.

тих напора представља усвајање Закона о заштити потрошача 1997. године², али је он садржавао само мали број одредаба посвећених грађанскоправној заштити потрошача.

У том правном амбијенту је почетком миленија требало у мађарско право транспоновати Директиву 1999/44/ЕЗ о одређеним аспектима продаје робе широке потрошње и пратећим гаранцијама.³ Доктрина је истицала да у овом процесу не треба очекивати никакав „коперникански обрт“, имајући у виду да Грађански законик из 1959. године располаже сасвим адекватном регулативом о одговорности за материјалне недостатке испуњења и гаранцији за уредно извршење уговора.⁴

У погледу начина како је требало остварити усклађивање домаћег права са Директивом 1999/44/ЕЗ, размотрене су две могућности. Једна је била да се устроје специјална правила о потрошачкој купопродаји, која би се унела у Закон о заштити потрошача или у сам Грађански законик, као посебна врста купопродаје. Истицано је у доктрини да би овакав метод имао ту привидну предност што не би реметио постојећи систем општих правила уговорног права. Међутим, он би имао тај недостатак што би се нужно наметнула питања тумачења и разграничења од општих правила уговорног права, уколико би се нова правила потрошачке купопродаје, као засебна целина, унела у Грађански законик. Није се чинила срећнијом ни алтернатива да се ова посебна правила унесу у Закон о заштити потрошача, јер би се онда у том закону испреплитале норме јавно и приватноправне природе, при чему би и у овом случају настао проблем утврђивања домена примене два различита скупа правила о одговорности за материјалне недостатке испуњења и гаранцији. Друга могућност је била тзв. системска интеграција правила потрошачке купопродаје у Грађански законик, тако што би се поједина општа правила уговорног правила тако изменила да обухвате и посебности потрошачке купопродаје.⁵ Она је на крају добила већинску подршку стручне и научне јавности, те је законодавац 2002. године изменио одредбе Грађанског законика из 1959. године.⁶ Измене су ступиле на снагу 1. јула 2003. године

² Закон бр. CLV. о заштити потрошача [1997. évi CLV. törvény a fogyasztóvédelemről].

³ Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees

⁴ Lajos Vékás, „A fogyasztói adásvételről szóló EK-irányelv és átültetése a magyar polgári jogba” [Директива ЕЗ о потрошачкој купопродаји и њено транспонување у грађанско право Мађарске], *Magyar Jog*, бр. 2000/11., стр. 646-660, на стр. 647.

⁵ Vékás 2000, 650.

⁶ Закон бр. XXXVI. из 2002. године о изменама и допунама IV Закона из 1959. године о Грађанском законнику Републике Мађарске, као и других закона ради хармонизације са комунитарним правом у области заштите потрошача [2002. évi XXXVI. Törvény a Magyar Köztársaság Polgári Törvénykönyvéről szóló 1959. évi IV. törvény, valamint egyes törvények fogyasztóvédelemmel összefüggő jogharmonizációs célú módosításáról].

које су, осим оних које је наметала потреба транспоновања Директиве 1999/44/ЕЗ у мађарско право, дотичале и других питања у материји приватно-правне заштите потрошача. Тако, новелиране су одредбе о гаранцији, као једног од средстава обезбеђења уредног извршења уговора⁷, правила о извршењу уговора⁸, општа правила о затезној камати⁹ и посебна која се односе на обавезу плаћање затезне камату између привредних организација¹⁰, правила о последицама неизвршења, тј. повреди уговора¹¹, односно унета је дефиниција потрошача и потрошачког уговора у Грађански законик.¹² Осим тога, овим законом измењен је Закон о заштити потрошача из 1997. године, Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком из 1993. године, као и Закон о делатности привредног оглашавања из 1997. године.

2. ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК ИЗ 1959. ГОДИНЕ ПОСЛЕ ТРАНСПОНОВАЊА ДИРЕКТИВЕ 1999/44/ЕЗ

2.1. Одговорност за материјалне недостатке испуњења

Изменама Грађанског законика из 1959. године, усвојених 2002. године, ревидирана су општа правила уговорног права, пре свега у вези са одговорношћу за материјалне недостатке испуњења и уговорних гаранција. Интеграција правила Директиве 1999/44/ЕЗ у општа правила уговорног права је у тој мери глатко остварена да се постигла чак и термилошка уједначеност. У Законику се говори само о одговорности за материјалне недостатке испуњења, како у потрошачком контексту, тако и ван њега. Саобразност (*conformity*) из Директиве ни термилошки није нашла своје место у Законику.

Међу општим правилима о материјалним недостацима испуњења (један од могућих начина повреде уговора) Законик прописује да се у двостраном уговору испуњење обавезе дужника¹³ сматра манљивим, ако предата ствар у време испуњења нема својства утврђена прописом или уговором.¹⁴ Уколико је поверилац у време закључења уговора знао за недостатак или му он није могао остати непознат, дужник се ослобађа одговорности.¹⁵ Недостатком

⁷ МГЗ-1959 (2003), 248.§.

⁸ МГЗ-1959 (2003), 277-278.§.

⁹ МГЗ-1959 (2003), 301.§.

¹⁰ МГЗ-1959 (2003), 301А§.

¹¹ МГЗ-1959 (2003), 305-311.§.

¹² МГЗ-1959 (2003), 685.§. т. а), d) и е).

¹³ Законик користи термин дужник за страну у уговору коју терети одговорност за материјалне недостатке испуњења, а термин поверилац за другу страну која стиче захтев за њихово отклањање. Из овог разлога ће и у овом раду ови термини бити у употреби.

¹⁴ МГЗ-1959 (2003), 305§ ст. (1).

¹⁵ МГЗ-1959 (2003), 305А§ ст. (1).

у испуњењу сматра се и нестручна инсталација ствари, ако је она била обавеза продавца или лица које поступа по његовим налозима, као и нестручна инсталација од стране купца, ако је она последица недостатка у упутству. Законик изричито прописује да је ништава уговорна одредба којом се на штету потрошача одступа од одредаба о последицама материјалног недостатка испуњења.¹⁶ Из овога произлази да су одредбе о одговорности за материјалне недостатке ван потрошачког контекста диспозитивне природе, док су у односу између потрошача и продавца/трговца једнострано когентне (мешовите, диспозитивно-когентне).¹⁷

У случају потрошачког уговора, све док се не докаже супротно, треба претпоставити да је недостатак постојао у тренутку извршења уговора, уколико се појави у року од шест месеци од дана испуњења, осим ако је ова претпоставка неспојива са природом недостатка или саме ствари.¹⁸

Права повериоца у случају материјалног недостатка испуњења јединствено су уређена за све уговоре, како за оне који настају у потрошачком контексту, тако и за оне ван њега. Поверилац може да захтева отклањање несаобразности оправком или заменом ствари.¹⁹ Уколико би то било немогуће или би представљало несразмерне трошкове за дужника, или дужник не покаже спремност за отклањање недостатка, односно није га отклонио у примереном року, поверилац може да захтева смањење цене или раскид уговора.²⁰ Осим тога, Законик предвиђа и право повериоца да недостатак отклони на терет дужника.²¹ Једина одредба која се односи само на потрошачке уговоре је она која прописује да се од наведеног редоследа у остваривању права може одступити само у корист потрошача.²² То значи да је овај редослед у ванпотрошачком контексту диспозитиван и стране могу од њега одступити, док је у потрошачком контексту једнострано императиван.

Законик прописује различите рокове обавештавања дужника о недостатку и различите рокове у којима се наведена права могу остварити, зависно од тога да ли се у својству повериоца налази потрошач.

У уговору који се не квалификује као потрошачки, поверилац је дужан да у најкраћем могућем року по уочавању недостатка обавести дужника.²³

¹⁶ МГЗ-1959 (2003), 305. § ст. (2).

¹⁷ О називу правних норми на српском језику које омогућавају одступање само у одређеном правцу, редовно у корист слабије стране, још увек влада термилошка неуједначеност. О различитим терминима који се користе вид. Владимир В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Ојшћин гео грађанској права*, Београд 2012, стр. 145.

¹⁸ МГЗ-1959 (2003), 305А § ст. (2).

¹⁹ МГЗ-1959 (2003), 306. § ст. (1) т. а).

²⁰ МГЗ-1959 (2003), 306. § ст. (1) т. б).

²¹ МГЗ-1959 (2003), 306. § ст. (3).

²² МГЗ-1959 (2003), 306. § ст. (5).

²³ МГЗ-1959 (2003), 307. § ст. (1).

У потрошачком уговору се обавештавање сматра благовременим уколико је учињено у року од два месеца од уочавања недостатка.²⁴ Одступање од овог правила сматра се ништавим.²⁵

Поверилац може остварити своја права по основу материјалног недостатка у застарном року од шест месеци од дана испуњења обавезе.²⁶ У потрошачком уговору је овај рок две године и ништава је одредба уговора којом се предвиђа краћи рок. У потрошачком уговору стране могу уговорити и краћи рок у случају да је предмет уговора коришћена ствар, али не краћи од једне године.²⁷

Уколико је прописом или техничким стандардом предвиђен рок употребе производа краћи од шест месеци, односно две године у потрошачком уговору, наведени рокови за остваривање права се скраћују на рок употребе.²⁸ Ако је предмет уговора животиња, рок је 60 дана.²⁹

Наведени застарни рокови се рачунају у оквиру преклузивног рока од годину дана од дана испуњења, односно у року од три године ако се ради о ствари намењеној трајној употреби (на пример, аутомобили), у случају да поверилац из оправданих разлога није могао да оствари своја права по основу материјалног недостатка, посебно ако недостатак због његове или природе саме ствари која је предмет уговора није могао да уочи у наведеним застарним роковима. Ако је прописом одређен минимални рок употребе у трајању дужем од три године, преклузивни рок траје исто толико.³⁰ Ова правила су диспозитивна, осим у случају потрошачке купопродаје у вези са којом Законик прописује да је ништава уговорна одредба којом се предвиђа краћи рок од три године у случају ствари намењеној трајној употреби.³¹

Важна је одредба Законика која изричито прописује да се права по основу материјалног недостатка испуњења могу остварити и по протеклу наведених рокова у виду приговора против захтева за остваривањем потраживања друге стране.³²

2.2. Гаранција за уредно извршење уговора

Слично саобразности, односно одговорности за физичке недостатке испуњења, по изменама Грађанског законика из 1959. године, усвојених 2002. године, и гаранција је, као вид средства обезбеђења потраживања, једин-

²⁴ МГЗ-1959 (2003), 307.§ ст. (2).

²⁵ МГЗ-1959 (2003), 307.§ ст. (3).

²⁶ МГЗ-1959 (2003), 308.§ ст. (1).

²⁷ МГЗ-1959 (2003), 308.§ ст. (4).

²⁸ МГЗ-1959 (2003), 308.§ ст. (1).

²⁹ МГЗ-1959 (2003), 308.§ ст. (2).

³⁰ МГЗ-1959 (2003), 308А§ ст. (1).

³¹ МГЗ-1959 (2003), 308А§ ст. (2).

³² МГЗ-1959 (2003), 308С§.

ствено уређена правилима општег уговорног права. У овом случају је још више дошла до изражаја интенција законодавца да се уместо задржавања старих правила и транспоновања нових правила из Директиве 1999/44/ЕЗ, општа правила подигну на тај ниво да одговарају стандарду Директиве. На то указује и то да је домен примене само једне од одредаба о гаранцији ограничен на потрошачке уговоре.

Грађански законик из 1959. године предвиђа да страна која је по основу уговора или прописа дужна да гарантује извршење уговора без недостатка, за време трајања гаранције ослобађа се одговорности само ако докаже да је недостатак настао после извршења уговора. Гаранција не утиче на права повериоца која има на основу закона.³³ Према томе, одредбе Законика о гаранцији односе се како на ону која настаје на основу уговора (уговорна гаранција), тако и на ону која настаје на основу прописа (законска гаранција). Обим одговорности издаваоца гаранције одређује се на основу уговора или прописа којима се заснива, као и на основу садржине оглашавања које је издавалац гаранције објавио.³⁴ У оквиру гарантног рока поверилац било када може да истакне дужнику постојање недостатка у испуњењу.³⁵ Законик прописује сходну примену правила о остваривању права по основу материјалног недостатка испуњења на остваривање права по основу гаранције.³⁶

Законик посебно уређује садржину изјаве о гаранцији у вези са потрошачким уговором. Она мора да садржи име и адресу издаваоца гаранције, садржину гаранције, временски период и територију на коју се односи, као и начин остваривања права по основу гаранције. Осим тога гаранција мора да садржи изјаву о томе да она не утиче на права потрошача која има по основу закона. На захтев потрошача, изјава о гаранцији мора се сачинити у писаном облику или на другом трајном медију, те му ставити на располагање. Законик оставља могућност да се у случају обавезне гаранције прописом одреде додатни елементи које мора да садржи изјава о гаранцији. Напослетку, Законик изричито прописује да повреда наведених правила о изјави о гаранцији не утиче на пуноважност обавезе њеног издаваоца.³⁷

2.3. Посебна законска гаранција за трајна потрошна добра

Мађарска је устројила и неколико обавезних (законских) режима гаранције. На основу овлашћења из Грађанског законика³⁸, обавезне гаранције

³³ МГЗ-1959 (2003), 248. § ст. (1).

³⁴ МГЗ-1959 (2003), 248. § ст. (2).

³⁵ МГЗ-1959 (2003), 248. § ст. (4).

³⁶ МГЗ-1959 (2003), 248. § ст. (5).

³⁷ МГЗ-1959 (2003), 248. § ст. (3).

³⁸ МГЗ-1959 (2003), 248. § ст. (1).

установљавају се уредбама Владе. Најзначајнија је обавезна гаранција за трајна потрошна добра³⁹, али постоји још и обавезна гаранција за стамбене објекте⁴⁰, као и обавезна гаранција за поједине услуге оправке и одржавања⁴¹. Оне су настале у периоду после измена Грађанског законика из 1959. године, усвојених 2002. године, и учестало се мењају. Најновије измене усвојене су у јуну 2020. године⁴², али ће нове одредбе које се односе на гаранцију за трајна потрошна добра ступити на снагу 1. јануара 2021. године⁴³. Према томе, систем обавезних гаранција у мађарском праву данас више нема за своју законску подлогу Законик из 1959. године, већ нови из 2013. године. Имајући међутим у виду да су они усвојени у време важења претходног Законика, са изменама из 2002. године, целисходно их је приказати у овом делу рада који је посвећен регулативи Законика из 1959. године.

У прилогу Уредбе о обавезној гаранцији за трајна потрошна добра дат је детаљан списак производа који се сматрају трајним потрошним добрима, те потпадају под домен њене примене. То су углавном сви технички производи и моторна возила, под условом да њихова вредност премашује износ од 10.000 форинти (око 30 евра). Испуњење обавезе по законској гаранцији терети продавца са којим је потрошач закључио уговор.⁴⁴ Уколико је произвођач добровољном гаранцијом обезбедио потрошачу већа права у односу на правила Уредбе, на потрошача прелазе сва права која би продавац у регресном поступку по уговорној гаранцији могао да оствари од произвођача.⁴⁵

Гарантни рок је по важећем тексту Уредбе годину дана, при чему је додатно истакнуто да се он по својој природи сматра преклузивним.⁴⁶ Од 1. јануара 2021. године једногодишњи рок ће да се примењује само на ствари чија је вредност од 10.000 до 100.000 форинти, док ће на ствари чија је вред-

³⁹ Уредба Владе бр. 151/2003. (IX. 22.) о обавезној гаранцији за поједина трајна потрошна добра [151/2003. (IX. 22.) *Korm. Rendelet az egyes tartós fogyasztási cikkekre vonatkozó kötelező jótállásról*].

⁴⁰ Уредба Владе бр. 181/2003. (XI. 5.) о обавезној гаранцији у вези изградњом стамбених некретнина [181/2003. (XI. 5.) *Korm. rendelet a lakásépítéssel kapcsolatos kötelező jótállásról*].

⁴¹ Уредба Владе бр. 249/2004. (VIII. 27.) о обавезној гаранцији за поједине услуге оправке и одржавања [249/2004. (VIII. 27.) *Korm. rendelet az egyes javító-karbantartó szolgáltatásokra vonatkozó kötelező jótállásról*].

⁴² Уредба Владе бр. 270/2020. (VI. 12.) о изменама Уредбе Владе бр. 151/2003. (IX. 22.) о обавезној гаранцији за поједина трајна потрошна добра и Уредбе Владе бр. 249/2004. (VIII. 27.) о обавезној гаранцији за поједине услуге оправке и одржавања [270/2020. (VI. 12.) *Korm. rendelet az egyes tartós fogyasztási cikkekre vonatkozó kötelező jótállásról szóló 151/2003. (IX. 22.) Korm. rendelet, valamint az egyes javító-karbantartó szolgáltatásokra vonatkozó kötelező jótállásról szóló 249/2004. (VIII. 27.) Korm. rendelet módosításáról*].

⁴³ Уредба 270/2020. (VI. 12.) 1.§ ст. (1).

⁴⁴ Уредба 151/2003. (IX. 22.) 9.§ ст. (1).

⁴⁵ Уредба 151/2003. (IX. 22.) 1.§ ст. (4).

⁴⁶ Уредба 151/2003. (IX. 22.) 2.§ ст. (1).

ност преко 100.000 форинти, али не већа од 250.000 форинти, рок обавезне гаранције бити две године, док ће гарантни рок за ствари вредније од 250.000 форинти бити три године.⁴⁷

Гарантни рок почиње да тече предајом робе потрошачу, односно њеним стављањем у функцију, ако то врши продавац или лице које је он ангажовао.⁴⁸ Продавац потрошачу издаје гарантни лист у форми која омогућава добру читљивост садржине гаранције до краја гарантног рока.⁴⁹ Уредба прописује минималну садржину гарантног листа⁵⁰ и захтева да се у њему изричито истакне да се гаранцијом не задире у права која потрошач по основу закона има⁵¹ (права по основу саобразности и уговорне гаранције, ако она постоји).

Права потрошача по основу законске гаранције ограничена су на оправку или замену производа. Уредба прописује да потрошач захтев за оправку може да оствари непосредно и од сервисне службе која је означена у гарантном листу.⁵² Приликом оправке могу се користити само нови резервни делови.⁵³ Роба која се уграђује, односно која је тежа од 10 кг или је неподобна да се превози у јавном саобраћају као ручни пртљаг, осим возила, мора се оправити на месту где је она стављена у функцију.⁵⁴ Уколико се оправка не може остварити на лицу места, продавац или овлашћени сервисер, уколико је захтев за отклањање несаобразности потрошач поднео директно овлашћеном сервисеру, дужан је да организује демонтирање, одвожење, а по поправци довожење и монтирање производа.⁵⁵ Овим се настојало стати на пут пракси продавца, односно овлашћених сервисера да отклањање несаобразности условљавају тиме да потрошач врати производ.

Најзначајније су одредбе Уредбе које се односе на посебно право потрошача да тражи замену производа у случају ако се несаобразност појави у року од три радна дана од дана куповине, односно стављања производа у функцију. У овом случају је продавац дужан да одмах замени производ, и не приступа се његовој оправци, под условом да недостатак саобразности онемогућава његову наменску употребу. Посебно истиче Уредба да се испуњење ове обавезе продавца не примењују на претходно већ споменуте одредбе Грађанског законика, по којима продавац може да одбије да замени

⁴⁷ Уредба 270/2020. (VI. 12.) 1.§ ст. (1).

⁴⁸ Уредба 151/2003. (IX. 22.) 2.§ ст. (2).

⁴⁹ Уредба 151/2003. (IX. 22.) 3.§ ст. (1).

⁵⁰ Уредба 151/2003. (IX. 22.) 3.§ ст. (3).

⁵¹ Уредба 151/2003. (IX. 22.) 3.§ ст. (4).

⁵² Уредба 151/2003. (IX. 22.) 5.§ ст. (1).

⁵³ Уредба 151/2003. (IX. 22.) 5.§ ст. (2).

⁵⁴ Уредба 151/2003. (IX. 22.) 6.§ ст. (1).

⁵⁵ Уредба 151/2003. (IX. 22.) 6.§ ст. (2).

производ уколико ако би замена представљала несразмерне трошкове.⁵⁶ Обавеза продавца да замени производ у року од три дана од дана преласка ризика на потрошача је, дакле, безусловна, јер не зависи од тога да ли је производ могуће оправити.

У судској и управној пракси се као спорно појавило питање да ли продавац има право да испита да ли се недостатак може приписати у кривицу потрошача (на пример неправилно руковање од стране потрошача) и у том случају да ли може да одбије захтев за заменом производа.⁵⁷ Врховни суд Мађарске (Курија) је у једној одлуци из 2016. године потврдио по овом питању једнообразну праксу тржишне инспекције и судова, према којој продавац нема право да испита разлог недостатка, ако је потрошач захтев изјавио у року од три дана од дана преласка ризика на њега, већ мора да замени производ, ако утврди да недостатак онемогућава његову наменску употребу. Уколико се утврди да се разлог недостатка може приписати у кривицу потрошача, тј. да производ у тренутку прелаза ризика није био манљив, продавац може да захтева од потрошача накнаду штете према општим правилима грађанскоправне одговорности.⁵⁸

3. НОВИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК ИЗ 2013. ГОДИНЕ

На новом грађанском законнику Мађарске радило се дуго и предано, почев од 1999. године. После 14 година рада на њему, који су обележавали турбулентнији периоди⁵⁹, коначно је усвојен 2013. године и ступио на снагу

⁵⁶ Уредба 151/2003. (IX. 22.) 7.§.

⁵⁷ Вид. детаљније Antal Hámori, „A fogyasztói szavatossági és jótállási igények intézésének szabályozása és gyakorlata” [Регулатива и пракса решавања захтева потрошача по основу саобразности и гаранције], *Magyar Jog*, бр. 2019/4., стр. 212-219.; Antal Hámori, „A fogyasztó szavatossági és jótállási igénye” [Захтев потрошача по основу саобразности и гаранције], *Gazdaság és jog*, бр. 2017/12., стр. 21-23.

⁵⁸ Одлука Врховног суда Мађарске (Курије) бр. Kfv.II.37.507/2015/3.

⁵⁹ Влада је на име 2007. године укинула мандат дотадашње комисије за израду нацрта Грађанског законика и задатак на припремању коначног нацрта поверила стручном тиму Министарства правде, чији је коначан законски предлог Народна скупштина усвојила 2009. године. Међутим, тадашњи председник републике одбио је да га прогласи. Не обазривши се на суспензивни вето председника републике, скупштинска већина је 2010. године поново усвојила Законик, чије ступање на снагу председник републике више није могао да спречи. У међувремену је професор Векаш Лајош, председник претходне комисије, приредио засебан текст нацрта грађанског законика који је 2008. године објавио. Вид. *Szakértői Javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez* [Стручни предлог за нацрт новог Грађанског законика], уредник: Lajos Vékás, Complex – Wolters Kluwer, Budapest, 2008. Једна од првих законодавних мера нове скупштинске већине после избора 2010. године било је укидање „првог“ новог Грађанског законика и поновно поверавање израде нацрта законика претходној комисији. Она је сачинила коначан нацрт који је 2013. године усвојен као „други“ нови

15. марта 2014. године. Током рада на нацртима истицано је у доктрини да се у новом грађанском закону неће суштински мењати правила о одговорности за материјалне недостатке испуњења, устројена у старом закону, изменама од 2002. године.⁶⁰ Из овог разлога нови Грађански законик је у суштини задржао правила о јединственој регулативи одговорности за недостатке испуњења и гаранцији за извршење уговора, која обухвата потрошачке уговоре и оне који се не могу квалификовати као такви. Само су поједина правила ових института мењана, али је опредељење да се јединствено уреде у Грађанском закону остало непромењено. Најзначајнију новину, међутим, представља установљивање непосредне одговорности произвођача за материјални недостатак производа.

3.1. Одговорност за материјалне недостатке испуњења

У вези са одговорношћу за материјалне недостатке испуњења уговора, нови Грађански законик у претежном делу преузима регулативу из Законика из 1959. године, али садржи и неке новине. Тако, кодификатори нису сматрали потребним нагласити да се и неправилна инсталација или монтажа производа сматра манљивим извршењем уговора. Уколико је инсталација или монтажа производа обавеза продавца, онда грешка у извршењу ових радњи представља повреду уговорне обавезе продавца, која је већ санкционисана по слову Законика. Ако је, међутим, грешка у инсталацији или монтажи производа коју је извршио купац резултат недостатка у упутству које је уз производ обезбедио продавац, такав случај ће се према општим правилима уговорног права такође тумачити као грешка у извршењу уговора, те није потребно ни овај случај посебно уредити међу правилима о одговорности за материјалне недостатке испуњења.⁶¹

Новину представља и одредба новог Грађанског законика која изричито прописује да суд није везан тужбеним захтевом повериоца у погледу досуђивања неког права по основу одговорности за материјалне недостатке испуњења, али без захтева повериоца не може да досуди оно којем се обе стране противе.⁶² Без ове одредбе би требало одбити захтев повериоца поводом

Грађански законик. Вид. детаљније Јожеф Салма, „О кодификационом историјату мађарског грађанског права и о новом мађарском Грађанском закону“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2014, стр. 49-67.; Атила Дудах, „О поступку усвајања новог Грађанског законика Републике Мађарске“, *Зборник Мајнице српске за друштвене науке*, бр. 135 из 2011. године, стр. 93-111.; Атила Дудах, „О (коначно) новом Грађанском закону Републике Мађарске из 2013. године“, *Зборник Мајнице српске за друштвене науке*, бр. 2 из 2014. године, стр. 337-346.

⁶⁰ Lajos Vékás у: Стручни предлог, 825.

⁶¹ István Kemenes у: Коментар МГЗ-2013, стр. 1575.

⁶² МГЗ-2013, 6:161.§ ст. (1).

једног права, уколико је он неоснован, а поверилац би остварење другог права могао захтевати у новом поступку. Ради избегавања таквих неправичних исхода по интересе повериоца, законодавац је сматрао целисходним да се одступи од основног начела парничног поступка по којем је суд везан тужбеним захтевом повериоца и омогући суду да досуди право које поверилац није захтевао, под условом да се њему не противи ниједна странка.⁶³

Нови Грађански законик суштински није изменио правила о роковима обавештавања дужника о материјалном недостатку, али јесте правила о систему застарних и преклузивних рокова остваривања права. Највећи значај има укидање преклузивних рокова. Као образложење се истиче да је губитак субјективног права због преклузије најстрожа грађанскоправна последица услед протекла времена, која је оправдана само у изузетним случајевима. Остваривање права по основу материјалног недостатка испуњења не спада у такве случајеве.⁶⁴ Осим тога, оба законика предвиђају да се права по основу одговорности за материјалне недостатке могу остварити и по протеку рокова у облику приговора, што је контрадикторно појму преклузивног рока. Уклањањем преклузивних рокова из материје одговорности за материјалне недостатке испуњења отклања се и ова противуречност.⁶⁵ Укидањем преклузивних рокова губе смисао одредбе посебних прописа којима су установљени дужи преклузивни рокови у односу на оне утврђене старим Закоником.⁶⁶

У погледу застарних рокова, нови Законик изменио је рок од шест месеци за остваривање права на рок од 12 месеци у ванпотрошачком контексту.⁶⁷ У вези са потрошачким уговором остаје рок од две године, односно рок од најмање годину дана за половну робу, из претходног Грађанског законика.⁶⁸ Нови Законик је укинуо посебан рок застарелости захтева по основу материјалног недостатка од 60 дана који се односио на животиње, и увео рок од 5 година за непокретности.⁶⁹

Напоследку, нови Законик је другачије уредио однос правила о одговорности за материјалне недостатке испуњења и одштетне одговорности. Претходни законик је наиме прописао да поверилац осим права на основу материјалног недостатка, има право на накнаду штете према општим правилима деликтног права⁷⁰, што је подразумевало могућност остварења одштетног захтева у општем року застарелости од пет година. Нови Законик међутим

⁶³ István Kemenes у: Коментар МГЗ-2013, стр. 1585.

⁶⁴ István Kemenes у: Коментар МГЗ-2013, стр. 1590.

⁶⁵ István Kemenes у: Коментар МГЗ-2013, стр. 1590.

⁶⁶ István Kemenes у: Коментар МГЗ-2013, стр. 1591.

⁶⁷ МГЗ-2013, 6:163.§ ст. (1).

⁶⁸ МГЗ-2013, 6:163.§ ст. (2).

⁶⁹ МГЗ-2013, 6:163.§ ст. (3).

⁷⁰ МГЗ-1959 (2003), 310.§.

прописује да накнади штете има места само онда ако материјални недостатак није отклоњен оправком или заменом. Одштетни захтев се може остварити у роковима застарелости права по основу материјалног недостатка, али и по наступању застарелости потраживања накнаде штете, ако се право остварује у виду приговора.⁷¹

3.2. Директна одговорност произвођача за материјалне недостатке производа

Законик је увео и један нови институт: установио је непосредну одговорност произвођача због недостатка производа (*termékszavatosság*), која се примењује само у потрошачком контексту⁷². Правни основ представљали су рецитали 23 и 24, односно чл. 12 Директиве 1999/44/ЕЗ, који предвиђају могућност држава чланица да устроје механизам директне одговорности произвођача за несаобразност, односно обавези држава чланица да обавесте Комисију о томе ако су установиле такав посебан режим одговорности. Није Мађарска једина чланица Европске уније која је искористила ову могућност предвиђену Директивом. Непосредну одговорност произвођача за материјалне недостатке производа установиле су, на пример, и Шпанија и Португал.⁷³

Нови Законик предвиђа право потрошача да у случају недостатка покретне ствари (производа) пуштене у промет у оквиру комерцијалне делатности захтева од произвођача да недостатак отклони (тј. да га оправи), или да га замени, ако се отклањање недостатка не може остварити у примереном року без повреде интереса потрошача.⁷⁴ Према томе, права по основу материјалног недостатка производа ограничена су у директној одговорности произвођача на његову оправку или замену. Умањење цене или раскид уговора потрошач може да захтева само од продавца, а не и од произвођача, јер са њим потрошач није у уговорном односу.⁷⁵ Одговорност произвођача је дакле непосредна, тј. не зависи од тога да ли је потрошач прво тражио остварење својих права од продавца. Потрошач може паралелно поставити захтев и према продавцу, према правилима о одговорности за материјалне недостатке испуњења, и према произвођачу према правилима о његовој непосредној одговорности за недостатке производа. У случају неоснованог захтева према једном, може се остварити захтев према другом, али се захтеви не могу кумулативно остварити.⁷⁶

⁷¹ МГЗ-2013, 6:174.§ ст. (2).

⁷² István Kemenes у: *Kommentár a Polgári Törvénykönyvhöz* [Коментар Грађанског законика], уредник: Lajos Vékás и Péter Gárdos, 2. том, Complex – Wolters Kluwer, Budapest 2014 (у даљем тексту: Коментар МГЗ-2013), стр. 1598.

⁷³ István Kemenes у: Коментар МГЗ-2013, стр. 1597.

⁷⁴ МГЗ-2013, 6:168.§ ст. (1).

⁷⁵ István Kemenes у: Коментар МГЗ-2013, стр. 1598.

⁷⁶ István Kemenes у: Коментар МГЗ-2013, стр. 1600.

У овом контексту Законик даје дефиницију недостатка која је ужа од оне коју садржи одредба о одговорности за материјалне недостатке испуњења: произвођач непосредно одговара за недостатак у производу, уколико производ у време његовог пуштања у промет није испуњавао прописане стандарде квалитета или није располагао особинама које је произвођач дао у његовом опису.⁷⁷

Такође, и правила и рокови по којима се ова одговорност остварује показују велику сличност са правилима и роковима по којима се остварује одговорност произвођача ствари са недостатком.

Произвођач се ослобађа одговорности за недостатак 1) ако докаже да производ није произвео у оквиру своје пословне или самосталне делатности; 2) ако се недостатак према стању науке и технике у тренутку пуштања производа у промет није могао уочити или је 4) недостатак последица обавезне примене прописа или одлуке надлежног органа.⁷⁸ На потрошачу је терет доказивања да је производ имао недостатак у тренутку његовог пуштања у промет, док је на произвођачу терет доказивања чињенице да постоји околност која искључује његову одговорност.⁷⁹ Осим ових разлога искључења одговорности, произвођач неће одговарати ни онда ако докаже да није испуњен примарни услов, тј. да је производ он ставио у промет у оквиру своје редовне пословне или самосталне делатности. Тако, произвођач не одговара ако докаже да је производ неко други ставио у промет без његове сагласности или знања, или ако је на пример производ предат потрошачу из хуманитарних разлога.⁸⁰

Потрошач је дужан да произвођача без одлагања обавести о уоченом недостатку. Као и у случају одговорности за материјалне недостатке испуњења, Законик прописује да ће се обавештење сматрати благовременим, уколико је учињено у року од два месеца од дана његовог уочавања. Потрошач не губи своја права по основу недостатка чак ни онда ако је произвођача обавестио након протека рока од два месеца, али је тада дужан да му надокнади штету проистеклу прекорачењем рока за обавештавање.⁸¹ Произвођач одговара за материјални недостатак производа у преклузивном року од две године од дана његовог пуштања у промет.⁸² Како произвођач и потрошач нису у уговорном односу, као дан почетка рока не може се узети дан извршења уговора, као у случају одговорности продавца за материјалне недостатке

⁷⁷ МГЗ-2013, 6:168.§ ст. (2).

⁷⁸ МГЗ-2013, 6:168.§ ст. (3).

⁷⁹ István Kemenes у: Коментар МГЗ-2013, стр. 1599.

⁸⁰ István Kemenes у: Коментар МГЗ-2013, стр. 1599.

⁸¹ МГЗ-2013, 6:169.§ ст. (1).

⁸² МГЗ-2013, 6:169.§ ст. (2).

испуњења.⁸³ Под тренутком пуштања у промет сматра се тренутак када је производ изашао из сфере контроле произвођача, а не када је ту врсту производа уопште пласирао на тржиште.⁸⁴ Напошетку, Законик прописује да се у случају промене титулара права својине на производу, права по основу недостатка у производу према произвођачу остварује нови власник.⁸⁵ Мада то Законик изричито не прописује, али из примене ових одредаба на потрошачки контекст произилази да и нови власник мора да се квалификује као потрошач.⁸⁶

3.3. Гаранција за исправно функционисање производа

Нови Грађански законик из 2013. године је добрим делом преузео одредбе претходног о гаранцији за уредно испуњење уговора. Међутим, овај институт у новом Законнику није уређен у оквиру правила о средствима обезбеђења и учвршћења уговора (испуњења обавеза), већ у контексту последица повреде уговора, одмах непосредно после одговорности за материјалне недостатке испуњења и новог института одговорности произвођача за материјални недостатак производа. Као разлог овог другачијег номотехничког приступа истиче се да гаранција, упркос ширем могућем домену примене, своју примену готово без изузетка налази у функцији отклањања последица извршења уговора са недостатком.⁸⁷

У односу на одредбе претходног Законика, нови више не прописује минималну садржину изјаве о гаранцији у потрошачком уговору. Као образложење наводи су да је одредба претходног Законика о минималној садржини изјаве о гаранцији била *lex imperfecta*, тј. њена повреда по себи није повлачила правне санкције. Из овог разлога се наводи у литератури да је целисходније да се таква одредба предвиди у посебном закону о заштити потрошача.⁸⁸

Изричито је прописано да у случају преноса власништва на ствари која је предмет уговора, права по основу гаранције остварује нови власник.⁸⁹ У истом смислу је одредбе претходног Законика тумачила судска пракса, али су кодификатори новог Законика сматрали целисходним да посебно истакну природу гаранције, која подразумева удаљавање од релативне структуре уговорног односа.⁹⁰ Имајући у виду да одредбе о гаранцији припадају правилима општег уговорног права, ни првобитни, ни накнадни власник не

⁸³ István Kemenes у: Коментар МГЗ-2013, стр. 1599.

⁸⁴ István Kemenes у: Коментар МГЗ-2013, стр. 1599.

⁸⁵ МГЗ-2013, 6:170.§.

⁸⁶ István Kemenes у: Коментар МГЗ-2013, стр. 1600.

⁸⁷ István Kemenes у: Коментар МГЗ-2013, стр. 1600.

⁸⁸ István Kemenes у: Коментар МГЗ-2013, стр. 1601.

⁸⁹ МГЗ-2013, 6:172.§.

⁹⁰ István Kemenes у: Коментар МГЗ-2013, стр. 1603.

мора да има својство потрошача да би остварио права по основу гаранције. Разуме се, у случају обавезне (законске) гаранције по основу релевантних уредаба Владе, у својству како првобитног, тако и накнадног власника ствари мора бити потрошач, јер је домен њихове примене ограничен на потрошачки контекст.⁹¹

Нови Законик је изменио и правила о роковима обавештавања издаваоца гаранције о уоченом недостатку, као и правила о роковима у којима поверилац може да оствари своја права по основу гаранције. Према претходном Законнику, уколико је поверилац у гарантном року обавестио њеног издаваоца о недостатку, сам захтев по основу гаранције могао је да оствари у општем року застарелости од пет година. Кодификатори новог Законика нису желели да задрже ово правило. Зато Законик прописује да се права по основу гаранције могу остварити у гарантном року. Уколико издавалац гаранције по позиву повериоца у одговарајућем року не удовољи његовом захтеву, поверилац може судским путем да захтева остваривање својих права у преклузивном року од три месеца од дана истека рока за испуњење захтева који је поверилац одредио у свом позиву упућеном даваоцу гаранције за отклањање недостатка, чак онда ако је гарантни рок истекао.⁹²

4. ЗАКЉУЧАК

Директива 1999/44/EЗ је у мађарско право транспонована једним законом из 2002. године којим су измењене одредбе Грађанског законика из 1959. године о повреди уговора и њеним последицама, пре свега о одговорности за материјалне недостатке испуњења и гаранцији за уредно испуњење уговора. То је имало за последицу да су правила општег уговорног права о одговорности за материјалне недостатке испуњења и гаранцији измењена у том смислу и мери да се тиме оствари транспозиција Директиве. Овим је заправо правна заштита купца према општим правилима уговорног права подигнута на ниво који захтева Директива, уместо да се устроји један посебан и строжи правни режим који би важио само у потрошачком контексту. Осим тога, инкорпорисањем правила потрошачког права о саобразности и гаранцијама у општа правила уговорног права створен је јединствен правни режим правних последица материјалних недостатака испуњења, чиме је избегнута замка паралелног уређивања потрошачке саобразности и гаранције, с једне, и одговорности за материјалне недостатке испуњења и уговорне гаранције, с друге стране, што одликује правно уређење овог питања у праву Србије. Код нас, наиме, одговорност за материјалне недостатке испуњења

⁹¹ István Kemenes у: Коментар МГЗ-2013, стр. 1603.

⁹² István Kemenes у: Коментар МГЗ-2013, стр. 1604.

и гаранција за исправно функционисање ствари уређене су у Закону у облигационим односима⁹³, тј. у материји општег уговорног права, док саобразност и гаранција у Закону о заштити потрошача⁹⁴. Двоструки колосек правне регулативе појмовно истоветних или врло сличних института, али се претпостављеним одвојеним доменом примене, редовно ствара проблем утврђивања домена њихове примене. Тако се у нашем праву после другог Закона о заштити потрошача из 2010. године, усвојеног у надлежности Републике Србије, којим је уведена саобразност из Директиве 1999/44/ЕЗ у домаће право, оправдано може поставити питање да ли се правила Закона о облигационим односима о одговорности за материјалне недостатке испуњења примењују и у потрошачком контексту. Једино исправним се чини закључак да се у потрошачком контексту примењују одредбе Закона о заштити потрошача о саобразности, док ван потрошачког контексту одредбе Закона о облигационим односима о одговорности за материјалне недостатке испуњења.⁹⁵ Примена правила ЗОО на питања која нису уређена у ЗЗП, могућа је под условом да се њима не умањује степен заштите права који потрошач има према ЗЗП.⁹⁶ Јединствени режим правила о одговорности за материјалне недостатке испуњења, који би се примењивао у потрошачком контексту и ван њега, какав постоји у мађарском праву, или макар темељније усклађивање регулативе у ЗЗП са правилима ЗОО, решио би проблем одређивања домена примене ова два института.

Затим, у мађарском праву је устројен систем у којем усклађено функционишу уговорна и законска гаранција. Уговорна гаранција уређена је у складу са Директивом 1999/44/ЕЗ, такође на јединствен начин, у правилима општег уговорног права, док је законска гаранција уређена уредбама Владе. У нашем праву правна природа гаранције из Закона о облигационим односима, без некадашњег Закона о стандардизацији, а под „притиском“ одредаба о гаранцији у Закону о заштити потрошача, постала је нејасна. Неспорно је да је гаранција у ЗЗП уговорне природе, јер није обавезна, већ зависи од њеног издаваоца да ли потрошачу жели да обезбеди додатна права у односу на она која има према правилима о саобразности. Ако је она добровољна, каква је онда гаранција према ЗОО? Док је важио некадашњи Закон о стандар-

⁹³ Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист* СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист* СРЈ, бр. 31/93, *Службени лист* СЦГ, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник* РС, бр. 18/2020.

⁹⁴ Закон о заштити потрошача – ЗЗП, *Службени гласник* РС, бр. 62/2014, 6/2016 – други закон и 44/2018 – други закон.

⁹⁵ Марија Караникић Мирић, „Усклађеност српског потрошачког права са Директивом 99/44/ЕЗ о продаји робе широке потрошње и пратећим гаранцијама“ стр. 173-191. у: *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, књига: 1. уредник: Стеван Лилић, Правни факултет у Београду, Београд 2011, стр. 179.

⁹⁶ М. Караникић Мирић 2011, 190.

дизацији, све до 2005. године, који је предвиђао обавезно издавање гаранције уз сваки производ који се може сматрати техничком робом, гаранција из ЗОО се сматрала законском. Међутим, каква је она сада, када више нема законских одредаба које би прописивале обавезно издавање гаранције? Чини се основаним закључак да је и гаранција из ЗОО такође уговорна⁹⁷, али тада имамо проблем одређивања домена примене две паралелне уговорне гаранције. Закључак би требало да буде сличан оном у вези са одговорношћу за материјалне недостатке испуњења из ЗОО и саобразности из ЗЗП: гаранција из ЗЗП се примењује у потрошачком праву, док гаранција из ЗОО у свим односима који се не могу квалификовати као потрошачки.⁹⁸ И у овом случају је могућа примена ЗОО на питања која нису уређена ЗЗП, ако се тиме не умањује степен правне заштите према ЗЗП.⁹⁹ Мађарско право се може узети као пример који показује да се уговорна и законска гаранција могу ускладити и паралелно постојати, и у светлу комунитарног потрошачког права. Јединственим уређивањем гаранције у материји општег уговорног права (Грађански законик) устројен је јединствени режим уговорне гаранције, при чему су јасно дефинисана правила која се примењују само у потрошачком контексту. Осим њега постоји и режим обавезних (законских) гаранција у складу са уредбама Владе, које се примењује само у потрошачком контексту.

Напослетку, Мађарска је у новом Грађанском законик у 2013. године искористила могућност понуђену Директивом 1999/44/ЕЗ да устроји *нејо-средну одговорност произвођача* за несаобразност производа, при чему су у овом случају права потрошача ограничена на оправку или замену производа. Директна одговорност произвођача за несаобразност добија свој прави значај у случају када уз производ није издата произвођачка/увозничка гаранција, а продавац је престао да постоји или је постао инсолвентан, а несаобразност се показала у року саобразности.¹⁰⁰ Наш законодавац је приликом усвајања Закона о заштити потрошача из 2010. године уредио одговорност произвођача за несаобразност производа¹⁰¹. Она је била супсидијарна и акцесорна која наступа тек ако продавац не испуни своје обавезе по основу несаобразности према потрошачу.¹⁰² У важећем Закону о заштити потрошача из 2014. године, међутим, више није предвиђена одговорност произвођача за несаобразност, чак ни супсидијарна и акцесорна, каква је постојала у закону из

⁹⁷ Ђорђе Николић, „Гаранција и неке контроверзе у вези са уређењем гаранције у актуелном српском праву“, *Зборник Правног факултета у Нишу*, бр. 81, 2018, стр. 51-68, на стр. 63-64.

⁹⁸ Ђ. Николић 2018, 65.

⁹⁹ М. Караникић Мирић 2011, 190.

¹⁰⁰ Марија Караникић Мирић, „Шта је ново у српском уговорном (потрошачком) праву?“ стр. 127-146. у: *Правни капацитет Србије за европске интеграције*, књига: 5. уредник: Стеван Лијић, Правни факултет у Београду, Београд 2010, на стр. 138-139.

¹⁰¹ Закон о заштити потрошача – ЗЗП2010, *Службени гласник РС*, бр. 73/2010, чл. 54. ст. 8.

¹⁰² М. Караникић Мирић 2011, 182.

2010. године. Прописивањем одговорности произвођача на несаобразност, пре свега његове непосредне одговорности, како је урађено у новом мађарском Грађанском законнику из 2013. године, додатно би се унапредио ниво заштите потрошача по основу саобразности у нашем праву у ситуацији када је продавац постао инсолвентан или престао да постоји.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- Vékás, Lajos, „A fogyasztói adásvételről szóló EK-irányelv és átültetése a magyar polgári jogba” [Директива ЕЗ о потрошачкој купопродаји и њено транспоноване у грађанско право Мађарске], *Magyar Jog*, бр. 2000/11., стр. 646-660.
- Водинелић В., Владимир, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2012
- Дудаш, Атила, „О поступку усвајања новог Грађанског законика Републике Мађарске”, *Зборник Мајнице српске за друштвене науке*, бр. 135 из 2011. године, стр. 93-111.;
- Дудаш, Атила, „О (коначно) новом Грађанском законнику Републике Мађарске из 2013. године”, *Зборник Мајнице српске за друштвене науке*, бр. 2 из 2014. године, стр. 337-346.
- Караникић Мирић, Марија, „Усклађеност српског потрошачког права са Директивом 99/44/ЕЗ о продаји робе широке потрошње и пратећим гаранцијама“ стр. 173-191. у: *Поредбено истраживање европских стандарда у праву на систем Србије*, књига: 1. уредник: Стеван Лилић, Правни факултет у Београду, Београд, 2011
- Караникић Мирић, Марија, „Шта је ново у српском уговорном (потрошачком) праву?” стр. 127-146. у: *Правни капацитети Србије за европске интеграције*, књига: 5. уредник: Стеван Лилић, Правни факултет у Београду, Београд 2010
- Kommentár a Polgári Törvénykönyvhöz [Коментар Грађанског законика], уредник: Lajos Vékás и Péter Gárdos, Complex – Wolters Kluwer, Budapest 2014
- Nagy, Éva, *A vevő-fogyasztó tradicionális jogai ingó adásvétel hibás teljesítése esetén* [Традиционална права купца-потрошача у случају извршења са недостатком уговора о продаји покретне ствари], докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Сегедину, 2014.
- Николић, Ђорђе, „Гаранција и неке контроверзе у вези са уређењем гаранције у актуелном српском праву“, *Зборник Правног факултета у Нишу* бр. 81, 2018, стр. 51-68.
- Csécsey, Andrea, „A szerződések hibás teljesítése, szavatosság, jóállások, minőségi kifogások kezelése“ [Извршење уговора са недостатком, одговорност за материјалне недостатке, гаранција, решавања приговора на квалитет извршења уговора] стр. 71-96 у: *Magyar fogyasztóvédelmi magánjog – európai tekintettel* [Приватноправна заштита потрошача у Мађарској – с освртом на европско право], уред. Veronika Szikora, издавач: A Fogyasztóvédők Magyarországi Egyesülete, Debrecen, 2010.
- Hámori, Antal, „A fogyasztó szavatossági és jóállási igénye” [Захтев потрошача по основу саобразности и гаранције], *Gazdaság és jog*, бр. 2017/12., стр. 21-23.

Hámori, Antal, „A fogyasztói szavatossági és jótállási igények intézésének szabályozása és gyakorlata” [Регулатива и пракса решавања захтева потрошача по основу саобразности и гаранције], *Magyar Jog*, бр. 2019/4., стр. 212-219.

Szakértői Javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez [Стручни предлог за нацрт новог Грађанског законика], уредник: Lajos Vékás, Complex – Wolters Kluwer, Budapest, 2008

Салма, Јожеф, „О кодификационом историјату мађарског грађанског права и о новом мађарском Грађанском законуку“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2014, стр. 49-67.

ИЗВОРИ ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees

ПРОПИСИ – МАЂАРСКА

Закон бр. CLV. о заштити потрошача [1997. évi CLV. törvény a fogyasztóvédelemről]

Закон бр. XXXVI. из 2002. године о изменама и допунама IV Закона из 1959. године о Грађанском законуку Републике Мађарске, као и других закона ради хармонизације са комунитарним правом у области заштите потрошача [2002. évi XXXVI. Törvény a Magyar Köztársaság Polgári Törvénykönyvéről szóló 1959. évi IV. törvény, valamint egyes törvények fogyasztóvédelemmel összefüggő jogharmonizációs célú módosításáról]

Уредба Владе бр. 151/2003. (IX. 22.) о обавезној гаранцији за поједина трајна потрошна добра [151/2003. (IX. 22.) Korm. rendelet az egyes tartós fogyasztási cikkekre vonatkozó kötelező jótállásról]

Уредба Владе бр. 181/2003. (XI. 5.) о обавезној гаранцији у вези изградњом стамбених некретнина [181/2003. (XI. 5.) Korm. rendelet a lakásépítéssel kapcsolatos kötelező jótállásról]

Уредба Владе бр. 249/2004. (XIII. 27.) о обавезној гаранцији за поједине услуге оправке и одржавања [249/2004. (VIII. 27.) Korm. rendelet az egyes javító-karbantartó szolgáltatásokra vonatkozó kötelező jótállásról]

Уредба Владе бр. 270/2020. (VI. 12.) о изменама Уредбе Владе бр. 151/2003. (IX. 22.) о обавезној гаранцији за поједина трајна потрошна добра и Уредбе Владе бр. 249/2004. (VIII. 27.) о обавезној гаранцији за поједине услуге оправке и одржавања [270/2020. (VI. 12.) Korm. rendelet az egyes tartós fogyasztási cikkekre vonatkozó kötelező jótállásról szóló 151/2003. (IX. 22.) Korm. rendelet, valamint az egyes javító-karbantartó szolgáltatásokra vonatkozó kötelező jótállásról szóló 249/2004. (VIII. 27.) Korm. rendelet módosításáról]

ПРОПИСИ – СРБИЈА

Закон о облигационим односима, *Службени лист* СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист* СРЈ, бр. 31/93, *Службени лист* СЦГ, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени лист* РС, бр. 18/2020.

Закон о заштити потрошача, *Службени лист* РС, бр. 62/2014, 6/2016 – други закон и 44/2018 – други закон.

Закон о заштити потрошача, *Службени лист* РС, бр. 73/2010

Attila I. Dudás, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
A.Dudas@pf.uns.ac.rs

Conformity of Goods and Guarantee in Hungarian Law – Example of Transposition of Directive 1999/44/EC by Amending the General Rules of Contract Law

Abstract: *In 2002 Hungary transposed the Directive 1999/44/EC on certain aspects of sale of consumer goods and associated guarantees, by amending the Civil code of 1959, rather than integrating the rules of the Directive into the then-effective Law on the Protection of Consumers of 1997. Such an approach reveals some advantages if compared to the Serbian law. Namely, in Serbia the former Law on the Protection of Consumers of 2010 introduced special rules pertaining to conformity and guarantees in consumer sales contracts. Consequently, the need arose to limit their scope of application from the general rules of the Law on Obligations of 1978 on the conformity and guarantees. By the transposition of the rules of Directive into the Hungarian Civil code a unique set of rules on conformity and guarantees has been created that has a general scope of application. While they are applicable to all contracts, the number of special rules applicable only to consumer sales contract is in fact relatively small. Furthermore, Hungarian law provides an example of coordinated functioning of commercial and obligatory guarantees. Commercial guarantee is, like conformity, regulated uniformly in the Civil code, applicable to both consumer and non-consumer contracts. Apart from commercial guarantees, there are several obligatory guarantees in Hungarian law introduced by decrees of the government, whereby their scope of application is clear. In contrast, the legal nature and scope of application of guarantee under the Law on Obligations in Serbia became vague after the adoption of the former Law on the Protection of Consumers of 2010, which introduced commercial guarantees in consumer sale contracts. This is also one of the negative implications of the transposition of Directive 1999/44/EC into the Law on the Protection of Consumers, instead of incorporating them into the rules of general contract law.*

The main legislative approach adopted in the former Hungarian Civil Code has not been changed in the new Code from 2013 either: conformity and guarantee remain regulated by the general rules of contract law. Obligatory guarantees introduced by decrees of the government also remain in force. A significant novelty

in the new Code is the introduction of a direct liability of the produced or consumer goods, a legislative possibility offered by Directive 1999/44/EC.

Keywords: *conformity of goods, commercial guarantee, obligatory guarantee, direct liability of the producer for non-conformity.*

Датум пријема рада: 17.11.2020.

Др Андреја Б. Катанчевић, ванредни професор
Универзитет у Београду
Правни факултет у Београду
katancevic@ius.bg.ac.rs

ПРАВО НА РУДАРСКОМ ЗЕМЉИШТУ У СРЕДЊОВЕКОВНОЈ СРБИЈИ

Сажетак: Циљ рада је да осветли правни режим земљишта у рударским крајевима средњовековне Србије, те да истражи у којој мери је српско право рецесија саског и шта је *ratio legis* члана 123. Душановог законика, јединог у тој кодификацији у којем се спомињу Саси. Употребљено је језичко, системско и историјско тумачење извора, као и њихова репресивна и компаративна анализа.

Кључне речи: рударско право, Душанов законик, Законик о рудницима, рударска концесија, окупација земљишта.

1. УВОД

Почетак српског средњовековног рударства се датира у тринаести век и везује за долазак Саса. Према расположивим изворима, пре доласка у Србију, они се јављају као рудари у Чешкој и Угарској, а нешто касније и у суседној Босни. Став да су њима приликом те сеобе у Србији биле дате извесне привилегије се често среће у историографији,¹ али није утемељен у изворима. Међу тим посебним правима се наводе судске повластице, право на самоуправу и исповедање римокатоличке вере, али и права истраживања и експлоатације руде. Том последњем праву је посвећен овај рад.

Како се сложена привредна делатност као што је откопавање руда морала одвијати према одређеним правилима, у средњем веку настаје посебно

¹ Нпр. Биљана Марковић, *Закон о рудницима дејоша Стефана Лазаревића: превод и правноисторијска ситуација*, Београд 1985, 30–31; Ђорђе Бубало, *Душанов законик*, Београд 2010, 195, 208; Срђан Шаркић, „Може ли се говорити о заштити животне средине у средњовековној Србији“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2014, 45. Детаљније вид. Андреја Катанчевић „Да ли су Саси имали привилегије у мешовитим споровима у средњовековној Србији“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2015, 108 фн. 4.

рударско право, чији се почеци везују се за дефинисање регалних права цара на експлоатацију налазишта сребра и соли Ронкаљским законима донетим 1158. године. У наредном веку почиње детаљније правно уређење европских рудника, па и оних у којима су радили Саси. Тако настају и три извора права која би према времену и месту доношења и заједничкој саској обичајној основи вредело поредити са средњовековним српским правом. То су:

- рударско право Банске Шћавнице (нем. *Schemnitz, Schebnitz*; мађ. *Selmecbánya*), места у данашњој Словачкој, које је донео угарски краљ Бела IV Арпадовић (1235–1270);
- рударско право Лихлаве (нем. *Iglau*), места у Чешкој, које је средином тринаестог века донео краљ Вацлав I Пшемисловић (1230–1253)²;
- рударско право Кутне Хоре (нем. *Kuttenberg*), такође места у Чешкој, које је око 1300. године донео Вацлав II Пшемисловић (1278–1305), познато под називом *Jus regale montanorum*³.

У средњовековној Србији се та материја уређује Законом о рудницима деспота Стефана Лазаревића (1389–1427) и чланом 123. Душановог законика. Поменути правни споменици садрже сличне норме, што ће бити коришћено приликом компаративне анализе српских извора.

2. ЗАКОНИК О РУДНИЦИМА

Иако се спор око земље у рударским подручјима помиње и у ранијем Душановом законнику, прво ће се разматрати одредбе млађег Законика о рудницима деспота Стефана.⁴ То се чини како због потреба регресивне анализе, тако и због чињенице да је у каснијем правном споменику право на земљу детаљно регулисано, док се у Душановом законнику само штуро спомиње спор око ње. У новобрдском законнику се о томе каже:

2. За ђзбыєнїє шѣрфа:~::~~

Кои се шоур^сфѣ корит^сцем^с из^смекїє, трети днь тко седнє на шѣр^сфѣ да є (4) нїеговѣ а на коєм^с соу [мѣ]стѣ цигнѣ, има рока, ѣ недѣль а потомѣ тко га оузбїє да є нїеговѣ и комѣ є драго дѣловѣ давати да дава:~

3. Со рѣпахъ:~::~~

А роупа коа є имала рѣдоу, и дала є оур^сборѣ и има, ѣ сеж^снѣ и лежала є, ѣ годиноу, и, ѣ неделїє Свакомоу є слободна пщєонати и кои гваркѣ ѿт

² Скраћеница ЈИ (*Jus Iglaviense*).

³ Скраћено JRM.

⁴ О садржини и времену доношења Андреја Катанчевић, „Датирање Законика о рудницима деспота Стефана и садржина његовог ћириличног преписа“, *Српска јолићичка мисао*, 51/2016, 221–337.

старех⁵ приспѣ да има своє дѣловѣ· аколи не боудѣ гварка, да мою се да глас за, ꙗ понедѣл⁶нике· ако догѣ и постави динаре на хемпал⁷кѣ· да има половиною дѣлове· аколи не доиде за, ꙗ понедѣл⁸нике и не да динарѣ оу трѣтї понедѣл⁹никѣ, да є лихъ све своє дѣловѣ· и векѣ да ихъ не ише:·⁵

Према слову законског текста, постојала су три различита случаја губитка права на експлоатацију руде на одређеном земљишту. Прво, уколико је вршено откопавање на земљишту, а није нађена руда, право се губи у року од три дана од престанка радова. Друго, ако су на земљишту постављене ознаке („цигне“) ⁶, онда се право губило после шест недеља од краја радова. Треће, после проналаска руде и плаћања регалне дажбине (урбор), право на експлоатацију се губило после протекла рока од године и шест недеља према цитираном ћириличном препису. Латинични препис ту прописује рок од године и шест месеци.⁷

Како се може видети, Законик у својим почетним члановима пре регулише губитак концесије, него њено стицање.⁸ Штавише, чини се да се стицање права прописује тек узгред, а да је главни циљ одредаба да пропише начин његовог престанка. То указује да је у пракси доста спорова изазивало питање да ли је нечије право експлоатације на једној парцели престало, те да ли га је стога на истој парцели стекао неко други.

Експлоатационо право на земљу је било временски ограничено. Експлоатација је морала у једном тренутку да престане, јер лежишта руда нису бесконачна и могу бити потрошена. Протеком одређеног рока од престанка откопавања, престајала је и концесија, односно право које власници напуштеног рудника имају на земљи. Међутим, откопавање на једном месту пре проналаска руде могло је да траје и неколико година,⁹ а до напуштања откопа могло је доћи из разноразних разлога. То се могло догодити због погрешног уверења да су рудна лежишта исцрпљена, због недостатака средстава да се рад настави, због бојазни за личну сигурност у немирним временима итд. Како је рударство било врло значајна привредна грана, како за државу, тако и за владара који је од ње убирао регалије, у случајевима напуштања копа је било важно да се у будућности омогући његово поновно отварање.

Правила Законика о рудницима се у великој мери подударају са нормама повеље Беле IV:

⁵ Никола Радојчић, *Закон о рудницима деспота Свѣслана Лазаревића*, Београд 1962, 38. Превод на савремени српски вид. Б. Марковић, 13–14.

⁶ Н. Радојчић, 88.

⁷ Сима Ћирковић, *Латинички препис Рударског законика деспота Свѣслана Лазаревића: увод, текст, превод и коментари*, Београд 2005, 20, 41.

⁸ О реконструкцији стицања концесије вид. Б. Марковић, 43.

⁹ Сима Ћирковић, „Предузетништво и рударско право“, *Српско рударство*, Београд Нови Сад 2002, 79.

(13) ... *Mer habnn wir gesezt, das ein schwrfrey wng habe bys on den dritttn tag; vnd wirrt er denn nicht gepawt, so mag mon In vergeben mit Rechte, wer da kwmmt vnd In begerrtt.*¹⁰

(4) ... *Ein Perg oder ein Stollnn die gemessnn sind, vnd darnoch wust vnd vnpawhaft gesehnn werdnn, die sol mon kwnndnn offennlich, sechs Sontag, das die kwmnen, der die Perckwerch sind gewesnn. Ist oder das der sibennt Sontag furkumbt, vnd das mon niemands do arbeitnn findet, so habnn die gesworen vnd der Perckmaister das frey zu uorgebnn wer do kumbt.*¹¹

Сличност са српским правом је очигледна. Преклузивни рок за губитак права у случају да је откопавање само започето је три дана. Уколико је рудник измерен рок је шест узастопних недеља, при чему се мисли на дане у седмици.

Сличан начин губитка концесије уређује и јихлавско право, које прописује:

II IV, III A: *Item si mons vel stollo qui mensurati fuerint et postea deserti, sex diebus dominicis proclamari debet, ut hi quorum montes sunt, laborent; si vero sexto*¹² *die dominico transacto non laboraverint, tunc urborarii assumptis juratis proclamatos montes ascendere debent, et si ipsos desertos invenerint, praedicti urborarii montes illos libere porrigere possunt cui volunt.*¹³

Сличност између чешког и српског права је доста видљива, баш као и она између српског и угарског. Сва три правна споменика уређују губитак концесије њеним невршењем после одређеног рока, и то над земљиштем које је измерено. Израз јихлавског права „*mons mensuratus*“, шћавничког „*Stollnn die gemessnn sind*“ је вероватно исто што „мѣсто на коем^с соу цигнѣ“ у новобрдском закону, односно реч је о површини земље коју је представник власти измерио и на њој поставио ознаке.¹⁴ Рок је исти и његова дужина је

¹⁰ „Selmecz városnak IV. Béla király korában szerkeztett városi és bánya-jogkönyve. Év nélkül”, Wenzel Gusztáv, *Monumenta Hungariae historica. Codex diplomaticus Arpadianus continuatus (Monumenta)*, Pest 1862, 224. „Још смо прописали да, уколико би шурф био напуштен три дана и потом некопан, може се са правом предати ономе ко ту дође и копа га.”

¹¹ *Ibid.*, 221. „Рудник или штолна који су измерени, па после виђени пусти и некопани, треба да буду јавно оглашени шест недеља, да дођу они чији је рудник био. Уколико наступи седма недеља и не нађе се нико да ту ради, заклет и старешина треба да га [рудник или штолну] слободно предају ономе ко ту дође.”

¹² У препису Б рок је седам недеља. „Jus Iglaviense”, Hermenegild Jireček, *Codex juris bohemicus* I, Prag 1867, 116.

¹³ *Ibid.* „Тако уколико рудник или штолна буду измерени, па после тога напуштени, дужан је да оглашава шест недеља, да раде они чији су рудници. Али уколико после шесте недеље не би радили, тада урбарари са заклетим треба да дођу у оглашене руднике и, ако би их нашли пусте, речени урбарари те руднике слободно могу да понуде коме желе.”

¹⁴ Ћирковић предлаже читање „на коем^с соу стѣцигнѣ“, где би стѣцигна била „уређај за извлачење“ руде. С. Ћирковић (2005), 50–51. Каснији турски превод ту помиње откопавање „бисагама то јест витлом“, односно „хорном“. Fehim Spaho, „Turski rudarski zakoni“,

шест узастопних недеља (дана у седмици), с тим што према једном од преписа повеље Вацлава I рок износи седам недеља. Међутим, српско право садржи и једну значајну разлику. Наиме, док се у Шћавници и Јихлави морала учинити објава у случају да је реч о измереном земљишту („*sol mon kwnndnn offennlich*“, „*proclamari debet*“), у Новом Брду таква обавеза није постојала.

Jus regale montanorum, ослањајући се на појмовни апарат римског права и подражавајући донекле стил класичних римских јуриспрудената, право стицања концесије уређује посебним одредбама:

JRM II, I, 2: *Per occupationem hoc modo jus acquiritur. Cum quis spe ductus montanorum, quae solum montes excolit et montanos ad laborem incitat, in campo libero, in quo ubilibet et cuilibet est licitum laborare et metallum quaerere, spatium ad argentifodinam occupat faciendam, statim hoc jure montanorum suum facit et adeo forte in eo jus acquirit, quod ab eo non poterit, dummodo ibidem continue laboret, sine juris ordine amoveri.*¹⁵

JRM II, I, 4: *Concessione vero sic jus acquiritur, ut quicumque laborantium primo fortuna sibi favente meatum invenit, ipsum ab urburariis vel a meatuum concessore suscipiat, dando eisdem tantum unam XXXII. partem more consueto ... statimque scribi se cum die et hora diei ...*¹⁶

Право Кутенберга разликује два начина стицања. Први, који назива окупацијом, постоји онда кад неко почне радове на слободном пољу, односно месту на коме нико други не откопава. Право траје све док његов титулар непрекидно изводи радове на тој површини земљишта. Та норма подсећа на члан 2. Законика о рудницима (према Радојчићевој нумерацији). Други начин стицања постоји кад неко пронађе руду, плати урбор (који је у Чешкој износи тридесетдруги део)¹⁷, те се те чињенице запишу у евиденцију. Ту је лако препознати случај дефинисан у члану 3. новобрдског права (према Радојчићевој нумерацији), где се помиње „роупа коа ње имала рѣдоу, и дала є оурѣборѣ“.

Glasnik zemaljskog muzeja u Bosni i Hercegovini, 25/1913, 173, 179. Међутим, компаративна анализа говори у прилог Радојчићеве тезе, јер се на одговарајућим местима у шемничком и кутенбершком праву не спомињу уређаји. Ако би се прихватила Ћирковићева аргументација, то би указивало на особеност српског права.

¹⁵ „*Jus regale montanorum*“, Hermenegild Jireček, *Codex juris bohemicus I (Jus regale)*, Prag 1867, 318. „Окупацијом се не овај начин стиче право. Ко вођен рударском надом, копа руднике на том земљишту и пожори рударе на рад, на слободном пољу, на коме је увек и сваком дозвољено да ради и тражи метале, окупацијом стиче површину потребну за рудник сребра. Одмах је чини својом према рударском праву и тако на њој тако стиче право, да га њега неће моћи лишити без заповести права, док год би ту непрекидно радио.“

¹⁶ *Ibid.* „Концесијом се овако стиче право да, чим било ко од радника вођен срећом себи нађе канал [кроз земљу до руде], он тај пролаз добија од урбурара или од концесора, којима треба да да само тридесет други део по обичају ... одмах себе уписује уз дан и час ...“

¹⁷ Спорно је да ли је то регално право постојало у Чешкој пре доласка Саса. А. Zycha, 144.

3. ДУШАНОВ ЗАКОНИК

Једино место у Душановом законнику у коме се помињу Саси је члан 123. Он гласи:

123. О тръговѣх: Што соу коудѣ посекли Саси горѣ до сѣгазѣи събора, тоузѣи земљу да си имаю. Ако соу комоу властѣлиноу безъ правды оузели земљу, да се соудѣ съ нимъ властѣле Закономъ Светаго краля. А ѿт съда на-прѣда Сасинѣ да нѣ сѣче; а што сече, ѿногазѣи да не тежи, ни людѣи да не сагы, тѣкмо да стои поуоста, да расте гора. Никто да не забрани Сасиноу горѣ; колико кѣсть трѣбе тръгоу толикозѣи да сѣче.¹⁸

Приликом ревизије Душановог законика тај члан је изостављен,¹⁹ те је био на снази од 1349. до 1354. године. Јавља се само у Призренском и Раковачком препису. Иако кратак и на први поглед противречан, он је вредан извор о постојању спорова о земљи у рударским подручјима. Сложен је и садржи неколико норми, од којих ће свака бити посебно разматрана.

3.1. Стицање својине над крчевином окупацијом

Како из текста извора следи, посреди је спор око крчевине на којој је раније постојала гора, а коју су Саси обављајући своју делатност посекли. Реч је о шумском појасу, који се простира од 500 до 1000 метара надморске висине.²⁰ Преко 1000 метара су били пашњаци, „планине“ терминологијом српског средњовековног права.²¹ Према расположим изворима, пре доношења Душановог законика у средњовековној Србији на висинама битно испод 1000 метара постојали су рудници на Руднику²², у Трепчи²³ и у Јањеви²⁴. Брсково²⁵, Ново Брдо²⁶ и Рогозно²⁷ су се налазили на висинама од око 1000 метара или

¹⁸ Ћ. Бубало, 99. Превод вид. *ibid.* 195.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Милош Благојевић, „Горе“, *Лексикон српској средњеј века (Лексикон српској)* (ур. Сима Ћирковић, Раде Михаљчић), Београд 1999, 119–120.

²¹ Милош Благојевић, „Планине“, *Лексикон српској*, 519–520.

²² Први помен 1293. године. Владета Петровић, „Рудник“, *Лексикон њагова*, 245–247. О рударству у руднику вид. Михаило Динић, *За историју рударства у средњовековној Србији и Босни II*, Београд 1962, 1–26.

²³ Први помен 1303. године. Владета Петровић, „Трепча“, *Лексикон њагова*, 300–301.

²⁴ Први помен 1343. године. Александар Узелац, „Јањево“, *Лексикон њагова*, 123.

²⁵ Први помен 1243. године. Владета Петровић, „Брсково“, *Лексикон њагова и њрѣова средњовековних српских земаља (Лексикон њагова)* (ур. Синиша Мишић), Београд 2010, 59–60.

²⁶ Први помен 1326. године. Александра Фостиков, „Ново Брдо“, *Лексикон њагова*, 198–202. О рударству у Новом Брду вид. М. Динић, 27–95.

²⁷ Први помен 1303. године. Ема Миљковић, „Рогозна“, *Лексикон њагова*, 244.

вишим. Како се може видети, вероватније је да су спорови око крчевина настали у околини Трепче, Рудника или Јањева, јер су се ти крајеви налазили у појасу горе, односно шуме, него у оним рударским подручјима која су били у планинама,²⁸ на којима вероватно није постојало право својине у време када су се отварали рудници.

У средњовековној Србији земља је могла бити *res nullius*, те као таква подобна за стицање окупацијом. То се често дешавало са крчевинама, односно оном земљом са које је посечена шума.²⁹ С друге стране, да би се Саси бавили рударством, морали су да секу шуме из два разлога. Прво, како би ослободили место за будуће руднике, а друго, да би обезбедили дрво, материјал неопходан за подграду и даљу производњу. Изгледа да су рудари крчили површине под шумом и на њима стицали не само право откопавања и експлоатације руде, већ окупацијом и право својине. Општа тенденција Душановог законика је била да се стицање својине земље окупацијом ограничи, или сасвим укине. Тако се о планинама говори да могу бити само цареве, властелинове или црквене, где изгледа да су све планине које нису властелинске и црквене проглашене за цареве.³⁰ Сличан ефекат се постиже и нормом из члана 123: „што сече, оногази да не тежи, ни люди да не сага, тькмо да стои поуста, да расте гора“, што значи да се крчевина више не стиче у својину окупацијом,³¹ па се на њој не могу населити људи. У нашој литератури је неколико пута постављано питање шта је био *ratio legis* таквог решења.

Тарановски је тврдио да су Саси до тада бесправно запоседали крчевине, те да „није ту Законик ишао за принципом легалности него опортуности“, те да је тако „узурпација Саса била позакоњена“. ³² Међутим, сам Тарановски³³ наводи случајеве крчевина из времена краља Милутина и цара Душана (око 1350. године према Новаковићу³⁴), на којима су подигнути манастири, што значи да стицање својине крчевине горе окупацијом раније није било забра-

²⁸ У новобрдском Законику о рудницима се не помињу горе, односно шуме. То може да укаже на актуелност правног проблема четрдесетих година четрнаестог века и потребу да се он тада решава. Наиме, да су се спорна питања поставила у Брскову, које је настало век раније, вероватно би до 1349. године већ увеколико била решена, а њихово поновно уређење непотребно.

²⁹ Теодор Тарановски, *Историја српској права у Немањинској држави*, Београд 1996, 624–629; Раде Михаљчић, „Одредбе о крчевини“, *Средњовековно право у Срба у оцегалу историјских извора*, Београд 2009, 208–212; Срђан Шаркић, „Оригинарни начини стицања својине у средњовековном српском праву“, *Византијски свет на Балкану II* (ур. Бојана Крсмановић, Љубомир Максимовић, Радивој Радић), Београд 2012, 421.

³⁰ Члан 81. Душановог законика. Т. Тарановски, 628; Ђ. Бубало, 91, 178.

³¹ Т. Тарановски, 629; Ђ. Бубало, 194; Срђан Шаркић (2014), 50.

³² Т. Тарановски, 629.

³³ *Ibid.*, 626.

³⁴ „Црква Анагноста Драгоја“, Стојан Новаковић, *Законски споменници српских држава средњег века*, Београд 2005, 758–759

њено. Штавише, према слову Душановог законика, изгледа да је такво стицање било забрањено само Сасима, односно власницима рудника.

Марковић сматра да је пре Душанове кодификације постојао писани извор права који је изричито дозвољавао Сасима стицање својине окупацијом крчевине, те да је „тешко поверовати да је овакво право било утврђено само неком нормом обичајног права“.³⁵ Међутим, на основу онога што знамо о стицању својине окупацијом лаза,³⁶ оно је пре 1349. године било дозвољено свима, а не само Сасима, под условом да је земљиште ничија ствар, односно да на њему претходно не постоји својина другог лица, а није било уређено писаним правом.

Бубало сматра да се ту Сасима „забрањује да стичу имовинско право на земљи“³⁷, што није у складу са режимом рударске концесије, који је постојао у српском средњовековном праву. Наиме, Сасима се ту не дозвољава да стичу својину, али им се и даље допушта да стекну право откопавања и истраживања руде, које је такође имовинско право на земљи. О постојању таквог права и његовом континуитету говори чињеница да се оно јавља у правним споменицима насталим на основу саског рударског права век пре, али и у Законику о рудницима, који је настао око пола века после Душановог законика.

Шаркић верује да су постојала два мотива за прописивање члана 123. Први би био у превазилажењу „сукоба између Саса и властеле око својине над планинама“ који су се све више јављали пошто „право својине на планинама све више прелази у руке властеле и манастира“.³⁸ Међутим, Душанов законик ту говори о праву својине на искрченим горама, а не на планинама. Други могући разлог доношења би према Шаркићу могао бити у заштити шуме и животне средине, што се може прочитати у речима „да стои поуста, да расте гора“. Као додатни аргумент за то се користи чињеница да раковачки препис и властели брани да насељавају људе на крчевинама.³⁹

Чини се да би за такав пропис могао да се нађе још један разлог и то помоћу системског тумачења Душановог, с једне, и деспотовог законика, с друге стране. Наиме, према Законику о рудницима рударска концесија је ограниченог трајања. Она постоји до протекла рока, чија дужина зависи од тога колико су радови одмакли, односно од чињеница да ли је откопавање само започето, да ли су постављене ознаке на земљишту, те да ли је пронађена руда и плаћена дажбина владару. Преклузивни рок тече од тренутка када је рудник напуштен, односно од момента када су обустављени радови. Међутим, право својине на искрченој и окупираној земљи не застарева про теклом рока, већ је у начелу вечно. Притом не треба сметнути са ума да се

³⁵ Б. Марковић, 31.

³⁶ Вид. фн. 25.

³⁷ Ђ. Бубало, 195.

³⁸ С. Шаркић (2014), 50.

³⁹ *Ibid.*, 51.

ради о потенцијално веома вредној земљи у пределима богатим рудама, на којој можда постоје лежишта сребра и злата. Тако би у пракси могло да дође до тога да Саси искрче шуме, земљу стекну у својину, како би на њој стекли трајни монопол, а не само рударску концесију ограниченог трајања. Уколико би се на тој земљи населили људи (нпр. закупци), у спору би се тешко могло доказати да је на њој престало истраживање руде, те да су почели да теку преклузивни рокови дефинисани поменути члановима Законика о рудницима. Осим тога, то би могло да има за последицу и одлагање експлоатације руде. Наиме, Саси, вични препознавању земље испод које се налазе руде, могли би да је окупацијом стекну у својину, да експлоатацију руде на њој оставе за касније (нпр. када сакупе довољно средстава да је покрену или дођу мирнија времена), а да друге у међувремену онемогуће у томе. На тај начин би трпели владареви приходи, чији је урбор био значајан део. Чини се да је забрана такве монополизације земљишта била и један од главних мотива доношења новобрдског законика, пошто се одредбе о томе налазе на његовом самом почетку, само што је то урађено детаљнијим нормама.

3.2. Право сече

На крају члана су речи: „Никто да не забрани Сасиноу горѣ; колико њестъ трѣбе трѣгоу толикозѣи да сѣче“. Оне се традиционално тумаче као право рудара да секу шуме ради обезбеђења дрвета као материјала неопходног за средњовековно рударство.⁴⁰ Међутим, до 1349. године у средњовековној Србији рудници су се налазили и на крчевинама. Стога се поменуте речи могу тумачити као наредба да нико не брани рударима да секу шуме не само за потребе дрвета, већ и као забрана да било ко брани Сасима да истражују и експлоатишу рудне депозите у шумама, који имају право да их у ту сврху и крче. Таква наредба је важила чак и за власника шуме. Дакле и властелин је морао да дозволи у својим шумама истраживање и експлоатацију руде. Тако би члан 123. могао да представља прецизирање права рударске концесије, које није нужно било на штету рудара. Изгледа да се потреба за ближим уређењем јавила онда када се руда почела налазити на властелинској земљи, што није био случај у почетку, јер је она налажена ни на чијој или на владаревој земљи.

У прилог таквом тумачењу би говорила и упоредна анализа члана 16. повеље Беле IV Арпадовића Банској Шћавници, где се регулише таква обавеза властелина:

(16) ... *Ist das iemant hwttnn oder Mwllnn pawet auf eines herrnn aigen, do das perckwerich auf leit, es sein halt gaistliche oder weltliche herrn, so ist das perckwerchs freiheit, das er keiuen Czins dauon nemen sol. Auch auf welichs herrn aignn*

⁴⁰ Т. Тарановски, 629; Б. Марковић, 31; Ђ. Бубало, 195; С. Шаркић (2014), 49.

*perckwerch fwndn wirt vnd gemessnn, derselb herr nymbt dauon das dritte tail der Vrbar, vnd was dasselbig perckwerich holcz bedarffynn die gruebnn vnd zu allerlay notturfft, das sol vnd mag in derselbig herr mit nichte nicht werenn.*⁴¹

Како текст каже, слободно је да се откопава и тражи руда на земљи властелина (световног или духовног), који то не може наплатити. Осим тога, он је у обавези да допусти сечу своје шуме за потребе дрвета за рудник. Те одредбе шћавничке повеље прилично подсећају на члан 123. око једног века млађег Душановог законика.⁴²

И повеља Вацлава II Пшемисловића Кутној Хори садржи сличне норме. Она прво прокламује слободу да се тражи метали на земљи⁴³, без обзира на то где је и чија је:

JRM II, I, 2 ... *in campo libero, in quo ubilibet et cuilibet est licitum laborare et metallum quaerere*...⁴⁴

Затим она прописује и право да се бесплатно сече шума са измереног рудног поља, на коме постоји концесија:

JRM II, III, 2. *Insuper de nemoribus ac silvis ejusdem hereditatis, in qua mons mensuratur, omnia illa ligna gratis montani recipiant, quae quantum in argentifodinis fuerit opportuna.*⁴⁵

Још једном рудари, односно концесионари, имају право да секу шуме и добијено дрво користе за потребе рударске производње. Стога се може закључити да норме сва три правна споменика имају заједнички корен у саским обичајима.

С тим у вези поставља се и питање да ли је властела имала непосредног интереса за отварање рудника на свом земљишту, те да ли је њој припадао део прихода. У шћавничкој повељи се одређује да уколико руда буде нађена, властелину припада трећина урбора, тако да он нема само обавезе да трпи истраживање на свом земљишту и сечу својих шума, већ и јасно дефинисано

⁴¹ *Monumenta*, 225. „Уколоко неко живи или копа на земљи властелина, на којој се налази рудник, било да је реч о земљи духовног или световног властелина, постоји слобода копања, тако да он од тога не може наплатити дажбину. Такође, властелин на чијој земљи се рудник налази и буде измерен, узима од тога трећину урбора и оно дрво које је потребно том руднику у копу и за све потребе, то не треба и не може тај властелин да забрани.”

⁴² То је приметио још Радојчић. Н. Радојчић, 28.

⁴³ О томе у Чешком праву вид. А. Zycha, 176–193

⁴⁴ *Jus regale*, 318. „... на слободном пољу, на коме је увек и сваком дозвољено да ради и тражи метале ...”

⁴⁵ *Ibid.* „Осим тога, из лугова и шума оног поседа, на коме је измерен рудник, рудари добијају све дрво без накнаде, онолико колико је то потребно у рудницама.”

право на део добити, односно трећину урбора. Исто правило је постављено и у праву Кутне Хоре⁴⁶:

JRM II, III, 4: ... *dominorum jus est recipere tertiam partem illius octavae partis, quae urbura nominatur...*⁴⁷

Међутим, српски извори о таквом праву властеле ћуте. Нигде у сачуваним сведочанствима не стоји да приход од рудника (урбор, урбура) узима било ко осим закупца регалних права и владара. После смрти цара Уроша (1355–1371), то право прелази на обласне господаре, што се може пратити у изворима.⁴⁸ Стога се може претпоставити да средњовековна српска властела није имала право на део ископане руде са свог властелинства.

На основу сличности и разлике између старијег угарског и чешког права, с једне стране, и са друге млађег српског права, може се закључити да је рударско право у Србији почивало на саским обичајима, али да је у српској средини доживело и свој *sui generis* развој.⁴⁹

3.3. Спор Саса и властеле

Посебан пропис члана 123. говори о споровима Саса и властеле око земље, који каже: „Ако соу комоу властѣлиноу без правды оузели землю, да се соудѣ съ нимѣ властѣле Закономѣ Светаго краля“. Наиме, властелин јесте био дужан да трпи експлоатацију руде на својој земљи, али изгледа да су Саси покушавали да присвоје и крчевине властелинских шума, те да на њима стекну својину. У том случају се примењивала норма из Закона Светог краља, односно краља Милутина. Закон Светог краља се у Душановом законнику спомиње још и у члановима 152. и 153. који регулишу састав мешовите пороте. Стога се обично сматра да ранији члан поводом састава пороте упућује на та два каснија члана. Међутим, могуће је да се под Законом Светог краља подразумева други пропис, или чак други акт.⁵⁰

4. ЗАКЉУЧАК

Законик о рудницима у својим почетним члановима примарно регулише губитак привремене концесије, протеком рока од престанка њеног вршења.

⁴⁶ О правима власника земље на којој је рудник у чешком праву вид. А. Zycha, 188–192.

⁴⁷ *Ibid.*, 328. „... право власника је да добију трећину оне осмине, која се назива урбор ...”.

⁴⁸ Вид. Андреја Катанчевић, „Закуп царина у средњовековној Србији“, *Номофилаξ. Зборник радова у часи Срђана Шаркића* (ур. Тамара Илић, Марко Божић), Београд 2020, 258–259.

⁴⁹ Слично Андреја Катанчевић „Институт урбарара у средњовековној Србији“, *Баштина* 51/2020, 263–279.

⁵⁰ Детаљније о томе вид. Андреја Катанчевић (2015), 113–114.

Сличности са ранијим угарским и чешким правом указују на заједничку саску основу, која је реципирана у средњовековној Србији. Међутим, у српском праву изостанак обавезе објављивања код стицања концесије на означеном земљишту на коме је она претходно постојала, показује самостални развитак.

Душанов законик забрањује Сасима стицање права својине окупацијом на крчевинама, те им оставља могућност да стичу само рударске концесије. Мотив за то је, између осталог, избегавање трајне монополизације вредног земљишта богатог рудама, што би имало неповољне последице по привреду земље и владаре приходе. Законик истовремено прокламује право да се руда тражи и ископава и у шумама феудалаца, те да се у њима секу дрва за потребе рудника. Сличност са повељама Беле IV Банској Шћавници и Вацлава II Кутној Хори јасно указују на правни трансплант. Међутим, српски извори не говоре о праву власника на трећину рудне регалије од руде ископане на његовом земљишту, па у Србији такво право вероватно није постојало.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- Милош Благојевић, „Горе“, *Лексикон српској средњеј века (Лексикон српској)* (ур. Сима Ћирковић, Раде Михаљчић), Београд 1999.
- Милош Благојевић, „Планине“, *Лексикон српској средњеј века (Лексикон српској)* (ур. Сима Ћирковић, Раде Михаљчић), Београд 1999.
- Ђорђе Бубало, *Душанов законик*, Београд 2010.
- Михаило Динић, *За историју рударства у средњовековној Србији и Босни II*, Београд 1962.
- Adolf Zycha, *Das böhmische bergrecht des mittelalters auf grundlage des bergrechts von Iglau I. Die Geschichte des Iglauer Bergrechts und die böhmische Bergwerksverfassung*. Berlin 1900.
- „Jus Iglaviense“, Hermenegild Jireček, *Codex juris bohemicus I*, Prag 1867.
- „Jus regale montanorum“, Hermenegild Jireček, *Codex juris bohemicus I*, Prag 1867.
- Андреја Катанчевић, „Да ли су Саси имали привилегије у мешовитим споровима у средњовековној Србији“, *Анали Правној факултету у Београду*, 2/2015.
- Андреја Катанчевић, „Датирање Законика о рудницима деспота Стефана и садржина његовог ћириличног преписа“, *Српска њолиничка мисао*, 51/2016.
- Андреја Катанчевић, „Закуп царина у средњовековној Србији“, *Νομοφύλαξ. Зборник радова у часи Срђана Шаркића* (ур. Тамара Илић, Марко Божић), Београд 2020.
- Андреја Катанчевић, „Институт урбарара у средњовековној Србији“, *Башићина* 51/2020.
- Биљана Марковић, *Закон о рудницима деспота Стефана Лазаревића: превод и правноисторијска студија*, Београд 1985.

- Ема Миљковић, „Рогозна“, *Лексикон њагова и њрџова средњовековних српских земаља (Лексикон њагова)* (ур. Синиша Мишић), Београд 2010.
- Раде Михалчић, „Одредбе о крчевини“, *Средњовековно њраво у Срба у оїлегалу истџориских извора*, Београд 2009.
- „*Selmecz városnak IV. Béla király korában szerkeztett városi és bánya-jogkönyve. Év nélkül*“, Wenzel Gusztáv, *Monumenta Hungariae historica. Codex diplomaticus Arpadianus continuatus*, Pest 1862.
- Владета Петровић, „Брсково“, *Лексикон њагова и њрџова средњовековних српских земаља (Лексикон њагова)* (ур. Синиша Мишић), Београд 2010.
- Владета Петровић, „Рудник“, *Лексикон њагова и њрџова средњовековних српских земаља (Лексикон њагова)* (ур. Синиша Мишић), Београд 2010.
- Владета Петровић, „Трепча“, *Лексикон њагова и њрџова средњовековних српских земаља (Лексикон њагова)* (ур. Синиша Мишић), Београд 2010.
- Никола Радојчић, *Закон о рудницима десџоїа Сїефана Лазаревића*, Београд 1962.
- Fehim Spaho, „Turski rudarski zakoni“, *Glasnik zemaljskog muzeja u Bosni i Hercegovini*, 25/1913.
- Теодор Тарановски, *Истџориса српскої њрава у Немањићкој држави*, Београд 1996.
- Сима Ћирковић, *Лайїинички њреїис Рударскої законика десџоїа Сїефана Лазаревића: увод, њексї, њревод и коменїари*, Београд 2005.
- Сима Ћирковић, „Предузетништво и рударско право“, *Сїаро српско рударсїво*, Београд Нови Сад 2002.
- Александар Узелац, „Јањево“, *Лексикон њагова и њрџова средњовековних српских земаља (Лексикон њагова)* (ур. Синиша Мишић), Београд 2010.
- Александра Фостиков, „Ново Брдо“, *Лексикон њагова и њрџова средњовековних српских земаља (Лексикон њагова)* (ур. Синиша Мишић), Београд 2010.
- „Црква Анагноста Драгоја“, Стојан Новаковић, *Законски сїоменици српских држава средњеїа века*, Београд 2005.
- Срђан Шаркић, „Може ли се говорити о заштити животне средине у средњовековној Србији“, *Зборник радова Правної факулїетїа у Новом Саду* 1/2014.
- Срђан Шаркић, „Оригинарни начини стицања своїине у средњовековном српском праву“, *Визанїїјски свеїї на Балкану II* (ур. Бојана Крсмановић, Љубомир Максимовић, Радивој Радић), Београд 2012.

*Andreja B. Katančević, Ph.D., Associate Professor
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
katancevic@ius.bg.ac.rs*

Legal Regime of Land in the Mining Areas of Medieval Serbia

Abstract: *The aim of the research is to cast light on the legal regime of the mining area land in medieval Serbia and to answer to what extent Saxon customary mining law was accepted in this aspect and what the ratio legis of article 123 of Dušan's Code was?*

It seems likely that until the enactment of Dušan's Code it was possible to occupy land cleared for mining purposes and to acquire property of the mining area, which was previously res nullius. However, Dušan's Code changed this rule prescribing only the possibility of acquiring the time limited mining concession, which was motivated by possible permanent monopolization of the land in the mining areas. At the same time, the Code proclaimed the right of ore search and exploration on the feudal lords' land. Similarities to the older Hungarian and Czech law indicates legal transplantation.

The mining concession was regulated in Despot Stefan's Mining Code for Novo Brdo, which prescribed detailed rules for losing the concession in the case of neglecting the mining activity. Based on similarities one can assume that these rules were mostly the reception of the Saxon customary mining law, also written in late medieval mining laws of Hungary and Czechia. However, the small differences may show that after one and a half century the Serbian mining community introduced its own unique rules.

Research is based on linguistic, systematic and historical analysis of the sources as well as the regressive analysis and comparative method.

Keywords: *mining law, Dušan's Code, Mining Code of Despot Stefan, mining concession, occupation of land.*

Датум пријема рада: 15.11.2020.

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

ЕНКРИПЦИЈА КАО ПРЕПРЕКА ОТКРИВАЊУ И ДОКАЗИВАЊУ КРИВИЧНИХ ДЕЛА

Сажетак: Енкрипција је саставни део савремене животине. Она је од несумњиве значаја за остваривање неких од основних људских права у свейри-сушном техничком окружењу, за свакодневно коришћење бројних онлајн услуга, као и за функционисање Интернета уопште. С друге стране, органи надлежни за откривање и доказивање кривичних дела се све чешће сусрећу са препрекама када прегледају енкриптованим садржајима. Енкрипција представља својеврстан изазов у спровођењу како општих, тако и посебних доказних радњи. Рад је посвећен сагледавању техничких страна овог изазова. Аутор приказује основне принципе на којима се заснива процес енкрипције, објашњава разлику између симетричне и асиметричне енкрипције, енкрипције ускладишћених података и енкрипције података у транзити, те серверске и корисничке енкрипције, указујући на који начин енкрипција отежава, односно онемогућава рад органа надлежних за откривање и доказивање кривичних дела.

Кључне речи: откривање и доказивање кривичних дела, електронски докази, енкрипција.

1. УВОД

Потреба да се одређени податак и информација садржана у њему прикрију од неовлашћеног лица иманентна је људској природи. Историјски примери криптографије¹ пронађени су у старом Египту, Месопотамији, Кини,

¹ Криптографија је дисциплина која обухвата принципе, средства и методе за трансформисање податка, да би се прикрила информација коју податак садржи, утврдила аутентичност података, онемогућила његова непримећена измена и спречио неовлашћен приступ податку. Вид. *OECD Council Recommendation Concerning Guidelines for Cryptography Policy*, C(97)62/FINAL, 27.3.1997, <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/guidelinesforcryptographypolicy.htm>.

а позната је и Цезарова шифра¹ и употреба Енигме током Другог светског рата.² Савремена криптографија прати развој технологије рачунарства и комуникационе технологије од 1950-их година, и од тада се криптографске технике развијају и примењују од стране различитих актера. Криптографија као технологија дигиталне безбедности се примењује како би се заштитила безбедност (поверљивост, поузданост и доступност) информација и комуникација, обезбедила анонимност учесника у комуникацији, а тиме и њихова приватност.³

Енкрипција, као криптографска технологија дигиталне безбедности,⁴ је у 21. веку од несумњивог значаја за остваривање појединих људских права и функционисање дигиталне економије. Енкрипција има за циљ да пружи гаранцију поузданости и целовитости података у информационим системима, а нарочито података о личности, и служи остваривању и заштити свих аспеката права на приватност, слободе изражавања и слободе мишљења и уверења.⁵ Она је значајна за заштиту националне безбедности, као и за рад државних органа. Приступ енкрипцији штити од бројних кривичних дела омогућених развојем информационе технологије. Са друге стране, примена енкрипције од стране извршилаца кривичних дела отежава, односно онемогућава рад органа надлежних за откривање и доказивање кривичних дела. Претресање и вештачење рачунара или мобилног телефона ради остваривања приступа похрањеном садржају може да буде отежано, односно онемогућено, уколико је садржај енкриптован.⁶ Извршавање тајног надзора комуникације може да буде отежано, односно онемогућено, уколико се комуникација остварује употребом услуга и апликација које примењују енкрипцију.⁷ Треба истаћи да се при томе не ради само о енкрипцији коју примењују

¹ Више о употреби енкрипције кроз историју, вид. Dwiti Pandya et al., „Brief History of Encryption“, *International Journal of Computer Applications* 9/2015, 28-31.

² John Barratt, „Enigma and Ultra: the Cypher War“, *Military History Online*, <http://www.militaryhistoryonline.com/wwii/atlantic/enigma.aspx>.

³ Wolfgang Schulz, Joris van Hoboken, *Human rights and encryption*, Paris 2016, 10.

⁴ Технологија енкрипције остварује више функција, јер се користи да би се обезбедила доступност, целовитост, поузданост и/или поверљивост информације садржане у електронском податку који се шифрује. Са становишта предмета овог рада, најзначајнија је функција поверљивости, у смислу да се употребом кључа за енкрипцију садржај податка чува као поверљив, односно штити се од приступа неовлашћених лица, јер може да му се приступи само уз познавање кључа за декрипцију.

⁵ О значају енкрипције за промоцију и заштиту приватности, слободе мишљења и изражавања у вези са информационо-комуникационим технологијама, вид. Special Rapporteur of United Nations on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, *Research paper on Encryption and Anonymity*, 2018, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/EncryptionAnonymityFollowUpReport.pdf>.

⁶ Више о томе, вид. Милана Писарић, *Електронски докази у кривичном њосјујуку*, Нови Сад 2019, 209-210.

⁷ *Ibid.*, 218.

технички освешћени и посебно обучени извршиоци. Енкрипција се ургађује као техничка поставка у све већи број уређаја, услуга и апликација, чега корисници нису понекад ни свесни. Постоје бројни софтвери за енкрипцију који се користе, пре свега, у легитимне сврхе, јер омогућавају додатну заштиту података, али исто тако могу да послуже и учиниоцима кривичних дела ради прикривања идентитета и трагова.

2. ШТА ЈЕ ЕНКРИПЦИЈА?

Енкрипција је криптографски процес у ком се податак трансформише из изворног, читљивог облика у шифрован облик, нечитљив за онога ко не поседује знање о механизму примењеном за шифровање, а који је неопходан да се податак дешифрује.

У процесу енкрипције је пет елемената: 1) функција енкрипције, 2) функција декрипције, 3) кључ, 4) текст у изворном облику, и 5) шифровани текст. Ради се о процесу у ком се читљивост податка трансформише применом криптографског алгоритма који извршава шифровање. Алгоритам употребом насумичног низа карактера, односно кључа за шифровање (енгл. *key*) претвара податак из изворног, читљивог облика (енгл. *plaintext*) у нечитљиви, шифрован облик (енгл. *ciphertext*). Кључ за енкрипцију састоји се из низа бита, тј. јединица и нула, које рачунар употребом комплексног алгоритма користи да „замаскира“ садржај који се шифрује.



Фигура 1: Упростио графички приказ процеса енкрипције

Супротан процес од енкрипције (шифровања) је декрипција (дешифровање), у ком се употребом кључа за дешифровање податак из нечитљивог поново враћа у читљив облик. При томе, енкриптовани садржај може да декриптује само онај ко поседује кључ за декрипцију.

Енкрипција је заправо математичка техника модификовања дигиталног садржаја тако што се у садржају мењају битови (нуле и јединице) применом математичких операција, што га чини неразумљивим. Једини начин да се

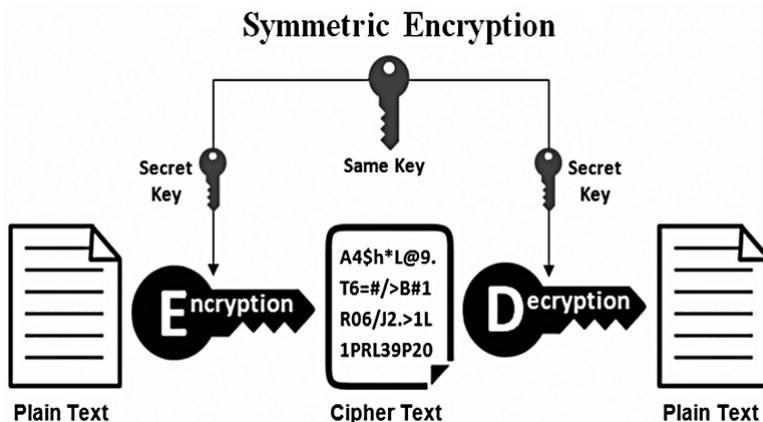
промени шифровани садржај, односно да се врати у оригинални облик, јесте примена обрнуте математичке операције. За сваку операцију шифровања, постоји само једна операција дешифровања, јер су математичке формуле шифровања и дешифровања јединствено повезане и упарене, као брава и кључ за ту браву. Ко не зна или нема приступ математичкој формули за де-крипцију, он заправо нема кључ за дешифровање и практично не може да приступи енкрипцијом заштићеним подацима.⁸

Може се разликовати неколико типова енкрипције. У зависности од тога какав кључ се користи разликују се симетрична и асиметрична енкрипција. У зависности од тога који рачунарски подаци се енкриптују разликује се енкрипција ускладиштених података и енкрипција података у транзиту.

2.1. Симетрична и асиметрична енкрипција

Током времена су се развијали све комплекснији кључеви, а у зависности од тога какав кључ се користи разликују се симетрична и асиметрична енкрипција.

Симетрична енкрипција (енгл. *symmetric encryption*), односно **криптографија приватног кључа** (енгл. *private-key cryptography*) је криптографски процес у ком се један те исти кључ користи и за енкрипцију и за декрипцију.⁹



Фигура 2: Упрошћени графички приказ симетричне енкрипције¹⁰

⁸ Више о томе, вид. Christopher James Hargreaves, Howard Chivers, „Recovery of encryption keys from memory using a linear Scan“, *Proceedings of the 2008 Third International Conference on Availability, Reliability and Security. IEEE Computer Society*, 1369 – 1376, 1374.

⁹ Вид. Microsoft, *Description of Symmetric and Asymmetric Encryption*, <https://support.microsoft.com/en-us/help/246071/description-of-symmetric-and-asymmetric-encryption>.

¹⁰ *Encryption: Symmetric and Asymmetric*, <https://cryptobook.nakov.com/encryption-symmetric-and-asymmetric>.

С обзиром на то да постоји само један кључ, да би податак који је енкриптован могао да се дешифрира, неопходно је да лице које остварује приступ податку, односно пошиљалац и прималац податка у случају да се енкриптује комуникација, унапред зна који кључ је коришћен.¹¹ Из тог разлога се стварају одређени стандарди.¹² Од 2001. се као стандард за симетричну енкрипцију података користи *AES* стандард (од енгл. *Advanced Encryption Standard*). *AES* стандард са различитим величинама кључа (од 128, 192 и 256 бита¹³) користи се у већини производа за енкрипцију, протоколима за безбедан пренос података (као што је *HTTPS*, од енгл. *Hypertext Transfer Protocol Secure*), менаџерима за лозинке, појединим апликацијама за слање порука, као и за енкрипцију целог диска уређаја. Осим *AES* стандарда, симетричну енкрипцију користе и други стандардни алгоритми, као што су *Blowfish*, *Triple DES*, *Serpent* и *Twofish*.¹⁴

Асиметрична енкрипција (енгл. *asymmetric encryption*), односно **криптографија јавног кључа** (енгл. *public-key cryptography*) је криптографски

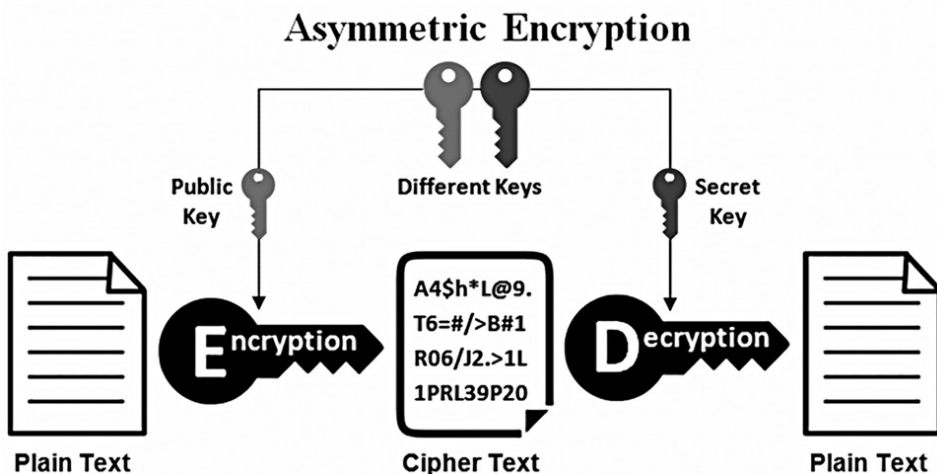
¹¹ С обзиром на то да се у процесу енкрипције и дешифрирања користи само један кључ, неопходно је да се чува његова тајност и непредвидљивост његовог „састава“, како би се заштитио од напада, односно од сазнавања од стране неовлашћеног лица. Учесници у комуникацији, тј. пошиљалац и прималац не могу приватну комуникацију да остварују преко јавне рачунарске мреже уколико се претходно не „договоре“ око заједничког, тајног кључа, јер би дистрибуција кључа преко јавне мреже угрозила његову тајност. Због тога је важно да се превазиђу изазови у вези са дистрибуцијом и управљањем кључем – стварањем сигурног комуникационог канала, путем којег би кључ био познат само онима који имају легитимну потребу за њим (пошиљалац и прималац поруке), и обезбеђивањем великог броја кључева који би били коришћени по потреби.

¹² Након што је од 1960-их дошло до све шире употребе рачунара у комерцијалне сврхе, *IBM* је створио крипто-групу која је током 1970-их имала задатак да дизајнира кључ, са циљем заштите корисникових података. Дизајн настао као резултат рада ове групе, уз учешће Националне службе безбедности САД (енг. *United States National Security Agency (NSA)*), одабран је 1976. за стандард за енкрипцију података – енгл. *Data Encryption Standard (DES)*. *DES* је био глобални стандард у наредних двадесетак година, али је, након што је 1999. јавно „разбијен“ од стране *distributed.net* и *Electronic Frontier Foundation (EFF)*, повучен из употребе. Вид. Paul Van De Zande, *The Day DES Died*, <https://www.sans.org/reading-room/whitepapers/vpns/daydes-died-722>.

¹³ Већина криптографских система користи 128-битни или 256-битни симетријски кључ. 128-битни кључ подразумева 2^{128} могућих кључева, односно 340,282,366,920,938,463,463,374,607,431,768,211,456 комбинација дигита (нумеричких вредности), док 256-битни кључ има могућих 2^{256} кључева, односно дупло више комбинација дигита него 128-битни. (*Cracking Encryption Algorithms*, <http://mycrypto.net/encryption/crack.html>). Другим речима, уколико би свако од седам милијарди људи користио десет супер-рачунара од којих би сваки тестирао милијарду комбинација за 128-битни кључ у секунди, било би потребно 77.000.000.000.000.000.000.000.000 година да се „насилно“ пронађе одговарајући кључ за дешифрирање. Вид. Mohit Arora, *How Secure Is AES Against Brute Force Attacks?*, 5.7.2012, *EE Times*, <http://www.eetimes.com/document.asp>.

¹⁴ Вид. John Carl Villanueva, „Symmetric vs Asymmetric Encryption“, Jscape, 15.3.2015, <https://www.jscape.com/blog/bid/84422/Symmetric-vs-Asymmetric-Encryption>.

процес у ком се користе два кључа, један за енкрипцију а други за декрипцију. Ради се о криптографским путем генерисаном пару кључева који су у посебној математичкој корелацији. У оваквом систему један кључ се чува као тајни (приватни кључ) а други је доступан у јавности (јавни кључ) и слободно се дели преко необезбеђене рачунарске мреже. Јавни кључ примаоца поруке се користи да се енкриптује порука која му се шаље, а потом ту шифровану поруку декриптује његов приватни кључ.¹⁵



Фигура 3: Упрошћени графички приказ асиметричне енкрипције¹⁶

Асиметрична декрипција је од значаја за обезбеђивање саобраћаја на Интернету и остваривање електронске комуникације. Постоји више алгоритама који користе асиметричну енкрипцију. Најчешће се користе *RSA* стандард (од енгл. *Rivest-Shamir-Adleman*) и *DSA* стандард (од енгл. *Digital Signature Algorithm*), *ECC* стандард (од енгл. *Elliptic Curve Cryptography*) код мањих уређаја (нпр, мобилних телефона), *OpenPGP* стандард за енкрипцију мејлова, *Signal Protocol* у апликацијама за слање гласовних и видео позива и инстант порука (нпр. као што су Воцап (енгл. *WhatsApp*), Сигнал (енгл. *Signal*) и Фејсбук месинџер (енгл. *Facebook Messenger*).

¹⁵ У случају асиметричне енкрипције, пошиљалац и прималац шифрованог податка не морају унапред да се „договоре“ око кључа који ће се користити (као у случају симетричне енкрипције). Корисник А постаља онлајн јавни кључ, која корисник у Б служи да енкриптује поруку упућену кориснику А, а само корисник А може да декриптује поруку шифровану његовим јавним кључем, користећи јединствени тајни, приватни кључ који је у корелацији са јавним кључем.

¹⁶ *Encryption: Symmetric and Asymmetric*, <https://cryptobook.nakov.com/encryption-symmetric-and-asymmetric>.

2.2. Енкрипција ускладиштених података и енкрипција података у транзиту

Рачунарски подаци могу да буду похрањени у уређају или да се размењују између уређаја, а у зависности од тога који рачунарски подаци се енкриптују, разликује се енкрипција ускладиштених података и енкрипција података у транзиту.

Енкрипција ускладиштених података (енгл. *encryption at rest*) представља процес у ком се шифрују подаци похрањени у уређају за складиштење података (као што су лаптоп, мобилни телефон, сервер пружаоца услуга), чинећи садржај података недоступним за свакога ко не поседује кључ за дешифрирање. Корисник употребом посебних софтвера¹⁷ за енкрипцију може да шифрује појединачну датотеку, фолдер, партиципу у уређају¹⁸ али и цео диск уређаја.¹⁹ Све је више уређаја (нпр. лаптоп рачунара и мобилних телефона) код којих је енкрипција целог диска (енгл. *full disk encryption*) предвиђена као фабричка поставка (енгл. *by default*) или се уграђују алати за енкрипцију, које корисник може да употреби.²⁰

Енкрипција података у транзиту (енгл. *encryption in transit*) представља процес у ком се шифрују подаци који се преносе са једног на други уређај (као што су веб-саобраћај, текстуалне поруке, садржаји који се уносе у веб-формулар и сл.), како би се обезбедили док „путују“ од извора до одређеног адресата, односно како би се онемогућило да трећа страна податке пресретне и измени. На тај начин се обезбеђује поверљивост и интегритет садржаја и омогућава његова аутентификација. Енкрипција података у транзиту је од

¹⁷ За енкрипцију датотеке и фолдера употребљавају се следећи софтвери: Encrypto, Cryptomator, BoxCryptor, AESCrypt. За енкрипцију целог диска уређаја користе се следећи софтвери: BitLocker, FileVault 2, Linux Unified Key Setup (LUKS), VeraCrypt.

¹⁸ Уколико корисник примени *енкрипцију на нивоу датотеке* (енгл. *file-level encryption*) енкриптује се садржај појединачне датотеке, док посматрач може да уочи њено присуство, као и метаподатке (податак о називу датотеке, када је створена, последњи пут измењена, када јој је последњи пут приступљено, величина датотеке и сл.). Поједини алати, као нпр. софтвер *VeraCrypt*, могу да смање видљивост метаподатака.

Осим тога, постоји и технологија која може да маскира присуство енкриптованог садржаја у уређају, односно да се применом стеганографске енкрипције диска онемогући да се диск уопште и уочи. Вид. John Leyden, „Russian doll steganography allow users to mask covert drives“, The Daily Swig, 10.12. 2018, <https://portswigger.net/daily-swig/russian-doll-steganography-allows-users-to-mask-covert-drives>.

¹⁹ Енкрипција целог диска подразумева да је енкрипцијом заштићен не само уређај, него и сваки појединачни податак похрањен на хард диску. Другим речима, уколико је диск уређаја у целости енкриптован и уређај искључен, сви садржаји похрањени у њему су шифровани и у потпуности нечитљиви, а покушај да се прикупе подаци из таквог уређаја ће бити неуспешан без кључа за дешифрирање.

²⁰ Нпр. *TrueCrypt software*.

нарочитог значаја за електронске комуникације, а колико је енкрипција сигурна зависи од тога ко има приступ кључу.

Енкрипција на крајњем уређају (енг. *end-to-end encryption: E2EE*) је врста енкрипције података у транзиту у ком се порука енкриптује, односно де-криптује у апликацији за пренос података која је инсталирана на уређајима крајњих корисника,²¹ тј. учесника у комуникацији. Порука је енкриптована пре него што уђе у комуникацијски канал, као таква чува се на серверу пружаоца услуга док прималац поруке не буде доступан и само уређај прималаца може да је дешифрује, јер само он има приступ кључу за декрипцију. Уколико би трећа страна пресрела поруку у транзиту, не би могла да је декриптује, јер само уређаји крајњих корисника (пошиљаоца и прималаца поруке) имају приступ кључу. Другим речима, пружалац услуга електронске комуникације као посредник у преносу поруке нема могућност да декриптује садржај поруке док се преноси од једног до другог уређаја. Овај вид енкрипције примењен је у апликацијама за пренос порука и обављање разговора, као што су Воцап, Вајр (енгл. *Wire*) и Сигнал. Поруке које се шаљу и разговори који се обављају применом ових апликација су у декриптованом облику доступни једино крајњим корисницима – пружалац телекомуникационих услуга и пружалац услуга електронских комуникација имају приступ само енкриптованом облику. Поред тога, уколико се користи техника напредне тајности (енгл. *forward secrecy*)²² њомоћу које се за сваку поруку која се шаље аутоматски генерише јединствени сепи кључева за енкрипцију/декрипцију, догајно се комџликује могућност дешифровања порука.

3. КАКО СЕ ПРИМЕЊУЈЕ ЕНКРИПЦИЈА?

Енкрипција се примењује на различитим локацијама, од стране различитих актера. У зависности од тога ко примењује енкрипцију разликују се серверска енкрипција (енгл. *server-side encryption*) и корисничка енкрипција (енгл. *client-side encryption*).²³ **Серверску енкрипцију** примењује трећа страна, односно пружалац услуга, на свом серверу, на податке који за рачун корисника складишти „у облаку“ или преносе кроз рачунарску мрежу. Серверску енкрипцију примењују пружалац онлајн услуга (нпр. мобилно банкарство), пружалац услуга чувања података „у облаку“ (енгл. *cloud service provider*)

²¹ Кључеве генерише апликација за слање порука, а не сами корисници.

²² Jaq Evans, *What is Perfect Forward Secrecy?*, <https://www.extrahop.com/company/blog/2017/what-is-perfect-forward-secrecy/>.

²³ Linus Chang, „Client-side vs. Server-side encryption – who holds the key?“, *EE News*, 14.5.2018, <https://www.eenewseurope.com/design-center/client-side-vs-server-side-encryption-who-holds-key>.

и пружалац услуга електронских комуникација. **Корисничку енкрипцију** примењује корисник локално, на податке ускладиштене на свом уређају, на цео уређај или на комуникацију коју остварује са уређаја, коришћењем софтвера и алата за енкрипцију. Безбедност енкриптованих података код серверске енкрипције зависи од пружаоца услуга, јер је он тај који бира врсту, обим и технике енкрипције, док код корисничке енкрипције зависи од уређаја, софтвера и алата које корисник користи, као и од његове свести и техничке оспособљености.

Што се тиче *серверске енкрипције података у транзити*, да би се од неовлашћеног приступа треће стране заштитио комуникацијски канал између сервера и корисника, многи пружаоци онлајн услуга (услуге електронске управе, електронског пословања и сл.) примењују одређене криптографске технике, активно их интегришући у дизајн и имплементацију услуге коју пружају.²⁴ Иако примењују енкрипцију у том смислу, пружаоци услуга имају приступ релевантним подацима корисника и могуће је да их предају трећој страни, као што су други комерцијални ентитети или државни органи, вођени финансијским и другим интересима или обавезани прописима.

Многи пружаоци услуга електронских комуникација енкриптују податке у транзиту,²⁵ али задржавају приступ кључу за дешифрирање.²⁶ *Уколико пружаоци услуга примене одређене криптографске мере ради обезбеђивања приватности корисника (енгл. Privacy Enhancing Technologies:*

²⁴ Примера ради, у платформи за пружање услуге онлајн банкарства примењује се *TLS* стандард за енкрипцију (од енгл. *Transport Layer Security*) који осигурава комуникацију између сервера и клијента банке, гарантујући странама у размени података аутентификацију, тако да клијент може да буде сигуран да су подаци које уноси ради пријављивања у систем (корисничко име и лозинка) доступни само банци.

²⁵ *TLS* стандард користе и Твитер, Гугл, Цимејл и Јаху, али постоји пружаоци услуга који га не примењују *by default*. Идеално поступање у погледу енкрипције, као вид савршене напредне тајности (енгл. *Perfect Forward Secrecy*), би било да се кључ промени за сваку сесију и да се одбаце коришћени кључеви. Међутим, поједини пружаоци услуга користе исти кључ за енкрипцију дужи временски период. На пример, Фејсбук користи *SSL/TLS* енкрипцију да обезбеди пренос података за пријаву на сајт (енгл. *login*) – када се корисник пријави на страницу, његовом уређају се додељује привремени јединствени идентификатор, помоћу ког се корисник препознаје докле год се не одјави са сервиса.

²⁶ На пример, у апликацији Телеграм (енгл. *Telegram*) је примењена енкрипција на релацији корисник-сервер/сервер-корисник, али се и поруке које се шаљу чувају на серверу у енкриптованом облику. Међутим, Телеграм има приступ свим кључевима – кључу који енкриптује поруку која се шаље од уређаја пошиљца до сервера, кључу који енкриптује поруку које се чувају на серверу и кључу који енкриптује поруку која се шаље од сервера до уређаја примаоца поруке. Вид. *Telegram Privacy Policy*, <https://telegram.org/privacy>.

Слично томе, поруке које се шаљу у Цимејлу јесу енкриптоване и у енкриптованом облику се чувају на серверу чиме су заштићене од приступа неовлашћеног лица, али им Гугл може приступити у изворном облику, јер чува кључеве за дешифрирање. Вид. *Google Privacy Policy*, <https://policies.google.com/privacy>.

PETs), као што је енкрипција на крајњем уређају (енгл. *end-to-end encryption*)²⁷, њихова способност приступа комуникацијама корисника се ограничава, јер ни пружаоци услуга немају приступ кључу за дешифрирање. Ипак, иако пружаоци услуга немају никакву могућност да дешифрирају податке, метаподаци су видљиви²⁸ и доступни су му.²⁹

Ускладишћени подаци могу да се енкриптирају у исто време на више локација. У оквиру тренда да произвођачи уређаја интегришу енкрипцију целог диска у уређаје као фабричку поставку, чиме су енкриптовани сви подаци похрањени у уређају, корисницима се нуди могућност да похрањене податке синхронизују са сервером, односно да их истовремено чувају и „у облаку“ (како би на једном месту били доступни подаци са различитих уређаја, без прекида, нпр. у случају губитка, квара или крађе уређаја). Уколико се корисник енкриптованог мобилног телефона определи да податке похрани и „у облаку“, они се заправо складиште на серверу пружаоца те услуге. У том случају, могућност дешифрирања података похрањених „у облаку“ зависи од тога који вид енкрипције је пружалац услуге применио.³⁰

Од корисникове одлуке о избору уређаја и апликације за комуникацију и начина њиховог коришћења, и о томе где чува податке, да ли се и на који начин подаци енкриптирају, зависи и могућност дешифрирања. Уколико корисник нема поверења у начин на који се подаци „у облаку“ чувају и користе, па податке чува само локално, односно на уређају, могућност дешифрирања зависи од **софтвера и алата за енкрипцију** које је применио.

²⁷ Пример за технологију повећане приватности је и тзв. систем приватних порука (енгл. *Private messaging*) примењен у апликацијама за размену порука ајмесиџ (енгл. *iMessage*) у ајфон мобилним телефонима.

²⁸ Тако, иако корисник шаље мејл у апликацији који примењује енкрипцију (нпр. Протонмејл (енгл. *ProtonMail*)), подаци у заглављу мејла (предмет, датум и време слања, адреса пошиљаоца и примаоца) неће и не могу да буду енкриптовани јер су неопходно за процес слања поруке. Видљивост метаподатака је оправдана оперативним захтевима. Примера ради, ИП адреса извора и одредишта у комуникацији мора да остане видљива да би мрежна опрема могла да их препозна и прочита и тиме омогући пренос података.

²⁹ Иако Протонмејл енкриптира податке на серверу, метаподаци су видљиви. Вид. *ProtonMail, What is encrypted?*, <https://protonmail.com/support/knowledge-base/what-is-encrypted/>. Такође, иако Сигнал енкриптира садржај на самом уређају крајњег корисника, али и све податке које складишти и обрађује на свом серверу, може да дешифрира одређене податке на серверу (нпр. број телефона регистрованог корисника и податке из његовог профила). Вид. *Signal Terms & Privacy Policy*, <https://signal.org/legal/>.

³⁰ Примера ради, уколико се корисник ајфона определи да чува податке „у облаку“ (заправо на *iCloud* серверу), они су енкриптовани, али на њих није примењена *end-to-end* енкрипција, што значи да су доступни, јер Епл чува кључ за дешифрирање таквих података. Вид. *iCloud security overview*, Joseph Menn, „Exclusive: Apple dropped plan for encrypting backups after FBI complained – sources“, *Reuters*, 21.1.2020, <https://www.reuters.com/article/us-apple-fbi-icloud-exclusive/exclusive-apple-dropped-plan-for-encrypting-backups-after-fbi-complained-sources-idUSKBN1ZK1CT>.

Поред поменутих, постоји већи број технологија за повећање приватности у виду софтвера или додатака (енгл. *Browser add-on*) за енкрипцију, који омогућавају поверљивост и тајност комуникација које се остварују на Интернету и анониман приступ онлајн услугама.³¹ Постоје алати за анонимизацију који смањују видљивост метаподатака, који омогућавају да се веб-сајтовима и онлајн услугама приступи са што мање дигиталних трагова,³² а нарочито су занимљиви они који се заснивају на енкрипцији, као што су Тор (енгл. *Tor: The Onion Router*) и виртуелне приватне мреже (енгл. *VPN: Virtual Private Networks*).³³

Тор је бесплатан *open-source* софтвер³⁴ који ствара мрежу свих корисника софтвера и омогућава мрежну анонимност тако што маскира изворну

³¹ На пример, корисник може да инсталира *PGP* софтвер (од енгл. *Pretty Good Privacy*) или *GnuPG* софтвер који енкриптују мејлове док користи услуге Цимејла или другог пружаоца услуга за слање мејлова. Алати као што су *Scramble!* и *Cryptogram* омогућавају *end-to-end* енкрипцију комуникација у друштвеним мрежама, а постоје алати који се заснивају на протоколима за *Off-the-Record (OTR)* енкрипцију који се примењују у апликацијама за слање инстант порука (нпр. у Фејсбук месинџеру). Вид. *What is off-the-record messaging (OTR)?*, <https://www.expressvpn.com/internet-privacy/guides/otr/>.

Корисник може додатно да заштити своје податке које шаље на сервер пружаоца услуга тако што садржај претходно енкриптује. Уколико корисник датотеку као прилог (енгл. *attachment*) мејлу пошаље преко Цимејла или је постави на сервер пружаоца услуга за складиштење података у „у облаку“ (нпр. Дропбокс), с обзиром на то да ови пружаоци услуга примењују серверску енкрипцију, могли би да декриптују садржај сачуван на њиховом серверу, јер чувају кључ за енкрипцију. Вид. *Dropbox Security*, <https://www.dropbox.com/security>, *Google Cloud Help – Security*, <https://cloud.google.com/security>.

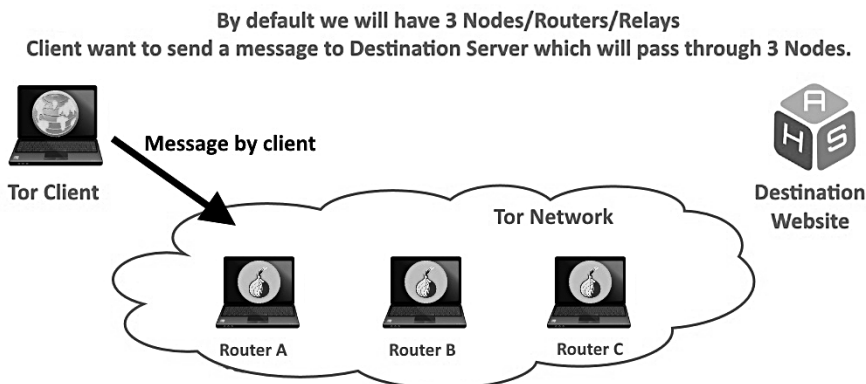
Међутим, уколико је корисник претходно енкриптовао датотеку (нпр. применом *GPG* софтвера за енкрипцију), ови пружаоци услуга не могу да је декриптују јер само крајњи корисник поседује кључ за декрипцију.

³² Примера ради, као алат за анонимизацију ИП адресе користи се прокси услуга (енгл. *proxy*). Ради се о серверу који посредује у протоку података у саобраћају на Интернету, тако да маскира ИП адресу корисниковог уређаја чинећи да одређена активност изгледа као да се остварује са неке друге локације (нпр. применом протокола *HTTP* и *SOCKS*). Међутим, прокси услуга се не заснива на енкрипцији, па комуникација између корисниковог уређаја и сервера није енкриптована. Осим тога, и уколико се користи протокол *HTTPS* да се прикрије повезаност са одређеним сајтом, не би били видљиви подаци о томе које веб странице је корисник посетио, корисничка имена и лозинке које је унео у веб формуларе и слично, али би његова ИП адреса и други метаподаци и даље били видљиви.

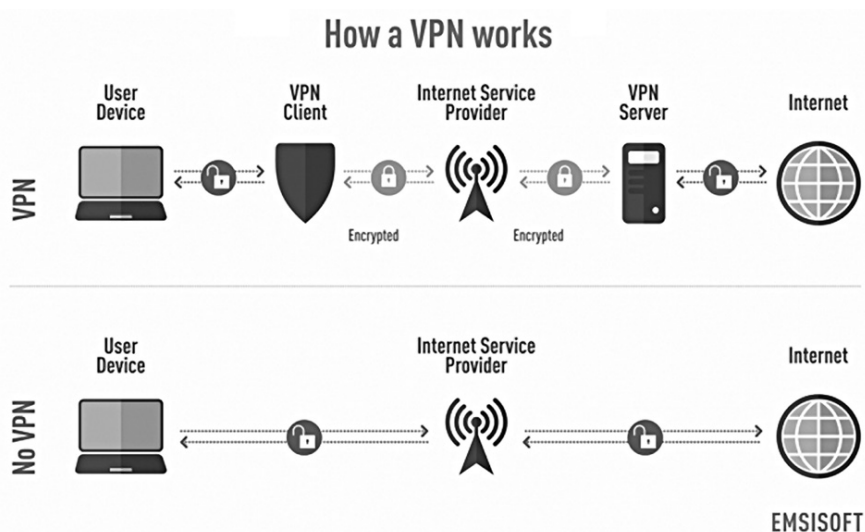
³³ Осим тога, постоје криптографске технологије које прикривају податак у транзиту у оквиру легитимног онлајн садржаја, тј. неког објекта или канала. На пример, технологија *Mobile Magic Mirror (M3)* користи технологију која користи уобичајене активности корисника на Твитеру да прикрије неку комуникацију. Вид. Shujun Li, „New information hiding technology to be commercialised by Crossword Cybersecurity“, *Surrey*, 5.3.2016, <https://blogs.surrey.ac.uk/sccs/2016/03/05/new-information-hiding-technology-to-be-commercialised-by-crossword-cybersecurity/>.

³⁴ Према подацима од почетка маја 2020. Тор користи преко 2 милиона корисника. Вид. <https://metrics.torproject.org/>.

ИП адресу корисника кроз неколико (три или више) посредничких, енкриптованих ИП адреса других корисника. Наиме, сваки пут када корисник приступи на Интернет користећи Тор, софтвер аутоматски, позајмљујући неколико ИП адреса за једну такву сесију, ствара насумичну путању састављену од различитих чворова, а сваки чвор је заштићен сопственом слојем енкрипције, која садржи информацију о наредној конекцији.³⁵



Фигура 4: Упрошћен приказ конекције преко Тора³⁶



Фигура 5: Упрошћен приказ конекције преко виртуелне приватне мреже³⁷

³⁵ Ствара се слојевитост као код лука, отуда *Onion* у називу софтвера.

³⁶ *How does TOR browser work?*, <https://www.quora.com/How-does-TOR-browser-work>.

³⁷ <https://www.yellowstonecomputing.net/blog/vpns-your-personal-tunnel-to-privacy-part-2>.

Виртуелна приватна мрежа омогућава тајност мрежне комуникације тако да нико не може да пресретне, измени или надзире податке у транзиту. Наиме, уколико корисник инсталира одређени софтвер, његов уређај се повезује са сервером пружаоца ове услуге (енгл. *Remote Access Server*), а применом одређеног протокола³⁸ ствара се тзв. *VPN* тунел, односно енкриптована веза између уређаја корисника и сервера. Уз помоћ тунела енкриптују се подаци у транзиту (применом асиметричне енкрипције) а и ИП адреса уређаја (тима и локација корисника) је анонимизирана, јер се користи ИП сервера преко ког је створена виртуелна приватна мрежа.³⁹

4. ЕНКРИПЦИЈА КАО ОТЕЖАВАЈУЋИ ФАКТОР ЗА РАД НАДЛЕЖНИХ ОРГАНА

У савременом технолошком окружењу доступност технологије јаке енкрипције довела је до тога да је приступ садржају великог броја електронских података (ускладиштених и у транзиту) отежан, односно онемогућен неовлашћеним лицима, јер не постоји начин да се садржаји енкриптовани модерним алгоритмима декриптују без поседовања кључа за декрипцију. Наиме, садржаји података би, да није енкрипције, били у изворном, читљивом облику доступни надлежним органима приликом спровођења надзора или пресретања комуникације или одузимања и претресања уређаја. У случају да су подаци енкриптовани, њихов садржај је, у моменту када надлежни органи остваре приступ на законом овлашћен начин, доступан само у шифрованом, нечитљивом облику.

Са све масовнијом употребом персоналних рачунара, приступ државних органа енкриптованим подацима постао је предмет озбиљне политичке, научне и стручне дебате. Пре коју деценију било је присутно настојање да се ИТ компаније присиле да „ослабе“ безбедносне протоколе у криптографским системима остављањем могућности „уласка на задња врата“ (енгл. *backdoors*), тј. да уграде методе која омогућавају да трећа страна заобиђе те протоколе и оствари приступ енкриптованим садржајима.⁴⁰ У првој деценији 21. века постало је јасно да национална ограничења употребе крипто-

³⁸ Користи се више протокола, као што су *PPTP* (*Point-to-Point Tunneling Protocol*), *L2TP* (*Layer 2 Tunnel Protocol*), *OpenVPN*, *SSTP* (*Secure Socket Tunneling Protocol*).

³⁹ Michael Gargiulo, „VPN Encryption: What is it? How does it work?“, *VPN*, 13.12.2019, <https://www.vpn.com/privacy/how-does-vpn-encryption-work>.

⁴⁰ Историјски се може уочити неколико раздобља у којима се води дебата око потребе да се ограничи приступ јакој енкрипцији. Од стварања криптографије јавног кључа, током 1970-их, па до 1990-их држава (првенствено САД) је вршила стриктну контролу над развојем, доступношћу и коришћењем криптографских алата, онемогућавајући широку, комерцијалну употребу јаке енкрипције ван војних и безбедносних оквира.

графије не треба да угрожавају развој информационих и комуникационих мрежа, као ни електронске трговине,⁴¹ што је довело до несметаног процвата технолошког окружења. У овом раздобљу ствара се све више дигиталног садржаја (на друштвеним мрежама, свеприсутни подаци о локацији корисника уређаја, садржаји на онлајн платформама, тј. „у облаку“), а надлежни државни органи добијају читав низ нових техничких могућности и законских овлашћења за прикупљање тих садржаја за потребе кривичног поступка (и заштите националне безбедности). Уколико би се енкрипција појавила као препрека, коришћени су алтернативни начини за прикупљање потребних података.⁴² Штавише, не постоје подаци да је у овом периоду енкрипција представљала значајну препреку откривању и доказивању кривичних дела.⁴³

Током 1990-их, под притиском приватног сектора и стручне јавности покушало се са стварањем хибридног решења који би истовремено омогућио и развој информационе технологије и неспособност надзирања тог развоја од стране државе. Ова раздобље се назива Првим крипто-ратом. Више о томе, вид. Bruce Schneier, *History of the First Crypto War*, 2015, https://www.schneier.com/blog/archives/2015/06/history_of_the_.html.

Сматрало се да је систем у ком је јавности доступна јака енкрипција неприхватљив јер омогућава да илегалне активности не могу да се прате, па је потребно да јој се ограничи приступ тако што би се установио систем изузетног приступа државних органа кључу за дешифрирање. Креиран је стандард депоновање енкрипције (енгл. *Escrowed Encryption Standard: EES*), односно систем депоновања кључа (енгл. *key escrow*), као једноставан метод „уласка на задња врата“. Ради се о томе да у криптографском процесу размене кључева копију приватног кључа задржава трећа страна – држава, која ствара и дистрибуира кључеве за енкрипцију ИТ компанијама, а копију кључа за дешифрирање држи у депозиту. Креиран је тзв. *Clipper Chip* сет чипова који би био уграђен у уређаје којима би било омогућено да користе *SKIPJACK* алгоритам за енкрипцију. Држава би задржала у депозиту копију тајног кључа, специфичног за чип уграђен у сваки уређај, па би државни органи, по потреби, могли да траже приступ кључевима за дешифровање енкриптованих података. Више о томе, вид. Steven Levy, „Battle of the Clipper Chip“, *New York Times*, 12.6.1994, <https://www.nytimes.com/1994/06/12/magazine/battle-of-the-clipper-chip.html?pagewanted=all>; Michael Schwartzbeck, *The Evolution of US Government Restrictions on Using and Exporting Encryption Technologies*, 2014, https://www.cia.gov/library/readingroom/docs/DOC_0006231614.pdf.

Овај систем је напуштен услед јаког притиска група за заштиту грађанских права и академског консензуса да се на овај начин не обезбеђује тајност комуникација. Истовремено, на снази је била стриктна контрола извоза комерцијалних производа са јаком енкрипцијом из САД, која је либерализована након 1999. Вид. Bill Hancock, „Appeals-court panel says export ban on encryption software is unlawful“, *Computers & Security* 4/1999, 278. Више о томе, вид. Kurt Saunders, „The Regulation of the Internet Encryption Technologies: Separating the Wheat from the Chaff“, *John Marshall Journal of Information Technology and Privacy Law* 3/1999, 945–960.

⁴¹ Више о томе, вид. Peter Swire, Kenesa Ahmad, „Encryption and Globalization“, *Columbia Science and Technology Law Review* 1/2012, 439–441.

⁴² National Security Agency, „Classification Guide Title/Number: Project BULLRUN/2-16“, Snowden Archive (16 June 2010), <https://snowdenarchive.cjfe.org/greenstone/collect/snowden1/index/assoc/HASHea20.dir/doc.pdf>.

⁴³ Naomi Gilens, *New Justice Department Documents Show Huge Increase in Warrantless Electronic Surveillance*, ACLU, 2012, <https://149www.aclu.org/blog/national-security/new-justice->

У овом раздобљу, које се назива златно доба надзора (енг. *Golden Age for Surveillance*⁴⁴), са даљим развојем алатија за својојшти дигитални надзор, надлежни органи су драматично повећали способности за прикућвање до сада невиђене количине електронских података, који се редовно складиште и анализирају.⁴⁵

Међутим, 2010. ФБИ је указао на проблем „Одласка у мрак“ (енгл. *Going Dark*), истакнувши јаз између података којима надлежни органи могу да приступе на законом овлашћен начин и њихове техничке немогућности да остваре увид у садржај тих података.⁴⁶ Ради се о томе да, без обзира на то што су сви материјални и формални услови испуњени за приступ електронским подацима, ефикасан приступ информацијама и комуникацијама бива онемогућен енкрипцијом. Наиме, након што је 2013. Едвард Сноуден јавности обелоданио у ком обиму држава спроводи електронски надзор, при чему постоје наговештаји да ИТ компаније пружају помоћ држави у остваривању тог надзора,⁴⁷ приметан је тренд да пружаоци Интернет услуга и произвођачи уређаја уграђују енкрипцију као поставку (енгл. *by default*) у својим услугама и уређајима, како би додатно заштитили информације и комуникације корисника и повећали њихово поверење. Тако од 2014. Епл, Гугл и Фејсбук примењују енкрипцију у уређајима и платформама за комуникацију,⁴⁸ што ове компаније наводно доводи у положаја да немају приступ корисниковим енкриптованим подацима и због тога не могу да поступе по захтеву државних органа и податке предају за потребе кривичног поступка или заштите националне безбедности. Као последица тога, од 2016. надлежни државни органи непрестано истичу да енкрипција као средство дигиталне

department-documents-show-huge-increase-warrantless-electronic.

⁴⁴ Peter Swire, *Going Dark: Encryption, Technology, and the Balance Between Public Safety and Privacy*, 2015, <https://www.hsd1.org/?view&did=794328>.

⁴⁵ Овакав приступ свеопштем надзору назива се „Прикупи све“ (енгл. „*Collect it all*“) и доктрина је усвојена у оквиру Америчке службе безбедности. Вид. Robert Sloan, Richard Warner, „The Self, the Stasi, the NSA: Privacy, Knowledge, and Complicity in the Surveillance State“, *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* 1/2016, 373.

⁴⁶ Valerie Caproni, *Going Dark: Lawful Electronic Surveillance in the Face of New Technologies*, Federal Bureau of Investigation, prepared testimony for Hearing Before the Subcommittee On Crime, Terrorism, and Homeland Security of the House of Commons Committee on the Judiciary, 2011, http://judiciary.house.gov/hearings/printers/112th/112-59_64581.PDF.

⁴⁷ Као на пример, у случају скандала са британском консултантском фирмом Кембриџ Аналитика (енгл. *Cambridge Analytica*). Више о томе, вид. Nicholas Confessore, „Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far“, *New York Times*, 4.4.2018, <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>.

⁴⁸ Joe Miller, „Google and Apple to introduce default encryption“, BBC, 19.9.2014, <https://www.bbc.com/news/technology-29276955>; Robert McMillan, „Facebook’s WhatsApp Launches ‘End-to-End’ Encryption“, *WSJ*, 5.4.2016, <https://www.wsj.com/articles/facebook-whatsapp-turns-on-encryption-by-default-1459869097>.

безбедности све више онемогућава њихов рад на откривању и доказивању теоризма, поседовања и дистрибуирања дечје порнографије и других тешких кривичних дела,⁴⁹ а ИТ компаније се оптужују да су створиле „рај за криминалце“.⁵⁰

У последњих неколико година предлагано је више решења ради превазилажења проблема енкрипције,⁵¹ тако што би ИТ компанија обавезале да створе могућност „уласка на задња врата“,⁵² ослабе стандарде енкрипције и омогуће директни приступ у изузетним случајевима, али такви предлози до сада нису озакоњени.⁵³ Многи од њих су технички неизводљиви или их је немогуће применити на ефикасан начин, јер би се на тај начин угрозила безбедност свих корисника информационе технологије а не само појединачног

⁴⁹ Kristin Finklea, *Encryption and the ‘Going Dark’ Debate*, Congressional Research Service, 2016, <https://fas.org/sgp/crs/misc/R44481.pdf>.

⁵⁰ Igor Bobic, Ryan Reilly, “FBI Director James Comey ‘Very Concerned’ About New Apple, Google Privacy Features,” *Huffington Post*, 25.9.2014, http://www.huffingtonpost.com/2014/09/25/james-comey-appleencryption_n_5882874.html; Cyrus Vance, “Apple and Google Threaten Public Safety with Default Smartphone Encryption,” *The Washington Post*, 26.9.2014, https://www.washingtonpost.com/opinions/apple-and-googlethreaten-public-safety-with-default-smartphone-encryption/2014/09/25/43af9bf0-44ab-11e4-b437-1a7368204804_story.html; Charles Hymas, „Facebook is threatening to hinder police by increasing encryption, warns Priti Patel“, *Telegraph*, 30.7.2019, <https://www.telegraph.co.uk/politics/2019/07/30/facebook-threatening-hinder-police-increasing-encryption-warns/>.

⁵¹ Више о томе, вид. Sayako Quinlan, Andi Wilson Thompson, *A Brief History of Law Enforcement Hacking in the United States*, 2016, <https://www.newamerica.org/cybersecurity-initiative/policy-papers/brief-history-law-enforcement-hacking-united-states/>.

⁵² У септембру 2018. коалиција држава „Петоро очију“ (енгл. *Five Eyes*), коју чине САД, Канада, Велика Британија, Аустралија и Нови Зеланд, заузела је став да је неопходно да се ИТ компаније принуде да омогуће „улазак на задња врата“, чиме би се надлежним органима омогућило спровођење законом прописаних овлашћења и у погледу енкриптованих садржаја. Вид. Lisa Vaas, „Five Eyes nations demand access to encrypted messaging“, *Naked security*, 1.8.2019, <https://nakedsecurity.sophos.com/2019/08/01/five-eyes-nations-demand-access-to-encrypted-messaging/>.

⁵³ Примера ради, у Аустралији је децембра 2018. усвојен контроверзни Закон о помоћи и приступу телекомуникацијама (енгл. *Telecommunications and Other Legislation Amendment (Assistance and Access) Bill 2018*) на основу ког надлежни државни органи могу да упуте ИТ компанијама захтев да им се омогући приступ енкриптованим садржајима, а ове пружају помоћ на добровољној основи. Закон је у току 2019. коришћен у свега седам случајева. Више о томе, вид. Australian Government, Department of Justice, *Telecommunications (Interception and Access) Act 1979 Annual Report 2018–19*, https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/download/publications/tabledpapers/c424e8ec-ce9a-4dc1-a53e-4047e8dc4797/upload_pdf/TIA%20Act%20Annual%20Report%202018-19%20%207BTabled%20D.pdf;fileType=application%2Fpdf#search=%22publications/tabledpapers/c424e8ec-ce9a-4dc1-a53e-4047e8dc4797%22.

Од почетка 2020. у САД је актуелна дебата око последњег предлога закона (тзв. EARN IT Act) којим би се посредним путем ослабила енкрипција. Више о томе, вид. Zak Doffman, „New Warning Issued For All WhatsApp And iMessage Users: ‘Major Threat’ To Encryption“, *Forbes*, 14.3.2020, <https://www.forbes.com/sites/zakdoffman/2020/03/14/new-warning-issued-for-all-whatsapp-and-imessage-users-major-threat-to-encryption/#4d4518153f59>.

корисника чијим подацима је потребно приступити у изузетним случајевима, а то би имало неповратно неповољне последице за сајбер безбедност и електронско пословање.⁵⁴ Осим тога, са становишта заштите људских права, енкрипција се сматра средством које служи слободном, отвореном и поузданом Интернету, у оквиру ког је омогућено реализовање гарантованих слобода и права, пре свега права на приватност и слободе мишљења, уверења и изражавања. Из тог разлога, државе се позивају да се суздрже од настојања да обавезују ИТ компаније на примену мера које би ослабиле енкрипцију и тиме компромитовале приватност, те анонимност и безбедност комуникације између корисника њихових услуга.⁵⁵

5. ЗАКЉУЧАК

Неспорно је да је енкрипција од изузетног значаја за заштиту бројних вредности појединца и друштва у целини. Ова технологија сасвим се легитимно користи у циљу заштите тајности, поверљивости и целовитости података, како ускладиштених на уређајима или „у облаку“, тако и оних који се преносе у процесу електронске комуникације. Криптографске технологије ће се са појавом нових апликација и уређаја, по свему судећи, развијати и даље, упоредо са све присутнијим импулсима ка свеопштем надзору активности корисника информационих технологија од стране државних органа али и приватних компанија.

Енкрипција служи оправданим интересима појединаца и привредних субјеката, али исто тако и извршиоцима кривичних дела, нарочито за прикривање идентитета и трагова кривичног дела. То за државне органе ствара значајне правне и техничке изазове у откривању и доказивању кривичних дела. Надлежни органи се са изазовима сусрећу када спроводе мере и радње ради прикупљања електронских података за потребе кривичног поступка. Енкрипција целог диска уређаја штити ускладиштене податке од неовлашћеног приступа а енкрипција на крајњем уређају штити податке у транзиту од надзора електронских комуникација. Уколико је примењена енкрипција, надлежни органи остварују приступ подацима у шифрованом, нечитљивом облику који се може превести у изворни, читљиви облик само употребом кључа за дешифровање. Другим речима, енкрипција ускладиштених података

⁵⁴ Више о томе, вид. Harold Abelson et. al., “Keys Under Doormats: Mandating Insecurity by Requiring Government Access to All Data and Communications”, 2015, <https://183www.schneier.com/academic/paperfiles/paper-keys-under-doormats-CSAIL.pdf>.

⁵⁵ *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, 2015, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/095/85/PDF/G1509585.pdf?OpenElement15>.

оногоућава претресање уређаја, док енкрипција података у транзиту онемогућава спровођење тајног надзора и снимања електронских комуникација. У том смислу, овлашћења прописана за спровођење појединих, како општих, тако и посебних доказних радњи, остају само слово на папиру.

С повећаним бројем пружалаца услуга и произвођача који нуде својим корисницима енкрипцију, с једне стране, и вапајем надлежних органа за ограничењем употребе енкрипције и њеним слабењем отворена је нова рунда у дебати око њене употребе и правног статуса коришћења криптографских технологија уопште. Дебата око енкрипције је комплексна, јер подразумева узимање у обзир више супротстављених интереса (државе, корисника, ИТ компанија) који морају да се узму у обзир, а довођење ових интереса у равнотежу, само по себи, представља изазов за који за сада нема једноставног решења.

Очигледно је да се не одустаје тога да је могуће обавезати криптографе и приватни сектор да пронађу техничко решење и створе такав систем енкрипције у ком би се легитимној страни (држави) омогућио приступ енкриптованим садржајима у изузетним околностима. Иако постоји потреба да се зарад интереса кривичног поступка и заштите националне безбедности створи правни оквир за превазилажење изазова енкрипције, несумњиво је да се при томе морају узети у обзир и дигитална права корисника информационих технологија и интереси ИТ компанија. У научној и стручној јавности је присутно једногласје да тако нешто није могуће без угрожавања принципа на којима модерна енкрипција почива.

Неминовно да ће се државни органи надлежни за откривање и доказивање кривичних дела све више сусретати са изазовима које пред њих поставља ова технологија, стварајући комплексно техничко окружење које се не може разумети без познавања макар принципа на којима се енкрипција темељи. Док се не пронађе адекватно решење комплексних питања у вези са енкрипцијом, овим органима преостаје да јачају своју техничку и тактичку способност, коришћењем дигиталне форензике, и да проналазе алтернативне начине за прикупљање електронских података.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- Abelson Harold, et. al., “Keys Under Doormats: Mandating Insecurity by Requiring Government Access to All Data and Communications”, 2015, <https://183www.schneier.com/academic/paperfiles/paper-keys-under-doormats-CSAIL.pdf>;
AO 442 (Rev. 11/11) Arrest Warrant, Case 2:18mj-00095-BAT, <https://regmedia.co.uk/2018/03/13/vincent-ramos-arrest.pdf>;
Arora, Mohit, „How Secure Is AES Against Brute Force Attacks?“, 5.7.2012, *EE Times*, <http://www.eetimes.com/document.asp>;

- Australian Government, Department of Justice, *Telecommunications (Interception and Access) Act 1979 Annual Report 2018–19*, https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/download/publications/taledpapers/c424e8ec-ce9a-4dc1-a53e-4047-e8dc4797/upload_pdf/TIA%20Act%20Annual%20Report%202018-19%20%7BTaled%7D.pdf;fileType=application%2Fpdf#search=%22publications/taledpapers/c424e8ec-ce9a-4dc1-a53e-4047-e8dc4797%22;
- Bobic, Igor, Ryan Reilly, “FBI Director James Comey ‘Very Concerned’ About New Apple, Google Privacy Features,” *Huffington Post*, 25.9.2014, http://www.huffingtonpost.com/2014/09/25/james-comey-appleencryption_n_5882874.html;
- Chang, Linus, „Client-side vs. Server-side encryption – who holds the key?“, *EE News*, 14.5.2018, <https://www.eenewseurope.com/design-center/client-side-vs-server-side-encryption-who-holds-key>;
- Confessore, Nicholas „Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far“, *New York Times*, 4.4.2018, <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>
- Doffman, Zak, „New Warning Issued For All WhatsApp And iMessage Users: ‘Major Threat’ To Encryption“, *Forbes*, 14.3.2020, <https://www.forbes.com/sites/zakdoffman/2020/03/14/new-warning-issued-for-all-whatsapp-and-imessage-users-major-threat-to-encryption/#4d4518153f59>;
- Dropbox Security, <https://www.dropbox.com/security>;
- Dwiti, Pandya et al., „Brief History of Encryption“, *International Journal of Computer Applications* 9/2015, 28-31;
- Encryption: Symmetric and Asymmetric, <https://cryptobook.nakov.com/encryption-symmetric-and-asymmetric>;
- Evans, Jaq, *What is Perfect Forward Secrecy?*, <https://www.extrahop.com/company/blog/2017/what-is-perfect-forward-secrecy/>;
- Gargiulo, Michael, “VPN Encryption: What is it? How does it work?”, *VPN*, 13.12.2019, <https://www.vpn.com/privacy/how-does-vpn-encryption-work>;
- Gill, Lex, Tamir Israel, Christopher Parsons, *Citizen Lab and the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: Shining a Light on the Encryption Debate: a Canadian Field Guide*, Toronto 2018;
- Google Cloud Help – Security, <https://cloud.google.com/security>;
- Google Privacy Policy, <https://policies.google.com/privacy>;
- Hancock, Bill, „Appeals-court panel says export ban on encryption software is unlawful“, *Computers & Security* 4/1999, 278-279;
- Hargreaves, Christopher James, Howard Chivers, „Recovery of encryption keys from memory using a linear Scan“, *Proceedings of the 2008 Third International Conference on Availability, Reliability and Security. IEEE Computer Society*, 1369 – 1376;
- Hoboken, Joris van, *Human rights and encryption*, Paris 2016;
- How does TOR browser work?, <https://www.quora.com/How-does-TOR-browser-work>;
- iCloud security overview, <https://support.apple.com/en-us/HT202303#:~:text=Data%20security,end%2Dto%2Dend%20encryption>;
- Hymas, Charles, „Facebook is threatening to hinder police by increasing encryption, warns Priti Patel“, *Telegraph*, 30.7.2019, <https://www.telegraph.co.uk/politics/2019/07/30/facebook-threatening-hinder-police-increasing-encryption-warns/>;

- Internet Engineering Task Force, *PKCS #5: Password-Based Key Derivation Function 2 (PBKDF2) Test Vectors*, 2011, <https://11tools.ietf.org/html/rfc6070>;
- Levy, Steven, „Battle of the Clipper Chip“, *New York Times*, 12.6.1994, <https://www.nytimes.com/1994/06/12/magazine/battle-of-the-clipper-chip.html?pagewanted=all>;
- Leyden, John, „Russian doll steganography allow users to mask covert drives“, *The Daily Swig*, 10.12. 2018, <https://portswigger.net/daily-swig/russian-doll-steganography-allows-users-to-mask-covert-drives>;
- Li, Shujun, *New information hiding technology to be commercialised by Crossword Cybersecurity*, 5.03.2016, <https://blogs.surrey.ac.uk/scs/2016/03/05/new-information-hiding-technology-to-be-commercialised-by-crossword-cybersecurity/>;
- McMillan, Robert, „Facebook’s WhatsApp Launches ‘End-to-End’ Encryption“, *WSJ*, 5.4.2016, <https://www.wsj.com/articles/facebook-whatsapp-turns-on-encryption-by-default-1459869097>;
- Menn, Joseph, „Exclusive: Apple dropped plan for encrypting backups after FBI complained – sources“, *Reuters*, 21.1.2020, <https://www.reuters.com/article/us-apple-fbi-icloud-exclusive/exclusive-apple-dropped-plan-for-encrypting-backups-after-fbi-complained-sources-idUSKBN1ZK1CT>;
- Microsoft, *Description of Symmetric and Asymmetric Encryption*, <https://support.microsoft.com/en-us/help/246071/description-of-symmetric-and-asymmetric-encryption>;
- Miller, Joe, „Google and Apple to introduce default encryption“, *BBC*, 19.9.2014, <https://www.bbc.com/news/technology-29276955>;
- National Institute of Standards and Technology, *Recommendation for Password-Based Key Derivation*, 2010, <http://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-132.pdf>;
- OECD Council Recommendation Concerning Guidelines for Cryptography Policy, C(97)62/FINAL, 27.3.1997, <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/guidelinesfor-cryptographypolicy.htm>;
- Писарић, Милана, *Елекђронски докази у кривичном ђосђујуку*, Нови Сад 2019;
- ProtonMail, *What is encrypted?*, <https://protonmail.com/support/knowledge-base/what-is-encrypted/>;
- Quinlan, Sayako Andi Wilson Thompson, *A Brief History of Law Enforcement Hacking in the United States*, 2016, <https://www.newamerica.org/cybersecurity-initiative/policy-papers/brief-history-law-enforcement-hacking-united-states/>;
- Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, 2015, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/095/85/PDF/G1509585.pdf?OpenElement15>;
- Saunders, Kurt, „The Regulation of the Internet Encryption Technologies: Separating the Wheat from the Chaf“, *John Marshall Journal of Information Technology and Privacy Law* 3/1999, 945- 960;
- Schneier, Bruce, *History of the First Crypto War*, 2015, https://www.schneier.com/blog/archives/2015/06/history_of_the_.html;
- Schneier, Bruce, *Applied Cryptography, Second Edition: Protocols, Algorithms, and Source Code in C (cloth)*, Indianapolis 2015;
- Schwartzbeck, Michael, *The Evolution of US Government Restrictions on Using and Exporting Encryption Technologies*, 2014, https://www.cia.gov/library/readin-groom/docs/DOC_0006231614.pdf;

- Signal Terms & Privacy Policy*, <https://signal.org/legal>;
- Sloan, Robert, Richard Warner, „The Self, the Stasi, the NSA: Privacy, Knowledge, and Complicity in the Surveillance State“, *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* 1/2016, 347-408;
- Special Rapporteur of United Nations on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, *Research paper on Encryption and Anonymity*, 2018, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Encryption-AnonymityFollowUpReport.pdf>;
- Swire, Peter, Kenesa Ahmad, „Encryption and Globalization“, *Columbia Science and Technology Law Review* 1/2012, 416-481;
- Swire, Peter, *Going Dark: Encryption, Technology, and the Balance Between Public Safety and Privacy*, 2015, <https://www.hsdl.org/?view&did=794328>;
- Telegram Privacy Policy, <https://telegram.org/privacy>;
- Van De Zande, Paul, *The Day DES Died*, <https://www.sans.org/reading-room/white-papers/vpns/daydes-died-722>;
- Vaas, Lisa, „Five Eyes nations demand access to encrypted messaging“, *Naked security*, 1.8.2019, <https://nakedsecurity.sophos.com/2019/08/01/five-eyes-nations-demand-access-to-encrypted-messaging/>;
- Vance, Cyrus, „Apple and Google Threaten Public Safety with Default Smartphone Encryption“, *The Washington Post*, 26.9.2014, https://www.washingtonpost.com/opinions/apple-and-googlethreaten-public-safety-with-default-smartphone-encryption/2014/09/25/43af9bf0-44ab-11e4-b437-1a7368204804_story.html;
- Villanueva, John Carl, *Symmetric vs Asymmetric Encryption*, *Jscape*, 15.3.2015, <https://www.jscape.com/blog/bid/84422/Symmetric-vs-Asymmetric-Encryption>;
- What is off-the-record messaging (OTR)?*, <https://www.expressvpn.com/internet-privacy/guides/otr/>.

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

Encryption as an Obstacle for Criminal Investigation and Evidence Collection

Abstract: *Encryption has become an integral part of modern life. It is without a doubt of great importance for the realization of some of the basic human rights in the ubiquitous technical environment, for the daily use of numerous online services, as well as for the functioning of the Internet in general. On the other hand, the authorities in charge of detecting and proving crime are increasingly facing obstacles when accessing encrypted content. Namely, encryption represents a kind of challenge in the implementation of both general and special evidentiary actions. This paper is dedicated to understanding the technical aspects of this challenge. The author explains the basic principles on which encryption technology is based, pointing out the difference between symmetric and asymmetric encryption, between encryption of stored data and data encryption in transit, and between server-based and user-based encryption, and its implication for investigation of crime.*

Keywords: *criminal investigation, electronic evidence, encryption.*

Датум пријема рада: 05.06.2020.

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

РЕФОРМА УПРАВНОГ СПОРА: НОВИ ПОКУШАЈ – СТАРИ ПРОБЛЕМИ*

Сажетак: Оснивањем Управног суда наша земља је крајем претходне деценије спровела реформу судске контроле управе. Очекивани резултати, међутим, нису остварени, а проблеми који су довели до реформе нису решени. Зашто се, деценију касније, планирају нове промене, усмерене на оснивање веће броја управних судова и увођење вишестепеног управног спора. О наведеним променама говори се и у овом раду, али на нешто другачији начин. Уместо њиховог некријичког прихватања и правдања европским правним стандардима, промене се посматрају из угла правне природе управног спора. До усвојене реформе управног спора не може да се дође следећим прихватањем европских правних стандарда и њиховим дословним пресликавањем из класичних судских посматрања. Ка усвојеној реформи може да нас води само правна природа управног спора – оно што га чини посебним и другачијим од класичних судских спорова.

Кључне речи: управни спор, правна природа управног спора, управно судство, управни суд.

1. УВОД

У намери да уважи европске правне стандарде, наша земља је крајем претходне деценије спровела реформу управног спора. Основала је Управни суд, проширила обим судске контроле управе и унела новине у поступак решавања управних спорова. Основни смисао промена састојао се у потпунијем остварењу законитости управе и права странака на правично суђење.

* Рад је резултат истраживања на пројекту „Биомедицина, заштита животне средине и право“ (број Пројекта 179079) који се финансира средствима Министарства просвете, науке и технолошког развоја.

Жеље и амбиције биле су велике, а резултат, нажалост, веома скроман и недовољан.

Није требало да прође много времена како би се увидело то да Управни суд не може да оствари задатке који су му намењени. Оснивањем Управног суда реформа управног спора није завршена – брзо је уочено. Напротив, то је био само први корак у спровођењу реформе, која је тек почела. Наредни корак чинио се логичним: управно судство треба да буде целовита организација, састављена од већег броја посебних судова, а управни спор двостепени судски поступак.

Увођење двостепеног управног судства најављено је већ 2013. године, али ова идеја, у планираном периоду, није остварена. Од ње се ипак није одустало и поново је постала актуелна 2019. године, када је израђен нацрт стратегије која се односи на развој нашег правосуђа. То је и повод да се о планираној реформи и проблемима које она са собом доноси напише неколико реченица.

Проблеми у спровођењу најављених промена нису нови – то су они исти проблеми који су постојали и у време претходне реформе. Неуспех у њеном спровођењу опомиње нас на то да овај пут решењу проблема морамо да приступимо на другачији начин. Одговори на постављена питања не крију се у слепом прихватању европских правних стандарда и њиховом дословном пресликавању из класичних судских поступака у управни спор. Одговори се крију у правној природи управног спора – у ономе што га чини посебним и другачијим.

2. ОСНИВАЊЕ УПРАВНОГ СУДА И НЕДОВРШЕНА РЕФОРМА УПРАВНОГ СПОРА

Сада већ има више од једног и по века од како је у нашој земљи уведен управни спор. За то време, много тога се мењало, а нарочито одговор на питање ко је надлежан за решавање ове посебне врсте спорова. У почетку, од 1869. године и тадашњег Устава, то је био Државни савет. Њему су се, после Првог светског рата, придружили и првостепени управни судови. Заједно су, попут њихових француских узора, сматрани делом управне власти, али одвојеним од органа управе, чију би делатност требало да контролишу.

Нови политички систем, успостављен након Другог светског рата, донео је са собом идеју о непотребности судске контроле управе. Управни спор је укинут, али само накратко; поново је уведен већ 1952. године. Посебних, управних судова, међутим, више није било: управу су почели да контролишу судови опште надлежности, а посебна су била једино њихова већа, задужена за решавање управних спорова.

Последња промена догодила се пре једне деценије, када су контролу управе поново почели да врше посебни судови; тачније, један такав суд – Управни суд – основан 2008. године.¹ Као суд посебне надлежности и део јединствене судске власти (а не управне, као пре Другог светског рата) Управни суд је почео да ради и да решава управне спорове 2010. године.

Оснивање Управног суда пратиле су промене у правилима која уређују управни спор. Међу новинама нарочито се истичу проширење предмета управног спора и правило о утврђивању чињеница на усменој расправи. Укратко, предмет управног спора више се не везује искључиво за управне акте. Сада обухвата и друге појединачне акте: онда када је то законом прописано или онда када против њих нема другачије судске заштите.² О предмету управног спора пак, уместо на нејавној седници, као раније, сада би требало да се одлучује на основу чињеница утврђених на одржаној јавној расправи.³

Шири предмет управног спора и правило о одржавању усмене расправе последица су покушаја да се наш управни спор уреди у складу са оним што се уобичајено назива европским правним стандардима. Првенствено се мисли на оне стандарде који су садржани у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода, или произлазе из препорука Савета Европе.⁴ Основу су добили и у нашем највишем правном акту, у оквиру норми о законитости управе и праву на правично суђење:

„Законитост коначних појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу подлеже преиспитивању пред судом у управном спору, ако у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита.“⁵ „Свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама [...]“⁶

Жеља да се што пре и што очигледније покаже како европски правни стандарди важе и у нашем праву довела је до неразумевања њиховог смисла

¹ Закон о уређењу судова, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 – одлука УС, 87/2018 и 88/2018 – одлука УС, чл. 11, ст. 4.

² Закон о управним споровима, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 111/2009 – ЗУС, чл. 3, ст. 2-3.

³ ЗУС, чл. 33, ст. 1.

⁴ Зоран Лончар, „Примена европских стандарда у управном спору у Србији“, *Хармонизација српској и мађарској права са правом Европске уније*, Нови Сад 2013, 542.

⁵ Устав Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 98/2006 – Устав, чл. 198, ст. 2.

⁶ Устав, чл. 32, ст. 1.

и реформе више привидног, него стварног карактера. У основи добра идеја, о оснивању специјализованих судова за решавање управних спорова, остварена је на лош начин и брзо претворена у своју супротност. Све оно што би од управног судства требало да се очекује, онемогућено је од самог почетка.

Проблем је потекао из тога што је за нашег законодавца оснивање управног судства значило оснивање једног Управног суда. На овој недовољној основи, законодавац је затим желео да изгради нови управни спор: сматрао је логичним то да један суд, на усменој расправи, треба да решава о ширем предмету спора. Логична последица, међутим, била је другачија: један суд и мали број судија – велики број нерешених предмета и усмена расправа као изузетак.⁷

Проширење предмета управног спора није донело Управном суду само већи број случајева, него и ствари другачије природе од оних које се уобичајено решавају у поступку судске контроле управне делатности. Управни спор постао је попут неког „судског коша“, у који се убацују све оне ствари за које нема места у другим судским поступцима. Управни суд тако добија задатак да решава и оне предмете који не могу да се сврстају у његову основну улогу и немају никакве везе са контролом управне делатности – само зато што законодавац тако жели, или зато што нема неког другог надлежног суда.

Осим непосредно, након доношења новог Закона о општем управном поступку предмет управног спора проширен је и посредно; тако, нажалост, да ни основна улога Управног суда више не може јасно да се одреди. Посредно проширење предмета управног спора последица је проширења предмета управног поступка и увођења неких нових облика „управне делатности“. Преко приговора у управном поступку и управног акта, којим се о изјављеном приговору одлучује, пред Управни суд требало би да долазе и оне „управне ствари“ у којима се врше радње управе, закључују управни уговори и пружају јавне услуге.⁸ Све су то опет ствари различите природе, које прикривено мењају и проширују улогу Управног суда, привидно је остављајући у границама контроле законитости управног акта.

⁷ Када је почео да ради, Управни суд је имао само 36 судија. У међувремену, број судија повећан је на 51. Од почетка рада до 31. децембра 2019. године, Управни суд је примио 222274 предмета, а решио 183505. Нерешених предмета остало је 38769. (Јелена Ивановић, „Управни суд Републике Србије [2010-2019]“, *Архив за јавне и друштвене науке*, 3-4/2019, 184 и 186) Иако замишљена и прописана као правило, усмена расправа одржава се само изузетно. Примера ради, у току 2019. године усмена расправа одржана је у 1304 предмета, а на нејавним седницама одлучено је у 20278 предмета. („Годишњи извештај о раду Управног суда по материјама за период од 01. јануара 2019. године до 31. децембра 2019. године“, <http://www.up.sud.rs/uploads/useruploads/Izvestaji-o-radu-suda/Godisnji-izvestaj-2019.pdf>, 9, 19. јун 2020. године)

⁸ Закон о општем управном поступку, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење – ЗУП, чл. 147, ст. 1, у вези са чл. 149, ст. 1 и чл. 16, ст. 1-2.

За решавање овако разноврсних и бројних предмета један посебан суд није довољан. Није више чак ни довољно посебан, с обзиром на то да сложеност и разноликост материје коју треба да решава захтева и додатну специјализацију, која у његовим оквирима не може ни да се спроведе.

Из постојеће организације управног судства произашли су многи недостаци, ређајући се један за другим и доводећи у питање остваривање толико жељених европских стандарда, због којих се наш управни спор првобитно и мењао. Као последица те ланчане реакције јавила се и једноступеност управног спора, услед које је упитно постало и остваривање права на правно средство – такође гарантованог Уставом Републике Србије:

„Свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу.“⁹

Резултат је јасан: организација нашег управног судства није одговарајућа. Оснивањем Управног суда жељена и планирана реформа управног спора није могла успешно да се доврши. Напротив, чини се да смо деценију касније ближи њеном почетку, него крају.

2. 10 ГОДИНА КАСНИЈЕ: ПЛАНИРАНЕ ПРОМЕНЕ И НАСТАВАК РЕФОРМЕ

Став о томе да су промене у управном спору и даље неопходне широко је заступљен у домаћој правној теорији. Критике углавном указују на то да је претходна реформа спроведена више на папиру, него у стварности. Извор проблема аутори виде у непостојању целовите, двоступене организације управног судства. На оснивање Управног суда гледа се као на недовршено решење и застајање на пола пута у њеном стварању.¹⁰ Постојеће стање, једном речју, оцењује се као неодрживо.¹¹

⁹ Устав, чл. 36, ст. 2.

¹⁰ „С обзиром на то да је за укупну оцену испуњености правних стандарда, поред нормативног уређења, важан и начин на који се они остварују, а да досадашња пракса Управног суда показује знатна одступања, у циљу остваривања најважнијих европских правних стандарда, неопходна је измена законодавства у овој области судске контроле управе. Овог пута акценат би требало ставити на измене које ће водити успостављању адекватне организације управног судства, која би била у стању да омогући примену свих европских стандарда у управном спору [...]“ (З. Лончар, 559) „Све у свему, законско опредељење за један-једини републички управни суд, не значи рађање система управног судства у Србији, него сервирање једног недовршеног хибридног обрасца с којим, чини ми се, ипак (о)стајемо на пола пута до најбољих европских рецепата.“ (Zoran Tomić, „Upravni spor i upravno sudovanje u savremenoj Srbiji: neki reformski problemi i pravci noveliranja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 1/2010, 33)

¹¹ Dobrosav Milovanović, Vuk Cucić, „Reforma upravnog sudstva“, *Pravni život*, 10/2016, 152.

О ситуацији на сличан начин говори и сама држава – у својим стратешким актима о управној и судској власти. У стратегији која се односи на реформу управе говори се о недовољном броју судија, непостојању специјализованих већа за одређене области и непостојању двостепеног управног судства.¹² Према радном тексту стратегије која се односи на развој правосуђа, Управни суд је најоптерећенији суд у Републици Србији, а услед сталног проширења његове надлежности и број предмета о којима одлучује у сталном је порасту.¹³ Ефикасност управног судства мора да се унапреди, а планиране промене обухватају следеће:

„Измене нормативног оквира у циљу успостављања оптималне организације управног судства (увођење вишестепености управног судства, обезбеђење специјализације по управним областима); успостављање нове мреже управних судова (првостепених и другостепеног/жалбеног управног суда) и јачање капацитета управног судства избором потребног/довољног броја судија; доношење новог Закона о управним споровима у складу са новом организацијом управног судства и новим решењима Закона о општем управном поступку.“¹⁴

Проблеми су, дакле, брзо примећени, а одговор на уочене недостатке требало би да буде нова реформа управног спора. Сажето речено, нова правила о управном спору заснивала би се на другачије организованом управном судству: двостепеном и састављеном од већег броја управних судова и судија. Основа за измене, уз другачије уређење управног судства, биле би и новине у управном поступку.

3. ПРОБЛЕМИ У СПРОВОЂЕЊУ ПЛАНИРАНИХ ПРОМЕНА: КАКО СПРЕЧИТИ ДА И НОВИ ПОКУШАЈ РЕФОРМЕ УПРАВНОГ СПОРА БУДЕ НЕУСПЕШАН?

Промене у управном спору држава жели, планира и најављује. Када ће оне бити остварене, међутим, није извесно.¹⁵ Важан и јесте резултат – важнији

¹² Стратегија реформе јавне управе у Републици Србији, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 9/2014, 42/2014 – испр. и 54/2018, III.Е. Јачање механизма надзора у јавној управи.

¹³ Радни текст Стратегије развоја правосуђа за период 2019–2024. године, <https://www.mpravde.gov.rs/files/Нова%20верзија%20радног%20и%20к%20с%20с%20и%20р%20з%20в%20а%20п%20р%20и%20о%20д%202019-2024.%20године%20-%20измењена%20у%20складу%20са%20коментарима.pdf> – Стратегија развоја правосуђа, 27, 22. јун 2020. године.

¹⁴ Стратегија развоја правосуђа, 29–30.

¹⁵ Најављене промене требало би да се спроведу до 2024. године. Тако је бар замишљено у овој фази, у којој је стратегија развоја правосуђа тек скицирана – колико је та замишљао реална, остаје да видимо. Не треба да заборавимо: промене у организацији управног судства

од тога да реформа буде спроведена брзо. Реформа се не спроводи због реформе, она је само средство помоћу којег, на бољи и квалитетнији начин, треба да се оствари смисао судске контроле управе.

Променама, нажалост, нисмо увек приступали на овај начин. У претходном периоду задовољавали смо се тиме да преписујемо и подражавамо разне европске стандарде, ни не покушавајући да разумемо чему би они требало да служе. Променама смо приступали олако и непажљиво, не водећи довољно рачуна о томе шта мењамо и зашто. Успешна реформа судске контроле управе захтева правилно разумевање правне природе управног спора, о којој код сваког разматраног проблема мора да се води рачуна.

3.1. Организација управних судова мора да прати предмет управног спора

У основи реформе налази се идеја о оснивање нових управних судова и избору потребног броја судија. Међу новим управним судовима, један би требало да буде апелациони. О броју првостепених управних судова и потребних судија, још увек не знамо ништа. У складу са предлогом председника Управног суда, реално би било оснивање четири првостепена управна суда – према седишту садашњег и његовим одељењима ван седишта – а број судија не би смео да буде мањи од 150.¹⁶

Предложени бројеви можда и делују логично. Но проблем нису толико бројеви, колико сам приступ уређењу управног судства. Како можемо да уредимо управно судство, ако претходно не знамо шта би оно требало да ради? Да ли ће нова организација управног судства бити одговарајућа, зависи од тога како ће бити одређен предмет управног спора. Најпре морамо да знамо о чему би то управни судови требало да одлучују, да бисмо знали колико нам је управних судова потребно и како да их уредимо.

Планиране промене, међутим, заснивају се на супротној тези: прво треба да се успостави нова организација управних судова, а онда тек да се мењају правила о управном спору; тези, која је погрешна и већ неуспешно испробана. Организација управних судова не може да се уреди унапред, онда када још увек не знамо какву ће тачно улогу они имати. Оба питања морају да се поставе истовремено, тако да организација управних судова прати њихову улогу. Онда када будемо знали шта ће бити предмет управног спора, моћи ћемо прецизније и поузданије да проценимо колико нам је нових управних судова потребно; и колико нових судија, наравно – без довољно судија, нови управни судови, сами за себе, не значе ништа.

планиране су и раније, већ 2013. године. Тада осмишљена реформа правосуђа требало је да обухвати и увођење двостепеног управног судства, али се то није десило.

¹⁶ J. Ивановић, 199-200.

Све су то ствари које морају да се посматрају целовито. Планирање нове организације управних судова на основу садашњег предмета управног спора не делује логично и могло би да доведе до истих последица до којих је довела претходна реформа. Логично је једино то да се број управних судова и судија усклади са будућим предметом управног спора и пажљивом проценом о броју случајева за које ће они бити надлежни. У супротном, промене би од самог почетка могле да буду обесмишљене.

3.2. Управни спор и управни поступак делови су јединственог правног режима

Будући предмет управног спора зависи такође од способности да се управноправни режим сагледа и уреди на целовит начин. Веза са осталим састојцима управноправног режима, посебно са управним поступком, одређује правну природу управног спора и претпоставка је за његово разумевање. Вршење управне делатности и контрола управне делатности не могу да се одвоје; управни поступак и управни спор мора да прожима иста идеја. Од почетка до краја управним поступком и управним спором мора да влада исти дух, одређен јединственим појмовима – првенствено управне ствари, која се налази у основи свега.

Управна ствар је нит која повезује управни поступак и управни спор. Правила о управном поступку и управном спору намењена су и прилагођена решавању управних ствари – доношењу управних аката и контроли њихове законитости. Управна ствар не одређује правну природу само управног поступка, него и управног спора. Доношење управних аката и оцена њихове законитости толико су уско повезана питања, да су оба поступка у основи прожета истим предметом.

Суштину управног спора не може да промени то што је законодавац проценио да би вођење управног спора било примерено и у неким другим ситуацијама, различитог карактера. Управни спор није кројен по мери тих других ситуација – правила која уређују управни спор кројена су по мери контроле управних аката. Под задатим условима, њихова примена само је проширена тако да обухвати контролу и неких других појединачних аката.¹⁷

¹⁷ У нашој теорији постоји и супротно схватање, у складу са којим је проширењем предмета управног спора створена нова – управносудска ствар. (Милош Прица, „Управна ствар и управносудска ствар. Прилог реформи српског законодавства и правосуђа“, Зборник радова *Право у функцији развоја друштва*, Том I, Косовска Митровица 2019, 631-632) Питање је, међутим, да ли целовитост управноправног режима, засновану на појму управне ствари, треба нарушити због привидно целовите „управносудске ствари“. То што законодавац правила намењена контроли законитости управних аката проширује и на неке друге појединачне акте, још увек не значи да они заједно представљају било какву целину. Напротив, то могу да буду појединачни акти различите правне природе, који постају предмет

Покушај да се промени суштина управноправног режима није дошао са проширењем предмета управног спора, али јесте са проширењем предмета управног поступка. Нова правила о управном поступку донела су нову дефиницију управне ствари, ширу од оне која постоји у управном спору; ширу, у том смислу што уз управне акте обухвата и друге појединачне акте и радње управе, али и делатност јавних служби. Прецизније речено, обухвата доношење управних и гарантних аката, закључење управних уговора, предузимање управних радњи и пружање јавних услуга. Уз све то, управна ствар могла би да буде и свака друга ситуација, која је законом тако именована.¹⁸

Упркос овом парцијалном приступу променама, законодавац је желео да сачува јединство управноправног режима. Зато је између нових облика „управне делатности“ и управног спора увео „посредника“: приговор у управном поступку. Све оно што је ново у појму управне ствари не може директно да се побија у управном спору, али може посредно, побијањем управног акта којим је претходно коначно одлучено о изјављеном приговору. За јединство управноправног режима то би изгледа требало да буде довољно, а питање даљег проширење предмета управног спора – излишно.¹⁹

Од преиспитивања предмета управног поступка и управног спора, међутим, не постоји ништа прече. Разумевање суштине и постављање основе на којој би управноправни режим требало да се гради никако не може да буде сувишно. Увођењем приговора у управном поступку јединство управноправног режима очувано је, али вештачки – више привидно, него стварно.

Вештачки и привидно очувана целовитост управноправног режима праћена је конфузијом и противречностима. На први поглед, нове „управне ствари“ требало би да чине предмет управног поступка, али оне то нису: до изјављивања приговора, оне са управним поступком немају никакве везе. И приговор само подсећа на правно средство у управном поступку, али он то није: њиме се тек покреће управни поступак и захтева правна заштита од нових облика „управног поступања“, који се затим претварају у управни акт и волшебно нестају. А тако донети управни акт на крају би требало да подражава онај управни акт који спада у основни предмет управног спора.

Овако компликовано замишљен управноправни режим, у којем је логично и то да органи управе сами себи ауторитативно намећу уговорне обавезе (а онда ваљда да их принудно и извршавају) не може да послужи као ваљана основа за разматрање организације управних судова. О њој мо-

управног спора само зато што законодавац процењује да би то била најбоља опција, или зато што друге опције ни нема.

¹⁸ ЗУП, чл. 2.

¹⁹ „Следи да су ове врсте управног поступања, посредно, већ уведене у систем управносудске заштите, те да је питање проширења предмета управног спора у том делу излишно.“ (D. Milovanović, V. Cucić, 160)

же да се говори тек онда када се размрси овај Гордијев чвор и када се буде тачно знало шта све спада у предмет управног спора. Али не привидно, посредно и прикривено, већ јасно и изричито – без измишљања уговора који не постоје, или нове правне заштите поред оне већ постојеће.

Када се размрсе, ствари ипак делују мало једноставније: јасно одређење његовог предмета омогућава нам да управни спор у целини уредимо на примерен начин и осмислимо примерену организацију управних судова. Поступак и организација управних судова морају да се прилагоде питањима о којима се одлучује. Ствари различите правне природе не могу тек тако да се мешају, комбинују и претварају у неке друге, како би се силом угурале у предмет управног спора и поступак који за неке од њих остаје неодговарајући.

Ако се дефинисању предмета управног спора не приступи пажљиво, никакви нови управни судови неће моћи да нам помогну. Уколико се непромишљено ширење предмета управног спора настави, нови управни судови брзо ће постати недовољни, попут садашњег. Време је да још једном размислимо о томе зашто по сваку цену желимо да измислимо неке нове уговоре; зашто желимо да дуплирамо судску заштиту против делатности јавних служби; зашто управни спор посматрамо као „кош“ у који можемо да убацимо све појединачне акте који нам падну на памет. Када ни то не буде довољно, у тај „кош“ почећемо да убацујемо и опште правне акте – а неке смо већ и покушали.²⁰

Сажето речено, ако предмет управног спора није јасно и прецизно одређен, онда то није ни надлежност управних судова. Судови посебне надлежности не могу да се оснивају ако претходно не знамо у чему се та посебна надлежност састоји, а јасан увид о посебној надлежности управних судова може да се оствари само преко предмета управног спора. Судови су специјализовани зато што је предмет управног спора специфичан, а од тога колико је он специфичан и шта све обухвата, зависи и даља специјализација у оквиру управних судова, која се такође планира.

²⁰ „Кад министарство надлежно за послове локалне самоуправе, односно надлежни орган територијалне аутономије сматра да општи акт органа јединице локалне самоуправе није у сагласности са њеним статутом, указаће на то скупштини јединице локалне самоуправе ради предузимања одговарајућих мера. Ако скупштина јединице локалне самоуправе не поступи по предлозима органа из става 1. овог члана, министарство надлежно за послове локалне самоуправе покренуће поступак пред Управним судом и истовремено ће предложити Влади да обустави од извршења акт из става 1. овог члана, до одлуке Управног суда.“ (Закон о локалној самоуправи, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 129/2007, 83/2014 – др. закон, 101/2016 – др. закон и 47/2018, чл. 83) О каквом се то поступку пред Управним судом ради и какву би то одлуку он требало да донесе? Усклађеност локалних прописа са статутом општине спада у уставноправну материју, а Управни суд решава управне спорове, чији предмет могу да буду само појединачни акти. Да ли је законодавац овде мислио на неки други поступак пред Управним судом, а не на управни спор; и на неку другу одлуку Управног суда, а не на пресуду у управном спору? Ако јесте, требало је да нам каже који је то поступак и чиме је он уређен.

3.3. Управни спор није класичан спор између две супротстављене стране

Нови управни судови јесу неопходни, као и већи број судија који решавају управне спорове. Они, међутим, нису довољни, уколико се управни спор у целини не уреди тако да одговара задатку који се пред управне судове поставља. Разборит законодавац не сме да посматра управни спор површно, задовољавајући се дословним преузимањем стандарда који су изворно намењени неким другим судским поступцима. То што сада важе и за управни спор, не значи да их треба применити буквално – него прилагођено, у складу са карактером управног спора.

О праву на правично суђење свакако мора да се води рачуна и у управном спору; оно ту припада сасвим оправдано, онолико колико је оправдана и сама судска контрола управе. За странке у управним стварима важи оно што важи и за свако друго лице: о њиховим правима и обавезама на крају мора да одлучи „независан, непристрасан и законом већ установљен суд“. Али не онако како одлучује у грађанскоправним или кривичноправним стварима, јер управни спор ипак није класичан судски спор.

О управном спору може да се говори само условно, онда када се прихвати да спор не мора увек да подразумева две супротстављене стране. Зато се и каже да је за постојање спора довољно то да постоји неразрешено правно питање; две супротстављене странке јављају се по правилу, али не и нужно.²¹ За разлику од оног уобичајеног и уже схваћеног, то је спор у ширем смислу речи.²²

Тужени органи управе, истина, учествују у управном спору и имају одређена процесна права и обавезе. Спор се, међутим, не води против њих, него против аката које су претходно донели. У основи спора је управна ствар, а она се тиче искључиво странке. У управним стварима органи управе су само носиоци надлежности, који ауторитативно одлучују о правима и обавезама странака. Они у управном спору учествују као доносиоци оспореног

²¹ „У суштини посматрано, у највећем броју случајева спор подразумева случајеве у којима долази до конфликта између две супротстављене стране, али је могуће постојање спора и ако овај услов није испуњен. Довољно је да нека претензија наиђе на отпор, без обзира на то да ли тај који се супротставља представља, формално посматрано, другу страну пред судом. Неразрешено правно питање је довољно за постојање спора, а то не мора подразумевати две сукобљене странке.“ (Драган Милков, *Управно право III: контрола управе*, Нови Сад 2019, 36) „Ова ситуација се може посматрати на следећи начин: управа је коначно утврдила примарну диспозицију, али се као спорно појављује да ли је то учињено у складу са законом. Тај спор између управе и појединаца треба да разреши суд и изрекне санкцију. Санкција се обично састоји у поништавању управног акта.“ (Dragan Milkov, *Pojam upravnog akta* [doktorska disertacija], Beograd 1983, 196)

²² Ivo Krbeć, *Pravo jugoslavenske javne uprave, III knjiga: funkcioniranje i upravni spor*, Zagreb 1962, 275.

управног акта, али немају никаква субјективна права. Исход управног спора може да утиче једино на донете управне акте и на субјективна права тужилаца.²³

Специфичан положај странака налаже да се у управном спору начелно прихваћено право на правично суђење и њиме обухваћена обавеза одржавања усмене расправе сведу на праву меру. Органе управе називамо једном од странака у управном спору како бисмо нагласили чињеницу да у односу на појединце више нису надређени и да више не могу да иступају ауторитативно. Али су то могли пре управног спора, као носиоци једне од функција државне власти. Покретањем управног спора они не мењају свој карактер и не постају „обична“ странка, која се парничи са тужиоцем. Зато ни усмена расправа у управном спору нема онај значај који има у парничном поступку. Инсистирање на одржавању усмене расправе у сваком управном спору негирало би његов смисао и обезвредило поступак који му претходи.

О томе колики је значај усмене расправе у управном спору и шта је њен смисао, нажалост, не води се довољно рачуна. Важно је само то да се прихвате европски стандарди – догматски и некритички. Ако је одржавање усмене расправе у управном спору европски стандард, онда то и код нас мора да буде прихваћено. Мање је важно да ли су за то испуњени услови и да ли је то заиста неопходно.

Проблем се, као и обично, не посматра из правог угла. То што се у пракси одржава мали број усмених расправа узима се као последица недовољног броја управних судова и судија; када се тај број повећа и проблем би требало да се реши. Сами бројеви, међутим, суштински не решавају ништа. Поента није у броју случајева у којима се усмена расправа не одржава; поента је у томе да суд, у сваком конкретном случају, јасно и детаљно образложи зашто није одржао усмену расправу и зашто сматра да она није неопходна. Уколико се дају само типска образложења, онда број судова и судија не значи ништа и не мења ништа; онда усмена расправа опет може да буде изузетак, без обзира на то како је прописана.²⁴ Можда тако и треба да буде; можда

²³ „У строгом смислу, тужени је само акт, а не орган који га је донео, јер се исход спора односи само на тај акт, а не и на орган, који не може бити тужени, већ ни због тога што непосредно не повлачи никакве последице из спора.“ (Ратко Марковић, *Управно право: општи гео*, Београд 2002, 529-530) „[У] управно-судском поступку одлучује се непосредно само о правном питању повређености права тужиоца путем одређеног коначног појединачног јавноправног (ауторитативног) акта, о законитости једног конкретног (у)правног акта који се тиче тужиничеве правне ствари, а не и о неком праву или обавези тужене стране.“ (Зоран Томић, *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, Београд 2010, 103)

²⁴ Проблем ни сада није толико у законским одредбама, колико у пракси Управног суда. У складу са ЗУС-ом, „[с]уд решава без одржавања усмене расправе, само ако је предмет спора такав да очигледно не изискује непосредно саслушање странака и посебно утврђивање чињеничног стања, или ако странке на то изричито пристану. Суд је обавезан да

је само вештачки унета у управни спор и проглашена правилом. Без јасног и детаљног образложења у сваком конкретном случају, то ни не знамо.

Усмена расправа мора да се уреди пажљиво, водећи рачуна о томе када је она заиста неопходна и рационална – спрам предмета управног спора и разлога за његово покретање. Питања о којима се доноси одлука утичу на то како ће се она донети. Одлучивање о законитости управног акта је једно, а решавање уговорних спорова и спорова који произлазе из делатности јавних служби ипак нешто друго, колико год се трудили да их помешамо и оденемо у исто рухо.

Када све то не би било важно и када би усмена расправа била једини састојак права на правично суђење, могла би да буде обавезна увек, без изузетака. Онда би могло да се расправља ради расправљања, чак и онда када то није потребно. Правично суђење, међутим, не значи само одлучивање на усменој расправи, него и у разумном року. Разумно пак не може да буде ништа што је сувишно – па тако ни усмена расправа, онда када је непотребна.

3.4. Управни спор је један од стадијума у правној заштити странке

О томе шта је разумно мора да се води рачуна и код права на правно средство, које се налази у основи идеје о увођењу вишестепеног управног спора. Планирано оснивање жалбеног управног суда подразумева увођење жалбе, као редовног правног средства у управном спору. То је још једна прилика да се управни спор уреди на погрешан начин, према мерилима која му нису намењена и која не одговарају његовој природи.

Поновимо још једном: управни спор није класичан судски поступак. У њему се не решавају уобичајени судски спорови – у њему се проверава законитост управног акта, донетог у управном поступку. Управни спор не може да се посматра одвојено од онога што му претходи и даје смисао. Вршење управне делатности и контрола управне делатности део су јединственог правног режима и могу да се посматрају само заједно, као целина.

Унутар тог јединственог и целовитог правног режима остварује се и правна заштита странака. Она редовно почиње у другостепеном управном

посебно наведе разлоге због којих није одржао усмену расправу.“ (ЗУС, чл. 33, ст. 2-3) Процену о томе да усмена расправа није потребна, дакле, Управни суд мора посебно да образложи. Нажалост, он то не чини. Уместо навођења посебних разлога, суд се задовољава типским и празним објашњењима, у којима углавном преписује текст законске одредбе: „Решавајући овај управни спор без одржавања усмене расправе, сагласно одредбама члана 33. став 2. Закона о управним споровима (“Службени гласник РС”, број 111/09), будући да је предмет спора такав да не изискује непосредно саслушање странака и посебно утврђивање чињеничног стања [...]“ (Пресуда Управног суда, 7 У 8092/15 од 27.03.2019) Понекад чак ни то: „Управни суд је одлучивао без одржавања усмене јавне расправе, у складу са одредбом члана 33. став 2. Закона о управним споровима [...]“ (Пресуда Управног суда, 9 У 2149/18 од 30.07.2018)

поступку, а завршава се у управном спору. Уколико жели да заштити своја права, то је пут који странка мора да пређе, од почетка до краја, без пречица и прескакања. До извесности у правима и обавезама странка долази тек на крају тог пута, окончаног правноснажном одлуком.

На пут правне заштите странка креће зато што је незадовољна донетим управним актом. Странка је незадовољна начином на који је решена управна ствар и то своје незадовољство исказује жалбом у управном поступку и тужбом у управном спору. То су само различити стадијуми у решавању исте управне ствари и дефинитивном обликовању њене садржине.²⁵

У сложеном механизму правне заштите странке цео управни спор, условно речено, има улогу „правног средства“.²⁶ У њему се не одлучује први пут – испитује се законитост претходно већ донете одлуке; његова је улога контролног и суштински инстанционог карактера. У контексту побијања одлука донетих у управним стварима, другачије речено, сам управни спор представља израз права на правно средство.²⁷

У односу на основну улогу суда, контролног карактера, о праву на правно средство може исправно да се говори само из угла управног спора у целини, а не унутар њега. Право на жалбу у управном спору није израз права на правно средство и њиме не може успешно да се објасни. Додавање жалбе у управном спору суштински означава додавање још једне инстанце, пред којом се решава управна ствар и одлучује о правима и обавезама странке. Друг пут који странка треба да пређе како би извесно знала своја права и обавезе тиме се додатно продужава, на штету правне сигурности и одлучивања у разумном року.²⁸

²⁵ Управна и судска контрола управе обједињене су у једну сложену целину. У управном спору суд не одређује само секундарну диспозицију за доносиоца управног акта. Суд учествује и у обликовању примарне диспозиције коју је издавалац управног акта одредио за странку. (Павле Димитријевић, *Основи управног права*, Београд 1983, 340) Укратко: „Суд у управном спору и када је овлашћен једино да незаконити управни акт касира, а особито када уз то има могућности да ауторитативно реши предметну управну ствар, узима активно учешће у вршењу управне власти.“ (Р. Марковић, 510)

²⁶ „Спор се замеће тужбом као сваки други парнични поступак, зато што тек сад треба један суд да се стави у покрет. Али стварно и садржајно та тужба је у ствари рекурс (жалба, незадовољство) против једне већ донете управне одлуке.“ (Лазо М. Костић, *Административно право* [Сабрана дела, други том], Београд 2000, 751) „Иако се назива тужбом, правно средство којим се започиње управни спор представља правни лек, а не захтев којим се први пут иницира правно одлучивање у датој (у)правној ствари.“ (Вук Џуџић, „Поступак решавања управних спорова“, Зборник радова *150 година управног суда у Србији: 1869-2019*, Београд 2019, 151)

²⁷ Како је могуће да жалба у управном поступку законом буде искључена, а да не дође до повреде права на правно средство? Могуће је, зато што постоји управни спор, у којем странка може да побија донету одлуку.

²⁸ „Управни поступак и управно-судски поступак се посматрају у њиховом јединству и када се процењује да ли је поштован правни стандард ‘решавање у разумном року’ (члан 6.

За разлику од класичних судских поступака, жалба не може да се уклопи у калуп управног спора, а да га не деформише.²⁹ Судску контролу управе она претвара у контролу суда, мењајући јој смисао. Супротно логици управноправног односа, правну заштиту странке претвара у правну заштиту органа управе, који постаје незадовољни парничар и побија судску одлуку, као да је њоме непосредно погођен.

Право на правно средство не сме да се схвати површно и поистовети са правом на жалбу против сваке одлуке. Испод површине, право на правно средство открива се као нужност побијања свих суштински првостепених одлука – оних одлука којима се први пут или другачије одлучује о правима и обавезама странака.³⁰ Све док се суд у управном спору задржава на својој основној улози, контролног карактера, његове одлуке суштински нису првостепене. О нужности побијања одлука донетих у управном спору може да се говори тек онда када суд изађе из оквира своје основне улоге и суштински први пут реши о правима и обавезама странака, другачије и на основу нових чињеница, које раније нису ни разматране.

Најављена вишестепеност управног спора може да значи много тога. Карактер једног правног средства не зависи од његовог назива. Мање је важно да ли га зовемо жалбом или захтевом за преиспитивање одлуке – битна

ЕКЉП-а, члан 32. УРС-а и члан 2. ЗУС-а). Код тога се, по правилу, у пракси ЕСЉП-а почетак разумног рока рачуна од првог оспоравања управног акта/ћутања – стандардно од изјављивања управне жалбе, или чак још од самог почетка првостепеног управног поступка [...]“ (Z. Tomić, *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, 110)

²⁹ „[М]ора се имати у виду да управни спор представља судски пут испитивања законитости управног акта који долази после управног пута и да има разлога и за његову једностепеност, који, опет, не стоје код других судских поступака.“ (Р. Марковић, 545) У теорији, наравно, постоје и супротна мишљења: „[У]обичајена двостепеност управног поступка не може и не сме да буде аргумент за адекватност једностепености управног спора, јер су у питању различити поступци, како у погледу органа који у њима одлучују (управни органи и Управни суд), тако и у погледу унутрашње логике и циљева којима се они руководе.“ (Марко Давинић, „Правна средства у управном спору“, Зборник радова 150 година управној сјора у Србији: 1869-2019, Београд 2019, 271)

³⁰ Уз позивање на Уставом гарантовано право на правно средство, доктрину о суштински првостепеним одлукама Уставни суд је развио у контексту нужности ревизије против преиначујуће жалбене пресуде у парничном поступку. Према схватању Уставног суда (критикованом од стране аутора који се баве грађанским процесним правом), преиначујућа жалбена пресуда у парничном поступку суштински је првостепена и нова одлука о правима и обавезама странака – зато је нужно да против ње буде дозвољена ревизија. (Ранко Кеча, Марко Кнежевић, „Дозвољеност ревизије у парничном поступку због преиначујуће жалбене пресуде: последица уставне гаранције права на правно средство или само правно-политичко питање? – Уједно и прилог учењу о контролном концепту поступка по правним лековима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2017, 1256-1257) Иста логика би онда морала да важи и у обрнутом смеру: одлука о законитости управног акта не може да се сматра суштински првостепеном, све док се њоме о правима и обавезама странака не одлучи на нови и другачији начин.

су његова обележја. У односу на неке одлуке, мораће да има карактер редовног правног средства. Све преко тога је правнополитичко питање, које зависи од воље законодавца. Зато је и овде важно да знамо шта све спада у предмет управног спора. Правна средства обликована по мери одлука о законитости управних аката не могу тек тако да се примене на одлуке о парничним стварима, убаченим у управни спор непосредно или посредно. Оно што је у једном случају сувишно, у другом случају може да буде неопходно; оно што је у једном случају замишљено као правна заштита странке, у другом случају може да се прошири и на правну заштиту органа управе.

Када буде размишљао о ширини надлежности апелационог управног суда, законодавац ће морати да води рачуна и о улози Врховног касационог суда, која се у оквирима јединствене судске власти врши у односу на све судове.³¹ Након издвајања улоге Врховног касационог суда у уједначавању судске праксе и решавању о правним средствима, питање је шта ће и у којој мери остати за апелациони управни суд. Под претпоставком, наравно, да се води рачуна о правној природи управног спора и да се избегне оно што је у правном режиму управне делатности сувишно и неразумно.

4. ЗАКЉУЧАК

Оснивање Управног суда није донело очекиване резултате у реформи управног спора. Оно је само означило почетак промена, изазваних жељом да се и наша судска контрола управе приближи мерилима европских стандарда. Ова жеља изражена је и данас, када се још једном најављује оснивање нових управних судова и вишестепени управни спор.

Планиране промене требало би да отклоне оне недостатке које није успела да отклони претходна реформа. Претходни приступ био је погрешан и неуспешан, зато би нови морао да буде другачији – морао би, али није. Основом реформе и даље се сматра организација управног судства, а управни спор долази тек на крају, као последица овог или оног броја управних судова.

Реформа се и своди на бројеве: управних судова, судија, инстанци, случајева у којима се одржава усмена расправа. Довољно је да се ови бројеви повећају, онда ће и сви проблеми управног спора бити решени. Површно гледано, то можда и делује смислено. Ако пак управни спор не желимо да посматрамо површно, онда не смемо да се задовољимо бројевима, него морао да подгледамо и даље од њих. Поглед иза бројева води нас до суштине управног спора – до његове правне природе. У њој се одговори на поставље-

³¹ „Судска власт је јединствена на територији Републике Србије.“ (Устав, чл. 142, ст. 1) „Врховни касациони суд је највиши суд у Републици Србији.“ (Устав, чл. 143, ст. 4)

на питања откривају истински, често и насупрот ономе што на први поглед делује логично.

Шта нам то открива правна природа управног спора? Открива нам то да је управни спор део једне шире целине – управноправног режима. Унутар те целине, управни поступак и управни спор јављају се као два састојка у вршењу и контроли управне делатности. У целину их повезује у основи исти предмет, одређен појмом управне ствари. То су два стадијума у решавању управне ствари; формално различита, али суштински повезана у дефинитивном правном обликовању њене садржине.

Недавно и неопрезно проширење предмета управног поступка нарушило је јединство управноправног режима и суштински изменило улогу суда у управном спору, иако је она привидно остала у границама провере законитости управног акта. Иза управног акта, међутим, скривају се сада ствари различитог карактера, силом угуране у предмет управног спора, који у магли тако вештачки проширеног управноправног режима, не може више јасно да се види.

Ваљано нормирање управног спора не може да се заснива на тако нејасно одређеном предмету контроле. Поступање и организација управних судова морају да се прилагоде карактеру ствари о којој се одлучује. Уколико жели ваљано да нормира управни спор, законодавац мора да крене од његовог предмета. Тек када се размрси оно што је замршено у управном поступку и јасно дефинише предмет управног спора, моћи ће исправно да се размишља о организацији управних судова и примереном судском поступку.

Наравно, мораће да се води рачуна и о томе да управни спор, у односу на основну улогу суда у оцени законитости управног акта, није класичан судски поступак, који се води између две супротстављене стране. Они правни стандарди који су осмишљени за класичне судске поступке на управни спор стога не могу да се примени дословно. Морају да се примене сходно, у правој мери – оној, која одговара његовој природи.

Потреба да се пази на смисао управног спора посебно долази до изражаја код права на правно средство. У правној заштити странке управни спор је једна од редовних фаза, која долази после другостепеног управног поступка. Све док се суд у управном спору задржава на својој основној улози, контролног и инстанционог карактера, даље редовно побијање његових одлука не може да се оправда правом на правно средство. Из права на правно средство може да се изведе побијање само оних судских одлука које су суштински првостепене и којима се по први пут одлучује о правима и обавезама странке, на нови начин и на основу нових чињеница.

Планирано увођење вишестепеног управног спора неће бити лак задатак. Када се у његовим оквирима издвоји уобичајена улога Врховног касационог

суда, питање је шта ће остати за апелациони управни суд и чиме ће он то оправдати свој назив. Жалбом у управном спору? Наизглед и издвојено посматрано корисном за странку – суштински и целовито посматрано пак правним средством које дугом путу и трагању странке за извесношћу у правима и обавезама додаје још један корак, још једну редовну инстанцу.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- Вук Цуцић, „Поступак решавања управних спорова“, Зборник радова *150 година управног суда у Србији: 1869-2019*, Београд 2019.
- Dobrosav Milovanović, Vuk Cucić, „Reforma upravnog sudstva“, *Pravni život*, 10/2016.
- Dragan Milkov, *Pojam upravnog akta* (doktorska disertacija), Beograd 1983.
- Драган Милков, *Управно право III: контрола управе*, Нови Сад 2019.
- Зоран Лончар, „Примена европских стандарда у управном спору у Србији“, *Хармонизација српској и мађарској права са правом Европске уније*, Нови Сад 2013.
- Zoran Tomić, „Upravni spor i upravno sudovanje u savremenoj Srbiji: neki reformski problemi i pravci noveliranja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 1/2010.
- Zoran Tomić, *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, Beograd 2010.
- Ivo Krbek, *Pravo jugoslavenske javne uprave, III knjiga: funkcioniranje i upravni spor*, Zagreb 1962.
- Јелена Ивановић, „Управни суд Републике Србије (2010-2019)“, *Архив за правне и друшћивене науке*, 3-4/2019.
- Лазо М. Костић, *Административно право* (Сабрана дела, други том), Београд 2000.
- Марко Давинић, „Правна средства у управном спору“, Зборник радова *150 година управног суда у Србији: 1869-2019*, Београд 2019.
- Милош Прица, „Управна ствар и управносудска ствар. Прилог реформи српског законодавства и правосудја“, Зборник радова *Право у функцији развоја друшћива*, Том I, Косовска Митровица 2019.
- Павле Димитријевић, *Основи управног права*, Београд 1983.
- Ранко Кеча, Марко Кнежевић, „Дозвољеност ревизије у парничном поступку због преиначујуће жалбене пресуде: последица уставне гаранције права на правно средство или само правнополитичко питање? – Уједно и прилог учењу о контролном концепту поступка по правним лековима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2017.
- Ратко Марковић, *Управно право: општи део*, Београд 2002.
- Устав Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 98/2006.
- Закон о локалној самоуправи, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 129/2007, 83/2014 – др. закон, 101/2016 – др. закон и 47/2018.

Закон о уређењу судова, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 – одлука УС, 87/2018 и 88/2018 – одлука УС.

Закон о управним споровима, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 111/2009.

Закон о општем управном поступку, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење.

Стратегија реформе јавне управе у Републици Србији, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 9/2014, 42/2014 – испр. и 54/2018.

Радни текст Стратегије развоја правосуђа за период 2019-2024. године, <https://www.mpravde.gov.rs/files/Нова%20верзија%20радног%20план%20к%20С%20С%20развоја%20правосуђа%20за%20период%202019-2024.%20године%20-%20измењена%20у%20складу%20са%20коментарима.pdf>.

Годишњи извештај о раду Управног суда по материјама за период од 01. јануара 2019. године до 31. децембра 2019. године, <http://www.up.sud.rs/uploads/useruploads/Izvestaji-o-radu-suda/Godisnji-izvestaj-2019.pdf>.

Пресуда Управног суда, 9 У 2149/18 од 30.07.2018.

Пресуда Управног суда, 7 У 8092/15 од 27.03.2019.

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

Administrative Dispute Reform: New Attempt – Old Problems

Abstract: *A decade ago, Serbia has carried out the reform of judicial control of public administration – by establishing the new Administrative Court. The expected results, however, have not been achieved and the problems that caused the reform have not been resolved. Therefore, a decade later, a new reform is in sight. The planned changes include establishing more administrative courts and introducing a two-instance administrative dispute. The aim of this paper is to discuss these changes, but in a slightly different way. Instead of their uncritical acceptance and justification by European legal standards, they are analysed having in mind the legal nature of the administrative dispute. Successful administrative dispute reform cannot be achieved if European legal standards are blindly accepted and copied literally from classical court proceedings. Only the legal nature of the administrative dispute and the features that make it special and different from the usual court disputes can lead us to a successful implementation of the changes.*

Keywords: *administrative dispute, legal nature of the administrative dispute, administrative judiciary, administrative court.*

Dr. Ratko S. Radošević, Assistent mit Doktorgrad
Universität Novi Sad
Juristische Fakultät Novi Sad
R.Radoševic@pf.uns.ac.rs

Verwaltungsgerichtsbarkeitsreform: Neuer Versuch – alte Probleme

Zusammenfassung: Vor einem Jahrzehnt hat Serbien die Reform der gerichtlichen Kontrolle der Verwaltung durchgeführt – als ein neues Verwaltungsgericht gegründet wurde. Die erwarteten Ergebnisse wurden jedoch nicht erreicht und die Probleme, die die Reform verursacht haben, wurden nicht gelöst. Ein Jahrzehnt später ist daher eine neue Reform in Sicht. Zu den geplanten Änderungen gehören die Gründung von einer größeren Anzahl der Verwaltungsgerichten und die Einführung eines zweistufigen Verwaltungsstreits. Diese Änderungen werden auch in diesem Artikel behandelt, aber auf etwas andere Weise. Anstelle ihrer unkritischen Akzeptanz und Rechtfertigung durch europäische Rechtsgrundsätze, werden sie unter Berücksichtigung des rechtlichen Charakters des Verwaltungsstreits analysiert. Eine erfolgreiche Verwaltungsgerichtsbarkeitsreform kann nicht erreicht werden, wenn europäische Rechtsgrundsätze blind akzeptiert und buchstäblich aus klassischen Gerichtsverfahren kopiert werden. Nur die Rechtsnatur des Verwaltungsstreits und die Merkmale, die ihn besonders machen und sich von den üblichen Gerichtsstreitigkeiten unterscheiden, können zu einer erfolgreichen Umsetzung der Änderungen führen.

Schlüsselwörter: Verwaltungsstreit, Rechtsnatur des Verwaltungsstreits, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Verwaltungsgericht.

Датум пријема рада: 4.9.2020.

Lidija O. Živković, Assistant
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
lidija.zivkovic@ius.bg.ac.rs

THE CONFERENCE OF THE PARTIES: A FUTURE FOR A MORE PROFOUND MULTILATERALISM IN TAX MATTERS?

Abstract: *The present contribution is aimed at assessing the potential practical reach of the Conference of the Parties, a mechanism provided for under art. 31 of the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, which was signed on 7 June 2017 in Paris and to which currently 94 taxing jurisdictions are signatories. Since the scope of application of the Conference of the Parties is conditioned on the legal nature and modus operandi of the said Convention, the first part of the article will be dedicated to their analysis. Furthermore, the author will consider in detail the provisions of the Convention intended to establish the procedural framework for the operation of the Conference of the Parties. The analysis will then be focused on some of the essential questions which the Convention failed to regulate: the decision-making process applicable by the Conference of the Parties and the legal effect of its future decisions, by having recourse to the Vienna Convention on the Law of Treaties.*

Although it remains questionable if the Conference of the Parties could have a role as important as it does in other fields of public international law, considering the countries' traditionally vigilant approach to the limitations of their fiscal sovereignty, the author contends that this mechanism could potentially serve as a basis for a more thorough cooperation between taxing jurisdictions worldwide, especially now that the world is struggling with yet another economic crisis. What seems to be necessary in this respect is the shift of international tax policy design from a handful of richest countries to a more inclusive circle of jurisdictions, for which the Conference of the Parties could provide a framework.

Keywords: *Conference of the Parties. – Multilateral instrument (MLI). – Double Taxation Treaties. – Tax Sovereignty. – Tax Cooperation.*

1. INTRODUCTION

The matter of taxation has traditionally been regarded as a quintessential question of state sovereignty. As pointed out by Graetz: “No function is more at the core of government than its system of taxation”.¹ Since tax policy establishes and reflects relationships between the market, the citizen and the state, it is often put forward that decisions involving taxation issues are to be made within national borders, without the interference from other countries.² However, in the domain of international tax law, effective policy design and implementation often require interaction and, in recent times, ever increasing cooperation between countries around the globe.³

An overview of the historical development of the international tax system reveals that substantial advancements in its evolution usually ensued following extensive shocks in the global economy, be it those caused by warfare, or other reasons.⁴ One recent example is the 2008 financial crisis and the resulting recession, which prompted countries worldwide to impose harsh austerity measures in an attempt to achieve fiscal consolidation and financial stability. Austerity meant, among other things, an ongoing political focus on the fight against tax avoidance and aggressive tax planning, especially those conducted by multinational enterprises. The crisis enabled unprecedented political support for the revision of the long-established international tax regime.

The most comprehensive development stemming from the described political agenda was the so-called Base Erosion and Profit Shifting (hereinafter: BEPS) Action Plan published in 2015 by the Organisation for Economic Cooperation and Development (hereinafter: OECD) under a mandate of G20 countries. The underlying objective of this initiative was (1) the prevention of abuse of discrepancies between various national tax laws by multinational enterprises and (2) the improvement of basic principles of international taxation, for which it had become increasingly evident that they are not suitable for the globalized and digitalized economy. In order to achieve these goals, the BEPS Action Plan laid down 15 actions containing recommendations for measures which are intended to be in-

¹ Michael J. Graetz, “Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 26, Issue 4, 2001, 1371.

² Allison Christians, “Sovereignty, Taxation and Social Contract”, *Minnesota Journal of International Law*, Vol. 18, 2009, 99.

³ Diane Ring, “What’s at Stake in the Sovereignty Debate?: International Tax and the Nation-State”, *Boston College Law School*, Research Paper 153, 2008, 1.

⁴ Take, for instance, the fact that the work resulting in building the basis for the drafting of the first double tax treaty model ensued after the World War I. Moreover, it was after the World War II that the personal income tax was remodelled in numerous countries around the world from a tax targeting upper class citizens exclusively to a generalized tax levied on all citizens.

troduced into national tax legislations, as well as measures focused on the modification of double tax treaties.⁵

However, the implementation of treaty-focused measures into more than 3.000 existing double tax treaties around the world by way of usual bilateral negotiations would have been rather time-consuming⁶ and, inevitably, inconsistent. For this reason, Action 15 of the BEPS Action Plan envisaged the development of the so-called *Multilateral instrument*,⁷ which would allow for a simultaneous modification of all the existing tax treaties by implementing tax treaty measures formulated by the BEPS Action Plan, thereby facilitating an efficient and coordinated modification of the present tax treaty network. The actual outcome of BEPS Action 15 was the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting (hereinafter: the Convention or the Multilateral instrument). It was signed on 7 June 2017 in Paris by 67 jurisdictions and entered into force on 1 July 2018. To this date, 94 jurisdictions became signatories to the Convention, with four more jurisdictions expressing their intent to sign it.⁸

At the time of its inception, the Convention was hoped to lay the foundation of a new era for the international tax regime – an era of multilateralism – by initiating the harmonization of rules on cross-border taxation.⁹ However, as the process of its designing progressed, it became obvious that various compromises will have to be made in order for the Convention to be embraced by a significant number of signatories.

2. THE NATURE AND MODUS OPERANDI OF THE MULTILATERAL INSTRUMENT

In substance, the Convention represents a multilateral treaty under public international law. However, it is extraordinary in that it does not replace the ex-

⁵ Being a soft-law instrument and, as such, not legally binding, the BEPS Action Plan required transposition into national law, i.e. national tax legislation and double tax treaties. European Parliament, *Understanding BEPS: From tax avoidance to digital tax challenges*, EPRS Briefing, October 2019, 4.

⁶ As the OECD's final report on BEPS Action 15 indicated, renegotiation of one jurisdiction's treaty network may well take a decade to finalize. OECD/G20, *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 15: 2015 Final Report*, OECD Publishing, Paris 2015, 16.

⁷ *Ibid.*, 11.

⁸ OECD, *Signatories and Parties to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, Status as of 29 September 2020*, <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf>, 8 October 2020.

⁹ Multilateralism is traditionally a rarity when it comes to treaties for avoidance of double taxation. Prior to the signing of the Multilateral instrument, there were only a few examples of multilateral tax treaties, among which the most notable one was the Nordic tax treaty concluded between Denmark, the Faroe Islands, Finland, Iceland, Norway and Sweden.

isting double tax treaties, although it regulates essentially the same subject matter. Namely, it is not intended to be a completely independent instrument, but operates as a complementary tool.¹⁰ This means that the Convention applies *alongside* with the existing tax treaties, modifying thereby the application of some of their provisions (provided, of course, that the treaty partners in question became parties to the Convention itself).¹¹ As such, the Convention leaves the bilateral nature of the tax treaty framework untouched.¹² Thanks to its distinct function, the Multilateral instrument contains two types of provisions. The first type includes norms which are directed at modifying specific provisions of existing tax treaties and which are therefore referred to in the literature as substantive provisions.¹³ The second type refers to provisions which address the functioning of the Multilateral instrument itself, as well as those regulating the relationship between the Multilateral instrument and the existing tax treaties, for which reason they are referred to as instrumental provisions.¹⁴

In order to generate a wide consensus and gather a noteworthy number of signatories, the Multilateral instrument permitted a varying level of signatories' commitment toward various treaty partners,¹⁵ as well as vis-à-vis different substantive issues.¹⁶ In practice, this endeavour manifested itself in a multiplicity of options for signatories being incorporated into the Convention. These were technically implemented by way of opt-in clauses, opt-out clauses, and the so-called alternative clauses, which allowed the signatories to choose among alternative solutions of equal value.¹⁷

Due to the peculiar nature of the relationship between the Multilateral instrument and each of the existing tax treaties, it was crucial to specifically address the mechanism for resolving potential conflicts between them. While conflicts

¹⁰ Alexandra Miladinovic, Alexander Rust, "Options Under the Multilateral Instrument", *The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties*, Wolters Kluwer, Alpen aan den Rijn 2018, 147.

¹¹ Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, para. 13.

¹² CFE Fiscal Committee, "Opinion Statement FC 15/2014 on Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties (BEPS Action 15)", *European Taxation*, April 2015, 157.

¹³ It should be borne in mind that these provisions do not, on their own, allocate taxing rights, as it is the case with the substantive provisions contained in double tax treaties. Nevertheless, they may affect the allocation of taxing rights conducted by double tax treaties.

¹⁴ Werner Haslehner, "A Multilateral Interpretation of the Multilateral Instrument (and Covered Tax Agreements)?" *Bulletin for International Taxation*, Vol. 74, Issue 4/5, 2020, Journal Articles & Papers, IBFD Research Database, 3.

¹⁵ The Multilateral instrument provides an option for the signatories to exclude from its scope tax treaties which they wish to keep unchanged or they prefer to amend bilaterally. The treaties which are designated to be modified by the Multilateral instrument are referred to in this article (as well as in the Convention) as the Covered Tax Agreements.

¹⁶ OECD/G20, *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, 22.

¹⁷ For a thorough analysis of the opt-in, opt-out and alternative clauses in the context of the Multilateral instrument see: A. Miladinovic, A. Rust, 141-146.

between norms dealing with the same subject matter can easily be solved in the domain of national law, the same is not true with respect to public international law, because the latter is characterised by the absence of a hierarchical structure.¹⁸ The solution was therefore found in what is usually referred to as “conflict clauses” or “compatibility clauses”. These are clauses included in the texts of international treaties with the purpose of regulating the relationship between the international agreement employing the clause and other treaties.¹⁹ Each provision of the Convention presupposes a separate compatibility clause. This is because the interactions of various MLI’s provisions with existing tax treaties and the corresponding modifications resulting therefrom differ considerably.²⁰

The manner in which the Multilateral instrument was designed is conditioned on the need to respect the principle of fiscal sovereignty of its parties, while at the same time allowing for a minimum level of cooperation required to enable the reform of the existing international tax regime. In this respect, the OECD has at the very beginning stated that the Multilateral instrument “should be conceived in a dynamic way”, in order to serve as a basis for the future facilitation of the implementation of changes into the international tax treaty structure.²¹ It therefore seems reasonable to perceive the Multilateral instrument as a mechanism which is supposed to enable an ongoing cooperation and further developments in the international tax arena, instead of being a one-time driver of reforms.²² Especially one mechanism included in this Convention may provide ground for this reasoning – the Conference of the Parties.

3. THE CONFERENCE OF THE PARTIES

3.1. General overview

Similarly to numerous other multilateral instruments of public international law, the Convention introduced in its art. 31 the so-called *Conference of the Parties*

¹⁸ Kerstin Odendahl, “Article 30: Application of successive treaties relating to the same subject matter”, *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (eds. Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach), Springer 2012, 506.

¹⁹ Nele Matz-Lück, “Treaties, Conflict Clauses”, *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, (ed. Rüdiger Wolfrum), Oxford University Press 2012. <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1466#:~:text=I%20Conflict%20clauses%2C%20also%20known,between%20provisions%20stemming%20from%20different>, 9 October 2020.

²⁰ Sriram Govind, Pasquale Pistone, “The Relationship Between Tax Treaties and the Multilateral Instrument: Compatibility Clauses in the Multilateral Instrument”, *The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties* (eds. Michael Lang *et al.*), Wolters Kluwer, Alpen aan den Rijn 2018, 118.

²¹ OECD/G20, Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 15: 2015 Final Report, OECD Publishing, Paris 2015, 26.

²² Ian Bradley, Jonathan Bright, “State sovereignty and the multilateral instrument”, *Canadian Tax Journal*, Vol. 64, No. 2, 2016, 467.

– a body whose competence is, in short, to provide for continuous governance of the Convention. According to Valke, the Conference of the Parties represents “a type of institutionalized intergovernmental co-operation”.²³ Yet, although it is institutionally separated from the treaty parties constituting it, the Conference of the Parties does not have legal personality and, consequently, cannot form a will of its own.²⁴ Therefore, it may only act on behalf of the parties to the treaty.²⁵

3.2. Competences of the Conference of the Parties under the Multilateral instrument

As per art. 31 of the Multilateral instrument, the parties may convene a Conference of the Parties for the purposes of taking any decisions or exercising any functions as may be required or appropriate under the provisions of the Convention. Although the cited provision clearly refers only to the parties to the Convention, the Explanatory Statement indicates that the signatories²⁶ to the Convention may also participate in the Conference of the Parties, provided that the parties had previously invited them.²⁷ In order to determine the competences of the Conference of the Parties more precisely, recourse should be made to arts. 32 and 33 of the Multilateral instrument. Namely, the Explanatory Statement specifies that the Conference of the Parties could be convened: 1) to address questions of interpretation or implementation of the Convention as foreseen in art. 32(2) of the Convention or 2) to consider a possible amendment to the Convention as provided for under art. 33(2) of the Convention.²⁸

3.2.1. Interpretation and Implementation of the Multilateral instrument

Pursuant to art. 32(2) of the Multilateral instrument, any question arising as to the interpretation or implementation of the Convention may be addressed by a Conference of the Parties convened in accordance with the procedural rules specified in art. 31(3) of the Convention. However, art. 32 contains, in its first paragraph, another provision dealing with interpretational issues. This provision states

²³ Volker Röben, “Conference (Meeting) of States Parties” *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2015, 1.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Pursuant to art. 2, para. 1, indent b) the term *party* means a state for which the Convention is in force, as well as a jurisdiction which has signed the Convention pursuant to subparas. b) or c) of para. 1 of art. 27 and for which the Convention is in force, whereas in line with art. 2, para. 1, indent d) a *signatory* to the Convention means a state or jurisdiction which has signed the Convention but for which the Convention has not yet entered into force.

²⁷ Explanatory Statement, para. 312.

²⁸ Explanatory Statement, para. 311.

that any question arising as to the interpretation or implementation of provisions of Covered Tax Agreements²⁹ as they are modified by the Convention shall be determined in accordance with the provision(s) of the Covered Tax Agreement which provide for the resolution by mutual agreement of questions of interpretation or application of the Covered Tax Agreement.

Although both paragraphs of art. 32 deal with mechanisms which may be utilized to address interpretational and implementational issues, they differ with regards to a specific instrument of public international law from which these issues may emanate. Whereas the first paragraph of art. 32 addresses interpretational and implementational questions in the case of Covered Tax Agreements as they are modified by the Multilateral instrument, the second paragraph of the same article concerns questions of interpretation and implementation of the Multilateral instrument itself. This differentiation is important because it is only for the latter category of questions that the Convention envisages the Conference of the Parties as a potential forum for discussion and decision-making.

When it comes to questions of interpretation and implementation of double tax treaties which were modified by the Multilateral instrument, it is stipulated that they are to be addressed through the Mutual Agreement Procedure (hereinafter: MAP). The MAP is prescribed in virtually all double tax treaties concluded around the globe, in a separate article corresponding to art. 25 of the OECD Model Convention,³⁰ or the UN Model Convention.³¹ In both of the models, art. 25(3) stipulates that any difficulties or doubts arising as to the interpretation or application of a tax treaty shall be endeavoured to be resolved through mutual agreement by the competent authorities of the contracting states.³² It is up to the contracting states to designate the authority which will be regarded as competent for the purpose of applying the tax treaty in question.³³ The particular authorities which are endorsed as competent are identified in an article corresponding to art. 3(1)(f) of the OECD Model Convention, or art. 3(1)(e) of the UN Model Convention. This will, in majority of cases, be the official at the highest level of a contracting state's tax administration, i.e. the minister of finance.

The wording of art. 32 seems to imply that there is a clear demarcation line between matters that may be addressed by the two described mechanisms. In fact,

²⁹ See: footnote 13.

³⁰ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, OECD Publishing, Paris 2017.

³¹ United Nations: Department of Economic and Social Affairs, *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*, United Nations, New York 2017.

³² The described type of MAP is referred to in the literature as the *interpretative MAP*. See: Marina Lombardo, "The Mutual Agreement Procedure (Art. 25 OECD MC) – A tool to overcome interpretation problems?", *Fundamental Issues and Practical Problems in Tax Treaty Interpretation* (eds. M. Schilcher, P. Weninger), Linde, Vienna 2008, 462.

³³ Para. 7, Commentary on Art. 3 of the 2017 OECD Model Convention and para. 9, Commentary on Art. 3 of the 2017 UN Model Convention.

the Explanatory Statement makes clear that the purpose of the first paragraph of art. 32 is only to clarify „the mechanism for determining questions of interpretation and implementation of Covered Tax Agreements, *as opposed to* questions of the interpretation and implementation of the Convention itself“ (emphasis added).³⁴ It is therefore evident that the intention of the drafters was to establish two completely separated procedures and not a two-instance procedure which could address the same matters.³⁵ Nevertheless, it is interesting that, in respect to the second paragraph, the Explanatory Statement specifies that the word „may“ is used because „there could be other means by which to address questions of interpretation and implementation of the Convention“ and as an example states the possibility of „competent authorities agreeing between themselves on how the Convention will operate in relation to a particular tax treaty“. This implies that the MAP may be utilized to address both types of issues, whereas the Conference of the Parties is reserved for questions relating to the application of the Multilateral instrument which are multilateral in substance.

It remains to be seen whether interpretational and implementational issues emerging in practice will be so clear-cut to allow for a straight-forward identification of the adequate mechanism for their resolution. After all, the questions of interpretation and implementation of „Covered Tax Agreements which have been modified by the Convention“ presuppose that the questions of interpretation and implementation of the Convention were previously resolved.³⁶ Although the intended rationale appears to be the demarcation between substantive and instrumental provisions of the Multilateral instrument,³⁷ the author is of the opinion that this has not been carried through carefully. The line is especially blurred by the example provided in the Explanatory Statement that the MAP could be used to determine „how the Convention has modified a specific Covered Tax Agreement pursuant to the compatibility clauses and other provisions set out in the Convention“,³⁸ since compatibility clauses clearly fall within the scope of instrumental provisions of the Multilateral instrument.

3.2.2. *Amendment of the Multilateral instrument*

Pursuant to art. 33(2) of the Multilateral instrument, a Conference of the Parties may be convened to consider the proposed amendment in accordance with

³⁴ Explanatory Statement, para. 315.

³⁵ Raphael Holzinger, „The Relevance of the Conference of the Parties for the Interpretation and Amendment of the Multilateral Instrument“, *The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties: Analysis and Effects*, Wolters Kluwer, New York 2018, 56.

³⁶ Cf. Michael Lang, „Die Auslegung des multilateralen Instruments“, *Steuer und Wirtschaft International*, Vol. 27, Issue 1, 2017, 21.

³⁷ See also: W. Haslehner, 3.

³⁸ Explanatory Statement, para. 315.

the procedural rules specified in art. 31(3) of the Convention. It was already in the BEPS Action Plan that the OECD underlined the importance of a built-in procedure in the Multilateral instrument which would enable swift and simple amendment of its provisions in the future.³⁹ However, the manner in which art. 33(2) of the Multilateral instrument is drafted suggests that the Conference of the Parties has a rather limited task in this respect. It is only obliged to consider the proposed amendment, but not to actually reach a decision on it.⁴⁰

3.3. Procedural framework for the functioning of the Conference of the Parties

In regard to both of the above analysed competences of the Conference of the Parties, the same procedural rules are applicable. As the provisions of the Multilateral instrument concerning the Conference of the Parties are rather brief, there is very little information regarding the procedural framework within which the Conference of the Parties is expected to operate in the future.

In its second paragraph, art. 31 establishes the role of the General Secretary of the OECD as the depositary of the MLI within the procedural framework by underlining that „the Conference of the Parties shall be served by the depositary“. The third paragraph of the same article further specifies that Conference of the Parties may be initiated by any party to the Convention via a request to the depositary. The depositary is further obliged to inform all the parties of any requests received. Once informed, the parties have six months to express their stance on the request in question. If, within six months as of the moment the parties were informed of the request, one third of them express their support for the request, the depositary *shall convene* a Conference of the Parties. The Explanatory Statement further states that it is not necessary for the Conference of the Parties to meet in person. Meetings conducted through the use of digital means of communication (e.g. videoconference or teleconference), as well as decision-making in written form are also allowed.⁴¹

However, neither the Convention, nor the Explanatory Statement address the form, or the content of the request capable to initiate the Conference of the Parties. It is therefore unclear what requirements such request must fulfil in order for the depositary to forward it to the parties to the Convention. Moreover, the Convention, as well as the Explanatory Statement, fails to address the time framework regarding the depositary's obligation to inform the parties of the request. The only prescribed deadline – the six months period – conditions the instigation of the Conference of the Parties by requiring one third of all the parties to come forward with their support for the request within that time.

³⁹ OECD/G20, *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, 22.

⁴⁰ R. Holzinger, 57.

⁴¹ Explanatory Statement, para. 312.

Due to the rather modest provisions regarding the procedural aspects of the operation of the Conference of the Parties, as well as absence of supplementary clarifications in the Explanatory Statement, matters such as the decision-making process and the legal effect of decisions reached by the Conference of the Parties may only be analysed by having recourse to the Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter: VCLT).⁴²

3.3.1. *The decision-making process*

As regards the decision-making process, the crucial question to be answered is the quorum of attendance and the exact majority needed for the Conference of the Parties to reach a decision. The VCLT provides a clear answer regarding this question in the case of amendment of a treaty. Art. 9(2) of the VCLT applies, as a residual rule, in situations in which the negotiators have not specifically agreed on the majority needed for the adoption of the text of a treaty.⁴³ Although the said provision primarily refers to the initial drafting of a new treaty, it may also be applied to a situation in which the existing treaty text is being amended, provided that the treaty omits the provision specifying the majority needed for the future adoption of its amended text. The article in question stipulates that the adoption of the text of a treaty at an international conference takes place by the vote of two thirds of the states that are present and voting.⁴⁴ The question of quorum of attendance is not dealt with.

Nevertheless, even if the two thirds majority is reached, this only means that, after considering the proposed amendment of a treaty, the parties have reached an agreement on its final version. Voting for a certain version of the text of a treaty does not equate with party's consent to be bound by it in the future.⁴⁵ For this to happen, a party must express its consent by signature, exchange of instru-

⁴² Some of the parties to the Multilateral instrument are not parties to the VCLT. However, the provisions relevant for determining the legal effect of the decision of the Conference of the Parties, i.e. the rules on treaty interpretation contained in art. 31 of the VCLT are considered to reflect customary international law. Accordingly, they are in principle applicable also to the treaties concluded between jurisdictions that are not parties to the VCLT. Chang-fa Lo, *Treaty Interpretation Under the Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, Singapore 2017, 46. The answer is not as clear-cut in the case of provisions addressing the decision-making process. Nevertheless, the International Law Commission did justify the chosen rule on decision-making majority with the fact that it was "so frequent" in the treaties at that time. International Law Commission, *Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries 1966*, United Nations 2005, 195, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf, 5 November 2020.

⁴³ Frank Hoffmeister, "Article 9. Adoption of the Text", *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary* (eds. Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach), Springer, Berlin-Heidelberg 2012, 137.

⁴⁴ That is, unless the same majority of present and voting states decide to apply a different rule.

⁴⁵ *Ibid.*, 145.

ments constituting a treaty, ratification, acceptance, approval or accession, or by any other means previously agreed upon.⁴⁶ In short, an amending agreement does not by itself have legal effects for all parties to the earlier (amended) treaty.⁴⁷

When it comes to the decision-making process regarding interpretational and implementational matters, the situation is not as straight-forward. The prevailing view presented in the literature is that the two thirds majority is by analogy applicable to this situation as well, having in mind „the parallel regulation” in art. 31(3) of the procedural framework for both competences of the Conference of the Parties, i.e. the amendment of the Convention and the interpretation and implementation thereof.⁴⁸ Additional argument supporting this view is that the decision of the Conference of the Parties regarding a certain interpretational or implementational issue cannot result in more substantial ramifications on the understanding of the Convention than what can be expected to be the case in an event of its amendment. Therefore, if the two thirds majority is acceptable for decisions resulting in amendments, it should be even more so in the case of decisions formulating authoritative interpretation of the Convention.⁴⁹ On the other hand, it seems incautious to assume that the same majority rule should apply in both cases since, when it comes to amending the treaty, agreement of the parties does not on its own accord result in parties being bound by it. In comparison to authoritative interpretation, the amendment of the treaty presupposes, as we have already pointed out, subsequent expression of consent of the parties for it to have any effect on them.⁵⁰

3.3.2. *Legal effect of the decisions reached*

Leaving aside the applicable decision-making majority necessary for the Conference of the Parties to reach a decision concerning interpretational or implementational matters, we will now focus on analysing potential legal effects of such decisions. Section III of the VCLT contains provisions laying down rules for the interpretation of international treaties. The crucial provision here is art. 31 of the VCLT, which sets forth the general rule of treaty interpretation. The first paragraph of this article presupposes that a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. The cited provision intends, among other things, to avert the interpreter from establishing an abstract ordinary

⁴⁶ Art. 11 of the VCLT.

⁴⁷ Kerstin Odendahl, „Amendment of multilateral treaties”, *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary* (eds. Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach), Springer, Berlin-Heidelberg 2012, 715-716.

⁴⁸ M. Lang, 20.

⁴⁹ R. Holzinger, 61.

⁵⁰ See also: W. Haslechner, 6.

meaning of a term, by requiring that the terms be interpreted in their context.⁵¹ The second paragraph of art. 31 defines the meaning of the term *context* for the purpose of the interpretation of a treaty. Pursuant to this definition, context includes, firstly: the text of the treaty itself, together with its preamble and annexes, and secondly: the following instruments of interpretation extrinsic to the treaty: a) an agreement relating to the treaty which was made between all the parties *in connection with the conclusion of the treaty* and b) any instrument which was made by one or more parties *in connection with the conclusion of the treaty* and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty. It is clear that the decision of the Conference of the Parties on authentic interpretation of the Multilateral instrument cannot fall within the scope of the second paragraph of art. 31. Namely, both previously specified instruments of interpretation are required to be „in a certain temporal proximity to a process of conclusion“ of the treaty,⁵² which, when it comes to the decisions of the Conference of the Parties, *de facto* cannot be the case.

On the other hand, the third paragraph of art. 31 requires that the developments emerging *after* the conclusion of the treaty are taken into account.⁵³ In principle, decisions of the Conference of the Parties on interpretational and implementational matters could potentially be subsumed under this provision. However, this paragraph specifies three different categories of subsequent developments that are to be considered: a) subsequent agreement between the parties regarding the interpretation or the application of treaty provisions, b) subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation and c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

It is evident that the decision reached by the Conference of the Parties cannot be regarded as a rule of international law applicable in the relations between the parties, as provided for under art. 31(3)(c) of the VCLT. The purpose of the said provision, referred to in the literature as the principle of systemic integration,⁵⁴ is to establish a basis for systemic approach in treaty interpretation. Hence, it refers to the international legal system as a whole, being a part of the context of a treaty which is being interpreted.⁵⁵ Decisions of the Conference of the Parties also cannot be thought to constitute subsequent practice in treaty application pursuant to

⁵¹ Oliver Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary* (eds. Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach), Springer, Berlin-Heidelberg 2012, 543.

⁵² *Ibid.*, 551.

⁵³ *Ibid.*, 523.

⁵⁴ Campbell McLachlan, “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(C) of the Vienna Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, No. 2, 2005, 280.

⁵⁵ Oliver Dörr, 560.

art. 31(3)(b) of the VCLT, since “practice cannot be established by one isolated incident”.⁵⁶ On the contrary, it presupposes a series of consistent acts by the parties to a treaty.⁵⁷ Finally, it only seems feasible for art. 31(3)(a) of the VCLT to be applicable to the decisions which the Conference of the Parties reaches on questions of interpretation and implementation of the Multilateral instrument. Namely, this provision deals with subsequent agreements relating to interpretation or application of treaty provisions authored by the parties “acting in consensus”.⁵⁸ Certain authors are of the view that, since this provision of the VCLT requires an “agreement” among the parties and, hence, unanimity, such outcome is hardly possible.⁵⁹ However, if we take into consideration that consensus in public international law is usually understood as a general (and not unanimous) agreement among the subjects of public international law^{60,61} the prognosis might not need to be so bleak.

Art. 31(4) of the VCLT allowing for a special meaning to be given to a certain treaty term cannot either be relevant in the present case, as it refers to a situation in which the intention of the parties to give a special meaning to a term ought to exist at the time of the conclusion of the treaty.

It should nonetheless be kept in mind that even in the event that a decision of the Conference of the Parties may be subsumed under art. 31(3)(a), this only means that it “shall be taken into account, together with the context” of the treaty. In other words, it cannot take precedence over the elements of the above-cited general rule of interpretation.⁶²

3.4. Conference of the Parties and Other Multilateral Treaties in Tax Matters

As already explained, multilateral treaties in tax matters are not a commonplace. Consequently, identifying a mechanism having the same or a role similar to that of the Conference of the Parties under the Multilateral instrument is a

⁵⁶ *Ibid.*, 556.

⁵⁷ The Conference of the Parties could, however, be used as a forum where parties to the Multilateral instrument could officially recognize the existence of a certain practice, on which they agree. This would contribute to a more transparent application of the Convention.

⁵⁸ O. Dörr, 553.

⁵⁹ W. Haslechner, 6.

⁶⁰ Francisco Pascual-Vives, “The Notion of Consensus in Public International Law”, *Consensus-Based Interpretation of Regional Human Rights Treaties*, Leiden 2019, 14.

⁶¹ Consensus procedure is generally seen as a medium between the majority voting and unanimity, as it does not require all the parties in the decision-making process to provide their consent. Consequently, it is easier and more probable that the consensus-based decision will be reached, than the unanimity-based decision. Rüdiger Wolfrum, Jakob Pichon, “Consensus”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (ed. Rüdiger Wolfrum), Oxford University Press, Oxford, 2010, 5.

⁶² M. Lang, 22.

rather problematic endeavour. Among the existing multilateral treaties in tax matters, the one comparable to the Multilateral instrument in terms of the number of signatories and, to a certain extent, the type of provisions it contains,⁶³ is the Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters (hereinafter: the Convention on Mutual Administrative Assistance).⁶⁴

In its art. 24, the Convention on Mutual Administrative Assistance contains provisions establishing a Coordinating Body with a seemingly equivalent function to that of the Conference of the Parties. Namely, paragraph 3 of the said article states that a Coordinating Body is composed of representatives of the Parties' competent authorities and is intended to monitor the implementation and development of this Convention, under the aegis of OECD. The Convention further specifies that the Coordinating Body may, in particular, recommend revisions or amendments to the Convention. Paragraph 4 of the same article also stipulates that each party to the Convention may ask the Coordinating Body to furnish opinions on the interpretation of the provisions of the Convention. Unlike the rules contained in the Multilateral instrument, the provisions of the Convention on Mutual Administrative Assistance regarding the Coordinating Body have been thoroughly elaborated upon in the Rules of Procedure which were issued subsequently.⁶⁵ The Rules of Procedure addressed numerous relevant aspects of the procedural framework for the functioning of the Coordinating Body, e.g. its mandate and composition, the designation of its chair and vice chairs, the frequency of its meetings and their scheduling and, most importantly, the decision-making process. In this respect, the Rules of Procedure specifically presuppose that the decisions shall be taken by mutual agreement, i.e. consensus among the Coordinating Body delegates. Nonetheless, if the mutual agreement cannot be reached, a two-thirds majority of the Coordinating Body delegates will suffice.⁶⁶

It seems reasonable to assume that the same rules regarding the decision-making process could be formulated also in the context of the Conference of the Parties under the Multilateral instrument. The argument here is that the Convention

⁶³ To reiterate, the Multilateral instrument contains not only substantive provisions intended to modify the existing network of bilateral tax treaties, but also provisions of procedural nature – the so-called instrumental provisions. It is this category of provisions to which the author is referring here.

⁶⁴ The Convention on Mutual Administrative Assistance enables administrative cooperation in the assessment and collection of taxes, with the aim of tackling tax evasion and avoidance. Currently, 124 countries and 17 jurisdictions covered by territorial extension participate in this convention. OECD/Council of Europe, *The Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters: Amended by the 2010 Protocol*, OECD Publishing, Paris, 2011.

⁶⁵ OECD, *Rules of Procedure of the Co-ordinating Body of the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*, June 2015, available at: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/co-ordinating-body-rules-of-procedure.pdf>, 31 October 2020.

⁶⁶ Art. IX, para. 1, it. (a) of the Rules of Procedure of the Co-ordinating Body of the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters.

on Mutual Administrative Assistance is a multilateral convention dealing with procedural tax matters, whereas the Conference of the Parties under the Multilateral instrument is a mechanism intended to be applicable only in relation to cases of interpretation and implementation of the previously mentioned instrumental provisions of the Multilateral instrument, which in substance deal with procedural matters. In any case, it would undoubtedly be recommendable that specific rules of procedure addressing the procedural framework in which the Conference of the Parties is expected to operate be formulated. These could be modelled upon the provisions contained in the Rules of Procedure of the Coordinating Body of the Convention on Mutual Administrative Assistance.

4. CONCLUDING REMARKS

The research has shown that the provisions of the Multilateral instrument governing the functioning of the Conference of the Parties left a number of questions open. Some of them could be best addressed by introducing the rules of procedure which would specifically regulate relevant aspects of the procedural framework for its application. This is even more important if we bear in mind that, although the reach of the Conference of the Parties was initially seen with scepticism when assessed in the context of future promotion of multilateralism, the current social and consequent economic events may provide encouraging environment for multilateral approach to tax policy design. On the basis of previously outlined historical experience one could reasonably anticipate that the economic fallout caused by the Covid-19 pandemics will force governments around the globe into deeper coordination in tax matters. In this sense, it seems that the Conference of the Parties mechanism provides a formal basis for a forum for discussion of interpretational and implementational issues, as well as prospective amendments regarding the Multilateral instrument. Most importantly, this mechanism provides an opportunity to shift the international tax policy-making initiative from the long-privileged “club” of OECD member countries to a much wider group consisting of jurisdictions at various levels of economic development. There is still a very long way to go towards a world in which taxing rights of all sovereign states will not be shaped by principles devised by a relatively small group of affluent countries. Yet, the Conference of the Parties may represent the first step in the right direction.

REFERENCES

- Bradley, Ian, Jonathan Bright: “State sovereignty and the multilateral instrument”, *Canadian Tax Journal*, Vol. 64, No. 2, 2016.

- CFE Fiscal Committee: “Opinion Statement FC 15/2014 on Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties (BEPS Action 15)”, *European Taxation*, April 2015.
- Christians, Allison: “Sovereignty, Taxation and Social Contract”, *Minnesota Journal of International Law*, Vol. 18, 2009.
- Dörr, Oliver: “Article 31. General rule of interpretation”, *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary* (eds. Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach), Springer, Berlin-Heidelberg 2012.
- European Parliament: Understanding BEPS: From tax avoidance to digital tax challenges, EPRS Briefing, October 2019.
- Govind, Sriram, Pasquale Pistone: “The Relationship Between Tax Treaties and the Multilateral Instrument: Compatibility Clauses in the Multilateral Instrument”, *The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties* (eds. Michael Lang et al.), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2018.
- Graetz, Michael J.: “Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 26, Issue 4, 2001.
- Haslehner, Werner: “A Multilateral Interpretation of the Multilateral Instrument (and Covered Tax Agreements)?”, *Bulletin for International Taxation*, Journal Articles & Papers, IBFD Research Database, Vol. 74, Issue 4/5, 2020.
- Hoffmeister, Frank: “Article 9. Adoption of the Text”, *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary* (eds. Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach), Springer, Berlin-Heidelberg 2012.
- Holzinger, Raphael: “The Relevance of the Conference of the Parties for the Interpretation and Amendment of the Multilateral Instrument”, *The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties: Analysis and Effects*, Wolters Kluwer, New York 2018.
- Lang, Michael: “Die Auslegung des multilateralen Instruments”, *Steuer und Wirtschaft International*, Vol. 27, Issue 1, 2017.
- Lo, Chang-fa: *Treaty Interpretation Under the Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, Singapore 2017.
- Lombardo, Marina: “The Mutual Agreement Procedure (Art. 25 OECD MC) – A tool to overcome interpretation problems?”, *Fundamental Issues and Practical Problems in Tax Treaty Interpretation* (eds. M. Schilcher, P. Weninger), Linde, Vienna 2008.
- Matz-Lück, Nele: “Treaties, Conflict Clauses”, *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law* (ed. Rüdiger Wolfrum), Oxford University Press 2012. <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-el466#:~:text=1%20Conflict%20clauses%2C%20also%20known,between%20provisions%20stemming%20from%20different>, 9 October 2020.
- McLachlan, Campbell: “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(C) of the Vienna Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, No. 2, 2005.
- Miladinovic, Alexandra, Alexander Rust: “Options Under the Multilateral Instrument”, *The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2018.

- Odendahl, Kerstin: "Amendment of multilateral treaties", *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary* (eds. Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach), Springer, Berlin-Heidelberg 2012.
- Odendahl, Kerstin: "Article 30: Application of successive treaties relating to the same subject matter", *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (eds. Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach), Springer 2012.
- OECD, Rules of Procedure of the Co-ordinating Body of the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, June 2015, available at: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/co-ordinating-body-rules-of-procedure.pdf>, 31 October 2020.
- OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD Publishing, Paris 2017.
- OECD, Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing, Paris 2017.
- OECD, Signatories and Parties to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, Status as of 29 September 2020, <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf>, 8 October 2020.
- OECD/Council of Europe: The Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters: Amended by the 2010 Protocol, OECD Publishing, Paris 2011.
- OECD/G20, Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 15: 2015 Final Report, OECD Publishing, Paris 2015.
- Pascual-Vives, Francisco: "The Notion of Consensus in Public International Law", *Consensus-Based Interpretation of Regional Human Rights Treaties*, Leiden 2019.
- Ring, Diane: "What's at Stake in the Sovereignty Debate?: International Tax and the Nation-State", *Boston College Law School*, Research Paper 153, 2008.
- Röben, Volker: "Conference (Meeting) of States Parties" *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2015.
- United Nations: Department of Economic and Social Affairs, *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*, United Nations, New York 2017.
- Wolfrum, Rüdiger, Jakob Pichon: "Consensus", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (ed. Rüdiger Wolfrum), Oxford University Press, Oxford 2010.

Лидија О. Живковић, асистент
Универзитета у Београду
Правни факултет у Београду
lidija.zivkovic@ius.bg.ac.rs

Конференција уговорних страна: основ за продубљени мултилатерализам у пореској материји?

Сажетак: Истраживање представљено у овом раду има за предмет анализу практичног домета Конференције уговорних страна, механизма који је садржан у чл. 31 Међународне конвенције за примену мера које се у циљу сиречавања ерозије пореске основице и премештања добити односе на пореске уговоре, која је потписана 7. јуна 2017. године у Паризу и међу чијим потписницима фигурирају чак 94 пореске јурисдикције. Будући да је домен примене Конференције уговорних страна условљен специфичном правном природом и начином функционисања поменуће конвенције, први део рада биће посвећен њиховом испитивању и објашњавању. Наредни део излагања биће усмерен на детаљно разматрање одредаба Конвенције које су усмерене на успостављање процедуралног оквира у коме би Конференција уговорних страна требало да буде примењена. Срж рада чини анализа, са ослонцем на Бечку конвенцију о уговорном праву, кључних аспеката процедуралног оквира Конференције уговорних страна које је Конвенција проустила да уреди: поступак одлучивања Конференције уговорних страна, као и правних ефеката њених будућих одлука.

Према остаје питање да ли би Конференција уговорних страна могла да има улогу значајну у мери у којој је то случај у другим семенима међународног јавног права, а имајући у виду традиционално одбојан приступ држава ограничењима њиховог фискалног суверенитета, ауторка закључује да би анализирани механизам могао да послужи као основ за продубљену сарадњу у пореској материји међу јурисдикцијама широм света, посебно у околностима у којима се свет суочава са новом економском кризом. Чини се преко потребним измештање формулисања међународне пореске политике из круга шачице најразвијенијих држава у руке шире круга пореских јурисдикција различитог нивоа економског развоја, за шта би Конференција уговорних страна могла да пружи полазни правни оквир.

Кључне речи: Конференција уговорних страна. – Мултилатерални инструменти (МЛИ). – Порески уговори. – Фискални суверенитет. – Сарадња у пореској материји.

Датум пријема рада: 11.11.2020.

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ
АУТОРЕ

*Zsuzsanna M. Juhász, Ph.D., Associate Professor
University of Szeged
Faculty of Law and Political Sciences
buntetojog@juris.u-szeged.hu*

SITUATIONAL PICTURE ABOUT THE HUNGARIAN PRISON SYSTEM*

Abstract: *The aim of this study is to illustrate some/or the main features of the Hungarian penitentiary system. Accordingly, the present paper attempts to introduce the main aspects of the institutions for the accommodation of inmates, as well as the most relevant information about the prisoners, prison conditions and the problems of the penitentiary system.*

Keywords: *prison system, prison population, overcrowding, punitive criminal law.*

1. INSTITUTIONS FOR THE ACCOMMODATION OF PRISONERS

In Hungary the Prison Service as a law enforcement agency carries out custodial penalties and measures, coercive criminal procedure measures and also executes confinements as an administrative offence (detention for misdemeanour). The Hungarian Prison Service is subordinated to the Ministry of Interior. The Prison Service supervises and operates 30 prison establishments and limited companies established for the compulsory employment of inmates¹. Currently 12 limited companies are operated by the Prison Service, these carry out mainly agricultural and light-industrial activities.

* 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 The convicts are obliged to carry out the work assigned, thus denial of work is a serious misconduct.

Besides prison establishments the Prison Service also includes institutions which are responsible for the training and recreation of the staff² as well as health care of inmates³.

An important feature of the Hungarian prison system is that the penitentiary institutions are on the one part national and regional law enforcement institutes, and on the other part county law enforcement institutes. While the main task of national and regional law enforcement institutes is the execution of final and binding judgements (prisons for sentenced prisoners), county institutions carry out pre-trial detentions primarily. Currently, the tasks related to incarceration are performed by 15 national or regional law enforcement institutions and 15 county law enforcement institutions.

Within the prison system there are special institutions for females and juveniles.

Due to the fact that male convicts constitute the majority of the prison population and women make up only 7,7 percentage of the total national prison population⁴ there are only few prisons holding women. Female convicts can be placed in two women's prisons of the country, in Eger and Kalocsa (women-only prisons). Male prisoners can only be placed in women-only prisons in the interest of the operation of the institute, for example for institutional maintenance work. Moreover, in Hungary there is a combination of women's prisons and separate wings⁵ for women in men's prisons (male prisons with female wings), so female prisoners are also held in men's prisons, namely in Szombathely, Tiszalök, Pálhalma and Kiskunhalas National Penitentiary Institutions. Women can also be held in any of the county penitentiaries used for pre-trial prisoners.

There's only one place exist to accommodate mother and child together in the mother and baby unit in the country (with a capacity for 20 mothers and 21 children), which makes the contacts with relatives significantly more difficult. Female prisoner who gives birth in prison⁶ can keep her baby for the first 12 months, and a prisoner with a child under 12 months old can also apply for the opportunity to bring her child to prison with her. According to the Hungarian

² Namely the Education, Training and Rehabilitation Center of the Prison Service and the Faculty of Law Enforcement of the National University of Public Service.

³ The Central Hospital of the Prison Service and the Forensic Psychiatric and Mental Institution.

⁴ <http://www.prisonstudies.org/country/hungary> (Accessed on: 21.03.2020)

⁵ According to the law female and male prisoners, similarly adult and juvenile inmates must be separated.

⁶ According to the Decree of the Minister of Justice No. 8/2014 on access to healthcare to prisoners in detention facilities (art. 20.) pregnant prisoners should be transferred to the Central Hospital of the Prison Service upon discovering their pregnancies. After the medical check, either the prisoner is sent back to prison or her imprisonment is suspended. If the prison authority does not permit the suspension of the imprisonment, four weeks prior to the expected date of birth, the mother is transferred to the Central Hospital.

Prison Code⁷ inmate mothers should be held with their babies in the mother and baby unit for the first year of the child's life. Thus, for older children it means separation.⁸

Due to the small number of prisons for women, making the maintenance of family ties more difficult. The maintenance of family ties is especially problematic for juveniles, whose numbers are even smaller.

The largest number of juvenile inmates are placed in the oldest institution, which is located in Tököl, operating since 1963. There are also regional prisons for juveniles in Pécs (opened in 2006), Kecskemét (built in 1997), and Szirmabesenyő. The latter was originally not built for the detainment of young people; it was transformed in 2002 and became the second biggest institution keeping juveniles. There is only one penal institution for female juvenile offenders in Hungary. They are accommodated in Kecskemét regional prison (Bács-Kiskun County Prison).

According to the law, adult convicts can only be placed in a regional prison of juveniles in the interest of the operation of the institute.

Generally, less than 5 % of the prison population are foreigners,⁹ which means that there is no specific institution for them, so they are kept together with the general prison population. Most foreign prisoners are nationals of/from the neighbouring countries. When it is possible, the prison authorities prefer to keep those foreign inmates together who speak the same language. Similarly, there is no specific institution for older prisoners, but they can accommodate in a special cellblock for senior detainees.

There are also specific institutions (currently numerically 3¹⁰) for the sick and the disabled. The Central Hospital of the Prison Service, which is located in Tököl, treats prisoners from prisons all over the country. According to the data of the Prison Service,¹¹ on average the hospital treats 17,000 inmates. The Prison Service provides medical after-care for prisoners in the Chronic Aftercare Department of Unit III of the Szeged Strict and Medium Regime Prison (in Nagyfa). The Chronic Aftercare Department provides hospital care for in-patient detainees who suffer from chronic illnesses and who need rehabilitation. The third specific institution is the Forensic Psychiatric and Mental Institution, which was mainly established for compulsory psychiatric treatment of the prisoners (i.e. those who have committed violent crimes against other persons or crimes against public

⁷ Act CCXL of 2013 on the Enforcement of Penalties, Measures, Certain Coercive Measures and Detention for Misdemeanour (hereinafter: Prison Code/Law Enforcement Code)

⁸ According to the law children are allowed to visit their mothers once a month for 30 minutes in special visiting rooms.

⁹ <http://www.prisonstudies.org/country/hungary> (Accessed on: 21.03.2020)

¹⁰ According to the information provided by the prison authorities a new and modern Law Enforcement Health Care Centre scheduled to be established in 2020 in Berettyóújfalú with 194 beds.

¹¹ <https://bv.gov.hu/en/node/1929> (Accessed on: 22.03.2020)

safety and there is a danger that they may commit similar crimes in the future, if they are not liable to punishment due to his/her mental disorder). The institution is located on the premises of Budapest Strict and Medium Regime Prison, but organizationally and territorially separated from the prison. These health care institutions are specialised in inpatient treatment, thus if no appropriate service is available within the system, the health care service is provided outside of the prison in a civil medical institute.

Two penitentiary institutions are worth mentioning that were built in the form of PPP schemes¹² (based on the cooperation of the state and the private sector) in 2008, i.e. the Szombathely and Tiszalök National Penitentiary Institutions. According to the cooperation, the State supervises security operations and performs all detention-related regular and special tasks (i.e. the National Prison Service employs the guards of the prisons, as transportation, health care also under state control) and the contractor (a private company) is in charge of daily operations (provides services for example maintenance, operation, meal, washing and the employment of inmates at work).

An additional factor that most of the penitentiary institutions were built at the end of the 1800s and were designed primarily for the execution of pre-trial detentions with single cells. By way of example the first prison was built in 1842 in Balassagyarmat (town in northern Hungary) and it is still active today.

I would point out later that due to prison overcrowding, the majority of prisoners are held in collective cells¹³ (with occupancy 2-10 prisoners), single-occupancy accommodations are relatively rare (it's actually only in disciplinary, security and solitary confinement).

Due to the capacity expansion project the number of places to accommodate detainees has practically increased in the last years. While in 2014, the Hungarian prison system was capable of accommodating only 12,869 detainees in total, according to data concerning December 2019¹⁴ the official capacity of the detention institutions increased to 14.829.

¹² PPP=Public Private Partnership, i.e. cooperation between the public and private sectors. About the PPP project: Radnay József, "A PPP-projekt előkészítése, szervezeti háttere, a szerződés fő elemei," *Börtönügyi Szemle*, 4/2007, 11-22.; Csere László, "A Tiszalökön PPP-konstrukcióban épülő bv. intézet megvalósításának előzményei," *Börtönügyi Szemle*, 4/2007, 5-10.

¹³ The number of people to be placed in a cell shall be defined in a way that each inmate has 6 cubic meters of air space and at least 4 square meters of living space in case of multi-occupancy accommodation/or at least 6 square meters of living space in case of single cell accommodation. When calculating the living space, the space covered by washbasin and toilet shall not be taken into account. Art. 121. of the new Rules of Law Enforcement [Ministry of Justice Decree No. 16/2014. (XII. 19.) on the detailed rules of execution of imprisonment, confinement, pre-trial detention and confinement replacing payment of disciplinary penalty]

¹⁴ <http://www.prisonstudies.org/country/hungary> (Accessed on: 21.03.2020)

In accordance with the principle of normalisation, prisoners shall be allocated, as far as possible, to prisons close to their homes or places of social rehabilitation. Due to occupancy level of penal institutions in many cases inmates are not located near their homes. Since 1st October 2008 the prison authorities apply the so-called occupancy-balancing programme to decrease overcrowding. The point of this programme is that the detainees are reallocated nationwide from crowded penitentiary institutions to less crowded ones. Beyond doubt, the method could result in more proportionate accommodation, however, at the same time it could entail the elimination of the family relations. As the CPT pointed out „...the overcrowding “balancing” process is not an effective long-term response and generates immediately a number of serious problems for the prison management, staff and prisoners. The inmates spend a significant amount of time being transferred from one establishment to another, which leads to organisational difficulties. Moreover, prisoners were frequently held far away from their families and, as a result, suffered in practice from further restrictions on visits. This has led to tension between staff and inmates, as well as among prisoners themselves.”¹⁵

Within the prison system there are Special Regime Units for prisoners: for example the so-called HSR Unit for inmates serving long-term sentences, including whole/real life sentences;¹⁶ drug-free units for volunteering prisoners for preventive purposes and in order to improve the access of addicted prisoners to appropriate treatment; religious units for the maintenance and strengthening of the family and social ties of the prisoners and to promote religious practices; special units for prisoners who committed child sexual abuse.¹⁷

It also should be noted that within the penal institutions there are cellblocks used for solitary confinement of the prisoners. The solitary confinement is the most severe disciplinary sanction used in Hungary. These disciplinary measure can be applied to the prisoners for up to 25 days (in case of working inmates for up to 20 days). It may be imposed on an inmate who seriously violates prison

¹⁵ [CPT/Inf (2014) 13]; § 39.

¹⁶ Pursuant to the Prison Code (art. 105, para. 1.) only convicts sentenced to life imprisonment or to at least 15 years imprisonment whose specific treatment, disposition of their co-operation, their attitude to the order and safety of the institute, their individual security risk analysis justify may be placed in the HSR, for the purpose of gaining preparation for or reintegration into the community.

¹⁷ The basic of the Unit is the provision of article 132 of the Prison Code: “If the convicted person has committed a criminal offence specified in Chapter XIX of the Penal Code against a person under eighteen years of age, or the sexual motive can be established from the circumstances in which the violent crime was committed against a victim under eighteen based on a risk assessment examination, then following the admission of the convicted person, the probability of the convict committing similar crimes after his or her release must be assessed. In case of potential recidivism, participation (on a voluntary basis) in psychotherapy or other trainings reducing the likelihood of repeated infringement must be offered to the convict.”

orders. During solitary confinement the prison authority may apply restrictions: for example, the prisoner is deprived of the possibility to contact his/her visitors, take part in cultural and sport activities; participate with other prisoners in religious events, receive and send parcels and letters, make phone calls.

In Hungary there are three subtypes of national penitentiary institutions: maximum-security penitentiaries – strict regime prisons (the Hungarian name *fegyház*), medium-security penitentiaries – medium regime prisons (the Hungarian name *börtön*) and low-security penitentiaries – light regime prisons (the Hungarian name *fogház*).¹⁸ These are the three different basic enforcement degrees of the severity of imprisonment in the Hungarian penal system. According to the Penal Code,¹⁹ if the court imposes a sentence of imprisonment, it shall be enforced in low-security, medium-security or high-security penal institution. For example, in case of life imprisonment a sentence shall be served in a high-security penal institution, or imprisonment imposed for a misdemeanour shall be enforced in a low-security penal institution, unless the convict is a recidivist²⁰. In line with the relevant criteria of the Penal Code, the enforcement degrees of the imprisonment are determined by the sentencing court.²¹ An important factor is, that with regard to the circumstances, which are taken into account at sentencing, the penalty may be ordered to be enforced in a penal institution one level below or above the security level specified in the Penal Code.

The types among others differ by the degree of the severity of detention and supervision; segregation from the outside world; movement within the premises of the prison; life regime, amount of money allotted for personal needs; rewards and disciplinary sanctions, participation in the prison activities, reintegration's programs. The strictest rules are applied in high-security penal institutions and the most lenient rules in low-security prisons. For example, in high-security prisons the prisoners may move within the parameters of the prison only under supervision, in medium-security prisons they may move freely in determined areas

¹⁸ There are only medium and low-security prisons for juveniles. According to the Penal Code imprisonment shall be enforced in a medium-security penal institution for juveniles if

a) the juvenile is sentenced to imprisonment for two years or more for committing a felony,

b) the juvenile sentenced to imprisonment for one year or more is a recidivist, or

c) within three years prior to committing the intentional criminal offence, the juvenile sentenced to imprisonment for one year or more was sentenced to special education in a reformatory for committing an intentional criminal offence. Apart from the cases specified in paragraph (1) of 110 Section, imprisonment shall be enforced in a low-security penal institution for juveniles.

¹⁹ Act C of 2012 on the Penal Code (hereinafter: Penal Code), art. 35, para. 1.

²⁰ In legal terminology the perpetrator of an intentional criminal offence shall be considered a recidivist if he/she has already been sentenced to immediate imprisonment for committing an intentional criminal offence, and the period between his/her sentence being served or its enforceability being terminated and the perpetration of the new criminal offence is shorter than 3 years.

²¹ The different enforcement degrees of the imprisonment are determined by the court, but the concrete penal institution appointed by the law or by a measure of the national commander.

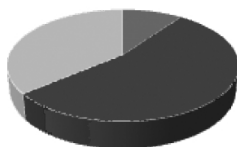
within the parameters of the institute and in low-security penal institutions inmates may move freely within the parameters of the prison.

Because of the number and composition of the detainees, the character of the criminal offences committed by them, and thus the length of the sentences, as well as the occupancy of the institutions, placing detainees in open penitentiary institutions (=in low-security prisons) is rarely enforceable in Hungary. The ratio of detainees who serve their sentences in high-security penitentiaries is high, and also a significant ratio of the detainees within those serving their sentences in medium-security prisons can be placed only in closed penitentiary institutions (=in high or medium-security prisons).

One provision promoting the individualization of punishments stipulates that the differentiated execution of imprisonment is realized by using different enforcement degrees that are different in terms of several aspects. Another important law enforcement instrument and educational tool is the so-called change of the enforcement degree. Upon the decision of the penitentiary judge (judge responsible for enforcement)²² of overseeing the conditions and enforcement degrees of the severity of imprisonment the convict is sentenced to may be prescribed one degree up or down. The educational character of the enforcement degree change is manifested in the possibility of being placed under a more lenient or stricter regime and it may motivate convicts to show appropriate behaviour during their detention.

According to the enforcement degrees of the imprisonment the majority of the prisoners held in medium-security prison (54%), 36% of the convicts belonged to the strictest category (high-security prison) and the number of those under low-security regime represented the smallest proportion in 2018²³ as illustrated by the pie chart below.

enforcement degrees of the imprisonment



■ low-security prison ■ medium-security prison ■ high-security prison

²² In Hungary the judge responsible for penal execution is an independent judicial authority. Its main function is to refine the further legal framework of the imposed sanction and to alter or to revise it, if it is necessary. The penal execution judge will decide among others about the release on parole from fixed-term and life imprisonment.

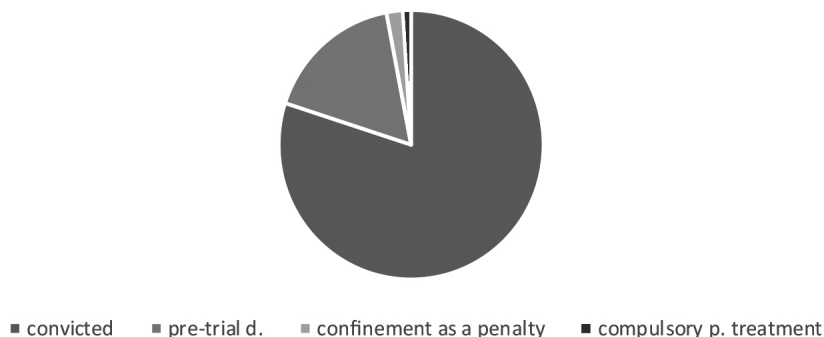
²³ Hungarian Prison Service, *The Yearbook of Hungarian Prison Service 2018*, 12.

Inside the all three different basic enforcement degrees the Hungarian regulation make distinguish between stricter, general and milder regimes. The classification of the prisoners in stricter, general or milder regimes based on an individual risk assessment, in accordance with the principle of individualisation. In each regime there are different arrangements inter alia for the frequency and the duration of the contact with the outside world, the amount that may be used for the personal needs of the convict, the personal items permitted to hold, the locking of his/her cell door, work outside the prison facility. To take an actual example, in a maximum-security prison in strict regime a prisoner may receive a visitor once a month for 60 minutes, in a the same penitentiary institution, but in general regime may receive a visitor once a month for 90 minutes, while in a more lenient regime he/she may receive a visitor twice a month, each time for 60 minutes. Therefore, this so-called regime-system plays an important motivating role in the life conditions within the prison and the reintegration of the prisoners.

2. FACTS ABOUT THE PRISON POPULATION

First of all, it's important to emphasize, that prisoner in Hungary is a collective term used for individuals subjected to deprivation of liberty and held in various penitentiary facilities. This category includes inmates serving imprisonment as a final court order, as well as pre-trial detainees, individuals subjected to compulsory psychiatric treatment (mentally disordered offenders who cannot be punished because of insanity) and offenders serving confinement as a penalty (penalty imposed for minor offences in the duration of 5-90 days/for juveniles 3-30 days).

According to the official statistics, as the following chart shows, in 2018 80% of the total prison population was convicted, 17% pre-trial detainee, 2% under confinement as a penalty, and 1% mentally disordered perpetrator under compulsory psychiatric treatment.



Source: The Yearbook of Hungarian Prison Service 2018, p. 12.

As in many others countries, the female prisoners continue to constitute a small proportion of the general prison population in Hungary: expressed as a percentage in 2019 the female prisoners made up 7,7 % of the total prison population.²⁴

In Hungary, as a general rule, the minimal age of criminal responsibility is 14, thus a person shall not be liable to punishment if he/she has not attained this age when committing the punishable act. There are, however, exceptions to this rule: thus, children above 12 and under 14 can be charged for homicide, voluntary manslaughter, bodily harm, terrorist act, robbery and plunder, if the child can judge, recognise the consequences of his/her criminal actions at the time of commission. It is important to underline that children under 14 cannot be sent to penitentiaries, they shall only be subject to measures and their special education in juvenile reformatories²⁵ can be ordered. According to the law, those who have not attained the age of 18 years when committing the criminal offence shall qualify as juveniles, but who have committed a crime as juveniles may continue to serve their sentence in a juvenile prison until the age of 21 and are regarded as juveniles for the purpose of serving the sentence. Life imprisonment is explicitly prohibited for persons aged under 20 at the time they committed the criminal offence.

We welcome the fact that the juvenile prison population has dropped significantly over the past years, at least partially to the increased use of non-custodial sanctions and mediation (particularly in property-related crimes). It can be stated that juveniles represent low rate of the total prison population: on 31 December 2019 1,1 % of convicted or remand juvenile prisoners were in custody.²⁶ The same comments can be made about the foreign inmates: in the same year 4,9 % of the total prison population was foreign.²⁷

Similarly, to the previous year's data, the majority of the prisoners belonging to the 30-39 years age group. It also can be stated that elder prisoners (the age group over 60 years) represented low rate of the total prison population (3,98% of all inmates) in 2018, but the ratio of senior detainees in the entire prison population has been continuously increasing during the last years, as illustrated by the table 1 below.

²⁴ <https://www.prisonstudies.org/country/hungary> (Accessed on: 21.03.2020)

²⁵ In Hungary a special measure can be applied against juvenile perpetrators, namely the special education in a reformatory institution, which is a sanction involving deprivation of liberty. According to the Penal Code (art. 120, para. 1) special education in a reformatory may be ordered by a court if placement in a reformatory is necessary for a juvenile to be raised successfully. A person may be a subject to special education in a reformatory if he/she has attained the age of 12 at the time of commission, but the measure cannot be applied against perpetrators who turned 20 at the time of sentencing. The shortest period of special education in a reformatory is 1 year, at the same time the general maximum is 4 years. There are 5 reformatories across Hungary, they are part of the child protection system.

²⁶ <https://www.prisonstudies.org/country/hungary> (Accessed on: 21.03.2020)

²⁷ Hungarian Prison Service, *The Yearbook of Hungarian Prison Service 2018*, 13.

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
elder prisoners percentage of prison population	1,83%	2,14%	2,13%	2,66%	2,8%	3,0%	3,8%	3,98%

Table 1. Source: Hungarian Prison Service: Review of Hungarian Prison Statistics 2019 vol. 1. p. 6.

The aging of the prison population is one of the possible effects of the increased application of life imprisonment without parole, life imprisonment and other imprisonment sentences of long duration, the stricter punishments, the rules and practice of parole. In addition to the general aging of the society, these elements of the punitive criminal policy can significantly influence the number of detainees who spend their later lives as inmates of penitentiary institutions.

Although currently the number of detainees over 60 years of age is still insignificant compared to the entire prison population, the detention of senior detainees already challenging the prison system with special tasks. In this regard, primarily health issues enjoy priority, but institutions are often poorly suited for intensive care of older prisoners. Detention facilities try to place senior detainees in cells with fewer inmates if possible, specifically on lower bunks. In addition, they pay attention to placing detainees of similar age together.²⁸

In respect of re-offending more than half of the inmates are first time offenders, 6% are repeat offender not classified as recidivist, while recidivists represent approximately 42% of the prison population, of whom are 8,58% are recidivist, 18,33% are multiple recidivist²⁹, 12,4% are special recidivist³⁰ and 2,71% are violent multiple recidivist³¹.

When reviewing the development of the prison population, it stands out that the number of detainees was continuously increasing between 2008 and 2016: the average detainee number of 14,782 detainees registered in 2008 has increased every year (2009 – 15,373 detainees; 2010 – 16,203 detainees; 2011 – 17,195 detainees; 2012 – 17,515 detainees; 2013 – 18,146 detainees), and in 2014 this figure had already exceeded 18,000 (18, 204),³² while 13th October 2015 data showed

²⁸ Juhász Zsuzsanna, „Az előregedő börtönnépesség problémái,” *Börtönügyi Szemle* 2/2012, 13.

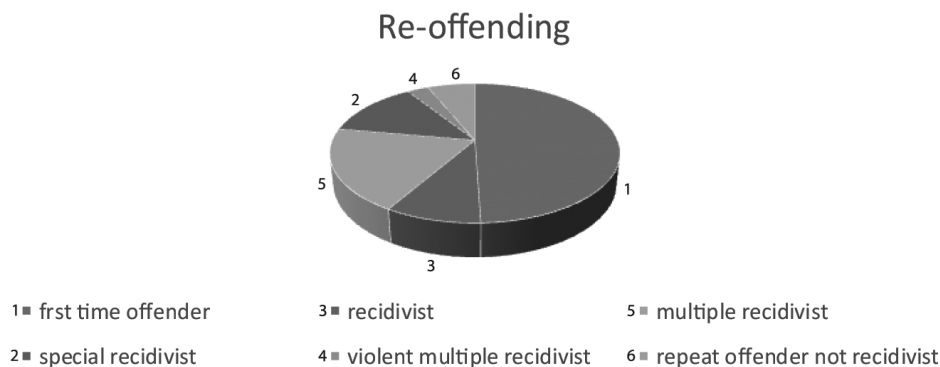
²⁹ According to the Penal Code (art. 459, para. 1, it. 31.) a person shall be considered a multiple recidivist, if he/she has already been sentenced to immediate imprisonment as a recidivist prior to committing the intentional criminal offence, and the period between his last sentence being served or its enforceability being terminated and the perpetration of the new criminal offence punishable by imprisonment is shorter than three years.

³⁰ A recidivist shall be considered a special recidivist if he committed the same criminal offence or similar criminal offences both times.

³¹ A multiple recidivist shall be considered a violent multiple recidivist if he committed a violent criminal offence against a person all three times.

³² Hungarian Prison Service, *Review of Hungarian Prison Statistics* 1/2015, 5.

18,424 detainees. The number of prisoners decreased to 17,658 in 2016, 17,343 in 2017 and 16,303 in 2018 and 16,334 on 31 December 2019, so during the previous years the number of prisoners was characterized by a decrease and a stagnation.



Source: Hungarian Prison Service: Review of Hungarian Prison Statistics 2019 vol. 1. p. 11.

Due to the reduction in the number of prisoners, the prison population rate (number of prisoners per 100,000 people) also decreased in the last years: it was 180 in 2016, and 173 in 2018. It has to be noted that despite the decrease of the prison population rate, we still have particularly high incarceration rate: in terms of this indicator Hungary may be classified among the countries with exceptionally high rates, since the number of detainees per 100,000 citizens is over 150.³³ It's important to emphasise that a high incarceration indicator, i.e. the number of detainees per 100,000 citizens, indicates overcrowding in the majority of the countries, which is the case in Hungary.³⁴

Table 2 below shows the abovementioned data.

Year	average number of prisoners	prison population rate
2008	14.782	147
2009	15.373	164
2010	16.203	163
2011	17.195	174

³³ According to the Council of Europe Annual Penal Statistics for 2018 the European median was 102,5! Aebi, Marcelo F., Tiago, Melanie M., "SPACE I (2018) – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison populations," Strasbourg, Council of Europe, 2.

The SPACE I 2018 survey contains information from 44 out of 52 prison administrations in the 47 Council of Europe member states. Hungary remains among the Member States which have not replied to the survey.

³⁴ United Nations Office on Drugs and Crime, "Handbook on strategies to reduce overcrowding in prisons," *Criminal Justice Handbook Series*, New York, 2013, 9.

2012	17.515	173
2013	18.146	184
2014	18.204	182
2015	18.424	180,8
2016	17.658	180
2017	17.343	173
2018	16.303	167
2019	16.334	167

Table 2. Source: <http://www.prisonstudies.org/country/hungary> and Review of Hungarian Prison Statistics

In view of the sentences imposed during the last years, it can be established that a sharp increase may be observed in respect of long-term imprisonments, regarding both 5 to 10-year, and more than 10-year imprisonment sentences. While in 2010 631, in 2011 707, in 2012 702, in 2013 757 and in 2014 824 detainees were serving their more than 10-year imprisonment sentences, in 2018 this number climbed to 1676! The number of to 10-year imprisonment sentences showed a similar trend, as illustrated by the table 3 below.

	2010	2011	2012	2013	2014	2018
5 to 10-years	631	707	702	757	824	1676
more than 10 years	1753	1985	2279	2522	2674	3440

Table 3. Source: Hungarian Prison Service: Review of Hungarian Prison Statistics 2019 vol. 1. p. 11.

At the end of 2018 there were 57 prisoners (0,43 % of the total prison population) sentenced to real/actual life imprisonment as the most severe legal consequence of the Hungarian regulation. The term “real/actual life imprisonment” means that the court does not see any possibility of parole, or the exclusion of parole is stipulated by law,³⁵ thus imprisonment may actually last until the end of the offender’s life. It is also important to note that the number of convicts sentenced to life imprisonment without parole has been increasing year by year (in 2013 46 persons were completing their life imprisonment without parole).³⁶

The strictness of law shown towards convicts sentenced to life imprisonment without parole represented in several regards in the provisions of the Penal Code and Law Enforcement Code. Thus, for example, for important reason – in par-

³⁵ The court may exclude (art. 44, para. 1 of the Penal Code) or shall exclude (art. 44, para. 2) conditional release if the court finds that it is necessary to isolate the convict from society permanently.

³⁶ Hungarian Prison Service, *Review of Hungarian Prison Statistics 1/2019*. 11.

ticular the personal or family circumstances, health condition of the convict – the Hungarian regulation provides opportunity to interrupt the execution of imprisonment *ex officio* or upon request. However, this legal instrument shall not be applied in case of those defendants sentenced to life imprisonment without parole.³⁷ The so-called change of the enforcement degree also shall not apply to convicts sentenced real life imprisonment.

In respect of life imprisonment without parole several legal academics have voiced their concerns, referring among others to the inhumane, cruel character of this type of punishment, and that it opposes the principle of human dignity. The Hungarian regulation was brought before the European Court of Human Rights (hereinafter: ECtHR) after László Magyar, who had been sentenced to life imprisonment without parole, referred to the Strasbourg Court. In László Magyar's case against Hungary³⁸ the ECtHR found the Hungarian regulation to be in violation of the Convention because it failed to provide any possibility of parole even in principle for the convict sentenced to life imprisonment excluded from the possibility of parole. In its decision the ECtHR indicated that the pardon that may be granted by the head of state (President of the Republic) cannot be considered as a review procedure acceptable by the Convention, as it cannot be established what factors the President of the Republic takes into consideration in course of his decision. For this reason, the Strasbourg Court found that a review system shall be introduced, which unambiguously establishes when and under which conditions the convict may be released.

Resulting from the ECtHR judgement the mandatory procedure of clemency for convicts sentenced to life imprisonment and excluded for the possibility of parole was added to the Prison Code. It shall be noted here that in principle this mandatory procedure does not prevent the convict sentenced to life imprisonment without parole to submit a request for pardon to the President of the Republic as well. Therefore, currently it is mandatory to conduct a procedure of clemency in case of convicts sentenced to real life imprisonment. However, it is important to note that the mandatory procedure of clemency simultaneously does not constitute obligation to release such convicts. However, on the other hand, if the clemency decision is negative, then 2 years later another mandatory procedure of clemency shall be started.³⁹

The mandatory procedure of clemency may be started on condition that the convict grants his consent. Therefore, if the convict does not grant his consent, or he refuses to make a statement, then the procedure cannot be conducted. Another significant condition of starting the mandatory procedure of clemency is that 40 years of the imprisonment punishment shall elapse. Due to the wording of the act,

³⁷ Art. 116, para. 3 of the Prison Code

³⁸ Application no. 73593/10, judgment of 20 May 2014

³⁹ Art. 46/H of the Law Enforcement Code

the time spent in pre-trial detention shall be disregarded in the calculation of the 40 years.⁴⁰ Thus, this provision also means that convicts sentenced to life imprisonment without parole have to spend at least 40 years in penitentiary institutions.⁴¹

3. THE MAIN PROBLEM DRIVER OF THE PRISON SYSTEM

Due to the decrease of the number of prisoners and the increase in the capacity of prisons the overcrowding rate/occupancy rate represents a decrease in Hungary: the average occupancy rate was 143%! in 2014, 129% in 2017, 113% in 2018⁴² and 110% in 2019.⁴³ On the one hand, it's important to note that the latter indicators shows the average occupancy of Hungarian institutions, meanwhile there were institutions where overcrowding exceeded 110-113%. In order to gain a clearer and more complete picture of the situation, I have to mention the importance of the Szombathely and Tiszalök National Penitentiary Institutions, that were built in PPP cooperation. These two institutions have important roles in the temporary decrease of overcrowding, considering that if the state wanted to accommodate more detainees than the official capacity, then – according to the agreement between the Hungarian State and the investors – the state has to pay a great amount for this. For example, the operating contract for the Tiszalök Institute, which is able to accommodate 700 detainees, allows a +/-10% deviation from this number, however, the number of detainees shall be maintained around 760-770 detainees and the occupancy of the institution shall not exceed 110%.⁴⁴

On the other hand, the average occupancy rate of prisons was always above 100 per cent in Hungary. So, overcrowding of prisons is a long-term, acute problem and the current state of Hungarian prisons could be best characterised by the huge number of detainee population, as well as by one of the potential consequences of large prison population, namely the overcrowding of penitentiary institutions.

Given the abovementioned negative indicators it is not surprising that in its decision published in 10th March 2015 (Varga and others vs. Hungary)⁴⁵ the Strasbourg

⁴⁰ Art. 46/B, para.1 of the Law Enforcement Code, i.e. 40 years shall elapse of the imprisonment punishment.

⁴¹ In the case of T. P. and A. T. v. Hungary (Applications nos. 37871/14 and 73986/14) the Court found that, in view of the lengthy period the prisoners were required to wait before the commencement of the “mandatory clemency procedure” (i.e. 40 years), coupled with the lack of sufficient procedural safeguards, the prisoners’ life sentences could not be regarded as de facto reducible as required under Article 3 of the Convention.

⁴² Hungarian Prison Service, *Review of Hungarian Prison Statistics 1/2019*. 9.

⁴³ <https://www.prisonstudies.org/country/hungary> (Accessed on: 21.03.2020)

⁴⁴ http://www.helsinki.hu/wp-content/uploads/MHB_jelentes_Tiszalok_2009.pdf (Accessed on: 11.03.2020)

⁴⁵ Application nos. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, and 64586/13, judgment of 10 March 2015

Court ordered Hungary to eliminate the structural problems in its law enforcement system. The case-law of the ECtHR exemplifies that detainees in Hungary are often placed in overcrowded penitentiary institutions, which does not comply with the requirement of dignified, healthy detention conditions. Considering that around that time there were approximately 450 request before the ECtHR that were filed from Hungary and objected to the conditions of detention, the Strasbourg panel concluded that due to overcrowding, violations of rights occur in the country on a systemic level.

The Court reiterates that the inadequate conditions of detention originated in a widespread problem within the Hungarian prison system, justifying a pilot-judgment procedure of the recurrent and persistent nature of the problem identified. According to the judgment the solution would be the reduction of the number of prisoners by more frequent use of non-custodial measures and minimizing the use of pre-trial detention. The Court pointed to the recommendations of the Committee of Ministers to encourage prosecutors and judges to use alternatives to detention and redirect their criminal policy towards the reduced use of detention.

It is important to point out that the principal government objective is the construction of new penitentiary institutions, and the reactivation of institutions that had been closed earlier, i.e. increasing the number of places. The program for increasing the number of places has been started since 2010. In the framework of this among others the new prison quarter was opened is the Budapest Penitentiary and Prison, where 41 cells were built during the investment and partly through work performed by detainees. Similarly, the facility in Martonvásár was put into operation again after being closed down due to financial reasons. The last time in 2019 the construction process continued with the new building in Kiskunhalas, which has capacity to hold 470 male and female prisoners.

In July 2016 the Government made an updated action plan to resolve the overcrowded nature of its prisons and introduced a complaint and compensation remedy system for the grievances caused by the placement conditions violating fundamental rights. The amount of compensation was fixed at 1200-1600 Forints per day. In case of *Domján v. Hungary* (application no. 5433/17) the Strasbourg Court found that the compensation remedy system is able to guarantee redress, as a result, in November 2016, suspended the applications pending before it concerning poor conditions of detention in Hungary. More recently however the Government has suspended the payments of compensations to prisoners for overcrowded prison conditions until June 15, 2020.⁴⁶

To summarise the present situation, overcrowding and inadequate prison conditions remain a huge problem in Hungary. The fight against the overcrowding

⁴⁶ Resolution 1004/2020. (I. 21.) of the Government on the immediate action against abusing the compensation procedures launched due to prison overcrowding

of prisons presumes a comprehensive strategy, as the first step of which the reasons leading to overcrowding shall be analysed. Because in Hungary the key factor contributing to prison overcrowding is the punitive criminal law, inter alia we have to review and revision of our criminal justice legislation and practice. So until then the capacity-building projects not accompanied by comprehensive legal reform the extensive prison construction will also increase the prison population and won't offer a real solution to the systematic problem of overcrowding. Taking into account that the increased use of imprisonment and increased length of imprisonment are important factors leading to overcrowding, the early release schemes like parole or reintegration custody⁴⁷ are very important in connection with solving the problem. Nevertheless, it should be added that these legal institutions are alone cannot reduce the rates of imprisonment as the existing measures and legal actions are not capable of rectifying the violations of inhuman conditions of detention.

REFERENCES

Books and articles

- Aebi, Marcelo F., Tiago, Melanie M., "SPACE I (2018) – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison populations," Strasbourg, Council of Europe, 2.
- Csere László, "A Tiszalökön PPP-konstrukcióban épülő bv. intézet megvalósításának előzményei," *Börtönügyi Szemle*, 4/2007, 5-10.
- Hungarian Prison Service, *The Yearbook of Hungarian Prison Service 2018*, 12.
- Hungarian Prison Service, *Review of Hungarian Prison Statistics 1/2015*, 5.
- Hungarian Prison Service, *Review of Hungarian Prison Statistics 1/2019*
- Juhász Zsuzsanna, „Az előregedő börtönnépesség problémái,” *Börtönügyi Szemle*, 2/2012, 13.
- Radnay József, "A PPP-projekt előkészítése, szervezeti háttere, a szerződés fő elemei," *Börtönügyi Szemle*, 4/2007, 11-22.
- United Nations Office on Drugs and Crime, "Handbook on strategies to reduce overcrowding in prisons," *Criminal Justice Handbook Series*, New York, 2013, 9.

Legislative acts

Act C of 2012 on the Penal Code

Act CCXL of 2013 on the Enforcement of Penalties, Measures, Certain Coercive Measures and Detention for Misdemeanour (Prison Code/Law Enforcement Code)

CPT/Inf (2014) 13; § 39.

⁴⁷ The main point of the reintegration custody that the convict who satisfied the statutory conditions may spend the last 10 months or in case of negligent criminal offence 1 year of his/her penalty outside the prison in a designated home.

Decree of the Minister of Justice No. 8/2014 on access to healthcare to prisoners in detention facilities

Ministry of Justice Decree No. 16/2014. (XII. 19.) on the detailed rules of execution of imprisonment, confinement, pre-trial detention and confinement replacing payment of disciplinary penalty

Website references

World Prison Brief, Hungary, <http://www.prisonstudies.org/country/hungary>

Website of the Hungarian Prison Service, <https://bv.gov.hu/en/node/1929>

Website of the Hungarian Helsinki Committee, http://www.helsinki.hu/wp-content/uploads/MHB_jelentes_Tiszaok_2009.pdf

Др Жужана М. Јухас, ванредни професор
Универзитет у Сејегину
Правни факултет
buntetojog@juris.u-szeged.hu

Приказ садашњег стања затворског система у Мађарској

Сажетак: Циљ ове студије је приказ неколико главних/значајних карактеристика садашње стања затворског система у Мађарској. У складу са тим, ова студија настоји да прикаже главне аспекте смештаја и услова држања затвореника у казнено-поправним институцијама, односно настоји да прикаже најважније информације у вези осуђеника, затворских услова и проблема који се јављају у вези затворског система.

Кључне речи: затворски систем, затворска популација, ренајраноси затвора, пуниивно казнено правосуђе.

Датум пријема рада: 27.04.2020.

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 Мунћан (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,
проф. др Гордана Дракић, проф. 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 Самарцић, др Сандра Самарцић,
др Иван Милић, др Ратко Радошевић, Милица Ковачевић.

Компјутерска обрада текста
Владимир Ватић, „Графит“

Штампа:

„Футура“, Нови Сад
Тираж: 100 примерака

2020

